QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

24

(1995)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

I. L'anno 1995 è data di qualche rilievo per la vita delle Facoltà giuridiche delle Università italiane: in grazia del Decreto Ministeriale dell'11 febbraio 1994 è a cominciare dall'anno accademico 1995-96 che queste Facoltà potranno effettivamente ordinare la loro vita didattica secondo un nuovo 'piano di studii'. È un evento che il lettore italiano conosce bene né per lui varrebbe la pena di indugiarvi; se qui se ne parla, è per quei lettori non-italiani che costituiscono ormai la più gran parte degli utenti della nostra Rivista; né se ne parla come di episodio della, ohimè infelice, politica universitaria dello Stato italiano, bensì per certi suoi positivi risvolti culturali che interessano da vicino i 'Quaderni fiorentini' e il loro progetto scientifico.

In Italia, dopo che la Costituzione del 1948 sancì inequivocabilmente la autonomia delle Università, il potere politico non si è dato cura di attuarla ed ha preferito tenere in piedi il Testo Unico sulla istruzione universitaria risalente al 1933, giacché quella norma consentiva un controllo pieno della realtà universitaria collocata perennemente all'ombra del Ministero della Pubblica Istruzione, e per ciò stesso del Governo centrale.

Sia stato per il disinteresse (e anche per la diffidenza) verso l'Università e la cultura universitaria che il potere politico di stampo partitocratico ha costantemente nutrito, sia stato per l'impotenza che lo ha sempre accompagnato, è un fatto che il legislatore italiano non si è mai occupato seriamente di una riforma universitaria, la cui necessità era pur conclamata dalle cose stesse.

Anzi, v'è di peggio. Nei primi quaranta anni di storia repubblicana i due episodii legislativi che, unici, possono segnalarsi in questo lungo distendersi di tempo, sono interventi da giudicarsi assai severamente perché impoveritori e pervertitori anziché riformatori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il primo intervento, risalente al 1969 (1), fu la risposta affrettata e abdicativa di un potere politico debole e vigliacco al grande fenomeno della contestazione studentesca; nella sostanza, una non-risposta, una colossale elusione di responsabilità da parte del Parlamento nazionale, che, di fronte ai disordini dilaganti, altro non seppe (né volle) fare che 'liberalizzare' d'un sol colpo i piani di studio con cui si poteva accedere al diploma di laurea, scaricando sui singoli Consigli di Facoltà l'onere di porre árgini alla probabile anarchia degli studii universitarii con la fissazione della obbligatorietà di talune discipline fondamentali. Fu forse il più grosso tradimento del Parlamento nazionale nei confronti dell'Università; il potere politico, pilatescamente, si lavò le mani degli spinosi, scottanti problemi che le lotte studentesche avevano sottolineato, e lasciò nelle trincee, a combattere disarmati una amara battaglia, i docenti delle varie Facoltà o almeno coloro che non intendevano prestarsi a soluzioni demagogiche. Chi ha vissuto quei momenti, come l'autore di questa pagina, non può non avere ancora un moto di sdegno per la irresponsabilità di un intero corpo politico prono soltanto alle orditure di qualche nefasto uomo di partito.

Il secondo intervendo risale invece al 1980, quando — in seguito alle agitazioni sindacali dei docenti non di ruolo e degli assistenti universitari — partiti politici, Governo e Parlamento vollero un provvedimento (2), il quale non fu già portatore di una riforma coraggiosa e incisiva, bensì di un semplice sviluppo corporativo: si provvide infatti a creare degli strumenti, demagogici e inidonei a una seria selezione dei candidati, ma che consentivano con facilità e senza vagli sostanziali una forte progressione di carriera. I danni di questo secondo provvedimento gravano ancora sulla vita della Università italiana e sono espressi dalla presenza in essa di troppi incapaci nella gestione e guida di tanti 'corsi' universitarii.

Per di più e per di peggio, i meccanismi dei normali concorsi a professore universitario furono irragionevolmente complicati, mentre nel procedimento di formazione delle Commissioni veniva inserito il colmo dell'irragionevole, e cioè il sorteggio dei Commissarii.

---

(1) Legge 11 dicembre 1969, n. 910.

(2) Decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 ('Riordinamento della docenza universitaria').

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Solo allo scadere degli anni Ottanta un risveglio di interesse genera alcuni provvedimenti legislativi (3) che formalmente sembravano andare nella direzione dell'autonomia. Dico formalmente, perché un discorso autenticamente autonomistico da parte del legislatore avrebbe dovuto percorrere una sola strada, e cioè quella di istituire un 'Consiglio universitario nazionale' non come organo di consulenza del Ministro (com'è stato da sempre e com'è ancora oggi quando l'attuale C.U.N. è nulla più e nulla meno che l'erede del Consiglio superiore della pubblica istruzione del passato), ma come reale organo di autogoverno dell'Università, demandando ad esso quello che è il carattere primo dell'autogoverno, vale a dire la autoregolazione. Questo non si è fatto né si è voluto fare, e il Governo centrale ha continuato ad essere il meschino burattinaio riservandosi in sostanza i più rilevanti poteri di promozione e di guida (si pensi, per esempio, ai bandi di concorso a professore associato ed ordinario ancora vincolati *ad nutum domini*, a discrezione del Ministro).

In quanto concerne i provvedimenti legislativi ora menzionati, a ben vedere, si trattò di affrettati e disorganici interventi sui procedimenti di formazione dei nuovi Statuti delle Università, mentre la tanto conclamata autonomia degli Atenei si riduceva, o ad una affermazione generica della autonomia didattica, o ad autonomia finanziaria, la quale ultima, restando gli Atenei poverissimi di risorse economiche, si risolse soprattutto in una beffa. E si lasciavano inalterati i gravi problemi dell'adeguamento degli studii universitarii nonché della formazione e del reclutamento dei docenti, che sono i problemi che — soli — in questa sede possono interessarci.

In una tale situazione incerta e confusa, nel solco appena tracciato dal legislatore di una autonomia didattica, si è verificato, negli ultimi anni, un primo avvío a riesaminare e riformare l'assetto culturale dell'Università italiana: per impulso di alcuni Ministri si è cioè provveduto a chiedere a commissioni di esperti di rivedere i 'piani di studio' delle singole Facoltà e avanzare proposte concrete di rinnovamento. Ciò è avvenuto anche per la Facoltà di Giurispru-

(3) Soprattutto la Legge 3 maggio 1989, n. 168 ('Istituzione del Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica') e la Legge 19 novembre 1990, n. 321 ('Riforma degli ordinamenti didattici universitarii').

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denza, e precisamente con quel Decreto dell'11 febbraio 1994 da cui abbiam preso le mosse, un Decreto che accoglieva le conclusioni di una Commissione formata da studiosi delle più varie branche giuridiche.

Se si pensa a un basilare rinnovamento, non si può che restare delusi, perché i risultati appaiono decisamente modesti. Né ciò affermo con la facile saccenza di chi demolisce disinvoltamente le fatiche altrui; io stesso facevo parte della Commissione e non posso non accollarmi sulle spalle una parte di responsabilità. È che la Commissione aveva un cómpito assai ristretto e un obbiettivo preciso fissati dal Ministro per la ricerca scientifica, di cui era emanazione e di cui si poneva come semplice organo di consulenza, cómpito e obbiettivo che consisteva nella formulazione di un nuovo 'piano di studii' adeguato alla attuale situazione culturale e sociale.

Io stesso, membro di questa Commissione, mi resi subito conto che lo spazio era scarso e che erano certamente precluse quelle incisive riforme di cui l'Università aveva ed ha bisogno ma che solo il legislatore in Italia può varare.

Da giurista, penso, in questo momento, a quella serie di involucri che sono i cosiddetti 'raggruppamenti universitarii', gruppi spesso assai ristretti di discipline affini, all'interno dei quali si svolge l'intera attività accademica di un docente, senza che egli possa mai misurarsi in un orizzonte più ampio dove sarebbe più agevole impedire miserabili giochi di potere e dove si recupererebbe pienamente l'unità organica di un unitario spazio scientifico umiliato in divisioni talora artificiose, sempre in qualche modo mútile e mutilanti. Per rendere concreto il mio discorso, penso al cultore italiano del diritto civile, commerciale, amministrativo,e via dicendo, costretto a misurarsi, rispettivamente, con i colleghi civilisti, commercialisti, amministrativisti, all'interno dei singoli raggruppamenti, subéndone inevitabili pesanti condizionamenti e con il rischio grave di perdere di vista quello che invece mi è sempre sembrato e sempre più mi sembra il bene supremo inabdicabile, e cioè l'unità della scienza giuridica, una unità che, essendo epistemologicamente fondata, non può sopportare nel suo seno confini divisorii troppo netti e, conseguentemente, lacerazioni. Né si dica che ciò attiene soltanto alla gestione dei concorsi e che non pregiudica affatto la dimensione più propriamente scientifica, che le energie singole dei singoli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

docenti possono indirizzare in piena libertà. Oggi, nell'Università italiana, il 'raggruppamento disciplinare' è diventato una monade senza finestre, un involucro in cui il singolo docente/scienziato si rannicchia, e in cui trova naturale incremento il vizio sottile e sempre latente della pigrizia culturale e quindi del provincialismo culturale.

Si badi: non intendo propugnare un eclettismo che sarebbe per ogni giurista parimente rischioso, considerato il grado di specializzazione e di approfondimento conseguito all'interno di molti settori specifici. Do per scontato che il civilista ari il terreno del diritto civile e il giuslavorista il suo; vorrei però che l'uno si potesse continuamente misurare con le conquiste dell'altro in un vicendevole perenne scambio di esperienze e anche in un vicendevole arricchimento. Recupero di unità non vuol dire che — per esempio — il civilista svigorisca il suo mestiere e si presenti come un personaggio dai molti volti e dalle troppe (e forzatamente slabbrate) competenze; vuol dire soltanto che egli, forte della sua tecnica e delle sue proprie competenze, si confronta con il giuspubblicista, lo storico, il filosofo del diritto, rinsaldando in questo colloquio fitto la saldezza delle sue convinzioni, però col significato altissimo di riaffermare che il diritto, prima di essere tecnica e strumento professionale, è scienza, scienza rigorosa munita di un suo unitario statuto epistemologico.

Come ho già detto altre volte, come è scritto chiaro nel primo progetto e in tutte le manifestazioni di questi 'Quaderni', ciò che temo soprattutto, oggi, per il giurista italiano, è la sua solitudine culturale, intendendo per solitudine l'operosità del giurista di un settore che prescinde (o pretende di poterlo fare) dalla operosità dei giuristi di altri settori, che vive e lavora all'interno di una corporazione limitata e limitante — di coloro che studiano e insegnano un gruppo minimo di discipline affini — sorretto da quella teologia dei raggruppamenti che l'insipiente legislatore italiano ha fatto sua.

Scritto a lettere forti e fortemente sottolineato tutto quanto precede, dove sta, dunque, il nuovo e il positivo nel piano di studii che, da quest'anno, costituirà l'ossatura didattica delle Facoltà Giuridiche italiane, se questo piano ha una portata tanto ristretta e soprattutto se questo piano non ha potuto che lasciare intatta una organizzazione atomistica del tessuto unitario della Facoltà?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Il nuovo piano si è sostanzialmente risolto nella individuazione di quattordici aree (4) disciplinari, le quali sono ritenute fondamentali e che pertanto dovranno essere obbligatoriamente presenti nel corso di studii di ogni studente di qualsiasi Facoltà giuridica italiana; le singole Facoltà potranno dare rilevanza a una disciplina contenuta nell'area piuttosto che a un'altra, ma non potranno cancellare una presenza dell'area nella formazione culturale studentesca.

Entro questo risultato, di per sé modesto, vi è però una acquisizione di notevole risalto e degna di esser messa in evidenza: tra le quattordici aree, ben quattro sono dedicate alle fondazioni culturali della carriera studentesca, e precisamente al diritto romano, alla storia del diritto medievale e moderno, alla filosofia del diritto, alla comparazione giuridica, mentre un'area è riservata al diritto internazionale, un diritto per sua natura scardinato dalla proiezione statuale. E questo mi appare come un autentico salvataggio culturale.

Non parlo come storico del diritto soddisfatto per la affermazione del campo disciplinare in cui scientificamente opera. Parlo da giurista; e da giurista sorprendo nella conclusione della Commissione — fatta propria dal Ministro e diventata Decreto operativo — un duplice salvataggio.

Il diritto non è lo strumento professionale per riuscire vittoriosi in una controversia né tanto meno l'artificio per conculcare la parte più debole. Il diritto è qui, innanzi tutto, dimensione d'una civiltà che vive pienamente la propria storia. Se normalmente esso si esprime in una regola normativa particolare condizionata a questo o quel potere politico — regola che il professionista, con il suo prezioso sapere tecnico, mette convenientemente a profitto —, per la sua essenziale natura di *fatto di civiltà* si lega, più che alle cristallizzazioni statuali portatrici di divisioni e confini nettissimi, alla società civile ed ha una indubbia tensione all'universale; subisce la vigenza territoriale come un limite e tende a proiettarsi al di là del vigente: è lo spazio della tradizione storica, della costruzione filosofica, della verifica comparativa, del diritto uniforme interstatale.

(4) 'Area' è termine che appartiene al vocabolario fumoso ed incerto del legislatore italiano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Puntare su tutto questo significa salvare il diritto sul piano scientifico: salvarlo dalle miserie del contingente, farne un universale in forza del carattere unificante che è tipico dell'analisi storica e comparativa, della riflessione filosofica, delle architetture internazionalistiche.

Quest'ultima considerazione ci conduce pianamente al secondo salvataggio: storia, filosofia, comparazione, dimensione internazionale sono osservatorii unificanti. Il loro inserimento fra le quattordici aree obbligatorie non ha il significato di aggiungere un lustrino culturale alle materie, diciamo così, professionali, ma piuttosto quello di cogliere e capire il diritto nella sua essenza e nelle sue radici. Siamo avvezzi a considerarlo in un'urna ristretta di tempo e di spazio, voce attuale di uno Stato nella manifestazione delle sue potestà, ma dovremmo cominciare a connetterlo più al sociale che al politico, a vederlo come dimensione della società che ha una sua vita parallela (e autonoma) a quella dello Stato. Storia, filosofia, comparazione, dimensione internazionale hanno il pregio d'essere angolature insofferenti a mortificazioni particolaristiche: il loro terreno è infatti quello dei nessi intertemporali e interspaziali. Si aggiunga che storico e comparatista amano ragionare sorpattutto in termini di esperienza, di civiltà, di sistemi giuridici, proprio perché all'uno e all'altro il diritto appare come vita, come un modo di vivere la propria storia da parte della società. Momenti unificanti, e, al tempo stesso, richiami all'unità, moniti verso l'unità. Che non si tratti, in queste righe, di lirismo giuridico lo dimostra una osservazione elementare: sarà partendo da questi momenti, sarà soltanto se fortificati da queste premesse, che il futuro diritto uniforme potrà, in concreto, essere più agevolmente costruito. Sarà infatti la familiarità con la storia, la comparazione, la teoria generale che varrà a vincere quella psicologia statualistica, che è il peccato culturale più duro a morire e l'ostacolo più arduo a rimuovere. Il futuro diritto uniforme, a cui mostriamo di tendere e di cui quotidianamente parliamo, lo avremo soprattutto da una coscienza rinnovata di giurista.

III. Chiudiamo questa 'pagina', dando conto al lettore di un minimo contributo di coerenza che il 'Centro' e i 'Quaderni fiorentini' intendono offrire proprio sul piano di quella unità della scienza giuridica su cui tanto si insiste da parte mia e su cui si è incentrata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche la attuale 'pagina introduttiva'. È, per ora, solo una notizia, ma notizia di avvenimento certo, che si realizzerà nel prossimo anno 1996.

Per l'autunno '96 il 'Centro' ha infatti organizzato un incontro scientifico vòlto a indagare il problema del rapporto (o del non-rapporto) fra pensiero giuridico e legislazione, e sviluppo legislativo, in Italia, dalla entrata in vigore della Costituzione repubblicana ad oggi, ossia in quasi cinquanta anni di storia giuridica italiana recentissima. Con una siffatta iniziativa (dei cui contenuti concreti qui non è il caso di anticipare nulla) ci si propone di indagare il rapporto 'pensiero giuridico-legislazione' nei più delicati settori dell'ordine giuridico con un complesso di analisi specifiche affidate ai più qualificati giuristi italiani.

Si vuol sottolineare con ciò una duplice unitarietà: in primo luogo, si avrà un banco comune di lavoro a cui siederanno pubblicisti, privatisti, processualisti, penalisti, attuando ancora una volta quanto è stato nei disegni programmatici del 'Centro' e dei 'Quaderni fiorentini' fin dalla prima fondazione; in secondo luogo, si constaterà come le diverse forze dell'ordine giuridico, che agiscono su diversi piani, abbiano vitali momenti di raccordo, e come il pensiero giuridico possa uscire dalle sue urne libresche diventando sollecitazione e promozione per il legislatore (una volta tanto, sensibile e disponibile). Un richiamo all'unità della scienza giuridica e all'unità complessa dell'ordine giuridico, che mi fa piacere di mettere in evidenza licenziando questo ventiquattresimo 'Quaderno'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PATRICK NERHOT

LA VERITÉ EN HISTOIRE ET LE METIER D'HISTORIEN

Réflexions à partir de « la France des Lumières », Daniel Roche, Fayard, 1993

Lorsque j'écrivai ce texte mourrait Monsieur le Professeur Jacques Ellul. Je le rencontrai pour la première fois en automne 1979 et je lui suis depuis lors toujours resté très proche. Jacques Ellul n'a jamais joué pour moi le rôle du « maître », il refusait du reste avec amusement, comme parfois avec agacement, cette relation d'« élève » à « maître » et chacun de ceux qui avait l'avantage de travailler avec lui savait que ce n'était pas la parole du maître qu'il devait répéter, mais la sienne qu'il devait trouver. Il a par contre été immédiatement (pour moi et sans doute pour beaucoup d'autres) un modèle: par son impitoyable rigueur, son extraordinaire honnêteté (qui pouvait bien prendre parfois la forme de la plus extrême intransigeance mais qui jamais ne souffrait du manque le plus léger soit-il à la loyauté), son inhumaine dureté à l'égard de lui-même et de ceux qu'il estimait. L'Université, avec la mort de monsieur le professeur Jacques Ellul, perd une de ces personnalités qui la justifie et qui la légitime, par delà toutes les bassesses qu'en son sein elle peut, hélas, parfois nourrir. Je parlai avec monsieur le professeur Jacques Ellul peu de temps encore avant sa mort, j'avais pris l'habitude au cours de la dernière année de l'appeler très régulièrement, et lui demandai s'il acceptait que je lui dédie mon tout dernier travail qu'il avait eu la gentillesse de lire et la générosité d'apprécier. Il n'était certes pas un philosophe du droit tel qu'on peut l'entendre traditionnellement mais la question du droit l'avait toujours obsédé, question à laquelle il n'avait jamais trouvé de réponse. Il voulut bien m'accorder cette faveur. Je ne pourrai hélas lui remettre un exemplaire personnellement, profiter ainsi de l'occasion pour continuer ces merveilleuses conversations que depuis plus de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quinze ans avec lui j'entretenais. Et s'il y a rarement accord complet entre la personnalité de celui à qui l'on dédicace quelque chose et l'oeuvre dont on lui fait hommage, il reste malgré tout que cette attitude qui traverse tout mon travail lui ressemblait bien, en particulier dans cette défiance prononcée qui est la mienne à formaliser totalement et comme pour toujours « le droit ». Il restera ce modèle que pour moi il était et que j'avais reconnu la toute première fois que je le rencontrai.

« La France des Lumières » est un grand livre d'histoire, écrit par un très grand historien, un des plus intéressants qui soient aujourd'hui en France. Ce livre n'est pas un de ces livres d'histoire que l'on peut lire en se prélassant, ce livre est un livre que tout le monde peut lire, sûrement, mais ce livre est exigeant, aussi pour cette raison que Roger Chartier (1) note à propos d'Alphonse Dupront (qui fut le maître de Daniel Roche): « je crois que l'écriture de Dupront est d'une difficulté extraordinaire pour les Français ». La langue que manie Daniel Roche est remarquable, son vocabulaire extrêmement riche (qui propose de très subtiles inventions). Remarquablement écrit, ce livre est dense, tellement dense, foisonnant, d'une érudition dont seuls font preuve les plus grands. Sa meilleure lecture n'est ainsi pas nécessairement cette lecture intégrale, systématique, d'un seul jet qu'ordinairement nous pratiquons pour des livres d'histoire. Bien qu'une telle lecture soit évidemment possible, il est sans doute plus judicieux d'exploiter cet ouvrage comme le manuel auquel on se reporte lorsque l'on se propose une réflexion ou une étude sur le XVIIIème siècle français. Mais ce livre est exigeant aussi car, si en apparence il se présente comme un très traditionnel ouvrage d'historien, il est pourtant traversé par une préoccupation qui, elle, est sans doute moins traditionnelle aux historiens lorsqu'ils exercent leur métier, nous voulons parler de la méthode. Ce livre est de part en part traversé par des préoccupations méthodologiques et qui sont, sans le moindre doute possible, l'expression d'une pensée inquiète. L'historien, Daniel Roche, doute. Et alors même que sans cesse s'affirme, comme dans une

(1) Roger CHARTIER, *L'histoire culturelle aujourd'hui*, dans *Genèses*, 15, mars 1994, p. 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

totale transparence, le « XVIIIème siècle », sans cesse retourne la question du sens: sens de l'histoire, de ses « évènements », des leçons qu'elle suggère. Mais ce doute est aussi salutaire pour ce qui tient aux explications historiques que l'auteur propose et qui ne sont jamais répétitives. Une lecture attentive décèle en effet, par-delà les modèles interprétatifs qui pourraient paraître, parfois peut être, classiques, une interrogation qui n'est en rien traditionnelle ou dogmatique et qui provoque, qui stimule, notre compréhension du « Grand Siècle » (2). Ce livre, nous nous en expliquerons, est à recevoir comme le témoignage d'une transition: cette transition est aussi la « nôtre », c'est-à-dire que ce livre n'est pas que le simple témoignage d'une personne singulière et dont l'apostrophe ne témoignerait que d'elle seule, cette transition est celle de ces temps qui sont les « nôtres » et qui sont l'objet de nos investigations journalières, témoignage d'un texte donc dont nous ne savons qu'assez imprécisément les règles de la syntaxe ainsi que ses caractères et que nous devons lire. Mais ce livre n'est pas que ce texte qui indique ce « nous », il est aussi le livre d'une transition et qui, si elle est déjà la forme modifiée dont on écrit l'histoire, reste pourtant la forme réitérée d'un « livre d'histoire », l'écriture en d'autres termes d'une tradition, et que nous pouvons bien appeler « ancienne » écriture de l'histoire.

Ce grand travail de Daniel Roche, qui représente des années et des années de recherches, suscitera plusieurs types d'intervention de notre part. Dans un premier temps, nous mettrons en évidence la place essentielle qu'occupe l'interrogation sur la méthode dans cet

(2) Par exemple, et pour le plaisir du texte, p. 553 : « Ecartons immédiatement l'idée de présenter 'une vie quotidienne' des Français au XVIII ème siècle. La formule a son succés, mais aussi ses inconvénients intellectuels, puisqu'elle rassemble pour chaque époque un discours superposable à d'autres catégories d'analyse, alors qu'il faut comprendre comment se produit, dans le tissu de ce qui est répétitif, se reproduit chaque jour et se transmet par le geste et la mémoire, l'irruption de ce qui change ». Ou encore, p. 605: « La fin du XVIIIème siècle, avec la montée des droits naturels, la revendication de liberté et d'égalité, introduit dans la vie sociale un principe neuf de dissociation. La personnalité envahit la sphère d'expression qui échappe à la représentation, ses moyens de manifestation, multipliés par l'accroissement de l'accés à l'écrit, entament les valeurs anciennes, contribuent à dénouer les vieux liens qui unissaient l'individu à l'Eglise et à l'Etat ». De telles phrases le livre foisonne.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ouvrage. Dans un deuxième temps, nous nous interrogerons sur la nature de ces matériaux que l'auteur, et à travers lui l'historien en général, interprète lorsqu'il écrit l'histoire et nous essaierons de comprendre comment s'interprètent ces matériaux. Dans un troisième temps, nous introduirons la question herméneutique ainsi que ce problème de la philosophie de l'histoire pour, et dans un ultime temps, retrouver le principe essentiel à la réflexion sur la philosophie de l'histoire et qui est celui de la vérité.

La méthode et son doute.

La réflexion sur la méthode, qui traverse tout l'ouvrage, s'adosse à deux certitudes: « Il ne nous sera jamais possible de connaître, *comme eux*, ce que les hommes du passé ont vécu » (3), et « comment peut-on comprendre *le changement,* sans préjuger de ce qui est déjà arrivé et de ce que l'on connaît maintenant sur l'avenir d'un monde qui, lui, ne pouvait que l'ignorer? » (4). En s'interrogeant sur la méthode, l'auteur se propose ainsi d'affronter un double obstacle épistémologique et qui se présente sous la figure d'un paradoxe : reconnaître, d'une part, quelque chose qui serait la subjectivité d'un interprète et nous avons ainsi cette acceptation de l'idée qu'un homme du passé garde pour toujours, pour lui, un vécu qui ne correspond jamais totalement à ce vécu auquel l'interprète se réfère lorsqu'il établit ses témoignages; effacer, d'autre part, toute interférence de l'interprète dans l'énonciation d'une vérité historique et cette dernière se présente ainsi sous la forme d'un évènement qui s'indique, s'auto-indique, dans toute sa vérité et la lecture, (re)connaissance, d'un évènement devenant ainsi une herméneutique du regard (Heidegger parlait déjà, ce qu'aura repris Foucault, de « représentation »). Ceci appartient du reste selon nous à l'expérience de la rationalité occidentale et, comme telle, n'exprime pas une spécificité épistémologique de la science historique (5). Si, historiquement, connaître signifie témoigner de vécu, une transposition demeure pourtant illégitime, pour répondre à ce que l'auteur

(3) P. V, nous soulignons.
(4) P. V, nous soulignons.
(5) Patrick NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge,* Cedam, Padova, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considère être une impossibilité (ce vécu de l'acteur historique lui-même), et qui consisterait à invoquer le vécu même de celui qui interprète: c'est hors de ce qui serait son propre temps qu'un interprète se doit de faire connaître un temps, qui est un passé, et hors même de cet autre temps que fut celui qui donne déjà complètement à l'interprète le sens de ce temps que pourtant il interroge. Un passé se (re)connaît, doit se (re)connaître, par (un autre) passé et qui correspond à la possibilité d'un total effacement, celui d'un présent (l'interprète). Quel est donc ce problème que l'auteur ici nous indique? Celui de la causalité en histoire et de son interférence avec le temps, nous aborderons directement cette question dans notre dernier point, mais, et sans empiéter sur ce dernier, nous pouvons déjà noter que ce « temps » de l'historien est décidément bien ce temps homogène, que l'on segmente et que l'on déroule tout le long d'une structure linéaire, qui n'est donc pas l'idée commune du temps, et qui traduit en son principe une causalité rationnelle. Ce double obstacle, ou cette figure du paradoxe, entend, chez l'auteur, se traiter à partir de l'hypothèse suivante et qui doit guider la recherche (cette phrase n'a valeur que d'exemple et nous pourrions en citer beaucoup d'autres): « Ce qu'il faut tenter de voir ici, c'est comment ces rapports politiques s'inscrivent dans une conjoncture de connaissances, comment, sur la trame d'équilibres économiques et sociaux qui structurent le paysage du royaume et organisent la vie ordinaire des Français, ils dynamisent ou freinent la réflexion (6). L'hypothèse est posée et qui s'inscrit dans un texte plus général, qui lui donne tout son sens, véritable philosophie de l'histoire, qui identifie et organise ces signes par lesquels cette hypothèse pourra prétendre à une démonstration, et dont le rappel à la « Contribution à la critique de l'économie politique » (1859) de Karl Marx constitue un élément essentiel: « Le mode de production de la vie matérielle conditionne les problèmes de la vie sociale, politique et intellectuelle en général » (7). Il s'en faut, pourtant, que le texte de Daniel Roche se résume à une nouvelle version du matérialisme historique, ce texte se présente tout au contraire comme un rejet, explicite, de ce

(6) P. 12.

(7) P. V; nous retrouverons MARX dans d'autres moments du texte et toujours à partir de la même perspective épistémologique, par exemple p. 101, p. 113, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que fut, historiquement, la compréhension, ou l'herméneutique, du matérialisme historique et que l'on peut ramener à cette bien funeste métaphore de l'infrastucture qui déterminerait, comme chacun sait (ce déterminisme est de ceux avec lesquels on ne plaisante pas, il est absolu), la superstructure. C'est à une réécriture de cette articulation à laquelle se livre l'auteur, réarticulation qui s'attaque à cet absolutisme du matérialisme et qui, au bout du compte, faisait que seul ce qui relevait de « l'économie » était d'une réelle pertinence dès lors que l'on s'intéressait à la philosophie de l'histoire. Si cette réarticulation entend ainsi reconnaître, sûrement, à ce que l'on qualifie d'« économie » cette place qui lui revient dans l'explication de l'histoire, ce concept néanmoins n'est plus exclusif du sens de l'histoire, il n'est plus cet unique signe qu'on lit au principe de tout sens, et s'il demeure un signe incontournable il n'est non seulement plus exclusif mais, et surtout, il n'est en rien au principe de ces autres signes grâce auxquels on écrit l'histoire et on instruit du sens. La métaphore explose et nous amène à une autre figure de l'autonomie qui, si elle a le mérite de la clarté méthodologique, provoque de nouveaux problèmes épistémologiques ainsi que nous le verrons: « L'histoire de la France des Lumières devient celle de la manière dont hommes et milieux se sont diversement approprié structures mentales et valeurs culturelles... Il s'agit donc moins d'étudier les idées et les comportements comme 'reflet' ou rationalisation des intérêts sociaux, que d'en percevoir la valeur intrinsèque et les articulations qui les placent au confluent des discours... » (8). S'ouvre alors un espace qui ne peut s'ouvrir sans cette lacération et qui eut été sans nul doute impensable, dans ces termes-ci, de la part de notre auteur mais pas seulement, il n'y a encore pas si longtemps: « il faut admettre que toute appropriation reste un acte libre » (9). Espace herméneutique réouvert donc mais qui laisse alors le chercheur sans ces repères habituels dont il pouvait user auparavant, l'entraînant ainsi dans une marche, sinon imprécise en tout cas hésitante (nous aurons, notamment, noté l'accent subjectiviste de la formule et alors même que tout subjectivisme avait été répudié auparavant), dans une marche en avant qui ne laisse de jeter des

(8) P. VI.
(9) P. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regards en arrière (10). Pourtant un pas considérable est accompli, qui provoque, en nombre, des analyses extrêmement différenciées et qui s'enroulent autour du concept clé de « sociabilité » (11). Que nos propos ne prêtent pas à équivoque. Comme élève de Dupront en particulier, Daniel Roche n'a jamais été de ceux qui ramenaient le récit historique à l'illustration pure et simple d'une hypothèse matérialiste qui ne se discutait pas, son oeuvre toute entière témoigne du contraire (12). Si Alphonse Dupront, ainsi que nous le rappelle R. Chartier (13), « appelait de ses voeux » une « sociologie culturelle », Daniel Roche sera le premier à en sonder l'espace, concevant déjà cette approche comme la construction d'un objet autonome, entendu comme espace intermédiaire et qui, méthodologiquement, entendait se développer comme l'identification de contraintes sociales qui limitaient les stratégies des sujets, mais tout en dessinant un tel espace comme le lieu de stratégies qui ne « reflètaient » pas, qui ne traduisaient pas directement et intégralement donc, certains intérêts sociaux. Cette approche, en d'autres termes, maintenait un schéma au principe duquel était maintenu le matérialisme historique, mais à l'intérieur duquel pourtant étaient imaginées des figures interprétatives spécifiques et qui se voulaient esquisses d'approches sur la symbolique. Pourtant, dans les réflexions méthodologiques qui traversent son dernier ouvrage il s'agit, selon nous, de tout autre chose : la nouvelle « autonomie » de l'objet, ainsi que nous avons appelé cette approche, n'est plus un espace intermédiaire, une sorte de liaison à l'intérieur donc d'un

(10) A noter par exemple l'économicisme de la page 41.

(11) Sur cette importante question voir les pages 391 à 393, ainsi que 400 à 402; songeons aussi au titre même du chapitre XIX: Matérialisation de l'intelligence, Abstraction des choses.

(12) Par exemple, « *Le siècle des Lumières en Province. Académies et académiciens provinciaux (1680-1789)* », Mouton, 1978, rééd. 1989, ouvrage absolument essentiel à la compréhension de l'Ancien Régime français, qui ouvre à une thématique d'une « histoire des mentalités », ainsi du reste que l'ouvrage : *« Le Peuple de Paris. Essai sur la culture populaire au XVIIIème siècle »,* Aubier-Montaigne, Paris, 1981, tout comme ces deux autres ouvrages, de référence obligée, pour qui entend étudier cette période : *« Les Français et l'Ancien Régime, tome I: La société et l'Etat; tome II : Cultures et sociétés »,* Armand Colin, Paris 1984 (en collaboration avec Pierre Goubert); *« Les Républicains des Lettres, gens de culture et Lumières au XVIIIème siècle »*, Fayard, Paris, 1988.

(13) Roger CHARTIER, dans *Genèses*, op. cit. p. 122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schéma qui lui est plus général acceptant la dominance même si elle n'est qu'implicite, sous entendue, voire même non discutée, de l'« infrastructure ». La relation du sujet et de l'objet devient spécifique et constitue au sens propre du terme un espace autonome : c'est donc toute une habitude du lecteur qui s'en trouve remise en discussion, même si la nouvelle approche n'est pas encore tout à fait « claire » (14), même si, et nous verrons pourquoi, une telle approche ne peut prétendre à une (re)présentation qui s'offrirait dans une « transparence », regard plein, ou sens que l'on retient totalement. C'est que ce livre est ouvrage de transition, de quelque chose qui (se) passe et qui s'atteste comme une pensée qui se transforme et nous avons pu noter que dans tous les autres travaux de Daniel Roche, et pour une perspective qui était déjà celle-ci, n'existait pas cette explicite, et qui nous est présentée comme nécessaire, interrogation méthodologique. Une telle transition doit être perçue (par « nous », « lecteurs », nous reviendrons sur ce problème herméneutique dans notre troisième point), comme le signe, la marque, d'un *présent* (et qui demeure objet d'une investigation permanente) qui se conçoit comme quelque chose qui a changé, qui change. Si cette transition n'est pas, comme ce déjà réalisé, ce processus achevé d'un sens, « nous », « aujourd'hui », elle n'est pas non plus cet « encore », ce « hier », cette présence pleine d'un passé, présent seulement à lui-même. L'ouvrage se construit intégralement comme le récit de quelque chose qui change, « La France des Lumières » est la lecture

(14) Nous retrouvons cette nouvelle sensibilité méthodologique également chez R. Chartier, lui aussi lié à Dupront et ancien élève de Daniel Roche, en particulier lorsqu'il écrit: « Or, pour moi, comprendre un texte nécessite de reconnaître trois systèmes de contraintes : le sens visé; la forme dans laquelle ce texte est communiqué, disséminé; les conventions et les compétences partagées par les lecteurs, les auditeurs ou les spectateurs qui reçoivent le texte. Considérer que le sens est produit par le langage indépendamment de tout contrôle, de toute participation subjectifs, est extrêmement risqué d'un point de vue historique ». Préoccupation d'historien certes, en particulier dans la formulation de la seconde proposition, ou « second système de contrainte », mais décisivement orientée dans une perspective herméneutique qui déjà recueille certains fruits de la méthodologie déconstructiviste même si sont aussi présents certains accents plus caractéristiques de l'herméneutique de P. RICOEUR, mais perspective en tout cas qui a définitivement rompu avec un certain matérialisme historique. Roger CHARTIER, dans *Genèses*, op. cit. p. 122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'un changement, mais qui n'est ni un « hier » ni un « maintenant ». Sur ce point majeur, nous allons revenir rapidement.

L'ensemble des prédicats est maintenant posé, par leur choix va se construire le récit historique mais il demeure un inaccessible, le « vécu » du sujet historique lui-même, dont il nous faut cependant témoigner. Pour ce faire, avons-nous vu, nous devrons éviter les déterminismes les plus grossiers qui confondent, par exemple, l'acte nécessairement « rétrodictif » qu'est une lecture historique avec une vulgaire « diétrologia » (et qui ferait, notamment, de la « Révolution » l'aboutissement nécessaire du « XVIIIème siècle »). Si notre clé herméneutique est bien celle du « changement », elle devra alors se défaire, dans la construction de son intrigue, de tous ces effets de sens qui apparaîtraient comme déjà inscrits et que, parce que tels, l'historien devrait nécessairement accepter, c'est-à-dire de ces formes explicatives déjà orientées par un sens qui, comme tel, les constitue, formes qui s'imposeraient ainsi sans qu'il ne soit possible, à l'historien, d'y échapper. Le concept de « sociabilité », précisément, permet de construire cette herméneutique qui inscrit du hasard (et le hasard est alors ce sens qui s'élabore contre le déterminisme), herméneutique qui engage sans doute dans de l'objectivement connaissable mais qui n'est pourtant pas, déjà, de l'historiquement nécessaire. Cette configuration fonde profondément déjà l'épistémologie d'une « histoire culturelle ». Elle rompt définitivement, explicitement, avec une histoire du marxisme, elle s'inscrit comme une rupture, son écriture sera en rupture (15), ce qui veut dire que ce passé, « La France des Lumières », sera déjà ce changement qui se lit comme une rupture (nous reviendrons sur

(15) Richesse de cette phrase par exemple, p. 351: « Les groupes sociaux sont à la fois ce qu'ils pensent être et ce qu'ils ignorent qu'ils sont », où explicitement cette lecture politique du matérialisme historique d'un sens de l'histoire comme effet de conscience de ses propres acteurs est irrémédiablement bani, ce qui ouvre alors à un sens qui interdit qu'un présent historique soit une totalité de sens, qui fait en d'autres termes de toute lecture historique une construction dont le passé, comme un passé-présent donc, n'est plus son propre témoignage (déjà une herméneutique gadamérienne en très subtils pointillés se dessine et il manque du reste bien peu pour que nous nous trouvions dans un tout autre univers philosophique et tel que par exemple le conçoit J. Derrida), qui dit pour conclure et faire bref que l'histoire, processus de sens, n'est pas une « appropriation » à laquelle pourraient prétendre les acteurs eux-mêmes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cette cruciale question herméneutique dans notre dernier point). Cet ensemble de postulats est au principe de toutes ces traces que Daniel Roche doit alors identifier et qui participent légitimement de la preuve du vrai (16), traces innombrables et qui sont la substance même du récit (17). Rupture donc et qui nécessite une lecture de cette période comme la mise en évidence d'un univers symbolique nouveau et qui, par exemple, chez notre auteur, pourra se traduire par des métaphores mécanicistes (18) comme par des propos plus sociologiques tels que ces très belles pages sur l'individu (19). Pourtant, malgré tous ces postulats portant à l'hypothèse générale du changement, conçu encore une fois comme une rupture, ces questions de méthode n'arrivent pas à exclure la lancinante incertitude qui semble comme devoir nécessairement peser sur la question de la vérité en histoire et la méthode s'emploie alors à toujours réintroduire le doute. Nous aurons l'occasion dans notre dernier point d'interroger ce doute qui, du reste, s'inscrit comme une certitude, la certitude d'un doute, comme cette nécessité d'invoquer le doute dès lors que l'on est aux prises avec un discours de vérité. L'histoire culturelle et ses concepts, tels celui de « sociabilité », prend ainsi, et ce toujours, la forme d'une interrogation *plurielle*, ce qui veut dire que le texte de Daniel Roche se constitue en écartant, et en identifiant, tout ce qui serait une explication un peu trop

---

(16) A titre d'exemple, ces traces seront ainsi ces témoins très simples que sont ces sujets individuels qui occupent des « charges », p. 410-420; elles seront aussi ces témoins plus subtils, quoique toujours des sujets individuels et dont le sens est moins directement accessible, tels par exemple que ce « Bossuet » qui veut dire « tradition » et « Voltaire » qui lui veut dire « nouveauté », p. 523. Ils sont certes encore des sujets mais déjà des objets philosophiques.

(17) P. 67 sur l'architecture, preuve du nouveau; pp. 101-102 d'un univers rural qui disparaît; pp. 488 à 492 sur cette trace nouvelle qu'est le « moi », nous aurons alors les autobiographies, les confessions, les portraits... même si se pose ici, selon nous, un problème de périodisation.

(18) P. 237 : « Le roi, les corps... la noblesse d'épée et l'aristocratie de cour sont constamment placés en porte à faux, puisque tout s'est figé... Hors la cour, la société française est travaillée par les forces du changement, par la montée simultanée de couches nouvelles exclues du partage politique, les bourgeoisies, par l'idée d'une conversion au monde neuf de l'économie et de la transformation ... de la société traditionnelle, instaurant ainsi la rupture... ».

(19) Pp. 258-259.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unilatérale, allant jusqu'à forcer le trait en formalisant un tel choix d'écriture et transformant alors l'idée de « complexité interrelationnelle » en un authentique principe méthodologique qui entend reconnaître une place légitime au doute: « Il s'agit moins de s'interroger sur la nature de la société, « société d'ordre » ou « société de classe » ... que de se demander pourquoi les sociétés se pensent et éprouvent par moment le besoin de changer les règles qui leur servent à se penser. En d'autres termes, au principe unique d'explication, il faut substituer l'interrogation plurielle... » (20). Qu'une société pense signifie donc qu'une société se pense, mais cette « autoréflexion », avec Daniel Roche, ne nous introduit pas dans les schémas d'un grand Sujet, si traditionnellement décisionnistes, volontaristes, les schémas de ces sociétés qui veulent et savent ce qu'elles veulent, qu'elles soient animées par une « main invisible », des « forces matérielles agissantes et qui les modèlent » ou par la simple et directe « volonté » éclairée des acteurs qui la constituent.

Qu'une société se pense signifie qu'une société se pense comme un individu se pense, c'est-à-dire dans la forme de la méditation, par cette distance qu'elle introduit entre « elle-même » et l'« image » qu'elle se renvoie d'elle-même. Une société s'interroge parce qu'elle doute, parce qu'en proie au doute. Cette interrogation, en d'autres termes, correspond à une incertitude, incertitude qui renvoie à une réponse pourtant improbable et dont la nature est identitaire. Mais qu'une société se pense, dans la forme de la méditation, parce qu'en proie au doute, signifie que lire une telle société ne consiste pas à inscrire des codes qui sont déjà ces « règles », ces « principes », ces « croyances », ces « lois », etc. Que cette approche méthodologique assume la forme de la méditation indique que la réponse au doute peut résider dans sa non réponse, dans la volonté de ne pas répondre, dans la nécessité de refuser de répondre à la question de la vérité ou encore de définir une vérité qui serait unilatérale, univoque, absolue, guide en quelque sorte et code de déchiffrement des lectures considérées comme la seule répétition d'une vérité quelque part déjà inscrite. La non-réponse est déjà ce qui active la

(20) P. 351.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

méditation, elle s'inscrit déjà dans une morale nécessaire, elle est une formalisation, réponse donc, une non-réponse à ce qu'elle recherche. Toute l'intrigue est ainsi organisée sur ce qui pourtant n'est pas un drame historique car ce doute est déjà certitude, la certitude de ce que ne peut prétendre atteindre la vérité historique; nous savons en effet que questions et réponses sont de l'ordre de la diversité et qu'elles ne sont pas nécessairement conciliables, c'est peut-être même leur incompatibilité qui sera le plus significatif pour une réflexion sur la vérité. Mais cette « identité » dont on doute, pour autant qu'elle exprime ce que fut la disposition spirituelle d'un passé, « le XVIIIème siècle », interfère pourtant singulièrement avec cette autre méditation, « nous », « aujourd'hui ». Il faut en effet comprendre que quelque chose change, mais un quelque chose qui, et alors même qu'il est construit par toutes et ces seules évidences que sont les « faits » de l'historien, n'interprète donc que des seules traces de ce passé « le XVIIIème siècle », loin de répondre à une question qui ne nous informerait que sur un seul passé, disparu, ouvre à une question qui renvoie, sinon exclusivement, d'abord et avant tout à ceux qui la posent. Le changement et qui chez Daniel Roche encore une fois introduit et conclut le seul discours historique sur la société française du XVIIIème siécle, est, en d'autres termes, aussi une écriture, une méditation sur « nous », « aujourd'hui ». Notons, pour l'instant, que la question d'une « société qui change » prend la forme d'une interrogation mais qui est déjà réponse, explication, et qui déplace, ce faisant, le symbolique à étudier: « L'hypothèse d'une déchristianisation massive, active, du sommet de la société à sa base, suppose une idée de la christianisation, universelle et unique » et Daniel Roche de poursuivre en citant Jean Delumeau: « N'a-t-on pas appelé trop longtemps christianisme un mélange de pratiques et de doctrines qui n'avaient parfois qu'un lointain rapport avec le message évangélique et, s'il en est ainsi, doit-on encore parler de déchristianisation? » (21). D'où la perspective que suggère alors notre auteur: « Alors la question de la religion au siècle des Lumières peut se poser autrement, moins à partir des religions positives que de nouvelles expressions de religion, vivante,

(21) P. 525.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

à partir d'autres lumières que des lumières claires et rationnelles » (22). La lecture d'un changement, guidée par cette idée de rupture, amène ainsi l'auteur au redéploiement d'un texte, qui s'indique aussi négativement et dont voici un exemple: « Ecartons immédiatement l'idée de présenter une 'vie quotidienne des Français' au XVIIIème siècle » (23). S'il peut apparaître aussi nécessaire d'écarter ce texte qui serait « la vie quotidienne », c'est parce qu'un tel texte sans doute conduirait immanquablement à l'identification de fausses évidences. C'est retrouver l'obsession de la méthode et l'écriture de l'histoire de Daniel Roche, c'est aussi la recherche d'un texte différent. Ce texte est complexe, il traduit aussi un doute, il cherche en effet à identifier ces traces qui, si elles n'indiquent pas un « continuum » en tout cas s'identifient dans un non-changement, mais qui pourtant indique déjà une inscription et de quelque chose qui exprime du nouveau.

Cette herméneutique est très improbable, qui inscrirait une dynamique du changement dans un principe qui ne serait ni celui de la production ni celui de la reproduction, un non-changement est en effet ici une figure énigmatique qui ne se livre ni positivement ni négativement puisqu'il est au principe d'un sens qui nie le sens comme un changement. Le non-changement indique quelque chose comme un « ailleurs » mais dont on n'a pourtant pas su signifier le « ici ». Cette improbable herméneutique, donc, se veut l'expression d'un doute, encore et toujours à l'endroit de ce qui serait une vérité fondamentale. Dans cette impossibilité de nommer quelque chose est en effet signifiée l'impossibilité de parler sur quelque chose. Mais une telle herméneutique ne peut qu'être seconde à une herméneutique qui énonce, annonce, ce qui se lit et ce qui s'écrit, et qui se présente chez notre auteur comme une herméneutique de la différenciation, la méthode du doute ne peut en aucun cas être une

(22) P. 526. Les pages sur « Désacralisation, laicisation, illuminisme » sont alors des pages de grande ouverture intellectuelle, dont on comprend que l'objectif de l'écriture est de contester le regard dogmatique que l'on trouve généralement à la base de ce type d'analyse pour le XVIIIème siècle, où l'auteur n'hésite du reste pas à renouer avec une histoire du type « histoire des idées », et toujours dans la perspective de démontrer une rupture, en particulier pp. 539 et sv.

(23) P. 553.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

écriture qui serait un message allant au-delà de celui de l'historien qui doute, nous voulons dire que la méthode du doute autorise cette écriture positive, c'est-à-dire assurée, d'un message dont on ne doute pas. L'herméneutique de la différenciation offre ce message univoque, unilatéral, d'une rupture perçue comme une *production* du nouveau, où s'exposerait, d'un côté, dans sa vérité toute positive une société de la tradition et à laquelle s'opposerait évidemment, d'un autre côté, et dans une vérité tout aussi positive, la société du changement: « L'époque est charnière, car on est sans doute au tournant de deux conceptions de la communauté sociale: l'une forte, correspondant à la société des coutumes et des traditions... l'autre faible, plus fragmentée et plus utilitaire, reflet ou élément intrinsèque de la société de l'échange et de l'individualisme... (24). « Epoque charnière » nous dit l'auteur parlant du « XVIIIème siècle » mais dont le récit est déjà pourtant le livre d'une transition dont nous ne pouvons épistémologiquement nous exclure et qui déjà indique ce « nous », « aujourd'hui », une herméneutique qui accentue la continuité, « époque charnière », mais qui nous précipite vers la rupture, l'herméneutique de la différenciation.

Les enjeux ici sont multiples: à un modèle fort d'interprétation d'évidences historiques, au principe de laquelle nous trouvons une conception économiciste (et encore une fois quelle que soit la souplesse de cette trame principielle), s'oppose une « lecture plurielle » (conçue comme une symbolique détachée, en sa lecture, des enjeux d'« intérêt »). Ceci est le premier pas, mais qui ne doit pourtant pas nous amener au relativisme (et, par réaction, au retour au vieux schéma économiciste qui prétend à un sens organisateur général) qui, en d'autres termes, c'est le deuxième pas à accomplir, ne doit pas aboutir à un modèle d'interprétation « faible », c'est-à-dire où tout serait, interprétativement parlant, possible (ce modèle n'est ainsi « faible » en rien) et sans qu'il ne soit possible d'apprécier entre toutes ces propositions celles qui seraient vraies, fausses, supérieures ou moins pertinentes ... Là est, sans aucun doute, la haute fonction de cette histoire, l'« histoire culturelle », et qui se nourrit notamment de concepts tel celui de « sociabilité », mais elle

(24) P. 225; également, toujours à titre d'exmple, la très forte page 92 ainsi que les annotations sur MONTESQUIEU p. 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

est aussi déjà ce témoignage d'une société qui se (re)cherche et qui pense avoir abandonné ce qui était « hier » — ce qu'est « hier » — (au) principe de sa vérité. L'époque est « charnière », cela veut dire que déjà une autre écriture est détenue, maîtrisée et qui qualifie un « aujourd'hui », propose d'autres investigations, d'autres témoignages, d'autres témoins et d'autres preuves au principe de sa vérité. L'histoire « culturelle » se pense ainsi comme un abandon, l'abandon aussi de ce qui l'a constitué et est anéantie dans son principe même toute idée de continuité, cette histoire se pense comme un détachement mais un détachement qui n'est pas une libération car ici les liens manquent et qui seraient ce passé distancié, elle est en quête sans doute d'une émancipation mais qui nous indique des traces dont seule cette histoire peut témoigner, une émancipation culturelle, une (nouvelle) sociabilité, une émancipation de ce qui serait « elle-même », elle oriente vers un autre rapport au monde mais qui n'est pourtant pas pleinement identifié, elle recherche « sa » sociabilité et qui s'inscrit déjà comme un autre rapport à l'histoire.

L'évidence historique et sa certitude.

La question de méthode nous amène ainsi à nous interroger sur la nature de ces éléments que l'on interprète lorsque, « historiquement », on interprète. La recherche, la « mise en évidence », de tous ces subtils ingrédients par lesquels nous entendons « montrer » la vérité d'un passé, conçu comme l'expression d'un réel « vécu », ne se distingue en effet jamais totalement des questions de méthode. Nos historiens auront beau dire, auront beau faire, des spéculations toute méthodologiques traverseront toujours de part en part l'acte interprétatif, qui se veut comme chacun sait, pour la dogmatique historique (ce désir là est du reste celui de toutes nos dogmatiques) un acte absolument et authentiquement passif et qui pour cette raison nous est présenté comme la réception pure et simple de traces historiques et que l'on appelle très symptomatiquement « données ». Dans l'interprétation historique existerait ainsi tout un ensemble d'éléments qui échapperaient à la controverse et à la discussion, amenant par là-même la dogmatique historienne à traiter de la question de la vérité du « fait » historique comme une question

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

équivalant à la démonstration de la réalité d'un fait, dès lors, « historique ». Ainsi le récit de Daniel Roche se construit-il en évoquant toutes sortes de choses historiques qui participent de la mise en évidence d'un changement, telles que ce temps « cyclique » qui s'oppose au temps « linéaire » (25), « l'histoire des historiens qui change » (26), « la ville » comme le signe de tous les changements (27), le « pouvoir » lui-même qui est à lire comme la trace de changements (28), l'individu qui est le signe et le symptôme d'un nouvel ordre social (29), l'affirmation d'un « moi » (30), le concept de peuple qui, dans sa fonction signifiante, de pluriel — « les peuples » — devient singulier — « le peuple » (31), le « siècle » lui-même (32), etc. La question évidemment qui vient immédiatement à se poser est celle qui consiste à se demander si ces évidences sont « homogènes », à s'interroger en d'autres termes sur la nature de ce « fait » historique, à se demander donc s'il existe quelque chose, à laquelle croient généralement les historiens, comme une « nature » du fait, qui ferait ainsi du fait historique une catégorie bien spécifique au sein de l'épistémologie en général? Notre réponse ici sera claire: oui ces évidences sont « homogènes », non le « fait » historique n'est pas une connaissance qui ne rend compte que de la

(25) Pp. 72 et suivantes.
(26) Pp. 82 et suivantes.
(27) Pp. 183 et suivantes.
(28) Pp. 237 et suivantes.
(29) Pp. 259 et suivantes.
(30) Pp. 498 à 492.
(31) Pp. 290 et suivantes.
(32) Pp. 351 et suivantes, l'intérêt ici est que ce n'est plus le fait « historique » qui est traqué mais le « fait » historique lui-même et qui fait insensiblement passer d'une question qui se voulait (très classique) d'interprétation à une pure question méthodologique, le texte en d'autres termes ne se construit plus comme la « mise en évidence » d'une hypothèse, énoncée préalablement et que l'on doit donc (dé)montrer, mais comme la construction même de cette hypothèse; c'est ainsi qu'est évoquée une « lecture plurielle » par laquelle, (qui est donc constitutive), s'établissent ces « faits » et qui sont évoqués pour présenter une société qui, en aucune façon, ne doit être ce texte qui déjà nous précipite dans un aboutissement tout aussi logique que fatal, « la révolution ». La « lecture plurielle », nous l'avons dit et nous y reviendrons, est une herméneutique qui entend réécrire les mécanismes de sens comme des « non-aboutissements nécessaires » et qui s'inscrit déjà dans une philosophie du doute, « philosophie de l'histoire ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seule connaissance historique. Par ce deuxième point de la réponse, nous tournons notamment le dos à la conception gadamérienne à laquelle, ainsi que nous le verrons, Daniel Roche s'inspire, et qui veut en particulier distinguer les questions de méthode juridique des questions de méthode historique (33).

Réitérons notre opposition à cette herméneutique et disons encore une fois que la preuve de la vérité de l'historien est de même nature que la preuve de la vérité du juriste (34) et tous les ingrédients qui servent à élaborer une telle preuve sont-ils du même ordre. Si nous nous opposons, en particulier, à l'herméneutique gadamérienne, c'est aussi parce que nous contestons le concept d'« horizon d'attente », cette idée d'un toujours déjà « là », d'un sens qui n'est pas tant découverte que réappropriation, effacement d'un oubli, mémoire retrouvée sans doute mais sans laquelle le sens jamais ne pourrait jaillir. Cette attente, qui détermine, en la fermant, la question même du sens mais tout en demeurant dans le même temps au principe même de son ouverture, est ce toujours-déjà « là », métaphysique d'une présence, une attente: revenir à la vie c'est faire jaillir un passé comme un vécu, comme la jolie princesse du conte pour enfant attend son prince pour sortir de son sommeil (35). Il ne suffit pas davantage selon nous de concevoir ce « toujours déjà » comme un processus d'« actualisation de sens » (pour nous référer toujours à H.G.Gadamer), mécanisme interprétatif qui entend s'opposer évidemment à une épistémologie positiviste du fait pour laquelle l'observation passive, ou reconnaissance, serait déjà une lecture, pleine, d'un sens qu'elle instituerait-qui l'instituerait. Ce qu'il nous faudra concevoir, et sur cette question nous nous attar-

---

(33) Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode, Les grandes lignes d'une Herméneutique Philosophique,* trad. franç. Editions du Seuil, Paris, 1976. Pour une critique de cette approche, Patrick NERHOT, *Law, Interpretation and reality; Esays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Kluwer Academic Publishers, Boston, Dordrecht, London, 1990, Gen. Ed., en particulier pp. 193 et suivantes, « *Interpretation in Legal Science, the notion of Narrative Coherence* ».

(34) Nous nous sommes déjà longuement intéressé à cette question et nous nous contenterons, dans le cadre de cette étude, d'un simple renvoi à notre ouvrage *Diritto-Storia,* Cedam, Padova 1994.

(35) Pour un développement substantiel d'une telle critique, P. NERHOT, *Diritto Storia*, op. cit., première partie.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derons, c'est une épistémologie au principe de laquelle ces choses, qui seraient toutes « là », traces non totalement effacées d'un passé (passé-présent, le « vécu »), sont des toujours-déjà comme seul effet de sens, ce qui voudra dire pour nous que ces « toujours-déjà » appartiennent à cette hypothèse qui, comme tels, les constitue. L'hypothèse (36), c'est ce puzzle de l'enfant, c'est-à-dire tous ces morceaux qui sont déjà l'image, comme elle est aussi tous ces fragments de l'archéologue et qui appartiennent déjà à l'objet, l'hypothèse, en d'autres termes, comme ces deux exemples l'indiquent, est absolument constituante de la démonstration, elle ne peut s'en détacher. La grande méprise ici serait, pour l'énoncer, d'élaborer une herméneutique purement constructiviste, ou relevant d'un nominalisme intégral, dont le risque serait évidemment de recevoir tout et n'importe quoi au titre de vérité historique. Cette dernière participerait dès lors obligatoirement d'une philosophie relativiste, et pouvant même recevoir, ultime des paradoxes et comme en témoigne la thèse dite « révisionniste », la négation de ce qu'il convient d'appeler, au bout du compte et n'en déplaise à certains, une vérité historique.

Nous nous demanderons du reste, et toujours relativement à cette question de l'hypothèse, ce qu'il convient de comprendre lorsque nous posons le discours de l'historien comme une « rétrodiction ». Ce concept, et tel qu'il se présente sous la plume de Paul Veyne (37), consiste en effet à faire du passé un résultat, résultat entendu comme un « point d'arrivée » (c'est-à-dire aboutissement d'un énoncé particulier), mais sans que ne soit pour autant interrogé ce qui autoriserait, selon nous, à postuler un tel point d'arrivée. S'érigerait ici une enquête sur quelque chose que nous pouvons nommer, par correspondance avec cette idée de point d'arrivée, un « point de départ », question extrêmement stimulante et tout à fait

(36) Nous ne pouvons, dans le cadre de cette étude, que renvoyer à notre ouvrage qui traite plus spécifiquement de cette question: P. NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, op. cit.

(37) Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire; suivi de Foucault révolutionne l'histoire*. Points Seuil Paris 1979. Ce puissant auteur sera du reste la référence majeure à tous nos raisonnements qui vont suivre. Et si ceux-ci prennent la forme systématique de la critique, il reste que dans cette référence il y a un hommage rendu, tout comme, du reste, c'est aussi par cette référence qu'une écriture est possible.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essentielle à une épistémologie du discours historique et qui ne recoupe pas, indiquons-le dès maintenant mais nous y reviendrons, intégralement, la question de la causalité.

Mais commençons tout d'abord par nous interroger sur ce qui constitue le récit de l'historien et en particulier à nous demander si ces matériaux par lesquels on écrit l'histoire sont « homogènes » ou pas, ce qui veut dire s'interroger sur ces référents dont ils entendent être les témoins. Le livre de Daniel Roche, ce n'est pas là le moindre de ses intérêts, dans cette perspective, est d'une exceptionnelle richesse pour ce qui concerne les « sources », richesse qui n'est du reste pas sans prolongements sur les questions de méthode dont nous parlions précédemment. Soit l'exemple du « temps ». Celui-ci, tour à tour, recoupera des spéculations toute épistémologiques (38), toute sociologiques (39), mais aussi toute herméneutiques (40). Mais la question du « temps » rejaillit aussi, et ainsi que nous le disions, sur des questions plus spécifiquement méthodologiques et « le temps » devient alors le principe de lecture qui (dé)montre l'hypothèse du changement. Pour maintenir l'exemple auquel nous nous référions précédemment, un temps cyclique s'oppose à un temps linéaire, un temps cyclique dans une telle perspective entend être la transcription d'un ordre du monde qui veut que la nature soit au principe de la culture (41), comme un temps linéaire entend être la transcription absolument opposée à celle-ci, qui veut donc que ce soit la culture au principe de la reconnaissance de ce qui est naturel (42). Autre matériau interrogé par Daniel Roche, maintenons toujours ces exemples auxquels nous nous référions donc et pour les travailler encore davantage, est l'« histoire des historiens ». Sommes nous déjà dans un matériau qui serait d'une « nature » différente de celle du « temps »? Pas franchement, dirons-nous, puisqu'il s'agit toujours d'une épistémologie de la mesure, cette « histoire des

(38) P. 88 par exemple.

(39) P. 69 notamment.

(40) P. 69 où la question de l'histoire se présente sous la forme du récit.

(41) Pp. 72 à 76 en particulier.

(42) Pp. 79 à 81, le temps est ce qui est mesurable, quantité, le temps est mécanisme, régulation « interne », l'exemple de l'horloge s'impose, qui fabrique donc le temps.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

historiens » vient en effet témoigner de ce qui serait une « expérience vécue »: « Pierre Bordier... a consigné les menus faits de la vie rurale dans son compendium et dans son journal... Le temps est placé au centre de la réflexion, le temps cyclique y est interrogé par l'évènement » (43). Il semble bien du reste, à travers ce que laisse percevoir cet exemple, que le concept de temps, à l'opposé de ce qu'a pu vouloir considérer Paul Veyne (44), est bien un matériau nécessaire à l'historien; encore faut-il, cependant, reconnaissant cela, écarter le piège du réalisme.

Mais nous trouvons aussi comme matériau, à côté de ceux de « temps » et d'« histoire des historiens », la « sociabilité »: ce dernier pourra-t-il prétendre être de « même nature » que les précédents? Encore et toujours, nous savons bien ici qu'une question de méthode déjà affleure, par delà ce geste interprétatif qui n'entendrait que cueillir ce qui serait déjà tout disponible, nous voulons dire ces traces identifiant ce quelque chose: « la sociabilité ». Ainsi que nous l'avons dit, en effet, dans notre premier point, la sociabilité entend jouer aussi comme le concept qui permet de s'affranchir de l'économicisme, qui autorise donc l'appréhension d'une réalité dont le sens échappe à celle qui fut au principe même du matérialisme historique. Notons également que, malgré son importance, ce concept se présente pourtant de manière discrète: « Quelle est la distance qui sépare les activités et les spéculations quotidiennes des négociants de l'ensemble des problèmes de culture? Y a-t-il une identité culturelle négociante? » (45). Question qui trouve immédiatement sa réponse, ouvrant alors à une très stimulante recherche méthodologique: « Idées et valeurs ne correspondent pas forcément de façon directe aux groupes sociaux et le rapport entre les uns et les autres exige débat et interrogation simultanée des pratiques et des idéologies » (46). Mais nous pouvons durcir notre interrogation sur l'homogénéité ou non de ces matériaux et rapporter que Daniel Roche appelle aussi à d'autres matériaux nombreux et extrémement

(43) P. 83.

(44) Paul VEYNE, « *Comment on écrit l'histoire; suivi de Foucault révolutionne l'histoire* » op. cit., en particulier p. 5.

(45) Daniel ROCHE, *op. cit.*, p. 138.

(46) *Op. cit.*, p. 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

variés, tel celui de « la ville » qui est appelé, encore et toujours, pour témoigner du changement (47), celui de « peuple » (48), mais aussi « l'éducation » (49), *les* élites et *les* noblesses (50), etc. Est-il toujours sensé, dès lors, de parler d'homogénéité des matériaux utilisés par l'historien, ne conviendrait-il pas mieux de parler d'une certaine hétérogénéité de ces matériaux? Et, au bout du compte, si vraiment ces matériaux sont d'une notoire hétérogénéité seule capable de rendre partiellement compte de la réalité « enfouie », alors ne devons-nous pas logiquement en déduire, par exemple, que l'histoire est construite comme un « tissu d'incohérence » pour le dire comme Paul Veyne? (51).

Répondons à cette question tout d'abord: non, l'histoire n'est pas construite comme un « tissu d'incohérence ». La justification d'une telle réponse, si simple dans sa formulation, n'est pas des plus faciles et elle recoupe évidemment l'interrogation sur l'homogénéité, ou non, des matériaux de l'historien. Cette justification passe en effet par des questions attenant à la philosophie du langage, et qui considèrera en particulier que tous ces référents (« la ville », « la sociabilité », « le peuple », etc.) sont des signifiants qui n'appartiennent qu'à une seule chaîne de signifiants (ce qui organise un déplacement sensible par rapport à la position de Paul Veyne), questions qui évidemment déjà s'inscrivent dans une philosophie de l'histoire. Daniel Roche d'ailleurs y revient toujours, même si l'argument n'est jamais totalement traité de façon frontale, ainsi par exemple et au hasard des pages: « Dire que l'histoire pâtit de fins qui lui sont étrangères, c'est ne pas reconnaître qu'entre les différents domaines où fonctionnent les recherches des historiens il existe un lien puissant et tout aussi moteur que le rationalisme: celui de l'érudition et de la critique philologique. Le constat s'impose à qui veut comprendre le destin de l'histoire des lumières autrement que

(47) Ce changement s'illustre soit comme une réécriture de ce que serait le droit, p. 158 ou encore p. 304, soit comme une manière de vivre, pp. 161 et suivantes, soit aussi comme ce qui développe d'autres pouvoirs, pp. 187 et suivantes, etc.

(48) C'est-à-dire « le » peuple, pp. 289 et suivantes.

(49) P. 305, mais aussi pp. 377 à 383.

(50) Pp. 350 et suivantes.

(51) *Op. cit.*, p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

par référence à l'épistémologie du XIXème siècle » (52). Poser ainsi la question de la rationalité du discours historique comme l'analyse des matériaux qu'un historien utilise dans l'élaboration de son récit définit mal une interrogation qui reste pourtant des plus légitimes. Cette analyse en effet n'est pas pertinente car elle s'inscrit déjà comme la conséquence d'une réponse donnée à une problématique du langage mais qui n'a pourtant jamais été posée. S'interroger, ainsi que le fit P. Veyne, sur la rationalité du discours historique en posant directement une question substantielle, « homogénéité » ou pas des matériaux de l'historien, mais sans que ne soit préalablement ouverte une réflexion sur le langage, nous semble ainsi illégitime. Si, en effet, et ceci est au principe de notre position, ces matériaux sont ces termes qui appartiennent à une seule chaîne de signifiants, alors la question de l'« homogénéité » se transforme-t-elle et reste liée à la question sur la nature du message lui-même, tout au contraire de ce que postulait P. Veyne qui détachait la problématique des matériaux de celle du récit. Le problème de l'homogénéité, ou non, des matériaux de l'historien se reporte-t-elle, et pour cette raison, aussi à celui de la force persuasive du récit historique lui-même, à la cohérence, sans doute, de sa perspective globale (53). Et ceci, nous le verrons rapidement, ne va certes pas sans poser de très sérieux problèmes.

---

(52) P. 91.

(53) Denis CROUZET, *La nuit de la Saint Barthélémy. Un rêve perdu de la Renaissance*, Paris Fayard 1994 et, plus accentuée encore, dans la revue L'Histoire, numéro 175, mars 1994, p. 94-101, avance l'idée de la possibilité d'une « histoire virtuelle » comme une histoire qui serait « scientifique », une histoire, c'est banal de le noter, qui est fortement imprégnée d'une méthodologie issue de nos pratiques informatiques (ainsi déjà François FURET, il y a bien vingt ans de cela, avec son « histoire sérielle »). Ce que nous reprochons peut-être le plus à cette écriture de l'histoire, c'est qu'elle utilise, qu'elle exploite, devrions nous plutôt dire, de vastes espaces discursifs, ceux de l'informatique donc, mais sans que ne soit jamais posée la moindre question à ces espaces, sans que ne soit le moins du monde interrogée, disons, l' interaction entre les énoncés discursifs que recueille le récit historique pour être reçu comme tel et tout ce dont se nourrit le discours informatique et tel qu'un informaticien l'élabore. Et ceci nous paraît être définitivement inacceptable. Si, pour une telle histoire, en particulier et selon notre auteur, ainsi que dans nos manipulations informatiques, le cadre « virtuel » du récit peut être, évidemment, modifié à volonté, elle offre quoiqu'il en soit ses gages de sérieux, c'est-à-dire de scientificité, car en évoquant la manipulation informatique, on ne se réfère pas à une

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ainsi, que recherche Daniel Roche? Toutes traces qui (dé)montrent l'hypothèse préalable et qui est celle du changement, même si, encore une fois, l'auteur prend des milliers de précautions vis à vis de l'idée même de changement (54). Mais qu'est-ce donc alors que

---

manipulation incontrôlée et qui laisserait donc l'interprétant-informaticien comme livré à sa seule fantaisie dès lors qu'il développe ses programmes. Cette banalisation des « trajectoires », que serait le programme informatique, corresprondrait au geste de l'historien qui reproduit des « modes de faire » lorsqu'il compose son récit (« modes de faire » qui sont déjà contraints, par conséquent, et c'est en cela que jouerait pleinement l'analogie avec la méthode informatique) et qui, s'ils autorisent, sans doute, des stratégies fort diverses, ne le font toujours qu'à l'intérieur d'un cadre qui les rend possibles. Cette méthode informatique serait ainsi le modèle du récit historique, qui recompose, geste toujours renouvelé, une vérité historique, unique et éternelle, tout comme ces trajectoires informatiques s'inscrivent-elles dans un espace qui les a conçues comme telles, mais qui, formellement cependant, ne peut que renvoyer à des récits divers qui l'approchent, l'indiquent, la suggèrent, la configurent dans un redéploiement qui est par essence toujours ouvert, mais dans un espace définitivement fermé. La question ici que nous pouvons nous poser est celle de cette clôture: qu'est-ce qui en est à son principe? Un « mode de faire » reste une bien banale application d'un exercice déjà totalement identifié, que ce soit dans ses objectifs comme dans ses résultats, une répétition qui confine au mimétisme si l'on veut, mais ceci correspond-il à cette subtile ingéniosité qu'exprime tout bon discours d'historien? La question de la clôture est sans doute une bien vieille affaire herméneutique mais reproduite ici ô combien pauvrement. Ceci permet à l'auteur de concevoir l'histoire, c'est-à-dire le récit, comme une « fiction » (à l'histoire définie comme un « roman vrai » par Paul Veyne s'oppose cette histoire définie comme un récit fictionnel) mais qui n'est fiction que parce qu'elle est ancrée dans une vérité qui, si elle ne peut être établie une bonne fois pour toutes, n'en demeure pas moins absolument supposée. Elle est une fiction nécessairement puisque la réalité n'est pas de l'ordre de l'intégralement reproductible, elle est une fiction sans doute parce que nous la créons, mais elle est pourtant déjà réalité car les gestes même de cette création ne visent qu'à une reproduction. La vérité donc est supposée, oui, mais pourtant toujours inaccessible, et tellement inaccessible au bout du compte que c'est sans grande illusion qu'on l'interroge; ceci, évidemment, ne laisse pas de poser de lourdes interrogations sur le principe même d'une vérité historique parce que cette position risque d'aboutir, risque qui n'est pas que théorique, à accepter absolument tout au nom d'un récit « historique » et sans être en mesure, dans le même temps, d'exposer les principes d'une réfutation. Pour dénoncer ce danger et éviter un tel risque, la réponse, disons, traditionnelle à cette « histoire virtuelle » pose que la scientificité de l'histoire ne réside pas dans la cohérence interne du récit historique mais dans la qualité du corpus documentaire. C'est l'usage du document en d'autres termes qui serait ainsi au principe d'une vérité historique. Cette objection est-t-elle sans doute pertinente lorsqu'elle refuse que la cohérence du récit historique soit la condition nécessaire et suffisante de la vérité historique et elle est encore digne d'intérêt lorsqu'elle attire l'attention sur la question de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cette démonstration qui ne se nourrit que de seuls signifiants? Maintenons, pour essayer de répondre à ce problème majeur, cet exemple du temps qui est si important selon nous dans cette démonstration d'un changement que poursuit Daniel Roche. Il y a d'abord un temps qui signifie « saisons » et « jours » et qui est qualifié à ce titre de « cyclique ». Cela signifie donc qu'il y a au principe du sens une répétition, que donc un sens historique est à rechercher dans une épistémologie de l'immobilité. En évoquant un « printemps », par exemple, on mobilise tout un ensemble de matériaux (du climat à la division-organisation du travail, en passant par ces scènes plus champêtres comme les naissances dans les troupeaux, les travaux qui suivent le repos hivernal) et qui ont pour objectif de nous introduire à cette sorte de vérité qui vaut pour tous les temps et qui défie donc toute idée de changement comme mécanisme de sens. C'est du reste le même effet de sens qui est recherché lorsque l'on se réfère, par exemple, à une fête et qui se reproduit, immuable, tous les ans. Le « temps » remplit ainsi sa fonction de signifiant: il signifie alors des expériences choisies du monde. Comme telles, certes, elles sont des signifiés mais qui ne sont jamais pourtant arrêt du sens. Ces signifiés en effet résultent de tous ces procédés d'écriture qui recherchent la configuration d'une « immobilité », c'est cette dernière qui est sans cesse poursuivie et pas ce

---

l'utilisation des sources mais son argumentation demeure pourtant selon nous trop courte car s'il est vrai qu' un « document » participe de la reconnaissance-énonciation de la vérité, il reste vrai aussi que ce document appartient déjà à ce mouvement du sens qui comme tel l'institue. Le document ensuite et pour le dire d'une simple formule, ne parle pas tout seul et il s'intègre par ailleurs (mais comment?) dans un récit. Ces deux groupes de questions indiquent un problème essentiel et pour tenter de le résoudre nous distinguerons, nous aborderons ce point dans notre troisième partie, entre ce qui participe d'une lecture des « sources » et nous serons alors confrontés à la question herméneutique et ce qui participe de l'élaboration, de la constitution même (reconnaissance) des sources et nous soulèverons alors la question sémiologique. Si la première traite du « passé », ou question herméneutique, la seconde quant à elle traite de l'« histoire » et nous sommes alors dans une interrogation portant sur la rationalité occidentale elle même.

(54) Ainsi par exemple cette définition de la physiocratie qui ne doit être ni répétition qui renvoie à ce temps immobile des campagnes, ni rupture, qui renvoie alors à ce temps quantifié et toujours mobile qu'est ce temps de l'industrie, pp. 111 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qui se (re)présente en son nom (un climat, une division du travail, des scènes champêtres...). Les expériences choisies du monde ne sortent ainsi pas d'une chaîne de signifiants, la configuration d'une immobilité se nourrira évidemment aussi de la configuration, comme récit historique, d'un mouvement et qui, comme tel, ouvrira, à cette épistémologie qui interrogera les concepts de mouvement et de non-mouvement. Le sens jaillit précisément de ce renvoi, lui appartient, et qui organise un sens historique (55). Ainsi, à ce temps qui définit le sens comme « immobilité » s'oppose ce temps qui définit le sens comme « mouvement ». Le temps, de signifiant, passe par ce signifié, l'immobile, mais qui n'est pas arrêt du sens et qui est déjà signifiant: ainsi, ce sens historique qui traduirait un monde immobile et qu'indique le temps cyclique et qui construit une herméneutique d'une répétition, est-il déjà contesté par ce sens historique, qu'élabore une herméneutique d'une altération et qui traduirait un monde en mouvement. Un sens historique en effet s'impose, qui est celui d'un monde toujours mobile, dont la nature même est son extrême mobilité, un monde dont les caractéristiques sont dans l'altération, altération au principe même du sens et qui se reconnaîtra, ce n'est qu'un exemple, dans le monde de l'« échange ». Expérience choisie du monde, histoire réelle du monde sans doute (qui doutera de l'échange comme principe d'organisation économique), qui redéveloppe une autre unité de mesure et qui se doit de saisir ce qui n'est que « mouvement »: une autre exactitude, toute technique, mécanique, ici s'impose où le monde apparaît comme éphémère et caractérisé par ce qui change, ce qui se transforme (et ce matériau de l'historien qu'est la montre est-il de même nature que cet autre matériau qu'est l'échange par exemple), recomposant l'opposition nature/culture, réouvrant à d'autres principes de lecture.

Parmi les nombreux problèmes que pourront susciter ces questions de méthode, il en est un, plus particulier qui, ici, se pose et que ne traduit que partiellement le problème de la causalité, ou plus exactement à l'intérieur duquel le problème de la causalité s'inscrit. Analysant le raisonnement historique, Paul Veyne a parlé un jour de « rétrodiction » et qu'il définissait comme une « proba-

(55) Par exemple la page 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilité des causes » (56). Selon nous, pourtant, il n'est pas certain que cette expression rende bien compte de la nature de l'argumentation en cause. Ainsi notre exemple du temps: si nous montrons que le « temps » peut se définir de différentes manières, n'identifions-nous pas, ce faisant, quelque chose qui participe de la preuve d'un « changement »? Nous sommes plus que jamais dans une seule chaîne de signifiants mais qui n'est certes pas une impossibilité pour ce qui relève des questions de preuve et, du reste, pourra être apportée la preuve contraire à tous ces types de raisonnement (pourra être suggéré, par exemple, que déjà ce monde qui est une mesure, mesure du temps, dessine ce moment très spécifique d'une société qui redéfinit son rapport au monde et nous aurons ainsi ce « temps de l'horloge » et le « XIVème siècle », obligeant ainsi à réécrire ce « changement » au « XVIIIème siècle »). Et ici donc, la preuve n'est pas de nature probabiliste, la vérité affirmée se veut certainement plus que quelque chose de seulement hypothétique, entendu comme « probable » (57). Il convient, répétons le sans cesse, de *penser la preuve historique comme une preuve judiciaire* et sans doute qu'il faudra savoir se satisfaire parfois du « probable » dans, par exemple, des affaires judiciaires, mais nous ne sommes pas certain du tout que ce « probable » judiciaire corresponde au probable du statisticien (nous sommes même pratiquement certain

(56) Comment on écrit l'histoire, *op. cit.*, p. 97.

(57) Dans le cadre de cette étude nous ne pouvons développer ce point mais nous pourrions, déjà, nous demander ce que signifie une « cause probable »? A quel type de preuve, donc de raisonnement, s'oppose-t-elle? D'où provient une telle opposition, à quel (éventuel) obstacle épistémologique entend-elle répondre? Nous pourrions nous demander aussi, et dans cette perspective, ce que serait une telle « probabilité » et en particulier dans sa relation avec ce que l'on appelle les « statistiques » pour, dans le même mouvement, voir comment, historiquement, l'une fut réorganisée dans son rapport à l'autre. Il serait fort utile aussi, commencée une telle enquête, de bien cerner les espaces du savoir où ces renouvellements épistémologiques se réalisèrent, et ceci dégagerait évidemment encore un peu mieux ces obstacles qu'il fallait absolument franchir. Nous n'oublierions pas non plus de bien identifier cette herméneutique que ces signes de la « probabilité » suggèrent, car le grand problème de la probabilité, les épistémologues du discours médical le savent, fut d'abord celui de l'identification-élaboration de signes qui ne « correspondaient » à rien et l'on se demandait donc ce qu'ils « prouvaient » vraiment. Pour une brève esquisse de ces questions, P. NERHOT, *L'ipotesi perduta delle legge*, op. cit., Capitolo I, « Un progresso in medicina ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qu'il s'en distingue et cette distinction se reconnaît d'ailleurs dans cette possibilité qu'ont les juristes, ou jurés, d'en appeler à la probabilité du statisticien pour se conforter, si nécessaire, dans leur conviction qui, en dernière instance, doit absolument apparaître conmme « vraisemblable », faute de mieux, et c'est sans doute cela que veut dire Paul Veyne lorsqu'il parle de « probabilité » mais ce n'est pas la même chose).

Ici, sûrement, l'« histoire » appartient au « droit », ce qui veut dire que nous sommes toujours en prise avec un discours de vérité, qui s'articule sur une identification de la réalité et que l'on obtient donc par la médiation de tous ces moyens qui participent d'une telle preuve (58). Sur cette question esentielle s'en greffe immédiatement une autre et qui porte sur la nature du raisonnement historique. Dans le prolongement de la « rétrodiction » et telle qu'il l'avait définie, Paul Veyne voulait concevoir le raisonnement historique comme une induction, comme un déplacement, en d'autres termes, qui allait de « l'effet à sa cause hypothétique » (59). Suite à ce que nous venons de dire sur la question de la preuve, nous ne pourrons partager cette conviction et nous dirons tout au contraire qu'un raisonnement historique se présente comme une très classique déduction et ceci pour cette raison toute herméneutique qui explique que l'« observation » appartient toujours à ce « regard » préalable, qui, comme tel donc, l'institue, à cette « hypothèse » qu'ainsi elle peut prétendre (dé)montrer. Il reste vrai, pourtant, que la seule logique formelle est bien insuffisante pour rendre compte de la question du sens et si la déduction est cette forme de l'argumentation qui (dé)montre une hypothèse, il reste qu'elle ne nous dit rien sur l'hypothèse elle-même (est réouverte ici sans doute, dans cette perspective, la question de l'induction (60)).

---

(58) Nous retrouvons ce que nous disions précédemment, note 50, et la réflexion sur la vérité en histoire ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la vérité judiciaire d'une part, ainsi que d'une réflexion, d'autre part, sur le concept même de document (ou cette articulation entre oralité et écriture).

(59) *Op. cit.*, p. 101.

(60) La question de l'induction est réouverte, disons-nous, en ce qu'elle renvoie à la question du « cercle herméneutique » que nous concevons comme ce mouvement permanent, au principe du sens, comme l'impossibilité d'une présence, présence pleine du sens et qui est présupposée dans un raisonnement déductif simple en particulier. Un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Reprenons des exemples que nous offre le texte de Daniel Roche. L'analyse du pouvoir s'inscrit à partir d'une interrogation de la « pluralité » (61): celle de pouvoirs qui se constituent-reconstituent à travers des « changements ». Ceux-ci sont-ils, pour reprendre le propos de Paul Veyne, « effet d'une cause hypothétique »? Pour répondre à cette question, il faut au préalable rappeler que cet auteur, quand il utilise le terme vraisemblable, entend que l'on ne peut que s'approcher de la vérité, l'enjeu de toute recherche serait d'approcher toujours plus une vérité qui, de par sa nature, ne se laisserait jamais saisir. Ceci étant précisé, alors nous pouvons répondre positivement à la question. Ces « changements » sont vraisemblablement l'effet d'une cause qui reste identifiable, ils sont même nécessairement « changement » en tant qu'ils indiquent une vérité qui est « pluralité » des choses, une diversité en d'autres termes, une vérité toujours différente. Pourtant une réponse négative mérite aussi d'être retenue car ces « changements » ne sont pas déjà ces traces que l'on n'a qu'à, positivement, cueillir et ils ne peuvent donc en rien prétendre être au principe d'une immense induction, ils ne sont pas un déplacement qui instaure ce rapport, et sur lequel nous reviendrons, entre effet et cause: ils ne sont ni effet ni cause ou, si l'on préfère et ce qui revient à dire la même chose, ils sont effet et cause (62). Ces changements se (dé)montrent par l'hypothèse d'un monde qui nous donne la clé de son déchiffrement à partir du concept de « changement »; il n'y a rien ici de tautologique, il n'y a rien non plus qui participe d'une philosophie positiviste, ou qui soit emprunt d'accent subjectiviste. Par cette formule, nous voulons indiquer que nous sommes dans la forme

---

sens s'indique, une trace, un signe, une marque, appelons le comme nous le voulons, est au principe du sens, provoque sans doute un raisonnement que l'on dit inductif mais qui supporte, quoiqu'il en soit, cette même remarque que nous adressions il y a quelques instants au raisonnement déductif, à savoir qu'une telle trace n'est pas le sens comme une présence, une trace n'est pas ce qui attend et qui vient à nous, présence pleine du sens et qui nous renseigne sur nous.

(61) Voir par exemple pp. 350 et suivantes; le « pluriel » est déjà cette réponse à une question que ce terme prétend pourtant poser, une réponse qui traverse tout l'ouvrage et veut traduire, philosophie de l'histoire avant la lettre, la nature du changement.

(62) Par exemple, pp. 237 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logique de la déduction (63). *C'est bien ainsi en effet qu'une hypothèse se prouve* (64) *en histoire comme ailleurs*. Parce que relevant de cette forme logique qu'est la déduction, une *compréhension* de l'histoire est toujours une *explication* de l'histoire, l'explication tient évidemment dans la compréhension qu'on en a (65), il n'y a pas à distinguer ces termes ainsi que le fit Dilthey (66) qui s'inscrivait, ce faisant, dans une tradition philosophique qui s'était construite au siècle précédent le sien et qui renouvelait, en même temps, cette continuité philosophique. Nous ne suivons pas davantage Paul Veyne lorsqu'il conçoit le raisonnement historique comme une rétrodiction qui s'apparenterait à un « raisonnement par analogie ou à cette forme de prophétie raisonnable, car conditionnelle, qu'on appelle une prédiction » (67).

S'il nous est permis en quelques mots d'esquisser l'herméneutique

---

(63) Prémisse qui croule sous les arguments qui la (dé)montrent. Notons, en particulier, les pp. 237 et suivantes, « Le roi te touche, Dieu te guérit » qui devient « Le roi te touche, Dieu te guérisse »; l'évolution de la cérémonie du Te Deum, pp. 241-242; le rapport équestre qui se modifie lui aussi, soulignant un autre rapport d'autorité entre le cheval et l'homme,pp. 247-248, autre rapport qui serait la trace à un « nouvel art du commandement » (auquel tout cavalier sera sensible), etc.

(64) Relisons par exemple l'analyse de ces signes, qui démontrent qu'un pouvoir a *changé*, p. 248.

(65) C'est ainsi que s'inscrit la question herméneutique de l'ouverture du sens comme ouverture infinie, d'un processus où la question du sens ne se referme jamais sur elle-même, que l'on veuille expliquer (comprendre) une formule magique, un rite religieux ou l'affirmation d'un « moi », etc. Une étude très approfondie ici serait nécessaire, que nous ne pouvons hélas conduire dans le cadre de cet article, et qui ne pourrait éviter les travaux de Paul Ricoeur, en particulier son travail monumental *Le temps raconté,* 3 volumes, Seuil, 1985; mais aussi *Du texte à l'action, Essai d'herméneutique II,* Seuil, 1986; *Paul Ricoeur, Les métamorphoses de la raison herméneutique,* sous la direction de Jean Greisch et Richard Kearney, éditions du cerf, 1991 et en particulier, *Herméneutique et Epistémologie,* Jean Ladriere, pp. 107 et sv. Notons également, dans cette perspective, ce texte extrêmement stimulant de Alessandro Pizzorno, *Spiegazione come reidentificazione,* dans *Rassegna italiana di sociologia*, 1989, numéro 2, pp. 184 et sv.

(66) Dilthey, *Le monde de l'esprit,* trad. franç. Aubier Montaigne, tome I, Paris, 1947. Par cette distinction, ainsi que nous le savons, le philosophe enregistrait une distinction qui se voulait canonique entre les sciences de la nature (qui expliquent) et les sciences sociales (qui comprennent), ces dernières étant réécrites à partir de la lecture qu'il faisait de Schleiermacher autour de la problématique de la subjectivité.

(67) *Op. cit.*, p. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'une prédiction, nous dirons qu'elle présuppose, premièrement, un ensemble de données, que, deuxièmement, cet ensemble est, comme tel, un processus plein et total de sens qui, troisièmement, organise intégralement un énoncé comme un arrêt du sens, « moment historique » pourrions-nous dire aussi ou « instant » historique, par lequel, quatrièmement, s'identifie absolument une vérité historique qui est ce point de départ (pourtant « effet ») mais qui ne trouvera pas nécessairement (nous renvoyons ici au propos de Paul Veyne) son point d'arrivée (la cause ou « la prophétie raisonnable »). La première erreur ici, qui prend du reste la forme d'une invraisemblance logique (l'effet qui précèderait la cause), est que présupposer, prétendre pouvoir fixer, un « point de départ » implique, méthodologiquement, pouvoir donner un « point d'arrivée », interdit, en d'autres termes, de ne pouvoir le présupposer. C'est du reste ce que pense Paul Veyne lui-même qui reconnaît au sens historique une pluralité nécessaire. Une philosophie de l'histoire devient ainsi, si l'on veut, une herméneutique du hasard, mais, conséquence de la première erreur, ici la seconde, cette herméneutique du hasard joue pourtant comme ce point d'arrivée *nécessaire* (et nous avons alors la « pluralité », ou ce principe qui détermine le sens, comme principe de non détermination). L'erreur ici sans doute est de confondre la lecture des traces ou « témoignages historiques », avec cette opération qui relève quant à elle de l'identification même de ces traces. Si, en effet, un point d'arrivée n'était en aucune façon identifiable, comme un futur qui ne serait jamais déjà écrit parce qu'impossible à écrire (nous ne disons pas déjà connu, pleinement identifié), alors l'idée même de point de départ serait plus qu'une aberration logique, elle serait un impensable. Or nous pensons l'un et l'autre, nous voulons dire qu'ils structurent la rationalité même de notre pensée. Paul Veyne aura ainsi mal formulé la question. Mais laissons ce point pour l'instant, nous allons le retrouver très bientôt et retournons à la question de l'homogénéité-hétérogénéité du matériau historique et de la nature du raisonnement en histoire.

L'hypothèse étant celle du XVIIIème siècle qui est écriture d'un changement, alors seront recherchées toutes ces traces qui en seront les plus incontestables symptômes (évidences): « Le principe inégalitaire comme source de la rationalité du social recule, le principe égalitaire prévaut, les raisons du pouvoir ancien sont contestées, les

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

devoirs du pouvoir monarchique, de l'absolutisme éclairé et l'attitude des sujets... sont simultanément interrogés et repensés dans les discours et les pratiques... » (68) Si *tout* peut devenir gibier pour l'historien, il serait pourtant maladroit de traduire ce tout par « n'importe quoi » ainsi que le fait Paul Veyne: ce « tout » appartient déjà à l'hypothèse et que ce « tout » vient illustrer, il doit en effet nécessairement travailler cette hypothèse (cet autre matériau, pour l'historien, que peut être « l'homme préhistorique », par exemple, n'entre pas très facilement dans l'énoncé que nous avons reproduit). En accentuant pareillement le trait, Veyne souligne, essaie de souligner le contraste qui existerait entre les sciences de la nature et ce qui n'est pas science de la nature où, pour les premières, les matériaux utilisés seraient des matériaux « nécessaires » à l'expérience comme à la loi énoncée. Mais si ces outils de l'historien peuvent apparaître bien disparates, que dire alors de ces expérimentations en sciences de la nature qui se satisfont, tout pareillement, d'un plus ou moins génial bricolage comme d'un montage extrêmement sophistiqué pour (dé)montrer l'hypothèse avancée. Il faut se défaire, encore une fois, de cette problématisation « homogénéité-hétérogénéité » qui ne nous explique rien quant à la nature du raisonnement en histoire, et ce pour maintenir la conception du « texte » que nous avancions précédemment: le texte comme une chaîne ininterrompue de signifiants et réinterroger donc le sens, l'hypothèse et la preuve dans cette seule perspective.

Notons ici, seulement en passant et pour avoir déjà traité ce point, (avec mais aussi après tant d'autres, il y a de cela déjà bien longtemps mais il ne nous semble pourtant pas nécessaire de devoir y revenir (69)), que la question du sens, de l'hypothèse et de la

(68) P. 259.

(69) Par exemple, Patrick NERHOT: Law, *Interpretation and reality; Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence.* Op. cit., pp. 50 et suivantes. Voir aussi, notre liste ici ne se veut en rien exhaustive et pour cause, Thomas KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, Chicago University Press, Chicago 1962. William O'NEIL, *Fact and Theory* : *An aspect of the Philosophy of Science*, Sydney University Press, Sydney, 1969. Nelson GOODMAN, « *The fabrication of facts* » in M. KRAUSZ and J. W. WEILAND, eds: *Relativism : Cognitive and moral,* Notre Dame University, Notre Dame, 1982. Paul WATZLAWICK, *How real is real ? Communication, Disinformation, Confusion, N*ew York, Random House, 1976. Egalement, dans une perspective de philosophie herméneutique

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preuve, dans notre perspective, interdit de concevoir le « fait » comme un quelque chose que l'on connaît indépendamment de

---

et d'herméneutique juridique, toujours à titre indicatif; A. AARNIO, *The rational as Reasonable, A treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, Boston, Dordrecht, London, 1987; également, du même auteur, *Argumentation Theory and Beyond*, Rechtstheorie 1983, pp. 385 et suivantes; toujours du même auteur, *Paradigms in Legal Dogmatics. Towards a theory of change and progress in legal science*, in *legal theory and philosophy of Science*, Lund, Sweden, ed. by A. PECZENICK, Lars LINDHAL, B. VAN ROERMUND, D. Reidel Publishing Company, 1984. M. SBRICCOLI, *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen-Age*, dans *Archives de philosophie du droit*, numero 17, 1972, pp. 101 et suivantes. Ph. I. ANDRE VINCENT, *L'abstrait et le concret dans l'interprétation*, dans *Archives de philosophie du droit*, 1972, pp. 135 et suivantes. Egalement ces très riches publications de l'Université de Macerata à partir de colloques qui eurent lieu de 1979 à 1986, en particulier, Atti del III Colloquio sull'interpretazione, Macerata 6-7 Aprile 1981, a cura di G. GALLI, *Interpretazione e valori: « interpretazione e valori, appunti per una teoria generale »* G. FERRETTI, pp. 180 et suivantes. Toujours de ces colloques, Macerata, 29-30 Marzo 1982, a cura di G. GALLI, *Interpretazione e dialogo: « Interpretazione e dialogo nell'esperienza giuridica »*, R. BERTALOT, pp. 23 et suivantes. Atti del VII Colloquio sulla Interpretazione, Macerata 25-27 Marzo 1985, a cura di G. GALLI, *Interpretazione ed epistemologia.* En particulier, G. GALLI, « *Approccio sistemico allo studio dell'interpretazione testuale* », pp. 10 et suivantes; L. MENGONI, « *Ermeneutica e dogmatica nella scienza giuridica* », pp. 101 et suivantes; F. BARONE, « *Teoria e osservazione nel dibattito epistemologico* », texte extrêmement intéressant où l'auteur ouvre à une histoire de la philosophie des sciences à partir de ce concept de « fait ». G. TARELLO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, vol. 2, « *L'intrepretazione della legge »,* Milan, Giuffrè, 1980. Ch. PERELMAN, *Logique formelle et logique informelle*, dans *De la métaphysique à la rhétorique,* ed. M. MEYER, Publications de l'Université de Bruxelles, p. 17, 1986. Paul RICOEUR *Rhétorique, Poétique, Herméneutique*, dans M. MEYER, op. cit. p. 143. N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, dans *Theory of Legal Science, Proceeding of the Conference in Legal theory and philosophy of science*, Lund, Sweden, 1983, op. cit. Barbara BAUM LEVENBOCK, *The role of the coherence in legal reasoning*, dans *Law and Philosophy, An International Journal for jurisprudence and legal philosophy*, Volume 3, numero 1, 1984, pp. 355 et suivantes. Ronald R. GARET, *Comparative Normative Hermeneutics: scripture, literature, constitution*, dans *Southern California Law Review*, Volume 58, pp. 37-127; David COUZENS HORG, *Interpreting the law: Hermeneutical and Poststructuralist perspectives*, dans *Southern California Law Review*, Volume 58, pp. 136-171. Aussi sans doute tous ces travaux au sein desquels s'inscrivent les travaux de N. LUHMANN et les approches constructivistes en général; par exemple, G. TEUBNER, *Autopoietic Law : A new Approach to Law and Society*, gen. ed. W. de Gryuter, Berlin, New-York, 1988. Nous pourrions aussi mentionner ces travaux qui, depuis plus de vingt ans maintenant, orientent de façon décisive le débat philosophique aux Etats-Unis (autour de la question du relativisme notamment); par exemple, P. FEYERABEND, *Against Method*, dans *NBL*, 1975. Pour

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'acte de lecture par lequel on l'appréhende. Un « fait » n'est pas ce toujours-déjà là qui se donne intégralement à celui qui sait le prendre, rien n'est donné comme rien n'est à prendre, le « fait » n'indique tout au plus que ce type d'herméneutique qui le constitue, il n'est en rien ce réel tout exposé, plénitude du sens qui s'énonce dans un mode de la représentation, comme un quelque chose qui tout entier s'expose, et qui corresprondrait, toujours pour qui sait le prendre, au texte et qui, ainsi, le « décrirait ». Si en effet un « fait » indique bien quelque chose, « correspond » bien à quelque chose, ce n'est pas à un quelque chose qui serait externe à cet acte qui l'indique (et le « fait » serait alors, par exemple, la « réalité »), un fait indique cet acte de lecture qui, comme tel, l'institue. Pour le dire simplement, un « fait » témoigne de ce regard qui montre et pas de ce que le regard montre. Le modèle externe-interne disparaît, le « fait » n'est ni effet ni cause, il participe de ce sens qui le constitue. Encore et toujours, n'allons pas chercher ici à distinguer entre des « faits sublunaires » et qui seraient propres aux sciences sublunaires de ces autres « faits » qui seraient plus respectables parce qu'issus de sciences plus affirmées. Ce « fait », tel que la rationalité occidentale a su le concevoir, ne reproduit pas une ligne de partage qui le déterminerait, cette distinction entre les sciences de la nature et les sciences humaines, le « fait » appartient à notre (nos) mode(s) de connaître-reconnaître les choses, il ne lui est (ne leur est) certes pas externe! C'est du reste pour cette raison que le « fait » est toujours dans ce rapport créatif que revendique une hypothèse digne de ce nom.

Retournons au texte de Daniel Roche pour illustrer ceci et à son explication du « peuple ». Nommer, « le peuple », ce n'est pas saisir une réalité, « à la fois informe et homogène ». Si cela était, nous pourrions alors avoir quelque chose comme tous ces « faits », qui seraient déjà ces réalités, de chair et de sang et qui, comme telles, viendraient (dé)montrer une hypothèse. Mais « le peuple » renvoie à une seule définition, définition d'un signe par lequel, et par lequel seulement, on déchiffre et interprète une société. Il ne s'agit pourtant pas là que d'un seul nominalisme, car si ce déchiffrage et

---

une présentation plus générale de ces débats, Rosaria Egidi, *La svolta Relativistica nell'Epistemologia Contemporanea,* ouvrage collectif, Franco Angeli, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cette interprétation confèrent au peuple une importance toute particulière, ils sont pourtant témoignage d'une histoire réelle du monde et qui renvoie à ces témoins qui n'appartiennent pas à la seule capacité d'imagination de l'historien, cet acte de nommer n'est pas au principe d'une vérité toute conventionnelle, ces témoignages et témoins sont aussi ce qui a permis l'acte de nommer lui-même. Il n'y a là aucun cercle vicieux mais l'introduction à une question, sans doute difficile, qui réorganise les thématiques épistémologiques et herméneutiques, qui s'interroge sur ce qui est « vu » par ce qui est « lu » (70). Si rien ne s'expose, si rien ne se donne, sens plein d'un total étalement, alors aucun « littéralisme » ne peut prétendre être au principe du sens, la lecture n'est pas ce regard étranger, externe à ce qu'il lit, mais est déjà un texte par lequel se (re)connaissent des évidences. « Le peuple » ainsi est cette vérité qui permet d'établir un « débat de société », débat que le peuple orientait décisivement et ce « débat de société » est aussi un autre signe par lequel, et par lequel seulement, on déchiffre et interprète « le XVIIIème siècle ».

Nous sommes bien là dans un discours de vérité et qui n'est pas que celle d'un nominalisme. « Le peuple » est ce référent par lequel on prouve l'hypothèse préalablement énoncée, le « changement ». Le peuple appartient absolument à toutes ces *explications* grâce auxquelles on prévoit, on déduit. Il renvoie à ces mécanismes de sens qui sont au principe de l'évènement, il participe d'un intelligible (au principe du symptôme et du signe) et il est bien évident qu'ici l'historien n'invente pas, pas plus qu'il ne pose que de pures conventions. Dans ce récit, l'historien recourt en effet, et pour donner un exemple, à ce que l'on appelle les « techniques de l'érudition », ce qui veut dire qu'il appartient, en tant qu'historien, à des modes spécifiques de concevoir un « texte », il est constitué même, en tant qu'historien, par de tels modes (71). C'est en ces termes qu'il faut comprendre qu'un texte d'historien est un *récit vrai* et non pas, comme a cru pouvoir dire Paul Veyne, un « roman

(70) P. NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, op. cit., *Capitolo II, Due punti di metodo: Elementi per una critica al positivismo.*

(71) Ceci est du reste leur premier et ultime argument pour reconnaître ou contester à un écrit la qualité de récit historique; nous reviendrons sur ce point lorsque, tout à la fin, nous aborderons l'argument « révisionniste ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vrai ». Dans un texte d'historien, il y a en effet un enjeu, tout spécifique sans doute (dont la compréhension nécessite selon nous un abandon des thèses gadamériennes telles que par exemple le philosophe les expose dans « Vérité et Méthode », notre note 33 supra), un enjeu que l'on commence à entrevoir dès lors que l'on explique comment l'histoire est née du droit. Par cette forme de règlements des conflits qu'est l'enquête, ce qui se reconnaît comme « droit » suscite de nouvelles procédures d'élaboration et d'établissement de la vérité et parmi lesquelles cette articulation entre la vérité et la réalité que l'on identifie comme le « passé » (72). L'histoire, comme « récit vrai d'évènements passés », est d'abord et avant tout ces connaissances qui construisirent leurs concepts à partir de pratiques juridico-judiciaires, il y a plus de huit siècles de cela.

Ce que tout ceci indique, c'est que, parce que récit vrai, l'histoire relève de l'expérience de la rationalité occidentale et que, par nature donc, elle ne peut appartenir à ces figures qu'elle a suscitées dans l'élaboration de ses propres mécanismes de sens et qui étaient organisées dans une forme négative pour formaliser, précisément, ce qu'elle cherchait à identifier au nom du vrai. Singulière incompréhension vraiment que cette idée de l'histoire qui équivaut formellement à un roman! La figure du roman, de la fiction en général, suscite, par opposition, négativement, comme par différence, un effet de sens au principe d'une écriture de la vérité. Elle participe en quelque sorte à l'identification d'une telle écriture, mais elle n'est ni une alternative pour l'historien ni son écriture. Dégageons rapidement quelques conséquences de ces principes. L'évènement tout d'abord. Quelle est la nature d'un évènement? Peut-on dire, par exemple, qu'un « évènement scientifique » (soit une pomme qui tombe) n'est pas de même nature qu'un « évènement historique », au titre, notamment, que le premier serait parfaitement défini par une théorie qui l'« explique », alors que le second évènement ne corresprondrait, quant à lui, qu'au « sens commun » et qu'une théorie interrogerait, chercherait à « comprendre »? La réponse est tout aussi rapide que simple: non. Il faut

(72) Pour des développements de cet argument, Patrick NERHOT: *Diritto Storia*, op. cit., Partie II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considérer que ces deux évènements sont d'une seule et même nature. Ceci parce que ces deux évènements n'ont de sens, ne portent du sens, que par le processus qui, comme tel, les constitue, les institue. « La ville », de Daniel Roche ou la chute de « la pomme », de cet autre illustre savant, appartiennent déjà à une trame, récit, qui *explique une proposition initiale* (ou hypothèse) (73). Nous nous opposons encore une fois à Paul Veyne (74) qui a contesté que des concepts historiques ne soient pas d'authentiques concepts ou « complexes d'éléments nécessairement liés ». L'erreur réside, selon nous, dans cette herméneutique, qu'il présuppose, lorsqu'il rappelle que l'intrigue historique « raconte comment les choses se sont passées », où « raconter », ce qui signifie « lire », équivaut à « décrire » et décrire donc, simplement et sans rien omettre ou rajouter, ce qui a eu lieu. Notre objection, en d'autres termes, repose sur ce rapport, non interrogé, entre lire et décrire, et qui recompose, chez Veyne, cette figure du positivisme qu'est le réalisme: tout est « donné » dans la « réalité » des choses. Le problème, pourtant, est que ces « choses » sont déjà un « texte », et sur lequel allègrement l'on passe, et que donc se référer à une réalité n'est pas déjà sortir d'un texte pour rencontrer dans leur vérité, toute positive, « les choses » mais, tout au contraire, construire ce « texte » qui compose et recompose ce qui atteste de la vérité. C'est ainsi ce réalisme positiviste qui introduit à ce qui pose un problème en histoire et que Veyne identifie par le terme de « probabilitaire » (ou vraisemblance). Ce philosophe pose en effet, et cela nous voulons bien l'admettre même si ce terme de « concret » reste bien problématique, qu'il est difficile de cerner, en concepts, la diversité du concret (75) pour, ensuite, considérer que l'historien n'a directement accés qu'à une proportion infime de ce concret, ce que cette fois-ci nous n'acceptons pas du tout. Ainsi, pour ce philosophe, si la vérité en histoire n'est que probable, vraisemblable, c'est parce qu'elle ne peut jamais saisir une totalité, que tout récit historique est parcellaire

(73) Pour ce qu'est une « explication » d'une hypothèse, voir en particulier P. NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, op. cit., primo capitolo, « *Un progresso in medicina* ».

(74) *Comment on écrit l'histoire*, op. cit. p. 89.

(75) *Op. cit.*, p. 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

donc et, par voie de conséquence, s'il n'est que partie d'un tout insaisissable il est aussi partial.

Les questions, théoriques mais aussi philosophiques ici sont nombreuses, entre autres elles portent sur le postulat d'une « totalité » comme principe de la vérité, sans que ne soit clairement expliqué ce que signifie une « totalité », mais aussi sur cette correspondance entre une extériorité (la totalité et qui est la réalité) et cette intériorité (cette saisine) qu'est le récit de l'historien. Le premier problème ici est que la fonction d'un concept n'est pas de « cerner » quelque chose qui nous serait déjà donné, du type « la diversité du concret » et ceci pour une raison fondamentale: le « concret » est « effet de sens », il est ce matériau *qui « fait arriver » l'évènement* (et non pas l'évènement arrivé). Notons pourquoi la seconde proposition de Paul Veyne est, selon nous, tout autant inacceptable: la lecture du monde n'est pas une relation de correspondance avec ce qui serait toujours déjà « là », « le concret », « la réalité », elle est une relation institutive, nullement « descriptive » et tel que ce terme est compris traditionnellement lorsqu'il est convoqué à de tels débats (76), et il est par conséquent tout à fait erroné de concevoir un concept comme ce qui saisirait, d'une manière ou d'une autre, nous voulons dire en partie ou totalement, « le concret ». Nous pouvons du reste nous demander pourquoi Veyne considère que ne peut être saisie qu'une « portion infime » du concret? Qu'est-ce qui fait qu'une énorme partie nous échappe? Cette traduction en termes quantitatifs d'un problème qui se veut au bout du compte méthodologique, qualitatif, mériterait une très substantielle justification. Nous refusons, quant à nous, une telle transcription de cette question épistémologique, celle de la « matérialité » de nos concepts, et si « le concret », ou « la réalité », peut nous apparaître toujours bien fuyant(e), ce n'est pas parce qu'il (elle)

(76) Nous ne pouvons, encore une fois, dans le cadre de cette étude nous éloigner trop de l'argument principal — encore que ces explications secondaires sont absolument fondamentales à une claire exposition de nos thèses — aussi contentons-nous de noter que ce qui s'indique par ce terme de « description » c'est ce qui déjà s'indique lorsque nous nous référons à un « littéralisme », à savoir une équivalence épistémologique entre le « vu » et le « lu ». Sur ce point nous pouvons renvoyer à notre étude sur L'ipotesi perduta della legge, *op. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

n'est rendu(e) compte que partiellement par nos concepts, c'est plus sûrement parce que nos concepts sont une saisine médiatisée, très indirecte, de ce que serait le concret ou la réalité.

Concevoir un concept comme ce par quoi on appréhende directement du réel est une erreur, un concept ne régente pas « la réalité ». Des concepts renvoient à des énoncés, propositions et hypothèses diverses et n'ouvrent à rien d'autre qu'à ces processus cognitifs qu'ils génèrent, ils demeurent en ce sens une lecture « médiatisée » du monde, ce qui ne veut évidemment pas dire qu'ils sont une lecture sans effet sur le monde, sorte de nominalisme indifférent, tout au contraire. Ils sont précisément un « récit vrai » du monde, ce qui est — ceci est notre troisième observation au texte de Paul Veyne — radicalement différent que dire un « roman vrai » du monde et qui ne veut pourtant pas dire qu'ils sont, en substance, les choses du monde. Comprenons bien en quoi opposer « récit » à « roman » n'est pas faire abus de rhétorique. L'idée de « roman » n'a de sens, ainsi que nous le disions précédemment, que par ce à quoi il s'oppose, c'est-à-dire à ce « quelque chose qui serait réellement survenu » (ceci est le postulat qui gouverne le principe du roman). Le « roman » est ainsi ce processus de sens qui, par convention, s'affranchit de tout effet de sens qui prétendrait le contraindre au nom d'une extériorité, la réalité, et qui renonce, ce faisant, à l'accés à la vérité. Cela signifie donc que, par l'exercice du roman, on se dégage des obligations qui incombent à toute personne qui entend témoigner de la vérité. Cela signifie, en d'autres termes, que l'« écrivain » n'a plus à se soumettre à cette herméneutique par laquelle se constituent, instituent, ces choses qui sont en vérité à connaître, il n'a plus à essayer d'exprimer ces principes par lesquels, obligatoirement, s'atteste, s'énonce une vérité. L'exercice du roman est cette dispense officielle de se soumettre à ces disciplines si sévères et qui traduisent les mécanismes cognitifs constitutifs de la rationalité occidentale. Le « roman » est sans doute important dans une telle histoire, car s'il est impossible d'identifier a priori l'ensemble de ces procédés par lesquels une vérité s'affirme, il reste que l'on sait toujours comment une vérité ne peut pas être établie. Le « roman » témoigne ainsi de ces mécanismes d'exclusion et, en ce sens, participe évidemment de la rationalité. Dire, par ailleurs, que l'histoire est un roman « vrai », comme le pense Paul Veyne,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

n'arrange donc pas grand chose à l'affaire. L'expression est sans doute même parmi les pires qui soient en ce qu'elle présuppose une vérité, « roman vrai », vérité pourtant que nous ne connaissons pas et que nous ne pouvons pas connaître. Mais alors, pourquoi la postuler, qu'entend-elle écarter? Une telle expression, de plus, présuppose une vérité qui, quoique depuis toujours et pour toujours inaccessible, reste néanmoins présente, totalement présente.

Le problème épistémologique, encore une fois, est de la saisir totalement. La vérité est donc, sans doute, un résultat (de tout ce qui a eu lieu dans la réalité), ce qui veut dire un point d'arrivée (et nous noterons, en passant, la contradiction, profonde, que porte la méthode imaginée par Paul Veyne, méthode qui, nous l'avons vue, ne reconnaissait que le seul point de départ à ce qui serait un sens historique, pensant par là-même éviter l'écueil du déterminisme). Point d'arrivée qui se présente, « ce qui a eu lieu », la vérité demeure un aboutissement et qui s'offre totalement. Un aboutissement est déjà un positivisme, il s'offre dans la plus grande simplicité de ce que nous sommes ou, ce qui est très exactement la même chose, de ce qui a eu lieu, il s'étale dans toute sa vérité, positivement disons-nous. La vérité est l'histoire arrivée et que nous sommes, ce passé-présent mais, en même temps, et toujours selon P. Veyne, cette vérité ne peut prétendre être plus qu'une traduction, et traduction veut dire impuissance aussi à saisir l'entière dimension constitutive de la vérité, ce qui nécessite un effort imaginatif pour combler tous ces manques. Notre vérité historique finit ainsi par être romanesque, parce que nous sommes dans l'incapacité épistémologique de l'attester, d'en témoigner en « réalité », dans son « concret » qui est totalité; ce qui veut dire que nous sommes, et serons toujours, dans l'impossibilité de témoigner de cette vérité que cependant nous sommes et qu'il est donc vaniteux de prétendre à quoique ce soit qui prétendrait énoncer, définitivement, ce qui veut dire totalement, le vrai. Malgré l'expression donc, « roman vrai », ce qui est dénoncé c'est la possibilité de dire le vrai, ce qui est postulé est une vérité, inaccessible mais pourtant nécessaire. Car la leçon de Paul Veyne, en effet, est de dire que ce présent que nous sommes ne peut être revendiqué par personne, il est ouverture d'un sens qui est multiple (et il ne recoupe pas, ce faisant, une position relativiste). Sans doute une vérité est-elle, mais elle ne nous appartient pas. Paul Veyne pensa retrouver la lecture de l'histoire de Michel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Foucault, ce qui est sans doute vrai pour son travail positiviste mais ce qui est peut-être moins immédiat pour la dimension plus spécifiquement philosophique de l'histoire.

L'erreur, selon nous, d'une telle épistémologie consiste à poser l'histoire comme « une simple description de ce qui s'est passé » (77), alors que l'histoire est une « compréhension », pour parler comme le philosophe, de « comment les choses *sont arrivées* » (78). Ici du reste éclate la contradiction que nous relevions déjà à propos de l'analyse que faisait Paul Veyne du raisonnement de l'historien comme une « prophétie raisonnable ». Car, en effet, si les choses sont arrivées, et connaissables parce que telles, alors il n'y a plus la moindre incertitude quant au sens, l'« arrivée » est cette figure pleine du sens, totalité dans la présence. Dire que ce qui a eu lieu n'est en rien l'aboutissement d'une logique historique qui serait nécessaire, c'est sans doute se défendre d'un déterminisme des plus simples mais ce n'est pourtant pas affirmer un relativisme car ce non nécessaire exprime une certitude. En esquissant ce récit qui présente des scenarii non nécessaires, se profilent en effet, et dans le même mouvement, tous les scenarii qui eussent pu advenir mais qui pourtant n'eurent pas lieu. Nous sommes bien ici dans l'écriture transparente des choses, qui sont comme des opportunités que l'on sait, ou pas, saisir. Ces « points de départ », à des occasions que les acteurs historiques auront su, ou pas, saisir et pour des raisons que le récit lui-même peut, en partie, identifier, sont tout en même temps des « points d'arrivée » (ce que voulait pourtant éviter le philosophe) et qui correspondent à des « ce que nous sommes », à des « aujourd'hui » ou, ce qui veut dire la même chose, à des « hier », c'est-à-dire à des figures pleines du sens, totalité d'un sens dans la forme de la présence. C'est du reste la même question épistémologique que pose Daniel Roche lorsqu'il fait du « vécu » le problème que l'historien doit résoudre et tout en posant, dans le même temps, que le « vécu » n'est jamais totalement accessible. Ces « vécus » sont en effet la traduction de cette totalité du sens, mais c'est ici la « vie » qui en est le principe, totalité inaccessible en tant que telle mais la condition, pourtant, de la vérité du récit. Reste cette différence des

(77) *Op. cit.*, p. 11
(78) *Op. cit.*, p. 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plus essentielles que l'écriture de l'histoire de Daniel Roche n'est pas de celles qui s'apparentent aux essais romanesques, mais ces deux attitudes ont pourtant en commun cette métaphysique de la présence. Un « ce qui a eu lieu » est « là » et qui s'expose au regard de qui sait lire, il rend compte d'un « ce qui a eu lieu » anterieur, mais qui ne doit cependant pas être le résultat nécessaire de ce qui « a lieu maintenant ». L'improbable d'une telle position est évidemment qu'elle est explicative d'un « maintenant » et alors même qu'elle entend exclure tout « maintenant » dès lors qu'elle prétend exprimer la vérité historique. Sarcastique, Paul Veyne parlait justement à ce propos d'« extra-lucidité post-eventum » (79) pour indiquer qu'une telle « lucidité » n'était en rien celle des contemporains de l'évènement expliqué mais appartenait à ceux qui expliquaient. Il y a dans cette position selon nous quelque chose de fort, et sur laquelle nous reviendrons dans notre troisième point, mais que nous n'exprimerons pas comme ce philosophe. Le mécanisme de sens est en effet un « effet d'après coup », parce qu'il ne peut prétendre à un sens qui serait un présent, traduit comme une présence et qui par exemple évoquerait cet effet de sens qu'est la « conscience ». Mais cet « effet d'après coup » n'est pas cet artificiel, « dietrologia », qui reconstruit des aboutissements déjà attestés, parce que, avons-nous dit, rien ne se laisse saisir, rien ne se donne comme rien ne se prend dès lors que nous expliquons. Indiquons déjà ici ce qui, dans cette expression « lucidité post-eventum », mérite d'être relevé même si, encore une fois, elle pose, selon nous, de sérieux problèmes.

Cette lucidité à l'égard d'un (futur) évènement mais que l'on n'identifie pourtant qu'une fois qu'il est survenu exprime une confusion qu'il est essentiel de bien identifier, et qui est ce passage insensible de cette rationalité telle que l'expriment les connaissances constitutives de ce qui se reconnaît comme la « philologie » à la question de la rationalité telle qu'elle est traduite par le problème de la causalité. Il s'agit là d'une erreur assez lourde, que bien d'autres philosophes ont commise bien avant P. Veyne et pas des moindres puisque, ainsi que nous le verrons, elle a été commise également par Nietzsche. La dérivation sémantique est un mécanisme, rationnel, de

(79) *Op. cit.*, p. 79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sens qui participe de l'énonciation du vrai, elle n'est qu'*une* manifestation historique (que nous voulons reconnaître quant à nous dans la critique « humaniste » occidentale) de ce qui participe de l'explication (en termes de causalité).

Contentons-nous, pour l'instant, d'indiquer ce problème tout à fait essentiel, que nous aborderons directement très bientôt, et préparons, en quelque sorte, son approche. Nous avons commencé à interroger le récit historique en interrogeant l'« évènement » historique, continuons donc notre interrogation en nous interrogeant sur la nature d'une explication historique. Organisons, pour ce faire, notre réflexion autour d'une proposition: une explication historique équivaut en tous points à une explication scientifique, ce qui veut dire pour nous qu'une telle explication *vaut ce que son hypothèse vaut.* Qu'est-ce donc alors qu'une hypothèse? Retournons au livre de Daniel Roche et à son hypothèse du changement. D'abord est-ce bien une « hypothèse » et, si oui, que vaut-elle? A la seconde question nous avons déjà en partie répondu: l'hypothèse vaut ce qu'elle vaut, si elle est (dé)montrée, elle établira une lecture, la sienne, du monde et qui sera valide jusqu'à ce qu'une autre hypothèse, éventuellement, (ce qui est du reste quasiment toujours le cas), propose une autre lecture du monde. Mais en va-t-il de même dans les sciences « abstraites et formelles »? Pour répondre à cette question, retournons à notre première interrogation. Pour que l'hypothèse d'un changement soit une hypothèse, et qui se prête donc en tant que telle à « thèse » ou « loi », elle doit être explicative, c'est-à dire être au principe d'une lecture du monde qui respecte tous ces processus cognitifs (identifiés, à identifier; identifiables, mais pas nécessairement dans la forme d'un énoncé positif, rappelons-nous ce que nous disions à propos du roman) et qui participent de l'énonciation de la vérité (« histoire réelle ») du monde. C'est ici retrouver tous ces matériaux qui appartiennent au récit et s'ils ne sont pas déjà, disons, la structure du récit, ils sont, en substance, la vérité du monde comme ils le sont aussi formellement: ici ces matériaux devront se construire par exemple en « faits » historiques (et donc pas seulement en faits « historiquement » datés, ou identifiés), mettant donc en oeuvre tous ces mécanismes cognitifs qui traduisent ce que, historiquement, nous reconnaissons (dans la forme positive ou dans la forme négative) comme rationnel et nous

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obtenons alors ces *instruments* que sont ces témoins authentiques tels que l'« archive », le « document », le « témoin », le « témoignage », etc, notions qui participent d'une sémiologie spécifique (et qui voient, en particulier, l'écriture au principe même de notre conception du signe et donc du sens et du « texte »). L'hypothèse du changement va-t-elle se construire par la *médiation* d'un vaste texte (qui ne se limitera certes pas à ces « effets de sens » que serait le « vécu »), texte obscur aussi sans doute et qui s'indique par des traces extrêmement diverses (oublions encore une fois ce terme d'« hétérogène »), telle que cette trace « le peuple », ou que celle-ci « la ville », ou que celle-là encore « le temps ».

Soit cette trace, « le peuple ». Qu'est-elle donc, qu'indique-t-elle? Elle est au principe d'un sens, nous ne l'oublions pas et à ce titre participe, appartient, à ce qui se constitue comme un « texte »: celui-ci est le récit vrai, « le peuple » est ce témoin qui participe en tant que tel à la manifestation de la vérité, il relève du mécanisme d'explication (le témoin est une preuve dont le témoignage est au principe d'une causalité). Un tel mécanisme de sens n'est en rien évident, nous voulons dire qu'il n'est pas cette trace qui positivement annonce ce que le texte énonce, une « mise en évidence », en d'autres termes, n'emporte pas déjà son mode de lecture. Daniel Roche nous le rappelle, à sa manière, lorsqu'il écrit: « Le peuple est muet, ou plus exactement il n'a jamais parlé le langage des gens de bien » (80). Mais il « parle » pourtant bien ce « peuple », comme une trace déjà indique, ce qui veut dire qu'une trace ne s'invente pas: du catéchisme au traité de théologie, toute une production écrite insère dans son approche de la société une compréhension sociale dont « le peuple » constitue l'axe essentiel. Lorsqu'il recherche son coupable (ou son responsable, un sujet en tous les cas et que dessinent les pratiques juridiques positives), l'historien utilise sans doute des stratégies ou des tactiques très variées, mais il reproduit ce faisant des modes d'attestation de la vérité acceptés et acceptables dans la perspective de la recherche de la *vérité,* par définition des raisonnements et des ruses extrêmement riches et multiples mais qui ne correspondent évidemment pas à n'importe quoi! Il active, ce

(80) *Op. cit.*, p. 290.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

faisant, ce qui participe de la manifestation de la vérité mais gardons-nous cependant de toute interprétation instrumentaliste d'une telle activation qui voudrait, par exemple, qu' un mécanisme de sens soit cet exercice intellectuel que domine intégralement le sujet historique qui le (re)produit. Pour interpréter cette trace, « le peuple », Daniel Roche utilise ainsi, et tour à tour, « l'enquête lexicologique » (81), la « collecte des images » (82) et qui sont appelées à témoigner d'une absence, d'une exclusion, c'est-à-dire de tous ces « témoignages » attestant de la compréhension sociale dont « le peuple » est le témoin. Ce point est fondamental, nous l'avons déjà signalé et nous y reviendrons, un processus de sens appartient toujours à une chaîne de signifiants signifiant-signifiant..., une trace s'efface ou, plus exactement, ne se donne pas à lire immédiatement, nous voulons dire qu'elle ne renferme pas son code de vérité, « in nuce ». « Le » peuple est la trace d'un sens mais qu'indique aussi l'expression plurielle « les » peuples, autre trace et sans laquelle « le » peuple ne serait au principe d'aucun sens quelconque (83).

Dire qu'un processus de sens participe d'une chaîne infinie de signifiants, qui jamais ne renvoie à un signifié *comme arrêt du sens*, n'est sûrement pas dresser cet obstacle épistémologique qui interdirait tout discours de vérité et qui obligerait nécessairement l'interprète à opter, par exemple, pour un constructivisme pur (84). Une telle perspective permet tout au contraire de mieux comprendre comment un « texte » participe d'une ouverture infinie du sens, ce qui ne veut pas dire, encore une fois, invention délirante de l'interprétant, nous n'avons cessé de répéter tout au contraire que l'histoire est un récit vrai. Ainsi, par exemple, « le peuple » est ce

(81) *Op. cit.*, p. 290.

(82) *Op. cit.*, p. 291.

(83) Voir par exemple les pages 292 et suivantes.

(84) Nous nous démarquons ce faisant nettement de tous ces travaux qui, depuis un peu plus d'une décennie maintenant, interrogent le concept de réalité par la seule approche « constructiviste », ce qui veut dire qui pensent la réalité comme la limite, comme limite, à ce qui se peut construire, qui recherche alors le concept de rationalité dans les seules « procédures », c'est-à-dire dans « comment » on construit, ou qui reconnaissent comme seul principe épistémologique tangible le « résultat technique », principe et mesure donc de la « rationalité » (et le comment tend à substituer le pourquoi). Pour tout cela, voir supra note 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

témoin pour un autre procés, son témoignage atteste d'une autre vérité, mais qui participe pourtant de la même enquête (qui maintient en d'autres termes cette même causalité), participe d'un autre récit vrai, celui de « l'échec de l'économie politique chrétienne » (85): « Pour les élites dirigeantes, la vulgarité et l'infériorité culturelle du peuple sont toujours représentation de sa bassesse... Toutefois, cette unanimité profonde se fissure, le mépris et l'inquiétude se nuancent, et 'l'image du peuple' comme les rapports réels sont de plus en plus questionnés. Les frontières habituelles se précisent et se diversifient, tout en se maintenant. Il y a toujours le peuple, et ce qu'il n'est pas et ne peut pas être » (86). « Le peuple », « les peuples », c'est une trace qui ne se livre pas totalement, présence pleine, totalité du sens, elle est ce reste mais qui n'est pas présent, elle est cette trace qui ouvre au processus du sens mais qui ne se referme pas sur ce qui serait une totalité de sens, vérité d'une histoire et qui lui serait toute préalable, et qu'elle ne ferait que certifier, qu'elle viendrait authentifier, mais elle appartient à ce qui déjà la constitue comme un récit *et* qu'elle constitue comme ce récit. C'est ainsi que cette trace, « le peuple », « les peuples », appartient à ces récits qui sont divers et qui, comme tels, témoignent de vérités différentes, et différentes ne veut pas dire contradictoires mais seulement sans rapport nécessaire, vérités diverses mais qui pourtant appartiennent toutes, dans le cas qui nous occupe, à la même explication, c'est-à-dire à celle d'un changement.

« Le peuple », « les peuples », ce sont tous ces témoignages qui constituent et que constituent ces récits, qui sont des écheveaux embrouillés de textes plus ou moins explicites, et sans doute ici Daniel Roche, écrivant l'histoire, pense-t-il, aussi, à un auteur bien particulier, célèbre, et qui proposa un jour la thèse du « grand renfermement »: « Le don comme l'enfermement perdent de leur efficacité dans une vision où l'usage de la pauvreté change par rapport à l'utilité et à l'inutilité, au travail et à l'oisiveté: l'Etat doit assumer ici un nouveau type d'arbitrage, la puissance politique du

(85) *Op. cit.*, p. 293.

(86) *Op. cit.*, pp. 294 à 298; nous aurons noté au passage comment encore et toujours le changement est perçu comme une rupture mais qui pourtant maintient de la continuité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peuple coincide avec la conscience que le nombre opprimé par la minorité est en même temps la vertu opprimée par le vice » (87).

Thèse lourde ou, plus exactement, antithèse lourde, que l'on pourrait s'étonner de ne voir énoncée qu'au détour d'une phrase mais thèse, pourtant, que nous reconnaissons immédiatement comme essentielle parce que, précisément, elle vient nourrir cet autre récit qu'est celui de « l'Etat bourgeois ». Critique implicite extrêmement importante cependant, qui invite à ne reconnaître que dans la seule « économie traditionnelle » cette forme de domination politique qu'aurait été le « grand renfermement », qui réécrit donc ce rapport entre politique et économique, qui redessine une ligne de partage entre politique-économique et laic-religieux, qui inspire en d'autres termes une autre perspective révolutionnaire à travers l'idée du changement (et qui s'éloigne de la lecture que Foucault fît de la politique). Parce que « le peuple », « les peuples », sont cette trace qui ouvre à une lecture du changement, alors savons-nous aussi identifier d'autres traces comme ces évidences qui assurent davantage encore la thèse d'un changement: ainsi par exemple l'obsession de l'éducation. La trace, ici, à authentifier, n'est pas seulement l'éducation mais aussi son obsession, qui se démontrera à travers l'extrême fréquence avec laquelle on s'y réfère *et* dans des textes qui sont par ailleurs considérés comme tout particulièrement pertinents pour la démonstration de cette hypothèse (que ce soit Jean-Jacques avec l'Emile, Diderot avec son Encyclopédie, etc.). Signifiants, en d'autres termes, qui renvoient à d'autres signifiants (ces textes, considérés comme pertinents, qui reportent ainsi à d'autres récits, etc.) et nous aurons, par exemple, ici encore « l'éducation » comme cette trace à cet autre récit du monde, mais qui relève toujours de la démonstration d'un changement, et qui redessine une ligne de partage entre « nature » et « culture », « nature » et « artifice » (88), recomposition de la « nature » et où la question religieuse est appelée pour suggérer les évidences (le laic, la religion) par lesquel-

(87) P. 295.

(88) Recomposition qui du reste peut être comme une grille de lecture au jansénisme, ainsi par exemple les pages 330 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

les se présentera et se (dé)montrera la vérité de cette autre hypothèse (89).

La question de l'hypothèse, et donc de la vérité en histoire, amène ainsi à s'interroger sur la nature d'un « identifiable » et dans sa relation avec son énonciation. Problème philosophique majeur, au coeur même de la question de la méthode en histoire, problème qui, et quand bien même il ne fera pas l'objet d'une réflexion explicite de la part de l'historien, sera toujours sous-jacent au récit historique. Cette question de l'hypothèse donc, si elle présente de nombreuses et sérieuses difficultés quant à sa réponse, peut en tout cas trouver une formulation tout aussi rapide que simple: quel est donc ce « texte » que l'historien invoque et dès lors qu'il se réfère à l'« archive », c'est-à dire au « témoignage écrit »? Cette question, que nous essaierons de traiter le plus systématiquement possible dans notre troisième point, est abordée assez directement par Daniel Roche même si, selon nous, de façon contradictoire. Nous nous rappelons ces impératifs que gravait notre auteur au tout début de son ouvrage et selon lesquels un passé doit délivrer du sens, son sens, mais sans que ce ne soit grâce à ce que nous, « présent », connaissons de l'histoire, ce qui veut dire comme résultat, comme aboutissement et qui serait alors comme ce chronologiquement fatal et nécessaire. Cette histoire, que nous devons écrire en reparcourant ces sentiers que parcoururent nos aieux, serait le récit vrai de ce qui fut la « vie », leur « vécu » et si le récit historique maintient toujours en lui une part d'incertitude et qui interdit dès lors tout déterminisme, et qui en est comme sa garantie, il doit pourtant s'efforcer toujours de se rapprocher, le plus possible, de cette vérité cachée, enfouie, effacée aussi pour partie. C'est retrouver ici la très traditionnelle herméneutique du sens caché, H. G. Gadamer en est aussi un théoricien, mais un tel principe de lecture qui, peut-être par habitude culturelle, semble « tomber sous le sens », va pourtant être, selon nous, au principe de la contradiction que nous signalions au tout début. Daniel Roche écrit en effet, il ne s'agit là que d'un exemple, dans son chapitre sur « Elites et Noblesses »: « L'étude des catégories anciennes à travers lesquelles les contemporains

(89) Par exemple les pages 380 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

déchiffrent leur société et l'analyse sociale fondée sur des critères qui sont les nôtres sont donc absolument complémentaires et ne sauraient être opposées » (90). Voilà qui ne va pas de soi avec les impératifs proclamés, puisque nous est dit maintenant que ce qui serait notre « aujourd'hui » est complémentaire et non opposé à ce qui aurait été notre « hier » et il nous est donc bien obligatoire de poser le principe d'une continuité entre un « avant » et un « après » et par lequel se développent, se réalisent des mécanismes de sens. Nous sommes donc déjà, que nous le voulions ou non, dans une structure linéaire très précise et qui voit dans la chronologie, précisément, un fatal et nécessaire (comme principe de causalité) à ce « aujourd'hui ». Ce qu'il y a de bien singulier dans un tel schéma herméneutique, qui est sans aucun doute cette espèce de sens commun à notre culture, c'est qu'il ne réalise pas qu'en prétendant *tenir*, *détenir* ce sens ultime, ce sens *arrivé*, cette possession qui est (qui serait) notre *héritage*, alors ne se pose même plus la question du passé comme ce quelque chose à connaître et donc que nous ne connaissons pas encore. Cette herméneutique, lorsqu'elle va à la recherche du « passé », a déjà inscrit tant ces évidences que les mécanismes de sens par lesquels une vérité s'établit, elle consiste précisément en une totalité, en un « tout dire », sens plein et total, où est déjà inscrite la possibilité de ce sens grâce auquel s'instruit la vérité, qui fait précisément que rien n'est inconnu parce qu'est implicitement postulé que rien ne peut échapper à nos formes de connaître, à notre capacité de dire tout.

Le « passé », pourtant, n'est pas une différence qui indiquerait, dans sa différence, une similarité et qui alors identifierait une vérité qui serait vérité présente; le « passé » est ce qui (se) présente, est un présent qui est sens par distanciation-temporalisation avec un « aujourd'hui ». Singulière proposition en effet que celle qui entend maintenir ouverte la question de la connaissance et ce par un énoncé où le sens est défini, où le sens est ce trajet fini, sens plein et total que l'on tient, que l'on détient parce qu'on le retient, espace clos, sens arrivé, projet abouti, et qui exclut in termini qu'il y ait de l'inconnu. Les efforts, renouvelés, de l'auteur pour esquiver cette critique qui

(90) P. 351.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porte sans doute en son principe la critique mortelle à cette méthode de lecture demeurent vains. Ils soulignent, sans doute, le malaise d'un auteur dans l'usage de sa propre méthode, ils portent vers un dépassement mais qui pourtant ne se produit pas. Livre de transition disions-nous, trace d'une trace, trace ainsi que nous allons le voir, de cette autre trace, « nous », aujourd'hui, jamais présente, toujours fugitive. Ainsi Daniel Roche écrit-il: Si le XVIIIème siècle est fertile en classifications sociales et s'il exige des historiens d'aujourd'hui une pluralité de rangements, c'est qu'il y a de nouveaux besoins de description et de compréhension du social » (91). Reste que l'on ne comprend pas très bien si ces « nouveaux besoins » attestent d'un passé vrai, que serait le vécu des hommes du XVIIIème siècle et qui donc s'inscriraient dans un discours du progrès de la science historique des plus orthodoxes (notre société serait culturellement, intellectuellement, prête pour recevoir des explications historiques meilleures et largement renouvelées), ou si ces « nouveaux besoins » n'attestent pas plutôt d'une autre recherche, d'un autre sens, ne témoignent pas plutôt de « nous », « aujourd'hui », mais alors, dans ce cas, il s'agit de tout autre chose, que l'auteur indique, comme malgré lui, et qu'il n'entend pourtant pas affronter dans une semblable perspective.

Arrêtons-nous quelques instants, pour conclure sur ce deuxième point et ouvrir ainsi au troisième, sur cette trace que serait « l'ouvrage de Daniel Roche », la trace d'une transition. S'il est la trace, parce qu'il est la trace, d'une transition alors témoigne-t-il d'un changement, mais alors le récit historique qu'il développe atteste-t-il de cette seule vérité qui porte à une identification de « nous », « aujourd'hui », il n'est donc en rien ce témoignage qui atteste, exclusivement, de ce qui a été. La première chose à noter est donc que cette vérité qui parle exclusivement d'une vérité qui déchiffre un « nous », « aujourd'hui », n'interdit certes pas qu'un récit soit construit et qui énonce une vérité, par exemple « le XVIIIème siècle ». Le « texte » autorise une double lecture. Mais notons aussi, impérativement et immédiatement, qu'une telle double lecture exprime notre expérience de la rationalité, elle est du reste

(91) P. 351, voir aussi les pages 357 et suivantes, en particulier la page 359.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un discours en vérité, de vérité qui, comme tel, s'impose des formes d'argumentation, utilise des matériaux, stabilise des modes de preuve... qui traduisent ce que l'on (re)connaît comme nécessaire, obligé, dès lors que l'on prétend dire vrai. Notons encore que le changement c'est « Daniel Roche », présent fugitif, qui par cette trace s'indique, s'auto-indique, et qui porte à des traces qui valent comme témoignage à des changements, traces de traces disions-nous: le « présent » est ce qui jamais immédiatement ne s'atteste, le sens n'est jamais attestation de présence, présence à soi, présence pleine du sens. Annotons, enfin, cet autre exemple, qui n'est pas indifférent à « Daniel Roche », qui n'est pas que ce « passé » qui comme tel exprimerait ce sens et qui, en vérité, parlerait de « nous », « aujourd'hui » et dans cette seule distance: Voltaire. Dire que Voltaire fait « basculer » le « paysage mental » parce qu'il pose que l'« histoire est le récit de faits donnés pour vrais, au contraire de la fable qui est le récit des faits donnés pour faux » (92) est, déjà, commettre une singulière erreur de jugement pour ce qui est de l'« histoire » et si devait s'arrêter là l'intérêt de « Voltaire » alors nous pourrions bien, tous et immédiatement, oublier Voltaire. Dire en effet que: « Voltaire incorpore définitivement l'histoire à la modernité parce qu'il la fonde sur la définition du connaissable par la preuve et parce qu'il l'organise selon des ruptures sur lesquelles nous vivons encore » et de poursuivre en disant que « l'histoire est redéfinie par son sens chronologique laicisé — le futur est ce que les hommes en feront — et par les conditions de sa vérité » (93) équivaut à confondre plusieurs choses. Tout d'abord, que le connaissable soit fondé par le procédé (un pluriel serait ici plus judicieux) de la preuve est sans aucun doute une proposition que nous faisons nôtre, en cela précisément nous devons parler d'expérience de la rationalité ainsi que nous le faisons, mais cela correspond à une très ancienne expérience historique occidentale qui, et comme déjà nous le notions, a vu l'enquête, organisation judiciaire, au principe de toute énonciation de vérité (et, dans une telle histoire, François Marie Arouet est bien peu de chose). C'est se situer, pour la civilisation occidentale chrétienne, au début du second millén-

(92) P. 69.
(93) P. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aire (94), expérience historique qui, sans aucun doute, nous interroge tout comme elle interrogeait Voltaire. C'est du reste la raison pour laquelle Daniel Roche peut légitimement dire, selon nous et ceci est notre deuxième observation, que l'histoire relève de ce que nous appellerons ses « conditions de possibilité » (nous ne pensons pas le trahir en utilisant cette expression qui pourtant n'est pas sienne). De ceci il faut induire que la question de l'histoire renvoie à une interrogation sur ce que l'Occident, *chrétien,* a reconnu, reconnaît, comme expérience de la rationalité et s'ouvre ici *la question de l'histoire et non pas du passé*. Cette question de l'histoire, ainsi que nous venons de la poser, ne s'organise sûrement pas le long d'une « déchirure » entre « laic » et « religieux »: que l'histoire de Voltaire soit une « chronologie laique », amène à une certaine connaissance du « passé », elle ouvre à une question que nous qualifions d'herméneutique; le « passé » en effet est le seul projet herméneutique et qu'il convient de dissocier du terme d'« histoire » qui relève, quant à lui et toujours selon nous, de l'épistémologie. Ce projet herméneutique redouble cette lecture du passé tel que l'évoque Daniel Roche lui-même lorsqu'il parle du « XVIIIème siècle ». Une telle connaissance du « passé », qui pose ces évidences par lesquelles se reconnaissent-connaissent des vérités, est-elle en effet déjà une lecture qui appartient à un code qui comme tel l'institue et qu'une telle connaissance n'interroge pas nécessairement. Une telle connaissance, en d'autres termes, est sens parce que déjà trace, trace d'un espace déjà ouvert, au principe du sens et qui l'autorise. Le « passé » appartient au seul projet herméneutique disons-nous et cela veut dire, nous y reviendrons longuement, que l'unique monde auquel ce projet conduit, loin d'être le « réel » — c'est-à-dire la forme transformée de ce qui n'est plus lui, comme projet, mais qui toujours pourtant le représente: le « passé » — est celui du seul signifiant et auquel, donc, il appartient. « Voltaire », dans sa « chronologie laicisée » parle aux Eglises ou à tous ces « pouvoirs » qu'elles abritent, qu'elles légitiment et qu'elles constituent. « Voltaire » est cette (ré)écriture, ou herméneutique, qui dessine une « philosophie de l'histoire » au sein de laquelle le discours de vérité s'inscrit par le

(94) Patrick NERHOT, *op. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jeu d'une opposition: de la « réalité » et de la « fable » où, évidemment, en identifiant « la fable » se construit une vérité, et qui recoupe cette autre opposition du laic et du religieux (chaîne infinie de signifiants). Herméneutique donc où « la fable » est l'ironie, un discours du dérisoire (et ce bon sauvage des Amériques est évidemment appelé à témoigner de ces discours de la préhistoire de la pensée rationnelle exactement comme peut en témoigner l'histoire religieuse, le récit du sauvage équivaut, « rationnellement », au récit religieux), ironie adressée au mystère chrétien (au principe du sens des textes — la Bible — et que détiennent des « autorités »). Ce « mystère » du sens devient sous la plume des philosophes et de Voltaire en particulier, ce « merveilleux », dont l'imagination vagabonde sait faire preuve dès lors qu'elle entend fuir la rigueur de la raison (c'est-à-dire le raisonnement rationnel par lequel seule s'énonce la vérité). Ici, pourtant, Voltaire innove bien peu. Il reprend, en effet, essentiellement, tous les acquis, sous la forme de la satire, de la « critique humaniste », en particulier à sa critique de l'éxègèse médiévale, et Voltaire, donc, bénéficie et s'inscrit dans ce long mouvement de la critique érudite et qui reconnaît dans la « raison » le seul principe herméneutique légitime.

L'histoire de Voltaire en ce sens sera « laique », histoire de l'« esprit humain », et elle consistera, sans doute ici Voltaire fera-t-il preuve d'imagination créative, dans l'évidentiation de ces traces par lesquelles un énoncé prouve sa vérité, à recomposer cette lecture au principe du sens (philosophie de l'histoire). Mais si cette herméneutique peut être d'une grande portée politique, nous contestons qu'elle le soit dans sa dimension plus épistémologique. Mettre d'un côté le laic et le rationnel, ou scientifique, et de l'autre le religieux ou l'irrationnel, le merveilleux et entre les deux côtés creuser un fossé infranchissable, est sans nul doute un geste qui a quelque chose à voir avec « Les Lumières », mais dont le récit supporte néanmoins d'autres signifiants et en particulier lorsqu'il est conduit par un intellectuel français, « laic »; c'est ainsi, et à titre d'exemple, qu'un tel récit traverse et sans même qu'il ne s'y réfère, cette prodigieuse histoire politique que fut le gallicanisme qui ne cessa de nourrir les conflits politiques les plus aigüs jusqu'au dix-neuvième siècle et encore aujourd'hui en France, et qui a vu s'édifier cette forme politique indépassable qu'est « La République ». Cette herméneuti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que, donc, est aussi et pour finir, celle qui identifie, qualifie cette trace: l'historien Daniel Roche et qui témoigne d'un « aujourd'hui ». « Daniel Roche », mais c'est déjà dire « Voltaire », est ainsi le témoignage de ce récit (mais ausssi de cette laicité) qui laisse bien incomplet le problème de la « raison » (relié, c'est bien évident, à celui de la science): que serait, par exemple, une histoire des sciences des XVIème et XVIIème siècles qui entendrait s'émanciper de la théologie? Est ainsi ouverte la question qui va nourrir notre troisième partie, celle sur la nature d'une interprétation et en particulier en histoire.

Le récit du monde.

C'est, comme chacun sait, dans sa formulation même qu'une interprétation se dévoile et laisse percevoir l'objectif à atteindre. Dans ses prémisses, en effet, s'inscrit ce qui sera la finalité d'une interprétation, l'hypothèse qu'elle énonce porte déjà en elle la conclusion qu'elle inspire, des oppositions de lecture se nourrissent toujours à partir de questions dites d'« interprétation ». Ainsi cette hypothèse de Daniel Roche: « il ne nous sera jamais possible de connaître, comme eux, ce que les hommes du passé ont vécu » (95). Cette phrase, qui peut sembler banale, d'une grande simplicité, qui ne semble devoir porter à aucun commentaire, qui semble être inscrite à des seules fins toute stylistiques, est pourtant une de ces phrases qui indiquent le plus massivement la finalité interprétative qu'un auteur véritablement poursuit ainsi que les supports méthodologiques qui la soutiennent. Si le propos semble en effet des plus anodins — ce passé qui est mort ne pourra totalement être ranimé et dans ce geste de reporter à la vie manquent forcément des aspects du vivant à jamais disparu — des enjeux méthodologiques des plus essentiels pourtant le traversent. Ainsi dans une telle phrase, le plus important à retenir est-il ce « comme eux », identification qui s'effectue à travers un code sans doute bien complexe où l'effet de réel, c'est-à-dire le sens, est recherché dans un concept biologique, le « vivant », où le récit historique serait ainsi un « faire revivre », ce

(95) P. V.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qui veut dire que la seule compréhension et connaissance des choses consisterait en une herméneutique du vivant. Cette herméneutique nous indiquerait donc son évidence: la vie est une forme universelle et a-historique de l'être au monde, un principe formel et qui n'engage pas déjà dans une quelconque conception du monde; retrouver « la vie » c'est, en d'autres termes, énoncer cette vérité qui porte déjà son évidence, trace offerte sans doute et que l'interprète n'a pas à reconstituer mais qui ne s'offre pourtant pas totalement, elle est une trace dont on sait qu'une seule lecture incomplète est possible, et que tous les discours historiques, de tous les temps, ne liront jamais totalement: le « vécu ».

Pourtant, et pour raisonner sur un quelconque exemple, si elle est ce galion englouti, dont les restes nous racontent toute la vie, mais dont on ignore et dont on ignorera à tout jamais comment cette vie s'acheva, alors sa vérité est précisément son mystère, le mystère de sa vie tient en effet précisément dans cette fin. Ce galion, qui git sur ces fonds marins, ne nous offre en effet qu'un récit de ce qui se présente comme une tragédie, il est la trace d'un texte qui nous indique une « mort » et l'existence du galion s'inscrit-elle dans cette fin. Cette histoire du galion, que nous offrent ces restes marins, et qui est celle d'une vie, de ses constructeurs, de ses routes maritimes, de ses pilotes, de ses échanges commerciaux, de ses batailles navales, ne s'inscrit que dans cette trace qui est une mort et dont son vécu serait une tragédie. C'est cette « mort » qui constitue « sa vie ». Cette réserve de sens que Daniel Roche indique comme le principe de lecture par lequel s'énonce la vérité, « comme eux », est-elle non pertinente puisque c'est précisément cette réserve même qui pose un principe de vérité comme une présence pleine (cette trace est ce quelque chose que nous connaissons parfaitement, plus ce quelque chose que personne ne connaît et ne connaîtra jamais), elle n'est pas une connaissance incomplète mais une connaissance que l'on définit (totalement) comme limitée, comme nécessairement limitée. Le récit ouvre-t-il ainsi à ce qui ne se raconte pas, totalité de sens qui n'est pas réserve de sens, mais un sens qui est dans sa limite. Que notre galion renferme à tout jamais dans son linceul marin le secret de son naufrage ou de son sabordage n'est pas cette limite qui interdit le récit en vérité du galion puisque, de toute « évidence », le galion ne nous parle que par son naufrage, que par le mystère de sa fin. Et

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c'est bien cette disparition qui est au principe de ce texte qui écrit en vérité l'histoire du galion, « sa vie ». L'erreur, encore une fois ici, est de considérer qu'un récit vrai est le transport d'un toujours présent, passé-présent que l'on fait revivre, ce « vécu » dont la vérité ne peut qu'évidemment être sa (propre) réalité. Pourtant, et pour conserver notre exemple simple du galion englouti, c'est cette propre disparition, que nous ne connaissons pas et que sans doute nous ne connaîtrons jamais dans sa « réalité », qui est au principe même du récit, vrai, et que l'épave naufragée révèle. Le témoin est une épave, le témoignage appartient à ce texte que cette épave indique. « Le vécu », ainsi, n'est pas ce signifié tout offert et que l'historien doit retrouver pour énoncer une vérité du monde; « le vécu », comme ce modeste exemple du galion tout simplement le montre, est ce signifiant qui comporte évidemment un effet de réel mais qui n'est en rien un réel exhumé (et qui serait sa vérité), il est ce texte par lequel s'énonce, en vérité, un récit mais qui reste la reconstruction d'un mystère du monde et que l'on écrit comme tel.

Une autre phrase, tout aussi anodine que celle que nous venons de relever, qui semble elle aussi traduire un seul « bon sens » et qu'il serait pour le moins étonnant de vouloir contester, qui semble en d'autres termes indiquer une seule évidence logique qui ne peut porter à discussion, est celle où l'auteur écrit: « comment peut-on comprendre le changement, sans préjuger de ce qui est déjà arrivé et de ce que l'on connaît maintenant sur l'avenir d'un monde qui, lui, ne pouvait que l'ignorer » (96). En y réfléchissant bien, cette phrase, en deçà de sa simplicité, est pour le moins contradictoire puisqu'elle nous invite à interroger du passé en faisant fi du passé lui-même. Cette phrase en effet fait sens, chacun le comprend à la première lecture, parce qu'habitée par un fantôme, très familier au demeurant, « la révolution », cet « avenir du monde » et qui est un passé. Il faut ainsi chercher à écrire « le XVIIIème siècle » en effaçant de nos connaissances qu'il y a eu « la révolution », ce qui n'est certes pas un geste extrêmement simple mais en tout cas le geste obligé pour prétendre, nous dit Daniel Roche, à l'énonciation d'une vérité « approchée ». La « vérité en histoire » ce serait, répetons le encore,

(96) P. V.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ce morceau de présent qui, de lui-même, par lui-même, sous la forme de la présence donc, intégralement s'offre. « Le XVIIIème siècle », par exemple, est ce présent-passé mais tout pareillement présent-futur, cette trace qui, encore une fois, si elle s'offre d'elle-même inscrit aussi pourtant le mystère, c'est-à-dire ce qui jamais ne se connaîtra, au principe même de son propre sens. La « vérité en histoire », dans une telle perspective, s'établit ainsi par ce que l'on sait et ce que l'on ne sait pas, mais ce que l'on ne sait pas est pourtant ce déjà connu d'avance car on sait, en effet, comment et pourquoi l'on ne sait pas: « Le vécu, comment nos morts ont vécu, psychologiquement, leur existence ». Le passé nous échappe dans ce qu'il comporte d'« intime », c'est-à-dire qu'il reste une épaisseur incompressible qui interdit, épistémologiquement, cette lecture de la transparence, « le psychologiquement vécu » et qui serait la vérité ultime, parce que totale, du monde. C'est cela qui nous manque pour que le discours historique soit ce discours qui se fige dans une vérité qui ne serait plus « historique », mais acquise à tout jamais, présent éternel, présence sans mystère et toute offerte (le mystère de la vie, le psychologiquement intime, est cet espace que l'on ne remplit jamais, il est ce point limite que l'on ne peut jamais atteindre et qui contribue à maintenir cette densité mystérieuse au passé). La « vérité en histoire », cette tension permanente entre ce que l'on sait et ce que l'on ne sait pas, serait ainsi ce conflit qui jamais ne trouve de résolution finale et qui renouvelle sans cesse les forces en présence, elle serait ce geste à jamais à recommencer et qui voit la victoire, jamais définitive, toujours éphémère, des forces de l'intelligence et de tout ce que celles-ci ont su accumuler.

La « vérité en histoire » serait ainsi toujours un défi, défi de la connaissance contre cet espace impénétrable de ce qui ne se peut connaître, elle renouvellerait alors chaque fois ses armes et les formes de ce défi, elle serait une réécriture permanente mais d'un texte qui, lui, est depuis des temps immémoriaux écrit, elle s'indiquerait à travers des formulations toujours différentes, telle par exemple celle-ci de Daniel Roche: « L'un des axes de cette recherche est de s'efforcer de comprendre l'élaboration d'un univers politique dans l'édifice même de l'Ancien Régime, avec ses idées, ses

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pratiques et son imaginaire » (97). L'interprète s'efface, ces traces parlent d'elles-mêmes. Un Ancien Régime, alors, se fait entendre, où seules manquent les confidences les plus intimes de ses propres acteurs, mais ces témoignages pourtant ne s'offrent pas comme la lecture d'un texte qui nous est tout donné, ils sont enfouis, ils ne s'exposent pas mais restent au contraire cachés dans le secret des choses, « la vie », qui retient la vérité du monde. L'historien, l'interprète, notre propre temps c'est-à-dire ces connaissances comme ces débats qui ont cours, rien de cela n'interfère, ne doit interférer, dans le récit vrai des choses: discours bien improbable! Bien improbable en ce qu'il postule que l'interprète doit se défaire de tout ce qui le constitue dès lors qu'il doit forger du sens, que c'est de cet « oubli de lui-même » que proviendra un énoncé de vérité. Discours bien stupéfiant aussi car si une société « appartient » aussi à son passé, le verbe ici sans doute est fort mais qui exprime pourtant correctement la perception la plus traditionnelle qu'ont nos sociétés de leur histoire, alors pourquoi un de ses interprètes devrait-il échapper à lui-même et pour se raconter? Ceci est décidément bien improbable et du reste les phrases fourmillent qui nous indiquent cette trace qu'est notre « auteur », ces témoignages d'une société qui (se) pense (sous forme conceptuelle ou non conceptuelle, sens commun aussi): « Il n'y a pas de progrès sans spécialisation ou professionalisation » (98), présent imaginé donc (passé imaginaire), mais aussi présent imaginaire (passé imaginé), ainsi par exemple: « De la naissance à la mort, les hommes de la société ancienne sont entrainés par un réseau d'obligations et instruits par une chaîne de traditions, de coutumes et de pratiques qui les lient à la communauté » (99).

Qu'est-ce donc que l'historien interroge dès lors qu'il fait son métier d'historien? Des traces bien sûr mais quel est donc ce code par lequel, grâce auquel, ces traces se lisent, se « livrent » devrions-nous déjà dire? Si le métier d'historien reste encore confiné dans un âge paléoépistémologique, c'est dans cette certitude qu'il a d'exhumer un passé vrai qui serait un « vécu ». Ces signes,

(97) P. 40
(98) P. 447.
(99) P. 467.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qu'identifie l'historien, sont des traces qui ne renvoient qu'à des traces seules, ils appartiennent encore une fois à une chaîne infinie de signifiants, ce qui ne veut sûrement pas dire, d'une part, que tout discours de vérité est impossible ni, d'autre part, que tous les discours se valent. Daniel Roche du reste y vient presque, en particulier dans toutes les pages initiales (100), riches, si riches, trop riches sans doute, trop denses aussi et qui parfois mêlent nombre d'éléments qui mériteraient assurément d'être traités isolément (101). La question de méthode vient à être traitée sous une perspective sémiologique, la référence à François Dagognet (102) est hautement significative, qui souligne, sans la moindre ambiguité, un pari épistémologique qui est celui de pénétrer enfin cet espace impossible, de lui tirer tous ses secrets. C'est en effet cet épistémologue qui parla un jour de « positivisme supérieur » (103) pour une méthode où tout serait signe, lecture de signes, mais de signes déjà tout donnés, intégralement visibles et qu'il nous appartiendrait seulement de savoir voir et de savoir lire. Rien n'est caché, pour une telle herméneutique, tout est visible et le seul regard est déjà cette lecture qui est au principe de l'énonciation de la vérité du monde, le regard est la seule lecture du « dedans » par le « dehors » (nous aurons alors ces exemples scientifiques que sont l'astrophysique ou les sciences naturelles comme modèles méthodologiques), l'effet de sens est « effet de surface »: voir serait déjà tout dire, lire serait déjà tout voir. S'il n'était que cela, ce regard qui sait « (voir ce qu'il faut) lire », alors sans doute que le métier d'historien serait ce domaine appliqué de la philosophie positive mais il s'en faut qu'il ne soit que cela. Lorsque l'on nous dit, par exemple, que « Louis XVI sait se servir de la plume et du pinceau, du sextant et de la chaîne, du graphomètre et de la pinule... » (104), nous vient, comme représentation, un certain idéal de l'éducation pour les personnes « les mieux

(100) Pp. 19 et suivantes en particulier, « *La connaissance de la France* ».

(101) Les pages 24-25, etc. Nous pouvons aussi imaginer ces contraintes qui auront pu être imposées à l'auteur par son éditeur, le livre faisant déjà plus de six cents pages.

(102) Référence à l'ouvrage, « *Le catalogue de la vie* », collection Gallien, P.U.F. 1970.

(103) François DAGOGNET, *Faces, Surfaces, Interfaces,* Libr. Vrin, Paris, 1982.

(104) Daniel ROCHE, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nées » au XVIIIème siècle, représentation qui va du reste se confronter à d'autres représentations de cette nature. Mais nous n'avons évidemment pas la représentation de cet homme, « Louis XVI », et qui apprend — avec quelle facilité? — qui raisonne — plus ou moins bien ou plus ou moins mal? —, développant son imagination — plus ou moins créatrice — en un mot qui « vit ». Une lecture de cette « surface » et que serait le savoir qu'emmagasine le roi ne peut que difficilement nous renseigner sur ce « dedans » que serait l'« intelligence » du roi, le « vécu », c'est-à-dire comment il assimile ces connaissances. Si Daniel Roche semble d'ailleurs insister sur cette capacité intellectuelle réelle dont ferait preuve Louis le seizième du nom, c'est sans doute plus pour s'opposer à une perspective, singulière, celle d'une lecture communiste et qui voulait voir en Louis XVI un « bon serrurier » (nous savons que le roi était, pouvons-nous dire par ailleurs?, extrêmement habile de ses mains, un excellent travailleur manuel en quelque sorte, et qui prenait un plaisir tout particulier à ces travaux de bricolage du type construction de clés) et qu'il eut donc mieux valu pour lui, vu ce qui est arrivé, qu'il fût un ouvrier plutôt qu'un roi, que le principe de naissance, en d'autres termes, est décidément un bien mauvais principe pour l'accession aux activités professionnelles.

Que Louis XVI étudie avec les outils du cartographe la géographie concrète, qu'il étudie l'histoire (cette « discipline clé de l'apprentissage de l'art du gouvernement ») ne nous parle pas tellement de ce personnage, « Louis XVI », mais nous indique plutôt un autre texte, dont les signes par cette trace sont visibles, au principe d'un récit, assez vaste, qui voit une « opposition qui marque si profondément le monde de la géographie entre des hommes de cabinet et des voyageurs, entre les auteurs de manuels et cartes et les découvreurs de terres nouvelles » (105). Nous sommes là dans une lecture de la politique, dans une lecture politique, aux accents tocquevilliens (et nous retrouvons, encore et toujours, ce balancement dans l'interprétation du XVIIIème siècle, d'un changement qui se laisse lire dans des formes de continuité et dans des formes de rupture), de deux mondes qui s'affrontent et qui en verra

(105) *Op. cit.*, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un mourir. Si les découvreurs de terres nouvelles nous reportent à ces récits qui identifient les mondes sur des idées d'aventure (l'univers symbolique auquel on renvoie ici est évidemment celui de la féodalité), les auteurs des manuels et des cartes sont quant à eux des signes bien différents d'un tout autre pouvoir, ils nous indiquent que « des Lumières aux révolutions se lit la trajectoire conjointe des origines de l'administration moderne et des analyses sociales » (106). Nous tenons bien là un processus de sens qui ne renvoie qu'à des seuls signifiants, tout signifié devient-il en effet déjà signifiant, il n'y a jamais arrêt du sens. Si la carte sert à (dé)montrer la formation intellectuelle de Louis XVI (à découvrir des mécanismes de sa personnalité, par exemple dans l'exercice de ses jugements), la carte ouvre, en même temps et surtout, à la cartographie, qui introduit une différence entre le monde des bureaux et le monde de l'action et qui sont deux appréhensions par le pouvoir de l'espace, de deux pouvoirs qui dessinent leur espace, qui se dessinent comme espace. La « cartographie » est ce signe de l'« origine de l'administration moderne et des analyses sociales » (107) comme elle est au principe d'une représentation qui est indissociable de l'affirmation du pouvoir monarchique: Louis XVI lisant les cartes est déjà la monarchie qui s'identifie, s'(auto)instruit, la « carte » est déjà « cartographie ».

Nous avons dit et redit que concevoir la question du sens comme une chaîne infinie de signifiants, d'une part, n'interdisait aucunement de poser qu'un énoncé relevait toujours de la possibilité d'un jugement de vérité et, d'autre part, n'interdisait en rien la possibilité d'un choix entre deux énoncés toujours au nom de la vérité. Reste que, selon nous, et pour que cela soit possible, *une distinction cardinale* devient nécessaire, et que nous avons rapidement mentionnée dans notre deuxième point, *entre histoire et passé.* Une telle distinction, à notre connaissance, n'a jamais été effectuée par aucun historien, pas plus que par un philosophe et même traitant de questions d'interprétation, au sens le plus large du terme. Disons donc, et pour accéder à cette distinction, que le « passé » relève du seul projet herméneutique et que l'« histoire », quant à elle, appartient à ce que l'on identifie, à ce que l'on cherche à

(106) *Op. cit.*, p. 2.

(107) Et nous aurons alors toutes ces évidences des pages 26 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identifier, traditionnellement, par le terme d'« épistémologie ». Le passé, en effet, appartient à ce seul processus de sens qui s'articule avec le présent, « nous », « aujourd'hui », mais cela veut dire, évidence de l'évidence et tellement banale que personne ne s'y arrête, que *la question du sens renvoie moins à un passé su qu'à un présent mystérieux!* Le passé est ce qui se construit pour qualifier, orienter, définir ce « nous », cet « aujourd'hui », pour répondre donc à une question qui traite du présent. Lorsque l'historien, tout d'abord, se posant la question du sens, va rechercher ce quelque chose d'universel, de tous les temps, et qui serait ce « vécu » des hommes, ce ne sont plus ces mécanismes de sensibilité, d'affectivité, ces joies et ces souffrances ressenties qu'éprouvent tous les hommes de tous les temps et selon les évènements qu'ils vivent (ce que Daniel Roche appelle « la psychologie » de l'acteur) et qui sont leur « vraie vérité », « vérité ultime » parce que « vérité intime » (en d'autres termes ce rapport que chacun entretient, en silence, avec soi-même, en conscience, et qui traduirait ainsi sa plus authentique participation à l'histoire) cet universel, donc, est un pur « externe » et qui déjà, sans doute, s'apparente à un formalisme. Lorsque l'historien, ensuite, se met ainsi en quête de ce « vécu », plus qu'un « existencial universel » il interroge cet existencial qui rencontre évidemment notre vécu (bien) singulier, il s'interroge en même temps qu'il interroge, se recherche lui-même en même temps qu'il recherche (et la question ici n'est pas celle de l'introspection, chacun l'aura compris) (108); cette interrogation témoigne d'une ouverture du sens, où il s'inscrit, et dont la trace est cet effet de sens: le « présent ».

Le « vécu des morts », qui serait la superposition, absolue et parfaite, d'une réalité et d'une vérité et, parce que telle, la « vérité de l'historien » ou ce « réalisme » comme herméneutique du non-espacement et que l'on reconnaît comme un positivisme, ce « vécu des morts » donc n'est pas une trace pour l'historien, il achoppe en effet sur la conception du témoin ainsi que sur celle du témoignage. Le passé en effet n'est pas un présent qui serait mort et que l'on

(108) Par exemple, dans notre rapport à la douleur, Jacques Ellul nous reportait un jour certaines de ses lectures où un médecin du XVIIIème siècle racontait qu'il avait trépané un patient, sans aucune anesthésie, et que celui-ci ne disait rien!

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

devrait faire « revenir à la vie »; un passé qui serait encore présent et pour toujours, à jamais, présent. Le passé est un *toujours-déjà mort*, il n'a jamais été un présent, un toujours présent, un présent-passé vivant. Que l'historien, en revanche, soit comme hanté par un présent qui est le « vécu des morts » est sans doute une trace précieuse pour une épistémologie du discours historique et qui nous indique, notamment, quelque chose qui a trait à sa fonction sociale, historique, d'« historien ». Cette trace indique que nos historiens (sans doute ici convient-il de parler des historiens contemporains seulement, XIXème-XXème siècles, et une telle distinction, scansion historique, mériterait-elle aussi d'être réinscrite dans une herméneutique bien plus large et qui serait déjà une analyse de notre monde contemporain) sont *les gardiens d'un temple,* les interprètes authentiques d'une vérité dont *une société en serait le témoignage*. Si cette trace qu'est le « vécu des morts » nous porte vers une telle lecture de ce signe qu'est l'« historien » de notre monde contemporain, alors nous poserons qu'un texte se construit, espace déjà ouvert, qui postule un quelque chose de « déjà constitué » et qu'il convient donc de prémunir, de protéger, mais aussi de réaffirmer et de renouveler, et que l'on nomme « société ». Est présupposé en effet que quelque chose « est », texte complet mais aussi texte accompli, et qu'il convient tant de l'identifier que de le reproduire; les lectures des signes, comme leur authentification, ce que nous nommons l'herméneutique, relèvent de notre connaissance du monde, elles manifestent ce que ces présupposés impliquent, notamment que toute recherche du vrai est une recherche de nature identitaire, que ceux donc qui en sont les interprètes annoncent, énoncent et prononcent car si elle est présupposée, une telle vérité doit-elle néanmoins être toujours identifiée comme réaffirmée. La vérité, notons le, présuppose un caché, la vérité s'inscrit comme un dévoilement du secret des choses et c'est ainsi que les historiens contemporains, de nos sociétés occidentales, sont ces interprètes qui exercent cette fonction, ô combien essentielle et sensible, d'authentification, d'attestation, d'une vérité et qui vaut comme identité (terme sur lequel nous aurons à revenir) et nous n'avons pas besoin de souligner davantage la différence d'une telle fonction d'avec la fonction de sociologue ou de journaliste.

Comme « toujours-déjà mort » un passé est aussi de l'ordre du

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

construit et, parce qu'un passé est un construit, un *évènement n'est pas « ce qui est arrivé » mais ce que l'on fait arriver* (109), en aucune façon il ne peut prétendre être « rappelé par le présent » (110) et c'est, évidemment, dans ce « faire arriver » que se joue la question même du sens comme « explication historique ». La question du sens, en effet, n'est pas celle d'un « rappel », la question du sens n'est pas non plus celle d'un « effet de mémoire », au principe d'une conscience, la question du sens est celle d'un appel: un présent (s') interroge, et dans cette spatialisation temporalisation qu'est la différence présent-passé, un passé est ce qui inscrit ces signes qui attestent d'un sens (« présent »). Une telle herméneutique est clairement au principe d'une écriture sensiblement différente de l'« histoire » et telle qu'elle est le plus souvent écrite, une telle herméneutique, en particulier, nous interdirait d'expliquer l'histoire comme par exemple cette phrase le fait: « Au XVIIIème siècle comme aujourd'hui, le passé agresse le présent; au-delà des reconstitutions fragiles à interpréter on voit apparaître le changement... » (111). Il est évident que les effets de sens qui travaillent un tel texte ne concernent qu'assez peu ce qu'a pu être le passé, entendu comme ce vrai passé qu'a été le vécu de ceux qui sont morts, et qu'ils (s')engagent au contraire dans une méditation toute « présente », qui qualifie le présent, soulignant tant une continuité dans le temps et qui serait au principe de notre compréhension du monde (du type « hier comme aujourd'hui tout change ») que le changement et qui serait au principe de la compréhension de notre monde: la rupture entre l'Ancien Régime et la modernité.

Cette écriture de l'histoire, dès lors qu'elle identifie le « passé », est bien déjà ce témoignage de « ce que nous sommes », dont la trace est, toujours pour notre auteur, le changement, mais qui pourtant n'est pas une trace première et ultime, comme l'« évidence » positiviste entend l'être, mais trace d'une trace, présent fugitif, jamais atteint, impossible à saisir et qui s'indique dans une « agression »:

---

(109) Pour des développements plus substantiels de cette question nous ne pouvons que renvoyer, dans le cadre de cette très rapide étude, à notre dernier travail: « *L'ipotesi perduta delle legge* », op. cit.

(110) Daniel ROCHE, p. 357.

(111) P. 108, ainsi par exemple que les pages 101 et 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« le passé agresse le présent » nous dit l'auteur. Le présent, c'est-à-dire le sens, ce « nous », cet « aujourd'hui », se compose ainsi comme un texte aux accents mélancoliques. Un tel travail d'écriture est extrêmement riche et ce serait une énorme erreur que de croire qu'il s'épuise dans le seul concept d'auteur: « Daniel Roche ». Cette nostalgie, en effet, s'écrit aussi en référence, sinon à un âge d'or, en tout cas à des temps de non agression et nous retrouvons alors cette trés traditionnelle conception du « bon gouvernement des choses », du bonheur terrestre comme une extrêmement longue continuité, quasi éternité, un non changement et qui met au premier plan des signifiants tels que la « coutume », les « usages », etc., c'est-à-dire des immobilités symboliques, des temps suspendus, arrêtés et qui entendent signifier que chaque acteur détient les clés interprétatives, le sens, de son monde, que la question du sens pour l'acteur lui-même est son seul être au monde, il est le sens du monde comme un présent parfait (arrêté, fini, défini). Accents mélancoliques d'un texte, disons-nous, et qui se notent par ces couples de signifiants que sont la durée/la stabilité, la permanence/l'éphémère, etc. Notre philosophie herméneutique, en particulier dans les traits qu'ici nous dessinons, s'oppose sensiblement encore une fois à cette herméneutique gadamérienne sur laquelle Daniel Roche s'appuie (112), qui considère le passé comme une trace toujours-déjà présente, à même, parce que telle, de répondre au mystère du présent. Notre objection à cette herméneutique, nous l'avons déjà formulée mais nous la reformulons encore une fois, porte sur cette conception du « passé » et qui, très traditionnellement, ne se distingue pas de l'« histoire ». Or, le passé n'est pas un toujours déjà présent, le passé n'est pas présence, le principe du sens n'est pas un déjà inscrit, trace d'un présent-passé, présent-futur. Le passé est *ce que nous faisons arriver*, processus cognitif qui, c'est bien évident, ne retrouve pas les prétendues vertus du plus banal des subjectivismes. Cette trace par laquelle, grâce à laquelle, l'historien construit son récit vrai n'est en rien capricieuse (113). La question du signe est sans doute parmi les questions philosophiques des plus délicates. Ainsi l'« évènement »,

(112) Par exemple la page 351.

(113) Pour de plus substantiels développements nous renvoyons à notre étude sur « *L'ipotesi perduta delle legge* », op. cit., chap. IV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cette marque qui atteste du vrai pour l'historien, pose la question du signe, ce qui veut dire aussi la question du « texte » (quels sont donc les procédés sémantiques et par lesquels quelque chose comme un « évènement » s'atteste) et la question du sens.

Suite à ce que nous venons de dire, un signe ne s'épuise pas dans la figure du présent, présent-passé, un passé comme ayant été présent, dont le principe de sa vérité serait dans sa présence: un signe n'est pas à concevoir dans la forme originaire (et modifiée) de la présence. Si nous voulons concevoir un texte écrit, un fragment quelconque d'écriture, comme mouvement du sens, par exemple comme une unité de sens dans sa destination et non pas comme un sens arrêté et tel que l'exprime en particulier le concept d'origine — une destination qui ne peut être conçue encore une fois comme une subjectivité (114) — alors il se dessine comme un espace de production, celui du signifiant. Le sens n'est pas ce toujours-déjà « là », avons-nous maintes fois répété, et cette question du signifiant correspond à cet effet de sens que nous appellerons un « effet d'après coup ». Par cette expression, nous ne voulons évidemment pas dire qu'un sens corresponde à un processus *achevé* et dont on pourrait rendre compte parce que tel (ce serait là retrouver une forme positiviste). Nous ne voulons pas davantage dire qu'un sens soit relecture, la relecture d'un récit d'évènements et dont la vérité profonde se dévoilerait grâce à d'autres évènements, des évènements survenus postérieurement au sens ou présent constitué, et qui en était déjà le signe (115). Par cette expression, tout au contraire, nous voulons dire qu'un processus de sens est ce qui se constitue comme mouvement, déplacement, écart, qui correspond à un « jeu » tout sémantique, à des différences, mais à un « jeu » qui déborde le cadre sémantique parce que précisément insaisissable comme arrêt du sens, mais surplus de sens et qui est déjà écart ou différence. Ainsi donc, énoncer un sens n'est pas lire ce qui toujours-déjà s'expose dans la forme de la présence, présence à soi, pleine du sens; un sens est un effet d'après-coup (et nous n'avons pas utilisé, encore une

(114) Nous pouvons ici renvoyer à certains travaux de Roland BARTHES, en particulier: « *Le bruissement de la langue*, Seuil, Paris, 198.

(115) En ce sens, M. BLANCHOT, *Après coup, précédé par le ressassement éternel*. Editions de Minuit, Paris,1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fois, une expression hégélienne du type « se révèle » après coup). Mais la question du sens, et telle que nous l'exposons, ouvre déjà à la question du signe. En effet, une trace écrite n'est pas un état immobile, « Louis XVI », « le XVIIIème siècle », etc., et cela veut dire, en particulier, qu'elle n'est pas la coexistence intangible de signifiés, ces traces tout offertes et qu'il s'agirait seulement de retrouver (ceci, ainsi que chacun sait, est le projet de tout positivisme). Une lecture est une *traversée*: elle n'est pas ainsi clôture de sens, forme absolue, définitive, en d'autres termes constituée d'une expérience et dont on entendrait rendre compte comme pureté d'un présent vivant (ce « vécu » des « acteurs » historiques par exemple). Pour le dire de façon un peu imagée, le signe ne témoigne pas d'un monde clos et qu'il s'agirait dès lors de pénétrer pour en énoncer le sens (découvrir son sens caché); le signe s'inscrit dans un espace, espace illimité, où rien n'est à déchiffrer mais où tout est à démêler. Une trace, tel un fragment d'écriture, n'ouvre pas à une connaissance et qui serait une sorte de moyen de communication des consciences (ou, ce qui veut dire la même chose, des présences). La définir n'implique pas définir ce qui fait signe en termes de présence, ou témoignage plein, total, de sens (et il est évident, encore une fois, qu'une philosophie « positive » ne peut être dans cette perspective qu'exclue).

Poser le problème en ces termes est reparcourir des chemins déjà tracés, notamment, par Jacques Derrida (116) et nous pourrons du reste nous appuyer sur certains de ses travaux pour nous aider à formuler notre question. Un signe, donc, ne s'épuise pas dans la forme de la présence, et qui serait le présent (plénitude de sens) de son inscription, un signe donne lieu à « itération » (117); une itération est au principe du sens (nous savons du reste que Jacques Derrida fait de la seule itérabilité l'unité de la forme signifiante). Un signe se répète, répétition qui s'effectue en l'absence d'un signifié déterminé ou, ce qui est la même chose, en l'absence de signification « actuelle »: ce qui veut dire qu'un signe garde en lui la marque de

(116) Sans doute ici nous devons-nous de préciser que le projet « déconstructionniste » n'est pas le centre de notre réflexion et si, tout au long de ces lignes, quelque chose de « déconstructionniste » ressort, ce n'est que par incidence.

(117) Jacques DERRIDA, *Limited Inc.* Editions Galilée, Paris, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

son rapport au futur, un signe se rapporte autant à ce que l'on appelle le futur qu'à ce que l'on appelle le passé. Un signe, en d'autres termes, constitue le « présent » par *ce qui n'est pas lui.* C'est évidemment la raison pour laquelle nous avons dit que lire, interpréter si l'on préfère, c'est faire arriver l'« évènement » (si nous voulons parler comme un historien). Aucune trace n'est disponible et qui s'imposerait parce que telle. Un signe relève d'un texte dont le sens s'inscrit par itération mais qui est, toujours pour reprendre Jacques Derrida, altération. Une itération en effet altère aussitôt ce qu'elle paraît reproduire, et ceci est la conséquence nécessaire de notre postulat selon lequel aucune trace n'est disponible: le sens n'est pas la dérivation d'un moment premier (et nous rencontrerons rapidement cette dérivation qu'est le sens philologique).

Le présent est mouvement, il est ce qui passe, il se passe; le présent est articulation, articulation entre ce qui n'est plus un « hier » parce que déjà projection, futur, d'un sens, articulation, donc, entre ce qui oriente et se présente. Ainsi le principe de la limite entre passé et futur est ici introuvable, la limite est constitutive du sens même, elle n'est pas ligne de partage. Si la trace oriente et (se) présente, ce n'est pas par conséquent comme un toujours-déjà là et qui s'offre à une observation (externe): la trace est trace sans doute parce que déjà signifiant mais elle n'est pas ce dehors à un sens plus profond et caché, le dedans, elle est espace déjà ouvert, elle est déjà sens, ouverture de l'histoire et que nous identifions comme l'*historicité* de la trace. Par ailleurs, si la trace n'est pas, ainsi que nous l'avons dit, capricieuse, c'est précisément en ce qu'elle traduit un *historicisme,* n'importe quoi ne peut pas être dit n'importe quand, mais qui, selon notre conception, est un effet d'« après coup ». Le sens, pour le redire encore, est une itération mais qui est altération, déplacement, mouvement.

Ceci est une question essentielle et qui n'est certes pas spécifique aux problèmes de l'historiographie. Pour cette dernière, quoiqu'il en soit, il semblerait que la tâche essentielle, sa finalité, soit d'identifier cette évidence, plus ou moins dissimulée, que serait le « moment historique », l'« époque », etc. Le « moment historique » serait ainsi ce sens qui s'imposerait comme, parce que, manifestation d'une présence, présence passée mais toujours présente, témoin direct donc d'un témoignage ponctuel et immédiat, qui viendrait de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lui-même et directement à nous, qui nous enseignerait, « nous ». Un « moment historique » selon notre conception pourtant, loin de traduire dans la forme de la présence un sens qui se reconnaîtrait de lui-même, par lui même et qui s'imposerait donc en une immédiateté qui vaudrait en tant que telle comme ce témoignage par la présence, ce moment historique donc est un effet d'après coup, effet de sens qui énonce une vérité quand il l'annonce. Un « moment historique » ne renvoie pas à ce passé toujours présent, passé présent et qui attend, un « moment historique » est toujours *effet au présent*, il est une herméneutique, ce mouvement qui est au principe du sens et qui recueille ce « passé » qui comble le vide du présent mystérieux. Le « passé », donc, et ainsi que nous le définissons, n'est pas l'« histoire ». L'« histoire » ne relève pas de ce projet herméneutique dont nous venons, bien trop rapidement sans doute, de retracer les caractéristiques; l'histoire n'est pas en d'autres termes cette temporalisation-spatialisation à laquelle nous nous référions pour le projet herméneutique. L'« histoire » est le mode occidental de connaître-reconnaître, d'attester de, la vérité, il relève de ce que nous appelons la rationalité. Si le passé relève d'une herméneutique, l'histoire relève quant à elle d'une sémiologie. Ceci étant dit, il nous faut bien sûr préciser, sinon répéter ce que nous disions déjà à propos de la question du sens et qui vaut, évidemment, ici tout pareillement: la rationalité ne se livre pas dans une « définition », finitude du sens; encore une fois un sens ne se saisit pas par un arrêt, le sens est mouvement, il se constitue aussi par ce qui l'identifie, constituant donc, il n'est pas ce toujours-déjà présent, constitué (118).

(118) Tout notre travail diverge sensiblement, sans doute ici aussi nous faudrait-il nous en expliquer davantage, de cette réflexion sur la modernité que Jurgen HABERMAS développe dans un de ses ultimes travaux : *Theorie des kommunikativen Handels,* trad. franç. Jean-Marc FERRY, Fayard, Paris, 1987. En particulier lorsque le philosophe se réfère au « monde vécu » comme principe interprétatif, lorsqu'il fait aussi du « monde vécu » ce quelque chose qui « engrange le travail d'interprétation effectué par les générations passées... ce contrepoids conservateur face au risque de dissensus qui naît avec chaque progrés d'intercompréhension actuelle »... op. cit. p. 86; également, lorsqu'il maintient cette idée de « tradition » comme transport de sens, ce toujours présent qui est ce passé encore « vivant », etc. Nous avons déjà abordé, assez précisément même si ce fut rapidement, cette question du « vécu », cette évidence d'une vérité

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Notons du reste à ce propos que depuis quelques années, une tendance philosophique extrêmement importante tente, tentatives diverses et nullement homogènes entre elles par ailleurs, de définir la rationalité en la reportant à l'idée de « procédure » (119). Sans

---

qui se manifeste dans la seule forme de la présence, sans qu'il ne nous soit nécessaire d'insister davantage. Pareillement, nous avons assez précisément parlé de ce passé qui n'est pas cet encore présent mais qui, pourtant, comme tel, est ce déjà « en nous », notre « nous-même », notre identité donc et qui se révèle ainsi dans cette distance qui n'est pas encore nous mais déjà nous pourtant. L'erreur très grave ici, selon nous, encore une fois, est de traduire cette herméneutique comme une non-herméneutique, une non-lecture, et elle est alors la réalité qui se manifeste elle-même, d'elle-même et par elle-même, « effet de réel » sans doute mais qui vaut comme réel lui-même. Enfin, cette vieille affaire de la tradition est également mal travaillée selon nous lorsque l'on veut toujours l'écrire comme ce sens plein et total qui vient à nous, n'ayant pour seul guide que lui-même et qui nous (r')enseigne, « nous », « nous-mêmes ».

(119) Nous nous contentons de donner ici de très générales indications bibliographiques; ainsi, par exemple, H. von FOERSTER, *On constructing a Reality,* Dowden, Hutchinson & Ross, Stroudsburg. 1973. M.N. OZER, *A Cybernetics Approach to the Assessment of Children: Towards a more Human Use of Human Being*, Westview Press, Boulder, Gen. Ed., Colorado, 1979. Richards JOHN & E. von GLASERSFELD: *The control of perception and the construction of reality*, dans *Dialectica*, 33, 1979. G.S. BROWN, *Laws of Form*, Julian Press, New-York 1972. H. MATURANA, *Biology of Cognition,* University of Illinois, Urbana, Biological Computer Lab. Report, 9.0, 1970. P. WATZLAWICK, *Die Erfundene Wirklichkeit,* R. RIPER & Co, Verlag, Munchen 1981. E. BISHOP, *Foundations of Constructive Analysis,* McGraw-Hill, New-York 1967. Notons aussi ces réflexions philosophiques, déjà plus accentuées, sur certains enjeux du constructivisme, et toujours à titre d'exemple, de suggestions dans un sens très large, car ici les publications sont vraiment trop nombreuses: P. ACHINSTEIN, *Concepts of Science,* Baltimore 1964. R. BERSTEIN, *Beyond Objectivism and Relativism*, Philadelphia 1984. N. CARTWRIGNT, *The Truth Doesn't Explain Much*, dans *American Philosophical Quarterly*, 17, 1979, pp.159-163. N. CHOMSKY, *Rules and Representations,* Oxford 1980. H. COLLINS & T. PINCH, *Frames of meaning: The Social Construction of Extraordinary Science*, London 1981. D. DAVIDSON, I*nquiries into Truth and Interpretation, Ox*ford 1983. M. DUMMETT, *Truth and Other Enigmas*, London 1978. M. HOLLIS & S. LUKES, *Rationality and Relativism,* Gen. Ed., Oxford 1982. G. ANDERSSON & G. RADNITSKY, *Progress and Rationality in Science,* Dordrecht 1978. Nous pourrrions aussi, évidemment, renvoyer aux travaux de R. RORTY et en particulier sur son approche du « pragmatisme » ainsi que sur les réflexions que celle-ci suscita chez H. PUTNAM mais ces références sont assez connues pour que nous n'ayions à insister davantage. Toutes ces sensibilités philosophiques ne se limitent évidemment pas aux seules sciences de la nature, les sciences sociales les reprennent tout également et pour accentuer toujours plus cette question de la vérité dans sa relation avec ce qui serait « la » réalité mais cette dernière devenant comme toujours plus improbable. Si cette idée de « procéduralisation » a pu faire lentement son chemin, c'est

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vouloir aborder ici directement cette question, observons simplement que l'idée de procédure elle-même n'échappe pas aux observations générales que nous avons formulées car, et sauf naturellement à tomber dans le plus traditionnel des formalismes, la procédure n'est pas cet ensemble normatif qui existerait toujours-déjà et comme de lui-même, et dont le sens serait inscrit bien avant même qu'un quelconque opérateur ne prétendre s'en saisir (et le geste de ce dernier serait une « observation » de règles qui se préteraient alors à une « description »). Une « procédure » n'échappe évidemment pas à cet effet de sens qu'est son « application » ou « actualisation » d'un sens qui bien évidemment s'annonce quand elle s'énonce. Cette nécessité que semble traduire cette idée de « procéduralisation » ou, en tout cas, ce besoin, traduit sans doute plus la technicisation toujours plus croissante de nos sociétés occidentales qu'un quelconque déplacement épistémologique, même si nous sommes parmi les premiers à reconnaître dans la question des techniques un élément déterminant pour des recherches épistémologiques. Ainsi donc, et pour en revenir à notre propos initial, nous ne pourrons pas définir la rationalité comme ce déjà constitué et que, définitivement, conscience totale d'un objet tout possédé, nous exposerions, nous « décririons » (ce à quoi correspondait cette référence *exemplaire* à la science physique). La rationalité, sans doute, guide des comportements qui sont tels parce que précisément tenus pour rationnels, mais leur énonciation ne procède pas d'une lecture qui serait cette exposition qu'est une « description », description de règles ou procédures; leur énonciation n'est déjà plus l'« histoire » (telle que nous l'avons rapidement définie) et pose une question herméneutique. L'effet de conscience, au principe du sens comme présence avons-nous déjà dit, n'est pas déjà ce réel qui s'impose dans une conscience (enfin acquise), c'est-à-dire comme un monde enfin reconnu, retrouvé. Au principe d'une conscience n'est pas la finitude du sens et quand bien même nous nous réfèrerions à ce que la rationalité occidentale a célébré le plus hautement pour se définir, c'est-à-dire le concept d'expérience,

---

évidemment parce qu'elle a pu apparaître chez beaucoup d'auteurs comme le seul référant « externe » tangible, c'est-à-dire contrôlable, le réel devenant alors l'agir lui-même et son contrôle (description-analyse) le principe de la rationalité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notre objection demeurerait valide. Une expérience, en effet, reste « racontée », qui s'inscrit déjà dans une potentialité de sens (conditions de possibilité ou ouverture de l'histoire) que cette *écriture* qu'est l'expérience retrace et dont, en tout état de cause, les évidences demeurent tout historiques.

Cet effet de sens qui s'écrit comme un effet de conscience et que serait par exemple « l'intelligence des acteurs à leur 'propre' histoire », lorsqu'il entend traduire — comportement adopté, adapté — cet être raisonné qui *correspond,* parce que tel, à *la* vérité, cachée, du monde (et que sa raison donc a ainsi su reparcourir) entend exprimer, de lui-même, par lui-même, *notre* vérité. S'effectue en d'autres termes un déplacement et auquel nous n'avons cessé de nous référer jusqu'ici. En effet, lire « dans » l'histoire les stratégies qu'un acteur historique aura su élaborer (« futur antérieur »), c'est, selon la tradition interprétative, reconnaître des vérités historiques que l'intelligence de cet acteur aura su identifier (et le sens historique se constitue par cette correspondance); seulement, et ceci est notre objection fondamentale, ces stratégies sont-elles déjà des causes nécessaires, ou philosophie de l'histoire et que ces causes viennent illustrer. Un tel effet de sens, encore une fois et pour conclure sur cet argument, loin d'être une pensée pleine, arrêtée du sens (par la force de son intelligence l'acteur maîtrise « le » sens), et qui déjà indiquerait une évidence (cette cause que mesure la « prise » de conscience), est une herméneutique: se reconnaissent, s'identifient, des principes (et qui valent sans doute comme guide à des actions passées et à venir et que l'interprète reconnaît comme nécessaires) qui sont les signifiants de cette lecture qui les (re)connaît et qui les identifie.

Une telle lecture, en d'autres termes, retrace l'expérience de la rationalité et déjà la question herméneutique s'inscrit-elle dans la question épistémologique. Si quelque chose se donne comme une « époque », un « moment historique », etc., le problème reste que ce quelque chose est « insaisissable », fugitif: il passe, il est mouvement, trace d'un passage, trace d'une trace. Il est ce que Jacques Derrida nomme « la présence parasitée par l'absence », qui excède la vérité de l'être, et indique, encore une fois, une historicité. Un « présent » n'est pas l'évidence d'un signe, mais, tout au contraire, le signe d'une « évidence », c'est-à-dire le signe d'un signe. Une « évidence » n'est

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pas ce toujours-déjà présent, tout offert et qui attend qu'on le cueille, qu'on le saisisse (qu'on le « lise » en d'autres termes) et, encore une fois, les questions herméneutiques et épistémologiques restent étroitement mêlées. Un « présent », comme ce qui n'est pas l'évidence d'un signe, oriente — historicisme — comme il (s')inscrit — historicité. La question du signe interroge les processus discursifs par lesquels une actualisation de sens s'effectue et qui atteste de la vérité. Ces processus sont les formes de l'expérimentation, les concepts d'observation, les énoncés hypothétiques, etc., par lesquels une société se connaît, se reconnaît, fonde en d'autres termes ses certitudes, ouvre à ses doutes. Ces processus définissent, redéfinissent les « signes », les « symptômes » qui sont alors des « preuves » et « évidences », des « témoignages authentiques » donc d'une vérité (passée, présente, future) et avec lesquels, évidemment, un historien, le métier d'historien, est confronté. L'histoire, telle qu'elle est définie classiquement dans nos sociétés, est philosophique, même et surtout quand elle est cet effort appliqué et qui ne veut rien être d'autre qu'un métier fait honnêtement. L'histoire est déjà philosophique même lorsqu'elle ne prétend à aucune philosophie de l'histoire. Si l'histoire est l'histoire de tout sauf d'elle-même c'est, encore une fois, parce qu'une vérité (historique) n'est pas l'accès direct et immédiat à un passé, toujours-déjà « là » et qui (nous) attend. Cette lecture du « passé » est ce mécanisme de sens par lequel nous posons et nous répondons à la question du « présent », actualisation d'un sens encore une fois qui se (re)connaît comme il s'énonce, mécanisme de sens, nous l'avons à maintes fois répété, qui n'est pas invention délirante et qui nous autorise, certes, à concevoir que quelque chose comme une vérité est attestée. L'histoire n'est pas l'histoire d'elle-même, l'histoire n'est pas le « passé », c'est-à-dire tous ces matériaux qui, selon la conception traditionnelle, sont offerts dans la forme (éternelle) de la présence, matériaux qui ont donc existé et qui, parce que tels, se présentent comme ils ont été, intégralement ou en partie, dans leur réalité (ce passé toujours présent, telle par exemple cette idée de « vécu ») et qui autorisent, pour cette raison, leur interprète à parler en vérité. Le discours « historique » ouvre, tout au contraire, à une vérité qui n'est en rien « extérieure » à son énoncé, le discours « historique » ouvre à la vérité de ce code qui l'institue comme tel. Et encore une fois,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

répétons le encore et toujours, cela ne veut évidemment pas dire que tout ce que nous disons, parlant *de* passé, ne rencontre en rien ce qui fut *du* passé. Ce que nous disons, c'est qu'un signe ne s'épuise jamais dans une réalité pure, n'est jamais une indication pure, totalité d'un sens arrêté, retenu, détenu. Une « description », pour le dire différemment, n'est pas un « degré zéro du langage », une présence, donc, et qui correspondrait déjà à une immédiate certitude sensible.

La question herméneutique, qui ne se limite pas, contrairement à ce que souvent nous pouvons lire (suivant en cela sans doute, même si en les accentuant, H. G. Gadamer ou P. Ricoeur), à une théorie de l'interprétation, pose la question de l'ouverture du sens, de ce « déjà », de ce « constituant » et dont la traduction théorique (cette fois-ci dans une perspective interprétative), nous l'avons déjà dit, est celle d'une répétition comme altération. La question herméneutique, donc, est aussi une problématique du sens qui cherche à identifier, disons, ces stratégies discursives qui, pourtant, ne sont que rarement questionnées et alors même que ces stratégies sont absolument essentielles au récit lui-même. Ces stratégies, en effet, sont ce à partir de quoi, plus exactement à travers quoi, le sens se constitue, s'institue comme récit. Elles participent de l'explication, inscrivent les « jeux », différences, et alors pourtant qu'elles sont comme effacées en tant que mécanisme de sens. Elles sont cette invisible visibilité, cette écriture positive mais qui ne se lit pas, lecture muette mais qui pourtant énonce, prononce, le sens. De telles stratégies discursives ne sont ni présentes ni absentes, elles sont mais elles ne sont pas, elles sont du seul langage et qui se veut comme sans aucun référent, une sorte de rhétorique pure mais par laquelle pourtant s'inscrivent ces différences d'où jaillit le sens. Ce qu'il est également essentiel de noter, c'est qu'elles sont absolument nécessaires au récit lui-même, sans elles tout simplement le récit ne serait pas, le récit serait impossible et ce parce qu'aucun « texte » ne se constituerait comme tel. Ainsi, parmi toutes ces stratégies discursives, cette expression est peut-être plus souhaitable que celle de « figure de rhétorique » dont la connotation est parfois un peu négative, que nous pouvons relever tout au long du récit de Daniel Roche, trouvons-nous la stratégie discursive du « constant », du « non-changement », de l'« immuable » et dont l'évidence historique — une évidence est nécessaire pour que ce « constant », ce

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« non-changement » ... puisse prétendre appartenir au récit historique (énoncé de vérité) — serait le « juridique » (120).

Le « juridique » est cette non-interrogation, cette présence absente dont nous venons de parler mais comme ce visible d'un texte invisible, il est un texte mais qui ne se donne pourtant pas à lire comme tel, il n'est pas en effet ce texte qui, par exemple, s'appuierait sur quelque chose qui serait déjà du juridique et qui nous serait proposé, toujours à titre d'exemple, sous des évidences diverses et qui seraient des pratiques juridiques « positives ». Le « juridique » est un signifiant qui ne renvoie qu'à des seuls signifiants, qui renvoie à un (autre) texte et qui n'est pas l'explicite (ou l'implicite) du texte qui s'offre à notre lecture, mais à un texte qui construit, invisible visibilité, du social comme une « lenteur », une « pesanteur », une « opacité », une « lourdeur » et qui renvoit ainsi à cette société du « constant », de l'« immuable », du « non changement », etc. Le « juridique » est cette trame, et qui serait comme cet implicite accord dont on ne doute plus et qui s'impose à toute conscience, l'au-delà d'un texte mais qui l'organise, le réorganise, un autre texte non écrit mais qui pourtant s'identifie dans le récit proposé (et qui ne correspond donc nullement à un silence, une absence ou autre) et dont toutes ces traces, ces termes (« juridiques ») de « coutume », « tradition », « oralité », témoignent. etc. Un peu comme en physique classique où des mouvements « apparents » ne se lisent, ne doivent être lus, qu'au travers de mouvements « relatifs », une expérience d'écriture ici ne porte à une « évidence » historique que par cette vérité qui la déborde et que le texte ne rejoint pas. Cette invisible visibilité, ce « texte relatif », et qui est cette présence absente, le visible mais d'un texte invisible, est ce texte invisible mais constitué de tous ces signes lisibles et qui, plus qu'une maîtrise de l'espace, indiquent un *contrôle du mouvement* (121). Ce « texte relatif » ouvre ainsi à d'autres effets de sens, dissémination, en particulier à une philosophie du droit où le droit ne serait plus conçu comme action (pierre angulaire de toute philosophie du droit du

(120) A titre d'exemple parmi une multitude d'autres, la page 304.

(121) Par exemple les pages 63 et suivantes comme les pages 80 et suivantes; notre auteur met en avant cette conception, traditionnelle, du droit comme un pouvoir sur un espace.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dix-huitième siècle à nos jours) mais comme mouvement, c'est-à-dire qui reconstruirait ces évidences historiques à partir de ces signes que seraient des pratiques sociales du contrôle, ou de ce qui guide, des signes de ce qui actionne ou de ce qui arrête. Ce texte « relatif » est une dissémination, il amène ainsi à reparcourir d'autres espaces de notre modernité, à démêler, en d'autres termes, d'autres fils d'écriture, auxquels, c'est bien évident, le texte de Daniel Roche en rien explicitement ou implicitement ne renvoie, à retrouver sans doute déjà cette trace « Hobbes » dans son lien avec cette autre trace « Galilée ». Pourtant, et comme nous l'avons vu, si le texte de Daniel Roche en aucune manière ne renvoie, comme manifestation (explicite ou non) de sens, à cet autre texte, il n'en est pas moins vrai que c'est pourtant bien ce texte de Daniel Roche qui en est au principe, plus même, qui en est l'écriture. Mais si le texte que nous avons appelé « relatif » est ce regard qui voit et qui ne voit pas, cet énoncé qui est et qui n'est pas, mais qui pourtant dans sa présence non présente est au principe du sens, le texte « apparent », quant à lui, est ce texte qui parle mais qui ne dit rien, ce texte qui résonne mais qui ne raisonne pas et celui, ici, qui point ne raisonne n'est certes pas notre auteur, mais ce qui constitue sans doute la tessiture même d'un univers symbolique, trace d'une trace, « nous », aujourd'hui », existencial d'un monde dans son rapport avec son droit.

Le « changement » s'habille ainsi de cet habit d'« Ancien Régime » que l'on change pour un habit de l'« époque moderne », la « société traditionnelle » se reconnaît à toutes ces évidences que sont « le droit », (cette évidence que sont les « ordres » par exemple) et que notre historien rappelle mais n'interroge pas. Nous savons, ceci nous l'indique notre texte « relatif », que le « juridique » est le « constant », l'« immuable », etc. c'est-à-dire le non-mouvement et le texte de Daniel Roche réinscrit cette idée du droit, issue de la modernité, réinscription ni présente ni absente, et qui explicitement pose le droit comme ce qui arrête, comme une réaction (à un mouvement, par exemple à ce sens de l'histoire qui est changement), mais sans que pour autant cet explicite ne soit véritablement questionné. Et du reste, dans cette perspective, le plus intéressant sans doute est que « le droit », qui sont donc « les ordres », c'est-à-dire cette évidence de la non-action, du non-mouvement, semble ne pas être interrogé parce que non-mouvement précisément. Ceci

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nous est démontré par cet abandon « du droit » dès lors que l'on s'intéresse au « changement » et c'est alors l'argument philologique qui est appelé pour présider à la démonstration: « à l'aube du XVIIIème siècle, le mot « ordre » exprime une constellation de sens » (122). L'ordre se fissure, la réaction s'affaiblit, « le droit » vacille. Ce que nous tentons, ici, de mettre en évidence, ce n'est pas une quelconque défaillance de l'auteur, une analyse qui aurait été mal conduite et qui condamnerait ainsi la portée des conclusions ou du récit lui-même que propose l'auteur, tout au contraire. Nous n'avons cessé, nous ne cessons de louer ce texte, dans son érudition, pour son écriture, dans l'esquisse générale qu'il propose de la société d'Ancien Régime. C'est du reste pour sa force, pour sa qualité profonde, que nous méditons sur ce texte et ce que nous essayons de dégager à partir de lui ne pourrait que valoir pour tous les autres textes de cette nature. Ce que nous tentons donc de mettre en évidence, c'est quelque chose comme le « tissu » de tout texte, une « tessiture », c'est-à-dire qu'un texte, non seulement ne se limite pas à ces effets de sens que serait l'« auteur » ou le « lecteur » (et, encore une fois, la question du texte n'est pas la seule question de l'interprétation), mais qu'il est un écheveau effroyablement embrouillé, composé de toutes sortes de matériaux. Démêler cet écheveau, ce n'est pas rechercher des sens « implicites », des « non-dits », ce n'est pas en d'autres termes élaborer une « herméneutique du sens caché », c'est-à-dire de ce sens que le « lecteur » perce à travers tous les sens explicites, conscients, volontaires ou autres et qui indiqueraient l'« auteur », le « contexte », etc. Cette herméneutique que nous avançons n'est pas non plus, pour le dire autrement, cette herméneutique freudienne, de cet inconscient, le caché et qui qualifie le conscient. Tout est donné, rien n'est caché, il s'agit, encore une fois, de démêler et non pas de découvrir des choses cachées. Mais cette herméneutique que nous esquissons n'est certes pas un positivisme: rien, comme sens, ne *se* donne, rien n'est donné, même si rien n'est à découvrir. Cette herméneutique, enfin, entend être une critique radicale à toute pensée analytique. La pensée analytique se nourrit d'une philosophie positive dès lors qu'elle postule qu'un acte

(122) P. 353.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la connaissance participe de la « description », peu importe ici que cette description soit un moment cognitif premier ou non, que quelque chose donc s'offre au « regard » intégralement et qui emporte ainsi plénitude de sens (123). Ce que pour notre part nous tentons de dégager à travers notre lecture de l'ouvrage de Daniel Roche, c'est qu'un texte, donc, n'est ni quelque chose qui livre un message qui est, en partie ou non, caché, ni quelque chose qui se livre dans une représentation intégrale et dont l'exposition est au principe de l'énonciation. Cela ne veut pas dire qu'il soit impossible de déceler des effets de sens « inconscients », c'est-à-dire qui échappent à la stricte volonté de son auteur, pas plus que ne soit interdit cet effet de sens qu'est le « sens littéral ». Cela veut dire d'abord et avant tout que rien n'est caché et que rien n'est tout donné. La « description », qui est cette herméneutique d'un sens qui se présenterait par lui-même, de lui-même, en lui-même, est une spéculation improbable qui nous amène à contester l'ensemble des approches analytiques. Rien n'est encore caché, pas plus que rien ne soit déjà tout donné: voici l'énoncé premier de notre philosophie herméneutique.

L'ouvrage de Daniel Roche est, comme nous venons de le voir, aussi un ensemble d'éléments qui participent de ce que nous appelons un « texte » et par lesquels un sens se constitue, mais ces éléments ne participent pourtant ni explicitement ni implicitement de ce qui se présente comme le récit. Présence absente disons-nous, comme ce non-mouvement que serait déjà « le droit » et qui, s'il est un signifiant qui appartient au texte de Daniel Roche, n'est pas caché mais n'est pas déjà donné non plus. Ce signifiant, « le droit », conduit à une représentation d'une réaction, de ce qui arrête, ce « texte » indique, encore une fois, une expérience de la rationalité occidentale et au principe de laquelle nous trouvons *aussi* la physique classique et l'hypothèse du mouvement. Cette expérience de la rationalité occidentale est aussi cette possibilité de sens qui inscrit ce qui se présente comme « droit » dans l'écriture du monde qu'est l'hypothèse du « mouvement », et le droit se définit alors comme un

(123) Nous ne pouvons ici suffisamment développer cette question fondamentale et nous nous devons donc de renvoyer à nouveau à notre étude « *L'ipotesi perduta della legge* », Cedam, op. cit., en particulier aux passages qui traitent de cette question du positivisme et de l'acte de « description », chap. I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordre, comme ce qui participe de l'« ordre » de la nature, comme un principe d'ordre. C'est ce texte autre, que nous esquissons extrêmement grossièrement, qui participe du travail de Daniel Roche, un tel texte n'est pas un texte caché dans le livre présenté, il n'est pas non plus intégralement (ou même partiellement) exposé et il n'est donc pas possible de le « décrire ». Ce texte se constitue en témoignant d'une expérience de la rationalité, il (ré)inscrit celle-ci au moment même où il s'annonce, il en est le témoin quand il s'énonce. Ce texte est cet impensé, qui encore une fois n'est pas l'« inconscient », qui appartient au processus du sens, trace d'un témoignage qui n'est ni secondaire ni en retrait, mais qui n'est pas non plus un conformisme (sociologique, académique ou autre) et qui concevrait le sens comme une réinscripton, comme une simple pratique répétitive ([124]). Traduire (ainsi que le fait dans un autre registre T. Kuhn) le répétitif que comporte nécessairement (en tant que re-prise d'un quelconque énoncé) l'acte interprétatif en une lecture « politique » et en faire un conformisme est, herméneutiquement parlant, une qualification paresseuse et extrêmement pauvre. L'itération, encore une fois et pour reprendre Jacques Derrida, est une altération. Cet impensé, au principe pourtant du texte de Daniel Roche, est sans doute une répétition mais qui cependant crée une perspective qui n'est pas une répétition « pure » (d'un texte déjà écrit, par exemple cet argument par n'importe qui accepté), une répétition donc mais qui pourtant

([124]) Il nous faudrait sans doute ici prendre la peine de nous arrêter, mais l'espace nous manque, sur les thèses de Thomas KUHN, nous pensons en particulier à son ouvrage qui le rendit célèbre sur « La structure des révolutions scientifiques », thèses selon lesquelles les pratiques scientifiques, comme univers clos, sont cette routine répétitive qui vient à être brisée, interrompue, par un « extérieur » qui souvent est ce chercheur qui ignore tout de la matière qu'il transforme pourtant complètement, qui est donc l'« étranger » à ce monde qu'il vient transformer. Au-delà de ce modèle si classique de l'interne-externe comme principe herméneutique et qu'il est selon nous opportun d'écarter, un certain nombre d'« évidences », là aussi non présentées comme telles mais sans lesquelles le texte ne pourrait se constituer, mériteraient quelques réflexions et en particulier l'idée même de répétition. Une répétition, en effet, et encore une fois, contrairement à ce que le philosophe des sciences pense, n'est jamais pure reproduction d'un objet, intégralement reconstitué puis constitué alors comme répétition, toute répétition est déjà altération. Enfin, serait à interroger, évidemment, cette conception de la dogmatique, comme cette hiérarchie, organisation du travail, au sein de laquelle on ne pense pas, où l'on répète. Mais où l'on répète quoi exactement?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

déplace l'assertion d'une vérité attestée. Ce qu'il faut essayer de comprendre, c'est que cette herméneutique réinscrit des évidences qui participent de la manifestation du vrai (le passé) et, ce faisant, elle relève déjà de la (re)connaissance du vrai (l'histoire), qui n'est pas le discours recommencé d'une vérité « désormais » bien établie mais qui est, tout au contraire et dans sa répétition, déjà (re)création. Déplacements peut-être imperceptibles mais qui, en tout état de cause, ne se retrouvent pas par ces effets de sens que sont la « conscience » ou la « prise » de conscience, ces déplacements n'appartiennent qu'à cette herméneutique de la non présence, non-présence du sens à lui-même, ils sont un effet d'après coup avons-nous déjà dit.

Cette herméneutique selon laquelle rien ne se donne, rien n'est donné, se verra-t-elle, assez naivement du reste, reprocher de n'être pas en mesure de s'établir comme un discours de vérité, et de permettre, au bout du compte, d'accepter une thèse et son contraire; elle reproduirait donc, et pour faire court, une très banale philosophie relativiste (et quand ce n'est pas un nihilisme). Rien n'est plus faux. Nous n'avons cessé de dire que si une vérité (du passé) ne se donne jamais d'elle-même, comme par elle-même, qu'elle est toujours construction/reconstruction, que le passé donc n'arrive jamais de lui même mais qu'il relève d'une dialectique et qui le « fait arriver », cela ne veut pas dire que le passé appartient à la fantaisie imaginative de celui qui dit l'établir. Encore une fois, cette herméneutique recompose ce qui relève du passé et ce qui qualifie l'histoire, ce qui veut dire, parmi toutes les implications épistémologiques que cette position implique, recomposer, en particulier, cette ligne de partage, (écriture à laquelle ont évidemment substanciellement contribué les XVIIèmeXVIIIème siècles), entre ce qui relèverait d'une herméneutique et d'une épistémologie. Tout comme une connaissance scientifique (telle qu'elle est entendue très classiquement) est une lecture du monde ([125]), une herméneutique indi-

([125]) Qu'il nous suffise ici de rappeler les travaux d'épistémologie des trente dernières années et de la question qu'occupe l'« histoire » d'une discipline dans la formulation de ses hypothèses scientifiques. Ceci étant rappelé, nous ne nous rangeons pas parmi ceux qui revendiquent l'épistémologie au rang d'un discours ni plus ni moins scientifique que n'importe quel autre mais avec cette réserve, toutefois, que ce discours

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que-t-elle déjà ces procédés au principe desquels préside une vérité, qui n'est pas celle du « texte » mais d'un historicisme (et qui témoigne d'une historicité). Une telle herméneutique permet, absolument, d'affirmer une vérité en dénonçant le faux. Soit cet exemple que nous propose Daniel Roche: « La mutation de la méthode historique s'est jouée quelque peu avant le XVIIIème siècle. Elle est incontestablement associée au partage religieux qui a déchiré l'Europe et à la crise de conscience » (126). Cette proposition, selon nous, est fausse, essayons de le démontrer en nous référant à ce que nous avons dit. La première erreur réside dans la non-distinction entre la question de méthode et celle, toute différente, de l'« histoire ». Cette non-distinction aura, nous le verrons, comme conséquence ultime de parler indifféremment d'historicisme et d'historicité, ce qui est grave car, selon nous, seul le principe de cette distinction permet de maintenir la possibilité d'un discours de vérité et qui ne soit pas un relativisme. Une autre proposition de l'auteur illustre du reste, notons le rapidement avant que de retourner à celle déjà mentionnée, ce dernier point: « L'érudition catholique était condamnée à l'histoire, comme la science protestante à l'herméneutique scripturaire » (127). Objectons que « l'érudition catholique » a toujours été aussi une « herméneutique scripturaire », qu'il nous soit permis de nous référer ici à l'exégèse médiévale, tout comme la « science protestante » s'est toujours vouée à l'« histoire », songeons ici à l'importance de la critique humaniste (dans son travail d'érudition et de recomposition de l'idée de « texte ») telle qu'elle fut, entre autres, développée par Lorenzo Valla et à l'influence qu'elle eut sur Calvin et Luther. Quoiqu'il en soit et pour retourner à notre propos initial, la première proposition est une proposition

---

lui-même, l'« épistémologie », n'échappe pas à ces interrogations qu'il adresse à ces savoirs divers, qui sont déjà constitués comme « scientifiques » et que pour cette raison, donc, on interroge. Tout comme nous ne suivons certainement pas, et pour fermer cette trop brève parenthèse, la distinction entre les sciences « dures » et les sciences « faibles » (ces dernières seraient, dans une telle perspective, soit les moins attrayantes parce que les moins rigoureuses et donc les plus décevantes, soit les plus sympathiques parce que les moins « terroristes », les plus « conviviales » dans leurs principes) car toute science inscrit en son principe même l'« histoire », et ainsi que nous la définissons.

(126) P. 92.

(127) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trés « dix-huitième siècle », nous voulons dire qui, sans doute, instruit du vrai (que nous pouvons bien appeler du passé), mais qui est pourtant au principe d'une vérité fausse. Et il ne suffit pas, notons-le au passage, de se référer à un énoncé qui instruit un discours de vérité et qui intègre pour ce faire des propositions considérées comme vraies pour que le récit qu'il soutient ou qu'il compose même intégralement, soit, ipso facto, vrai lui aussi. De ceci il faudra nous rappeler plus tard. Ce partage, en effet, du laic et du religieux comme ce par quoi se régénère le sens, se réinscrit l'énonciation du vrai, est tout à fait un discours très dix-huitième siècle, que notre auteur (re)construit donc, mais cette (re)construction est une transformation, une reformulation. Ce partage en effet est déjà signe historique et qui s'indique comme une vérité positive; il n'est plus, en d'autres termes, ce que l'on croit, pourtant, positivement, identifier, il est un positivisme, historique, ce qui devient évidemment tout autre chose. Parce que déjà transformation dans son acte même de recomposition, ce partage du laic et du religieux est une réécriture, systématique, puissante, d'un texte qui pourtant toujours s'appuie sur ces évidences historiques, très « éclairées », et qui voit la « rationalité » devenir sémantiquement équivalente à « laic », qui repousse le religieux aux confins du non crédible et qui fait donc du « religieux » l'équivalent sémantique du merveilleux, c'est-à-dire de l'invraisemblable, en un mot de l'irrationnel. Partage ô combien peu crédible et dès lors qu'il traite de l'« histoire », ainsi que nous l'avons définie, car il est plus qu'évident que la pensée religieuse ne fut jamais, et parce que telle, étrangère à l'énonciation de ce qui a pu être, est, (re)connu comme vrai! Mais, quoiqu'il en soit, ces propositions de Daniel Roche nous renvoient, comme preuve de ce qu'elles énoncent, à cette évidence que serait « Voltaire ». Cette évidence serait cette trace qui, « dorénavant », indique un sens nouveau, sens qui définitivement s'impose et qui fait de l'histoire cette reconstruction du passé où seuls seront pris en compte les « récits vrais d'évènements » (vrais). « Voltaire » est donc cette trace qui serait le point d'origine de notre manière, « actuelle », d'écrire l'histoire, c'est-à-dire ce récit constitué par les seules vérités attestées, proposition qui vient redoubler les deux précédentes que nous relevions (le « laic » comme unique source de la vérité et la distinction entre l'histoire, c'est-à-dire le catholicisme,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et la science, c'est-à dire le protestantisme) et cette proposition, comme les deux précédentes demeure, selon nous, contestable.

Démontrer cette erreur équivaut à développer un raisonnement, notons le également, en tous points comparable au raisonnement que l'on développe en physique classique, par exemple, pour démontrer une erreur: en articulant l'énoncé à tous ces matériaux qui participent de son « illustration ». Dans cette perspective, à l'énoncé de Daniel Roche nous opposons cette conception de l'histoire qu'élabora l'exégèse médiévale, plus exactement qui fut au principe même de cette exégèse, et nous illustrons cette contre-proposition par la définition de l'« histoire » que proposait Hugues de Saint Victor (Historia est rerum gestarum narratio) (128). L'erreur, en d'autres termes, se démontre par une proposition alternative et qui s'oppose à l'articulation qu'effectue tout récit entre la proposition initiale et ses éléments constituants (qu'un historien par exemple nommera « fait »). Sans doute ici, nous ne faisons qu'un apparté et cette observation mériterait bien évidemment des développements substantiels, la distinction entre un « énoncé » (préalable) et son « application », distinction par laquelle on entend souvent (en particulier en philosophie du droit) rendre compte de la question de l'interprétation, que soulève tout énoncé, et ce à partir d'une approche linguistique, est-elle une distinction non seulement artificielle mais surtout, et dans une perspective strictement sémantique, très hasardeuse. Si, en effet, séparer un énoncé de son application peut, dans un premier temps, sembler rendre d'avantageux services à des spéculations par exemple dogmatiques, il s'avère vite, pourtant, qu'une telle séparation pose plus de problèmes qu'elle ne permet d'en résoudre. Il pourrait ainsi être fait remarquer que si nous sommes en mesure, sémantiquement, d'opérer une telle distinction, c'est parce que, et avant tout, l'on est capable de procéder à une identification du sens de l'énoncé, totalement, sans que ne soit enfoui, ou se soit enfui, le moindre surplus de sens. Car, en effet, si un énoncé livre son sens dans une application, ce sens qu'est l'application et pour s'affirmer comme tel, énonce les « manques » de l'énoncé préalable, donnant ainsi, et même si ce n'est que

(128) Pour tout cela, Patrick NERHOT, *Diritto Storia,* op. cit. pp. 109 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

négativement, un sens, plein, total, à cet énoncé. Une application est, en d'autres termes, très classiquement perçue comme un dévoilement, qui vient ainsi exposer ce que comporte « in nuce » un énoncé ou sens, et qui toujours se manifeste comme un surplus de sens. Une telle perspective, donc, nous apparaît pour toutes ces raisons bien artificielle, et oblige encore une fois à abandonner cette « herméneutique du sens caché ». L'unique voie, même si, bien évidemment, bien moins confortable dans une perspective dogmatique, consiste à concevoir tout énoncé comme une structure signifiante et non pas, donc, comme un ensemble signifié, fini, défini (auquel on octroirait cette concession d'un sens caché), une structure signifiante ouvrant, indéfiniment, à d'autres structures signifiantes. Une telle proposition, notons le également rapidement, demeure valide pour un énoncé préalable (hypothèse) en sciences de la nature. L'application n'y est en aucune façon, selon nous, ce geste séparé, indépendant de l'énoncé, elle est encore et toujours l'énoncé, c'est-à dire la structure signifiante qui « montre » la validité de l'énoncé, une lecture de signes (ouverture du sens, qui peut être contestable et qui est souvent, du reste, contestée). L'expérience, ou application, n'est donc pas que la simple lecture d'un énoncé qui lui serait préalable, elle est constitutive de cet énoncé car c'est parce que l'on « montre » que l'on « démontre ». Le vu et le lu se superposent: une lecture est déjà un regard, comme regarder est déjà lire (129). L'erreur s'affirme parce que le récit se nourrit de ces documents que la méthode atteste comme probants et qui sont déjà de l'ordre du récit lui-même, qui configurent un texte que les interprétants reconnaissent comme vrai. Si ce qui est prouvé, telle que nous venons de définir cette opération, est qualifié de « passé », les opérations d'identification traduisent quant à elles l'« histoire ». Encore une fois, nous ne disons pas que la question de la rationalité soit une question de « procédure »; cette dernière, ainsi que nous l'avons déjà dit, n'est pas ce texte toujours-déjà donné et que l'on « reproduit », par une « application » et qui serait la répétition intégrale de « recettes », déjà écrites, qui se donneraient totalement, donc, par « description ». Ce texte, qui oriente, présente, ne se détache pas de ses mécanismes applicatifs;

(129) Pour des développements plus substantiels, voir Patrick NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, op. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ces derniers le constituent comme celui-ci les oriente et le sens n'est jamais qu'effet d'après-coup.

Le « passé », donc, comme opération d'authentification, est déjà cette trace qui nous renseigne sur le « présent ». Pour comprendre encore mieux cela, restons avec le Voltaire de Daniel Roche. « Voltaire » sera la lecture d'un faux si on veut faire de « Voltaire » cette trace qui montre que l'histoire, « récit d'évènements vrais », est, d'une part, la lecture *radicalement nouvelle* du monde et qui s'inscrit, d'autre part, dans une fracture entre laic et religieux (130). En effet cette « fracture », pour commencer par ce point, ou ce « voltairianisme », est une écriture qui participe de l'identification d'un sens, elle est ainsi une très classique herméneutique qui élabore du passé en qualifiant un présent, qui énonce une différence lorsqu'elle annonce un sens. Cette fracture, sans doute, indique un historicisme mais, encore et toujours, tout comme François Marie Arouet fait arriver cet évènement, Daniel Roche, en reprenant ce sens, fait-il lui aussi arriver quelque chose qui participe de ce « nous », « aujourd'hui » et qui suspend véritablement le sens de son enquête. Ainsi et pour revenir sur le premier point que nous notions, faire des « Lumières » un moment premier, originaire, à partir duquel le processus de la modernité peut enfin avoir lieu n'est rien d'autre qu'énoncer une hypothèse qui n'a jamais pu résister à ses énoncés contraires. Mais cela n'interdit pourtant pas l'hypothèse du « changement », bien plus subtile, et surtout lorsqu'elle est établie par notre auteur. Reste que cette hypothèse correspond à ce que nous nommons herméneutique; le « moment premier » n'est pas cet objet « externe », tout donné, toujours déjà « là » et qu'une

(130) Nous faisions déjà, page précédente, une allusion à Hugues de SAINT VICTOR et à ce que l'on appelle l'éxégèse médiévale qui, bien que projet religieux, développe des mécanismes interpretatifs au principe desquels préside un type de rationalité que nous poursuivons aujourd'hui encore. Songeons, par exemple, à notre représentation du temps et au principe de causalité, exemple que nous retrouverons bientôt. Songeons, également, à l'herméneutique qui semble comme reprendre cette réponse au « mystère » chrétien et selon laquelle le « passé » participe de cette réponse à cet inconnu qu'est le « présent » et qui est déjà possibilité de sens « futur » (sinon déjà écrit en tout cas « prévisible »), comme l'Ancien Testament est le passé entendu comme « récit d'évènements vrais » et qui se lisent, ces évènements, par l'appel au futur, ou Nouveau Testament.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interprétation doctement conduite serait en mesure d'identifier, de dévoiler: le moment premier est cette écriture même qui inscrit du sens, qui provoque la rupture, c'est-à-dire l'effet de sens, entre un « avant » et un « après ». Il n'y a pas de « commencement », c'est-à-dire de signifié, externe donc à l'acte de connaître, ou de moment premier au principe du sens; un sens est déjà inscrit dans un processus qui comme tel le conçoit — et à l'égard duquel, certes, il n'est pas passif —, il est déjà « mondain ». Ce n'est pas, encore une fois, un toujours déjà « là » qui est au principe du sens, qui le « génère ». Ainsi devons-nous comprendre qu'une trace est toujours trace d'une trace, sorte de « mouvement retors réfléchissant »; la connaissance des choses n'est jamais l'acte qui nous reporte à un moment premier, qui nous rapporte un moment originaire, cet inconnu qui vient à notre rencontre et qu'enfin nous pouvons saisir, c'est-à-dire qualifier, percevoir, « comprendre ». Connaître n'est pas construire un sens qui serait alors définitif, qui serait un « acquis ». Connaître est toujours un « aller vers », un déplacement, un « faire arriver », faire arriver des référents mais qui (se) passent, qui sont toujours fugitifs et par ce mouvement même, et sans que ce mouvement ne puisse jamais être ce sens qui arrête, ce sens comme un arrêt, arrêt du sens qui emprisonne, détient, retient. Soit l'« historicisme ». Il correspond sans doute à ce que par ce terme l'on identifie, trace vraie et qui vaut comme « passé », mais il est aussi ce par quoi nous identifions. Si nous voulons, par exemple, voir en Pierre Bayle une trace importante à l'« historicisme », ainsi que le fait Daniel Roche, alors que dire d'un Richard Simon? Lequel des deux parle-t-il le plus fort si nous mettons ensemble la « modernité » et l'« historicisme »? Lequel des deux souligne-t-il le plus nettement la « limite » du laic et du religieux (pensons, notamment, à Bossuet et à son acharnement à l'encontre de Richard Simon)? Lequel des deux énonce-t-il le plus clairement ces principes par lesquels s'établit la vérité d'une trace écrite? Pierre Bayle dira Daniel Roche? Richard Simon lui répondrons-nous. Et dans une telle opposition, il serait erroné de croire que l'un ait, tout simplement, raison au détriment de l'autre pour ce qui concerne son énoncé sur le « passé ». Ces deux énoncés, tout d'abord, seront évidemment, « mesurables », quelque chose de « Bayle » et de « Simon » est sans doute saisi à travers ces deux propositions, quand elles entendent

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

arguer du récit qui les soustend, et donc il reste possible d'établir le constat d'un vrai ou d'un faux. Mais ces deux énoncés, ensuite, s'organisent par ce récit que « Bayle » ou « Simon » ne détiennent pas, ne retiennnent pas, totalement. Ces deux énoncés s'inscrivent déjà dans un sens qui indique un « présent » (dans notre opposition à l'énoncé de Daniel Roche par exemple, et pour le dire comme les historiens, nous ne contestons en rien ses attestations « factuelles »), que ces deux récits précisément écrivent. Mouvement ininterrompu du sens disons-nous, présent fugitif et qui jamais n'est saisi, qui n'est pas un moment arrêté, plénitude du sens. Le sens est déjà ce présent-passé déplacé, ce « présent » donc, qui, à peine le croit-on arrêté que déjà il fuit, s'enfuit, présent absent, qui nous échappe et qui reconstitue d'autres énoncés qui poursuivent cette chaîne ininterrompue de signifiants, d'une attestation d'un sens. « Voltaire » donc, après ce que nous venons de dire et même si ce n'est que très succintement et à partir de cette interrogation spécifique que nous posions précédemment, est, selon nous, plus la trace d'une grande continuité que celle d'un changement. Une continuité dont nous lisons les traces dans ce « texte » qu'est la « critique humaniste » et dans cet autre « texte » qu'est la poursuite de l'« érudition », qui confère à la linguistique une fonction indépassable. Et ce récit qui est le nôtre, sur une telle continuité, exprime sans doute du (passé) vrai, mais que nous ne voudrions cependant pas séparer, d'une part, de ce que nous pouvons appeler son moment énonciatif, nous venons de le dire et qui, d'autre part, ne se referme pas sur ce sens que nous, « auteur », pensons tenir, détenir — qui renvoie le concept de sens à cette image de la clôture qu'est l'effet de conscience — « sur le coup » (qui équivaut par ailleurs et le plus souvent à une clôture du dialogue, à un « avoir raison » c'est-à-dire à une forme de condamnation sans la moindre possibilité d'appel).

L'histoire est l'expérience toujours recommencée de l'énonciation du vrai, elle traduit en cela notre mode de connaître-reconnaître les choses et relève de ce que nous concevons comme rationnel, ses énoncés sont toujours des manières d'identifier, d'attester, de réaffirmer ou de contester ce qui est retenu comme une preuve. Prouver: voila ce qui qualifie l'exercice de l'historien. Ses assertions appartiennent toujours à des énoncés qui, et quelle qu'en soit la forme, manifestent ce qui est retenu — retraçant ainsi notre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

expérience occidentale de la rationalité — comme l'expression *nécessaire* de ce qui relève du vrai. Pourtant cette écriture n'est pas, encore une fois, l'écriture qui témoigne d'un passé entendu comme le « vécu » ou cet effet de sens qui exprime une vérité lorsqu'il transcrit un réalisme. Le « passé », nous l'avons vu, est cette herméneutique qui enquête sur le mystère du monde, et qui est celui d'un présent, herméneutique qui s'instruit dans une différence, ou ce mouvement du passé-présent, présent-passé. Il est essentiel sans doute de bien savoir distinguer ces deux moments nécessaires à l'exercice de la rationalité occidentale mais il est tout aussi important de ne pas les concevoir comme autonomes ou détachés. Nous devons tirer de cela deux conséquences. La première est que notre expérience de la rationalité ne se coupe pas, dans sa manifestation, de cette lecture de ce qu'elle représente et qui est déjà herméneutique. Une « procédure », encore et toujours, n'est pas cette « science appliquée » d'un texte qui la fonde et qui la légitime — qu'il suffirait donc de « mettre en oeuvre » pour que nous soyions déjà en lieu et place d'un monde qui livre tous ses secrets par ce geste même — d'un texte qui est aussi un code, éminemment technique et qui nous reporterait ainsi à la *reproduction* d'un énoncé toujours-déjà rationnel. Nous comprenons évidemment que dans cette projection à laquelle nous nous opposons, dans cette conception de la procédure (sur la base d'une enquête épistémologique) la reproduction soit au principe même de la production et nous posons ainsi les prémisses théoriques à la critique que nous considérons comme nécessaire à une telle perspective. La seconde conséquence n'est pas moins légère, elle fait douter de cette distinction, historiciste, entre « laic » et « religieux » et pour ce qui serait de la possibilité d'accéder à des formulations d'énoncés « rationnels ». Sans doute, du reste, que ce que nous identifions comme le travail herméneutique comporte-t-il aussi, s'inscrit-il dans une perspective déjà religieuse (il en va du reste du « religieux » comme il en va du « laic », c'est-à-dire qu'au principe du sens n'est que le mouvement, jeu ou différence). Nous verrions du reste assez volontiers cette confusion des genres dans le métier d'historien lui-même, nous y avons déjà fait allusion lorsque nous avons parlé du métier d'historien comme ce « gardien d'un temple ». Par cette expression, qui peut-être pourra paraître à certains comme assez obscure, nous

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne recherchons pas un effet de style, nous cherchons à identifier ce à quoi doit répondre un « récit d'évènements vrais » et tel que le construit l'historien pour qu'il reçoive la consécration d'un récit historique. Cette expression, c'est bien évident, s'oppose radicalement à ce que l'on considère communément comme le métier d'historien et qui s'élabora au siècle passé.

Ceux qui en effet, au siècle dernier, ont voulu reconnaître au discours historique ce privilège exquis de n'avoir de compte à rendre qu'à lui-même ont fait une singulière erreur. Cette activité toute ludique que serait celle de l'historien et qui ne raconterait du passé qu'au nom du passé est une invraisemblance que seuls expliquent les postulats épistémologiques retenus comme nécessaires au siècle passé dès lors que se posait la question de la rationalité, postulats que les historiens devaient évidemment savoir exprimer dans l'exercice de leur activité pour que celle-ci puisse apparaître comme rationnelle. Il s'en faut que l'historien n'ait de compte à rendre à personne! Ainsi, ce dont les historiens du siècle passé témoignaient lorsqu'ils pensaient « décrire » leur méthode et, ce faisant, définir leur travail, ce n'était pas de cet historien « signifié » et qui était cet objet de la « description », mais d'un historien « signifiant », c'est-à-dire qu'ils indiquaient, et par ce regard qui relevait déjà de leur propre perspective, ce qui était au principe de l'épistémologie de ce temps, à savoir les concepts transformés d'observateur-observé-observant. Ces propos, en d'autres termes, ne témoignaient pas de ce texte qu'ils prétendaient pourtant présenter et en attestant de leurs travaux (ou méthode) d'historien, ils témoignaient d'un autre texte, ni présent ni absent pourrions-nous là encore dire, et qui, s'ils étaient la trace d'une évidence, ne se reconnaissaient pourtant pas comme telle (et nous n'évoquons pas ici un quelconque « manque de conscience », ou une confiance dévoyée et que l'on réorienterait après que se fut imposée la « juste » conscience, etc.). Se redéfinissait l'« observateur », se réinscrivait l'exercice (les signes) d'une « observation » et donc l'« observé », se recomposait en d'autres termes une herméneutique, où la rationalité se présentait comme un « extérieur » qui témoignait certes, encore et toujours, d'un « intérieur », schéma de pensée bien traditionnel, mais dans une culture qui avait définitivement vu s'imposer le positivisme (et le « XIX ème » siècle est cette grande réécriture qui traverse de très nom-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

breux domaines du savoir tant en sciences sociales qu'en sciences de la nature) et qui, donc, était au principe de lectures auxquelles il s'opposait. Cette vaste réécriture qualifie un historicisme; ces redéploiements interprétatifs indiquent une potentialité de sens, espace déjà ouvert. Ceci ne veut pas tellement dire que rien, par principe, ne peut s'opposer à ces déplacements épistémologiques, qu'aucun domaine de la connaissance ne peut leur faire barrage, ou simplement les ignorer; il est erroné de croire que « tous » les domaines du savoir sortent transformés lors de tels déplacements qui disposent (d')une nouvelle écriture du monde; une telle idée présupposerait notamment de concevoir les connaissances comme un bloc unitaire et qui bougerait globalement, dans la même direction et dans le plus grand ordre, ce qui constituerait une proposition insensée. Même si, par exemple et dans cet ordre d'idée, cette vaste réécriture est au principe de méthodes complètement nouvelles, ces grands « textes » naturalistes ou psychanalitiques, en particulier, que sont les écrits de Darwin ou de Freud sont-ils des textes « emmêlés », « embrouillés », qui innovent et qui reprennent, et quand bien même ils ne reconnaissent comme seules « évidences » que ces signes qui, très *positivement*, parlent d'eux-mêmes, par eux-mêmes, en eux-mêmes, « inconsciemment » dira-t-on lorsque le sujet est vivant. Sans doute aussi que cette conception du passé, que l'on établit par lui-même et pour lui-même seulement, vient-elle explicitement s'opposer à une conception de l'histoire qui avait cours précédemment (il s'agit ici clairement de cette conception de l'histoire comme science politique, « art de gouvernement » pour parler comme Daniel Roche, et qui s'était affirmée a travers la critique humaniste et sa critique de l'érudition) et l'historien, de « conseiller du prince », devient-il ce lecteur authentique, sinon exclusif, de traces qui sont au principe d'une vérité et qui témoignent, qui attestent, d'un présent.

« Ici », nous nous situons toujours au siècle passé, les philosophies foisonnent et qui traduisent donc ce que « présent » veut dire, mais s'impose pourtant — ce qui reste traditionnel pour un univers symbolique religieux — un présent qui se reconnaît à, constitué comme, une « communauté » (et nous avons cette communauté laique qu'est la nation ainsi que sa doctrine, le nationalisme). Sans doute est-ce que le métier d'historien n'est pas indifférent à ce processus, processus évidemment qui en retour accentue cette ca-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ractéristique « religieuse », pour autant qu'il n'en soit pas déjà au principe, du métier d'historien (et même si les propos sont tout intégralement « laics »). Mais une telle fonction est une écriture d'un texte bien plus vaste, processus historique que l'historien s'emploie du reste à retrouver lorsqu'il identifie le « passé », et dans ce cas il témoigne, mais au moment même où il se pose comme ce témoignage direct, signifié, par son récit, il devient témoignage, signifiant, trace d'un autre récit, trace d'une trace, et dont il devient l'« évidence », récit qui s'organise comme, qui organise, un vaste mouvement d'« intégration sociale ». Ainsi, cette « communauté » pourra tout aussi bien être celle d'un Schleiermacher que celle de révolutionnaires, d'une « Nation »; encore une fois les pistes s'embrouillent, voire même se confondent, et au moment même où on proclame l'absolue séparation, « Les Lumières », entre « laic » et « religieux ». L'historien a pour tâche, en effet, de formuler des témoignages authentiques, et ceux-ci, évidemment, et alors même qu'ils entendent être la simple répétition d'éléments méthodologiques acceptés et reconnus comme condition nécessaire et suffisante à une telle fin, sont-ils aussi des constructions toujours renouvelées par lesquelles témoins, témoignages et preuves participent à l'élaboration du sens. Le sens qui se veut la seule re-prise, répétition, d'un savoir qui serait déjà et pour toujours « acquis », est un sens introuvable. Nous l'avons dit et répété, une itération est déjà altération; dans l'acte même de reprise de ce qui serait l'acquis d'un savoir, s'affirme déjà ce sens qui altère, modifie, redessine, ce qui se prétend intangible et se qualifie d'acquis. Si, par exemple, cet effet de sens qu'est un « moment historique » est toujours, avons-nous dit, un « effet d'après-coup » c'est, d'une part, parce qu'un sens n'est jamais re-production, mais opère toujours comme un surplus de ce à l'égard de quoi il ne prétend être que la seule reprise, il est un écart entendu comme un « jeu », ce qui souligne la spatialité du sens comme déplacement, mouvement; mais c'est, d'autre part aussi, parce que la re-prise ne peut jamais réduire le déphasage qu'est toute répétition, la spatialité est temporalité, car le sens est d'abord et avant tout création, ce qui veut dire différence, écart significatif. Par ailleurs, l'herméneutique qui pose, d'une part, le lecteur (ou interprète) comme un « observant » et qui pose, d'autre part, l'énoncé comme ce qui se contemple, tout exposé, posé, offert intégralement

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

au « regard » (et que l'observant donc recueille, en rejoignant ou pas, les deux doctrines interprétatives restent possibles, ce que fut l'intention de l'auteur), est une herméneutique qui renvoie à une conception très précise du « texte »: lire, c'est-à-dire l'« effet de surface », serait ainsi directement et immédiatement accéder au sens du monde, sens profond et caché mais qui se dévoilerait dans son seul étalement. Pourtant, une telle herméneutique, ainsi que nous l'avons déjà dit, relève avant tout de cette grande « écriture » du dix-neuvième siècle et que l'on nomme « positivisme » (131). Nos historiens sont sans doute des lecteurs de passé, mais ils sont aussi du passé les seuls interprètes, et leur interprétation ne s'adresse pas aux morts, qui seraient leurs témoins, mais à ces vivants que nous sommes, « nous », « aujourd'hui ». Nos historiens sont en effet les seuls et uniques intermédiaires sociaux (nos témoins) qui énoncent, annoncent notre vérité « présente », vérité comme réponse à cette énigme qu'est le « présent », ils sont ainsi, et dans le même temps, ces témoignages qui indiquent les modes d'attestation, d'énonciation, du vrai d'une société et qui donc la qualifient.

Nous disions, tout au début de ces propos sur le métier d'historien, que l'histoire est cette expérience toujours recommencée de l'énonciation du vrai, qui traduit en cela même notre (nos) mode(s) de connaître reconnaître les choses et qui dès lors

---

(131) Que notre propos ne porte pas à équivoque. Ce à quoi nous nous référons ici, c'est à une vaste conception philosophique et qui développe des arguments méthodologiques spécifiques, à une vaste conception du monde et donc à une lecture du monde particulière. Il est évident que notre propos ne porte pas sur ce que l'on appelle le sens « littéral ». Il conviendrait du reste d'être particulièrement prudent à l'égard de ce sens. Il est bien évident, et quoiqu'en pense un peu tout le monde, que ce « sens littéral » ne s'est pas toujours inscrit dans la même herméneutique, ce qui signifie qu'un tel sens n'a pas toujours signifié la même chose. Nous avons montré ailleurs, *Diritto - Storia,* op. cit., que le sens littéral était au principe de constructions, élaborations du sens très diverses et que, par conséquent, il était erroné et superficiel, dirons-nous, de le concevoir comme un effet de sens a-temporel, a-historique. Autant il serait difficile de situer historiquement l'apparition d'un tel sens, pour nous la question n'a pas et ne peut pas se poser en ces termes même si beaucoup l'acceptent et y répondent en évoquant l'école d'Alexandrie, autant il nous semble acceptable de reconnaître dans la théologie du XVII ème siècle (songeons, mais ce n'est qu'à titre d'exemple, à la théologie de Port Royal, à sa doctrine augustiniste janséniste) un projet herméneutique qui indique déjà ce que l'on nommera le « positivisme ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

participe de ce que nous concevons comme rationnel. En cela, nous l'avons dit aussi, la méthode de l'historien a repris, intégralement, la méthode du juriste, l'enquête, par exemple, est, en effet, au principe de la (re)connaissance de la vérité, récit d'une réalité. L'herméneutique de H. G. Gadamer n'aura jamais vu cela et elle aura manqué totalement, selon nous, ce qu'il y a d'essentiel à la fonction de l'historien. L'enquête, historique comme juridique, est ce qui compose les connaissances par lesquelles, et par lesquelles seulement, la vérité s'obtient, elle reparcourt donc cet espace déjà ouvert que banalisent les sciences, élabore une écriture toute spécifique du récit, ou herméneutique, et qui voit l'évocation du « passé » répondre à cet inconnu, le « présent ». Le raisonnement de l'historien reprend, en effet, celui du juriste, pour se constituer en un discours de vérité et qui s'articule comme une énigme à résoudre et qui est déjà ouverture du sens: le « présent ». Il faut alors noter qu'une telle énigme n'a pas cessé de se présenter comme une spéculation tout autant laique que religieuse (le « présent » comme ce mystérieux mais qui a un passé que l'on se doit de reconnaître car dans une telle articulation, qui est déjà projection et donc futur, jaillira précisément le sens du présent, est une conception dérivée de la théologie chrétienne, de l'éxégèse médiévale qui constitue en un « livre » l'Ancien Testament ou passé et le Nouveau Testament ou futur) (132). Une semblable spéculation est centrale en effet aux réflexions philosophiques qui se développent autour de termes comme ceux de substance (question théologique primordiale) ou d'identité (d'un peuple, d'une nation, d'une province, d'un continent) et dans un tel rapprochement il y a plus qu'une vague analogie, en particulier parce que ces termes sont au principe de ce qui se reconnaît comme « le » pouvoir. La question du « présent » est inscrite dans notre univers symbolique qui est tout autant laic que religieux et que le principe d'une telle séparation ne permet pas d'identifier. La question de l'histoire et telle que nous l'esquissons est ouverture du sens où s'inscrit le christianisme (nous ne nous

(132) La pensée scientifique cherche à réarticuler sa conception du temps et le futur, de déjà connu, devient prévisible mais n'évacue pas pour autant le religieux définitivement et en particulier lorsqu'elle essaie de répondre au pourquoi de la causalité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

référons pas, bien évidemment, aux seules doctrines qui parlent, ont parlé, en son nom) et qui engage la question herméneutique.

C'est, encore une fois, rencontrer la question de l'historicité mais qui n'est pas la question de l'historicisme. Celle-ci interroge, tout d'abord, le passé, qui n'est pas, encore et toujours, la lecture capricieuse de signes, qui pose même tout au contraire que tout n'est pas, et sans discernement, « signe ». Par exemple, si cette forme littéraire qu'est le roman pourra venir interroger l'écriture du passé et qui vaut comme l'histoire, c'est parce qu'à travers notre conception du roman, dans la définition positive que nous avons de celui-ci et qu'il se veuille « roman historique » ou autre, nous aurons, simultanément, déjà, la définition négative de l'histoire, c'est-à-dire que c'est aussi par le roman, et comme forme d'écriture que le récit historique exclut, que nous élaborerons, nous reconnaîtrons l'écriture de l'histoire. Ce sens qui s'inscrit comme une différence appartient-il à un historicisme, ce n'est évidemment pas de tout temps que s'est posée la question de l'écriture de l'histoire et par rapport à la question du « roman », tout comme le récit historique s'est également constitué en s'opposant à, en se différenciant, d'autres procédés d'écriture (« chroniques », ou autres). L'« historien » est la trace qui indique un historicisme et qui n'a guère plus de deux siècles, il est ce lecteur authentique de vérités « scripturaires » et qui qualifient un présent, « nous », « aujourd'hui ». Ce « passé », en effet, que l'« historien » invoque, n'est pas ce passé-présent (présent-passé) et qui de lui-même viendrait à nous, s'offrant de lui-même et par lui-même, nous offrant ainsi notre vérité. « Venant à nous », c'est-à-dire que le passé serait ce point originaire qui se dévoilerait totalement dans cet aboutissement que serait le « présent ». Découvrir une origine équivaut ainsi à définir un « présent » et, encore une fois, une telle herméneutique ne concerne que bien peu les temps modernes ou contemporains, elle est déjà très précisément le projet humaniste, en particulier dans son opposition à cette autre herméneutique qu'était l'exégèse médiévale, et ce projet se retrouve dans toutes les batailles du sens (également en théologie qui n'oubliera pas la leçon humaniste et qui construira en réponse la « théologie positive ») des cinq derniers siècles. Dans cette perspective, assurément la plus communément partagée, sorte de « sens commun », le mouvement du sens opère

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

une fermeture, le sens est fermeture: le « présent s'accomplit par un retour, le « retour aux sources », c'est-à-dire à ce qui est déjà lui, la « source » est en effet une représentation de lui-même, mais dont la re-connaissance, cependant, ne serait possible que dans cet écart. La question de la vérité, historique, ne serait alors et dans cette perspective que le simple problème de « mémoire », une métaphore donc. La vérité (présent) sans cesse s'oublie, le présent serait un oubli, et la vérité une lutte contre l'oubli; l'historien, pour cela ce serait sa fonction, toujours nous la rappellerait par l'invocation du passé. Ce rappel serait une valeur, la vertu d'une expérience, où ce qui est arrivé, le « vécu », enseignerait aux contemporains ce qu'il convient de faire et de ne pas faire, de dire ou de ne pas dire. Cette herméneutique, véritable sens commun de la vérité en histoire, est classiquement, depuis un bon siècle, représentée par la métaphore du cercle. Pourtant, selon nous, cette configuration géomètrique des signes par lesquels se déchiffre un « texte » est une configuration plus que maladroite du mouvement qui est au principe du sens, au principe de toute compréhension. Cette métaphore, en effet, est appelée pour exprimer fondamentalement l'idée d'un *retour*, du sens comme un retour (et sont implicitement réaffirmées, c'est bien évident, les idées de sens *originaire* et d'aboutissement). M. Heidegger, suivant en cela une conception philosophique dominante, H. G. Gadamer ensuite, ont voulu imposer cette métaphore du cercle en réaffirmant que notre lecture du monde était déjà inscrite dans l'horizon de notre modernité, d'un texte, donc, déjà mathématique, géométrique et que, par voie de conséquence, cette lecture du monde qui reparcourt un espace toujours-déjà fermé, c'est en cela que réside la dimension métaphorique du cercle, était, pourtant, au principe de la connaissance conçu comme un « horizon d'attente », comme un espace, en d'autres termes, toujours-déjà ouvert. Autant il nous paraît, en effet, difficile d'esquiver la question de la modernité, ainsi par exemple que M. Heidegger l'a posée, et ce pour interroger notre « présent », en particulier notre univers symbolique, autant il nous paraît erroné de construire cet univers symbolique sur le ciel de la « modernité », où le mouvement du sens est *arrêté* dans une figure géométrique et la figure du cercle qui entend

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traduire l'idée du mouvement incessant devient inopportune (133). Le ciel est en particulier ce « texte » où le sens, le mouvement, s'appréhende à partir de points fixes et de translations, à partir de signes qui font sens en *repassant* par des points qui, et pour cette raison, sont déjà sens. La fixité est au principe du mouvement, du sens, comme c'est par une « origine » qu'un sens se dévoile parce qu'il (re)passe, parce qu'il est un retour; de la même manière, la production, ou la question du sens, est une re-production en ce qu'élucider le mystère du « présent », répondre à la question du sens, consiste à dessiner un espace, constitué de points fixes, signifés intangibles, espace dans lequel opèrent des trajectoires, translations et dérives sémantiques diverses, mouvements donc par lesquels le sens se dévoile. Mais une telle herméneutique, encore une fois, si elle recompose ses signes sur le ciel de la modernité englobe pourtant cette dernière dans un espace-temps qui lui est beaucoup plus vaste et qui réfute la qualification de la distinction « Moyen-Age » - « Renaissance » comme une rupture épistémologique. Cette métaphore du « cercle » herméneutique nous semble en effet reprendre, point par point, la conception linéaire du temps (théologique) chrétien, au principe duquel un passé était ce qui *toujours-déjà* indiquait un futur, mouvement de translation-transposition par lequel le sens, le présent, se dévoilait. Si la figure du cercle ajoute quelque pertinence à celle de la ligne droite, c'est en ce qu'elle souligne davantage l'herméneutique que supporte un tel mouvement, à savoir qu'un « avant » est toujours-déjà un « après », qu'un « passé » est toujours-déjà projection, un futur, comme re-passer par un point, signifié, est déjà inscrire une projection et qui redessine ce point. Ce que, par contre, la métaphore du cercle éclipse, c'est que le point fixe n'est pas de l'ordre du phénoménal mais qu'il appartient au texte qui, comme tel, l'institue, que la trajectoire ensuite n'est pas ce mouvement déjà écrit et qui oriente alors la question du sens comme une trajectoire *nécessaire*. Ce que cette métaphore du cercle éclipse, enfin, c'est que l'« arrivée », ce point de re-passage, n'est qu'un effet d'après coup. Une itération est altération, une re-production est mouvement du sens qui n'est pas que simple

(133) Sur cette question, particulièrement M. HEIDEGGER, *Les problèmes fondamentaux de la phénoménologie*, N R F, Gallimard, Paris, trad. franç., 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

répétition: ce mouvement est écart, signifiant et qui ne s'offre pas comme tel. Il ouvre, jamais ne referme, n'est pas une présence, il s'efface (quand) il présente, impossible « maintenant ». Le sens est mouvement mais pas de points successifs comme autant de maintenant, ainsi que l'indiquent les métaphores de la ligne et du cercle; le mouvement est retors, retors réfléchissant, sans point d'arrivée (ceci voudrait dire, évidemment, « extérieur » à l'énoncé qui s'y réfère) et donc sans point de départ et il ne parcourt pas davantage une trajectoire toujours-déjà écrite.

Pour revenir à la conception traditionnelle de l'historien et pour conclure ce troisième point, nous dirons qu'elle est un historicisme, le modèle, désuet, (134) de la méthode scientifique qui voulait que l'observateur soit celui qui lit une vérité déjà écrite, loi « naturelle » qui se laisse, d'elle-même, intégralement lire. Nous restons dans une philosophie positive, selon laquelle l'énonciation de la vérité du monde n'est possible que par effacement de celui qui l'énonçe, où ce dernier, en d'autres termes, est celui qui transpose, transcrit, traduit, un langage déjà écrit, celui de la nature, en un code intelligible. L'expérimentateur est ce décodeur, ce passeur de message qui répète, en la réinscrivant en un autre langage, une vérité déjà écrite. C'est ce modèle qu'exprime la notion contemporaine d'« historien », le modèle du transport d'une vérité déjà ailleurs écrite (le passé entendu comme le « vécu » par exemple) celui du « passeur », qui est synonyme de « neutralité », de « non-prise à partie », comme ce par quoi s'atteste une vérité. Le métier d'historien, pourtant, relève d'un acte extrêmement créateur puisqu'il lui appartient d'authentifier les signes par lesquels une

(134) Il nous faudrait évidemment nous en expliquer davantage mais l'espace nous manque, aussi noterons-nous, rapidement et très simplement, que cette qualification de « désuet », au moment même où elle entend saisir, qualifier, quelque chose donc qui lui est « externe », le mode de concevoir la méthode scientifique au siècle dernier, est déjà ce par quoi un autre texte s'écrit et par lequel le « désuet », de signifié, redevient signifiant, c'est-à-dire signe d'un sens que notre énoncé pense détenir mais que pourtant il ne détient, ne retient pas. Il est signe, sans doute, mais d'un sens qui aussi lui échappe et qui déjà se porte sur ce que serait un modèle « non désuet » de faire la science, notre mode, « aujourd'hui », « maintenant », de penser, mais qui n'est déjà plus tel. Ce « désuet » est ainsi déjà notre propre mode de qualifier ce que serait la méthode scientifique que pourtant, déjà, « désuet » annonce, effet d'après coup.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vérité s'annonce et s'énonce. Une telle authentification n'est certes pas une pure invention, nous n'avons cessé de le dire, ceci est déjà reposer la question de l'historicité. Mais cet acte n'est pas davantage une répétition, un code professionnel ou dogmatique (et qui, lui non plus et en tout état de cause, n'est en rien la seule répétition d'un texte déjà écrit), répétition d'un « ailleurs » donc et qui serait déjà écrit, témoin, témoignage, que l'on ferait revenir, effet de sens comme effet de mémoire, une interpellation qui serait un rappel. En authentifiant ces signes par lesquels une vérité s'énonce, s'annonce, l'historien sans doute rapporte-t-il des évidences qui traduisent du passé vrai (c'est du reste là encore une fois tout le pari de la rationalité) mais qui pourtant déjà attestent d'un passé qui, loin de s'épuiser dans ces seuls témoignages, participent de cette « identification », « nous », « aujourd'hui ». Cette authentification est déjà actualisation de sens, « nous », qui participe d'un dessein très vaste, celui d'un monde qui se construit, et cette fonction de l'historien, qui s'énonce comme une mémoire, un rappel, appartient-elle déjà à un texte qui annonce, qui nous enseigne, qui nous renseigne et qui nous oriente.

Vérité et Histoire.

Bien que traitant de débats d'actualité, les questions que nous aborderons dans ce dernier point appartiennent aussi à la modernité, les XVIIème-XVIIIème siècles et portent sur l'historicisme qui, très souvent du reste, est assimilé, malencontreusement, au relativisme. Ces questions, quoiqu'il en soit, ne sont en rien spécifiques au métier d'historien ou au récit historique, mais traduisent des enjeux bien plus généraux au sein de la réflexion contemporaine et qui s'identifient par ces termes de « post-modernisme » ou de « constructivisme ». Ces débats contemporains, néanmoins, prennent une vivacité toute particulière chez les historiens en ce qu'ils tendent à nier qu'il puisse y avoir quelque chose comme une « réalité », dont le discours scientifique, discours de vérité, rendrait compte et pour imaginer, en alternative, une réalité qui appartiendrait au seul énoncé linguistique. Les historiens, qui entendent quant à eux démontrer la scientificité de leurs discours par cette référence exclusive à cet externe, absolu, que serait le « vécu » (ou réalité), ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peuvent ainsi que se trouver au coeur d'un conflit portant sur des questions de méthode et dont l'enjeu n'en serait pas moins que celui de la survie même de leur discipline s'il s'avèrait, aux termes de ce débat, que l'histoire n'est pas en prise sur la réalité, ou que très partiellement, très superficiellement, interdisant alors de poser le récit historique comme un discours de vérité. Cette interrogation, actuelle, porte déjà toutes ces conceptions erronées que nous avons tenté de mettre en évidence et de dénoncer tout au long de notre réflexion et il s'en faut qu'aux termes d'une telle controverse l'existence même de l'histoire (telle qu'elle est conçue traditionnellement) soit en péril. C'est cependant ainsi que les problèmes se présentent et plane sans doute aussi cette définition de l'histoire comme un « roman vrai », maintenant vivace le malaise qu'elle a pu créer chez les historiens, malaise qui se renouvelle, qui s'accentue même sans doute, avec ces énoncés constructivistes du type « histoire sérielle » ou « histoire virtuelle » (même si, c'est bien évident, ces deux énoncés ne posent pas les mêmes problèmes). La question donc, qui, encore une fois, apparaît en ces termes mêmes aux XVIIème et XVIIIème siècles, est toujours plus celle de savoir quelle vérité, s'il en est une, le discours historique atteste? Cette question, quoique non nouvelle, se repose à partir de travaux historiographiques récents et qui voient, en particulier, ceux de Hayden White en leur centre et nous mènerons donc nos réflexions autour d'un numéro récent de la revue Storia delle Storiografia qui organise un vaste débat autour des thèses de cet auteur (135).

Comment se présente donc la question de la vérité en histoire à partir des travaux de Hayden White? Pour, appelons-les ainsi pour l'instant, les opposants à la thèse de Hayden White, ce dernier est cet apprenti sorcier qui a joué avec le feu et qui est responsable des thèses « révisionnistes ». Commençons donc par cet auteur. Ses positions (136) reposent, dans un premier temps, sur des conceptions extrêmement banales et qui appartiennent à l'historiographie allemande, en tout cas à la pensée allemande, du siècle passé. Les

(135) Storia della storiografia, numero 24, 1993.

(136) Ce numéro qui lui est consacré commence par un long entretien entre Ewa DOMANSKA et lui-même. Rappelons l'ouvrage de référence de cet auteur: *Metahistory: The Historical Imagination in the 19 th Century.* Baltimore, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sciences de la nature sont dites être des sciences, réelles, alors que l'histoire est considérée appartenir à une autre forme de savoir, qui ne peut prétendre à une quelconque scientificité et ceci s'attesterait de façon tout aussi simple qu'incontestable par ce « passé » auquel se réfère l'historien: le passé serait une fantaisie, pure fantaisie (137). Que le passé soit une fantaisie signifie principalement, référence implicite à cette philosophie des sciences du siècle passé et qui a la vie dure encore aujourd'hui, que l'interprète raconte tout ce qu'il veut, qu'il n'est, en d'autres termes, « tenu » par rien et surtout pas par les « faits », qui ne peuvent être *répétés*. Ceci serait du reste démontré a contrario par les sciences de la nature qui, elles, sont tout à fait à l'opposé de cela et caractérisées par la « capacité de répétition ». Hayden White, donc, pense pouvoir asseoir sa position sur cette base, qu'il considère par ailleurs tellement solide qu'il n'imagine sans doute même pas qu'elle puisse être contestable. Ceci est la première erreur. Lorsque le « scientifique » en effet, appelons le génériquement ainsi, prétend « traduire » une loi naturelle (par exemple en physique classique, nous sommes un peu contraint du reste de nous appuyer sur cet exemple car il semble bien qu'à chaque fois qu'une inférence est faite à la « science », c'est toujours le modèle de la physique classique qui apparaît) et ceci par la formulation d'une hypothèse, il conçoit pour ce faire un artifice, également appelé « expérimentation », qui rend compte ou non... de l'*hypothèse* elle-même et non pas, déjà, d'une « loi de nature ». Si, en effet, la démonstration d'une loi s'effectue par la possibilité d'une répétition, celle-ci ne porte pas sur des « évènements physiques » mais sur des énoncés et qui sont au principe de l'artifice (138). La distinction entre sciences de la nature et sciences sociales et qui veut que seules les premières soient vraiment « scientifiques » devient ainsi plus difficile, car elle doit alors démontrer que cet énoncé de

(137) « The past is the place of fantasy. It does not exist any more. One can only study it by ways of things that have been left as effects; the events of history by definition are not replicable. We cannot repeat it as you can repeat physical events », *Storia della Storiografia*, op. cit. p. 7.

(138) La question philosophique porte ainsi sur la médiation qu'est l'expérimentation, l'artifice par lequel on soumet la nature à la question; cet artifice est-il déjà loi naturelle ? S'ouvre alors la controverse entre les théories de la correspondance et les théories conventionnalistes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'historien est un énoncé insusceptible de « répétition », proposition pour le moins obscure.

A cette première erreur s'en ajoute une autre, qui ne relève plus de l'épistémologie mais de l'herméneutique et que nous indique par exemple, cette phrase: « Historical events are no longer perceivable » (139). S'il s'avère que la preuve de la vérité des choses est nécessairement un regard, il s'en faut que ce « regard » soit cette observation niaise et toute physiologique, tout comme il s'en faut que cette herméneutique de la trace et de son déchiffrement ne vaille que pour ce qui serait les « sciences de la nature ». Un exemple: celui du « sens littéral ». Qu'est ce donc en effet qu'un « sens littéral » sinon cette herméneutique qui entend faire, immédiatement, c'est-à-dire directement, correspondre une vérité, et qui est la lecture de la phrase (le « sens »), à un regard (le « littéral »)? Ces vieilles distinctions entre sciences de la nature et sciences sociales tiennent mal (140). En particulier, et dans la réflexion qui est ici la nôtre, opposer le « récit » historique à l'« énoncé » scientifique est-il des moins pertinents ou en tout cas ne va certainement pas de soi, ainsi que l'illustrent les débats de ces dernières décennies en épistémologie qui remettent toujours plus en cause qu'au principe d'un énoncé scientifique ne soient que des instruments mathématiques et au sein de procédures de confirmation des théories qui consisteraient essentiellement en l'adoption de méthodes formelles statistico-inductives et logico-inférentielles (141).

A cet énoncé, discours scientifique, formellement déterminé, s'opposerait alors ce discours incertain, fantaisiste, auquel pourtant H. White est prêt à reconnaître un minimun de cohérence (heureusement pour lui serions-nous tenté de dire, sinon nous nous demanderions bien comment peut-il considérer un seul instant communiquer si l'énoncé, non scientifique, est aussi aléatoire) et il propose

---

(139) Hayden WHITE, *op. cit.* p. 8.

(140) Pour cette question en général, voir notre analyse sur A. COMTE in *L'ipotesi perduta della legge,* op. cit., en particulier le premier chapitre.

(141) Nous renvoyons ici aux travaux de K. POPPER en général, à ceux de T. KUHN et aux débats que ces deux philosophies des sciences ont su nourrir dans leur confrontation, en particulier cet ouvrage essentiel, en ce qu'il se voulait une possibilité de synthèse I. LAKATOS & A. MUSGRAVE : *Criticism and the Growth of Knowledge,* gen. ed., London, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alors sa théorie des tropes (métaphore, métonymie, synecdoque, ironie comme ce qui organise, au minimun, l'énoncé non scientifique). Ainsi donc cette position de H. White repose-telle sur ce qu'il convient d'appeler un lieu commun, mais qui va pourtant générer un débat extrêmement révélateur de notre société contemporaine et qui cherche à s'identifier autour, notamment, du terme de « post-modernisme ». H. White n'est donc plus tellement cet auteur qui, il y a de cela vingt ans, a tenu des propos particuliers sur l'histoire (142), il est aussi, déjà, ce signifiant qui, aujourd'hui, organise des réflexions méthodologiques en historiographie et à l'égard desquelles son ouvrage reste, pour l'essentiel, parfaitement étranger (songeons par exemple à ce reproche relatif au « révisionisme »). Ainsi, rendre compte des travaux de White est-il aussi rendre compte de ce débat autour de « Hayden White » et, pour ce faire, nous nous réfèrerons à deux auteurs qui interviennent dans la revue que nous avons mentionnée: Hermann von der Dunk et Roger Chartier.

Pour von der Dunk, cet ouvrage, « Metahistory », témoigne de la naissance d'une nouvelle philosophie de l'histoire, « called narrativity » (143), et qui est, justement, la marque du « post-modernisme »: « it turns language into the central subject » (144). Le

---

(142) Défions-nous encore une fois de faire de cette monographie un travail intellectuel tout à fait isolé. Par exemple était contesté le concept même de « fait » en sciences de la nature par déjà de nombreux philosophes des sciences; en ce sens W. O'Neil F*act and Theory : An Aspect of the Philosophy of Science,* Sydney, op. cit. Ce que nous voulons dire, notamment ici, c'est que les travaux de cet historien s'inscrivaient dans une sensibilité plus générale, qui n'était pas spécifique à l'historiographie, et qu'il importe évidemment d'identifier dès lors que l'on entend analyser les travaux de cet auteur.

(143) Hermann von der Dunk, « *Narrativity and the reality of the past* », p. 23.

(144) Il est toujours étonnant de constater comme on néglige parfois les principes mêmes que l'on énonce; ainsi dans cette idée de « postmodernisme », il y a évidemment un aspect historique, mais pourtant nié dans sa définition même (et qui veut rechercher, retrouver, absolument une contemporanéité qui soit une intégrale nouveauté). Pourtant, pourrions-nous nous demander ici, le « nominalisme », par exemple, qu'était-ce, sinon la marque d'un monde pour lequel le langage était déjà une question centrale? Tout pareillement, qu'était donc la « critique humaniste » sinon une critique radicale du monde à partir de la question du langage? Enfin, toujours à titre d'exemple et pour finir,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

post-modernisme va être l'affirmation de trois thèses, qui qualifieraient le modernisme, et à l'égard desquelles une nouvelle attitude doit être, sera, est, adoptée: « a systematic employment and application of statistical and numerical data, the so-called hard facts in the soft fluid substance of past events... The disillusionment of the progressive idea... The positivistic intrumentalization of society » (145). Tout ceci relevait d'une philosophie plus générale que van der Dunk qualifie de « positiviste » (146) et le post-modernisme serait ainsi une rupture radicale avec tout cela, qui proclamerait « a democratic egalitarianism of standpoints... and by that, we may add the negation of an ontological and epistemological hierarchy » (147). Cette « Metahistory » de H. White subit-elle donc un fort déplacement thématique et devient ainsi l'évidence d'une rupture historique des plus essentielles, la trace qui permet la lecture d'un sens et qui s'oppose à ce qui était jusqu'à ce jour notre vérité, au principe de l'énonciation de notre vérité, et qui hisse, pour une telle perspective, plus qu'il ne la rabaisse, l'histoire à la hauteur du roman. La question n'est plus seulement ce qu'elle entendait être, ne se présente plus comme elle entendait se présenter avec H. White lui-même, c'est-à-dire comme la question d'un historien écrivant sur l'historiographie, elle réinscrit la question de la philosophie de l'histoire et qui devient une question philosophique tout court.

Cette question se présente ainsi comme l'interrogation du concept de vérité à partir de cette notion, des plus fantasques donc, le « passé »: « Narrativity concentrated on the very nature of the text

---

M. FOUCAULT ne voulait-il pas voir dans le XVIIème siècle quelque chose qui annonçait la modernité ou « aventure solitaire du langage »?

(145) *Op. cit.*, p. 24-25.

(146) Egalement, F.R. ANKERSMIT, *Narrative Logic. A Semantic Analysis of the Historians' Language.* Den Haag, 1983.

(147) P. 26. Cet auteur reprend ainsi, en particulier, les thèses de P. K FEYERABEND, *Against Method, Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, dans *NBL* 1975. Ce mouvement de pensée, encore une fois, est assez général, il touche de façon assez indéterminée de nombreuses et très diverses disciplines, parmi lesquelles évidemment la philosophie et nous retrouvons, par exemple, G. VATTIMO avec, notamment, ses deux ouvrages « *La fine della modernità* » Garzanti Milano 1975 et « *Etica dell'interpretazione* » Rosenberg & Sellier, Torino 1989 mais aussi des philosophes comme J.F. LYOTARD *La condition post-moderne*, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

as the only accessible reality. .. Ankersmit denied that a historical work can tell us anything about the real past... » et la thèse post-moderniste alors s'affirme: « Discussion only refers and can refer only to the construct of the historian which must be conceived as a *closed* linguistic universe, clearly separated from reality » (148). Le post-modernisme serait ainsi, non plus ce paradis artificiel mais notre monde artificiel, monde du construit, monde qui construit et le seul rapport à la réalité serait très logiquement, dès lors, le rapport avec ce qui est construit. Pour ce qui est des sciences humaines, « monde de la parole », l'accés au réel ne serait que l'accés à l'« énoncé », seule manifestation tangible de ce qui est réel. Faisons pourtant remarquer ici que ce problème, encore une fois, ne se manifeste pas exclusivement en histoire, il est au contraire extrêmement général et se rencontre autant en sciences de la nature qu'en sciences sociales, encore faut-il que soit correctement posée cette question de l'« énoncé », comme cette autre question qu'est celle du « texte » et qui interroge donc cette distinction, en rien évidente, de la parole et de l'écrit, comme l'on dit, par exemple, que l'histoire est « le monde de la parole ». Quoiqu'il en soit, et s'il en est ainsi, alors l'historien ne peut prétendre à aucun autre « effet de réel » que celui auquel son énoncé le porte, l'accés à la « réalité » est un postulat improbable, l'univers sémantique se referme sur lui-même. Thèse singulière et très « dogmatique », en particulier pour ce qui concerne la distinction « sciences de la nature » et « sciences sociales » qui est maintenue, précisément, sur cette question du « rapport au réel » et qui, dans sa démonstration, confond, en les assimilant, « passé » et « réel »: c'est en effet l'impossibilité d'accéder au réel qui interdit de parler du passé (149). Thèse philosophiquement extrêmement pauvre aussi et qui, en dénonçant tout réalisme, démontre une grande naiveté réaliste quant à la conception qu'elle a de la méthode historique: nous savons que la faiblesse de la science historique résiderait, selon Hayden White, dans son impossibilité de « répéter un fait », donc de « montrer » ce qui est arrivé, et cette impossibilité de montrer résulterait précisément de ce qu'il s'agit de quelque chose de « passé » (et passé veut donc dire, très simple-

(148) *Op. cit.*, p. 26, nous soulignons.

(149) « The past reality remains by definition inaccessible », *op. cit.*, p. 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment, « vécu », c'est-à-dire ce qui ne se répète pas parce que nous n'en avons pas été le témoin direct, immédiat). On en arrive ainsi à devoir distinguer, toujours selon H. White, entre un « pseudo-passé », ce passé qui est évoqué dans un texte, et un « réel passé » qui, lui, n'est plus nulle part, que l'on ne peut plus attester, qui est disparu à jamais, ce vécu trépassé (150).

Nous ne voulons pas revenir sur cette erreur grossière qui confond herméneutique, ces mécanismes au principe du sens (concepts de texte, de signe, etc.), et regard naif: le passé, encore une fois, est effet de sens, actualisation de sens. Il est déjà ce présent qui identifie ces traces qui (nous) révèlent, il est, sans doute, ces matériaux, vrais, et d'un temps qui n'est plus — ceci est le *pari de la rationalité* — mais il est, aussi, ce sens de ce que nous recherchons et que pourtant nous ne questionnons pas, « nous », il n'est en aucune façon ce quelque chose qui, un jour, s'est arrêté et que nous faisons alors venir à nous, le « passé » n'est jamais un sens arrêté. Le passé, nous n'avons cessé de le répéter, n'est pas ce présent-passé et qui n'est plus parce que passé, n'aurait-on jamais rêvé d'une tautologie aussi sonore, il n'est pas cet effet de sens, biologique en l'espèce et comme un héritage, le « vécu » (traduction la plus ultime, ce qui veut dire la plus intime, de la réalité), il n'est donc pas ce transport de sens et qui serait un passé qui viendrait jusqu'à nous (il aurait lieu une seconde fois en quelque sorte, il « se répèterait »). Rien ne se donne et, par ailleurs, nous avons montré que la répétition elle-même n'est pas plénitude du sens, sens arrêté et qui se (re)donne, mais qu'une répétition est déjà, et en tout état de cause, altération. Aussi cette démonstration que nous propose van der Dunk, celle d'une « histoire impossible », n'est-elle pertinente en aucun de ses aspects et en particulier lorsqu'elle se centre sur ce qui

(150) L'auteur renvoie explicitement à I. KANT, à l'invisible, « noumène » et au visible, « phénomène ». Mais, outre que tout cela renvoie à des constructions philosophiques inspirées de la physique classique et en des temps où celle-ci pouvait peut-être apparaître comme sans alternative tangible, une sorte de philosophie des sciences « historiquement indépassable » et qui peut-être, au regard des sciences physiques actuelles et surtout des réflexions épistémologiques contemporaines sont moins historiquement indépassables qu'on ne le croit, une telle réflexion oublie complètement, outre les impasses de la philosophie analytique, l'ensemble des développements de la philosophie herméneutique.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

serait la « nature sémantique de l'histoire » (151) et pour pouvoir affirmer, ensuite, ce que nous appellerons, par cette même logique, un « relativisme sémantique »: (l'impossibilité) « to find out which interpretation is better or worse ». Ce débat, encore une fois, s'inscrit bien dans une réflexion qui a pour protagoniste essentiel Hayden White, mais qui, pourtant, ne peut se limiter à cette seule personne. Cette dernière peut bien être cette trace qui indique la « post-modernité » et dès lors relève absolument et exclusivement de ce texte qui la construit comme telle, mais, au-delà de cette personne, c'est toute une interrogation qui, selon nous, traverse l'épistémologie contemporaine et que cette trace, « Hayden White », indique. Si, par ailleurs, ce sont toutes sortes de déplacements épistémologiques qui ont cours dans nos modes de savoir et d'identifier les choses, et que ce terme de « postmodernité » cherche à qualifier, analysant ainsi ce qui serait cette vérité, « nous », « aujourd'hui », alors c'est, évidemment, un ensemble considérable de procédés, procédures, modes de preuve, etc. qui subissent des altérations sensibles, que nous ne percevons pas, pas complètement, mais dont certains signes en sont comme les témoignages. Parmi ceux-ci, cette accusation adressée aux travaux de White et selon laquelle sa perspective serait à l'origine des thèses « révisionnistes ». Ce que nous disons, donc, c'est que la « Métahistory » n'est pas cet ouvrage qui serait ce support textuel aux thèses « révisionnistes » mais, dans cette recherche du sens que poursuit ce concept de « postmodernité », des traces sont identifiées et dont relève la « Métahistory ». Cet ouvrage n'est pas tant l'évidence qui serait déjà l'annonce d'un sens, fini, défini, expression achevée, hypothèse, d'un code qui la fonde, qu'il est la trace de ce qui n'est pas encore une évidence, il est ouverture ou trace d'une trace; cet ouvrage sous-tend en effet principalement la proposition selon laquelle le vrai et le faux se disputent une ligne de partage qui ne relève plus que de la seule « syntaxe » et qui ne se pose plus en termes d'exclusion.

Ce livre, « Métahistory » est devenu une autre lecture, parce

(151) Par exemple cette conclusion : « By moving the focus to the level of the text, and so equating history with a linguistic-rhetorical artefact the crucial question of historical truth however fades away ». p. 26-27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qu'il s'inscrit dans un autre « texte ». Mais avant que de n'arriver à affronter ce point-ci, restons encore un peu en compagnie de cette conception « relativiste ». Outre que le relativisme est une contradiction in termini — on ne peut, en effet, affirmer que tous les arguments se valent, ce qui constitue la thèse relativiste, que si nous sommes à même de (dé)montrer, absolument, qu'aucun argument n'est plus vrai qu'un autre — le relativisme pose, d'abord et avant tout, que la distinction du vrai et du faux est un formalisme improbable, puisque des arguments différents, voire même contradictoires, ne sont plus susceptibles d'une distinction de ce type. Ce qui est une proposition pour le moins maladroite. Je veux bien considérer, en effet, comme discours vrai, que « Waterloo » est cette plaine où se déroula une bataille qui fut pour les uns une victoire et pour les autres une défaite, tout comme je puis aussi considérer que quelque chose comme l'« Ancien Régime » a quelque rapport, en vérité, avec ce que Daniel Roche nous raconte et que son récit n'est pas le pur produit de ce qui serait sa très fertile imagination. Si cette position qui est la nôtre pourra décidément paraître bien peu « constructiviste » et d'un traditionnalisme décourageant, nous objecterons au contraire que c'est la seule position constructiviste sérieuse qui soit, en ce qu'elle maintient le principe de la rationalité. La position, par ailleurs, que nous dénonçons, fait plus que distinguer, en effet, entre une rationalité dure et une rationalité qui ne serait pas dure donc, et faite de « récits » qui seraient autant de « convivialités », « pluralités », etc. Cette position conteste l'expérience de la rationalité dès lors qu'elle s'interdit la possibilité du jugement. Ceci étant dit, nous répétons encore ce que nous n'avons cessé d'affirmer tout au long de ce travail, à savoir que la rationalité, que nous évoquons, n'est pas celle d'une « nature humaine » et qui vaudrait pour tous les temps, mais une rationalité que traduisent des historicismes. Tout ne peut être dit pour tous les temps, mais cet historicisme ne recoupe pas le relativisme (rappelons-nous, par exemple, Richard Simon et son interprétation sur les différentes lectures bibliques, interprétation qui organisait pour la première fois, selon nous, cette conjonction entre relativisme et historicisme). Ainsi, sans doute, acceptons-nous que la rationalité, l'« histoire », comme expérience de la modernité, issue des XVIIème et XVIIIème siècles, se recompose et qui nous instruit,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« nous », « aujourd'hui ». Nous verrions d'ailleurs plus volontiers, dans ce terme de « post-modernité », non pas tellement l'abandon de ce qui aurait été l'expérience moderne contemporaine de notre rationalité que la réécriture, comme expérience de la rationalité, de ce que nous identifions lorsque nous nommons cette période: « Les Lumières ».

Tous ces travaux, qui touchent tant la philosophie des sciences que la méthode historique, ou la philosophie en général, et qui s'inscrivent dans cette perspective dite « relativiste », ne savent, ou ne peuvent distinguer (c'est vrai aussi du reste pour bien d'autres approches, qu'elles soient idéalistes, matérialistes, analytiques, phénoménologiques ou autres) entre le « passé », qui appartient à ce que nous nommons l'herméneutique, et l'« histoire », qui relève de ce que nous avons appelé une sémiologie et qui instruit le procés de la rationalité. Il est certain qu'herméneutique et sémiologie sont indissociables, il est impossible de concevoir une lecture de signes si ne sont pas déjà identifiés les matériaux divers qui font signe, tout comme, et en même temps, un signe ne se donne jamais de lui-même et séparé de toute lecture, ce qui signifie, en tout premier lieu, que tout savoir est historique mais aussi, et en second lieu, que l'historicisme s'inscrit déjà dans une potentialité de sens, espace déjà ouvert du sens et que nous avons nommé historicité. Tout relativisme, ainsi qu'il se définit traditionnellement, est-il, dans notre perspective, écarté. Cette confusion, cette non distinction, entre « histoire » et « passé » est au principe de nombres de dérives actuelles. Ce passé, qui participe de la construction du sens, « nous », « aujourd'hui », nous n'avons cessé de le répéter tout au long de notre réflexion autour du travail de Daniel Roche sur le « siècle des Lumières », est mouvement, c'est-à-dire qu'il n'est jamais arrêt du sens, il est, par conséquent, nécessairement au principe même de lectures toujours renouvelées, qui sont ces explications qui se présentent toujours, et tout aussi nécessairement, comme fermées, définitives, arrêt du sens. Toute explication, et qui s'atteste comme ce qui serait acquis, définitivement, est déjà changement. Il n'y a pas à traduire ces mécanismes qui élaborent du sens comme un relativisme et qui correspondrait à toute absence possible de jugement, c'est au contraire de tout l'inverse qu'il s'agit. Toutes ces « pratiques discursives », ces énoncés, développent ces stratégies qui les consti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuent comme telles (tels), et qui sont tout autant, d'ailleurs, des perspectives que nourrissent des hypothèses nouvelles que des perspectives qui appartiennent encore à ces énoncés que cependant ils dénoncent. Si la question herméneutique n'épuise pas la question du sens, si le cercle herméneutique n'emprisonne pas le mouvement du sens, c'est en ce que tout effet de sens appartient-il déjà à des « procédures » (encore une fois qui ne sont pas des toujours-déjà écrits et que l'interprétant n'aurait qu'à « appliquer ») à travers lesquels se produisent, reproduisent, se connaissent, reconnaissent les énoncés qui permettent d'attester du vrai (du faux) et que la pensée herméneutique ne « retrouve » pas seulement.

C'est du reste cet argument que R. Chartier fait valoir lorsqu'il observe que les quatre tropes de H. White « sont à entendre comme des catégories a priori de l'entendement occidental... Perspective explicitement formaliste postulant l'existence de structures mentales invariantes que l'on peut identifier dans les oeuvres, indépendemment de leur temps et milieu de production » (152). C'est aussi lorsqu'il cherche à se prémunir de l'incohérence théorique vers laquelle le pousse un relativisme absolu, qu'il confond du reste avec l'historicisme, qu'Hayden White est alors amené à écrire: « There is always the absence of rational criteria on the basis of which to make a choice between a romantic or a tragic or a comic or a satiric form, to decide between conception of truth based on formalism, organicism, mechanicism and contextualisation... When I speak of a moral force as a will as the ultimate motor behind the historian's choice, I have to add immediately that I understand 'the will' not as a metaphysical entity but as a result of the norms of culture and milieu, of crucial impression and experiences and... what has been called 'the soul' of the simple individual » (153). Toutes ces diversités des écritures sont-elles ainsi des écritures que pour autant elles sont, préalablement, attestées comme telles. Mais que reste-t-il alors du relativisme? Les solutions proposées, outre qu'elles aboutissent à des positions pour le moins traditionnelles et donc bien peu « post-modernes », (les « normes culturelles », (d') un « milieu » et qui sont

(152) R. CHARTIER, *Quatre questions à Hayden White*, Storia della Storiografia, *op. cit.*, p. 137.

(153) Hayden WHITE, *op. cit.*, p. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

évidemment rappelées pour « fixer » du sens, qui serait sinon dans une totale dérive, cette nécessité logique donc d'un identifié, d'un identifiable, c'est-à-dire cet effet de sens comme un présent que l'on détient, que l'on maintient, que l'on retient et dont témoignerait pareillement cette « âme » de l'individu) ne sont les réponses à aucun véritable problème, philosophique comme historique (d'où nous viennent en effet les « normes culturelles », qu'est-ce qu'un « milieu », qu'est-ce donc que ce signe, l'« âme » d'un individu, comment le reconnaît-on? etc.) On aboutit à un désordre méthodologique profond car, lorsque Hayden White avance l'hypothèse du non jugement (impossibilité rationnelle de choisir entre le comique, le tragique, etc., impossibilité qui ne renvoie du reste qu'aux diversités discursives dont nous disposons et qui n'ouvrent pas à la question que l'auteur pose), il identifie, en même temps et pour ce faire (sinon ce serait la communication elle-même qui serait impossible), *toutes* les interprétations par lesquelles un jugement s'effectue, c'est-à-dire est possible! Hayden White nous donne ainsi toutes les formes discursives qui permettent, qui constituent le jugement, que ce soit le formalisme, l'organicisme... et la question qui vient alors à se poser est: à quoi pourrait-il donc prétendre de plus?

Parce que ne sont pas distinguées les questions qui relèvent de la lecture-énonciation des signes et à travers lesquelles une vérité s'atteste, des questions qui portent, quant à elles, sur ce « code » et qui les instituent-constituent comme telles, parce l'auteur confond, en d'autres termes, la question herméneutique et la question sémiologique, qu'il finit, selon nous, par retomber non seulement dans ces vieilles figures interprétatives (cette herméneutique du sens caché par exemple avec ce « dehors » que serait le « milieu », la « culture » et ce « dedans » que serait l'« âme » des individus) et au moment même où il croit les avoir dépassées, qu'il n'accède pas à la question que, pourtant, il se pose et qui est celle de la vérité en histoire. C'est cette non-identification du « passé », la question herméneutique, c'est-à-dire le processus d'élaboration du sens mal analysé, qui provoque les questions épistémologiques les plus erronées. Ainsi par exemple: « Postmodernism and narrativity deny the ability to know

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anything of the past » (154). Même si l'on veut bien admettre que la formulation extrêmiste de l'auteur est allée plus loin que ne le voulait sa pensée, il n'en reste pas moins qu'elle est des plus malheureuses: que faisons-nous, par exemple en cet instant, lorsque nous lisons le travail de Hayden White, sinon connaître quelque chose du passé et que nous appellerons, pour faire court, « un texte de Hayden White »? Et même si nous sommes parmi les premiers à reconnaître que, dans une telle lecture, il y a quelque chose qui est plus que ce texte de Hayden White et qu'il concevait voilà plus de vingt ans, il est difficile pourtant de dire qu'il n'y a rien là, dans ma lecture, qui ne regarde le projet qui fut celui de Hayden White. Si vraiment rien de ce qui fut un passé n'était à même d'être identifié, ou que toute identification de ce genre ne serait que fantaisie débridée, cela signifierait essentiellement, ce que cet auteur ne perçoit pas, que c'est tout le projet, historique, de la rationalité occidentale qui ne serait que pure illusion, ce projet qui a très exactement été un pari d'établir en vérité ce qui n'est plus, c'est-à-dire ce qui n'est pas de l'ordre de l'observable comme auto-témoignage immédiat.

Tout comme une question herméneutique devient, chez cet auteur, une question épistémologique, une question épistémologique est transformée, quant à elle, en question herméneutique: « Every text... refers to the past. This reference is not only its legitimation but the condition of its being this text at all... What are our criteria to prefer one textual reference to another one » (155). Tout d'abord, un « texte » n'est pas la seule référence à du passé, il est tout autant une référence à du futur. C'est du reste là la marque d'un « texte » considéré comme scientifique, sa capacité de prévision (de dire le futur donc). Ensuite, un « texte » n'est référence à du passé que comme spatialisation temporalisation, il est mouvement, il (se) passe, encore passé mais déjà futur, passage donc et qui est au principe même du sens. L'erreur, encore et toujours (et H.

(154) Hayden WHITE, *op. cit.*, p. 31.

(155) *Op. cit.* p. 31 et l'auteur de poursuivre: « This cannot be a question only of the linguistic construct but must include its relation to something we call truth: a *correspondance* with our entire image of reality, not just the reality of the past... » (Nous soulignons).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

White la reproduit très classiquement), consiste dans le réalisme qui veut reconnaître dans le passé la reproduction, copie conforme, d'un vécu qui « vient », de lui-même et par lui-même, à « nous », « aujourd'hui », et qui ainsi déjà nous identifie. Mais la véritable question qui se pose ici n'est pas tant la question du « sens » que la question du « texte » (questions que par ailleurs il confond). La question en effet que soulève l'auteur, ce critère grâce auquel un texte « se préfère » à un autre, s'impose sur un autre, traduit une interrogation de nature épistémologique qui pose la question de savoir ce que signifie « avoir raison », « donner raison ». Une réponse à une telle interrogation, le « texte », demeure ouverte, nous voulons dire qu' elle n'est pas toujours-déjà écrite (comme ce à quoi prétend, par exemple, une procédure). L'expérience de la rationalité n'est jamais un « acquis », aboutissement logique et nécessaire d'un savoir qui s'offre positivement, c'est-à-dire totalement et dont on constate l'« état ». Si une telle expérience est inscription, empreinte, elle est aussi son effacement, retrait, retrait du sens, recréation. Elle n'est pas, encore et encore, ce code toujours-déjà inscrit et qui « reste », immuable, qui atteste de l'énoncé a-temporel, éternel, du vrai et du faux. « Effet d'après coup », le sens pourtant s'atteste dans la figure de la présence, il est en effet toujours actualisation — et donc répétition, mais dans un déphasage — d'actes, témoignages d'un espace déjà ouvert, qui engagent déjà la possibilité d'établir le vrai. La répétition, nous le savons, est altération, déplacement, repérage toujours différent, déphasage, elle n'est pas l'attestation permanente d'un code qui serait toujours-déjà écrit, tel que le code de la nature ou celui de la société.

Cet « effet d'après coup », « effet de retardement » n'est pas un « effet de conscience » mais « décalé » (et dans cette perspective ne pas « avoir raison » traduit, « logiquement », une « non-consience », la non-conscience d'un code déjà écrit), pas plus qu'il n'est un relativisme: cet « effet de retardement » est effet de sens dans un espace déjà ouvert, ou possibilité de sens. Ainsi s'inscrit cette relation entre historicité et historicisme, histoire (rationalité) et passé, où la rationalité est possibilité de sens déjà historique. Connaître-reconnaître ces signes par lesquels un texte s'établit implique « ce » texte mais qui n'est pourtant pas ce toujours-déjà inscrit et qui s'« identifie », comme une vérité cachée que l'on exhume. A peine se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reconnaît-il qu'il est déjà différent, déplacement du sens et qui recompose le « passé » et l'« histoire ». L'enquête épistémologique est-elle alors déjà un mode herméneutique, mais il importe pourtant de savoir les distinguer.

R. Chartier ne manque pas de relever cette confusion chez H. White, confusion qui l'emmène par ailleurs à reprendre les plus traditionnels chemins positivistes. Ainsi note-t-il: « Pour récuser la thèse 'révisionniste'... White propose une distinction que je trouve... problématique. Elle réintroduit une conception traditionnelle du fait historique, attesté, certain, identifiable... Sur quelle base, à partir de quelles opérations, avec quelles techniques, l'historien peut-il établir la réalité du fait?... » (156). La question est plus que pertinente. Ce « fait » de l'historien est effet de sens il est cette réalité qui d'elle-même, en elle-même, par elle-même (se)présente et qui offre ainsi la vérité au regard (157) et ce « fait » là est très exactement le « fait » du juriste, le « fait » du musicien, le « fait » de l'archéologue ou le « fait » de tout ce que l'on voudra et même du politicien. Le « fait » n'est pas, encore et encore, un vécu passé mais toujours présent, ce présent passé que l'on ramène, finalement, à la vie. Un « fait » n'existe pas et ceci parce qu'un « fait » n'a jamais existé, n'a jamais été un présent, présent passé, présent futur. Le « fait » est une figure historique du témoignage, que construit une herméneutique et dans l'expérience historique d'un savoir qui se constitue comme un positivisme (expérience qui ne remonte certes pas au siècle dernier mais disons, rapidement, au XVIIème siècle) il n'est en rien un « vécu » et qui serait cet extérieur à l'énoncé et dont celui-ci devrait, en toute « fidélité », rendre compte pour pouvoir prétendre au statut de vérité (158). Le « fait » est déjà de l'ordre du récit, il est sans

(156) R. CHARTIER, *op. cit.*, p. 141. Nous avons déjà abordé cette question supra; nous pouvons aussi renvoyer à P. NERHOT, *Law Interpretation and Reality, Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, op. cit.: « T*he Law and its Reality* » p. 50 et sv., *Interpretration in Legal Science,* pp. 193 et sv; aussi, « *La notion de cohérence narrative dans l'acte d'interpétation juridique »,* Revue de synthèse, 1990.

(157) Pour une herméneutique de l'épistémologie positiviste, P. NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, op. cit. chapitre 1.

(158) La distinction, note 27, p. 38 que reprend van der DUNK à HUIZINGA n'est pas pertinente. Ce dernier en effet distingue « the past as a chaotic unstructured mass without meaning from history, the image consciously created by culture ». Pour

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doute cette figure discursive qui indique le mieux les questions herméneutique et épistémologique et en particulier dans ce passage (pas seulement constitué mais aussi constitutif) de l'une à l'autre.

Il est, enfin, une dernière erreur que nous voudrions relever et qui, bien qu'importante, n'est pourtant pas des plus simples à corriger et dont nous ne ferons qu'esquisser ici les éléments qui permettent une telle correction. Des travaux, encore une fois très divers puisqu'ils vont de la philosophie des sciences à la philosophie tout cours en passant par l'histoire, la science politique etc. et pour définir notre propre moment historique, parlent, ainsi que nous le savons, de « postmodernité » et qui signifieraient principalement que ce sont tous nos modes de connaître et d'attester des choses qui changent. La rationalité ne permettrait plus la distinction du vrai et du faux parce que cette distinction ne serait nullement « externe » aux énoncés eux-mêmes. Dans cette conception de la « post-modernité », les sciences, qu'elles soient de la nature ou sociales, ne seraient que de purs actes de langage, tout savoir ne serait qu'une construction qui ne recouperait en rien une réalité, la preuve d'une vérité ne serait ainsi qu'un procédé linguistique et qui ne renverrait à rien d'autre qu'à du langage. Tout ce qui se démontre, tout ce qui prétend appartenir à la rationalité, serait une opération purement linguistique et la conséquence serait alors qu'il n'est pas possible de dire qu'un énoncé est supérieur ou inférieur à un autre parce que tous deux sont du langage et ils ne renvoient qu'à du seul langage. Nous sommes dans un univers relativiste, artificiel, en un mot technicien. L'autre conséquence, et qui n'est pas moins lourde, est que la rationalité elle-même est un pari impossible car, aprés tout, la causalité n'est que cette construction à laquelle ne participe que le seul langage et donc s'interroger sur la causalité consiste à s'interroger uniquement sur les opérations linguistiques à travers

---

Huizinka « history means 'Historia rerum gestarum' ». Van der Dunk propose alors de distinguer entre historia rerum gestarum et res gestae et qui souligne alors l'apparition du « récit ». Cette distinction que, si notre mémoire ne nous trahit pas, nous trouvions déjà chez Dilthey (*Le monde de l'esprit*) ne nous paraît pas devoir être retenue et ceci pour cette autre définition que nous donnait il y a bien longtemps de cela déjà Hugues de Saint Victor et à laquelle nous nous sommes du reste déjà référé: « Historia est rerum gestarum narratio ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lesquelles cette causalité s'établit. La philosophie de l'histoire, celle des sciences, etc. seraient dès lors un essai sur le langage, jeu tout ludique par lequel on s'astreint à reconnaître l'Autre, le point de vue opposé, la différence toute séduisante d'une opinion à laquelle nous n'avions nous-mêmes pas pensé, à instituer en quelque sorte une société de bons mots. Reste pourtant que dans l'esquisse de cette « post-modernité », ce « langage », par lequel les différentes tendances théoriques amènent à cette définition, tient lieu d'une certitude, ce qui constitue une contradiction in termini disions nous déjà en parlant du relativisme et dont il faut bien s'expliquer d'une façon ou d'une autre. S'y essaie Hayden White lorsqu'il distingue: « a temporal and an interpretational level » (159) distinction qui, sans doute, laisse entendre que si la « réalité » reste évidemment incontestable, comme principe existenciel par exemple et c'est la référence de White à la « temporalité », elle n'en est pas moins insaisissable et nous obtenons la seconde référence à l'« interprétation », c'est-à-dire à une projection, parmi tant d'autres possibles.

Le discours sur la post-modernité, comme nous le savons, essaie de se constituer en une tradition philosophique et qui voit « Nietzsche » en son centre. En bon *philologue*, Nietzsche avait noté que la cause est ce qui suit l'effet, que c'est en d'autres termes l'effet d'abord que nous connaissons (point d'arrivée d'un processus de sens) et qui alors, et alors seulement, nous permet d'identifier une cause, ce qui amenait le philosophe à rejeter violemment la notion de cause (160). Cette attaque nietzschéenne s'inscrivait, comme nous le savons, dans la perspective plus générale d'une critique aux expé-

(159) *Op. cit.*, p. 33.

(160) Attaque très présente dans les travaux de NIETZSCHE; par exemple, et parmi tant d'autres possibles: *Par delà bien et mal,* trad. franç. Gallimard, Paris, 1971, p. 38: « La cause qui constitue la plus éclatante contradiction interne que l'on ait jamais forgée jusqu'à ce jour. C'est une sorte d'atteinte à la logique, de monstre... » Aussi, même référence, p. 39, « On ne doit user de la « cause » et de l'« effet » que comme de purs concepts, c'est-à-dire de fictions conventionnelles destinées à désigner et à rendre compte des phénomènes mais non à les expliquer ». Nous noterons ici, en particulier, le formalisme singulier. Mais, toujours chez NIETZSCHE, nous trouvons aussi dans *Le gai savoir, fragments posthumes, été 1881-été 1882*, Gallimard, Paris, 1982, p. 455 : « Nous n'avons pas le droit de développer à rebours la raison de l'humanité »; également, p. 540: « Nous croyons tous dur comme fer à des causes et à des effets ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riences historiques de la rationalité occidentale et qui faisait de la discussion de la notion de cause une des pierres angulaires de cette remise en cause. Pourtant, lorsqu'il pense identifier un « monstre logique » dans le concept de cause, le philosophe ne distingue pas entre « histoire » et « passé », pour reprendre notre distinction, c'est-à-dire entre ce qui est au principe du sens, historicité, ouverture de l'histoire (161), et une lecture des signes qui est un historicisme, possibilité de sens, espace déjà ouvert. Il est ainsi tout à fait correct de dire que la cause philologique *démarre* d'un effet, effet de sens qui est déjà point d'arrivée à un mécanisme de sens, et que donc ce point d'arrivée est déjà ce point de départ à partir duquel s'énonce un sens qui est une cause. Là, sans doute, peut-il sembler étrange de reconnaître, au principe même d'une explication, quelque chose qui est tout à la fois départ et arrivée.

La première chose à noter, cependant et que nous avons déjà relevée, est que ce que l'on reconnaîtra un jour comme la « philologie » est cette critique humaniste qui s'oppose à cette lecture des signes qu'est l'exégèse médiévale. Que c'est donc contre certains modes herméneutiques par lesquels on entend exprimer le sens d'un texte, le mystère du « dévoilement » de son sens, que se développent d'autres modes herméneutiques développant des principes sémantiques orientés par cette critique et qui répudient, par exemple, ces « lectures authentiques » que sont les autorités ecclésiastiques, seules à même d'exprimer le mystère du sens (chrétien). Au mystère, au principe du sens, est opposée l'attitude toute linguistique d'identifier le mot dans « son » histoire, histoire du mot que l'on retrace par sa dérive (et qui est alors, et en même temps, l'histoire du monde). La critique humaniste est ce « texte » qui est constitué des seuls mots qui le constituent et dont il importe de connaître l'histoire si l'on veut identifier le sens du texte. L'histoire est cette herméneutique que l'on appelle la dérivation, qui pourtant ne peut évidemment se concevoir que si *déjà* le temps est mouvement, ce mouvement tout le long d'une ligne, homogène, mais ceci reste la projection de l'exégèse médiévale et la critique humaniste s'inscrit ainsi dans cet

(161) Et qui est déjà cette structure du temps chrétien, linéaire. Sur ce point, P. NERHOT, *Diritto Storia*, op. cit p. 145: *Il tempo cristiano;* p. 149: *Semiologia ed Ermeneutica.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

espace déjà ouvert. Si la critique humaniste est au principe d'une herméneutique qui répudie cette autre herméneutique que fut l'exégèse médiévale, cela veut dire principalement qu'elle appartient à une expérience de la rationalité qui, déjà, la constitue comme telle. Ce point est essentiel car une critique de cette dérivation sémantique, comme explication de l'histoire du monde, n'emporte pas déjà le rejet global de la rationalité, pas plus alors que cette causalité et qui se veut toute sémantique (distinction que Nietzsche n'a pas faite). C'est parce que l'explication du monde est déjà conçue comme une durée, comme ce temps compact qui traduit un mouvement, continu, homogène, linéaire (que l'historicité déjà indique, oriente) que le sens pourra être conçu comme une ligne, droite, homogène, qui a son point de départ et son point d'arrivée, mais ce faisant nous identifions un historicisme, c'est-à-dire une lecture (et qui n'est pas la seule possible puisque nous avons dit qu'elle s'oppose, notamment, à cette autre lecture qu'est l'exégèse).

Cette causalité entend, premièrement, répondre à une question dont nous n'avons pas, déjà, la réponse (et en ce sens elle n'est en rien un « monstre logique ») et qui est celle du mystère du présent (la critique humaniste exprime aussi la civilisation chrétienne): le point de départ, alors, n'est pas ce déjà connu d'avance que dénonce Nietzsche, mais il est cet artifice qui est à la base de cette expérimentation qu'est la dérivation et qui permet d'identifier une « origine » sans laquelle la dérive n'est évidemment pas possible. C'est la dérive de cette dérivation qui est la réponse au mystère du présent (et qui est ainsi devenue toute sémantique). Deuxièmement, cette causalité s'inscrit dans un univers symbolique où les mots sont déjà des choses, où la dérive du mot est déjà l'évolution, par exemple, des institutions, où l'« origine » du mot sera l'authenticité d'une institution (et la critique réformée comme la critique de l'érudition appartiennent à ces modes herméneutiques auxquels Hegel, notamment, aura su puiser). Il n'y a là aucun « monstre logique »: lorsqu'en sciences de la nature nous posons, au préalable, cet énoncé qui détient déjà une loi de la nature (et c'est l'« hypothèse ») et que nous nous proposons de vérifier (expérimentation), on ne dit pas qu'il y a dans cette anticipation un monstre logique, on prétend même que c'est dans sa capacité de prévision (et prévision se distingue ainsi de prédiction), que s'indique le signe de la rationalité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tout pareillement, lorsque « moi », individu singulier, partant de ce qui serait ce « moi-même », je reconstruis une « ascendance » ou cause, je postule implicitement déjà une « origine » et dont je serais l'effet, la dérivation chronologique est généalogie, cet effet que je suis peut bien être dit une cause (parce que résultat nécessaire), je ne commets pas là une monstruosité logique (et je n'ai pas besoin de poser ces effet et cause comme des « fictions conventionnelles » pour me prémunir d'une semblable monstruosité). Tout cela participe de ces effets de sens qui tentent de répondre à ce qui demeure un, plus ou moins grand, mystère: « moi », « maintenant ». La confusion, notamment, et qu'aura commise également Nietzsche, aura été de croire que ce point de départ réalisait déjà une totalité de sens, était déjà ce sens tenu, retenu, obtenu et avant même qu'on ne l'interroge, présence pleine du sens. Pourtant dans ce point de « départ » s'inscrit déjà un point d'« origine », c'est-à-dire que cette présence pleine du sens, présence à soi-même, d'un sens donc qui serait tout acquis, s'efface déjà dans un ailleurs, un « passé », cette présence est déjà son effacement, présence parasitée par une absence, une « origine » et sans laquelle ce point de départ serait a-sensé. Ce point de départ est départ, est mouvement, qui suscite une origine et qui vaut ce que vaut cette identification préalable, ce départ; *une origine est toujours le résultat d'un départ* mais qui n'est présent nulle part et qui n'est jamais un sens développé « à rebours » pour parler comme Nietzsche. Sans doute, alors, qu'un départ est une convention, sans doute aussi qu'une origine reste conventionnelle, ils sont en effet ce passé qui n'a jamais été présent, ce présent qui n'est jamais sens plein (re)trouvé d'un passé qui aurait été ce présent-passé. Ces « points de départ », ces « points d'origine », sont cette herméneutique du mouvement, d'un sens qui (se)passe mais ils ne sont pas l'« histoire » et déjà, comme telle, nos expériences historiques de la rationalité (162). Ils ne sont ainsi en rien au principe de la négation d'une possiblité d'identifier le vrai, c'est même de tout l'inverse, selon nous, qu'il s'agit. L'expérience de la rationalité occidentale s'engage sur un énoncé, au futur, de ce qui serait une expérience déjà acquise (et se construit notamment ainsi

(162) Pour une ébauche de la question de l'hypothèse et de la preuve du vrai en sciences de la nature, voir P. NERHOT, *L'ipotesi perduta della legge*, op. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la distinction avec la « prédiction », comme n'appartenant pas à une expérience de la rationalité), elle est ce mouvement passé futur et qui indique cette trace: le christianisme (une « hypothèse » est signe de cela, comme les expériences juridiques, historiques ou autres). Ces énoncés se constituent comme expériences de la rationalité dans ce pari de dire le vrai. Les propos de Nietzsche sont du reste selon nous, et pour cette raison, contradictoires. S'il pouvait, à juste titre et dans un premier temps, s'étonner de cet effet qui était pourtant déjà une cause, son étonnement aurait pourtant dû provoquer chez lui une autre réflexion: qu'est-ce que serait en effet une « cause » si nous ne possédions déjà quelque chose comme un « effet »? Si nous prétendons pouvoir tenir un « effet », c'est parce que nous avons déjà identifié ce qui serait une « cause ». Nous n'entendons pas ici reprendre les débats, notamment, de Hume à Kant sur cette question de la causalité, notons simplement, encore une fois, qu'il s'agit là d'un travail herméneutique, et pas encore épistémologique, pour mettre un premier point d'écart entre nous et cette philosophie du XVIIIème siècle à laquelle nous faisions allusion. Un point d'« arrivée » a déjà, nécessairement, son point d'« origine » (tout comme nous avons dit qu'une origine est toujours le *résultat* d'un point de départ) et ceci ne signifie pas que nous avons déjà identifié quoique ce soit, qui désignerait ou rendrait compte d'un « phénomène » pour parler comme Nietzsche, ni même qu'il s'agisse là d'un mécanisme qui porte à un identifiable (que les juristes, par exemple, pensent à cette définition introuvable qu'est la « coutume »). Un « effet », c'est la tentative d'arrêter le sens, de le fixer, geste impossible pourtant (et Nietzsche aura, selon nous, mal su identifier son adversaire) et qui déjà engage. Cet « effet » et cette « cause » seraient un présent, sens détenu, identifié, totalité de sens, sans reste, sans surplus, le sens arrêté, emprisonné. La « cause » et l'« effet » sont cette réponse a-temporelle à la question du « présent »: une origine est encore un point d'arrivée, et c'est cela sans doute que contestait Nietzsche mais qu'il aura cru devoir formaliser au sein d'une critique au rationalisme. Ce n'est que « herméneutiquement » qu'il y a « effet à rebours » mais qu'il est plus correct de nommer « effet *de* retardement », tout comme la question du « nous », « aujourd'hui », engage toujours cette question du « passé », qui indique déjà ce « nous », « aujourd'hui ». Le « monstre logique »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disparaît car reste entier ce mystère du présent; il n'y a pas réponse avant même qu'il n'y ait eu questionnement, tout au contraire, cette « réponse » n'est que questionnement.

La philologie, par exemple, reste plus que jamais cette tentative de répondre au mystère du présent, ce « passé » de la philologie est certes déjà l'inscription de cette trace qui le suscite, mais pas dans la figure de la présence, il n'est pas ce déjà « là », que l'on tient, et qui déjà rapporte cet autre présent, présent-passé et qui est l'« origine ». Ce présent n'est que trace d'une trace, il est toujours fugitif, il (se)passe (163). Le passé, pour cette raison, n'est jamais ce qui tout librement s'imagine dès lors que le récit se veut historique, il participe au contraire de lourdes « procédures » et par lesquelles se (re)connaît une vérité, procédures encore une fois qui ne sont pas cet « externe » à l'énonciation de la vérité (ce code déjà écrit et dont on répète, on recopie, on mime ce qu'il prescrit) mais qui, tout au contraire, se réinscrivent toujours dans ces processus du sens, qui traduisent un historicisme et qui auront leurs rythmes historiques propres. Le « passé » des comptes à rendre au « présent », un présent est la (re)composition perpétuelle d'une vérité toujours absente. L'« historien » est la lecture authentique d'une vérité passée, le r*appel en la présence de cette absence*.

Sans doute, à travers cette fonction de l'historien, approchons-nous quelque chose qui regarde, dans les sociétés industrielles, ce qui touche au sacré, et ce qui *s'imagine*, dans ce récit du monde, loin d'être un « passé », c'est ainsi « le présent ». Imaginaire qui, encore et toujours, et dès lors que nous enquêtons sur le récit historique, n'est pas invention fantaisiste d'une histoire nécessairement déri-

(163) Ce que du reste reconnaît van der Dunk lorsqu'il note: « The real historical interest is caused by an inquisitiveness to discover other times because they are not the same... It is the secret reference to his own time which inspires the historian and provoques his curiosity ». *Op. cit.*, p. 33. Seulement cet auteur n'entend pas ce qu'il se dit, pas plus qu'il ne lit ce qu'il (s')écrit. Ce « same », par exemple, est distanciation-temporalisation, opération par laquelle se produit du sens et qui, tout au plus, trace d'une trace, participe de cette identification fugitive que serait « his own time ». « His own time » ne peut en aucun cas être ce signifié, référentiel accompli, maîtrise totale du sens et qui ouvre à cette question qui serait le mystère à résoudre : « hier ». Encore et toujours, le passé n'ouvre pas au mystérieux, pas plus qu'il est résolution du mystère du sens (présent).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soire et que nous ne devons, et pour cette raison, que traiter de façon ironique. Le « récit » historique, d'ailleurs, s'identifie aussi par opposition à tous ces récits qui, eux, s'identifient en se signalant comme « non historiques » (le roman par exemple). Ce récit qu'est le roman identifie en son principe d'écriture même quelque chose comme l'« invention scripturaire » et, par cette expérience d'écriture, il participe évidemment à l'expérience de la rationalité car « invention » entend signifier alors qui s'affanchit de ce qui participe *nécessairement* de l'énonciation du vrai (164). R. Chartier tient les principes de la critique qui exposent les incohérences théoriques de cette position « ironico-relativiste » lorsqu'il note en particulier comment White peut-il poser l'histoire comme une invention de celui qui l'écrit si, en même temps, l'écrivain appartient à une langue (comme code préalable) et si le langage opère (toujours selon White lui-même) à l'insu de ceux qui l'emploient? Par cette observation R. Chartier note très clairement ce qui pose un problème, à savoir l'articulation entre ce qui relèverait de la « subjectivité » et de l'« objectivité », d'une part, ainsi que l'absence d'une réflexion, d'autre part, sur ces termes « subjectif » et « objectif » (et le « subjectif » reprend cette idée traditionnelle du « moi »). Par cette tentative de H. White d'écrire une philosophie de l'histoire, nous trouvons-nous ainsi confrontés à une herméneutique qui nous dit la langue (les topiques, etc;) et qui est cette vérité sur l'autel de laquelle l'histoire s'agenouille (« objectivisme » et qui reprend une position formaliste), mais aussi cette autre herméneutique qui nous dit ces histoires et qui sont le récit de chacun, ce que chacun raconte, l'autel de la démocratie où tout le monde participe au service du vrai, où tout a vocation à être vrai, c'est-à-dire où aucun texte n'est meilleur qu'un autre, où chaque texte vaut tous les autres.

Parce que la question de l'« histoire » ouvre à la question de la rationalité, parce que l'« histoire » est née de ces procédures (et qui ne sont pas des codes toujours-déjà écrits et dont le problème du

(164) La critique de R. CHARTIER à H. WHITE est indépassable et qui se demande, si on accepte que fiction et histoire sont donc synomymes, « comment considérer (et pourquoi perpétuer) ces opérations très lourdes et très exigeantes que sont la constitution d'un corpus documentaire, le contrôle des données et des hypothèses, la construction d'une interprétation ». *Op. cit.*, p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sens se résoudrait dans cette figure, linguistique déjà positive, de la répétition) qui participaient de l'énonciation du vrai, la philosophie de l'histoire reparcourt ces espaces déjà ouverts qu'indique l'expérience de la rationalité en Occident et que doit traduire, par ailleurs, une philosophie du droit. Parce qu'issue de la perspective juridico-judiciaire, l'« histoire », loin de ne renvoyer qu'à des discours frivoles et qui ne témoigneraient tout au plus que de la seule fantaisie de leur auteur, est profondément ancrée dans ces constructions toujours recommencées et qui participent de l'énonciation-reconnaissance de ce qu'une société reconnaît comme vrai. Et si « Nietzsche » est ce texte qui (dé)montre que cette vérité est dérisoire (texte d'ailleurs à partir duquel toutes ces écritures qui témoignent d'une vérité comme non-vérité s'autorisent et ne relevons plus les contradictions de cette position qui nient le principe d'une vérité et qui pour ce faire l'affirment), nous avons vu, même si ce n'est que très rapidement, que Nietzsche ne distinguait pas la question de l'historicité de celle de l'historicisme dans sa critique à la notion de cause (et à partir de laquelle il réécrivait le principe même de la rationalité). Mais, encore une fois, poser la question de l'« histoire » comme une interrogation sur l'expérience de la rationalité, ce n'est pas présupposer la présence d'un « code » et qui déjà retiendrait, détiendrait, toutes ces « lois » et que nous nous devrions alors de découvrir. La question de la rationalité n'est pas celle de la réécriture d'une vérité déjà écrite, ailleurs, et l'énonciation de la vérité n'est pas celle d'une procédure à « respecter ». Cette « procéduralisation », comme récit de pratiques scientifiques, entend être, strictement, une expérience de la rationalité qui tente de définir, d'une part, l'hypothèse (ou cet énoncé par lequel une vérité se présente), d'autre part, la preuve (ou cette expérimentation qui (dé)montre cet énoncé).

Une telle « procéduralisation » recoupe aussi une expérience historique du droit, que cette dernière du reste indique, qui en est la marque, celle notamment d'une règle (ou de cet énoncé par lequel une vérité se présente) et de son sens (ou cette « application », expérimentation qui (dé)montre cet énoncé). Cette procéduralisation est-elle encore investigation épistémologique qu'elle est déjà une herméneutique et qui identifie un « texte » et son « sens ». Chaîne ininterrompue de signifiants, historicismes encore et qui ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sont pas des sens identifiés dans la présence, présence à eux-mêmes et qui nous arrivent, mais ces sens qui témoignent, avons-nous dit, d'une présence en une absence, « nous », « aujourd'hui », qui (se) passe. Une énonciation n'est ainsi, et en aucune façon, une pure absence et les propositions de départ de Daniel Roche, (p.4 de notre texte, « La méthode et son doute »), telles qu'elles sont formulées, ne nous semblent pas recevables. Pour le dire un peu différemment, celui qui annonce n'échappe jamais à « lui-même », ce sens qu'il énonce, fruit de sa recherche, est aussi cette trace à ce « nous », « aujourd'hui ». Mais cette méditation, ou récit du monde, qui indique ces modes d'énonciation-(re)connaissance de la vérité est, nous l'avons dit et répété, bien autre chose que la marque de la seule fantaisie de son auteur (ce qui, évidemment, n'interdit pas d'identifier quelque chose comme « Daniel Roche », l'auteur, ce que par ailleurs nous avons fait). C'est, encore et toujours, tout le pari de la rationalité: quelque chose de vrai traverse ce récit qui raconte le passé. Ce « vrai », cependant, n'est pas une présence, présence éternelle (plus ou moins visible ou parfaitement cachée, etc.) et que l'on identifie (identité), il n'est pas non plus cet absent (et présent ailleurs) qu'un présent va chercher ou qui vient de lui-même. Ce « vrai » est une présence en l'absence, une marque et son effacement, ce que, par exemple, J. Derrida analyse très simplement et très clairement à partir du « trait »: « Un trait n'apparaît jamais, jamais lui-même, puisqu'il marque la différence entre les formes et les contenus de l'apparaître. Un trait n'apparaît jamais, jamais lui-même, jamais une première fois. Il commence par se retirer. Je suis ici la conséquence de ce que j'avais appelé il y a longtemps, avant d'en venir au tour de la peinture, l'entame de l'origine: ce qui s'ouvre, d'une trace, sans initier » (165).

« Voltaire » dit vrai. « Voltaire », c'est déjà la nature qui n'est plus la preuve de la bonté ou de la protection d'un Dieu. « Voltaire », c'est déjà la preuve qui ne s'interprète plus à la lumière d'une raison divine. « Voltaire », c'est déjà interpréter ses propres expériences non plus comme une prédestination. « Voltaire », c'est l'affaire Calas: récit vrai d'évènements. Mais de quel passé, de quel

(165) Jacques DERRIDA, *De la vérité en peinture*, Champs Flammarion, Paris, 1978, p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

évènement? A lire Daniel Roche, dont l'écriture est si précise, si incisive, nous pouvons pourtant nous le demander. « Voltaire » l'affaire Calas, c'est ce récit de Daniel Roche sur le « monde judiciaire »; monde complexe qui nous parle d'une succession de temps et qui sont un sens de l'histoire: un temps très vieux, encore présent, (condamné donc assez rapidement à mourir) et qui sont les « institutions héritées du passé », un temps du présent, trace d'une identité qui est celle de l'« Ancien Régime » et qui sont les « Offices », un temps futur mais qui est déjà présent et qui correspond au « développement administratif de la Monarchie ». Ce monde judiciaire compose-t-il un récit très complexe, qui est déjà une initiation au jeu politique, où s'affrontent des conservatismes, des innovations, des résistances passives, plus ou moins souterraines, plus ou moins identifiées mais qui n'est pas que le seul moment historico-politique d'un XVIIIème siécle, sans doute très positivement reconstitué par notre historien, mais un récit qui est aussi un « présent », ce « nous », « aujourd'hui » et tel qu'on se l'imagine, tel qu'on se le constitue, et qui fait, par exemple, écrire à Daniel Roche: « Le lent ralliement des cours à une nouvelle jurisprudence ne prouve pas seulement l'ignorance et les préjugés, mais aussi un corps d'exigences intellectuelles. De Paris à la province, dans des débats laborieux, l'innovation se glisse et perdure, porteuse de rationalité et de revendications scientifiques... » (166).

C'est bien ce que l'on « imagine », principe d'explication indétachable de notre « présent », qui constitue tous ces liens par lesquels se noue l'intrigue de l'auteur, mais cet imaginé, encore une fois, ne nous reporte pas tant au passé qu'il nous transporte dans le « présent ». Mais « l'affaire Calas » n'est pas que cela.

L'affaire Calas c'est aussi la pratique du jugement, jugement judiciaire sans doute mais pas seulement, récit complexe là-aussi et qui voit dans « la communauté » l'élément de l'intrigue majeur. « La communauté », c'est en effet le résultat d'un accomodement entre une « régulation monarchique et la justice privilégiée » (le souverain cautionne la justice mais les poursuites sont affaires des gens de bien) et la justice est, dans cette perspective, un exercice très

(166) *Op. cit.*, p. 280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spécifique du pouvoir qui, comme tel déjà, le qualifie et qui alors se résume à des interventions « exemplaires ». Celles-ci sont, enfin, qualifiées comme telles, « exemplaires », parce qu'elles portent sur l'« étranger », sur le « déviant ». Ce récit historique que nous propose Daniel Roche, est, rigoureusement, construit sur des matériaux que personne ne voudrait contester, que personne ne contestera, mais qui, pourtant, pourront, aussi, être déclarés peu convaincuants et en particulier s'ils se présentent comme une « description du pouvoir » sous l'Ancien Régime et tels que nous l'indique son monde judiciaire. Déjà, la « justice » comme ce qui exprime, comme ce qui traduit, une « communauté » pose un premier problème: comment se démontre une telle proposition? Soit nous sommes en présence d'une « communauté » et la justice n'est pas alors « exemplaire » mais elle est ce qu'elle est, et alors « présentons » la. Soit nous ne sommes pas en présence d'une « communauté » et alors la justice est « exemplaire » parce que ce sera précisément par des « exemples » qu'elle se construira, qu'elle se formera. Le second problème est évidemment posé par ce terme de « communauté »: comment se prouve *l'existence* d'une « communauté »? Parler d'une justice qui « reflète », en quelque sorte, une communauté, c'est présupposer que quelque chose est déjà « là » et qui existe: « la communauté ». Or, cela est contredit par le récit lui-même qui reconnaît le « déviant », l'« étranger », comme la victime de la justice, ce qui veut dire que la communauté n'est pas un quelque chose de déjà « là » mais que la justice est ce qui participe d'un sentiment d'appartenance, que la justice sans cesse réaffirme une différence, une exclusion grâce à laquelle ce sentiment d'appartenance s'affirme. Si donc la justice est « exemplaire », c'est parce qu'elle constitue, dans son acte même, ce qu'elle prétend protéger. La « communauté » dans cette perspective est cette identité introuvable. La « communauté » nous parle donc d'autre chose et qui est un récit, non présent mais pas absent, qui n'est pas en d'autres termes la trame explicite du récit pas plus qu'une trace indirecte ou implicite, et qui traite du pouvoir. « La justice est exemplaire » signifie alors qu'il n'y a pas de « justice », que c'est par une sorte d'horreur collective, de terreur collective, qu'un pouvoir gouverne et qui montre à ses « sujets » ce qu'ils risquent s'ils ne se comportent pas comme des sujets. Cette lecture du pouvoir est alors

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

une lecture d'un « pouvoir sans droit ». Ainsi, ce qui est au principe de l'histoire, l'affaire Calas en sera le symptôme, c'est la présence ou l'absence du droit.

Mais le récit de Daniel Roche ne se limite pas à cette seule conclusion, qui serait bien peu originale aujourd'hui. Si ce récit interroge davantage, c'est parce que sont introduits d'autres matériaux, tout aussi vrais, mais qui viennent singulièrement embrouiller le récit apparent. C'est la question du « déviant » comme « étranger » qui est réintroduite. Si le pouvoir « traditionnel » s'exerçait sur une communauté, et la « communauté » était ainsi au principe de ce pouvoir traditionnel, alors tout va changer parce que la communauté va disparaître au profit d'une autre sociabilité, que sont les villes, et qui va donc provoquer, logiquement, la nécessité d'une autre justice (et la « ville » est alors ce détour, un « passé », et non pas un retour, détour grâce auquel s'inscrit une vérité, la « ville » est cet effet de sens comme effet de retardement, dont nous parlions, et alors même qu'elle se présente positivement). Le récit se double encore ici qui, de façon détournée, nous parle d'une communauté comme d'un autre territoire et qui renouvelle, ainsi, (« texte relatif »), l'idée même du droit. Le droit n'appartient plus à ce qui se marque sur des corps mais à ce qui s'exerce dans l'espace. Le « déviant » n'est plus celui qui n'appartient pas à une terre (c'est-à-dire à une « communauté »), le « déviant » identifie un autre texte où la « communauté » se recompose par une mobilité géographique et un essor démographique. Une autre justice est ainsi le signifiant d'un autre pouvoir et qui se construit sur ces matériaux que sont le développement économique, les pôles de centralisation productive, les mouvements de main d'oeuvre, la statistique, le développement des moyens de production, etc. La « justice » est ainsi le signifiant d'un autre signifiant qu'est la « communauté » et qui renvoie déjà à un espace de production auquel correspondra un espace national, espaces clos d'univers (dé)finis. Est ainsi inscrite une autre lecture du pouvoir et c'est aussi « Voltaire » et l'affaire Calas. L'affaire Calas, ce sont les « Lumières », c'est-à-dire la critique, l'opinion, les philosophes, ce récit qui réécrit le pouvoir par un autre droit. Le droit devient alors « la nécessité d'un code pénal », « l'intolérance des magistrats », « la confiance détruite dans l'ordre judiciaire et la procédure », « la mobilisation de la robe judiciaire », « la conception générale du droit

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pénal fondée sur la liberté des individus », « la responsabilité personnelle », « le rationalisme », « le contrôle renforcé des cours et arrêts », « la volonté générale (qui est) de dépénaliser la simple intention, de laiciser la répression, de renforcer la frontière entre le délit et le péché, « Beccaria », « Bentham », « Rousseau » (167).

Parler du pouvoir c'est ainsi écrire ce texte « le droit » mais, si cela est vrai, parler du droit c'est aussi faire ce détour qui, par exemple, parle du pouvoir. Il est dorénavant un espace, espace judiciaire qui appartient à tout le monde: ceux qui ne sont pas du pouvoir, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas droit à cet espace, sont dans ces non-espaces judiciaires que sont les prisons, sans pouvoir et sans droit. Ce récit, donc, qu'organise l'affaire Calas, est un récit complexe qui traite du pouvoir comme d'un droit et qui, s'il engage en effet dans un récit vrai d'évènements passés, appartient, et tellement, à une projection qui nous est propre et qui est recherche de sens sans doute (le droit devient ainsi ce qui serait, en son principe même, la « limite », une « limite », il s'agit toujours d'espace, à l'arbitraire) mais, en même temps aussi, la potentialité de son propre dépassement. Une projection qui nous est propre, c'est-à-dire qui indique ce « nous », « aujourd'hui », disons-nous car, en effet, l'affaire Calas est encore ce récit des « Etats modernes » et qui se reconnaitraient au « droit »: ensembles de règles connues a priori et de formes d'agir (lisons application, comme expérimentation) où est exclu l'arbitraire, parce que tout se prouve (s'approuve, se désapprouve).

L'Etat moderne se réinvestit ainsi dans cette forme historique de la rationalité qu'est l'expérience du jugement mais qui n'est pas ce regard sur du seul passé. Elle est en effet déjà aussi cette autre expérience du jugement et qui indique un déplacement épistémologique, figure dépassée d'une vérité mais qui ne se reconnaît pas encore. Au nom de celle-ci figurent sans doute ces écrits, aussi divers soient-ils, qui recherchent une définition de notre présent et qui s'indiquent comme « post-modernes ». Ainsi, par exemple, l'Etat de droit « post-moderne » est une réécriture de l'« Etat de droit », et tel que ce dernier entendait signifier la modernité, il est l'intrusion d'un doute, une longue fissure dans l'imaginaire occidental et qui portait

(167) *Op. cit.*, pp. 280 et suivantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sur ses plus essentielles valeurs, notamment ce doute que la règle soit cet a priori qui barre la route, en soi, à l'arbitraire, ce doute qui commence à voir dans cette conception de la règle une autre façon d'exercer aussi l'arbitraire et qui recompose alors une autre définition du pouvoir comme une autre limite, toute à réinventer et qui déjà renouvelle l'expérience de la rationalité et qui s'indique par une « histoire » du jugement.

Ce post-modernisme, enfin et pour conclure, qui s'écrit autour de « Nietzsche », « White », « relativisme », « ironie », et qui voudrait faire du procés du sens la perte du sens, provoquerait ainsi un sacrilège: « la thèse révisionniste » serait ici née. Il y a, selon nous, tant dans cette thèse que dans son rejet, un faux procès. La thèse révisionniste en effet ne parvient à s'écrire comme « thèse » que parce qu'elle s'écrit ainsi que s'écrivent les récits historiques et nous pouvons bien le regretter et le condamner, le révisionnisme, ou « négationiste » comme le dit plus justement R. Chartier, est thèse, c'est-à-dire énoncé spécifique, parce qu'il se constitue exactement comme se constitue tout récit. Tout récit du passé ne peut que renvoyer aux principes qui le concoivent comme récit (sans doute est-ce que cette trace « Voltaire », comme ce récit qui ignore la raison divine, indique-t-elle encore une manière d'attester le vrai et que nous rappelle cette très vieille chansonnette: « si j'suis tombé par terre, c'est la faute à Voltaire »...). C'est retrouver ce que nous identifions par cette herméneutique du « passé » et du « présent » et sans doute que le négationisme est, dans cette écriture-ci, un récit qui, comme tel, ne peut être déclaré meilleur ou moins bon qu'un autre. C'est, encore une fois, précisément parce qu'il s'écrit comme tout récit du genre s'écrit qu'il peut se présenter comme « thèse » et il ne sert à rien ici de le déplorer et de maudire, il est plus essentiel d'analyser. Ce que, par contre, la thèse négationiste méconnaît, et ce qui est bien dommage pour elle, c'est que l'histoire n'est pas un « roman ». Cela veut dire, nous l'avons vu tout au long de notre réflexion sur le travail de Daniel Roche, que la seule herméneutique, d'une part, ne rend pas compte de ce qu'est ce récit, le récit historique, mais que, d'autre part, ce récit du passé d'évènements vrais se compose en déclinant les temps de la rationalité, c'est-à-dire en composant ces mécanismes, aussi divers, variés et nombreux soient-ils, par lesquels nous identifions la vérité. C'est là l'aspect

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« épistémologique », avons-nous dit, du récit historique. La lecture d'un travail du type présenté dans « la France des Lumières » permet de mettre en valeur l'aspect épistémologique de la connaissance historique qui est incorporée au récit historique et sans laquelle ce dernier tout simplement ne serait pas. Cet aspect du récit historique montre que la thèse négationniste, celle qui nie le génocide, la réalité de la Shoa, mais qui pourrait s'appliquer à d'autres hypothèses ou évènements, est une thèse fausse et à ce titre indéfendable. La thèse négationniste est une thèse fausse, mais aussi sinon surtout une thèse grave, car nous avons démontré en quoi l'historien, le métier d'historien, ne renvoie pas à cette toute ludique et désintéressée lecture de choses qui, « maintenant », sont mortes, mais que, tout au contraire, l'historien, gardien du temple, exerce son savoir au coeur même de notre univers symbolique: par sa fonction de créateur-recréateur du « passé » il oriente, « nous » oriente. Le récit historique est aussi en effet, et *dans ce geste même qui reparcourt l'expérience de la rationalité*, l'expression de valeurs (qui ne sont pas, encore et toujours, un choix délibéré, subjectif et arbitraire et qui, parce que tel, doit être rejeté) qui ne peuvent, et quoique Les Lumières en aient pensé, être isolées du mode herméneutique comme de l'épistémologie du récit historique. Si la thèse négationiste, et ce seront nos derniers mots, est à réfuter en tant qu'erreur et erreur grave, en ce qu'elle néglige, en ce qu'elle « oublie », ces modes d'énonciation-reconnaissance par lesquels, *rationnellement*, nous établissons, reconnaissons, le vrai, elle est, enfin, à dénoncer avec la plus extrême rigueur en ce qu'elle prétend inscrire des valeurs qui, *rationnellement*, c'est-à-dire historiquement, sont privées de tout fondement, qui, pour le dire en un mot, sont fausses. Cette thèse trahit ainsi ce qui constitue les obligations les plus élémentaires du métier d'historien.

Vicolo del Cionfo, Estate 1994

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHAEL STOLLEIS

LA RECEPTION DE BODIN EN ALLEMAGNE (*)

I.

Si l'on parle sur la réception de Jean Bodin en Allemagne, on pense avant tout au Bodin de la « République ». « Les six livres de la République » sont son chef-d'oeuvre, son livre avec la plus grande force de rayonnement. On a travaillé beaucoup sur la réception de la théorie de la souveraineté en Europe, et on peut se mettre d'accord, que Bodin dans les territoires allemands a été cité et a eu un retentissement dès l'an 1600, plus qu'en France. La discussion sur et avec Bodin commence avec les traductions latines, qui ont été imprimées en Allemagne à partir de 1591.

Parmi les neuf éditions latines du « De Republica libri sex » de au total deux sont parues à Leide et à Paris (1586, 1591 chez Jacques Du-puys), une à Paris et à Francfort (chez Elzevir), mais six autres éditions sont parues à Francfort et aux environs de Francfort. Il existe en outre une traduction allemande de 1592, parue sur le territoire wurttembergois à Montbéliard, ainsi qu'une deuxième traduction de 1611 à Francfort (1).

Un des pionniers sur la question fut Otto von Gierke, auteur, en 1880, d'une célèbre recherche sur le théoricien de l'État Johannes

---

(*) Presentée à la conférence de la Societé d'histoire de droit à Paris le 11.février 1995. Pour l'assistance amicale je remercie beaucoup à *Dominique Couzinet* et *Michel Senellart*.

(1) H. Denzer (ed.), *Jean Bodin*, München 1973, p. 495; R. Hoke, *Bodins Einflu*β *auf die Anfänge der Dogmatik des deutschen Reichsstaatsrechts*, loc. cit., p. 315-332; H. Quaritsch, *Souveränität: Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13.Jh. bis 1806*, 1986, p. 66 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Althusius (2). Dans son ouvrage, il est question pour la première fois de la réception de la doctrine bodinienne de la souveraineté, dans la théorie politique et juridique du 17e siècle. Peu après, le sujet a été repris par Hanke (3), puis plus tard, à l'occasion des colloques consacrés à Bodin à Munique (1973), Pérouse (1980) et Angers (1984). En 1967, une thèse de doctorat est parue sous le titre « Recherches sur la réception de la notion de souveraineté dans la théorie allemande pendant la première moitié du 17e siècle » (4). Dans son livre « État et souveraineté » et dans son opuscule de 1986, Helmut Quaritsch a apporté un matériel considérable qu'il a élaboré avec une grande clarté (5). Horst Dreitzel a écrit un livre bien connu sur le théoricien Henning Arnisaeus et il est descendu profondément dans les catacombes de la littérature inconnue de la politique et du droit public aux environs de 1600 (6). Mes propres études m'ont amené d'abord à l'étude d'un auteur presque inconnu (Jakob Bornitz) (7), puis à un panorama général sur la réception de Bodin en Allemagne (8).

Les dernières contributions à l'étude du sujet sont celles du *Professeur Salmon*, dans une communication prononcée au C.N.R.S. sur « l'héritage de Jean Bodin: la réception de ses idées politiques en Angleterre et en Allemagne au XVIIe siècle », les livres et un article de *Michel Senellart* dans une communication prononcée l'été dernier au C.N.R.S. et à present aussi, celle d'*Olivier Beaud*, dans son grand livre intitulé: « La puissance de l'état » (9).

---

(2) O. GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau 1880 (5. ed., par J. v.. GIERKE, Aalen, 1958).

(3) E. HANKE, *Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souveränität*, 1894.

(4) G. HENKEL, *Untersuchungen zur Rezeption des Souveränitätsbegriffs durch die deutsche Staatstheorie in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts*, jur. Diss. Marburg 1967.

(5) H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, 1970 et du même auteur: *Souveränität* (note 1).

(6) H. DREITZEL, *Protestantischer Aristotelismus und Absoluter Staat*, 1970.

(7) M. STOLLEIS, *Pecunia Nervus Rerum. Zur Staatsfinanzierung in der frühen Neuzeit*, 1983, p. 138 ss.

(8) M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol.1, 1988, p. 174 ss.

(9) M. SENELLART, *Machiavélisme et raison d'Etat, XIIè-XVIIè siècle*, Paris 1989; M. SENELLART, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris 1995; M. SENELLART, *Juris peritus, id est politicus? Bodin et les théoriciens allemands*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Salmon a bien raison de dire que: « ce qui est vraiment remarquable, c'est la facon variable dont les étrangers ont interpreté Bodin après sa mort. Au XVII[e] siècle on a enrolé Bodin dans trois partis: les défenseurs de l'absolutisme monarchique, qui voyaient la souveraineté royale presque sans bornes; les théoristes de la souveraineté communale, qui proposaient le droit inaliénable d'une communauté entière de constituer son gouvernement; et les constitutionalistes, qui cherchaient la restriction du pouvoir par la loi ou par quelque système équilibré ».

Salmon montrait aussi où l'on trouvait les « passages souples » où pouvant donner lieu à differentes interpretations:

1. La distinction entre la possession et l'exercice de la souveraineté,

2. L'obligation au droit divin, au droit naturel et aux loix fondamentales,

3. La nécessité de chercher l'accord entre le prince et les états généraux dans la question des impôts.

En effet, ces points ont donné lieu à des interprétations différentes. Quant aux auteurs de cette époque-là, il leur importait peu de connaître la véritable intention de Bodin, mais ils discutaient et adaptaient ses thèses en fonction de leurs propres problèmes politiques. De sorte que sur ces points, il y a eu autant de réceptions différentes que de positions politiques. L'Allemagne en est le meilleur exemple. Constituée en organisme supra-régional et religieux (sacral) sans vrai centre, composé de plusieurs États, grands, moyens et petits, relativement indépendants, dans lesquels on peut étudier comme dans un laboratoire le développement de l'État moderne et de la langue théorique du droit public. On a eu raison de dire que « les effets de la doctrine de la souveraineté de Bodin sur le droit public allemand du 17[e] siècle étaient parmi les phénomènes les plus remarquables de l'histoire de la science en Allemagne » (10). Comme dans le cas de la réception de la « ragion di stato » italienne, qui apparaît en Allemagne pour la première fois en 1602 (et donc, presque en même temps que la souveraineté, que nous rencontrons

---

de la prudence civile au XVIIè siècle, dans: Y. Ch. Zarka (ed.), *Jean Bodin*, 1995 (sous presse); O. Beaud, *La Puissance de l'État*, Paris 1994.

(10) Quaritsch 1986 (note 1), p. 66 ss., 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en 1609) (11), les auteurs allemands ont de la peine à trouver le mot correspondant au mot « souveraineté » et apparemment, ils craignent d'adopter un mot aussi étranger et peut-être dangereux. Le mot « Souveraineté » fut d'abord traduit par « etre maître dans le régiment » (1592) (12). Et c'est d'abord au commencement de la moitié du 17e siècle que la souveraineté est devenue allemande, en suivant une ligne qui va des Pays-Bas à la Prusse et qui se trouve dans les relations diplomatiques entre la Prusse, la Suède et la Pologne.

Dans le langage des savants, le mot « souveraineté » correspond, depuis Bodin et avec lui, à la « summa potestas » ou « maiestas », ainsi qui à la famille des mots proches de cette expression « summum imperium, superioritas, supremitas, potestas absoluta, plenitudo potestatis, jus maiestatis, jura imperii, suprema iurisdictio, Hoheit, hohe Oberkeit » etc.

Les discussions sur ces mots intervennent dans le cadre de débats constitutionnels. En 1600, l'Empire est en crise. Les auteurs se battent sur la question de droit public: qui détient les droits de la souveraineté bien en main. Y participent le cercle autour de Dominicus Arumaeus à Jena (13), des auteurs calvinistes à Bâle (14), Marburg (15), Heidelberg (16) et Herborn (17), des Luthériens à Stras-

---

(11) F. MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, 4. ed. 1976 (Oeuvres Vol. 1); M.STOLLEIS, *L'idée de la raison d'Etat de Friedrich Meinecke et la recherche actuelle*, in: Y. CH. ZARKA (ed.), *Raison et déraison d'Etat. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVIe et XVIIe siècles*, Paris 1994, 11-39; H. MUNKLER, *Staatsraison und politische Klugheit*, dans: I. FETSCHER - H. MUNKLER (ed.), *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, vol. 3, 1985, p. 23 ss.

(12) QUARITSCH 1986 (note 1), 66-69.

(13) D. ARUMAEUS, *Discursus academici de iure publico*, 5 vol. Jena 1616-1623; G. FRANTZKE, *Disputatio juridico-politica de maiestate in genere*, Jena 1629.

(14) R. DIETER(US), *De Summa Summi Imperii Potestate, quam Maiestatem appellamus*, Basel 1607; D. OTTO, *De maiestate*, Basel 1616. Pour Bâle voir surtout K. MOMMSEN, *Auf dem Wege zur Staatssouveränität. Staatliche Grundbegriffe in Basler juristischen Doktordisputationen des 17. und 18.Jahrhunderts*, Bern 1970.

(15) A. SCHEPSIUS, *Quaestio an princeps legibus sit solutus explicata*, Marburg 1596; H.KIRCHNER, *Respublica*, Marburg 1608.

(16) JOHANNES CALVINUS (KAHL), *De principe, maiestate et eiusdem privilegiis: Proinde et de Lege Regia: Commentatio JuridicoPolitica, & Historico-Juridica...*Frankfurt 1600.

(17) J.H.M. SALMON, *Althusius and Bodin,* dans: SALMON, *The French Religious*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bourg et Gieβen (18), Tübingen (19), Wittenberg (20), Helmstedt (21) et Altdorf, près de Nuremberg. Les oeuvres de Daniel Otto, plus tard professeur à Jena, les oeuvres du diplomate Eberhard von Weyhe et du fonctionnaire Jacob Bornitz ainsi que le traité du médecin Henning Arnisaeus s'avèrent particulièrement importants.

II.

Pour bien comprendre comment et surtout pourquoi les directions les plus importantes de cette discussion se sont développées autour de Bodin (22), on doit d'abord établir le moment du commencement de sa réception. On peut supposer que les éditions latines de la « Respublica » publiées en 1586 et 1591 à Leyde et à Paris ne pouvaient pas encore produire en Allemagne un grand effet. Ce sont les deux éditions francfortoises de 1591 et 1594, qui ont changé la situation. La suite montre très vite (je crois) que le livre s'était bien vendu. Aussi les effets intellectuels sont visibles. A partir de l'an 1600 exactement, le nom de Bodin apparaît dans les textes juridiques et politiques des universités. Dès lors, il fait partie des auteurs les plus cités de la première moitié du 17e siècle (23).

Wars in English political thought, Oxford 1959, 47-50; H.U.Scupin, *Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und Jean Bodin*, dans: *Der Staat* 4 (1965) pp. 1-26.

(18) R. Konig, *Dissertatio politica de Majestate*, Gieβen 1608 et du même auteur: *De Majestate et iuribus imperatori specialiter reservatis,* dans: Arumaeus (note 13) vol. II, p. 17.

(19) Chr. Besold, *De Majestate in genere eiusque juribus specialibus*, Strasbourg 1625.

(20) F. Pruckmann, *Paragraphus soluta potestas, tractatus de regalibus,* Wittenberg 1592.

(21) H. Arnisaeus, *De Jure Majestatis libri tres*, 1610 est profondément discutée par H. Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus und Absoluter Staat*, 1970; Dreitzel, *Hermann Conring und die politische Wissenschaft seiner Zeit,* dans: M. Stolleis (Hrsg.), *Hermann Conring (1606-1681). Beiträge zu Leben und Werk,* 1983, p. 135 ss.

(22) Quaritsch 1986 (note 1), p. 70; Stolleis (note 8), p. 174 ss.

(23) Aussi s'il n'est pas cité expressement, par exemple chez Richard(us) Dieter(us), *De Summa Summi Imperii potestate, quam maiestatem appellamus*...Basel 1607, qui définie « maiestas » comme « potestas summam ac perpetuam in Repub: auctoritatem, & Imperium obtinens » (III). Des autres auteurs citent Bodin déja dans la première phrase: Georg Frantzki, *De Majestate in Genere & Quaestionibus illuc spectantibus,* Dissertatio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pourquoi ces éditions latines de « Respublica » furent-elles imprimées à Francfort ou dans ses environs? Francfort était une cité impériale et libre. Francfort acceptait des réfugiés calvinistes, ainsi que Hanau, une petite ville près de Francfort, qui est devenue un centre calviniste et qui a produit une abondante littérature huguenotte (24). La maison d'édition des partenaires Jean Wechel et Peter Fischer était une des nombreuses entreprises des émigrés (25). Il se passe la même chose à Montbéliard, refuge pour les calvinistes, où sont publiées en 1592 la traduction allemande de Johann Oswalt, chez Jacques Foillet et Nicolas Bassaeus (26). La cinquième édition latine de Bodin, imprimée dans la petite ville à Oberursel (Ursellae), près de Francfort (1601) se fait probablement celle aussi dans un contexte calviniste (27).

Prenons donc les six éditions latines, qui ont été imprimées en Allemagne, et une septième, imprimée à Paris, mais expressément vendue à Francfort (1619, chez Elzevir), ainsi que les deux éditions allemandes de Montbéliard (1952) et de Francfort (1611); nous obtenons neuf différentes éditions de Bodin, dans la première moitié du 17^{e} siècle en Allemagne. On doit regarder cela comme le signe d'une réception particulièrement intense, qui n'a de comparable, pour les oeuvres de cette époque que celle obtenue par Juste Lipse pour sa célèbre « Politique » (28).

Juris Publici, Jena 1622: « De Majestate, quâ teste Bodino lib.1 de rep. c.8 & 10 ». Auteur et « Respondens » était le suédois JOHANNES NICODEMUS d'Örebro (Orebrogensis).

(24) Cf. J. BENZING, *Die Hanauer Erstdrucker Wilhelm und Peter Antonius* (1593-1625), Frankfurt 1981.

(25) R.J.W. EVANS, *The Wechel Presses: Humanism and Calvinism in Central Europe 1572-1627,* Oxford 1975. L'édition de 1594 est apparue chez la veuve de Johann Wechel et chez Peter Fischer.

(26) *Respublica*, Das ist: Gruendtliche und rechte Underweysung, oder eigentlicher Bericht, in welchem auβfuehrlich vermeldet wird, wie nicht allein das Regiment wol zubestellen, sonder auch in allerley Zustandt, so wol in Krieg und Widerwertigkeit, als Frieden und Wolstand zu erhalten sei...Mumpelgart (Montbéliard) 1592.

(27) Cf. la traduction allemande par B. WIMMER, vol. I, München 1981, vol. II 1986, ed. par P.C. MAYER-TASCH avec des notes bibliographiques. La presse à Oberursel appartenait à CORNELIUS SUTOR, qui semble d'avoir cooperé avec des presses à Francfort.

(28) G. OESTREICH, *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, 1969 et du même auteur: *Strukturprobleme der frühen Neuzeit*, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les raisons d'une réception aussi intense sont claires. Elle tiennent d'abord à la qualité exceptionnelle de l'auteur qui attirait l'attention sur lui. Ensuite, au fait qu'il argumente en juriste, ce qu'acceptent les juristes allemands, plus représentatifs qu'au 16e siècle. Elles tiennent enfin à certains points d'accord et de désaccord caractéristiques, sur lesquels les auteurs allemands discutent avec Bodin.

Je cite d'abord trois point de désaccord:

1. Bodin avait provoqué les juristes allemands par son affirmation selon laquelle l'empereur n'était pas vraiment souverain, et que l'Empire allemand était « une Principauté Aristocratique où l'Empereur est chef et premier: la puissance et maiesté de l'Empire appartiennent aux estats.. » Par ces thèses Bodin créait un point de cristallisation pour la discussion, dans l'Empire confessionnellement et politiquement déchiré. La question principale était: Ya-t-il une force qui soit capable de surmonter les dissonances, de centraliser la législation et, par conséquent, d'être nommée ou qualifiée « souveraine »?

Peu d'auteurs étaient d'accord avec la thèse de Bodin concernant l'aristocratie; l'un d'entre eux était un adversaire extrême de l'Autriche, qui avait comme but de faire tort a l'Empereur pendant la guerre (Hippolithus a Lapide) (29). Tous les autres étaient de l'avis (avec des modifications diverses) que l'Empire était une monarchie modérée d'une manière aristocratique, alors une sorte de « respublica mixta »(30).

Toute autre solution semblait pour ainsi dire impossible. On ne pouvait pas discuter de la démocratie (Politie) comme d'une possibilité. Restaient donc la monarchie modifiée, l'Aristocratie modifiée ou — selon Cicéron « quartum quoddam genus reipublicae maxime probandum esse sentio, quod his, quae prima dixi, moderatum et permixtum tribus » (De rep. I, 29) — une forme mélangée. Ce qui

---

(29) HIPPOLITHUS A LAPIDE, *Dissertatio de ratione status in Imperio nostro Romano-Germanico*, s.l. 1640. Cf. R. HOKE, *Hippolithus a Lapide,* dans: M.STOLLEIS (ed.), *Staatsdenker in der frühen Neuzeit*, 3.ed. 1995, pp. 118-128.

(30) Par exemple JOACHIM CLUTEN, *Fasciculus Paradoxorum historicopoliticorum ex Ioannis Bodini Andegavensis libris de Repub. collectus...*Basel 1613, thèses V (concernant la position de l'Empereur) et XIV (la doctrine du « status mixtus »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

signifiait que les auteurs « Monarchistes » faisaient une concession en acceptant des éléments aristocratiques, mais autant que possible pas sur le plan de la souveraineté elle-même, mais sur le plan de la pratique (31).

Les « Aristocrates » résolvaient le problème en donnant à l'Empire la souveraineté, mais dans l'exercice de la souveraineté, ils mettaient l'Empereur en tête.

Celui qui ne voulait pas prendre l'une de ces deux voies ne pouvait — à vrai dire — se décider (contre Bodin) pour la division de la souveraineté entre l'Empereur et l'Empire — donc accepter une vraie « respublica mixta ». C'était le cas de la plupart des auteurs. La raison en était que d'une part, on ne voulait pas renoncer à la doctrine de la « respublica mixta » en tant que position moyenne (entre deux lieux), mais qu'on voulait trouver en même temps une solution convaincante, moins sur le plan théorique que sur le plan politique, à la question de la position de la souveraineté dans l'Empire.

La division de la souveraineté pourait être operée d'une manière différente. On pouvait d'une part distribuer des fonctions précises a l'Empire, d'autre part des fonctions à l'Empereur (32). Mais cela n'était pas convaincant, parce que dans beaucoup d'activités, l'Empereur et l'Empire (c'est à dire les Etats généraux) devaient travailler ensemble, en particulier dans le cas de la législation. Le partage des fonctions était donc contraire à la réalité. La construction de la souveraineté strictement « indivisible » n'était praticable qu'avec des modifications supplémentaires, d'après le modèle dualiste du prince et des états (33).

Dans l'Empire allemand en équilibre instable dès 1608, une attribution de la souveraineté à l'une ou à l'autre côté semblait inacceptable. Pour cette raison une autre solution très sagace et typiquement juridique s'imposait. Comme on le sait, les juristes opèrent dans les situations difficiles des fissions de notions et des

---

(31) Par exemple H. ARNISAEUS, qui déclare l'Empereur pour souverain et le « Reichstag » pour dépendant de lui. Cette position montre aussi B. KECKERMANN, *Systema doctrinae politicae*, 1607.

(32) Par exemple H. ARNISAEUS.

(33) H. DREITZEL, *Monarchiebegriffe in der Fürstengesellschaft*, 2 vol.,1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distinctions. Par exemple, le fait qu'une chose ou un droit puissent être possédée par plusieurs personnes de même rang, leur est familier du fait de leur connaissance du droit successoral. Ainsi ils créèrent, dès 1608 (34), la distinction entre « maiestas realis » et « maiestas personalis », c'est à dire entre la possession et l'exercice du droit (35), donc une souveraineté réelle pour tout l'Empire (concernant l'Empereur et l'Empire) et une souveraineté personnelle pour l'Empereur lui-même. On trouve cette thèse, en 1608, non seulement chez Hermann Kirchner, mais aussi chez Christian Liebenthal (36), chez le calviniste Johannes Althusius à Herborn (37), ensuite chez le luthérien Christoph Besold à Tübingen et dans le cercle des élèves du hollandais Arumaeus à Jéna.

Cette thèse a été confortée, à partir de 1625, par l'autorité de Hugo Grotius. Il faut ajouter qu'au 17e siècle, elle était en accord avec l'opinion dominante (38). Elle représentait, pour ainsi dire, une réponse juridique intelligente au maintien de la distinction présente dans la notion elle-même, que permettait de concilier la réalité politique de l'Empire et la provocation théorique de Bodin.

Le problème de la forme juridique de l'Empire est resté une question brulante jusqu'au 18e siècle. Les rapports entre l'Empire et les divers territoires avec leur quasi-souveraineté continuaient d'exister (39). Les plus grands territoires manifestaient, comme le disait le publiciste Johann Jakob Moser, un certain désir de souveraineté (eine gewisse Souveränitätsbegierde), qui s'emparait « de plus en plus des Cours des Princes électeurs et des autres princes » (40).

---

(34) STOLLEIS (note 8), p. 180 ss. avec d'autres références.

(35) H. KIRCHNER, *Respublica,* Marburg 1608 fût le premier, qui a fait cette distinction.

(36) CH. LIEBENTHAL, *Collegium Politicum*, Gieβen 1612, Disputatio VII.

(37) Cf. note 17.

(38) CH. LINK, *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit*, 1979, p. 77 note 58 avec des autres réferences.

(39) B. ROECK, *Reichssystem und Reichsherkommen. Die Diskussion über die Staatlichkeit des Reiches in der politischen Publizistik des 17. und 18.Jahrhunderts,* 1984.

(40) J.J. MOSER, *Neues Teutsches Statsrecht*, vol. 14, Frankfurt-Leipzig 1773, 253, cité chez H. DREITZEL, *Absolutismus und ständische Verfassung in Deutschland*, 1992, p. 78. Les représentants litteraires sont nommés chez Moser les « Ober- oder Kerzen-Meister der SouveränitätsMacher-Zunfft » (QUARITSCH, 1986, note 1, p. 81).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les grands agissaient réellement comme des souverains. Les petits restaient dans le cadre de la souveraineté des pays liés au droit de l'Empire, pas seulement du fait de leur faiblesse, mais aussi par un calcul intelligent pour bien se réserver la protection de l'Empereur et des tribunaux de l'Empire (Reichskammergericht, Reichshofrat).

Dans ce contexte on peut comprendre l'empressement avec lequel les états de la Confédération du Rhin s'emparèrent — à l'abri de Napoléon — du nouveau titre de souveraineté — et le transformèrent en une législation réformatrice (41).

2. Un deuxième point de divergence entre les auteurs allemands et Bodin résultait de la question historique (mais aussi bien actuelle) de savoir qui, de la France ou de l'Allemagne, était la véritable héritière de l'Empire romain classique. En faveur de qui, la « translatio imperii » avait-elle été décidée? (42)

Les arguments de Bodin étaient naturellement ceux d'un Français. Il expliquait que l'Empire romain était passé des Romains aux Francs et depuis lors, à la France. Il considérait la priorité cérémonielle de l'Empereur allemand sur les autres rois d'Europe comme usurpée. Inversement, pour les auteurs allemands, la « translatio imperii » en direction de l'Allemagne était très naturelle (43).

Sur ce point, ils n'avaient pas de mal à contredire Bodin, surtout parce qu'ils se voyaient soutenus par les traditions et par les titres. En même temps, les protestants devaient défendre encore une deuxième front. Ils devaient aussi lutter simultanément contre la thèse de l'église romaine, selon laquelle la « translatio imperii » avait été un acte du pape. Les protestants n'avaient rien voulu savoir du rôle juridique important du pape comme « agent fiduciaire ». Ils affirmaient au contraire que Charlemagne s'était emparé de l'Empire romain par sa « propre force » et que ses successeurs l'avaient transmis aux empereurs de la dynastie des Saxons.

Une minorité d'entre eux tirait moins son argumentation de la politique de la force, que de la théorie politique. Elle se référait à

---

(41) QUARITSCH, 1986 (note 1), p. 109 ss.; voir maintenant le travail fondamental de G.SCHUCK, *Rheinbundpublizistik*, 1994.

(42) W. GOEZ, *Translatio Imperii*, 1958; STOLLEIS (note 8), p. 184.

(43) BODIN, *Respublica*, I,9.; BODIN, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, Paris 1566, Cap. VII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Marsile de Padoue: il avait regardé la Translation comme un acte du peuple souverain et considéré son acclamation comme le consentement d'un peuple libre à la transmission de l'autorité souveraine à un nouveau souverain. Cette thèse était en effet dangereuse, car elle impliquait la reconnaissance de la doctrine de la souveraineté du peuple. Mais elle avait été critiquée comme complètement fausse et par conséquent combattue.

3. Troisième point de différenciation: la question confessionnelle, plus éxactement, la question de savoir exactement, qui exerçait les droits de souveraineté sur l'Eglise.

Sur la question de la coexistence de différentes confessions dans l'état, Bodin s'était exprimé très prudemment. Il recommandait d'éviter autant que possible les discussions concernant les différentes formes de religion. Le prince lui-même devait -à la rigueur — contribuer au rétablissement de l'unité religieuse en donnant l'exemple par sa propre vie (44). En tous cas, chez lui le maintien de l'ordre dans l'état avait la priorité sur la question de la vérité. Dans le catalogue des droits de majesté, la compétence de règler les affaires religieuses n'apparaissait pas.

Au contraire, du fait de leur situation constitutionnelle dans l'Empire, les auteurs allemands s'intéressaient énormément à la question religieuse. Comme ils étaient le plus souvent commandités par leurs princes, les auteurs protestants avaient pour but strictement défini de garantir le « status quo »; de récupérer du terrain (territorialement et spirituellement!) en ce qui concerne les auteurs catholiques. Les uns et les autres avaient intérêt à présenter le « ius reformandi » et l' « exercitium religionis » comme faisant partie de la « suprema potestas », c'est à dire de la souveraineté territoriale. On ne faisait pas du prince, à la suite de la réforme, le premier évêque du pays — c'était la théorie désignée sous le nom d'« épiscopalisme » — mais on fondait les « iura in sacra » sur la souveraineté territoriale. « Cuius regio, eius religio », c'est la formule bien connue du « territorialisme ». Le droit de règler les questions religieuses devenait une partie de la souveraineté (45).

(44) BODIN, *Respublica*, IV,7. Même intention dans son troisième livre, ou il propose de soutenir la direction souhaitée par des positions d'honneur.

(45) K. SCHLAICH, *Der rationale Territorialismus,* dans *Zeitschrift für Rechtsge-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'Empire allemand avait définitivement perdu sa compétence. Son caractère sacré, que l'on devait considérer désormais d'un point de vue supraconfessionel, s'estompa dans le contexte rationaliste du siècle des Lumières et finit par devenir un titre sans contenu (46).

Autrement dit, dans la première moitié du 17e siècle, Bodin est apparu aux auteurs allemands protestants, avant tout comme un auteur dangereux, parce que selon lui, la puissance souveraine centrale (= l'Empereur catholique) devait décider en matière de la religion, ce qui avait pour conséquence de conférer à l'Empereur catholique une puissance énorme. Mais d'autre part, ils considéraient Bodin comme insuffisant, parce que chez lui la souveraineté sur la religion n'apparaissait pas comme un droit de souveraineté.

4. Sur la question de la religion, ils existent d'autres différences avec Bodin. Si l'on prend l'Italie comme point de départ, il y existait dans la théologie catholique une opposition non seulement à l'absolutisme, qui était dangereux pour l'église, mais aussi en général à la sécularisation de l'état et à une compréhension positiviste du droit. On trouve aussi des réserves contre le calviniste hérétique Bodin. Réserves, d'ailleurs, qui furent aussi formulées par des luthériens pieux.

III.

Jusqu'à présent vous avez peut-être l'impression, que la discussion des contemporains avec Bodin avait été surtout critique. Mais cette impression n'est qu'en partie juste. Car cette discussion impliquait un degré élevé d'accord sur le fond. Les juristes allemands savaient très bien qu'il s'agissait d'une conception impressionnante de l'état qu'on ne pouvait pas éviter par simple ignorance. Même la discussion passionnante en elle-même prouve que l'on prenait Bodin au sérieux. La raison pour laquelle ses thèses ne semblaient pas

---

schichte, Kanonistische Abt. 54 (1968) p. 269 ss.; CH. LINK, 1979 (note 38), 292-321; M. HECKEL, *Territorialsystem,* dans: *Evangelisches Staatslexikon*, 3. ed. vol. 2, pp. 3600-3603 et du même auteur: *Ius reformandi*, loc. cit. vol. 1, pp. 1416-1420.

(46) M. HECKEL, *Das konfessionelle Zeitalter*, 1983; B.M. KREMER, *Der Westfälische Friede in der Deutung der Aufklärung. Zur Entwicklung des Verfassungsverständnisses im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation,* 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

praticables résidait plus dans la situation politique de l'Empire allemand que dans le modèle théorique, qu'il proposait.

Mais il y avait encore au moins deux points importants sur lesquels les auteurs allemands étaient en accord total et sans réserve avec Bodin. Il s'agit des points sur lesquels Bodin n'argumentait pas dans le sens absolutiste. A savoir: les limites du pouvoir absolutiste législatif (1) et la perception des impôts par le souverain.

1. D'abord la question de savoir si la souveraineté (summa potestas/maiestas) avait des limites juridiques. La vieille tradition doctrinale selon laquelle la « potestas legibus soluta » concernait seulement les normes relevant de la compétence du souverain, avait été acceptée expressément et aussi sanctionnée par Bodin: « Tous les Princes de la terre sont subiects aux lois de Dieu, et de nature, et à plusieurs loix communes à tous les peuples » (47).

Les auteurs allemands avaient de bonnes raisons de vouloir limiter le pouvoir législatif par un droit divin et naturel, un droit public international et des « leges fundamentales » (lois fondamentales).

Premièrement on ne quittait pas le cadre doctrinal médiéval, et l'on soulignait en même temps qu'avec la réception de la notion de la souveraineté, le regroupement des pouvoirs était pensable dans le cadre de cette conception du monde. L'ordre social biblique n'était pas donc touché.

En outre la doctrine des lois fondamentales (y compris la doctrine des coutumes de l'Empire) (48) offrait la possibilité de développer la constitution de l'Empire sans être obligé à renoncer à la notion de « maiestas ».

Troisièmement: le droit naturel et le droit des gens (compris comme loi ne relevant pas de la disposition humaine) fournissaient une foule de limitations et de corrections possibles aux réclamations émanant de l'Empereur ou du souverain. Et par conséquent on peut vraiment dire qu'« une théorie absolutiste efficace n'a jamais existé

(47) BODIN, *Respublica*, I,8.

(48) J.G. KULPIS, *De observantia imperiali, vulgo Reichs-Herkommen,* 1685, dans: J. SCHILTER (Hg.), *J.G.de Kulpis dissertationum academicarum volumen*, Straβburg 1705. Cf. aussi B. ROECK, *Reichssystem und Reichsherkommen*, 1984, p. 75 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en Allemagne jusqu'à la fin du 18e siècle » (49). Les quelques absolutistes extrêmes restaient en-dehors de la discussion. Il était clair en Allemagne que le souverain était soumis à Dieu, qu'il devait être vraiment pieux, qu'il était lié par la loi naturelle créée par Dieu, et enfin qu'il était tenu de respecter les lois fondamentales de l'Empire.

2. La deuxième thèse avec laquelle les auteurs allemands pouvaient travailler directement et positivement était la doctrine des impôts (50). D'une manière très critique, Bodin avait remarqué que les impôts avaient tendance à se transformer de charges extraordinaires en charges ordinaires. Pour lui, l'invention de nouveaux impôts était un signe de tyrannie, et il ajoutait sur un ton menaçant, que la plupart des inventeurs de nouveaux impôts avait été tués par le peuple.

Pour le dire simplement, il considérait comme nécessaire le consentement des états généraux aux impôts, et il disait: « On a respecté cela en Espagne, en Angleterre et en Allemagne depuis toujours et on le pratique encore aujourd'hui ». Les auteurs allemands, Eberhard von Weyhe, Jakob Bornitz et l'important Caspar Klock étaient exactement de cet avis (51). Tous les juristes de ce temps-là disent qu'un impôt (comme charge extraordinaire) est fixé en fonction d'une « causa » et ne peut être utilisé qu'à cet effet. Si la « causa » disparait, on doit abandonner l'impôt. Et si l'on utilise l'impôt contrairement au but, on se trouve dans un tel cas d'illégalité que (théoriquement!) l'impôt doit remboursé aux peuple.

En Allemagne, on était aussi tout à fait d'accord avec Bodin sur l'idée que les impôts sur la consommation (Gabelles, Akzises) et les impôts par tête (la capitation) chargaient les pauvres, qu'ils étaient peu sociaux et qu'ils conduisaient à brève échéance à une révolte du peuple. Spécialement la taxation des aliments, des céréales, de la viande, du sel, de la bière, par des impôts était considérée comme illégale.

Pour cette raison, dans la première moitié du 17e siècle, on

---

(49) LINK 1979 (note 38), p. 89.

(50) BODIN, Respublica, VI, p. 2.

(51) A. SCHWENNICKE (Francfort) prépare une recherche sur le débat litteraire sur les impôts en Allemagne du 17e et 18e siècles. Je me réfère à son troisième chapitre (Mskr.p..91).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

préfère encore considérer les impositions des riches, les impositions des articles d'importation et les taxes de luxe comme justes (52). On trouve — concernant ce sujet — une citation affirmative et bienveillante de Bodin. Et en ce cas là on observe souvent, que Bodin n'a pas construit sa doctrine de souveraineté de façon conséquente, parce qu'il rend le prince souverain dépendant du consentement des ètats généraux ou du peuple.

IV.

La conclusion de mes observations est simple: Johannes Bodinus (sous sa forme latine) est en Allemagne, dans la première moitié du 17e siècle, un des auteurs les plus importants. On le lit dans la version latine. La « Souveraineté » est traduite par « maiestas » (comme par Bodin lui-même!). En effet le concept théorique de puissance unique et indivisible remontrait en Allemagne une structure fédéraliste. La question de savoir, qui dans l'Empire possédait la souveraineté, restait pratiquement sans réponse. Dans la balance des pouvoirs, elle restait en suspens.

Là où Bodin modérait sa tendance à l'absolutisme, à savoir la reconnaissance des limites juridiques de la majesté et l'opposition aux impôts sans consentement, on se servait de lui comme autorité.

Le fait qu'on ne l'acceptait pas ou qu'on le complétait sur d'autres points est un procédé normal et productif concernant un tel auteur.

Considérer la réception de Bodin en Europe revient à étudier comment une pensée de base se modifie dans des contextes différents. On peut aussi voir les intérêts communs: La doctrine de la souveraineté est la conséquence de l'autonomisation de la politique en oeuvre au 16e siècle. La formation des états comme sujet de droit dans les relations internationales et le règlement des conflits religieux intérieurs sont l'expression de nécessités politiques de fond, qui aparaissent aux 16e et 17e siècles dans toute l'Europe. Ils s'agit de réponses à la lente transformation de l'ordre médiéval.

(52) STOLLEIS, *Pecunia Nervus Rerum* (note 7), p. 9 ss.; STOLLEIS, *Luxusverbote*, dans: A. ERLER / E. KAUFMANN (ed.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. III (1984), pp. 119-122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'association personnelle et traditionnelle se transformait en état territorial moderne, qui a ses limites à l'extérieur et auroit le nombre de ses sujets à l'intérieur. La création de l'Etat souverain n'a pas seulement été le moyen de la domination de l'espace et des gens. Elle a été aussi la base de l'Etat constitutionnel des 19^{e} et 20^{e} siècles. Seule la puissance indivisible et uniforme de l'Etat moderne peut instaurer la distance à l'égard de la société dont l'Etat constitutionnel a nécessairement besoin. Sur ce point, Bodin est surtout, malgré tous les doutes qu'a soulevés le dogme de la souveraineté — une des voix les plus importantes des temps modernes. L'ampleur et la varieté de sa réception dans les pays européens l'ont transformé de Francais en Européen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

FRAGMENTO DE UNA CULTURA JURIDICA DESAPARECIDA

Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)

I. Planteo del tema. — II. Diego Vincencio de Vidania: rompecabezas de una biografía. III. Núcleos culturales: 1) Los eruditos de Huesca; 2) El pequeño mundo de la Inquisición; 3) La atracción cultural de Nápoles. — IV. Vidania ¿erudito, cronista, jurista, moralista?. — V. Los enigmas del manuscrito. — VI. El Derecho natural: historia de un concepto. — VII. Vidania en la senda de Grocio. — VIII. Botón de muestra: el capítulo sobre la ordenación política. — IX. Consideraciones finales.

I. Planteo del tema

Hace muchos años hallé casualmente en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia (Madrid) un libro manuscrito, cuyo título me atrajo irresistiblemente. El macizo volumen en cuarto, encuadernado en cartón rústico, con 674 páginas de cuidadosa caligrafía, se presentó ante mis ojos como un desafío. En su portada se leía: « El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres, y sus efectos. Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania » (1). Estaba datado en Barcelona, con la indicación de que se habia comenzado el 6 de mayo y concluído el 15 de julio de 1712, es decir en unos setenta días de labor.

Muy pronto se aliaron la sorpresa y la dificultad para hacer más apasionante la indagación. Si bien por entonces otros temas exigían mi preferente dedicación, nunca abandoné la paciente tarea de buscar datos sobre el autor y de reflexionar sobre el significado de la obra. Dado que todo ello debía ser insertado en un ámbito

(1) Biblioteca de la Real Academia de la Historia (Madrid), mss, 9/ 5581.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultural de difícil acceso para nuestro actual conocimiento, la labor, por momentos tuvo visos arqueológicos y los fragmentos encontrados no fueron suficientes para reconstruir plenamente la imagen histórica. A los notorios vacíos de información se agregaban juicios historiográficos asentados con apariencia de 'autoridad' que tambaleaban ante la evidencia documental.

En el principio de la búsqueda estuvo el autor. Diego Vincencio de Vidania es un desconocido en la historiografía jurídica y filosófica española. Tambien lo es dentro de la cultura aragonesa. En Huesca, su ciudad natal, existe una pequeña calle en el casco viejo que lleva su nombre, pero el recuerdo que de él se tiene es impreciso. Ninguno de los estudiosos a quienes tuve ocasión de referir este hallazgo — entre ellos algunos aragoneses — tenía noticias de él. Es curioso que su biografía se pueda encontrar — a veces con alguna extensión — en grandes diccionarios y enciclopedias, pero con la particularidad de que los más modernos son dependientes de los editados dos centurias atrás, sin proporcionar avances en la información. (2). Esto revelaría que la figura de Vidania — eminente en su época — sufrió un lento proceso de eclipsamiento hasta llegar al olvido casi total de nuestros días.

Si bien el desconocido autor fue la primera preocupación, el título del libro constituía el atractivo central, pues una obra española que ostentara en su portada la voz *Derecho Natural* no era posible encontrar hasta bien avanzado el siglo XVIII. La lectura fue planteando problemas y divergencias con relación a ciertos juicios corrientes en la historiografía en cuanto a circulación de ideas, ámbitos culturales, Inquisición, Escuela del Derecho Natural, etc.

La larga convivencia con este manuscrito tuvo tambien consecuencias en reflexiones históricas más amplias que me llevaron a observar, una vez más, la fuerza aplastante de la cultura jurídica

---

(2) FELIX LATASSA ORTIN, *Biblioteca nueva de los escritores aragoneses que florecieron desde el año de 1689 hasta el de 1753*, t. IV, Pamplona, 1800, pp. 442-446; (Diccionario Enciclopédico hispanoameracano de literatura, ciencias y artes), t. XXII, Barcelona, 1897, p. 507; *Gran Enciclopedia aragonesa*, t. XII, (1982), p. 3333. Angel Canellas Lopez es el autor de la biografia; JULIO BRIOSO, *Las calles de Huesca*. Zaragoza, 1986, p. 285; *Enciclopedia Universal ilustrada europeo-americana*. Espasa-Calpe, t. 68, Madrid, 1981, p. 772.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

racionalista de los siglos XIX y XX, cuyo paradigma no solo ha dominado la idea del Derecho contemporáneo, sino tambien ha guiado frecuentemente a los estudiosos de nuestro tiempo en sus enfoques del pasado, provocando la desaparición y el olvido de las formas culturas precedentes, aunque se haya nutrido de sus elementos. Estas últimas consideraciones, unidas a aquella labor de índole 'arqueológica', han pesado decisivamente a la hora de dar título a esta aportación. En efecto, tuve la impresión de encontrarme ante el « fragmento de una cultura jurídica desaparecida ». No es pues título desorbitado con relación al contenido del trabajo, sino ajustado al menos a mis intenciones.

Mi propósito es dar noticia de una obra que, segun creo, ha permanecido desconocida desde que su autor la redactó, y tambien trasmitir las nuevas vistas que me ha proporcionado sobre la dimensión histórica del Derecho. De ahi que antes que una puntual descripción de contenido y exhaustivo análisis de fuentes — que sin duda será necesario hacer en otra ocasión — haya preferido limitarme a situar la obra en su época, dentro de una encrucijada cultural, en tránsito hacia el pensamiento más moderno, con todos los interrogantes que ello supone.

Una vida larga y rica en situaciones, en viajes y relaciones intelectuales — como fue la de Vidania — es difícil de seguir, sobre todo cuando se intenta penetrar en los ámbitos donde actuó. Creo haber podido esclarecer mejor su actuación en la Huesca natal (3). No me ha sido posible lograr iguales resultados para la importante etapa napolitana. Las estadías de Vidania en Madrid y Barcelona

(3) Cuando en el mes de febrero de 1990 concurrí al Archivo Histórico Provincial de Huesca tuve la suerte de conocer allí a un joven doctorando, el licenciado José María Lahoz Finestres, quien se hallaba entonces preparando su tesis sobre la Facultad de Derecho oscense en el siglo XVII. Con una amabilidad y eficacia sin par puso a mi disposición, durante mi breve estancia en la ciudad, una cantidad de material bibliográfico y documental que me ahorró muchas horas de búsqueda. Pero no solo eso. Desde entonces se convirtió en un frecuente corresponsal que me fue ofreciendo datos, sugerencias e impresiones atingentes a Vidania, que él iba recogiendo durante su propia investigación. De tal modo he podido mejorar sustancialmente la información disponible sobre la etapa oscense de nuestro personaje. Deseo hacer público mi reconocimiento a este joven investigador. Con las iniciales JMLF indicaré en adelante las informaciones de él recibidas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

están en la penumbra. Es difícil franquear ese silencioso, y al mismo tiempo estimulante, clima intelectual de la Inquisición española. Por último, la misma noción de Derecho natural — eje conceptual de este trabajo — tiene una dimensión histórica que necesita de profundas indagaciones, para comprender mejor el esfuerzo intelectual de Vidania. Pese a todas estas insuficiencias considero haber llegado a un punto en que es conveniente trasmitir los resultados obtenidos como tambien los interrogantes pendientes para compartir con otros estudiosos el avance de la investigación.

II. Diego Vincencio de Vidania: rompecabezas de una biografía

No es fácil seguir el derrotero vital de Vidania a traves de los distintos lugares donde residió. El juego del rompecabezas se presenta como el simil más adecuado, pues quedan pequeños trozos sin ubicar y espacios sin cubrir.

Diego Vincencio nace en Huesca y es bautizado en la Seo el 5 de octubre de 1644 (4). Fueron sus padres Diego Antonio Vidania y Josefa Ines de Broto. Se trataba de una calificada familia aragonesa, afincada en la tierra desde varias generaciones atrás, cuyas cabezas habían ejercido oficios de prestigio en la ciudad. El padre murió muy joven, al pa recer pocos años despues del nacimiento de Diego Vincencio. La madre sobrevivió a su cónyuge más de un cuarto de siglo.

Los Vidania eran naturales y vecinos de Huesca. Su abuelo Diego fue notario de número de la ciudad, casándose en 1618 con Catalina Giral (5) , natural de la villa de Ainsa. Tambien la rama materna se componía de naturales y vecinos de Huesca. Lo eran el bisabuelo Pedro de Santa Pau, los abuelos Vincencio de Broto y Ana de Santa Pau, y tambien su madre. Como se dijo en la información levantada por el Santo Oficio para averiguar la genealogía de nuestro Vidania, se trataba de familias de cristianos viejos y de limpia sangre y naturaleza. Alguna duda quedó asentada sobre el origen converso

(4) Archivo Diocesano de Huesca, Caja 134, libro 2 (Información de JMLF).

(5) Hay diferencias en la escritura y pronunciación de este apellido. Se escribe Giral, Xiral o Guiral. Según el antiguo uso montañes se pronuncia Chiral (Véase la información genealógica citada en la nota 12).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de los Santa Pau — proveniente del difundido Libro Verde de Aragón —, pero esta circunstancias no impidió aquella declaración del Tribunal.

Diego es pues nombre que procede del padre y del abuelo paterno. Vincencio, en cambio, viene de su abuelo materno. Con el matrimonio Vidania-Broto se enlazan dos conocidas familias de notarios oscenses, actividad profesional que se prolongó en Diego Vincencio durante su etapa en Huesca. Muchos años despues, en un libro editado en Nápoles, se mencionaba a los Vidania entre las familias ilustres de España con este comentario: « *Vidania*, en Huesca, Montañas de Aragón y en Nápoles; cuyos campiones de mas de su notorio nacimiento, y puestos realzados, han sido, y son de estremada literatura en todas líneas » (6). Un texto hecho a medida para nuestro personaje.

Los estudios cursados en la Universidad de Huesca llevan a Vidania a graduarse como bachiller en leyes (19 de abril de 1663), doctor en leyes (18 de diciembre de 1667) y bachiller en cánones (15 de septiembre de 1668). No hay constancia de su doctorado en cánones, aunque se alude a él como doctor en ambos derechos (7). Su vinculación con el medio universitario fue estrecha, iniciando tempranamente su actividad docente y directiva (8). En 1667-1668 es Rector y tambien catedrático de Digesto Viejo, Sexto y Código (9). No parece haber sido prolongada esta actividad docente. En cambio, sí lo fue la función de secretario de la Universidad que desempeñó desde 1678 a 1684.

Poco despues de su graduación, vemos a Vidania actuar como

---

(6) Anastasio Marcelino Uberte Balaguer, *Parte Primera del origen y grados del honor, con los epitetos, y resplandores que dió en todas edades la virtud a lo heroico... adonde se da noticia de lo que es propiamente Nobleza, con algún Epilogo de Familias ilustres de España, como de otros forasteros de los Estados y Reinos de Italia; cuya recopilación por mayor ha formado D.,,,, natural del Reino de Aragón, que reside en este Reino de Napoles...* Napoli, 1694, p. 206.

(7) Información JMLF.

(8) *Ibidem.*

(9) Diego Vincencio de Vidania, *D. Francisco de Benavides representa los servicios heredados y propios, y los de sus hijos y la antigüedad y calidad de su casa, y de las incorporadas a ella*. Nápoles, 1696; y Idem, *Triunfos cristianos del mahometismo vencido. En cinco discursos académicos. Publicálos...*, Madrid, 1684.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

notario. Las primeras huellas son de 1670 y las últimas de 1682, con un lapso de inactividad entre 1672 y 1675. En este último año se registra su presentación al Colegio de Notarios de Huesca (10). Nos informa Lahoz Fenestres que los protocolos confeccionados por Vidania se caracterizan por su pulcritud, con índices de materias cuidadosamente elaborados, buena caligrafía y calidad de la encuadernación. Sus protocolos recogen los negocios entonces más frecuentes — como testamentos, capitulaciones matrimoniales, ventas — con el agregado de que contienen una rica documentación sobre los miembros de la Universidad.

De esos años conocemos el testamento que el propio Vidania hizo el 10 de agosto de 1679, en el que consta que estaba casado con doña Teresa Martinez de Insausti y no tenía descendencia. Poco tiempo despues enviudó y ello lo condujo a un profundo cambio de vida al acercarse a los cuarenta años de edad. Uno de los coetáneos comenta entonces que « el amigo Vidania está muy triste desde que se quedó viudo y sin descendencia » (11). Sin poder precisar cronológicamente los distintos pasos, hacia 1684 se inicia una nueva etapa en su vida, que lo lleva a abandonar definitivamente la residencia en Huesca, a ingresar como ministro del Santo Oficio y a ordenarse sacerdote (12).

Todo comienza con su petición para ingresar como ministro del Santo Oficio. El 27 de julio de 1684 el Consejo de la Suprema y General Inquisición lo admite como oficial y ministro, luego de realizada la información de genealogía, linaje y naturaleza (13). El 18 de octubre informa al Consejo de la Universidad que ha sido nombrado fiscal de la Inquisición de Barcelona y el 26 del mismo mes se despide anunciando su viaje a la Corte (14). A partir de entonces, las huellas se nos pierden por algunos años.

Debió residir algún tiempo en Madrid. La dedicatoria de un

---

(10) Información JMLF.

(11) *Ibidem.*

(12) « Enviudó y abrazó el estado eclesiástico » (LATASSA, pp. 442-443).

(13) Archivo Histórico Nacional (Madrid), Inquisición. Informaciones geneálogicas, leg. 1220, núm. 1. Agradezco a las doctoras Ana Maria Barrero y Maria Luz Alonso las gestiones para obtener las fotocopias de este material.

(14) Archivo Histórico Provincial de Huesca, Archivo de la Universidad Sertoriana, 20/9, año 1684. Otros datos proporcionados por JMLF.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libro que edita aparece fechada alli el 10 de diciembre de 1683 (15). Tambien en esa ciudad ejerce como abogado y es consultor del Santo Oficio (16).

Su vinculación con círculos cortesanos debió ser provechosa si tenemos en cuenta el rumbo que tendría su vida pocos años despues. Pero por el desempeño de su oficio inquisitorial, debió tambien vivir cierto tiempo en Barcelona, donde echó algunas raíces (17).

La designación como Capellán Mayor del Rey en Nápoles en 1693 abrió para Vidania otra prolongada etapa de su vida. Llegó a suelo napolitano en julio de ese mismo año para tomar posesión del oficio, que desempeñó hasta su muerte, ocurrida a los 87 años de edad, en 1731. Fue sepultado en Sant Anna de Palazzo (18).

Este período napolitano, que se extiende por casi cuatro décadas, coincide con el de mayor despliegue de su producción intelectual y de su relevancia social. Además del alto oficio eclesiástico que desempeñaba (19), fue prefecto de la Real Universidad y tuvo una activa vida academica. Su carrera burocrática dentro de la Inquisición recibe nuevos reconocimientos al designársele Inquisidor en Sicilia y en 1699 Visitador de su Tribunal (20). Al año siguiente, el rey le otorga plaza honoraria en el Consejo de la Suprema Inquisición (21). En fin, Galasso afirma que desempeñó « un rol muy

(15) *Triunfos cristianos*..., cit. en nota 9.

(16) LATASSA, p. 443.

(17) No he podido obtener hasta ahora documentación respecto a su actuación en esta ciudad.

(18) Vidania debió morir a mediados de 1731, pues en enero de 1732 ya monseñor Celestino Galiani lo había sucedido en la Capellanía Mayor (GIAMBATTISTA VICO) *Opere*, t. VII (a cargo de Fausto Nicolini), Bari, 1940, p. 259).

(19) Ya en 1694 aparece como Abad de las Iglesias Reales y Diocesanas de S. Nicolas de Pergoleto de Nardo; y S. Nicolas de Buquisano de Catanzaro (Uberte Balaguer, cit., pp. 208-209).

(20) La designación es del 5 de marzo de 1699 dada por el Inquisidor General Fray Juan Thomas, arzobispo de Valencia (Biblioteca Nacional de Madrid, Inquisición. Cartas, mss. 2827, f. 1).

(21) Por carta del 24 de abril de 1700 Vidania comunica esta designación a la Universidad de Huesca (Archivo Histórico Provincial de Huesca, Archivo de la Universidad Sertoriana, 20/17, año 1700); LATASSA, p. 443.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importante en la vida política y cultural de Nápoles » (22). Más allá de algunos testimonios que apoyan esta afirmación, estimo necesario profundizar la etapa napolitana de Vidania, pues, tal como lo dejan entrever los esporádicos datos de que disponemos, su vida parece haber sido nutrida con importantes conexiones intelectuales.

La larga residencia en Nápoles fue alternada con estancias en otros reinos itálicos. Más prolongados debieron ser los días transcurridos en Barcelona. Es sugestivo que en esta última ciudad aparezcan datados dos laboriosos escritos: en 1709 la respuesta a Giambattista Vico y en 1712 el libro que nos ocupa. ¿Pura casualidad? ¿O es que Vidania iba con frecuencia a la ciudad condal, donde conservaba sus vinculaciones y acaso tenía parte de sus libros y papeles?

Quedan piezas del rompecabezas sin ubicar. Latassa — que recoge buena información — indica, entre los empleos y dignidades a los que accedió Vidania, que el rey « lo hizo de su Consejo », asi como Juez interino de la Monarquía en el Reino de Aragón (23). No sabemos cuando ello ocurrió ni conocemos el alcance de la designación. Tambien fue nombrado cronista de la Inquisición y de los reinos de Castilla y León, asi como de Aragón. Tampoco hay precisiones de fecha. En lo que hace al cargo de cronista de dichos reinos, ya consta en el libro que Vidania publica en 1684 (24). Latassa agrega que fue ennoblecido con el título de Marqués de Arellano, y esto mismo lo han seguido repitiendo diccionarios posteriores (25). No conozco respaldo documental alguno sobre esta merced real. Es más, el joven colega Lahoz Finestres, luego de consultar con algunos expertos, considera que se pueden abrigar dudas sobre la veracidad de este dato.

Otras dos interesantes noticias proporcionadas por Latassa quedan pendientes de averiguación. Una es que a la muerte de Vidania « se fundaron varias memorias, que le hicieron honor ». No

---

(22) GIUSEPPE GALASSO, *Napoli Spagnola dopo Masaniello. Politica. Cultura. Societá.* Edizioni Scientifiche Italiane (Cava dei Tirreni), 1972, p, 531.

(23) LATASSA, p. 443; UBERTE BALAGUER, pp. 208-209.

(24) *Triunfos cristianos*..., cit. en nota 9.

(25) Asi en *Enciclopedia Universal* Espasa-Calpe, el título nobiliario aparece a la cabeza de la biografía (cit., 772).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

especifica donde se hicieron y que carácter tenían, lo que acaso permitiría determinar el destino que tuvieron sus libros, papeles y colección de antigüedades, que era el precioso caudal que disponía. La otra noticia se refiere a la existencia de un retrato, que nos daría la posibilidad de conocer su fisonomía.

III. Núcleos culturales: huesca, la inquisicion, napoles

La pérdida de memoria sobre determinada cultura, o importantes sectores de la misma, es, al parecer, un fenómeno más habitual de lo que se cree. Me refiero naturalmente no solo a los restos materiales de ese pasado, sino sobre todo al espíritu que anima a dicha creación intelectual. Tarea ímproba — pero deliciosa al mismo tiempo — del historiador es excavar y desenterrar lo que el tiempo ha condenado al olvido. La vida y obra de Vidania no pueden profundizarse sin conocer los principales núcleos culturales en los cuales se insertó su actividad. Se destacan tres: los eruditos de Huesca, el mundo de la Inquisición española y los círculos intelectuales napolitanos. Hay posibilidades de que nuevas indagaciones muestren su relación con cenáculos catalanes y madrileños, lo que sería del máximo interés ya que había en ambos lugares tertulias concurridas y patrocinadas por altos personajes, en las cuales se trataba de la ciencia y de la filosofía modernas.

Aquellos núcleos intelectuales destacados, si bien conforman cada uno su esfera propia, aparecen integrados en la personalidad intelectual de Vidania de modo inescindible y convergen finalmente en la concreción de la obra que ocupa la atención central de estas páginas. Obra deudora pues de esos núcleos, obra que hubiese perdida sus notas esenciales si hubiese faltado la presencia de alguno de ellos.

El período histórico que comprende nuestro estudio era considerado hasta hace pocos decenios como oscuro y depresivo en la vida española, tanto en lo socio-económico como en lo cultural. Era entonces lugar común que la « época de las luces » solo empezaba en 1726 con la aparición del *Teatro crítico* de Feijoo. En ese entendimiento se concebía una España aislada de las letras europeas y a una Inquisición celosa e implacable con toda innovación intelectual. Estas imágenes han empezado a modificarse gracias a nuevas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

investigaciones y reflexiones de los estudiosos europeos. Ya hace unos años François López puso el acento en un despertar surgido de la misma sociedad — y no debido a causa externa — en las últimas décadas del XVII, despertar exteriorizado en las distintas actividades de la vida colectiva, entre ellas la socio-cultural (26). A su vez Henry Kamen ha enfatizado la importante manifestación intelectual del Seiscientos, que incluye la circulación y tenencia de libros prohibidos por la Inquisición (27) . Otras investigaciones concretas se han orientado en el mismo sentido (28). De tal modo, parece prevalecer una historia intelectual en la que se intentan apreciar las continuidades y permanencias, evitando los abruptos cortes, muchas veces producto de visiones deformadas — y tambien interesadas — del pasado. Ello, por cierto, sin dejar de atender a las mutaciones que el paso de los hombres y el tiempo provocan en determinados núcleos de saber. Estas consideraciones resultan aplicables a los fines particulares del examen que me propongo realizar.

1. *Los eruditos de Huesca.*

En Huesca transcurrió, según vimos, la primera etapa de la vida de nuestro autor, casi hasta los cuarenta años de edad. Allí plasmó su personalidad intelectual y su pasión de erudito.

El marco en el que se inserta la vida oscense del siglo XVII no parece propicio al despliegue de actividades intelectuales como las que aqui estamos mostrando. Fue una centuria de crisis tanto en el reino de Aragón como en el resto de Europa. A la presión de la Monarquía por obtener más dinero de los reinos, se suman hechos que ahondan el malestar, principalmente la expulsión de los moriscos, las pestes, las malas cosechas y la guerra de Cataluña. Se

---

(26) FRANÇOIS LOPEZ, *La historia de las ideas en el siglo XVIII: concepciones antiguas y revisiones necesarias* en *Boletin del Centro de Estudios del siglo XVIII*, núm. 3, Oviedo, 1975, pp. 6-7.

(27) HENRY KAMEN, *La Inquisición española*, 3ª. edición, Barcelona, 1988, pp. 122-123 y 328.

(28) GIOVANNI STIFFONI, *Intelectuales, sociedad y Estado* en *Historia de España* directores: Menendez Pidal- Jover Zamora), t. XXIX, vol. II: *La cultura española entre el Barroco y la Ilustración (circa 1680-1759)*, Madrid, 1985. pp. 5 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produjo asi una regresión demográfica y el nivel de la productividad descendió considerablemente, de modo particular en el ramo textil. Algunas de estas calamidades, guerras y pestes, azotaron al reino y tambien a Huesca, durante los años en que Vidania residió allí. La guerra de los treinta años finalizó en 1648 y la de Cataluña en 1652. La epidemia entraba en Huesca en 1651, tuvo nuevos brotes en años siguientes y volvió con mucha virulencia en Aragón en 1683-1684, casi siempre junto con las malas cosechas (29).

Dentro de esta situación socio-económica que hoy observamos como depresiva, se desarrolló en Aragón una activa vida literaria, plasmada en la imprenta. En tal sentido, Zaragoza estaba a la altura de las primeras ciudades españolas, pero tambien el arte de imprimir se desenvolvía en Huesca. Es en esta ciudad donde se insertan dos importantes focos culturales, en los que Vidania participó activamente: la Universidad y la casa de Lastanosa. Aunque aun falta « una buena historia de la vida intelectual de Aragón » de la época (30), es posible reconstruir algunos rasgos de ese despliegue cultural. La Universidad fundada en 1354 fue centro de la actividad de Vidania durante todo ese período, pues — según vimos — allí estudió, obtuvo sus grados académicos, ejerció la docencia y desempeñó funciones directivas hasta su definitiva partida de la ciudad. Producida ésta, mantuvo vinculación epistolar con la casa de estudios en los años siguientes. Además, en libros editados con posterioridad, junto a su nombre se consignaban sus antiguos cargos universitarios, que aparecían como un preciado respaldo intelectual.

Desde el siglo XVI la casa de los Lastanosa se constituyó en un importante foco cultural. Iniciada esta actividad por sus ascendientes, se prolongó y alcanzó su mayor fama con Vincencio Juan (1607-1684), señor de Figueruelas y gentil hombre de la casa del rey. Aunque su educación científica y literaria fue escasa, careciendo de estudios universitarios, la dedicación a los negocios no le impidió cultivarse en distintos saberes: matemáticas, astronomía, arquitec-

(29) ANGEL CANELLAS LOPEZ (dir.), *Aragón en su Historia*, Zaragoza, 1980. Véase especialmente los capítulos de Luisa Orera Orera, « Felipe II de Aragón », Enrique Solano Camón « Felipe III de Aragón » y « Carlos II de Aragón » y Carlos Corona Baratech, « Aragón en el siglo XVIII ».

(30) F. LOPEZ, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tura, botánica, historia, literatura, y constituirse en un benefactor de escritores y artistas. Su palacio adquirió a mediados de siglo el máximo esplendor. Concurrían al mismo desde Felipe IV — lo hizo en dos ocasiones — a otros personajes prominentes de las noblezas española y francesa. Lugar de espléndidas fiestas, la casa era un verdadero museo que atesoraba una llamativa cantidad y variedad de objetos raros o preciosos: armas, monedas griegas y romanas, piedras y fósiles, pinturas y esculturas, restos arqueológicos. De particular relieve era la biblioteca que, heredada de sus padres, enriqueció con libros y manuscritos de variadas materias: teología, filología, política, jurisprudencia, historia, geografía, filosofía, arte, música, medicina, etc. Los jardines, de inspiración francesa, en los cuales se encontraban especies botánicas raras, animales curiosos, obras de arte y de esparcimiento causaban admiración en sus selectos y empinados visitantes. Como se decía, la casa « es un emporio de la más agradable y curiosa variedad » (31). Tal fue el halo que rodeó a esta mansión oscense que quedó acuñado el dicho « Quien va a Huesca y no ve la casa de Lastanosa no ha visto cosa » (32).

En torno a ella se constituyó una tertulia de eruditos, escritores y artistas, presidida por su dueño y benefactor. Baltasar Gracian fue el más notorio de los contertulios y su producción literaria estuvo estrechamente unida a este núcleo erudito (33). Amigo y confidente, le cupo a Lastanosa cierta participación en sus obras, algunas de las cuales hizo imprimir. Gracian lo retrataba como « benemérito universal de todo lo curioso, selecto, gustoso en libros, monedas, estatuas, piedras, antigüedades, pinturas, flores... » (34).

---

(31) BALTASAR GRACIAN, *Agudeza y arte de ingenio* en *Obras completas*, I, Buenos Aires, 1943, p. 193. Sobre la casa de Lastanosa, véase RICARDO DEL ARCO Y GARAY, *La erudicion argonesa en el siglo XVII en torno a Lastanosa*. Madrid, 1934. El mismo autor trazó un esbozo en *El Genio de la raza, Figuras aragonesas* (Primera serie), Zaragoza, 1923, pp. 83-96.

(32) Aun más expresiva es la rectificación que introdujo a esta frase el Condestable de Castilla, don Bernardino Fernandez de Velasco, al decir en 1636: « Quien va a Huesca y no ve la casa de Lastanosa deja de ver cuanto tiene el mundo » (ARCO Y GARAY, p. 190).

(33) Veáse ADOLPHE COSTER, *Baltasar Gracian*, Zaragoza, 1947.

(34) GRACIAN, p. 193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La tertulia de eruditos es una vivencia cultural que hoy solo conocemos imperfectamente a traves de huellas escritas. Es difícil recrear las complejas formas que la rodeaba y la sustancia que animaba las conversaciones. Se hablaba y discutía en torno a antigüedades, monedas, esculturas, libros, manuscritos antiguos, y sobre todo atraían los nuevos hallazgos, particularmente los arqueológicos y librescos, pero tambien otros que simplemente eran curiosos, pues no debe olvidarse la inclinación que esos hombres sentían por la variedad. Junto a ello se articulaba un complejo mecanismo de circulación de esas piezas, originada en adquisiciones, regalos y herencias, que llevaba a desplegar una red de conexiones entre eruditos de diversas ciudades y reinos. Las epístolas constituían el nervio de la comunicación entre ellos.

Vidania perteneció activamente a este círculo de Lastanosa, no obstante los casi cuarenta años que los separaba en edad. Se incorporó a la tertulia en tiempos en que aun se conservaría el eco de la presencia de Gracian. Lastanosa fue para él maestro y protector. Vidania volcó su admiración en un elogio que compuso para la edición del *Tratado de la moneda jaquesa* de Lastanosa, que se imprimió en 1681. Allí decía con respecto a su maestro: « Su casa es hospicio de estudiosos y extranjeros; sus bienes los hace comunes su liberalidad » (35). Junto a Vidania se ha destacado la presencia en ese grupo de los cronistas Uztarroz, Pellicer y Ximenez de Urrea; del poeta Manuel de Salinas; y del jurista Juan Francisco de Montemayor y Cuenca.

Si el fulgor de la casa de Lastanosa disminuye ya en los últimos años de su vida, la muerte en 1684 (36) determina la desaparición del cenáculo y la dispersión de la afamada biblioteca (37). Es el momento en que Vidania se aleja definitivamente de Huesca.

Cuando leemos aquellas palabras con que Latassa marca a fuego la imagen de un Vidania erudito, con sus libros, códices, medallas y demas rasgos del sabio y curioso, debemos entroncarlo con su

(35) Arco y Garay, p. 215. Tambien pp. 282-283 y p. 342, entre otras referencias.

(36) Un autor sostiene que fue en 1681 (Federico Balaguer, *Nota biográfica de Vincencio Juan de Lastanosa*, en *Vincencio Juan de Lastanosa. III Centenario*, Huesca, 1981). No cita apoyo documental para esta rectificación.

(37) Veáse *Gran Enciclopedia aragonesa*, cit., t. VIII (1981), p. 2015.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maestro Lastanosa. Dice aquel autor — en base a testimonios de época — que Vidania tuvo « gran conocimiento y gusto en formar una copiosa y selecta librería, ilustrada tambien de muchos monumentos antiguos, medallas y cosas dignas de un sabio por los muchos y raros códices que tenía... ». Y agrega luego: « La correspondencia que tuvo con toda suerte de literatos no dejó de manifestar sus sabios conocimientos, sus libros, medallas y gusto de la Antigüedad... » (38). No en vano Vidania es considerado entre los principales numismáticos del siglo XVII (39).

En el testamento que hizo en 1679, las mandas referidas a sus libros corroboran esta inclinación. Vidania entonces dispone: « dejo por gracia especial a D. Gerónimo Marta del Consejo de su Majestad en el Civil de Aragón en señal de amor los Molinos Empapelados (¿alude a Miguel de Molinos?), Manuscritos de leyes y práctica, un libro en cuarto manuscrito de mi letra de secretos y curiosidades. Y que se le envie el indice de mi librería para que elija de ella todo lo que quisiere ». Y a continuación, repitiendo la misma motivación, deja a D. Nicolas de Olzina y del Molino, Señor de Monrepos y Argues « los manuscritos míos de familia y Arte de Blasones, y libros y papeles de este asunto impresos y manuscritos, y los de erudición, humanidad, poesía y historia de lengua castellana » (40).

A esta prueba documental podemos unir el testimonio de Dormer — de la misma época —, quien afirma que poseía « muchos manuscritos curiosos » (41); y tambien el de Manuel Martinez Pingarrón (42), aunque sin datar con la misma precisión. Nos encontramos pues ante un Vidania que reunía las condiciones para ser centro de un círculo de eruditos. Ni sabemos si realmente lo fue. Tampoco podemos extender documentadamente esta imagen de Vidania,

---

(38) LATASSA, p. 443.

(39) ARCO Y GARAY, p. 286.

(40) Testamento de Diego Vincencio de Vidania, Huesca, 10 de agosto de 1679 (Archivo Histórico Provincial de Huesca, Protocolo notarial 1987. Dato proporcionado por JMLF).

(41) DIEGO JOSEF DORMER, *Progresos de la Historia en el Reino de Aragón y elogios de Gerónimo Zurita, su primer cronista...*, Zaragoza, 1680, p. 590.

(42) MANUEL MARTINEZ PINGARRON, *Ciencia de las medallas con notas históricas y criticas*, traducida del idioma frances, segun la edicion de Paris del año 1739, al español por..., t. I, Madrid, 1777, p. XXIX, Es la obra de Loúis Jobert.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como gran coleccionista de antigüedades, libros y papeles, al período posterior a 1684. Aquellos recordados párrafos de Latassa no concretan si se trata de la etapa oscense o abarcan tambien épocas posteriores. Sin embargo, estos hilos sueltos parecen suficientes para afirmar, como rasgo distintivo de Vidania, su calidad de erudito, que se patentiza nítidamente en su producción escrita.

2) *El pequeño mundo de la Inquisición.*

Según hemos visto, Vidania despliega una carrera burocrática, intensa y brillante en el Santo Oficio. Admitido en 1684 como oficial y ministro, se desempeña como consultor en Madrid, fiscal en Barcelona, más tarde como inquisidor en Sicilia y visitador de su Tribunal hasta que en 1700 se le concede plaza honoraria en la Suprema Inquisición. Aparece tambien como cronista de la misma.

La difundida imagen simplista de una Inquisición española cruelmente represiva e intelectualmente estrecha no es buena guía para explicar cómo un sabio y erudito de la talla de Vidania busca y obtiene su ingreso en ella, ni tampoco para entender como el organismo acepta y promueve hasta cargos prominentes a quien denota una viva afición por el saber erudito que no reconoce fronteras ideológicas. En realidad poco sabemos sobre el funcionamiento de su aparato burocrático, acerca del papel desempeñado por los juristas en sus distintas funciones y sobre la conexión entre el Tribunal y los diversos círculos de eruditos. Cabe preguntarse si está bien respaldado el recordado juicio de Menendez y Pelayo sobre el ingreso libre en España de « todo lo que en el mundo tenía alguna resonancia, y mucho más si eran libros escritos en latín y para sabios, con los cuales fue siempre tolerantísimo el Santo Oficio » (43). Si bien esta impresión no se recoge al verificar la nómina de libros prohibidos por el Tribunal largamente vigente, cabría plantear la posibilidad de un desajuste entre estas rigurosas censuras y una práctica tolerante.

Entre los estudiosos del tema se advierte una fuerte tendencia a

(43) Marcelino Menendez y Pelayo, *Historia de los heterdoxos españoles*, edición BAC, II, Madrid 1956, p. 360.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estudiar aspectos del Tribunal hasta ahora poco tratados. Kamen afirma que los inquisidores en los siglos XVI y XVII eran « una elite burocrática » (44), en la cual predominaban los juristas, ya que se requería esa condicion para ser consultor, fiscal y juez. Asimismo se ha puntualizado que quienes ingresaban en el organismo gozaban de los apetecidos privilegios inquisitoriales, que constituían « un medio de protección que permite a sus oficiales cumplir su función con garantías, consolidar el poder inquisitorial y afianzar su relieve social » (45).

Por las encumbradas funciones que llegó a desempeñar, Vidania aparece como un personaje clave, en el que resulta dificil encuadrar la imagen de una Inquisición estrecha en sus miras intelectuales. Su ingreso valió a la Inquisición el aporte de un reconocido erudito en letras y jurisprudencia, conocedor del mundillo de las tertulias y con preocupaciones culturales diversas. El caso de Vidania es mencionado en un reciente trabajo, como único ejemplo de autor con obra propia entre los que desempeñaron el cargo de inquisidores (46). Es dable suponer que a su vez Vidania se sintió atraído por los privilegios inquisitoriales que tal vez pudieran otorgarle mayor libertad para la lectura y tenencia de los « libros prohibidos ». Si bien no eran ya los duros tiempos de la « contrareforma », el aparato inquisitorial conservaba sus estructuras con fuerte presión sobre la sociedad.

La lectura de las páginas centrales de este estudio puede ayudar a verificar hasta qué esto era así.

3) *La atracción cultural de Nápoles.*

El reino de Nápoles, integrado en la Monarquía Española, aparece en el siglo XVII como un espacio territorial apropiado para

---

(44) KAMEN, p. 191.

(45) ROBERTO LOPEZ VELA, *El calificador en el procedimiento y la organizacion del Santo Oficio. Inquisición y órdenes religiosas en el siglo XVII*, en JOSE ANTONIO ESCUDERO (edit.), *Perfiles jurídicos de la Inquisición Española*, Madrid, 1989, p. 365.

(46) ANTONIO ROLDAN PEREZ, *Reflexiones sobre la producción literaria de los funcionarios inquisitoriales* en ESCUDERO, *Perfiles Jurídicos*..., cit., pp. 477 ss, La referencia a Vidania en p. 499.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recibir las diversas corrientes del pensamiento de la Europa central y tambien de la Península ibérica. La filosofía moderna y el iusnaturalismo encontraron lugar en su seno.

Vidania se sintió atraído por estos nuevos horizontes. Si los virreinatos itálicos eran atractivos para los letrados españoles que buscaban plazas en la burocracia y en la justicia, Napoles lo fue de manera mayor. En especial, interesó a los aragoneses (47). Estos juristas se sentían cómodos operando con el Derecho romano justinianeo que era el sustrato común a todos los dominios europeos, aunque cada reino ostentara sus peculiaridades. Constituia la base formativa de los juristas y la doctrina del ius commune inspiraba y orientaba las funciones de gobierno y justicia.

A su vez, los juristas napolitanos constituían por entonces la más importante fuerza social del reino, convirtiéndose en interlocutores válidos del gobierno español en Nápoles (48). A ellos se vincula el despertar cultural de la segunda mitad de la centuria, con influencia francesa pero tambien alemana e inglesa.

Vidania se incorporó a la vida napolitana con un encumbrado oficio, que seguramente facilitó su inserción en el medio cultural. El oficio de alta dignidad, estaba sujeto a la regla de la alternativa entre napolitanos y españoles, y al producirse la muerte de Gerónimo della Marra se abrió la sucesión para un hispano, la cual recayó en nuestro Vidania. Desde que llegó a la ciudad en julio de 1693 hasta su muerte en 1731 debió tener allí su residencia principal. No disponemos de información concreta que permita conocer sus amistades y contactos intelectuales, los grupos de eruditos a los que estuvo vinculado y sobre todo la existencia posible durante ese largo período de su biblioteca y colección de antigüedades. En cambio, puede sí comprobarse que esos años fueron fructíferos en cuanto a trabajo intelectual.

Su relacion con la Universidad fue casi inmediata. Despues de 1696 aparece como Prefecto y en 1698 proponía al Virrey la reforma

(47) Jose María García Marin, *Monarquía Católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales*, Madrid, 1992, pp. 88 ss.

(48) *Idem*, pp. 361-365.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la misma sobre el modelo español (49). El nombre de Vidania se asocia con dos episodios de la vida de Giambattista Vico. El primero fue la polémica que ambos mantuvieron en torno a si los jurisconsultos romanos eran solo patricios, tesis defendida en sentido afirmativo por Vico y negada por su contrincante. Vidania redactó su respuesta en Barcelona en abril de 1709 y la carta fue luego publicada por Vico, con anotaciones propias, ambas en latín (50). Una polémica bien al gusto de los eruditos...

El segundo episodio ocurrió cuando Vico sostuvo en 1723 su lección en el concurso para la cátedra matutina de Derecho civil, ante una mesa examinadora compuesta por 29 miembros (51). La presidía Vidania, lo que constituye un indicio no solo de su permanente vinculación con la vida universitaria sino tambien del rango académico alcanzado.

IV. VIDANIA ¿ERUDITO, CRONISTA, JURISTA, MORALISTA?

La obra escrita sustancial de Vidania quedó sin publicarse. No hay evidencias de que circulasen copias o extractos manuscritos de esos trabajos. Ello ha provocado en buena parte el olvido de su nombre. Las causas fueron seguramente más de orden intelectual que económico. Sin embargo, el autor ha tenido la fortuna póstuma de que los manuscritos originales hayan podido sobrevivir, durante casi tres siglos, a toda clase de vicisitudes y a la dispersión de su afamada biblioteca. Hoy encontramos dichas obras en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia (Madrid) y en la Biblioteca de la Universidad de Bonn.

Quien se acerca a la producción literaria de Vidania tiene la impresión de encontrarse ante todo, por formación y gusto, con un erudito, es decir, un curioso y apasionado por el saber, lector incansable, coleccionista de libros y manuscritos. Su labor como escritor estuvo subordinada a esa poderosa inclinación y posible-

(49) GALASSO, p. 531. Sobre esta materia, véase GARCIA MARIN, p. 84, 253-255, 306 y p. 379.

(50) Véase GIAMBATTISTA VICO, *Opere*, t. II, 1 (a cargo de Fausto Nicolini), Bari, 1936, p. 784; y t. V (a cargo de Benedetto Croce), Bari, 1911, pp, 133-137.

(51) *Idem*, t. VIII (a cargo de Fausto Nicolini), Bari, 1941, pp. 288 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente encontremos en ello una de las causas que postergaron sine die la edición de sus trabajos de mayor aliento.

Aunque no se dispone hoy de una nómina completa de los escritos que compuso, cabe recordar que durante la primera etapa de su vida en Huesca se publicaron algunas piezas, cuya edición o autoría se le atribuyen. Han sido reseñados en la *Biblioteca* de Latassa. Son cartas, discursos y otros escritos breves, de índole erudita, alguno polémico, otros apologéticos. En Madrid publicó en 1684 un opúsculo titulado *Triunfos cristianos del mahometismo vencido*, conteniendo cinco discursos, de los cuales el primero es suyo, de tono apologético y estilo rebuscado (52).

Ya en Nápoles vió la luz una voluminosa obra de 490 páginas, que redactó por encargo, destinada a representar los servicios prestados al rey por don Francisco de Benavidez, perteneciente a la grandeza nobiliaria española y por entonces virrey de Nápoles, haciendo mérito tanto de los acreditados por sus antecesores como de los propios y tambien los de sus hijos. Mostraba además la antigüedad y calidad de su Casa y de las que se fueron incorporando a ella (53). Se trata de una sólida armazón de noticias y datos (54). Es probable que tambien hayan pasado por las prensas otros escritos menores de este período, sin que hoy estén localizados.

De las obras de Vidania no publicadas se conocen seis manuscritos originales que permiten ubicarlo como cronista, jurista y moralista. Haré una breve reseña de esa producción.

En la Biblioteca de Bonn se encuentran dos obras históricas: los *Anales del reinado de D. Felipe III* en dos gruesos volumenes (55); y los *Anales de las Españas desde el Diluvio hasta la época de Carlos II*, en un volumen (56). La primera es resultado de su labor de revisión y agregados a la obra que dejó escrita el cronista Gil González

(52) Obra citada en la nota 9. El discurso de Vidania llevaba por título « Inocencio XI. Heroe de las Victorias contra los bárbaros ».

(53) Obra citada en nota 9. Tambien LATASSA, p. 445.

(54) GALASSO, p. 531.

(55) « Anales del reinado de D. Felipe III Rey de las Españas y Nuevo Mundo que escribió D. Diego Vincencio de Vidania del Consejo de su Majestad ».

(56) « Anales de las Españas desde el Diluvio hasta el felicisimo reinado del Señor Rey don Carlos Segundo, nuestro Rey y Señor. Justificación del legitimo Derecho a sus titulos y Dictados... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Davila; y la segunda es caracterizada como « una inmensa recopilación de datos recogidos con poco orden », inclinada hacia materias de heráldica y genealogía (57). En estas crónicas sobresale su perfil erudito, con una enorme acumulación de datos, pero sin haber plasmado una obra orgánica.

Hay otro importante trabajo en esta misma orientación. Su título es: *Teatro de las Españas citerior y ulterior, Tarraconense, Betica y Lusitana. Su historia sagrada, profana, geográfica, crografica, genealógica, heráldica. Por orden alfabético*. Es un tratado « en ocho cuerpos en folio », que Vidania « compone y está perfeccionando » en Nápoles en 1694, según testimonio de época (58). ¿Se trata de obra distinta a las hoy depositadas en Bonn o es parte de un mismo proyecto?

Desde los años de su actividad universitaria en Huesca, se asocia a Vidania con el cultivo de la erudición romana (59). Si páginas atrás registramos la polémica mantenida con Vico acerca de la condición social de los jurisconsultos romanos, cabe ahora referirse a otros aspectos de esa labor. En la mencionada biblioteca alemana se conservan dos gruesos volumenes manuscritos en latín con el título *Fasti legales opus...*, que contienen leyes, senadoconsultos romanos y otras noticias anexas. De mayor vuelo intelectual parece ser su disertación sobre el prefecto urbano, en donde examina el origen, dignidad y jurisdicción del oficio. Se trata tambien de un volumen manuscrito, conservado en la misma biblioteca (60). Son imprecisos los datos acerca de una obra que escribió en 1714 sobre el Código justineaneo, que asimismo dejó inédita. La misma fue examinada en 1816 por el abad Iácopo Morelli y calificada como labor notable, hecha con gran erudición y buena crítica (61). ¿Tiene algun parentesco con las anteriormente citadas?

La producción jurídica de Vidania alcanza, a mi juicio, la

---

(57) Quien dio a conocer estos manuscritos de Vidania existentes en Bonn, fue ANGEL LOSADA, *Una crónica inédita de Felipe III y otros manuscritos en la Bilioteca de la Universidad de Bonn (Alemania)* en Revista Bibliográfica y Documental, V (1951), pp. 153-165. Sobre las obras anteriormente citadas, pp. 159-161.

(58) UBERTE BALAGUER, 208-209, Tambien LATASSA, p. 445.

(59) Véase VICO, cit., V, p. 32 y VIII, pp. 295-296.

(60) LOSADA, pp. 161-162.

(61) VICO, cit, V, p. 110 y VIII, pp. 316-317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cúspide con el tratado sobre Derecho natural. Esta línea de su labor no tiene apoyo directo en las antigüedades romanas — aunque se nutre de ellas —, y tampoco registra precedentes en otros escritos. La existencia de este manuscrito no se menciona en ninguna de las obras de referencia consultadas y hasta parece recorrer un camino solitario a traves de los siglos, separado de los otros papeles, hasta llegar a la Biblioteca madrileña de la Academia de la Historia.

Finalmente, de la época en que se desempeñó como Inquisidor en Sicilia se conserva una obra suya en el campo de la teología moral. Escrita en latín, bajo el título *De abusu poenitentiae*, se ocupa de la 'solicitación' en el sacramento de la penitencia (62).

Aunque una valoración general de la labor escrita de Vidania solo podrá hacerse una vez que se haya examinado el material existente en la mencionada biblioteca alemana y que se iluminen aspectos oscuros de su trayectoria intelectual, lo cierto es que a traves de los elementos a nuestro alcance asoma en forma destacada el perfil de erudito, compilador de datos dispersos y valiosos. Pero no es un erudito corriente, sino que goza de 'autoridad', como ya en su tiempo lo consideraba el cronista Dormer (63). Sin duda, el estudio de mayor enjundia, con desenvolvimiento de un argumento central, es el que motiva este trabajo.

V. Los enigmas del manuscrito

El macizo volumen manuscrito sobre Derecho natural presenta problemas de comprensión y encierra algunos enigmas no fáciles de esclarecer.

A primer vista sorprende que sea un libro desconocido tanto por sus coetáneos como por los estudios posteriores. No hay noticia alguna que insinúe tan siquiera la proximidad de Vidania a esta aérea temática. La unica referencia, ambigua por cierto, que he encontrado es que dejó manuscritas obras jurídicas, « algunas de las cuales en lengua española » (64). Esto induce a pensar que el *Derecho natural* no perteneció al elenco de aquellas obras que, pese a no ser

(62) Losada, p. 162.
(63) Dormer, p. 351.
(64) Vico, V, p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impresas, alcanzaron una determinada circulación a traves de copias y extractos.

En la búsqueda de explicaciones a este hermetismo, cabe recordar lo que el propio Vidania estampó en la portada del volumen: « Escribelo para su uso... ». Pero es curioso que en la página siguiente encontremos una advertencia « Al lector »; y que en distintas partes del manuscrito observemos que el autor remite a los mismos lectores a otros libros para ampliar determinados puntos de las materias que va considerando. Por lo demás, la cuidadosa caligrafía y el nutrido aparato de citas que luce insinuan que estamos en presencia de un manuscrito preparado para la imprenta y no de un volumen reservado para uso propio.

Se percibe asi una tensión interior entre el ánimo de publicar la obra — a ello parece responder el esfuerzo de elaboración — y la decisión de no hacerlo — la aclaración de la portada y el silencio posterior —. Según vimos, Vidania muestra escaso interés por llevar sus obras mayores a las prensas. Sin desdeñar aqui esta causal, me inclino a sostener que en el caso de este tratado hubo otro motivo determinante: el temor a la censura inquisitorial. Vidania dedicó un párrafo inicial a la cuestión: « Los Escritores Acatólicos que cito se entenderán con reprobación de sus sectas, por la Luz que dió su ingenio, en lo que no es dogmático. El mío cree y confiesa lo que manda la Iglesia Cathólica Romana... ». ¿Era suficiente esta declaración cuando aquellos autores, según veremos, nutrían la doctrina contenida en la obra?. Probablemente Vidania, eminente personaje de la Inquisición, temió someter tal libro a la censura de sus colegas y prefirió no difundirlo, conservándolo entre sus papeles con aquel agregado de que era para su uso.

De aceptarse esta hipótesis extrema, estaríamos en presencia de un tratado sin lectores y sin influencia en su medio. Una apresurada determinación puede llevar a desdeñar el mismo por carecer de interés histórico. Sin embargo, no es asi. Aun con la enunciada hipótesis extrema se abre un ramillete de enfoques útiles para el conocimiento de la época y para verificar la circulación de las ideas. Es un precioso testimonio de una línea de pensamiento que, por cierto, no quedó encerrada en ese volumen y tuvo otras vías de expresión. Tambien nos proporciona una visión distinta sobre cómo en el « libro prohibido » se separaba el ingenio intelectual y el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dogma religioso. En fin, nos sugiere además un mundo de eruditos entre los cuales se comunicaban y discutían estas ideas modernas.

La utilización de la lengua castellana para redactar esta obra da lugar a nuevos interrogantes. Vidania no manifiesta los motivos que ha tenido para ello. Es cierto que ya por entonces las lenguas romances estaban en pleno ascenso en detrimento del latín, y expresarse en ellas constituía un síntoma de renovación. Pero tambien es cierto que la mayor parte de la literatura sobre Derecho natural estaba escrita en latín y que Vidania mantenía estrechos contactos con ámbitos culturales europeos. Todo apunta a suponer que la intención de nuestro autor no fue elaborar una obra que compitiese con ese abigarrado elenco de literatura europea sobre la materia, sino destinarla a sectores más amplios de lectores españoles.

La data del prólogo en Barcelona el 15 de julio de 1712 con el agregado de que se empezó la obra el 6 de mayo y se concluyó en aquel día es sorprendente ¡Sólo 70 días para componer un libro de 674 páginas, con cientos de notas!. Pero más allá de esta cuestión — que naturalmente puede prestarse a diversas hipótesis — interesa mostrar a Vidania asentado en la ciudad condal, con aparente disponibilidad de un material bibliográfico caudaloso. No se trata sólo de conjeturar si allí estaban sus afamados libros y papeles, sino tambien de verificar su vinculación con otros eruditos y juristas, con la consiguiente circulación de libros, trasmisión de ideas, etc. No es posible avanzar en la dilucidación de este enigma.

Llegamos finalmente al meollo temático. El título que Vidania dió al volunen importa la definición y presentación de una disciplina, pero tambien la afirmación de la tesis central desenvuelta en sus páginas. Ocuparse del Derecho natural a secas, separado del de gentes, y bajo esa denominación ordenar la materia no era por entonces corriente, pues la doctrina de ese Derecho natural se solía tratar, haciendo la aplicación correspondiente, dentro de obras teológicas, filosóficas, políticas o jurídicas. Tal era lo que había ocurrido, por ejemplo, con los teólogos españoles y más precisamente con Grocio. Según mis noticias, la de Vidania sería la primera obra escrita en lengua castellana que lleva tal título.

Que el Derecho natural sirviese como cabeza de un tratado y que se dijese que el objeto de éste era « referir los Principios del Derecho Natural, en un breve sumario » está marcando entonces el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carácter de nueva disciplina dentro de la esfera jurídica, donde reinaban los Derechos civil y canónico. Que además el título del tratado fuese tan expresivo, al considerar que dicho Derecho natural estaba « innato en las mentes de los hombres », teniendo por fuente la razón humana, acercaba al autor a los más renovados planteos sobre la cuestión, haciéndolo coincidir con el despliegue de la Escuela del Derecho natural durante el siglo XVII.

Queda en pie un interrogante central: determinar la originalidad de la tarea llevada a cabo por Vidania en cuanto a la ordenación metodológica de la materia tratada y en lo relativo al proceso de asimilación y adaptación de la doctrina a la mentalidad hispana. ¿Puede vincularse este esfuerzo intelectual al origen de una vertiente hispana del iusnaturalismo? En las páginas siguientes nos acercaremos a esta compleja cuestión con la sola pretensión de dejarla planteada.

VI. El derecho natural: historia de un concepto

La noción de Derecho natural tiene una larga historia y un contenido complejo. Se remonta a la filosofía griega y al Derecho romano clásico. Se enaltece en el pensamiento cristiano. No tiene sólo despliegue teórico. Es una noción con manifiesta aplicación, ya que se recurría al mismo en ausencia de precepto jurídico positivo o para dar mejor sustento al discurso jurídico. Asi se lo observa por lo menos hasta el siglo XVIII. Hasta entonces no se lo consideraba como un Derecho ideal, carente de coacción jurídica externa, enfoque que surgirá dominante en la cultura jurídica actual. Dos siglos atrás, el Derecho natural coexistía con el positivo y tambien contribuía a su reformulación (65).

Es en la Edad Moderna cuando el Derecho natural se erige en disciplina intelectual. Recogiendo esa rica herencia se transformó, con el crecimiento del racionalismo, en un objeto específico de estudio abordado por teólogos, filósofos, políticos y tambien juristas. El auge de esta corriente se refleja en los títulos de obras

(65) Véase Adriano Cavanna, *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1979, pp. 322-325.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consagradas a la materia y, más adelante, en la creación de cátedras universitarias. La disciplina es, ya en el siglo XVIII, vehículo de una transformación profunda, aplicando nuevos criterios de razón y orden que otorgan al Derecho las pautas contemporáneas de racional y sistemático.

Se pueden asi establecer para entonces dos modos — paralelos, complementarios, yuxtapuestos — de concebir el Derecho natural: uno, como componente inescindible del orden jurídico, al mismo tiempo fundamento del positivo y de aplicación práctica; otro, como disciplina específica que lleva adelante la transformación jurídica a traves de una doble vía: la crítica del orden vigente y la construcción del nuevo que lo sustituirá.

El iusnaturalismo constituye un movimiento intelectual compuesto de numerosas corrientes internas que se combinan y entrecruzan, que domina en el pensamiento europeo de la Edad Moderna, con tonalidades diferentes de tiempo y lugar. Esas diferencias, sin embargo, parecen confluir en la creencia común que el Derecho es un producto de la razón humana que conduce a un reordenamiento racional del Derecho positivo (66).

Dentro del dilatado panorama del iusnaturalismo moderno, nuestro enfoque temporal se coloca a principios del siglo XVIII, cuando Vidania elabora su obra. Ocupa entonces lugar promimente la Escuela de Derecho Natural del XVII, desplegada detrás de la figura de Hugo Grocio por un numeroso elenco de autores y obras en lengua latina. En cambio, cabe apartar del examen al caudaloso movimiento dieciochesco posterior que abre una nueva etapa tanto en la formulación de la doctrina como en la imagen que de la misma se difunde, especialmente a partir de las ediciones francesas de las obras de Grocio y Pufendorf, a cargo de Jean Barbeyrac.

La idea de Grocio sobre el Derecho natural no es enteramente original. Reúne y desenvuelve la labor de generaciones anteriores de teólogos, filósofos y juristas, aun cuando resaltando algunos aportes y dándole visos de nueva doctrina. Se aprecia la influencia del pensamiento tomista, particularmente a traves de los principales teólogos-juristas españoles del siglo XVI; y de las Sagradas Escritu-

(66) *Idem*, pp. 320-321.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ras y los antiguos Padres de la Iglesia. Por vía del humanismo, se advierte la presencia de autores antiguos y de un retorno al Derecho romano. Tambien se reflejan las grandes corrientes culturales y la filosofía política del Quinientos — Maquiavelo, Bodino, etc. —. De ahi que la moderna doctrina del Derecho natural, antes que contraponerse a la antigua y medieval la desenvolvía, acentuando y desarrollando algunos aspectos y abriendo cauce a perfiles innovadores (67). Fassò destaca que durante el siglo XVII los autores preferían seguir la doctrina de Grocio y, en cambio, se manifestaban divididos con relación a Pufendorf, y casi siempre en contra de Hobbes y Spinoza (68).

La labor de Grocio no solo fue importante por la conjunción de esas fuentes antiguas y por insinuar nuevos avances, sino tambien por su difusión en países agitados por la Reforma protestante, poseedores de vigorosos impulsos económicos y políticos, que los convertirían en nuevos protagonistas de la historia universal. Aunque las barreras ideológicas eran rígidas en la Europa del Seiscientos, cabe observar que el pensamiento grociano en buena parte era común al ámbito hispano. Pese a una honda diferencia en las formas, la esencia de uno y otro se asemejaban (69). Hasta en aquel punto que ha marcado Jimenez de Parga: el paso del intelectualismo *teocéntrico* al *antropocéntrico* (70).

La principal obra de Grocio, *De jure belli ac pacis* fue prohibida « donec corrigantur » por la Inqusición española por decreto de 1637, doce años despues de su aparición. Se trataba de una condena relativa y ello seguramente influyó en la posterior interpretación de dicha prohibición, que subsistió formalmente aun en la edición del *Indice* de 1844. En contraste con esta restricción española a la obra de Grocio, colocamos su atractiva presencia en la cultura napolitana de la segunda mitad del Seiscientos. Se la considera allí como una

---

(67) GUIDO FASSO, *Historia de la Filosofia del Derecho*, vol II: Edad Moderna. Madrid, 1979, pp. 73 y 81.

(68) *Idem*, p. 128.

(69) *Idem*, p. 73 ss.; CAVANNA, p. 329.

(70) MANUEL JIMENEZ DE PARGA, *Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna*, en *Revista de Estudios Politicos*, núm. 74, Madrid, 1974, p. 141.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contribución para colmar la fractura entre católicos y protestantes en nombre de un comun Derecho, y asimismo como estímulo para mantener el estudio de la jurisprudencia junto a la historia y la filosofía (71). Es más, la figura de Grocio era apreciada en Nápoles como cercana al catolicismo y a la causa española. Se decía que Grocio había muerto católico y su autoridad doctrinaria era invocada en favor de los españoles en la disputa franco-hispana en torno a los títulos de dominación sobre ese reino (72). Dos elementos que resultan de interés para explicar la senda doctrinaria que transitó Vidania.

En cuanto a la participación del mundo hispano en el movimiento iusnaturalista moderno (73), son firmes los trazos historiográficos que marcan la importancia que tuvieron teólogos y juristas españoles del siglo XVI en su elaboración (74) y en la influencia ejercida sobre Grocio. En cambio, esos trazos se desvanecen cuando se trata del desenvolvimiento posterior, dando la impresión que se detiene el pulso de ese pensamiento hasta su abrupto despertar por el clamor de la Ilustración (75). El mundo hispano parece quedar en

---

(71) SALVO MASTELLONE, *Francesco D'Andrea, Politico e Giurista (1648-1698), L'ascesa del ceto civile*. Firenze, 1969, p. 42.

(72) *Idem*, p. 37 ss.

(73) Como planteamiento general destaco el estudio de JOSE LUIS DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil moderno*, incluido en su obra de recolección *Metodologia y Ciencia en el Derecho Privado Moderno*, Madrid, 1977, pp. 24 ss. Tambien véase *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno*, Incontro di studio. Atti a cura di PAOLO GROSSI, Firenze, 1973.

(74) Desde los antiguos estudios del alemán JOSEF KOHLER (1916-1917), del español ROMAN RIAZA (1925) y del posterior de HANS THIEME (1954) se ha afirmado, no sin algunas objeciones, una tendencia a considerar la importancia que tuvieron los teólogos y juristas españoles del siglo XVI en la elaboración del moderno Derecho natural y principalmente sobre Grocio. Esta dirección de los estudios se refleja en la difundida obra de conjunto de FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*, 2ª edición, Göttingen, 1967, con traducciones al italiano y al portugues. En este punto hay agregados importantes con relación a la primera edición, en base a la cual se hizo la única traducción española existente bajo el título *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957.

(75) Valga como ejemplo esta frase del jurista e historiador Sempere y Guarinos expresada en 1789: « Tenemos en España suma escasez de libros de Derecho Natural y de Gentes. Los principales autores extranjeros que han escrito sobre esta ciencia, Grocio, Pufendorf, Barbeyrac, etc, , están prohibidos; nuestros españoles de lo que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la penumbra, sin saberse hasta donde se mantienen las concepciones creativas del Quinientos, en qué medida se modifican y cómo se observa el despliegue de ideas en otros países del continente. A este período pertenece el manuscrito de Vidania. ¿Puede acaso ayudarnos a iluminar aquella penumbra?

VII. VIDANIA EN LA SENDA DE GROCIO

Por las páginas de *El Derecho Natural* de Vidania desfila un copioso elenco de autores y obras europeas del siglo XVII, en su inmensa mayoría en latín, que el autor parece conocer, en su mayor parte, en forma directa. Esa exhuberante producción literaria fue quedando olvidada en los anaqueles al producirse una paulatina e irreparable pérdida del latín como lengua común del saber. Con ello se produjo una cierta fractura cultural. La obra de Vidania constituye un buen testimonio de ese entretiempo. Dentro de la literatura utilizada sobresale el *De jure belli ac pacis* de Grocio, fuente principal a la que acude Vidania, según se verá en el análisis particular que haré con relación a uno de sus capitulos. Tambien se apoya en la vasta y variada producción posterior, que recorre, con matices, la misma senda.

Vidania afirma que mientras las doctrinas expuestas están copiadas de « autores graves » , en cambio la forma de tratar la materia le es propia. Asi, al dirigirse al lector dice que « podrás culpar el Metodo no las Doctrinas ». Es preciso, pues hacer algunas apuntaciones en ambos niveles.

La estructura de la obra responde a la idea de exponer una síntesis de los principios del Derecho natural. De sencilla presentación, se divide en veinte capítulos, concierto orden pero sin pretender una sistematización integral. Los cinco primeros capítulos — en extensión casi el 25% del libro — están dedicados a cuestiones generales de la materia. Sus títulos son ilustrativos, descontado el primero de carácter preliminar: « Derecho, Naturaleza y Derecho Natural; qué cosa sean? »; « Varias acepciones y divisiones del

---

menos han cuidado ha sido de ella ». Esta expresión ha sido recientemente recordada por FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, en MIGUEL ARTOLA (dir.) *Enciclopedia de Historia de España*, t. III, Madrid, 1988, p. 373.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Derecho natural »; « Causas del Derecho natural;y cosas que le son propias »; y « De los efectos del Derecho natural ».

A continuación se despliegan dos importantes asuntos: « Del Derecho natural acerca de las Cosas Divinas » y « Del Derecho Natural acerca de las Cosas Públicas », que insumen en total noventa páginas. El ingreso a materias en el que asoma el Derecho civil -entendido en sentido amplio- se hace a traves de un capítulo dedicado al Derecho natural concesivo y de otro titulado « De algunos preceptos generales del Derecho natural ».

A partir del capítulo décimo — estamos justo en la mitad del libro — introduce un nuevo criterio para abordar la materia, el cual se mantiene hasta el final. Se trata del que Justiniano colocó al principio de las Instituciones como preceptos del Derecho: vivir honestamente; no dañar a otro; y dar a cada uno lo que es suyo. Esto le permite, en el caso del primero, referirse al matrimonio, la poligamia, el divorcio y el repudio; a las relaciones entre marido y mujer, entre padres e hijos, entre tutor y pupilo y entre señor y esclavo. Bajo el segundo precepto se ocupa del homicidio y lesiones, del adulterio, incesto y fornicación; del hurto y del daño dado con injuria; para finalmente referirse a las injurias, falsías y mentiras.

El tercer precepto — dar a cada uno lo suyo — le permite agrupar asuntos principales tanto entre vivos como por causa de muerte. En el primer caso despliega la extensa materia de los contratos, cuyo tratamiento hace en general — origen, efectos, etc. — para luego examinar en particular algunos de ellos — mutuo, comodato, depósito y prenda — que « se perfeccionan con la cosa ». Despues aborda aquellos verbales « que tienen su perfección en las palabras », lo que los jurisconsultos llamaron estipulación. El último capítulo está dedicado a las obligaciones literales. Pese a la extensión concedida al tratamiento de este precepto — 110 páginas — no se alcanza a completar la vasta materia enunciada e inclusive faltan partes tan relevantes, como testamentos y sucesiones. Se advierte tambien la ausencia de tratamiento de otros importantes contratos. Sin amenguar algunas de estas omisiones puede pensarse razonablemente que en estos capítulos la materia no era tratada de forma exhaustiva, habiendo remisiones a otras obras específicas. Una finalidad ejemplificativa aparece dominante en varias cuestiones,impresión que se extiende a todo el tratado.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se ha podido constatar el amplio espacio que el autor dedica a ilustrar la idea general del Derecho natural, materia que despliega en los mencionados cinco capítulos iniciales, pero que inclusive se expande a otras páginas de la obra. Esta preferencia provoca naturalmente que la aplicación de estos principios al dilatado campo jurídico no pueda pasar de un carácter selectivo o ejemplificativo, el cual no guarda siempre la adecuada proporción.

La preocupación metodológica lleva a Vidania a explicar a sus lectores: « *El Methodo*, que observaremos, esto es la delineación del habito cognoscitivo de las cosas, que se han de tratar, y la razón y causa, ni será *Synthetico* (esto es procediendo de los Principios a los Efectos) ni *Analytico* (esto es de los Efectos a los Principios) que son las dos más celebradas maneras que con reñidas disputas nos enseñan clarísimos escritores ». Agrega que « propondremos las conclusiones de las *Tres Partes* sobredichas de la *Jurisprudencia Natural* y las probaremos con las más sólidas razones que encontraremos ». Esas partes son: de los derechos y obligaciones de la Piedad Natural; de las obligaciones de la Bondad Natural; de las obligaciones de la Justicia Natural. Si faltasen esas razones *a priori* « pondremos, en su lugar, las Probables y Dialecticas, que *a posteriori* nos ocurriesen. Asi — prosigue — esperamos unir el vagar en Principios y Causas;confundir los del Derecho *Natural* con el de *Gentes*: y distinguir los *Preceptivos* del mismo Derecho Natural, con los *Concesivos* » (76).

La mencionada preocupación metodológica se extiende tambien a la etimología de los vocablos y sus diversas acepciones, atención que se percibe no solo en los enunciados generales de la obra, sino a traves de toda su extensión. Pero en todo caso aquella preocupación queda sometida a la materia misma que trata, por lo que resulta difícil alcanzar una coherencia metodológica integral, al estilo del más estricto operar del racionalismo.

Deja en claro Vidania que el objeto de su estudio es « El

(76) *El Derecho Natural...*, pp. 9-12. En la transcripción de textos, he optado por mantener la ortografía, mayúsculas y subrayados (en letra bastardilla) del original, salvo alguna elemental modernización ortográfica. Los nombres de los autores principales se citan según el actual uso español. Vidania escribía Grotius o Grotio; Mullerus o Mullero; Bodinus; Tacitus; Hobbesius o Hobbes, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Derecho o Jurisprudencia *Natural*, separada de la que llamamos *Derecho de las Gentes*, y de la que formada de ambas, se intitula *Derecho Civil* » Asunto importante — agrega — dado que a « este *Natural Derecho* deben todas las Leyes su fundamento » (77).

Vidania destaca que dicho Derecho natural « reside en todos los Hombres ». Lo hace en varias ocasiones, desde la portada misma de la obra hasta distintas referencias que se registran en páginas interiores. Asi se explicita: Dios inscribió ese Derecho en « la Mente del universal Padre de la Naturaleza Hermano Adan, cuando con su Divina Inspiración, dió Vida y Racionalidad en sus Manos, al frágil Barro del Paraíso de Eden; y lo hizo Hombre en su Imagen y Semejanza con la Ciencia de su Divina Mente y voluntad de su Santidad. De aquel primer Hombre, con igual Distributiva, heredamos característicamente la *culpa*, y el infundido *Derecho Natural* propagándose, con recíproca vicisitud, en todo el linaje Humano » (78).

Vuelve sobre la cuestión cuando trata de definir el Derecho natural y para ello escoge las nociones dadas por tres autores. Asi traduce a Hugo Grocio: « Derecho Natural es lo dictado por la Recta Razón, que por la conveniencia o disconveniencia con la misma Naturaleza Racional indica en algún Acto Moral, manifiesta resultar de el Torpeza Moral, o Moral Necesidad; y por consecuencia que Dios, Autor de la Naturaleza, manda o prohibe aquel Acto ». De inmediato ofrece la de Guillermo Grocio: « Ley Natural es la que Dios, como Autor de la Naturaleza, fijó en los corazones de todos los mortales, para discernir lo honesto de lo torpe, mandando aquello y prohibiendo esto ». Concluye con la de Mullerus: « Es lo que dicta la Recta Razón, practicamente en materia Universal, de aquello que es intrínsecamente Moral, esto es: lo que por si, y por su Naturaleza es Honesto o Torpe ». Según Vidania « todos dicen con poca diferencia, una misma cosa » (79). Los tres autores en que se apoya constituyen el núcleo de esa doctrina grave que se propone recoger, según ha dicho al empezar la obra.

Páginas más adelante insiste: « Dios es la causa eficiente en la

(77) *El Derecho Natural*, p. 1.
(78) *Idem*, Prólogo y pp. 1-2.
(79) *Idem*, pp. 35-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Definición, como *Autor de la Naturaleza*. Pero remota y mediada; Porque como en la creacion del Primer Hombre le inscribió el *Derecho de la Naturaleza*, como dijimos, y advirtió San Pablo y reconocieron Cicerón y los Filósofos Griegos y Latinos: se sigue que la causa eficiente proxsima e immediata es: *La Recta Razon Practica* ». Y asi continúa: « Dicese, pues, Dios causa eficiente de este *Derecho*, no en aquel sentido de que depende de Dios, como si toda la fuerza de obligar, que se le atribuye, depende de el; y toda la Bondad y Torpeza de los Actos, de los cuales se dispone, sin voluntad de Dios, como muchos escriben. Sino porque Dios es Fuente, y Origen de la Recta Razón Práctica, que existe en Nosotros;y asi del mismo Derecho Natural, que es su Dictamen y Efecto: segun el vulgar Axioma Filosófico: *La causa de la causa es tambien causa de lo causado*. Y Hugo Grocio dijo: El Derecho Natural, aunque dimana de Principios terrenos, puede referirse con Razón a Dios: porque el es quien quiso, que estos Principios, estuviesen en Nosotros » (80).

No conforme con esto, Vidania insiste más adelante, repitiendo que « aunque muchos Teologos, Jurisconsultos y Filosofos atribuyen el origen del Derecho Natural a Dios; y del solamente deducen su obligación », nosotros « sentimos ser Dios la Causa Eficiente del Derecho Natural; pero no con Imperio Divino; sino deduciendo aquella obligación de la Naturaleza, y Circunstancias del Objeto o Acto del Derecho Natural ». Y agrega: « Con esta suposicion decimos, ser Dios, Autor de la Naturaleza, el que prescribió esta Ley, o Derecho, a todo el Genero Humano » (81). Esta idea central del pensamiento de Vidania, estampada ya en la portada y desenvuelta en diversas páginas del tratado, tiene una notoria filiación grociana.

Sostiene Vidania que la materia objetiva de este Derecho natural « son los Bienes y los Males: esto es las Cosas Honestas, y las Torpes: apeteciendo aquellas, y huyendo estas segundas » (82). En cuanto al

(80) *Idem*, pp. 39-40.

(81) *Idem*, p. 101. No queda, sin embargo, satisfecho Vidania con enunciar solo la posición que considera más aceptable en esta materia. Dedica un extenso capítulo (pp. 53-99) a las variadas y complejas acepciones y divisiones del Derecho natural, a traves del pensamiento antiguo y medieval.

(82) *Idem*, p. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fin, apunta que dentro de la variedad de pareceres, « la más común opinión asienta que el Fin del Derecho Natural es el público, y común Bien de todas las Gentes » (83).

El Derecho natural — afirma — se halla « fijado por Dios en las Mentes de los Hombres con eterna inmutabilidad », pero « puede suceder que *el Objeto o Acto de que dispone el Derecho Natural, reciba mudanza, y se libre de la obligación del Derecho Natural* ». Casos de mutación extrínseca serían, por ejemplo, en la deuda cuando el acreedor haga donación de la misma, o cuando por muerte del hijo, el deudor o padre deja de serlo (84). El único efecto del Derecho natural es la obligación natural, de la cual ningún hombre puede eximirse, sostiene con Mullerus en un capítulo dedicado a esta cuestión (85).

En cuanto al género literario al cual pertenece la obra, con una mente racionalista cabe preguntar si es teológica, filosófica, jurídica, o acaso perteneciente a la filosofía moral. Una respuesta que intentase una nítida definición al respecto sería un ejercicio inútil, pues en realidad convergen elementos de diversa procedencia. Estimo que tanto por el título como por la estructura y tratamiento de la materia puede considerársele como tratado jurídico, pese a alguna expresión aislada de Vidania en la cual intenta esquivar ese carácter (86). Se distingue de un escrito especulativo, se halla lejos de la abstracción racionalista. Busca un Derecho natural « empírico ». Se apoya en la historia, en los ejemplos, en las autoridades, en la literatura, en la política y en la teología, para dar fundamento racional al Derecho. Es el método que emplean los juristas y otros tratadistas. De ahí que su enlace con Grocio, y no con Pufendorf, se afirma no solo por razones religiosas sino por método y enfoque. El camino de Pufendorf se aleja de la esfera más pragmática de los juristas y ello no parece interesarle a quien se siente más a gusto con los criterios tradicionales del género. Pero al mismo tiempo cabe consignar que

(83) *Idem*, p. 120.

(84) *Idem*, p. 129 y 133-134.

(85) *Idem*, p. 141 y 169-174.

(86) A este respecto, puede verse en p. 594 del manuscrito, que se refiere a los jurisconsultos con cierta distancia, como si lo que él tratase no fuese propio de ellos, o al menos de su habitual conocimiento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su plano de interés no es tampoco el de juristas al estilo de Jean Domat, cuyo nombre brilla por su ausencia.

VIII. Boton de muestra: el capitulo sobre la ordenacion politica

No es mi propósito hacer un examen integral de la obra. Presentada su estructura y señalados sus criterios orientadores, me parece conveniente completar la exposición con el estudio de uno de los capítulos más representativos, el titulado « Del Derecho Natural acerca de las Cosas Públicas ». Vidania vuelca en estas páginas solo algunas cuestiones, acaso las que considera básicas en una ordenación político-jurídica, con la expresa aclaración de que « otras nobilísimas controversias del Derecho Público, pudieran añadirse aquí », pero las mismas no caben dado que el objeto es « el referir los Principios del Derecho Natural en un breve Sumario ». Para seguir aquellas remite a « los Libros Políticos que las tratan », con especial mención de los de Grocio y Mullerus.

En el capítulo se distinguen cuatro ejes temáticos: la potestad legislativa de la sociedad; las formas de gobierno; la transferencia de la potestad del pueblo y sus efectos; y el alcance del poder del rey. Mas que un desarrollo integral de cada cuestión interesa destacar en cada caso la presencia del Derecho natural.

Con relación al primer punto, Vidania sostiene — apoyado en Guillermo Grocio y Mullerus — que la « Potestad Gobernadora de las Sociedades está dictada por el Derecho Natural ». Afirma que no puede « haber cosa mas propia al Derecho Natural, y su condición que el Imperio; pues sin el, ninguna Casa podría conservarse; ningun Pueblo, Gentes ni Provincia, ni todo el Genero humano, ni la naturaleza de las cosas, ni el mismo Mundo. Y asi como Dios lo rige y gobierna todo;asi en cada sociedad, ha de haber quien la rija, subalternandose sucesivamente, cuando son muchas unidas ». El Derecho natural quiere que « el Imperio esté en la misma Sociedad » ([87]).

([87]) *Idem*, pp. 228-230. El imperio como « mando y señorio » (Sebastian de Covarrubias Orozco, *Tesoro de la lengua castellana o española* (1611). Edición utilizada: Barcelona, 1943, p. 733), o como « el mando o dominio, o el mismo acto de mandar con autoridad » (*Diccionario* de la Real Academia Española, 1726, IV, p. 224).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Apoyado historicamente en la Biblia y en otros autores antiguos, Vidania afirma que no hay « Pueblo alguno que no reconozca algun Gobierno, y tenga Superiores, llamense como quisieren, con diversos Nombres, y Subditos que obedezcan sus Ordenes ». Y concluye: « De lo dicho resulta que es de Derecho Natural, el haber Gobierno Político;pero por aquel no se establece la forma, que ha de tener este. Quiere haya quien procure, y vele por el bien comun: no determina si ha de ser Uno, como Cabeza; si pocos juntos que la formen politicamente, para mandar a todos los demas: si ha de ser el de uno, hereditario o electivo: ni si el de muchos, ha de ser de Nobles, o Plebeyos: nombrados anualmente, o por mas tiempo. Todo esto toca al Pueblo, o Provincia, que segun juzga serle conveniente, lo dispone » (88). En este párrafo medular vuelve a remitir al *De jure belli ac pacis*.

Aunque la forma de gobierno es materia que escapa al Derecho natural, según acabamos de leer, sin embargo, Vidania le concede mucha atención. Cuando se refiere a ello asoma una limitación, que tendría consecuencias en la argumentación posterior. Se trata de que la posibilidad de elegir la forma de gobierno es facultad del « Pueblo Libre », es decir el que « no está sujeto a la Potestad de otro alguno », pues en el caso de haber perdido la libertad, aun contra su voluntad, debe admitir el gobierno impuesto por el vencedor (89).

Vidania enfrenta la opinión de que el Derecho natural pide que la cabeza que rige a la sociedad sea un rey. Dice que aquel no establece distinción entre gobierno monárquico, aristocrático o popular: « No manda sea este o aquel: persuade la conveniencia de uno, o otro, segun el Genio de las Gentes, Clima, Situación, Confinantes, y disposición de su Conservación. Reynos se hicieron Repúblicas;y estas Reynos. Roma comenzó con Reyes; despues de (...) Años, se hizo Republica governada por Nobles; y los amotinamientos del Pueblo la hizo mixta; la ambición de sus Ciudadanos, la volvió otra vez al estado de Monarquía » (90).

De las tres formas de gobierno enunciadas, Vidania dedica mayor extensión a la democracia, siendo muy escueto el tratamiento

(88) *El Derecho Natural...*, pp. 233-234.
(89) *Idem*, p. 238. Tambien p. 235.
(90) *Idem*, p. 230. Entre paréntesis: blanco en el original.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la aristocracia y de la monarquía. Más adelante despliega el principio general de que en las asambleas, juntas y ayuntamientos se impone lo que determinase la mayor parte de los concurrentes y las resoluciones deben entenderse como si fuesen de todos. En el estado monárquico « aunque el voto es de uno, tiene la fuerza de todos, refundidas en el las voces y dictamen de todos los Particulares, que pasaron en el su Derecho, y es, aunque una Persona, todo el Cuerpo Moral de la Ciudad o Provincia » (91). Tambien se ocupa del principio general de la delegación de particulares negocios o actos a diversas juntas, colegios o personas, y del alcance que tiene dicho poder (92).

Si de la lectura de Vidania se puede recoger una primera impresión favorable hacia modos de gobierno que ofrezcan una mayor participación de las personas que forman la sociedad, esa impresión se quiebra más adelante cuando se encamina hacia la aceptación de las ideas absolutistas, reinantes en su época. Tal vez, el nudo de la cuestión lo constituya el intrincado — y controvertido — problema de la transferencia del imperio o mando del pueblo a una o varias cabezas, que Vidania resumía en la tajante conclusión de que « no es lícito al Pueblo variar sobre la Potestad summa, que una vez transfirieron en el Principe: y mucho menos oponerse, y resistir sus preceptos, ni examinar la justicia o injusticia de ellos », salvo que lo fuese contra la Religión. Si bien reconocía que, por Derecho natural, cabía « apartar de nosotros las injurias en el estado de la libertad natural », ello había cambiado en el estado de la sociedad civil, que limitó esos derechos en favor de la conveniencia general. Siguiendo a Grocio, afirma que « segun el fin propuesto de la ciudad, aquel Derecho Natural de poder resistir, lo ha prohibido la causa urgentísima de la Paz, y Tranquilidad publica; porque en otra manera no pudiera conseguirse y todas las Repúblicas serían un perpetuo y continuado desorden ». Y concluía: « Asi lo dictan el mismo Derecho Natural, el Divino, antiguo y nuevo, las Costumbres y Practica de los Cristianos desde el principio de las Iglesias, y la común observancia de las Gentes » (93).

---

(91) *Idem*, p. 253-254.
(92) *Idem*, p. 255-257.
(93) *Idem*, p. 250-251.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La postura de pasividad en la que ubica al pueblo, con la carga de obedecer todos los preceptos que se le impongan, aunque la disposición fuese « poco justa o conveniente », estaba por cierto en la nueva línea imperante del absolutismo. Es más, llega a admitir que en el caso de los príncipes absolutos que se comportan como tiranos y verdugos de sus vasallos, su reinado solo puede terminar cuando ese comportamiento es « tan absolutamente tirano que quiere acabar con los Pueblos y vidas de sus Subditos ». Sin embargo, agrega que « dificultosamente puede llegar este caso, si no es en aquel Rey, que hubiese perdido totalmente el juicio: o por enfermedad, o otro accidente, falto de razón natural, fuere incapaz del gobierno » (94).

Tambien se refiere al dominio eminente que pertenece al Soberano. « Tienen — dice — una Suprema Potestad, en las Vidas, y en las Haciendas de todos los Subditos, con un supremo y natural Dominio, superior a los mismos Dueños de los Bienes; y esto en cuanto fuese útil y conveniente a la Comunidad de la República ». Pueden asi servirse y usar de dichos bienes de los particulares en los casos de extrema necesidad, más allá de lo que las leyes disponen y siempre que fuese en beneficio de la República (95).

A traves de lo expuesto se puede advertir que Vidania se desliza desde un ponderado reconocimiento teórico sobre la potestad del pueblo, la existencia de variadas formas de gobierno y el respeto a la decisión de la mayor parte de la sociedad hasta llegar a aceptar una sujeción práctica a los reyes absolutos. Era ésta una influyente línea del pensamiento europeo de la época.

Para completar este esbozo es necesario ocuparse de las fuentes y autoridades que respaldaban la doctrina sustentada en el capítulo. Se trata de una muestra que puede proyectarse en cierta medida sobre el resto de la obra. El examen cuantitativo registra 77 notas al margen, algunas de caudaloso contenido, como una de 16 citas, otra de 13 y dos de 9. En total, el número de autores citados supera los 70. Algunos se destacan por su reiterada mención. *De jure belli ac pacis* de Hugo Grocio llega a 15 citas, seguido por Joannes J. Mullerus — a traves de tres escritos — con 12.Ya lejos de ambos, se registran 5 citas de Joannes H. Boeclerus, y 4 cada uno de Guillermo

(94) *Idem*, p. 252.
(95) *Idem*, pp. 258-259.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Grocio, Fernando Vazquez, Tácito y Sófocles. Solo 3 tienen Thomas Hobbes y Joannes Bodino.

El registro pone de manifiesto la variedad de fuentes, antiguas y modernas, que integran ese nutrido aparato de autoridades que sirve de apoyo al texto. Pero resulta necesario completarlo con un examen cualitativo que nos revele el alcance de esas citas, en relación a las afirmaciones contenidas en el texto. En este sentido, Vidania sigue casi siempre de conformidad y en asuntos significativos, a Grocio y a Mullerus. En ocasiones la conformidad con Grocio se remarca con alguna expresión laudatoria, como « dijo bien » o « doctamente » o destacando su « admirable calidad ». La adhesión de Vidania a estos dos autores queda, en fin, afirmada al final del capítulo cuando, para orientar al lector en otras cuestiones no abordadas en el mismo, remite a « los libros Politicos que los tratan », con la mención de Mullerus y especialmente del « Gran Tratado » de Grocio (96). Esta última obra es a veces indicada como fuente de donde se ha extraído la opinión de otros autores. Los nombres de Boeclerus y de Guillermo Grocio — hermano de Hugo — bien pueden agregarse a esta línea grociana del Derecho natural.

El elenco de autores citados es numeroso. Eran « autoridades » de todo tipo que venían en apoyo de las afirmaciones contenidas en el texto. No se limitaban al mundo del derecho, la política y la teología. Historiadores. poetas. filósofos v otros escritores acudían en tropel — no siempre producto de lecturas directas — a dar solidez al discurso. La inclusión de los *Anales* de C. Tácito y de poesías de Sófocles en esa restringida nómina de autores más citados es un elocuente ejemplo de esta tendencia.

Desde luego que no todas las citas señalaban la conformidad de opiniones. Había algunas especiales de disenso. Asi en este capítulo registramos una de Hobbes, otra de Bodino y tres de Fernando Vazquez. Las de Hobbes y Vazquez constituyen puntos de partida de una crítica sostenida con argumentos racionales e históricos y afianzada con la invocación de otras autoridades.

Los autores más citados que sirven de apoyo a las afirmaciones del texto lo eran de « libros prohibidos » por la Inquisición espa-

(96) *Idem*, p. 265.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ñola. Para que no queden dudas:el tratado de Grocio, mientras no se corrigiese; Mullerus y Boeclerus, como « germanos heréticos » tenían prohibidos todos sus libros. Lo mismo ocurre con las obras citadas de Bodino y Hobbes (97). Como se aprecia, Vidania -alta autoridad inquisitorial- operaba intelectualmente con un elevado porcentaje de obras condenadas por el Tribunal. Es ésta una comprobación llena de consecuencias, particularmente para ciertos esquemas empobrecedores en el campo de la historia del pensamiento.

IX. Consideraciones finales

La textura de esta obra hasta ahora desconocida plantea un haz de cuestiones, sobre las cuales me parece necesario apuntar algunas consideraciones que pueden proyectarse en un contexto más amplio. Es decir, que nos aproximen a la fijación en los siglos XVII y XVIII de un Derecho natural hispano, como producto de supervivencias e innovaciones, dominado por la tradición escolástica, pero nutrido por variados influjos e ideas y sujeto a determinados condicionamientos. Ello implica la revisión de estrechos enfoques, cristalizados como 'dogmas' culturales y hasta historiográficos.

El iusnaturalismo moderno ha sido presentado, con frecuencia, respondiendo a una dirección única del pensamiento que se elabora durante dos siglos en un clima favorable a la secularización, el racionalismo y el individualismo en países enemigos de la aun poderosa Monarquía Española. El nombre de Escuela de Derecho Natural Racionalista ha contribuido a afirmar esa impresión sino de unidad al menos de homogeneidad intelectual. Esta merma de un complejo caudal de ideas ha servido para fundar los 'orígenes' del Derecho y del Estado contemporáneos y en consecuencia para satisfacer a los estudiosos que, en su visión hacia el pasado, encuentran esos modelos conceptuales ya configurados y a partir de ellos, sin más interrogación, explican el nacimiento de la modernidad.

La imagen de un Derecho natural racionalista, laico y antiteo-

(97) *Indice general de los libros prohibidos, compuesto del Indice último de los libros prohibidos y mandados expurgar hasta fin de diciembre de 1789 por el señor Inquisidor General...* Madrid, 1844, pp. 152, 236, 45 y 167, respectivamente con relación a los autores citados en el texto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lógico, que representa la única vía de acceso a esa modernidad, se suele enfrentar con otra imagen: la del mundo hispano cerrado ideológicamente a toda innovación, atrincherado en la defensa inmutable de la tradición escolástica. La época de la Ilustración sirve de escenario mayor para contemplar la puja entre el 'progreso' y la 'reacción'. La recepción del iusnaturalismo se asemeja más a una acción militar que a un proceso cultural de penetración de ideas y formación de nuevas creencias.

De aceptarse este esquema u otro análogo, nos encontraríamos con que siendo el Derecho natural que se elaboraba fuera del mundo hispano el único posible en una 'vía de progreso', se presenta esta disyuntiva: o el mundo hispano recibía ese paradigma o quedaba en una situación retrógada, de inferioridad histórica. El dilema, muy propio de una historiografía de 'luces y sombras' — que brotando de la Ilustración tiene seguidores contemporáneos — ha ejercido una influencia desmedida sobre los estudiosos al punto que no es infrecuente proyectar sobre ese ámbito nociones de Derecho natural que le son ajenas o preferir estudiar el tema en otros países europeos, desechando la riqueza propia del pensamiento hispano. Esta consecuencia aun se extiende con las mismas características a la historiografía de la época de la emancipación hispanoamericana.

Esta obra de Vidania puede ayudar a mirar el panorama desde otro angulo visual: el de la recepción del iusnaturalismo moderno en el mundo hispano como un proceso lento de conocimiento, selección y asimilación de autores y obras, que admite diversos grados y vías de penetracion. Esta recepción se desplegaba en un ambiente adverso formado por una « densa opinión pública con gran preocupación religiosa », proveniente de la filosofía y la teología escolástica, mas que por imposiciones de la autoridad real ni de la Inquisición (98).

Lo que parece preservarse en esa admisión de ideas son algunos tópicos básicos: la creencia en Dios como fuente mediata o inmediata del Derecho natural; la acentuación de una concepción del Derecho natural como producto de la razón humana, sin alcanzar la secularización; el predominio de lo empírico sobre la creación

(98) MIGUEL MINDAN MANERO, *La filosofía española en la primera mitad del siglo XVIII*, en *Revista de Filosofía*, t. XII, núm. 4, Madrid, 1953, p. 439.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

especulativa; la defensa del dogma católico en su núcleo, con el consiguiente rechazo de las posturas provenientes del protestantismo. La falta de una obra epigonal -que hiciera síntesis y gozara de consenso- es un escollo para rescatar este pensamiento colectivo. Solo quedan hebras del tejido sin concluir que el historiador puede descubrir en viejos libros y papeles. El manuscrito que hoy nos ocupa es una de esas hebras.

La obra de Vidania se puede ubicar dentro de la llamada Escuela del Derecho Natural del siglo XVII en su vertiente grociana. Esto implica el conocimiento e invocación principal de la doctrina contenida en *De jure belli ac pacis* pero tambien de la abundante y variada literatura desplegada en la segunda mitad de la centuria. Aunque conoce a autores como Hobbes y Pufendorf, los menciona escasamente y casi siempre rechazando sus doctrinas. Al seguir aquella senda, Vidania no se aparta sustancialmente de la mentalidad hispana pues la labor de Grocio se nutre en una tradición filosófica, teológica y jurídica que era común con aquella. Aunque los autores anteriores quedan en buena parte sepultados, la doctrina se conserva en lo esencial. Vidania la recoge por la via grociana y no acudiendo directamente a aquellos autores. Su mérito reside en que se anticipa, en varias décadas, a otros intentos en la misma dirección.

Bien puede emplearse el vocablo 'recepción' para designar este proceso de admisión de antiguas doctrinas renovadas y revitalizadas, que en este caso vuelven al ámbito hispano. Ello no puede extrañar ya que, como dice Maravall, todo nuevo pensamiento está hilado con fibras nuevas y con otras — quizás las más — de anterior procedencia (99). Desde otro ángulo visual este texto, a su vez, se inserta en el dificil estudio de las continuidades, de las permanencias que, como sostiene François López, « está todavía por hacer » en el siglo XVIII español (100).

El conocimiento de esta obra y de las circunstancias en que la concibió su autor nos señala tambien la necesidad de ampliar el horizonte de estudio en esta materia a toda la extensión de la

(99) Jose Antonio Maravall, *La diversificación de modelos de Renacimiento: el Renacimiento español y el Renacimiento francés*, en *Estudios de Historia del Pensamiento Español*. Serie Segunda, Madrid, 1984, p. 129.

(100) Lopez, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Monarquía Española de la época, integrada por reinos, provincias y otros territorios en Europa y America. En este caso concreto, la mirada se dirige a los reinos itálicos, en donde se aprecia un mayor contacto con la cultura del iusnaturalismo moderno. Nápoles es un interesante punto de encuentro entre diversas corrientes del pensamiento europeo y español. No es casual que quien potencie ese contacto sea un jurista aragones. Como lo ha señalado Pelorson, es destacado el papel de Aragón desde el punto de vista de la difusión de las ideas jurídicas, tanto por la calidad de sus juristas como por las frecuentes relaciones de éstos con sus colegas de Italia y Francia (101).

La sorpresa mayor que nos ofrece *El Derecho Natural* de Vidania es, a mi juicio, en punto a la Inquisición. Frente al tópico vulgar de un Tribunal cruelmente represivo e intelectualmente estrecho, quién hubiese imaginado a un alto ministro del Santo Oficio extrayendo doctrina e invocando « libros prohibidos » en la elaboración de su propia obra. Aunque recientes estudios vienen despejando ciertos interrogantes y matizando algunas imágenes, esta obra de Vidania invita concretamente a un análisis positivo de las lecturas que, de los « libros prohibidos », hacía la elite intelectual — incluídos ministros y jueces del Tribunal — con la consiguiente circulación, discusión y fijación de ideas. Como Vidania no era un estudioso solitario, no es aventurado conjeturar sobre una cierta comunicación de esas ideas nacidas de las lecturas. Si asi fuese, el aparente hermetismo de una obra escrita para « su uso » cobraría una vida intelectual insospechada.

Cabe finalizar este estudio con una impresión, con un vivo anhelo: tantos años de convivencia con el pequeño y modesto hallazgo fortuito me ha hecho estimular la ambición de que este fragmento sepultado por el aluvión racionalista sirva para comprender mejor una etapa sustancial de nuestro pensamiento jurídico, y tambien para acercar el iusnaturalismo moderno al mundo hispano sin producir un enfrentamiento dialéctico entre uno y otro, apreciando corrientes e influjos que se cruzan y combinan indefinidamente.

---

(101) JEAN-MARC PELORSON, *Les Letrados juristes castillans sous Philippe III, Recherches sur leur place dans la Sociéte, la Culture et l'Etat*. Le Puy-en-Velay, 1980, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT

LA PRENSA EN LA UNIVERSIDAD: RAFAEL DE UREÑA Y LA *REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES* (1918-1936) (1).

1. *Los trabajos y los días.*

> El ser catedrático es un oficio, un modo de vivir. Todo eso del sacerdocio es música celestial. Se pesca un momio, una posición segura, la *propriedad* de una cátedra, no su mera posesión, y el *ius utendi et abutendi* con ella. Es corriente creer que la oposición da un derecho natural, incontrovertible, anterior y superior a la ley. Y luego, ¡ojo al escalafón! ¿Hay Revistas universitarias o profesionales en España?, me preguntaba un extranjero. Y tuve que contestarle que las tales Revistas son gacetas administrativas, con el movimiento de personal, e inspiradas y profundas elucubraciones acerca de la colegiación y el intrusismo. El intrusismo, ¡oh, el intrusismo!, he ahí el enemigo.
>
> (Miguel de Unamuno)

Una de las primeras víctimas inocentes de la barbarie que desató en España la rebelión militar de 1936 fue, sin duda, una llamada *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Organo de la Facultad de Derecho y del Museo-Laboratorio Jurídico de la Universidad de Ma-*

---

(1) Este trabajo es fruto de mi colaboración en el proyecto sobre revistas jurídicas, financiado por la Dirección General de Investigación Cientifica y Técnica (Ministerio de Educación y Ciencia), que dirige D. Antonio Serrano González (PB 91-0512). Y guarda, como se verá, una estrecha relación con proyecto propio sobre internacionalización de la ciencia jurídica entre Ocho y Novecientos (PB 93-0847). Víctor Tau, que convocó en Buenos Aires un inolvidable seminario sobre « Revistas jurídicas españolas y argentinas », catalizó esas y otras dedicaciones y ahora publica, entre los trabajos entonces discutidos, una primera versión, drásticamente reducida, de las páginas presentes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

drid. Nacida esta *Revista* en las postrimerías de otra época horrenda, precisamente en 1918, los demonios de una guerra que fue mundial asistieron al nacimiento y acaso podían presagiar el final triste de una insólita experiencia intelectual bajo los demonios, aún peores si cabe, de la contienda civil (!) española.

No debemos considerar estas fechas y circunstancias lamentables un simple fruto de la casualidad. La vida y la muerte de nuestra *Revista* cubre exactamente el ciclo productivo de toda una generación definitivamente perdida para la cultura jurídica en España. Otros periódicos de la época, singularmente la tradicional *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1853), la aún joven *Revista Jurídica de Cataluña* (1895) y la jovencísima *Revista de Derecho Privado* (1913) salieron más o menos indemnes del trance bélico y pueden así ofrecer al observador de estos finales de siglo una imagen de continuidad profesional entre la Monarquía borbónica, la República democrática y la Dictadura fascista. Nuestra brillante *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* no lo hizo: formula así al observador ciertos interrogantes y marca en todo caso las distancias.

> Si nos permitimos por un momento jugar con los títulos mencionados, todos conocidísimos, tal vez lleguemos a establecer unas hipótesis útiles en orden a la indagación posterior. He aquí un primer resultado: entre la España de 1918, con sistema constitucional de Estado de Derecho y soberanía compartida por la Nación y el Monarca (1876), y la España que nace en 1936, con régimen de caudillaje necesariamente anticonstitucional, han resultado textualmente posibles una *Legislación* y una *Jurisprudencia*, tanto *General* como de *Cataluña*; ha cabido también todo un *Derecho Privado*; pero se perdió el espacio abierto a unas *Ciencias Jurídicas y Sociales*. La vida de nuestra experimental *Revista* se quiere, entonces, tan breve como sería un proyecto confesadamente *científico* en relación al derecho en la España contemporánea.
>
> Con su parte de verdad, desde luego, esta primera impresión es la excusa para iniciar un debate, y no conclusión definitiva. En primer lugar porque, como se advertirá enseguida, la relación de la *Revista* con los principales periódicos jurídicos coetáneos varía en cada caso: adelantemos ya que algo tuvo en común con la *General* y algo le faltó en relación a la de *Derecho Privado*. En segundo lugar porque resulta exagerado deducir demasiado de unos títulos no siempre representativos: bastante más que *legislación* y *jurisprudencia* podía ofrecer la *Revista General* por los años en que aparece la de *Ciencias Jurídicas y Sociales* para acercarse, nuevamente, hacia la órbita intelectual en que esta segunda se sitúa. En tercer lugar, en fin, porque las pretensiones científicas, entendidas ahora más estrictamente como universitarias, no faltan como se sabe en la *Revista de Derecho Privado*, dirigida por un práctico, José María Navarro de Palencia, « Doctor en Derecho, Oficial de la Dirección de los Registros, Abogado del Ilustre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Colegio de Madrid », según portada, pero también por un conocido catedrático de Derecho civil (y abogado), Felipe Clemente de Diego Gutiérrez.

Las anteriores advertencias rebajan ciertamente nuestra primera y desmesurada impresión, por más que otras circunstancias vengan sin embargo a reforzarla: son, propiamente, las que delimitan el experimento editorial que ahora estudiamos. La *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* se anunció y efectivamente siempre fue *Organo de la Facultad de Derecho y del Museo-Laboratorio Jurídico de la Universidad de Madrid*. Su dirección postal, sita en la calle San Bernardo, era compartida con la Facultad. Sus dos administradores, un tal Braulio Rodríguez y luego un Rafael Blaya y Ragué, eran funcionarios que se encargaban también de las pocas publicaciones monográficas de la Facultad madrileña, anunciadas tenazmente en la contraportada de los fascículos (2). Su director nato era el decano: primero Rafael de Ureña y Smenjaud, fundador de la *Revista* en 1918 y activo hasta su muerte en 1930; más tarde José Gascón y Marín, de paso fugaz en los momentos que traen la II República (1931); Adolfo [González] Posada [y Biesca], en fin (3), de 1932 hasta la extención de la *Revista* en el largo verano de 1936: para entonces iban publicados dieciocho tomos completos y estaba en curso el décimonoveno, con un total de setenta y cinco números

(2) Cfr. Universidad de Madrid, *Anuario* 1917, Madrid, La Universitaria, 1917, p. 47: relación de personal administrativo en la que figura el « Sr. D. Braulio Rodríguez Narte, Oficial de 3ª, adscrito a la Facultad de Derecho ». Tambien, *Libro de Actas de la Junta de la Facultad de Derecho* (1923-1934), Universidad de Madrid, que es el único material antiguo allí conservado, junta de 1 de marzo de 1926: se acuerda que Rodríguez preste servicios tras su jubilación, « con la gratificación que el Decanato le asigne » (fol. 58); ibd., junta de 28 de marzo de 1931, Luis Mendizábal pide a la Facultad que socorre a la hermana y heredera de Braulio Rodríguez (fol. 230); junta de 7 de abril, se liquidan haberes a la hermana de Rodríguez (fols. 232-233).

(3) Tras José Gascón, que formó parte de los últimos gobiernos de la Monarquía (subsecretario y ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes en el gabinete del Almirante Aznar), Rafael Altamira resultó elegido decano en junta de 8 de marzo de 1931 (fol. 226), con el procesalista Francisco Beceña como vicedecano para cubrir las ausencias de quien era por entonces juez internacional en La Haya, pero la estabilidad en el Decanato de Derecho sólo se consiguió tras la jubilación de Posada y su elección para ese cargo: junta de 13 de octubre de 1931 (fol. 261), *Libro de Actas* cit. (n. 2). No hubo tiempo para que se anunciara en los tomos el nombre del decano Altamira como director de la *Revista*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

correspondientes a cuadernos trimestrales « de 144 a 160 páginas, con sus correspondientes láminas cuando el texto lo exija, formando cada año un volumen de más de 600 páginas, con su portada e índice ». La Facultad estaba detrás de los gastos que ocasionaban las láminas y las páginas, en lo que no cubrieran los ingresos por suscripción: 20 pesetas al año para España y Portugal, 25 pesetas para los demás países de Europa, 30 pesetas para América, recargadas las nuevas suscripciones con un 20 por ciento, sin admitirse la venta de números sueltos. Una fuente adicional de ingresos, aunque exigua, serían esos « anuncios de librería » que la *Revista* declaraba aceptar y que sólo fueron contratados, según alguna tapa no sacrificada en el proceso de encuadernación de los tomos que manejo, por la importante Librería General de Victoriano Suárez. Pero la dimensión universitaria de la *Revista* la dieron ante todo sus colaboradores, profesores y estudiantes de la Facultad, con una discreta participación de terceros.

En tan marcado carácter académico estriba, en efecto, la condición peculiar de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*: el rápido informe que dé cuenta de ella viene a ofrecer un pequeño capítulo para la historia de la enseñanza universitaria del Derecho en España. Mas ahí reside la principal dificultad.

> Como siempre, el *Centro* de Florencia marca en esta materia las pautas (4), pero es muy poco lo que se sabe sobre la Universidad española contemporánea, resultando aún ese poco en relación inversa a la cronología (5). La pérdida de memoria histórica de instituciones que todavía funcionan no facilita precisamente la consulta fructífera de sus archivos (6).

---

(4) Paolo GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè (= Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca, 23), 1986.

(5) Antonio ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1972; superior al anterior, no sólo por amplitud de fechas, Mariano PESET-José Luis PESET, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, Taurus, 1974, de cuya p. 523 tomo el texto que encabeza este epígrafe.

(6) Es problema general de relación del hombre moderno con la categoría temporal que sólo puede compensar la colaboración particular: el colega Juan Vivancos en la Secretaría de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Aurora Huarte en su Biblioteca y Pilar Domínguez en el Archivo General de esa Universidad. A todos ellos, así como a Juan A. Alejandre, que guió mis pasos por la Facultad madrileña, expreso mi más sincero agradecimiento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dentro de este cuadro general de penurias historiográficas no es la Facultad de Derecho la mejor parada: sólo ahora comenzamos a darnos cuenta de la laguna (7). Y sin embargo la literatura producida en su momento (8), la maraña de disposiciones administrativas que se intentó — sin éxito que me conste — codificar oficialmente (9), la multiplicación de las más diversas experiencias según sedes y personajes que obligan a repasar una irregular biblioteca de historias (10) y recuerdos (11), ofrecen tantos materiales para el estudio que ahora sólo pueden convocarse como fuentes de información

---

(7) Mariano Peset, *Cuestiones sobre la investigación de las Facultades de Derecho durante la segunda mitad del siglo XIX*, en Joaquín Cerda-Pablo Salvador (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado: Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, 327-396; del mismo, *Estudios de derecho y profesiones jurídicas (siglos XIX y XX)*, en J. Michael Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankurt am Main, V. Klostermann, 1992, 349-380, de interés mucho menor; Bartolomé Clavero, *Arqueologia constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho*, en *Quaderni fiorentini* 21 (1992), 37-87.

(8) Unos cuantos títulos que remitirán a otros muchos: Adolfo Posada, *La enseñanza del Derecho*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (= GLJ) 65 (1884), 424-438 y 489-518; del mismo, *Ideas peda gógicas modernas*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1892; del mismo, *Politica y enseñanza*, Madrid, Daniel Jorro (= Biblioteca Científico Filosófica), 1904, del que me sirvo para introducir el epígrafe sexto; Rafael Altamira, *Psicología del pueblo español*, Barcelona (= Biblioteca Moderna de Ciencias Sociales, publicada bajo la dirección de Altredo Calderón y S. Valentí Camp, vol. II), 1902; del mismo, *Ideario pedagógico*, Madrid, Reus, 1923; José Gascon y Marín, *La enseñanza del Derecho y la autonomía universitaria en Francia. Estudio comparado*, Zaragoza, tip. de Emilio Casañal, 1909.

(9) Cfr. por ejemplo Real Decreto de 7 de noviembre de 1913, de reforma del Reglamento del Consejo de Instrucción Pública, que afecta a la « Comisión especial de Codificación » de legislación educativa, actuante en su seno. Y advierto que para la consulta de la legislación en materia de « Instrucción Pública » me sirvo de (Marcelo Martínez Alcabilla), *Diccionario de la Administración Española* ... VI, Madrid, López Camacho impresor[5], 1893, más los *Apéndices* anuales de su *Boletín Jurídico Administrativo*; materiales que nos interesan, según se comprobará, más allá de su indudable valor como fuente de información.

(10) Fermín Canella Secades, *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito (Asturias y León)* (1873), Oviedo, Imp. Flórez, Gusano y Cia, [2] 1903-1904 (rep. facs. Oviedo, Universidad, 1985); Lluis Xabel Alvarez, *La Universidad de Asturias*, Salinas, Ayalga, 1978. De muy poca utilidad, al cubrir tan escasamente el siglo XIX, me ha resultado Mariano Alcocer Martínez, *Historia de la Universidad de Valladolid*, I-IV, Valladolid, Imp. Castellana, 1918-1922.

(11) José Gascon y Marín, *Cincuenta años en la Facultad de Derecho*, con una semblanza del autor por Nicolás Pérez Serrano, Madrid, Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1953.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aprovechadas muy parcialmente, esto es, como verdaderos obstáculos en el caso de una limitada investigación.

Ahora bien, es menos aún lo que sabemos de la prensa jurídica en su relación con la Universidad. No hay referencias en los supuestos mejor estudiados de Italia (12) y Francia (13) y nada aportan las revistas afectadas, a veces centenarias: seguimos viendo como órgano de publicación lo que ya merece ser tomado como objeto de reflexión (14). La falta de atención por las revistas universitarias europeas, en especial jurídicas, nos indica, al menos, que su papel en la configuración de la cultura del *Civil Law* ha sido ayer y aún hoy es muy modesto, en franco contraste con el protagonismo intelectual y la dimensión práctica relevante que conoce desde hace años la prensa jurídica universitaria en el seno del *Common Law*, en particular su rama americana, lo que ha generado la historiografía del caso (15). Pero poco más hay tras esta obvia conclusión negativa.

Los avances últimamente producidos en el conocimiento histórico de las revistas jurídicas no pueden aplicarse directamente al estudio de títulos como el que ahora nos entretiene, pues encierran problemas específicos por su misma condición institucional. A comenzar por el catálogo de cuestiones con que arranca la encuesta propuesta por Paolo Grossi no es fácil, por ejemplo, determinar

---

(12) Gracias, otra vez, al *Centro* florentino: Paolo Grossi (a cura di), *La 'cultura' delle reviste giuridiche italiane*, Milano, Giuffrè (= Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca, 13), 1984; Paolo GROSSI, *'La Scienza del diritto privato'. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca cit, 27); más el volumen monográfico sobre *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)* de los insustituibles *Quaderni fiorentini* 16 (1987). Cfr. ibd. el caso que estudia Umberto SANTARELLI, *Un illustre (e appartato) foglio giuridico. La Rivista di Diritto Privato (1931-1944*), 665-715, pp. 707-709.

(13) Jean-Jacques BIENVENU, *Bibliographie élémentaire*, en *Annales d'histoire des Facultés de Droit*, 1(1984), 63-95, sin noticias que nos valgan; André-Jean ARNAUD (a cura di), *La culture des revues juridiques francaises*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca cit. 29), 1988, en el mismo supuesto.

(14) Cfr. (Filippo LIOTTA), *Cento anni di Studi Senesi*, en *Studi Senesi*, 96 (1984), 5-6; Enzo BALOCCHI, *Origini e vicende di una rivista centenaria*, en *Studi Senesi. Supplemento alla centesima annata*, I, Siena, Facoltà di Giurisprudenza, 1988, 9-63.

(15) Michael I. SWYGERT-Jon W. BRUCE, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-edited Law Reviews*, en *Hastings Law Journal*, 36 (1985), 739-791.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hasta qué punto estas revistas reflejan o producen una cultura jurídica que desde luego se define en círculos más amplios, ni precisar en qué medida unos órganos financiados — bien que mal — con el presupuesto universitario y al albur de la vida administrativa de una facultad o escuela pueden disponer de proyecto intelectual propio. Tampoco es sencillo establecer las distancias que separan las revistas académicas de las que impulsan los prácticos o, más acentuadamente aún, grupos de profesores universitarios que salen de las aulas para desarrollar actividades editoriales. La intervención de la Administración — en cualquiera de sus facetas — en el terreno de las revistas con asunción de costos y designación de directores añade simplemente complejidad a un terreno por ahora desconocido.

Las líneas que siguen soportan estas limitaciones. No se espere de ellas algo más que la ambientación intelectual del título escogido, la descripción general de sus líneas editoriales y autores y unos cuantos datos, no siempre contrastados, sobre sus directores, Ureña en particular. Parece también inevitable que nos aventuremos en el terreno de las revistas universitarias españolas, no siempre ni exclusivamente jurídicas, e incluso otear el panorama que presenta la prensa jurídica general por esos años en que sale la *Revista* de Ureña. Serán muchas las omisiones, los datos no tan abundantes como se quisiera y seguramente arriesgadas algunas de mis conclusiones. Pero es ciertamente un comienzo, que ya no debía demorarse.

2. *« Nuestros propósitos ».*

> Agitadas, muertas, destruidas todas las legendarias energías de la raza, duerme España en el reposo de la muerte infecunda, inactiva, soñadora impenitente, pertinaz arbitrista de quimeras y desvaríos.
> (José Martínez Ruiz, *Azorín*)

Un brevísimo prólogo con declaración de intenciones inauguraba la *Revista*. Consignas principales: « *Todo por la Ciencia y para la Ciencia* » (no es mío el énfasis). Una « *Ciencia genuinamente española* », « a fin de contribuir por nuestra parte a revivir el alma patria, que yace como muerta, más que dormida ». « Titánica lucha » o combate — acaba de finalizar el turbulento 1917 y Europa vive una conflagración mundial — contra « esa enconada y más o

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menos encubierta lucha de bastardos separatismos suicidas y de indisciplina social, principalmente de las clases que a sí mismas se llaman directoras ». Presentación del arma para el combate: « nuestra *Revista* órgano en la Prensa de la *Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* y de su *Museo-Laboratorio*, donde en íntima comunión profesores y alumnos, poniendo en práctica las más interesantes manifestaciones del método experimental, contribuyen al creciente progreso de las Ciencias jurídicas y sociales ». En la hora feliz del nacimiento, no faltaba una lamentación final de sentido duelo: « uno de nuestros más queridos compañeros, que con entusiasmo vivísimo esperaba el ansiado momento en que, vencidas las grandes dificultades que... rodean a semejantes empresas, apareciera el primer número de nuestra *Revista*, para llevar a ella una activa colaboración, nos ha sido arrebatado por la muerte. El maestro de maestros, Gumersindo de Azcárate, ya no existe ».

Componían las consignas, los instrumentos y los duelos tres párrafos breves — no ciertamente menor el de luto por Azcárate — de confesión de propósitos que el lector actual reformula con facilidad: la naciente *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* asumía la Universidad como profesión, el regeneracionismo como compromiso, la tradición krausista como marco humano y precedente técnico de unas reformas pedagógicas que fundamentaban el Museo-Laboratorio y su flamante órgano de publicación. Con algún detalle nos interesarán todas estas cuestiones (16).

3. *La Universidad como profesión.*

> Un Doctor español es, casi siempre, un hombre que sabe leer, generalmente traducidos y pocas veces originales, los libros o revistas que escriben los sabios franceses, alemanes, ingleses, italianos, y luego repetirlos...
> (Ricardo Macías Picavea)

(16) Enrique TIERNO GALVAN, *Costa y el regeneracionismo*, Barcelona, Barna, 1961, que me sirve para el arranque textual del epígrafe que sigue y el del quinto; Adolfo SOTELO VAZQUEZ, *Investigaciones sobre el regeneracionismo liberal en las letras españolas (1860-1905)*, tesis doctoral (director: Antonio Vilanova Andreu), Universidad de Barcelona, 1987, de quien tomo la cita situada al inicio de este breve epígrafe y la que introduce el cuarto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Es profesión, ideología, compromiso y marco que confluyen en el decano Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930), firmante de aquella hoja de propósitos y principal personaje de nuestro relato (17). Otra vez conviene advertir acerca de sus límites: desde luego Ureña es un nombre familiar a los historiadores del Derecho españoles, pues fue la historia jurídica su especialidad, pero todavía carece, al igual que tantos otros juristas de la España contemporánea, del estudio bio-bibliográfico que se merece; se diría que la atención recibida por Eduardo de Hinojosa (18), un excelente profesional ciertamente, viene condenando al olvido otras figuras, como el mismo Ureña, que en su momento podían resultar sin duda más relevantes (19).

Hijo de José de Ureña de la Torre, natural Escovedo, Valle de Camargo (Santander), de formación, si no de profesión, jurídica (20), y de María

(17) Los datos biográficos que siguen proceden del artículo pertinente de la *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, LXV, Espasa-Calpe, ¿1929?, pp. 1419-1420, que sabemos suministrados por el propio interesado: Román Riaza, *Don Rafael de Ureña y Smenjaud* (1852-1930) », en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (= RCJS), 13 (1930), I-LV (post p. 532), p. II y n. 2. Cfr. además, del mismo Riaza, *Don Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (= AHDE) 7 (1930), 552- 556; Adolfo Bonilla y San Martín, *Homenaje al académico Sr. Ureña y Smenjaud*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia* (= BRAH), 79 (1921), 297-307; Vicente Castaneda, *Don Rafael de Ureña y Smenjaud*, en *BRAH* 97 (1930), 509-522; (Adolfo Posada), *La muerte de D. Rafael de Ureña,* en *Boletín de la Universidad de Madrid*, 2 (1930), 322-323; finalmente, Angel Gonzalez Palencia, *Iufluencia de la civilización árabe. Discursos leidos ante la Academia de la Historia en la recepción publica de don ...*, Madrid, Tipografia de Arcuivos, 1931, con su « Apéndice. Notas biográficas del Excmo. Sr. Don Rafael de Ureña y Smenjaud », pp. (61)-63.

(18) Ultimamente, Francisco Tomas y Valiente, *Eduardo de Hinojosa y la historia del Derecho en España*, en *AHDE* 63-64 (1993-1994), 1065-1089; con anterioridad, Adolfo Posada, *Don Eduardo de Hinojosa* (1908), en A.P., *Para América desde España*, París, Sociedad de ediciones literarias y artísticas, 1910, 14-26.

(19) Por suerte se conserva en Alcalá de Henares (Madrid) el expediente de Ureña como funcionario (Archivo General de la Administración, Sección Educación y Ciencia, caja 16.864), lo que me ha permitido controlar los datos que ofrecen las semblanzas publicadas y añadir otros; allí están los papeles del título de licenciado en Derecho (1907) de Rafael de Ureña y Sanz, uno de sus hijos, que también aprovecho. Menor interés presenta el expediente de Ureña conservado en el Archivo General de la Universidad de Madrid, Negociado de Personal (Rectorado), leg. 723.

(20) Al menos, es lo que se deduce de las noticias sobre la biblioteca paterna que recoge el *Indice-Registro de la Biblioteca de Rafael de Ureña Profesor numerario de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Magadalena Smenjaud González, natural de Burdeos, Rafael de Ureña nace el 3 de febrero de 1852 en Valladolid, donde vive y cursa estudios elementales y superiores (bachiller, con sobresaliente, 1868; licenciado en Derecho con premio extraordinario, sección de Civil y Canónico, 1871; sección de Derecho Administrativo, 1874; doctor en Derecho con sobresaliente y premio extraordinario, sección de Civil y Canónico, 1872) (21). En esa Universidad ejerce de inmediato como profesor auxiliar y funda en unión de Felipe Sánchez Román, su futuro cuñado y principalísimo civilista, una de esas academias que completaban entonces la formación teórico-práctica de los estudiantes de Derecho y que ahora demuestra la capacidad de organización y el entusiasmo característicos de Ureña durante toda su vida.

Por los años de formación abraza Ureña la causa republicana. Son épocas agitadas, en que el estudio no impide una militancia (presidente de la Juventud Republicana de Valladolid, 1873) que le conduce directamente a la prensa: junto a su pintoresco amigo José Estrañi (1840-1920), periodista y dramaturgo de ocasión (22), pu-

---

Literatura jurídica en la Universidad Central. Precedido de algunas indicaciones acerca del sistema bibliográfico adoptado. Parte primera. Obras impresas, litografiadas, etc. Madrid. 31 de Diciembre de 1896, voluminoso manuscrito autógrafo que he podido consultar en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Cfr. por ejemplo los asientos num. 4, 5, 196, 207, 443, 495...

(21) En el Archivo de la Universidad de Valladolid, legajos 756-4 A) y 689-21, se conserva el expediente académico de Ureña, con inclusión de la tesis doctoral manuscrita. Cursa la especialidad en Derecho Civil y Canónico de 1868-1869 a 1870-1871 (premio ordinario en « Derecho Mercantil y Penal » y « Ampliación del Derecho Civil y Códigos Españoles ») y la corona con un ejercicio de licenciatura (« aprobado ») sobre « Naturaleza, fundamento, especies y efectos de los derechos in re y ad rem »; en 1871-1872 hace el doctorado en régimen de alumno libre y con sobresaliente en todas las asignaturas (« Filosofía del Derecho. Derecho Internacional », « Legislación Comparada », « Historia de la Iglesia, Concilios y Colecciones Canónicas »); el 26 de junio de 1872 se doctora con una disertación sobre « Fin de la pena » (« sobresaliente »). Sus estudios de licenciatura en la Sección de Derecho Administrativo, iniciados también en el curso 1868-1869, se interrumpen hasta 1873-1874, en que obtiene el grado (« sobresaliente ») con un ejercicio sobre « Clases diferentes de corredores en Francia y Rusia, necesidad de su intervención en toda contratación mercantil, escepto en España y Portugal ». No consta en este caso la realización de los estudios de doctorado, que según las hojas de servicio del expediente administrativo del Archivo General de la Administración cit. (n. 19) realizó sin embargo en el curso 1873-1874.

(22) Cfr. *Enciclopedia* cit. (n. 17), XXII, p. 1045. Estrañi ejerció toda su vida de periodista satírico (colaborador de *El Norte de Castilla*, *La Voz Montañesa* y *El Cantábrico*, que funda en Santander en 1895 y dirige hasta su muerte); sus artículos humorísticos más conocidos, muy populares en toda España, fueron las *Pacotillas*, de las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blica en su ciudad natal el periódico *El Federal Castellano* y el semanario satírico y taurino *La Mar Azul*, unos títulos locales de los que ahora nada puedo decir.

> Con las alternancias que impone la complicada historia de amores y desamores que sacude los grupos antimonárquicos, Ureña pasa sucesivamente a la órbita de Nicolás Salmerón y de Manuel Ruiz Zorrilla, del que llega a ser estrecho colaborador. Ya en Madrid, es elegido miembro de la Junta Nacional de Unión Republicana y presidente de su Directorio. En los momentos en que logra todos sus objetivos profesionales, cuando la Facultad madrileña, de la que será decano largos años, las Academias y los libros reclaman toda su atención, decrece poco a poco la vieja militancia política pero nunca el arraigo de unas avanzadas ideas que podían llamar la atención en el instante de su ingreso en la Real de Ciencias Morales y Políticas (1912): « es el caso que el Señor Ureña, que suele hacer alguna ostensible algara en el campo (de Agramante a las veces) de la militante política y que no oculta en las particulares conversaciones los avances de su criterio, pasa entre ciertas gentes por un radical decidido, casi por un demagogo temeroso. Y yo, que en esto de los temores, tratándose de demagogos sabios y de radicales de pupitre y biblioteca, creo muy poco, me afirmo más y más en esta prevención mía al advertir que nuestro avanzado compañero, tan avanzado hacia el porvenir, ha regalado nuestra codiciosa atención con la exhumación interesantísima de un pasado distante... ¡Bien haya el Sr. Ureña que es así capaz de amar las felices obras del ayer y que, con todos sus radicalismos, después de rechazar como divisa el *recedant vetera, nova sint omnia*, entiende que los pueblos, al igual que los individuos, han menester de equipaje para viajar! ... » ([23]). El mismo Ureña se había definido por entonces, con la alabanza que encerraban para el interesado estas palabras, como un « positivista de la extrema izquierda » más bien perplejo ante su ingreso en una corporación,

---

que llega publicar una colección en doce tomos. Como autor dramático estrenó en Valladolid y Madrid varias obras teatrales: *El rizo de Doña Marta*, *El juicio del año 1871, La botica de Mercurio*, *Carambola por chirpa* y otras.

([23]) Cfr. Félix de Aramburu y Zuloaga, discurso de contestación a Rafael de Ureña y Smenjaud, *Una tradición jurídica española: la autoridad paterna como poder conjunto y solidario del padre y de la madre* (1912), en *Discursos de recepción y de contestacion leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, IX, Madrid, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, 1914, 709-729, p. 728 (otra edición: Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1912). En la misma sede, años más tarde, con ocasión de saludar a un antiguo discípulo y auxiliar que había dejado los estudios por la política activa Ureña se presentaba como un pobre viejo que « después de cuarenta y tantos años de continuo batallar, ha dejado, ha ya largo tiempo, el ardoroso campo de la vida pública, conservando, es verdad, el fervoroso culto de sus antiguos ideales, sin haber desempeñado cargo alguno político fuera del estrecho círculo de su partido »: cfr. Niceto Alcala Zamora y Torres, *La jurisprudencia y la vida del derecho. Discurso leído en el acto de su recepción por... y contestación de D. Rafael de Ureña y Smenjaud... el día 22 de febrero de 1920*, Madrid, Imp. de Julián Espinosa, 1920, 49-62, p. 51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la Real Academia de la Historia, adonde le guiaba la mano del sacerdote católico Fidel Fita (24).

Según era habitual, como sustituto o auxiliar se encarga de las materias más variadas, en función de las cátedras vacantes y de las ausencias de sus titulares: « Derecho Político de los principales Estados » y « Derecho Mercantil y legislación de Aduanas de los pueblos con que España tiene más frecuentes relaciones comerciales » en el curso 1872-1873; « Ampliación de Derecho Civil y Códigos Españoles » y « Derecho Político y Mercantil Comparado » en el siguiente, aunque sólo da clases de la primera (25). Son asignaturas que, como el Derecho Político, llega a ejercer más tarde desde la cátedra, pero que, con la excepción del Derecho Mercantil, por el que Ureña mostró una marcada inclinación, no parecen haberle interesado demasiado (26).

Entre cargas tan diversas y tan intensas actividades políticas no invierte Ureña mucho tiempo en publicar. Lee, adquiere libros con rigor de bibliófilo y aprende decididamente lenguas extranjeras (27). Se trata de lograr con rapidez una plaza en propiedad, ya sea la cátedra de « Elementos de Derecho Político y Administrativo », de Granada, Valencia y Oviedo, para la que oposita sin éxito en 1876, ya la de « Elementos de Derecho Mercantil y Penal » de Sevilla

---

(24) Rafael de URENA Y SMENJAUD, *Ultimo tributo de respeto y gratitud*, en *BRAH* 77 (1918), 123-124, p. 124.

(25) De nuevo no casan bien los datos obtenidos del expediente académico vallisoletano y del burocrático complutense: si, a tenor del último y según se recoge en texto, Ureña prestó servicios como auxiliar de « Derecho Mercantil y Legislación de Aduanas » en el movido año 1872-1873, resulta de los documentos universitarios que, como estudiante de la Sección de Derecho Administrativo, no cursó esta materia hasta el año siguiente.

(26) Información sobre las materias que integraban los planes que Ureña vivió como estudiante y joven profesor se encuentra en Mariano ALCOCER MARTÍNEZ, *Historia de la Universidad de Valladolid* cit. (n. 10), 1, p. 258, que recoge las cátedras vallisoletanas según lo previsto por la longeva ley Moyano (1857), así como Mariano PESET-José Luis PESET, *La Universidad española* cit. (n. 5), cuadros de pp. (686) y ss., para las reformas parciales posteriores.

(27) Cfr. Rafael de URENA, *Indice-Registro de la Biblioteca* cit. (n. 20), asiento núm. 88: la gramática francesa de José García de Modino, que es una de sus primeras compras vallisoletanas (1865). Seguirán métodos de italiano (núm. 220), alemán (núm. 73), inglés (núm. 197b), portugués (núm. 219).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(1877) o la de « Elementos de Economía Política y Estadistica » de Valladolid (1877) y Granada (1878). Obtiene finalmente en 1878 la de « Derecho Político y Administrativo de España » de la Universidad de Oviedo ([28]).

> Dentro de un sistema universitario que permite estas cosas su primer trabajo es algo posterior al acceso a esta cátedra: un discurso con ocasión de la inauguración de la Academia de Jurisprudencia de Oviedo sobre « Nacimiento y muerte de los Estados hispanomusulmanes » (1880). Escrito menor, recogido luego en su prolija e inacabada *Historia de la Literatura jurídica* ([29]), que sin embargo contiene todos los ingredientes del futuro profesional universitario en que se convierte Ureña tras su acceso a la cátedra de Madrid. En razón de la materia es un trabajo histórico, más precisamente un estudio de las circunstancias políticas por las que llega y se filtra ese 'elemento semita' del derecho español que siempre le preocupó ([30]) y que le obliga a leer como puede lenguas orientales; por sus circunstancias el discurso de 1880 revela ya el carácter emprendedor del joven catedrático, que ha fundado y preside por entonces la institución cuyo curso inaugura. Unida a las actividades de la academia, y probablemente con participación de Ureña, al fin y al cabo antiguo periodista, en los preparativos, estuvo además una « interesante publicación jurídica, el *Boletín-Revista*, quincenal, desde Abril de 1882 a Noviembre de 1884 », de la que nada más conocemos ([31]), pero que debe figurar, sin duda, como remoto antecedente de la *Revista* madrileña.

([28]) Según los ficheros del Archivo General de la Administración del Estado, Sección de Educación y Ciencia, en el legajo 5430-3 está el expediente de esta oposición, pero no lo he sabido encontrar. La memoria-programa de la asignatura se conserva al menos entre los papeles del expdiente personal de Ureña, cit. (n. 19).

([29]) Rafael de Urena y Smenjaud, *Historia de la Literatura jurídica española. Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes. (Intento de una historia de las ideas jurídicas en España)* (1897-98), I/I-I/II, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Idamor Moreno, [2] 1906, I/I, pp. 446 y ss., pp. 505-542.

([30]) Rafael de Urena, *La influencia semita en el derecho medieval de España*, en *RGLJ*, 92 (1898), 267-306; del mismo, *Familias de jurisconsultos. Los Benu Majlad de Cordoba (Fragmento de un bosquejo inédito de la Historia de la Literatura jurídica arábigo-hispana)* (1904), 1-14, en *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/II, apéndice cuarto; del mismo, *Plan de un curso de derecho islamítico español. (Escuela de Malec ben Anas)*, en *RCJS* 4 (1921), 59-63. Y este arabismo de finales de siglo no está muy lejos de las preocupaciones krausistas: José Luis Abellan, *Historia crítica del pensamiento español*, IV: *Liberalismo y romanticismo (1808-1874)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984, pp. 475 y ss.

([31]) Tomo la noticia de Fermín Canella Secades, *Historia de la Universidad de Oviedo* cit. (n. 10), p. 204. No aparece entre los fondos de la Biblioteca Universitaria de Oviedo, según amable comunicación de sus facultativos, ni tampoco he podido localizar esta publicación en la Biblioteca Nacional de Madrid.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En Oviedo desempeña, como sabemos, la cátedra de Derecho Político y Administrativo, una de sus especialidades de licenciatura en la que tuvo además alguna experiencia como auxiliar en Valladolid, pero los estudiantes del momento, por ejemplo Adolfo Posada, sucesor de Ureña en la cátedra ovetense, recordarán de sus explicaciones bastante más historia jurídica y fundamentos filosóficos que derecho administrativo o politíco positivo: « Rompía Ureña con la tradición de una enseñanza elementalísima y de limitado horizonte, practicando nuevos métodos, exponiendo nuevas doctrinas, dando mayor valor a los fundamentos filosóficos de la teoría del Estado y abriendo dilatadas perspectivas al estudio histórico de las instituciones políticas españolas » (32). Su segunda publicación (1882) de nuevo revela una marcada vocación histórica, que se proyecta ahora desde el ángulo del derecho penal (33). Se trata de la lección inaugural de la Universidad para 1881-1882, ocasión de oro para aprovechar materiales del primerizo discurso doctoral, que si hoy apenas resiste la lectura conserva algún interés como adelanto de los métodos y las preocupaciones que Ureña desarrollaría con plenitud algo más tarde: únicos fragmentos conocidos de un tratado de derecho penal que quiso componer en su juventud (34), es explícito en sus páginas el empeño acusado por presentar las raíces históricas del derecho moderno y sus teorías dentro de una concepción 'evolutiva' de ciertos elementos formativos del derecho 'patrio' o 'nacional' que Ureña jamás abandonó.

Desde 1882 y hasta su paso a Madrid en 1887 tenemos a nuestro personaje en la Universidad de Granada. No sé si intervienen en el cambio razones familiares: consta al menos que allí ejercía su cuñado Felipe Sánchez Román la cátedra civilística y que Ureña le presta colaboración en un informe sobre los estudios jurídicos que solicita el Ministerio de Fomento (35). Pero probablemente Granada ha sido

---

(32) (Adolfo POSADA), *La muerte de D. Rafael de Ureña*, cit. (n. 17), p. 322.

(33) Rafael de URENA Y SMENJAUD, *Origen de la ciencia jurídico-penal*, en *RGLJ* 61 (1882), 33-74.

(34) Ofrece la noticia, particularmente fiable por su condición de antiguo compañero en Oviedo y penalista, Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, discurso cit. (n. 23).

(35) Felipe SANCHEZ ROMAN, *Proyecto sobre reforma de los estudios de la Facultad de Derecho*, en *RGLJ* 63 (1883), 350-379, que es la base de la reforma de planes de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un destino cualquiera que lleva a Ureña lejos de Asturias: su breve estancia en Oviedo, por entonces aún universidad minúscula de una sola Facultad, ha estado jalonada por continuos intentos para lograr un traslado (36), que por fin tiene lugar, bajo la fórmula de la permuta de cátedras y por genéricos motivos de clima y salud, con Salvador Cuesta, titular de Disciplina Eclesiástica (« Disciplina general de la Iglesia y particular de España ») en la universidad andaluza.

> « Resultando que Ureña, por su brillante carrera literaria, premios extraordinarios de Licenciatura y Doctorado que ha obtenido y oposiciones en que ha tomado parte, figurando en los primeros lugares de la tema, ha demostrado su no común afición a las Ciencias Jurídicas y su idoneidad para el profesorado », el Consejo de Instrucción Pública acepta la permuta y Ureña es nombrado el 31 de marzo de 1882 para la cátedra de Granada, de que se posesiona algo después (13 de mayo). Con más profesión que afición Ureña ejerce de canonista y llega a publicar un renovador programa (37),

---

Gamazo y Sardoal, donde aparece la siguiente « Advertencia importante. Por encargo expreso del Sr. Sáncbez Román, se declara en su nombre que al estudio y redacción del anterior proyecto y de todos los demás trabajos complementarios que con él se presentaron al Excmo. señor Ministro de Fomento, ha colaborado eficazmente el Catedrático numerario de la Facultad Derecho en la Universidad de Granada, D. Rafael de Ureña Smenjaud ». En su expediente administrativo se conserva la comisión oficial para auxiliar en la reforma de la instrucción publica (Real Orden de 26 de noviembre de 1883), que le lleva a Madrid en alguna ocasión, con retribución de mil pesetas « por una sola vez ». Al proceso de reformas, que sacaron adelante tres diferentes ministros, contribuyó otro vallisoletano amigo de Urena, Ricardo Macías Picavea, y el historiador granadino Eduardo de Hinojosa: Rafael de Urena, *Prólogo*, en Pedro Cogliolo, *Estudios acerca de la evolución del derecho privado. con un prólogo y notas de Rafael de Ureña y Smenjaud...*, Madrid, Hijos de Reus eds. (= Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros), 1898, pp. 6-7 y n. 1.

(36) A las cátedras de « Procedimientos » de Granada y de « Ampliación de Derecho Civil » de Valencia (1879); a la de « Derecho Político y Adminisatrativo » de Zaragoza (1879), para la que es propuesto, aunque sin éxito, en primer lugar; a la de « Derecho Romano » de Salamanca (1879) ... En 1881 pide traslado a la cátedra de Derecho Político y Administrativo de Barcelona, pero meses después, sabiéndose propuesto en cabeza de la terna elevada a la Dirección de Instrucción Pública, renuncia a su derecho.

(37) Rafael de Urena y Smenjaud, *Programa de Disciplina General de la Iglesia y particular de la de España. Curso de 1882 a 1883*, Granada, Imprenta de López Guevara, 1883, con inclusión de toda una historia de fuentes canónicas (pp. 11-14) y las instituciones completas del derecho canónico, segun prolija división que será habitual en sus programas posteriores y que le obligará a distinguir entre sistema y esquema: Pedro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pero pronto pasa a dar clases, en comisión, de Hacienda Pública (curso 1883-1884) y de « Derecho Político y Administrativo », materia de la que acaba siendo titular « en cumplimiento de lo prescrito en las disposiciones transitorias del Real Decreto de 14 de agosto último (1884), reorganizando los estudios de la Facultad de Derecho ».

De su paso fugaz por Oviedo saca al menos Ureña libros y amigos científicos para toda la vida (38). De Granada, salvo algunos libros más, sus mayores satisfacciones son de naturaleza familiar (39), pues ninguna de las materias que enseña parece captar su desbordante atención. Con la mirada puesta en Madrid, y tal vez estimulado por la definición administrativa de un Derecho Mercantil que los nuevos planes logran emancipar del maridaje con el Derecho

---

COGLIOLO, *Evolución del derecho privado* cit. (n. 35), p. 150 y n. (a). Cfr. (Adolfo POSADA), *La muerte de D. Rafael de Ureña*, cit. (n. 17), p. 323.

(38) Cfr. Rafael de URENA, *Indice-Registro de la Biblioteca* cit. (n. 20): abundan los regalos procedentes de Fermín Canella, catedrático ovetense de Derecho Civil (por ejemplo, asiento núm. 2, que corresponde a Antonio María FABIE, *El principado de Asturias. Estudio historico legal*, 1880), pero también hay donaciones de Adolfo Alvarez Buylla (num. 241, que es Julián ARRESE, *Descentralización universal*, 1873), de CLARÍN (cuyo *El Derecho y la Moralidad*, 1878, núm. 299, ingresa en la biblioteca de Ureña ese mismo año) y, sobre todo, de Adolfo POSADA, que se apresura a regalar a Ureña su traducción de la *Lucha* de Rudolf v. JHERING, con prólogo de CLARÍN (num. 61) y títulos como Ramón ELICES, *El Gobierno y el Ejército de los pueblos libres*, 1878 (núm. 239); por permuta con Posada adquiere Ureña en 1882 el *Ideal de la humanidad* de KRAUSE (1871), seguido del famoso discurso inaugural de SANZ DEL RÍO, (núm. 91).

(39) Por el certificado de nacimiento de su hijo Rafael (1884) supongo que Ureña contrae matrimonio en Granada con Nicasia Sanz Martín, vallisoletana de Portillo, pero vecina, como sus padres, de la ciudad andaluza; el domicilio familiar estaba en la popular calle de Recogidas, núm. 6, 3. La pareja tuvo dos hijos conocidos, a los que Ureña dedicó algún libro. Ladislao sigue la carrera militar en el Cuerpo de Ingenieros, ejerciendo como profesor de Ciencias en la Academia: cfr. Ladislao URENA Y SANZ, *Estudio teórico-práctico de los explosivos*, Guadalajara, Ramírez, 1909. Rafael, doctorado en Derecho (1909) con una tesis sobre *Nuevas orientaciones del principio de intervención. Doctrina de Drago*, Madrid, Establecimiento tipográfico de los Hijos de R. Alvarez, 1910, sigue las carreras consular (1911) y diplomática (1929), llegando a ministro plenipotenciario en Guatemala (1932), subsecretario y secretario general del Ministerio de Estado (1936) y ministro en Colombia (1938), donde se exilia y malvive hasta 1958, « erguido, fuerte, español, republicano » (cfr. necrología en *El Tiempo*, Bogotá, 22 de septiembre): son datos que conozco gracias a la amabilidad de Juan M. Molina, consejero de Embajada, y obran en el expediente del interesado, Archivo General del Ministerio de Asuntos Exteriores (Madrid), Sección de Personal, leg. 308-22384.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Penal, arrastrado desde 1845, su producción por esos años se limita al terreno mercantilista, del que es uno de los más entusiastas fundadores modernos (40).

> En una memoria-programa para la cátedra de « Derecho Mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América » Ureña se muestra partidario decidido de la unificación del derecho privado de la contratación, con recibo de la doctrina extranjera correspondiente, y acredita conocer muy bien los textos legales — por ejemplo del movimiento codificador en los Estados Unidos — y la literatura especializada en una materia que presenta con amplias pretensiones comparatistas (41). De aquellos códigos y de esa literatura dará cuenta en las frecuentes reseñas de asunto mercantil que publica, siendo ya catedrático de Madrid, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (42).

La oposición a cátedra de Derecho Mercantil en la Universidad Central no tendrá lugar, pues al tiempo de su firma Ureña solicita y por fin obtiene en régimen de traslado (1886) una plaza de reciente creación en el doctorado de Derecho: « Literatura y Bibliografía jurídicas en general, y en particular de España » (43). El origen inmediato de esta peculiar asignatura, que de momento — « no existe Doctor en Derecho que haya sentido el acicate de la vocación hacia estudio tan importante... de los textos de infolios y quodlibetos

---

(40) Rafael de Urena y Smenjaud, *Ensayo de un plan orgánico de Derecho Mercantil de España, y de las principales naciones de Europa y América*, en *RGLJ* 72 (1888), 35-56 y 298-314; 73 (1888), 514-530 y 635-648; 74 (1889), 68-76 y 141-149; 75 (1889), 5-22. Este programa fue « escrito en 1884 »: cfr. Rafael de Ureña, *Las cuentas corrientes del Banco de España y el contrato de cuenta corriente*, en *RGLJ* 90 (1897), 429-460, pp. 439 y 434.

(41) El amplio programa quedaría inacabado, « pues las grandes reformas llevadas a cabo en la legislación comercial de diferentes países, casi coetáneamente, le obligaban a una reforma y recomposición de ese trabajo de legislación comparada »: Félix de Aramburu cit. (n. 23), p. 712. Por lo demás, la biblioteca personal de Ureña era particularmente rica en tratadística mercantil extranjera: cfr. *Indice-Registro de la Biblioteca* cit (n. 20), asientos núm. 173 (Lyon-Caen y Renault), 175 (Boistel), 176 (Thol, en italiano), 189 (colección de leyes cambiarias en alemán, de Borchardt)... No faltan incluso las novedades norteamericanas: núm. 377, John W. Daniel, *A Treatise on the Law of Negotiable Instruments*, New York 1884, adquirido por « compra Bailly 1885 ».

(42) Cfr. por ejemplo *RGLJ* 77 (1890), 211-212 y 571-575; 78 (1891) 100-105; 79 (1891), 248-250; 88 (1896), 405-410.

(43) Cfr. Rafael de Ureña, *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, pp. 29 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurídicos de nuestra tan rica como olvidada bibliografía de los grandes jurisconsultos españoles » — no le sobrevivió (44), se encuentra en la reforma de planes que tanto debe a la pareja Ureña-Sánchez Román (45), aunque hubo que superar la originaria posición inaugural de la materia y sus frecuentes cambios de denominación, fijada definitivamente en 1900 como una « Historia de la Literatura jurídica española » de estudio obligatorio en el Doctorado de Derecho, donde figuraba desde 1884. Sin esperar la definición oficial Ureña la ha concebido desde el principio bajo los términos de una historia literaria que, si bien incluye la bibliografía jurídica que por esos años, estimulado por las reformas docentes, cultiva por ejemplo Manuel Torres Campos (46), desde luego encuentra en la historia de las fuentes jurídicas de un Max Conrat el modelo preferible (47). El programa de Ureña (48) comienza por una desmesurada introduc-

---

(44) Cfr. *AHDE* 7 (1930), 560-561 y *Libro de Actas* cit. (n. 2): junta de 9 de abril de 1930 (la última a la que asiste Ureña), a iniciativa de José Gascón y Marín y Adolfo Posada se aprueba, no sin bastantes discusiones en las que no intervino el viejo decano, la transformación de la plaza vacante en una nueva cátedra de Doctorado de « Estudios superiores de Ciencia Política » (fols. 179-188); las enseñanzas de « Historia de la Literatura Jurídica », acumuladas a la dirección del Museo-Laboratorio, se confían al auxliar Román Riaza: junta de 23 de septiembre de 1930 (fol.201), junta de 2 de octubre (fol. 204). La noticia se publicó, con materiales administrativos (Real Orden de 25 de agosto de 1930 y dictamen del Consejo de Instrucción Pública), en la prensa universitaria: *Boletín de la Universidad de Madrid*, 2 (1930), 591-593, en particular la última para la frase recogida.

(45) Pero no en este punto que tanto afectaría a nuestro personaje: cfr. Felipe SANCHEZ ROMAN, *Proyecto sobre reforma de los estudios de la Facultad de Derecho* cit. (n. 35), pp. 369 y 372. Contra el criterio expresado en este informe, el plan del Ministro Gamazo (Real Decreto de 2 de septiembre de 1883) mantenía un curso preparatorio para la carrera de Derecho que incluía la « Literatura española y nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España ».

(46) Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política. Guía de los juristas y políticos, ordenada*, I-II, Madrid, Imprenta Fortanet-Librería de D. Fernando Fe, 1887-1897; del mismo, *Nociones de bibliografia y literatura jurídicas de España*, Madrid 1884.

(47) Rafael de URENA, *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, p. 4. Al fin y al cabo Ureña se preocupó de comprar (1897) la obra de Conrat: cfr. *Indice-Registro de la Biblioteca* cit. (n. 20), asiento núm 2339.

(48) Cfr. *Fragmentos de un programa de Historia de la Literatura jurídica Española. Cursos de 1886 a 1905. (Segunda edición)*, en *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/II, 2-59, que sólo abarca hasta « la España de la Reconquista ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción, parcialmente desarrollada en sus textos, con informaciones bibliográficas útiles aún al jurista poco interesado por las cuestiones históricas (49), y continúa con una minuciosa exposición de historia de las fuentes que no había de perdonar ninguna de las conocidas, inclusas íntegramente las romanas y visigodas y con un énfasis particular en las judías y arábigas que ya no puede sorprendernos: se trata siempre de describir los 'elementos del derecho español', sometidos a la secular evolución que configura el ordenamiento actual, entre los que aquéllos considerados 'semíticos', en especial la huella del derecho musulmán, aportan precisamente la singularidad racial del derecho y del pueblo en España.

En efecto. A tenor de las amplias presentaciones con que arrancan sus cursos la filosofía jurídica de Ureña se reduce a un evolucionismo-organicismo que empalma con la Escuela Histórica, encuentra un apoyo inmediato en Rudolf v. Jhering, cuya *Lucha por el derecho* le inspira el programa todo, y se refuerza con el positivismo científico dominante a finales de siglo, que ya no resulta incompatible con la tradición krausista: derecho es « el bien realizado por la actividad consciente y libre como medio necesario para el cumplimiento de los fines de la vida » (50).

> Hay en toda la obra de Ureña una sarta de plabras — evolución, lucha, raza, nación — que se repiten con insistencia y cimenta la coherencia de sus más dispares producciones intelectuales, desde los eruditos estudios bibliográficos hasta las traducciones, los cursos universitarios, las ediciones de fueros y las monografías (51). *Evolución* es motivo principal de todo buen positivista. Tal vez por sus viejas aficiones al Derecho Penal, donde irrumpen con fuerza las nuevas doctrinas, tal vez, simplemente, por su condición de hombre de cultura, Ureña, que lee a Herbert Spencer y se familiariza con la primera sociología francesa, entiende la sociedad como un ser complejo, como un organismo vivo sometido a las leyes que los biólogos modernos

(49) Me permito llamar la atención, por ser muy del caso, sobre las páginas dedicadas a las revistas jurídicas: Rafael de Urena, *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, pp. 217-229.

(50) Rafael de Urena, *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, p. 11.

(51) Para lo que sigue, Rafael de Urena, *Sumario de las lecciones de historia crítica de la literatura española, dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 1898 y siguientes por.... catedrático numerario de dicha asignatura. Intento de una historia de las ideas jurídicas en España I*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, s/a (ca. 1898), pp. 243 y ss., primera versión de la *Historia de la literatura jurídica* que va cit. (n. 29); del mismo, *Prólogo* y notas a Pedro Cogliolo, *Evolucion del derecho privado* cit. (n. 35).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aplican a la historia de las especies. En su análisis — singularmente las leyes de supervivencia y adaptación al medio natural, que encierran un horizonte de *lucha* por el derecho orientada por la ley natural de la selección — el científico social mejor situado es sin duda el jurista, al ser el derecho fenómeno social principal. La reflexión sociológica puede entonces agotarse en el estudio del derecho, pero se trata claramente de un estudio *desde* y *en* la historia, con todo el peso que cabe otorgar entonces a la ley de la tradición o de la herencia (52) cuando se admite que « el contenido de la norma y del fenómeno jurídico varía según los tiempos, la raza y las circunstancias » (53). Así se explica que sociología e historia jurídica sean perspectivas analíticas en el fondo intercambiables, como intercambiable era para Manuel Sales y Ferré, según sabe Ureña perfectamente (54), la nueva ciencia social con la vieja filosofía de la historia.

En íntima relación con la lucha por el derecho se encuentra el motivo de la *raza*, tan caro en general a la violenta sociedad occidental de finales de siglo que hace de la tensión racial uno de sus *alibis* principales (55). La biblioteca de Ureña se enriquece por esos años con envíos de Gumplowicz (56) y la raza comparece así en sus escritos como « causa antropológica general » de la evolución jurídica. Porque en ellos se establece una ecuación entre la raza y el derecho, porque la obra de Ureña atiende constantemente a los elementos diversos raciales que conflictivamente confluyen en la evolución del derecho español, desde aquellos celtibéricos, conocidos gracias a la obra, que se admira, de Joaquín Costa, hasta esos otros elementos romanos, germánicos y semíticos en que Ureña centrará sus cursos de historia de las fuentes, la historia toda de España resulta en definitiva la historia del derecho de España, esto es, una historia de « los elementos del derecho español en su evolución progresiva » (57).

Ahora bien, entre tales elementos el semita reviste un interés particular, pues si la historia de la humanidad se resuelve en la lucha constante entre arios y semitas, que son las razas superiores o dominantes, la historia

---

(52) Rafael de URENA, *Sumario de las lecciones* cit. (n. 51), p. 273: « la historia toda de nuestro derecho es una plena comprobación de esta doctrina ».

(53) Rafael de URENA, *Prólogo* a Pedro COGLIOLO, *Evolución del derecho privado* cit. (n. 35), p. 11.

(54) Cfr. Rafael de URENA, *Una tradición iurídica española* cit. (n. 23), pp. 652 y ss. con evocación del sociólogo levantino, antecesor suyo en la medalla académica de Ciencias Morales y Políticas.

(55) Peter GAY, *The Cultivation of Hatred. (The Bourgois Experience. Victoria to Freud. III*), New York-London, W.W. Norton, 1993.

(56) Cfr. Rafael de URENA, *Indice-Registro de la Biblioteca* cit. (n. 20), asiento núm. 2372: Ludwig GUMPLOWICZ, *Soziologische Essays*, Leipzig 1899, « regalo del autor ». Y era accesible también en castellano: Luis GUMPLOWICZ, *La sociología y la política*, Madrid, La España Moderna (= « Biblioteca de jurisprudencia, filosofía e historia »), s/a; del mismo, *La lucha de las razas*, ibd. s/a, p. 359: « De luchas seculares, de innumerables cambios y fundaciones de Estados han salido nacionalidades que ocupan el suelo de Italia, de España y de Francia ».

(57) Rafael de URENA, *Sumario de las lecciones* cit. (n. 51), pp. 279 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

española resulta entonces ser un modelo a escala de toda la historia universal: « España presenta, como ninguna otra de las naciones modernas, el choque de las dos grandes civilizaciones aria y semita, que si bajo un punto de vista general sintetizan la vida entera de la humanidad, bajo otro más particular y concreto son los elementos que han engendrado nuestra historia y nuestro carácter y que han contribuido con su sangre y con su cultura a fundir en el genio hispano el espíritu religioso y democrático de los pueblos semitas y el ardiente ansia de libertad, característico de las razas indoeuropeas » (58).

Tal es el sentido último que tendrá durante varias generaciones la reflexión historiográfica en torno a la llamada Reconquista, presente, aunque sin mayores desarrollos, en Ureña, pero tal es el sentido también de su prolongada dedicación a las fuentes y a los datos originales que encierran los componentes de un *derecho español* verdaderamente nacional, como no ha sabido ser el aún reciente Código civil: código « desdichado », mala ley fruto de la « pretendida codificación civil », con continuos atropellos a la mejor tradición jurídica española (59).

Cuando celebre la Real Academia de la Historia la incorporación de Ureña en 1909 Bienvenido Oliver, que contesta el discurso de ingreso, podrá certeramente presentar al nuevo académico como un estudioso « del Derecho patrio, que viene cultivando sin descanso, teniendo como base científica o filosófica las doctrinas, muy en boga, de la escuela positivista contemporánea, mezcla o combinación sólida y armónica, según sus más autorizados y recientes definidores, del *racionalismo* o *idealismo* (escuela racionalista o idealista) y del *historicismo* (escuela histórica). De esas doctrinas, que forman la médula de todo su pensamiento, adoptó la teoría de la evolución inspirándose principalmente en la de H. Spencer, como

(58) Rafael de Urena, *Prólogo* a Pedro Cogliolo, *Evolución del derecho privado* cit. (n. 35), p. 14. La crítica a esta conclusión, compartiendo sin embargo todo el planteamiento, podrá ofrecerla Bienvenido Oliver al recibir a Ureña en la Academia de la Historia: *Discursos leídos ante la Real Academia de la Historia en la recepción pública de Rafael de Ureña y Smenjaud el día 24 de enero de 1909. Discurso de recepción: Una edición inédita de las Leges Gothorum Regum preparada por Diego y Antonio de Covarruvias en la segunda mitad del siglo XVI. Necrología del Excmo. Sr. D. José Gómez de Arteche. Discurso de contestación: Observaciones histórico-étnicas sobre la composición de la raza española*, Madrid, s/e, 1909 (otra edición: Madrid, Revista de Legislación), en especial 99-128, con su defensa de la simple yuxta posición, que no mestizaje como quería Ureña, entre arios y semitas, y de la venturosa expulsión final de los moriscos.

(59) Rafael de Urena, notas a Pedro Cogliolo, *Evolución del derecho privado* cit. (n. 35), p. 146, n. (a), p. 153 n. (a), pp. 198-200 n. (a); del mismo, *Una tradición jurídica española* cit. (n. 23), pp. 700 y ss. Es punto que comparece más adelante.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

único procedimiento para adquirir el conocimiento superior o suprasensible de los fenómenos materiales o inmateriales del Universo » (60).

El desmesurado tratamiento programático con que Ureña plantea sus lecciones se traduce en la práctica en cursos que son monograficos, como el de fuentes del derecho romano, que repite unos años a comienzos de su carrera en Madrid (61), el de fuentes germánicas, del que nace un importante *Estudio crítico* de la *Legislación gótico-hispana* (1905) basado en las explicaciones de 1903 cuando acaba de aparecer la edición de Karl Zeumer, que allí puntualmente recibe comentario, o el programa de 1920-1921, antes citado, en los momentos en que Ureña, por entonces vicerrector (30 de marzo de 1921), en puertas de la jubilación y de un año académico agitadísimo (62), centra de nuevo sus lecciones en el derecho hispano-musulmán: aunque en su obra demuestra conocer, como pocos en la época, las fuentes hispánicas del *ius commune*, los cursos de Ureña no han pasado los umbrales de la alta edad media (63). A esta intensa actividad profesoral y a su pertenencia a varias corporaciones científicas (Reales Academias de la Historia, Ciencias Morales y Políticas, Jurisprudencia y Legislación) debemos buena parte de sus escritos producidos en Madrid: tratados, discursos (64), estudios monográficos (65) y ediciones críticas de fuentes jurídicas (66).

---

(60) Cfr. Bienvenido OLIVER, *Observaciones histórico-étnicas* cit (n. 58), p. 102.

(61) Cfr. *Sumario de las lecciones* cit. (n. 51), p. 325; *Historia de la Literatura iurídica* cit. (n. 29), p. 409.

(62) Una Real Orden de 24 de noviembre de 1922 suspende las actividades en la Universidad Central « hasta tanto que el Claustro garantice la normalidad de la vida académica y escolar ». No falta mucho para la Dictadura de Primo de Rivera.

(63) Cfr. el informe del Consejo de Instrucción Publica en relación a la transformación de la cátedra de Ureña, en *Boletín de la Universidad de Madrid* cit. (n. 44), p. 592.

(64) Por ejemplo, Rafael de URENA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español*, Madrid, Imprenta Colonial, 1906, que es discurso inaugural del año académico; del mismo, *Una edición inédita de las Leges Gothorum Regum* cit. (n. 53); del mismo, *Una tradición jurídica española* cit. (n. 23).

(65) Rafael de URENA Y SMENJAUD, *Las ediciones del Fuero de Cuenca*, Madrid, Fortanet (impresor de la Real Academia de la Historia), 1917; del mismo, *Los incunables iurídicos en España. Discurso leído ante las Reales Academias, reunidas en la Española para*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Regeneración y pedagogía.*

> Me he equivocado. También la Universidad se ha dejado llevar por la manía 'regeneracionista' que a todos nos invade. También la Universidad estudia las causas de nuestra postración y propone soluciones para que salgamos de ella.
>
> (Ramiro de Maeztu)

A las alturas de comienzos de siglo el profesional universitario se encuentra definitivamente perfilado, siendo con toda probabilidad muy secundaria la actividad de Ureña como abogado colegiado en Valladolid, Granada y Madrid (67). La preocupación por el derecho vigente decrece hasta extinguirse (68) ante las demandas de una vieja

---

celebrar la « Fiesta del Libro » el día 7 de octubre de 1929, Madrid, Tipografía de Archivos, 1929 (= *BRAH* 95 (1929)1-46, más láminas en apéndice).

(66) Rafael de Ureña y Smenjaud, *El fuero de Zorita de los Canes, segun el códice 247 de la Biblioteca Nacional (siglos XIII al XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el Romanceado de Alcázar*, Madrid, Fortanet (impresor de la Real Academia de la Historia), 1911; del mismo, con la colaboración de Adolfo Bonilla y San Martín, *Fuero de Usagre, siglo XIII. Anotado con las variantes del de Caceres* Madrid, Hijos de Reus, 1907; de los mismos, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, Reus, 1924; Rafael de Urena, *Fuero de Cuenca. Formas primitiva y sistemática. Texto latino texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf. Edición crítica con introducción, notas y apéndice por...*, Madrid, Tipografía de Archivos, 1935, al cuidado, muerto Ureña, de Vicente Castañeda y Julio Puyol.

(67) Sólo he podido localizar (Biblioteca Nacional, Madrid, signatura V/C 13660-12) un *Escrito de demanda presentado ante el Tribunal de lo Contencioso Administratívo, a nombre de Don Saturnino Martín Cerezo, en el recurso interpuesto por este Señor contra Real Orden del Ministerio de la Guerra fecha 21 de Diciembre de 1909, denegándole su ascenso a Comandante*, Madrid 1910, 16 pp., suscrito por Ureña en Madrid, 5 de marzo de ese año, a favor de uno de los ultimos de Filipinas. En 1928, a 23 de septiembre, oficia al rector de la Universidad con razones de edad y de abandono de la abogacía en renuncia a la dirección de un recurso contencioso-administrativo: Archivo General de la Universidad de Madrid, leg. 723 cit. (n. 19).

(68) Notas a Pedro Cogliolo, *Estudios acerca de la evolución* cit. (n. 35); (Niceto Alcala Zamora - Rafael de Urena) en José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español, por... con la colaboración de varios jurisconsultos. VIII (= Artículos 1088-1314)*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, ^{2} 1907, en su mayor parte obra de Alcalá Zamora según confesión de Rafael de Ureña, en Niceto Alcala Zamora y Torres, *La jurisprudencia y la vida del derecho* cit. (n. 23), p. 74; Rafael de Urena, s. v. *Derecho foral*, en *Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1910, 136-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

militancia política que reanima la aspiración de unidad entre las diversas tendencias republicanas (69), pero sobre todo por los compromisos contraídos con la cátedra, las Academias o el Ateneo. Nombrado decano de la Facultad de Derecho en 1909 (8 de noviembre) ejerce ese cargo hasta su muerte, ratificado como fue en el mismo a pesar de una jubilación que le llega en 1922 (3 de febrero); como tal es miembro nato del Consejo de Estado y de otras corporaciones (70).

Entregado a sus alumnos e, incluso, mecenas académico en lo que permite su patrimonio (71), Ureña da en Madrid lo mejor de si, como tantos otros que se esfuerzan por levantar una España deprimida: « su anhelada regeneración », afirmará en ocasión solemne ante el claustro de la Universidad Central (72), « es el gravisimo problema legado al siglo XX ». Y las calamidades de 1898 resuenan en las páginas del profesor, ya sea como comentario de *La crisis colonial* de Rafael M. de Labra (1902), un libro que constituye « el más enérgico acicate para sacar de su marasmo a un pueblo como el español, cuya viril actividad está más bien adormecida que agotada » (73), ya sea en la valoración y estudio del *elemento semítico* de una historia jurídica de marcado carácter nacional que así puede

---

(69) Cfr. ahora Manual SUAREZ CORTINA, *La quiebra del republicanismo histórico, 1898-1931*, en Nigel Townson (ed.), *El republicanismo en España (1830-1977)*, Madrid, Alianza (= AU 778), 1994, 139-163.

(70) *Enciclopedia* cit. (n. 17), LXV, p. 1420: representante de España en el Tribunal internacional permanente de arbitraje de La Haya; viceepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia; miembro honorario extranjero del Istituto di Storia del Diritto Romano y de la Société de Legislation Comparée.

(71) Para lo primero, cfr. el arranque del *Sumario de las lecciones* cit. (n. 51), así como la contestación al discurso de Niceto ALCALA ZAMORA Y TORRES, *La jurisprudencia y la vida del derecho* cit/. (n. 23), p. 53. En relación a lo segundo, *Libro de Actas* cit. (n. 2), junta de 26 de marzo de 1927 (fol. 78); junta de 20 de enero de 1934, con el modesto saldo de la « Fundación Ureña » de 1.781'70 pesetas a finales de 1931 (fol. 391). Cfr. además oficio del rector, 20 de julio de 1927, dando las gracias a Ureña por haber creado « una fundación docente, que llevará su nombre, como homenaje de su amor a la Universidad Central y de la que serán beneficiarios los estudiantes que cursen en la misma » (cfr. n. 313), en Archivo General de la Universidad de Madrid, leg. 723 cit. (n. 19).

(72) Rafael de URENA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios* cit. (n. 64), p. 148.

(73) En *RGLJ* 100 (1902), 425-426, p. 426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singularizarse respecto a otras historias europeas (74), ya sea, en fin, en la desolación, con alguna insistencia exteriorizada (75), a que le llevan unos estudios de pasado glorioso, mas en los que modernamente apenas existen resultados: « la Historia de nuestro Derecho está por hacer » (76).

Es el problema de España, vivido por el grupo generacional de intelectuales — por entonces y en relación a estas circunstancias se acuña el término (77) — que forman el maduro Ureña y sus jóvenes discípulos. Es un grupo que confía plenamente a la enseñanza la salvación del país: « la mitad del problema español está en la escuela » (78). Tras la experiencia de la Institución (79), tras los primeros congresos pedagógicos de los años Ochenta, ha llegado el momento de la pedagogía (80). Nos encontramos sin embargo, más que una cuestión de ciencia educativa, ante una preocupación nueva por enseñar e investigar que se generaliza entre los mismos universitarios.

> En las aperturas de curso de Oviedo, la primera Universidad donde ocupa cátedra Ureña, en el giro de muy pocos años diserta Adolfo Posada

---

(74) Cfr. por ejemplo *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, pp. 312 y ss.

(75) Así Rafael de Urena, reseña a Giambatista Benfante, *Il salvamento e l'assistenza nel Diritto maritimo* (1889), en *RGLJ* 77 (1890), 211-212: « cuando los escritores patrios dejan en olvido las más preciosas glorias de nuestra historia jurídica, ¿cómo hemos de reprochar que un ilustre extranjero no conozca todos los precedentes?... ».

(76) Rafael de Urena, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios* cit. (n. 64), p. 10, p. 96.

(77) Carlos Serrano, *Les intellectuels en 1900: Une répétition générale*?, en C. Serrano-S. Salaun (eds.), *1900 en Espagne*, Bourdeaux, Presses Universitaires, 1988, 67-87.

(78) Cfr. *Mensaje y programa de la Cámara agrícola del Alto Aragón* (13 de noviembre de 1898), en Miguel Artola (ed.), *Partidos y programas políticos. 1808-1936. II: Manifiestos y programas políticos*, Madrid, Aguilar, 1975, 131-147, p. 140. En general, Antonio Puig Campillo, *Joaquín Costa y sus doctrinas pedagógicas*, Valencia, F. Sempere, 1911; Eloy Fernandez Clemente, *Educación y revolución en Joaquín Costa y breve antología pedagógica*, Madrid, Edicusa, 1969.

(79) Rafael Altamira, *Giner de los Ríos, educador*, Valencia, Prometeo, 1915; Francisco Giner de los Ríos, *Antología pedagógica*, ed. Francisco J. Laporta, Madrid, Santillana, 1977; del mismo, *Escritos sobre la Universidad española*, ed. Teresa Rodríguez, Madrid, Espasa-Calpe, 1990.

(80) Pierre Jobit, *Les educateurs de l'Espagne contemporaine*, Paris, E. de Boccard; Bordeaux, Feret & Fils, 1936.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« De la enseñanza del Derecho » (1884-1885), Leopoldo Alas, *Clarín*, sobre « El utilitarismo en la Enseñanza » (1891-1892), Aniceto Sela sobre el « Concepto de la Universidad » (1892-1893), Rafael Altamira, en fin, sobre la « Misión de la Universidad en la hora presente de reforma interna y de restauración del crédito nacional en el exterior » (1898-1899) (81). Ciertamente por esas mismas fechas podía pregonar un atónito Ramiro de Maeztu que « el Sr. Mirasol Martín, de la Universidad vallisoletana, explícase con texto tan respetable como los de San Agustín la deficiencia de nuestra politica, *causa de las desdichas que han llovido sobre España con motivo de la lucha con los Estados Unidos* », que « el Sr. Quintero, de la Universidad de Zaragoza, tampoco intenta separarse de esa carretera del término medio, apisonada por cuanto cascote de lugares comunes y de frases hechas ha producido la mollera humana. Para el Sr. Quintero la gran cuestión estriba en separar *el uso del abuso* de la instrucción. Y claro está que el abuso consiste en aprender algo que no tenga por *base* la educación moral y religiosa » (82), pero ahora importa subrayar, por encima de los resultados — tan diferentes — de todos estos esfuerzos (83), la generalidad con que los profesores universitarios de las tendencias más diversas se interrogan sobre la educación como *problema*.

Los nuevos rumbos comprometen ante todo el cultivo de la historia: resulta, esta materia, forja de nación, maestra de errores y atalaya del futuro (84). Tal es el sustrato del discurso que pronuncia Ureña sobre la historiografía jurídica española y que sabe captar muy

---

(81) Fermín CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo* cit. (n. 10).

(82) Ramiro de MAEZTU, *La Universidad*, en *El Nuevo País*, 15 de octubre de 1898, ed. de Adolfo SOTELO VAZQUEZ, *Regeneracionismo liberal en las letras españolas* cit. (n. 16), IV, pp. 131-133.

(83) Compárese Ramiro de MAEZTU, *La Universidad*, cit. (n. 82): « La tristeza y la indignación suelen hacerme paradógico. Ante estos discursos iuaugurales, ante esa enseñanza, ante esos resultados dudo mucho que la Universidad llegue a cooperar en una obra de renovación », con Francisco GINER DE LOS RÍOS, carta a CLARÍN (18 de agosto de 1891): « Estamos de enhorabuena, de seguro, con tener usted el discurso de apertura este año. La idea de que un hombre como usted se decida a arremeter con esos problemas es tan consoladora, en medio de la indiferencia general, disfrazada (?) a veces con lugares comunes tan tristes. Qué Universidad — microscópica, sí, señor, pero Universidad — están ustedes haciendo poco a poco! ¡Qué tiene de particular que envíen luego a Madrid muchachos como ése que usted ya me anuncia! — Adelante, adelante, adelante », en Francisco GINER, *Ensayos y cartas. Edición de nomenaje en el cincuentenario de su muerte*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, 112-115.

(84) Adolfo POSADA, *Politica y enseñanza*, cit. (n. 8); Rafael ALTAMIRA, *Problemas urgentes de la primera enseñanza en España*, Madrid, Librería de los Sucesores de Hernando, ^{2}1912; del mismo, *La enseñanza de la Historia*, Madrid, Victoriano Suárez, ^{2}1895.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bien su antiguo discípulo y amigo Rafael Altamira en una nota que dirige a los juristas prácticos (85), pero sobre todo tal es, en palabras del mismo Altamira, la primerísima condición « de nuestra regeneración nacional », ésta de « restaurar el crédito de nuestra historia, para devolver al pueblo español la fe en sus cualidades nativas y en su aptitud para la vida civilizada, y aprovechar todos los elementos útiles que ofrecen nuestra ciencia y nuestra conducta de otros tiempos » (86). El compromiso con la enseñanza mediante la historia — la jurídica en su caso — puede reconocerse expresamente como tradicionalismo, aunque se trata — no estorba la aclaración para la España de Cándido Nocedal — de una tradición entendida como progreso, del marchar *plus ultra*, del volver a empezar (87).

Preocupa exactamente la historia de la civilización española (88) y el terreno abierto ante el jurista resulta comprometidísimo. Se encuentra en juego, de entrada, la misma nación, que está encarnada en la evolución de su derecho: « ¿Y dónde se puede observar esa lenta y misteriosa elaboración del espíritu nacional, dónde se manifiesta sublime, hermosa y llena de majestad y de vida el alma española, sino en la sorprendente evolución progresiva de su Derecho? Es este uno de los elementos esenciales de su vida, a la par que reflejo fiel y manifestación necesaria de los demás, y un producto espontáneo de su genio y carácter nacionales » (89). Laten aquí las más diversas referencias y convicciones, desde los ecos de la Escuela Histórica hasta la vieja militancia federal, dentro de la elástica tradición del pensamiento krausista: al fin y al cabo Ureña también ha colaborado en el *Boletín de la Institución* (90).

---

(85) Cfr. *Discurso leido en la solemne inauguración del curso académico de 1906 a 1907 por D. Rafael de Ureña y Smenjaud*, en (Martínez Alcubilla) *Boletín Jurídico Administrativo. Apéndice de 1906*, Suplemento doctrinal, 25-27 (Rafael Altamira).

(86) Rafael Altamira, *Psicología del pueblo español* cit. (n. 8), p. 139.

(87) Rafael Altamira, *Psicología del pueblo español* cit. (n. 8), p. 139, nota; Rafael de Urena, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios* cit. (n. 64), pp. 155-156.

(88) Rafael Altamira, *Historia de España y de la civilización española*, I-IV, Barcelona, J. Gili, 1909-1911.

(89) Rafael de Urena, *Los incunables jurídicos en España* cit. (n. 65), p. 7.

(90) Cfr. Rafael de Urena, *El catedrático*, en *Boletín de la Institución Libre de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Enseñar historia y cultivar académicamente la historia del derecho puede considerarse así una tarea patriótica de importancia suprema, con todas las implicaciones del caso, en una España que por fin llega a tener Código civil, para una teoría de las fuentes: « Tiempo es que abandonemos ese santo horror a la Historia del Derecho, que ha caracterizado y que desgraciadamente inspira todavía los estudios jurídicos en España, y que dejando a un lado esa serie de elucubraciones, producto de un trabajo meramente introspectivo, que constituyen la materia principal de nuestra producción jurídico-literaria, y que informan, doloroso es confesarlo, la enseñanza general de las Escuelas, empecemos a preocuparnos de conocer cómo el pueblo español ha sentido y vivido el derecho en los diferentes estadios de su evolución, y recojamos los últimos restos de un preciadísimo derecho consuetudinario, próximo a desaparecer por la influencia de las nuevas leyes y por la cada día más irresistible ola de la uniformidad de las costumbres sociales ». Los juristas más leidos, y entre ellos Ureña probablemente, saben que en la Francia que se acerca al centenario del *Code* la discusión del sistema de fuentes se traduce inmediatamente en discusión sobre la enseñanza jurídica (91), pero el debate entre los españoles tiene la peculiaridad que otorga el Código de 1889 y la crisis de 1898. No obstante ese Código, o precisamente por el Código mismo, la investigación del derecho consuetudinario de España aparece a comienzos de siglo a los ojos de Ureña como « hermosísimo movimiento de saludable reacción científica al que, con orgullo lo decimos, hemos procurado contribuir en la siempre escasa medida de nuestro débil e individual esfuerzo » (92).

Con el político-universitario coincide el político de partido, los dos al cabo *intelectuales*, los dos sometidos al positivismo: « Política

---

Enseñanza (= BILE), 39 (1915), 317. Se trata de una necrología de Giner de los Ríos, aparecida en su origen en *El País*, Madrid, 18 de abril de 1915.

(91) Edouard LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, en *Revue Internationale de l'Enseignement* (= RIE), 40 (1900), 216-243; Maurice HAURIOU, *Création de salles de travail pour conférences et cours de doctorat á la Faculté de droit de l'Université de Toulouse* », ibd. 41 (1901), 547-558.

(92) Victorino SANTAMARÍA, *Derecho consuetudinario y economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona. con indicaciones de las de Gerona y Lérida* (1901), en *RGLJ* 100 (1902), 203-206 (Rafael de Ureña), p. 204, p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradicionista. La historia y la costumbre como medio de partear el movimiento social de nuestro tiempo, imprimiéndole carácter evolutivo y conservador ganando para su causa a las clases ricas. No puede el legislador decretar reformas para una sociedad vieja de dos mil años, como el filósofo se pone a elaborar la 'crítica de la razón pura'. Por el género de la primera materia sobre que opera, el político no tiene derecho a equivocarse. Caminar llevado de la mano por la experiencia. Oportunismo en todo » (93).

Ahora bien, estas consignas para la acción, efectivamente compartidas al margen del fracasado partido nacional regenerador de Joaquín Costa, y aquella clase de investigaciones jurídicas que reclamaba Ureña requieren unos instrumentos y unos métodos de trabajo sencillamente insólitos para el sendentario jurista tradicional. En primer lugar, los intelectuales-científicos necesitan, al igual que los políticos, determinados órganos de expresión: también sus hallazgos deben ser « gacetables » (94). Y se aprecian por entonces profundos cambios en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, que crea en 1896 toda una sección de « Derecho consuetudinario de España », prodiga los « Estudios generales, filosóficos e históricos » al inicio de sus tomos y descarga — pero ésto ya sucedía antes — en series paralelas de jurisprudencia (civil, criminal, administrativa) y boletines de legislación los reclamos principales que promete su título. Si en su primer medio siglo de existencia son muy pocas las firmas que aporta la Universidad a la *Revista General*, en torno a 1900 los catedráticos han desplazado a los prácticos (jueces, fiscales, abogados), al menos en el apartado principal de artículos: es frecuente por entonces la presencia de Ureña y frecuentísima la colaboración de Adolfo Posada, conocido experto en derecho público, o de Pedro (García) Dorado Montero, no menos conocido criminalista (95).

> Parece que los universitarios pueden con los abogados, pero bien puede ser que nuestros escasos conocimientos nos impidan aún valorar

(93) *Mensaje y programa de la Cámara agrícola del Alto Aragón* cit. (n. 78), p. 137.

(94) Cfr. *Mensaje y programa de la Cámara agricola del Alto Aragón* cit. (n. 78), por ejemplo p. 146.

(95) Mariano PESET, *Cuestiones sobre la investigación* cit. (n. 7), p. 348 y recuentos de n. 85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> correctamente el espeso mundo de las profesiones jurídicas y los cruces intelectuales que las recorren a fines del Ochocientos. No deja de ser revelador que la obra fundamental para la práctica del derecho en España, el colosal *Diccionario de la Administración* de Marcelo Martínez Alcubilla y sus meticulosos *Apéndices*, se encuentre abierto, en los comienzos de siglo, al grupo de profesores de Oviedo. Páginas farragosas de disposiciones administrativas se complementan cada año con unas interesantísimas « Secciones doctrinales » donde Altamira, Sela o Posada dan cuenta de la mejor ciencia jurídica que se produce contemporáneamente en España y el extranjero: la teoría institucional de Maurice Hauriou o el tratado de Vittorio E. Orlando, las obras históricas de Ureña o Eduardo de Hinojosa, las memorias económicas del jovencísimo Instituto de Reformas Sociales y los principales movimientos legislativos. Una relación entre la teoría y la práctica del derecho, más compleja y rica de lo que hoy pudiera imaginarse, se encuentra detrás de esta insólita aventura de los científicos en el periódico de los burócratas (96). Al fin y al cabo estos mismos profesores fueron quienes, a la muerte de Alcubilla, demuestran apreciar mejor su obra gigantesca: el Estado español empieza y acaba en las páginas del *Diccionario* compuesto por un viejo revolucionario de 1868 (97).

Tiene gran interés esta loa del gran práctico a cargo de los profesores: nos demuestra que en 1900 la Universidad española tiene ya mucho que decir en el ámbito del derecho. Lo ha hecho posible toda una generación profesoral que asume por fin compromisos con la ciencia. La jurídica no circuló, según es bien conocido, por las Universidades españolas hasta muy finales del siglo XIX: apartados los profesores de los focos principales de acción político-jurídica — ya sean los Ateneos, ya las Cortes, ya las Comisiones de Codificación — e inmersos en una agrafia profesional que sólo atenúa el discurso de ocasión o el discretísimo manual (98), tenemos

---

(96) Cfr. (Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA) *Boletin Jurídico Administrativo. Apéndice* de 1904 a 1909; sobre todo Rafael ALTAMIRA, *Explicación preliminar*, en *Apéndice de 1904*. Suplemento doctrinal, 1-2.

(97) Cfr. (Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA) *Boletín Jurídico-Administrativo. Apéndice de 1900*, 1-20, con trabajos de Rafael Altamira, Joaquín Costa, Adolfo Posada, Salvador S. Valdepeñas, Alfredo de Zavala y notas epistolares y artículos de prensa.

(98) Cfr. las reseñas de literatura jurídica española que publica Gustav HAENEL en la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenchaft und Gesetzgebung des Auslandes* para algunos de los casos mejores: José MUÑOZ MALDONADO, *Elementos de historia del Derecho Romano* (1827), (1831), 306-310; Ramón MARTÍ Y DE EIXALA, *Tratado elemental del derecho civil romano y español* (1838), 19 (1847), 16-41; Pedro GOMEZ DE LA SERNA - Juan M. MONTALBAN, *Elementos del derecho civil y penal de España* (1842-1843), 16 (1844), 331-341.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

por fin algún recuento de los escasos materiales disponibles (99), aunque bastaba para comprobar su escualidez con repasar las lápidas de mármol de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (100).

> Para esa dilatada época, que se extiende hasta los años estudiantiles de Ureña, la relación de los profesores con la imprenta y más especialmente con la prensa jurídica ha sido, en efecto, reducidísima. No obstante la penuria general de nuestros conocimientos hay ya algún dato significativo. En 1842 y como « periódico de estudio y literatura dirigido a todas las Universidades de España » se lanza el semanario *La Universidad*, animado con la pretensión de atender al público universitario mediante alguna pequeña obra literaria y sobre todo para poner a su alcance noticias y disposiciones oficiales en materia de enseñanza: se diría que Unamuno ha tenido por delante esta revista cuando escribe las amargas líneas, ya demasiado duras para su época, con que comenzaban las presentes páginas. A partir del número once *La Universidad* se especializa en cuestiones jurídicas y pasa en consecuencia a titularse *La Universidad y el Foro*; pues bien, de inmediato se proclama entonces « periódico oficial del Ilustre Colegio de Abogados, de la Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Sociedad de Socorros Mutuos de Jurisconsultos »: el diverso peso relativo que los redactores atribuyen a cada uno de los dos elementos de su cabecera no requiere comentarios. Al parecer *La Universidad y el Foro* murió en mayo de 1843; la aventura no duró más que unos meses (101).

España no fue Alemania, pero hoy debemos reconocer que en la segunda mitad de siglo — por los años en que Ureña frecuenta la

---

(99) Mariano Peset, *Cuestiones sobre la investigación* cit. (n. 7), *passim*. Peset toma como referencia el año de ingreso en el escalafón y cuantifica las publicaciones: antes de la Restauración sólo se experimenta un avance notable entre los más jóvenes (ingresados después de 1847) y a partir de la década 1860-1869; cfr. pp. 369 y ss., para los catedráticos ingresados entre 1875 y 1900, que es la generación de Ureña, con datos muy consistentes en cuanto a la cantidad y aún más en atención a la calidad.

(100) Cfr. *Juristas españoles. Biografías de los ex-Presidentes de la Academia y de los jurisconsultos anteriores al siglo XX inscritos en sus lápidas* I-III, Madrid, Imp. Hijos de M. G. Hernández, 1911-1914, colección a la que Ureña aporta por cierto la biografía de Benito Gutiérrez (I, 243-251). En el total de personajes contemporáneos estudiados la relación entre los catedráticos y los que no lo son es de catorce frente treinta y uno. Con todo lo aproximado del recuento (aparecen catedráticos que no son de Derecho, como el filósofo y abogado Nicolás Salmerón; juristas que no fueron, a pesar de la Academia, catedráticos, como Joaquín Costa, y personajes que difícilmente podemos considerar ni siquiera juristas, como Francisco Romero Robledo) la muestra es significativa.

(101) José María Castan Vazquez, *Pequeña historia de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (desde la atalaya de su centenario) (1853-1953)*, en *RGLJ* 193 (1953), 14-53, pp. 16-17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Facultad de Derecho en Valladolid — se produce en la Universidad española un salto cualitativo. Los profesores publican y comienzan a tomar cuerpo los experimentos de una prensa especializada universitaria, aunque no siempre jurídica: *Boletines-Revistas, Anales* y otros materiales en espera de investigador.

He examinado algunos títulos de publicaciones periódicas de ambiente universitario de la segunda mitad de siglo. La más antigua es la *Revista de Ciencias, Literatura y Artes* (1855-1860) que aparece en Sevilla con algunos títulos a la sucesión de la *Revista Española de Ambos Mundos*, bajo la dirección de Manuel Cañete y José Fernández Espino (102). De carácter eminentemente literario, entre sus muchos colaboradores (Fernán Caballero, Duque de Rivas, Serafín Adame, Eugenio Hartzenbusch, Ramón de Campoamor...) figura sin embargo José María de Alava (y Urbina), catedrático de Derecho Romano en Sevilla, seguramente el único jurista español que accedió al seminario — « qui vient en Allemagne pour en rapporter les meilleurs méthodes, et régénerer l'étude du droit dans son pays » — de F. K. von Savigny en la Universidad de Berlín (103). Sus páginas lo registran (104).

Con pleno carácter institucional y mayor contenido jurídico se presenta el *Boletín-Revista de la Universidad de Madrid* (1869-1876; desde 1873 *Revista de la Universidad de Madrid)*, fundado por Francisco Giner junto al romanista José María Maranges y el comparatista y filósofo Gumersindo de Azcárate, que goza de la vida que permiten tales vinculaciones (105). Estaba dirigido por el rector, Fernando de Castro, « con la aspiración a servir de órgano... a la autorizada voz del Profesorado español en primer término, y de cuantos, sin pertenecer a él, se interesan noblemente por la Ciencia y la Enseñanza », pero desde el principio tuvo problemas de participación y suscripciones (106). Intelectual y personalmente continúa en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* (1877), frecuentado como se sabe por los juristas krausistas, aunque volcado hacia la pedagogía (107).

---

(102) Biblioteca Nacional (Madrid), signatura D/438; Hemeroteca Municipal (Madrid), sig. A.H. 1415 (nn. 2552-2557).

(103) Cfr. Olivier MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, P. Lang, 1983, pp. 185-186, que es carta de presentación de Alava enviada por Edouard Laboulaye a Savigny (1851).

(104) José María de ALAVA, *Informe del claustro de Jurisprudencia de la Universidad Literaria de Sevilla*, en dicha *Revista de Ciencias* cit. (n. 102), 1(1855), 11-33, 75-82, 157-168 más encarte, sobre la reforma de los planes de estudios en los tiempos previos a la ley Moyano.

(105) Biblioteca Nacional (Madrid), signatura D/5113. Cfr. Fernando DE LOS RÍOS, *El pensamiento vivo de Francisco Giner*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 18; Mariano PESET, *Cuestiones sobre la investigación* cit. (n. 7), p. 375 y n. 183.

(106) Fernando de CASTRO en *Boletín-Revista* cit. (n. 105), 3 (1870), sin paginar. Sobre esta figura, Rafael María de LABRA, *Don Fernando de Castro como educador*, en *BILE* 12 (1888), 253-257, 265-269 y 277-281.

(107) Biblioteca Nacional (Madrid), signatura D/1323, colección incompleta. Cfr.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

También pertenece a la órbita del *Boletin* universitario madrileño la *Revista Mensual de Filosofía, Literatura y Ciencias de Sevilla* (1869-1875) (108), fundada por Federico de Castro y Antonio Machado Núñez, donde son frecuentes las traducciones de Ahrens y Hegel, los inéditos de Sanz del Río (109), las colaboraciones de sus discípulos Giner o Salmerón, sin que falte algún artículo jurídico (110). Carece de sección bibliográfica o cronística, pero la *Revista*, al ser Federico de Castro rector de la Universidad hispalense, recoge alguna documentación institucional (111).

La clausura de la experiencia democrática iniciada en 1868 con la entronización de Alfonso XII en 1874 terminó de momento con la esfervecencia intelectual que comenzaba a sentirse en la universidad española. Pudieron atestiguarlo los contemporáneos: « la Revolución avanzó en el camino de la autonomía universitaria, concediendo a los Claustros muchas facultades que antes no tenían... las Universidades de provincia comenzaron a organizar y a conferir el grado de doctor... La República acentuó este movimiento... Estas reformas, de amplio y liberal espíritu, tuvieron afortunadas consecuencias. Reúnense los Claustros, proyectan, acuerdan, viven; se inauguran clases libres, se fundan revistas universitarias; en suma, puede decirse, con D. Francisco Giner, que 'en su aspecto general — de 1868 a 1874 —, nuestra vida universitaria presenta un comienzo de desarrollo interno que maravilla por lo rápido y al cual no ha vuelto, ni con mucho, todavía'. La Restauración mató esa flor humilde de vida nueva » (112). La veracidad de esta suerte de testimonios salta al encuentro del historiador de las revistas.

Pobre es, en efecto, el panorama que ofrece un primer repaso de los materiales. *La Universidad*, publicada en Barcelona en 1888 (primer subtítulo: *Organo defensor de los intereses morales y materiales de los estudiantes*

León Esteban Mateo, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza Nómina bibliográfica (1877-1936)*, Valencia, Universidad, 1978.

(108) Hemeroteca Municipal (Madrid), signatura 1051/4. Cfr. José Luis Abellan, *Historia crítica del pensamiento español*, IV cit. (n. 30), p. 475.

(109) Por ejemplo, Julián Sanz del Río, *Sobre la propiedad*, en *Revista Mensual* cit. (n. 108), 2 (1870), 306-313, 354-360, 397-402, 433-438 y 481-489.

(110) Rafael de Gracia, *Matrimonio. Contrato y sacramento de matrimonio*, en *Revista Mensual* cit. (n. 108), 2 (1870), 29-37, 68-73 y 111-118.

(111) Cfr. *Circular a los Decanos*, en *Revista Mensual* cit. (n. 108), 2 (1870), 314-316.

(112) Manuel G(arcía) Morente, *La autonomía universitaria*, en *BILE* 43 (1919), 169-172 (=*El Sol*, 26 de mayo de 1919), p. 170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

españoles) y 1889 (segundo subtítulo: *Periódico dedicado a los profesores y estudiantes hispanos*; desde el número 66, correspondiente a 11 de septiembre de 1889, el título pasa a ser *La Universidad Española*), parece continuar la tradición no académica de *La Universidad y el Foro*: en esta publicación, que sacaba tres números por mes, aparecen chascarrillos, anuncios de todo tipo, poemas estudiantiles y algunas normas administrativas de asunto educativo; la ocasional « sección doctrinal », exclusivamente divulgativa, no eleva el tono intelectual de un periódico que convocaba a « todos los alumnos de las Universidades, Seminarios, Escuelas especiales, Normales, Institutos, Academias y Colegios de Segunda Enseñanza de España » (113).

La semanal *Revista de Ciencias y Letras. Organo del profesorado facultativo* (113-*bis*), dirigida por Manuel Reinante Hidalgo y con la redacción bajo la jefatura de Enrique Fernandez Echavarría, nace en 1895 para defender los intereses profesionales de licenciados y doctores en la segunda enseñanza. No tiene carácter universitario, cuenta con sección oficial y de consultas jurídicas y es un medio de expresión polémico que da informaciones de todo tipo interesantes a los titulados superiores en Ciencias y Letras.

La excepción, como ya podíamos esperar, procede de la Universidad de Oviedo, que tanto destaca entre sus semejantes poco tiempo después del paso de Ureña.

Del *Boletín-Revista* publicado entre 1882 y 1884 sólo conozco por ahora las noticias que ofrece Fermín Canella (114). No es difícil encontar, en cambio, la serie de los *Anales de la Universidad de Oviedo* (1901-1910, 1936-1941 y ss.), fundados a propuesta de Rafael Altamira y Adolfo Posada según el ejemplo de los publicados en Chile. Fueron financiados por Rafael Calzada y más tarde por la Asociación Patriótica española de Buenos Aires para recoger « trabajos históricos, científicos, pedagógicos, bibliográficos, etc., de catedráticos y alumnos en las cátedras oficiales e instituciones complementarias » (115). En los primeros años de su existencia es frecuente la comunicación entre los *Anales* y el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, donde logran publicidad adicional los trabajos pedagógicos de los emprendedores juristas de Oviedo.

Son las anteriores novedades que, más o menos, recorren toda Europa y que llegan como pueden hasta la remota provincia hispana.

---

(113) Biblioteca Nacional (Madrid), signatura D/6075.

(113-*bis*) Biblioteca Nacional (Madrid), sig. D/5910.

(114) Fermín CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo* cit. (n. 10), p. 204.

(115) Hemeroteca Municipal (Madrid), signatura 1042/4. Cfr. Fermín CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo* cit. (n. 10), p. 267.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Salvo testimonios contemporáneos es poco aún lo que sabemos de Francia (116), pero afortunadamente estamos bien informados en el caso, tan cercano, de Italia (117). A tenor de los datos que recopila Mansuino las revistas jurídicas producidas desde las universidades parecen comenzar en 1867 y su número es muy considerable: cfr. ref. núms. 11 (*Annali dell'Università libera di Perugia*, 1885), 23 (*Annuario dello Istituto di storia del diritto romano. Annesso alla cattedra del prof. A. Zocco-Rosa*, 1890-1891), 44 (*L'athenaeum. Effemeride per l'istruzione superiore*, 1894), 46 (*L'avvenire. Rivista universitaria scientifico-letteraria e politica*, 1867), 73 (*Bulletino dell'Istituto di diritto romano. Pubblicato per cura del segretario perpetuo Vittorio Scialoja*, 1888), 148 (*II diritto commerciale. Rivista periodica e critica di giurisprudenza e legislazione*, 1883), 501 (*La scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, 1891, en particular 1913 ss.), 508 (*Studi napolitani. Periodico universitario forense*, 1894), 509 (*Studi senesi nel Circolo giuridico della R. Universitá*, 1884)... No faltan las revistas creadas por profesores (ref. num. 456: *Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata*, 1898), atentas a sus discursos, normativa y movimientos (ref. núm. 19: *Annuario critico di giurisprudenza pratica civile, ferroviaria, penale. Diretto da Pietro Cogliolo*, 1889) o, simplemente, los periódicos de ambiente universitario (ref. núm. 145: *Il diritto. Giornale di scienza giuridica. legislazione positiva e giurisprudenza*, 1884).

También aquí aumenta la presencia de los profesores de Derecho en los periódicos literarios y científicos (118), se traduce y prologa (119), se cultiva la monografía — agrupadas en numerosas « Bibliotecas » que también merecen, como tales, su estudio particular (120) — y se mantienen los discursos institucionales como medio imprescindible para la difusión de las ideas (121). Se nota que toda una industria editorial comienza a despegar por esos años.

Los profesionales de la Universidad necesitan, en segundo lugar,

---

(116) Cfr. Ferdinand LOT, *Les publications périodiques des universités françaises de province*, en *RIE* 36 (1898), 114-126.

(117) Carlo MANSUINO, *Periodici giuridici italiani (1850-1900). Repertorio*, Milano, Giuffrè (= Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca, 43), 1994.

(118) Cfr. María Pilar CELMA VALERO, *Literatura y periodismo en las Revistas del fin de siglo. Estudio e índices (1888-1907)*, Madrid, Júcar, 1991.

(119) Otro asunto por estudiar: Phanor James EDER, *Law Books in Spanish Translation. A Tentative Bibliography*, Gainesville, University of Florida Press, 1966.

(120) Mientras tanto nuestros interlocutores de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* pueden ir cubriendo el expediente: Adolfo POSADA, *Una Biblioteca del maestro* (1909), 158-168, en A.P., *Para América desde España* cit. (n. 18).

(121) Rafael ALTAMIRA, *Les discours de rentrée des Universités*, en *RIE* 53 (1907), 116-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

algunos cambios institucionales que encaucen sus aspiraciones (122). Con el nuevo siglo se crea el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes. Desgajado de Fomento, el nuevo departamento multiplica al cabo de poco tiempo su presupuesto. García Alix y Romanones, sus primeros titulares, emprenden una reforma de los estudios universitarios. En 1901 tiene inicio la política de concesión de pensiones para el extranjero y en 1907 se crea la Junta de Ampliación de Estudios, vieja aspiración institucionista, a cuyo frente asciende un hombre de Giner (123). Es cierto que Instrucción Pública sigue teniendo unos medios financieros ridículos en relación, por ejemplo, al Ministerio de la Guerra, pero las cosas cualitativamente han cambiado (124). La primera enseñanza es asumida económicamente por el Estado y Rafael Altamira accederá a su dirección general (1911). En ese mismo año se crea el Instituto de Material Científico, para distribuir fondos de infraestructura educativa (Real Decreto de 17 de marzo). Por entonces se ha popularizado la *extensión universitaria*, tan activa unos años antes en el Oviedo de Clarín, el mismo Altamira, Posada, Sela y Alvarez Buylla. La Universidad sale a la calle, la fábrica, la prisión o la mina y sus publicaciones lo anuncian (125). El flamante Instituto de Reformas Sociales lo preside (1904) un universitario conocidísimo, el mismo Gumersindo de Azcárate que tantas esperanzas había puesto, como sabemos, en nuestra *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nacida cuando fallece el viejo maestro. En puertas de su creación comienza ciertamente a cambiar el panorama: lo indica el Doctorado jurídico en que ejerce cátedra Ureña y lo acusan ante todo las tesis modernas (126).

---

(122) Jean Louis GUERENA, *Les institutions du culturel: politiques éducatives*, en *1900 en Espagne* cit. (n. 77), 47-66.

(123) Carmela GAMERO MERINO, *Un modelo europeo de renovación pedagógica: José Castillejo*, Madrid, CSIC-Instituto de Estudios Manchegos, 1988.

(124) Rafael ALTAMIRA, *L'instrucion publique en Espagne en 1903*, en *RIE*, 47 (1904), 385-393.

(125) Rafael ALTAMIRA, *Psicología del pueblo español* cit. (n. 8), pp. 164 y ss., con sus referencias a los *Anales* de Oviedo.

(126) Anoto algunos títulos del fichero de « tesis duplicadas » que obra en el Archivo Histórico de la Universidad Complutense: José ARIAS RAMOS, *La tendencia socializadora en el derecho contractual*, 1917, 109 pp.; Francisco BECEÑA GONZALEZ, *El*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Ciencia, sociedad, laboratorio.*

> Yo afirmo que en España no existen ni escuelas ni alumnos, ni profesores, ni útiles de trabajo; que los Institutos y las Universidades son, por regla general, fábricas de hacer bachilleres y licenciados, que van a engrosar el proletariado de levita; y que en el profesorado, fuera de muy acertadas personalidades, pertenecemos casi todos, por falta de medios o por ausencia de vocación, a esa turbamulta de medianías insignificantes, como si representáramos desde la altura de la cátedra el agotamiento y la esterilidad intelectual de la raza.
>
> (Melquiades Alvarez)

Las preocupaciones profesionales, con su inevitable secuela de textos, revistas y reformas estaban orientadas por el horizonte que abren unas *ciencias sociales* en España. No hace falta aquí un estudio detallado de sus orígenes (127), que además obligaría a un planteamiento europeo mucho más amplio (128) pues a nuestros efectos

---

interés del capital y la ley Azcárate conrra la usura, 1915, 213 pp.; Guillermo CABRERA FELIPE, *Préstamo a interés*, 1913, 144 pp.; Antonio CALATAYUD ORTIZA, *La condición jurídica del espacio aéreo*, Madrid 1912-13, 198 pp.; José María DAMAS Y SANCHEZ, *La ignorancia de las leyes*, 1919, 189 pp.; Pedro FONT PUIG, *Estudios de las cuestiones principales de la « Sociologie et Politique » de Gumplowicz*, 1913, 161 pp.; Valentín GOMEZ UGALDEZ, *Contribución a la reforma del Código civil vigente español. Título X. De el contrato de trabajo*, 1909, 186 pp. Como ejemplo de tesis publicada me limito por abora a recordar Demófilo de BUEN LOZANO, *Las normas jurídicas y la función judicial. (Alrededor de los artículos 5 y 6 del Código civil*), en *RGLJ* 129 (1916), 72-91, 245-261 y 334-362; 130 (1917), 5-20; 131 (1917), 35-71.

(127) José Luis ABELLAN, *Historia crítica del pensamiento español*, IV cit. (n. 30), pp. 512 y ss. sobre « El origen de las Ciencias Sociales en España ». Los mejores materiales proceden de nuestros más cercanos autores: Rafael ALTAMIRA, *Un libro español de sociología*, en *BILE* 13 (1889), 142-143; Adolfo POSADA, *La Sociología. Fragmentos de un estudio*, *ibd*. 28 (1904), 189-192; Gumersindo de AZCARATE, *Concepto de sociologia* Madrid, Establecimiento tipográfico de Fortanet (impresor de la Real Academia de la Historia), 1891, que es discurso de ingreso en la de Ciencias Morales y Políticas.

(128) Filippo BARBANO-Giorgio SOLA, *Sociologia e scienze sociali in Italia 1861-1890. Introduzioni critiche e repertorio bibliografico*, Milano, F. Angeli, 1985, de particular interés para el caso de España: Manuel TORRES CAMPOS, *El nuevo sentido de la filosofía del derecho*, en *BILE* 9 (1885), 330-334; del mismo, *Una nueva escuela penal*, en *La Nueva Ciencia Jurídica. Antropología. Sociología*, I (1892), 24-38; del mismo, *La Antropología y el Derecho civil*, ibd. 137-149; Pedro DORADO, *Sobre el estado de la ciencia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

puede otra vez bastar con los datos que se relacionan más estrechamente con la *Revista* fundada por Ureña.

Se trata de una historia que tiene fechas bien precisas (129). En palabras de un testigo contemporáneo, en la España de 1868 « no sólo la política, sino también la conciencia se colocaron... en período constituyente ». La revolución trae, con Ruiz Zorrilla en Fomento, la libertad de cátedra para los profesores universitarios. En la tradicional casa de estudios compostelana se presenta el evolucionismo de Darwin ante un claustro atónito y dividido; Joaquín Costa escribirá su necrología años después, al inicio de un número del *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* de la que el científico inglés era profesor honorario (130). Por entonces el giro del krausismo que anuncia Salmerón, desarrolla Giner e identifica con lucidez Posada (131) lleva a la pedagogía, los estudios psicológicos y la experimentación. Los españoles más modernos pronto hacen positivismo en una Facultad que ya no sólo puede contentarse con las materias tradicionales: « el método de estudio del Derecho civil », enseña por ejemplo Altamira (132), « tiene que basarse en

---

jurídica italiana en los momentos presentes, en *BILE* 10 (1886), 137-139; del mismo, *Sobre algunos estudios modernos acerca del derecho civil*, ibd. 17 (1893), 56-64. En relación a Alemania, Dietrich TRIPP, *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983. Para el supuesto tan cercano de Portugal, con su *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1914) sólo pocos años anterior a nuestra *Revista* cfr. *Primieras palavras*, en *Boletim* cit. 1 (1914), 14, así como el estudio celebrativo de Mário Júlio de ALMEIDA E COSTA, *O ensino do Direito em Portugal no século XX. (Notas sobre as reformas de 1901 e de 1911)*, ibd. 39 (1963), 31-106.

(129) Cfr. José Luis ABELLAN, *Historia crítica del pensamiento español* cit. (n. 30), V (i): *La crisis contemporánea (1875-1936)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1989, pp. 74 y ss. sobre « La mentalidad positiva y sus consecuencias ».

(130) Joaquín COSTA, *Darwin*, en *BILE* 6 (1882), 91; cfr. además Antonio MACHADO Y NUÑEZ, *Apuntes sobre la teoría de Darwin*, en *Revista Mensual de Filosofia Literatura y Ciencias de Sevilla*, 3 (1871), 461-470. Con algún asombro el propio interesado no dejó de consignar la existencia de traducciones incluso al español (y al polaco, al bohemio, al ruso...) de su influyente obra: Charles R. DARWIN, *Autobiografia* trad. de Aarón Cohen, Madrid, Alianza (= Alianza Cien, 12), 1993, p. 70.

(131) Cfr. Adolfo POSADA, *El Derecho político como espectáculo. (Cincuenta años de cátedra), 1883-1933*, en *RCJS* 16 (1933), 339-353, p. 346.

(132) Rafael ALTAMIRA, *El método positivo en el Derecho civil*, en *La Nueva Ciencia Jurídica* cit. (n. 128), 1 (1892), 268-275 y 2 (1892), 81-90 y 129-136, en particular pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

informaciones particulares hechas por los políticos, por los hombres de profesiones jurídicas, por los catedráticos de Universidad y por los mismos alumnos de éstas, según ya se practica para otras ramas de estudio en algunos centros españoles ». Son afirmaciones y páginas que están llenas de referencias a Saleilles, Cimbali, Vadalà-Papale, Spencer, Jhering o D'Aguanno: al menos en el terreno del Derecho no se observa en esta ocasión una gran distancia respecto a otros países europeos (133).

> Es una preocupación intelectual que encuentra pronto reflejo institucional. Apoyado en las viejas 'academias', que ahora se refundan con el seminario alemán como modelo educativo (134), el grupo de Oviedo crea en 1895 una Escuela Práctica de Estudios Jurídicos y Sociales, donde casi todo preocupa: Sociología y Política (González Posada, Alvarez Buylla), Cuestiones Internacionales (Sela), Economía (Alvarez Buylla) e Historia y problemas contemporáneos (Altamira) (135). Los interesados se apresuran a anunciar en las revistas una nueva enseñanza que se desarrolla con todo entusiasmo entre mapas murales, atlas, libros y estadísticas, para comentar obras de Karl Marx, Herbert Spencer o Alfred Fouillé, elaborar series de datos económicos o exponer trabajos de campo sobre derecho consuetudinario. No faltan las conferencias extraordinarias — *Clarín* habla de Jhering — ni las excursiones campestres « en los días alegres del hermoso mes de Mayo » (136).

274-275. También en R. A., *Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación Comparada*, Madrid, Sucesores de Hernando, 1914, 202-242.

(133) Léon Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, en *RIE* 18 (1889), 484-505; Maurice Hauriou, *Les Facultés de droit et la sociologie*, en *Revue Générale du Droit*, 17 (1893), 289-295; Raymond Saleilles, *Conférence sur les rapports du droit et la sociologie*, en *RIE* 48 (1904), 420-423. Cfr. en general George Wiesz, *The Emergence of Modern Universities in France. 1863-1914*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1983, pp. 188 y ss.

(134) Francisco Giner de los Ríos, *La Universidad española*, ed. de Fernando de los Ríos, *El pensamiento vivo de Francisco Giner* cit. (n. 105), 153-166, p. 162; Adolfo Posada, *Los trabajos de seminario*, en *BILE* 29 (1905), 65-68. Era asunto del momento: G. Fardis, *Les séminaires juridiques en Allemagne*, en *RIE* 42 (1901), 408-412.

(135) Fermín Canella Secades, *Historia de la Universidad de Oviedo* cit. (n. 10), p. 256; Lluis Xabel Alvarez, *La Universidad de Asturias* cit. (n. 10), p. 209.

(136) Rafael Altamira, *Cuestiones de Historia del Derecho* cit. (n. 132), pp. 349 y ss., así como Adolfo Posada, *La escuela práctica de estudios jurídicos y sociales de Oviedo*, en *BILE* 26 (1902), 263-265, crónicas publicadas originalmente en los *Anales de la Universidad de Oviedo* (1901). El motivo de la excursión se desarrolla autónomamente: Aniceto Sela, *Las excursiones escolares en la Universidad de Oviedo*, en *BILE* 25 (1901), 228-234 y 26 (1902), 321-326; Adolfo Posada, *Sales y Ferré* (1908), 39-50, en A.P., *Para América desde España* cit. (n. 18), pp. 45 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Más que estas derivaciones académicas de la nueva filosofía, al objeto del escrito presente interesa en particular el estímulo de aquélla en el terreno de las publicaciones periódicas de Derecho. Los dos intentos conocidos, en más de un sentido verdadero antecedente de los « propósitos » confesados y las firmas aparecidas en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* unos veinte años más tarde, sin embargo no cuajaron.

El fruto más granado que he sabido encontrar es *La Nueva Ciencia Jurídica*, con subtítulo que adelanta programa: *Antropología. Sociología*. Sólo conozco dos tomos, ambos de 1892 y 382 páginas, más índices, cada uno; incorpora con frecuencia fotos y grabados (137). A su frente figura J. Lázaro, director-propietario, esto es, el conocido coleccionista y mecenas José Lázaro Galdiano (1862-1947), dueño de la revista de cultura *La España Moderna* y de la casa editorial de ese nombre, que ya aparece en la portada del segundo tomo (138). Un artículo de Manuel Torres Campos funge de presentación, de la que *La Nueva Ciencia Jurídica* formalmente carece (139), pero basta para conocer su orientación un rápido repaso de la nómina de colaboradores: José D'Aguanno, Rafael Altamira, Félix de Aramburu, Concepción Arenal, Adolfo Buylla, Manuel Carnevale, Pedro Dorado, Enrique Ferri, Julio Fioretti, César Lombroso, Isidro Pérez Oliva, Adolfo Posada, Rafael Salillas, Eduardo Sanz y Escartín, César Silió, Gabriel Tarde, Manuel Torres Campos y Jerónimo Vida. Abundan los escritos de derecho penal y criminología antropológica en artículos y reseñas, aunque también tienen la mayor significación los ensayos de extender la nueva ciencia jurídica al núcleo duro del derecho privado (140). Las diferencias tan apreciables que separan este título de otras revistas jurídicas se acentúan por la ausencia de secciones de crónica, consultas y legislación y por la escualidez de las páginas de jurisprudencia: se diría que lo *nuevo* y lo *científico* de la revista resulta ser su carácter enteramente profesoral, cuya filosofía positiva quiere, sin embargo, rabiosamente dotado de sentido práctico.

Mejor informados estamos de un segundo intento que protagoniza el mismo editor y la mayoría del grupo de colaboradores tres años más tarde: la *Revista de Derecho y Sociología* (141). Fue idea de Adolfo Posada, que

(137) Biblioteca Nacional (Madrid), D/7694. La encuadernación ha sacrificado las portadas de los fasciculos; el número I lleva la fecha de 31 de enero de 1892.

(138) Cfr. Luis SANCHEZ GRANJEL, *Biografía de La España Moderna*, en *Cuadernos Hispanoamericanos*, 233 (1969), 275-288.

(139) Manuel TORRES CAMOS, *Una nueva escuela penal* cit. (n. 128).

(140) Manuel TORRES CAMPOS, *La Antropología y el Derecho civil* cit. (n. 128); Rafael ALTAMIRA, *El método positivo en el Derecho civil* cit. (n. 132).

(141) Biblioteca Nacional (Madrid), D/1694. Cfr. Gerardo SANCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero y la « Revista de Derecho y Sociolog'a*, Salamanca, s/e, 1985, que reconstruye los preparativos, marcha y muerte de la hoja gracias a la correspondencia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figura efectivamente como director en los primeros seis meses de 1895 en que duró la ruinosa aventura, pero compartida y madurada con el penalista Dorado Montero, encargado de una importante sección de revista de revistas y de la colaboración — retribuida — de grandes nombres extranjeros (D'Aguanno, Durkheim, Nitti), corriendo además a su cargo unas traducciones que tampoco eran gratuitas. El deseo de lograr suscripciones y contar con autores nacionales para una publicación nacida con un acusado carácter krausopositivista — « nos hacen falta un par de ingleses y dos o tres alemanes, procurando que sean un sociólogo y un jurisconsulto »; sin embargo, « la gran dificultad es la colaboración española, porque son pocos los que saben y quieren escribir » — lleva a Posada a multiplicar las protestas de independencia e imparcialidad en el « programa » de presentación. Según sus palabras la nueva *Revista*, « absolutamente neutral ante las escuelas y los partidos », aspira a cubrir el « movimiento jurídico y social de España y el extranjero » mediante un « órgano de comunicación con el mundo culto », de « carácter ante todo científico », aunque la búsqueda de lugar propio en el magro mercado de la prensa jurídica justifica las protestas de atención hacia « la actualidad palpitante... la actualidad legislativa, política, parlamentaria, el debate judicial, el funcionamiento de las instituciones, los acontecimientos de interés relativos a las cuestiones sociales... todo habrá de encontrar su lugar propio en las páginas de la *Revista* ». Se inicia con un artículo de Azcárate sobre Kidd y Spencer y están presentes D'Aguanno, Clarín, Costa, Dorado Montero, Giner, Gumplowicz, Richard, Sela y muchos otros, colaboración *efectiva* española y extranjera « de la más alta reputación científica »; se dialoga con *La Riforma Sociale*, el *Political Science Quarterly* o el *Journal des Economistes*; se advierte sobre un reciente pero « interesante periódico, que es único en su género » titulado *La scienza del diritto privato*; pero con todas sus pretensiones científicas tampoco estamos en esta ocasión ante una empresa que comprometa, más allá de la profesión académica de director y colaboradores, a la misma Universidad. Ya sabemos que la *Revista de Derecho y Sociología* fue empresa de editor privado que arriesgó unos miles de pesetas en el sueño intelectual de un puñado de positivistas, pero es que las universidades del Reino ni siquiera se dignaron a cursar una sola suscripción.

Con agobios económicos, desengaño de promotores y dignísimos resultados intelectuales, estas fugaces publicaciones constituyen un hermoso proyecto agotado al poco de nacer. Mas con ellas toma carta de naturaleza, en la España de Gumersindo de Azcárate y Manuel Sales y Ferré, una orientación de los estudios jurídicos que los coloca con decisión enmedio de las nacientes ciencias sociales (142). Y todo entonces lo indica. La primera cátedra de Sociología

---

cruzada entre Posada y Dorado, lo que tal vez explica la total falta de noticias sobre *La Nueva Ciencia Jurídica*.

(142) Francisco J. LAPORTA, *Adolfo Posada: Política y Sociologia en la crisis del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se cubre en 1899; poco importa ahora que llamara a escándalo la persona propuesta. En Bilbao actúa una « Academia de Derecho y demás Ciencias Sociales », que puede en 1904 convocar un premio al mejor « Proyecto razonado de las Reformas que deben introducirse en la legislación española para la disminución de los delitos de sangre », o publicar tres años más tarde su dictamen sobre « instituciones tutelares de la infancia abandonada » (143). « Bajo la dirección de Alfredo Calderón y S. Valentí Camp » sale de las prensas en Barcelona una « Biblioteca Moderna de Ciencias Sociales », que cuenta con el Altamira de *Psicología del pueblo español* (1902) o el Posada de *Literatura y problemas de la sociología* (1902) en su importante nómina de autores. También en Barcelona y ahora en la « Biblioteca Sociológica Internacional » da a luz el mercantilista Lorenzo Benito y de Endara la traducción de Gustav Schmoller, *Política social y Economía política* (1905). El librero madrileño Victoriano Suárez, futuro cliente de la publicidad ofrecida en la *Revista* de Ureña como recordaremos, emprende por esos años toda una « Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales » que, con traducciones como la monografía sobre la posesión en el Código alemán de Raymond Saleilles, ofrece en España lo mejor del momento. Algunos años más tarde « Derecho y Ciencias Sociales » resulta, en fin, sección propia en la revista *Bibliografía General Española e Hispanoamericana*, que se pone en marcha en 1925 y así filtra información a la prensa más decididamente jurídica (144).

> Dentro de este clima intelectual, pero también bajo la presión de una *cuestión social* cuya gestión no se quiere dejar al movimiento obrero, el neonato Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes se estrena con la transformación de la vieja Facultad de Derecho en una moderna Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (145). « Las Facultades de Derecho no han

---

liberalismo español, Madrid, Edicusa, 1974; Diego NUNEZ RUÍZ, *La mentalidad positiva en España. Desarrollo y crisis*, Madrid, Túcar, 1975; Manuel NUNEZ ENCABO, *Manuel Sales y Ferré: los origenes de la Sociología en España*, Madrid, Edicusa, 1976.

(143) Cfr. *Boletín Juridico-Administrativo. Apéndice de 1904*, Suplemento doctrinal, p. 36; ibd. 1907, p. 10.

(144) Cfr. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (= RCDI), 2 (1926), 152-159.

(145) Real Decreto de 2 de agosto de 1900, modificando el plan de estudios de la Facultad de Derecho, que constará en lo sucesivo de dos Secciones, una de Derecho y otra de Ciencias Sociales. Cfr. Antonio GARCÍA ALIX, *Disposiciones dictadas para la*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> tenido ni tienen en España otro carácter que el de escuelas profesionales, en las que, más que la ciencia por la ciencia, se aprende el medio de ejercer la función restauradora constitutiva de uno de los Poderes del Estado », expone el ministro Antonio García Alix como justificación de las novedades. « Pero al lado de la Jurisprudencia debe figurar la Política... Las revoluciones religiosas, filosóficas y políticas han operado un cambio radical en el modo de ser de las naciones; y... aquel cambio reviste un aspecto eminentemente económico, siendo la nota dominante en él la profunda división de las distintas clases sociales, verdadero problema que, con el nombre de cuestión social, se plantea en nuestros días, y que habrá de ser de fatales consecuencias, si por desgracia no se resuelve con acierto... Pues si el Derecho es la ciencia social por excelencia, en los sanos principios del Derecho hay que buscar el remedio; para ello menester será extender o ampliar las enseñanzas jurídicas conforme a los progresos de los estudios sociológicos; y de este modo la Facultad de Derecho, respondiendo a las necesidades de los tiempos, formará los hombres que, adornados de los conocimientos constitutivos de la verdadera política, investiguen, según las circunstancias, la razón de Estado y la salud del pueblo, y puedan en lo venidero dirigir los destinos de la Patria ».

Los cambios en la práctica resultan menores. En los estudios de Derecho se retoca la titulación de algunas viejas asignaturas y se separa — al menos — el curso de Derecho Administrativo de un « Derecho Político » que ahora se quiere « español comparado con el extranjero ». La Sección de Ciencias Sociales se crea sólo en Madrid, con lo que la incidencia del decreto, en unas universidades de provincias que, con Oviedo a la cabeza, a veces son más dinámicas, carece de verdadera repercusión. En la misma Universidad Central, según testimonio de los contemporáneos, « salvo el carácter social que la ciencia del Derecho tiene, de ciencias sociales en su significado estricto no había en la Facultad de Derecho propiamente enseñanza » (146). Y sin embargo la reforma de 1900 es muestra de los nuevos tiempos y la ocasión para dotar unas cátedras — entre otras — de « Estudios superiores de Derecho penal y Antropología criminal », « Asociaciones mercantiles e industriales » o « Historia de las doctrinas económicas » que introducen nuevas perspectivas en la alta cultura española.

El Doctorado se respeta como curso común a ambas especiali-

---

reorganización de la enseñanza Madrid, Imp. del Colegio Nacional de Sordomudos y Ciegos, 1900.

(146) José Gascon y Marín, *Cincuenta años en la Facultad de Derecho* cit. (n. 11), p. 51. Cfr. del mismo, *La enseñanza del Derecho en Francia* (n. 8), p. 193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dades, con la « Filosoffa del Derecho » de Francisco Giner, la « Legislación comparada » de Gumersindo de Azcárate, la « Historia del Derecho internacional » de Joaquín Fernández Prida y la « Historia de la Literatura jurídica española » de Rafael de Ureña; en ese nivel más selecto, con menos alumnos y destinado a la formación de futuros catedráticos e investigadores, las pequeñas reformas administrativas permiten un ambiente de trabajo en constante incremento por los años en que sale la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, que con todo lo anterior encuentra, finalmente, su verdadero sentido. Ante el horizonte de unos estudios doctorales « como muchos desean, con sentido más práctico y elevado, es decir, con un período de investigaciones personales y libres y de aprendizaje pedagógico » (147), « como una Escuela científica del derecho, donde únicamente habría de ir un corto número de estudiantes... y donde habría de formarse el profesor futuro, el hombre capaz de renovar el derecho, órgano natural de la más alta y más desinteresada cultura jurídica, tan necesaria hasta para levantar el nivel mismo de los que se dedican al ejercicio de las profesiones prácticas » (148), se llega a pensar en ofrecer a Joaquín Costa una cátedra doctoral de Derecho Consuetudinario (149). La « Antropología criminal » de Ciencias Sociales se adscribe en 1906 a ese más especializado ciclo educativo (150). Cuatro años después Posada, ya en Madrid, comienza sus cursos de « Derecho Municipal Comparado »: la nueva

(147) Rafael ALTAMIRA, *Psicología del pueblo español* cit. (n. 8), p. 161.

(148) Cfr. *L'Année Administraúve* (1905), en (Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA) *Boletín Juridico Administrativo. Apéndice de 1906*, Suplemento doctrinal, 1618 (Adolfo POSADA), p. 18.

(149) Carta de Joaquín Costa a Giner, 29 de marzo de 1902, en *El don de consejo. Epistolario de Joaquín Costa y Francisco Giner de los Ríos (1878-1910)*, int. y ed. de G.J.G. Cheyne, Zaragoza, Guara, 1983, num. 97, pp. 164-165. Cfr. carta de Giner a Costa, 11 de mayo de 1887, ibd. núm. 27, p. 70: « Dentro de una semana, agradeceré a V. me haga el favor de enviarme una nota -sin *redactar*- sobre las razones que hay para fundar en el Doctorado de Derecho una cátedra de *Derecho consuetudinario*. Que vengan numeradas y escuetas ».

(150) Real Decreto de 10 de septiembre de 1906, art. 3: « El Doctorado en Derecho comprenderá las asignaturas siguientes: Legislación comparada, Historia de la Literatura jurídica española, Historia del Derecho internacional, Filosofía del Derecho y Estudios superiores del Derecho penal y Antropología criminal, con carácter necesario las tres primeras y obligatorio una de las dos últimas, a elección de los alumnos ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cátedra es fruto de la trasformación de una plaza de « Economía política » (151). En 1914 se añade al Doctorado, otra vez con un carácter voluntario que tan bien cuadra al espíritu pedagógico institucionista, la cátedra de « Historia de las instituciones políticas y civiles de América », a la que se traslada Altamira (152). Son, lógicamente, cátedras *ad personam* y con las personas varían (153), pero el proyecto intelectual parece que se mantiene.

La investigación requiere personal altamente cualificado y por supuesto disponer de materiales. Hacia 1900 las universidades españolas apenas tienen unos cuantos libros, más bien como depositarias de los fondos desamortizados a título de bibliotecas provinciales que como resultado de un esfuerzo en allegar infraestructura. Son centros de acceso díficil, cuando no reglamentariamente imposible, a los alumnos. Oviedo, siempre innovadora, ha creado en los años Ochenta una biblioteca especial jurídica « planteada por el antiguo Rector Sr. Salmeán con el Decano Sr. Fernández Cuevas, auxiliados por una comisión de los catedráticos sres. Vallina, Alvarez Amandi, Buylla, Ureña... » y dirigida a fines de siglo por Adolfo Posada, cuando ya dispone de unos mil títulos modernos con énfasis en « las ciencias morales y políticas » sin que falten obligadas secciones de « Enseñanza » y « Sociología » (154). Con toda su modestia constituía entonces lo mejor que podía hallarse en España (155). Madrid, con ser Madrid, de nuevo Universidad Central con

---

(151) Real Decreto de 1 de abril de 1910, creando en el Doctorado de la Facultad de Derecho la cátedra de « Derecho Municipal Comparado », que se proveerá, por esta vez, mediante concurso, y declarando voluntaria la inscripción en dicha asignatura.

(152) Real Decreto de 22 de junio de 1914; cfr. Mariano Peset, *Estudios de derecho y profesiones jurídicas* cit. (n. 7), p. 363 y n. 34.

(153) Así, la muerte de Azcárate justifica por Real Orden de 7 de marzo de 1916 la trasformación de la vieja « Legislación comparada » en una moderna cátedra de « Política social y Legislación comparada del Trabajo ». Su titular era Luis Olariega y Pujana: Universidad de Madrid, *Anuario. Curso de 1919-20*, Madrid, Artes Gráficas Plus-Ultra, 1919, p. 30.

(154) Fermín Canella Secades, *Historia de la Universidad de Oviedo* cit. (n. 10), pp. 212-213; Adolfo Posada, *Ideas pedagógicas modernas* cit. (n. 8), p. 301; del mismo, *La Biblioteca especial de la Facultad de Derecho*, en *Anales de la Universidad de Oviedo*, 1(1901), 353-356.

(155) Valentín Silva Melero, *La Universidad de Oviedo en los años veinte*, que recoge Lluis Xabel Alvarez, *La Universidad de Asturias*, cit (n. 10), p. 236.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

monopolio del Doctorado tras la Restauración, apenas dispone de libros: a un ritmo de cinco o seis adquisiciones al año en la Facultad de Derecho, la consulta de su biblioteca podía resultar una experiencia desoladora.

> En el Archivo Histórico de la Universidad Complutense, signatura B-1320, he tenido acceso a un registro de compras de la biblioteca de la Facultad de Derecho que cubre, con lagunas en el cambio de siglo, los años 1863 a 1916. Para la serie más antigua, el caso de 1863 resulta excepcional: se compran entonces cerca de doscientos libros, en su mayoría literatura jurídica francesa de exégetas y expositores generales; sin embargo una nutrida lista de títulos militantes (*Manual de la mujer cristiana*, 1859; *Las delicias de la piedad*, 1857; *Cartas sobre el movimiento anticatólico en Italia*, 1861; *La escuela de los milagros*, 1858; *La confesión sacramental*, 1856...) ofrece el contrapunto español. Pero la práctica de la biblioteca es pobrísima: cinco libros entran en 1864, otros tantos en 1865, diez en 1866... En 1875 sólo se registran tres compras: los manuales de derecho romano de Ortolan y de Gómez de la Serna y diez tomos de jurisprudencia coleccionada por José María Pantoja. Las cosas no mejoran en la centuria siguiente: un año bueno sería 1907, con 33 asientos en el registro y una inversión de 412'50 pesetas, pero económicamente estamos igual que en 1913, con sólo diez asientos, equivalentes a 399'90 pesetas. La situación de las colecciones de otras facultades madrileñas tampoco debía ser mucho más halagüeña (156).
>
> Ahora bien, hacia la segunda década del siglo existe por fin el Museo-Laboratorio Jurídico con su impresionante volumen de adquisiciones (157), lo que explica que la iniciativa de Ureña pudiera ser descrita, una y otra vez, como el inicio de la profesionalización científica de los estudios de Derecho en el seno de la Universidad Central: « no había una verdadera biblioteca en la Facultad de Derecho, ni siquiera se disponía de local adecuado »; fue necesaria la aparición de un « devoto de estas cosas », llegó y se esforzó Ureña « y hoy quien visita la Universidad madrileña, si quiere visitar una dependencia que responda al nombre y a la obligada altura de ella, visitará

---

(156) Cfr. Julio CEJADOR, *Progresar hacia atrás*, en *Filosofía y Letras*, 1/4 (junio 1916), 4-5, que provoca la respuesta de Manuel FEIJOO Y POUCET, *Carta abierta*, ibd. 1/7 (julio 1906), 7; Américo CASTRO, *La autonomía universitaria*, en *BILE* 43 (1919), 167-169 (= *El Sol*, 25 de mayo de 1919), con desarrollo de su « manía particular »: « sin bibliotecas bien organizadas, la Universidad seguirá tan muerta como ahora » (p. 167).

(157) Algo puedo añadir ahora, gracias a la amabilidad de Aurora Huarte, de la Facultad de Derecho madrileña: un *Indice Registro de impresos y manuscritos del Museo-Laboratorio Jurídico*, vol. III, de fecha indeterminada pero que cubre bastantes años del largo decanato de Ureña y abarca los asientos núms. 10.414 a 22.532. Cualitativamente se trata ya de una moderna biblioteca de investigación, con presencia de abundantísima literatura y revistas españolas y extranjeras, que hace posible las tesis que deseaba Posada (cfr. cita capitular del epígrafe siguiente) y publicaba Ureña en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Más adelante aprovecho algunas entradas de este registro.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> desde luego el Museo-laboratorio de la Facultad de Derecho » (158). A la vista del registro de la biblioteca personal de Ureña — sus títulos, sus criterios de clasificación — se tiene la impresión de que el emprendedor catedrático de Doctorado no cejó hasta conseguir para la Universidad los mismos instrumentos de trabajo con que él contaba en su espacioso piso de la calle de Claudio Coello, núm. 39, 3º.

Las bibliotecas privadas no eran, por lo general, mucho mejores (159), con la excepción conocida de la riquísima colección del propio Ureña. Y la penuria de medios justifica así las críticas hacia una universidad abandonada por los presupuestos del Estado, donde comienzan a proliferar los profesores que no aceptan semejante situación. Es problema dramático en el caso de las ciencias experimentales (160), pero también entre juristas menudean las denuncias. « Necesario es que, de una vez y para siempre, rompamos con los viejos y estrechos moldes de la enseñanza meramente académica, por completo inadecuada hoy a las exigencias científicas y que entremos, poco a poco, pero con paso firme y decidido, en el camino señalado por la enseñanza y los métodos experimentales. Para ello es necesario ir adicionando las cátedras con laboratorios y la enseñanza académica, convertida desde luego en socrática, con ensayos de investigación » (161).

> Como no todo es cuestión de dineros las reformas pueden empezar cuando se siente una inquietud y el estímulo de unos cuantos colegas. Para obtener lo principal basta preparación y saber lo que se quiere. « En las clases de Derecho no se trabaja sobre los textos; *v. gr.*, el Derecho romano, nadie se preocupa de inscripciones, monedas, etc., sin lo cual no hay más

---

(158) Felix de ARAMBURU, discurso cit. (n. 23), p. 719.

(159) Se sabe, por ejemplo, que la biblioteca del romanista Maranges, donada a la Universidad tras su prematura muerte (1872), se componía « de 184 obras, repartidas en 237 volúmenes y 90 folletos »: cfr. nota biográfica de Francisco GINER en José María MARANGES, *Estudios jurídicos*, Madrid, Aribau y Compañía, 1878, XIV-XXIII, p. XXIII y n. (1).

(160) Cfr. por ejemplo Santiago RAMON Y CAJAL, *Deberes del Estado en relación con la producción científica* (1897) y Julio REY PASTOR, *El progreso de España en las Ciencias y el progreso de las Ciencias en España* (1911), ed. Enrique GARCÍA CAMARERO, *La polémica de la ciencia española*, Madrid, Alianza, 1970, 373-399 y 458-478, en especial el último, con sus lúcidas apreciaciones sobre el saber de las revistas y la fijación de una cronología que explica lo mismo el desarrollo de las matemáticas que el de los estudios jurídicos.

(161) Rafael de URENA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios* cit. (n. 64), pp. 152 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> Derecho romano que el de los manuales; verdad es que dudo mucho haya tres romanistas en España que sepan latín, cuanto menos arqueología y literatura latinas; en el Derecho penal, no se asiste a vistas públicas, ni se estudian las causas célebres, ni se ha visto jamás (como se hace en Italia) una prisión, ni un manicomio, ni se habla con los delincuentes, y se desprecia todo lo que es psicológico y práctico, para tratar el Derecho penal a la antigua, como una abstracción, sin relación con la vida real y positiva; en el Derecho civil y procesal, no se va tampoco a los Tribunales, para luego discutir los informes, la sentencia, etc., contentándose con la ridiculez de *inventar* pleitos fingidos con que dar paso a la sofistería y a la retórica; en el político, ni las Cámaras, los periódicos, etc. » (162).

Ahora bien, la reforma deseada de la educación jurídica bajo la orientación que impone un método positivo en las ciencias sociales resulta además ideología práctica cuando se aspira a convertir la universidad en una verdadera « corporación social autónoma », libre del Estado y de « la tutela que puso en sus manos nuestra historia... de la que tanto se ha servido »; una universidad convertida en agregado de seres humanos también ellos libres (de los exámenes, que quieren abolir los arrojados profesores de Oviedo, de la tiranía del libro de texto que se memoriza...), necesitados de bibliotecas, laboratorios y seminarios en orden al mejor ejercicio del estudio en libertad (163). Todo un pensamiento político organicista, que desde luego se proyecta hacia la autonomía universitaria entendida como emancipación del presupuesto público, compromiso cultural de los privados e inversión generosa de las energías profesorales, parece latir en las propuestas; porque está en juego la libertad del saber y la regeneración de España « el pueblo español tendrá que decidirse al fin si quiere ir por el camino de la civilización moderna, a prescindir del Estado » (164).

Y a las ideas se añaden unas previas experiencias, desde las

---

(162) Carta de Francisco Giner a Adolfo Posada, 25 de julio de 1884, en Francisco GINER DE LOS RÍOS, *Ensayos y cartas* cit. (n. 83), 104- 108. Giner escribe desde Hendaya, en puertas de un viaje europeo para participar en congresos pedagógicos; Posada le consulta sobre el discurso inaugural para ese año en Oviedo, tomando efectivamente buena nota de las sugerencias: cfr. Adolfo POSADA, *La enseñanza del Derecho*, cit. (n. 8), p. 501.

(163) Francisco GINER DE LOS RÍOS, *La Universidad española* cit. (n. 134), pp. 156 y ss.

(164) Rafael ALTAMIRA, *Psicología del pueblo español* cit. (n. 8), pp. 200 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viejas academias (165) a la moderna Escuela Práctica y a la Extensión Universitaria de Oviedo, efectivamente conocidas, cuando no imitadas, en toda España (166). La posibilidad y las ventajas de la enseñanza jurídica positiva, encaminada a la investigación y muy atenta al movimiento literario extranjero, podían esgrimirse con buenos resultados hacia 1900 y alentar nuevas aventuras. Conocemos una de ellas. Exactamente cuando se inaugura el siglo el filósofo Giner y el criminólogo Rafael Salillas ponen en marcha en Madrid un doméstico Laboratorio de Criminología llamado a tener futuro desarrollo, pero que en sus momentos iniciales, presentado ante las más variadas clases jurídicas, comienza por justificar hasta su título: « El nombre de Laboratorio no ha tenido entre nosotros expresión docente más que refiriéndose a la enseñanza experimental con aparatos. Pero la generalización del método positivo a todas las ciencias, ha dado lugar a que se constituyan Laboratorios de investigación científica, que proceden, en lo que respecta a lo fundamental del método, como los Laboratorios propiamente dichos... El Laboratorio de Criminología puede llegar a ser un Laboratorio mixto ». Experimental, desde luego, era la presencia de estudiantes con formación muy variada y aun de sexo diverso: « el número de alumnos regulares es de unos 10, criminalistas, pedagogos, psicólogos, etc.; entre ellos, dos señoras » (167).

En el seno integrador de las ciencias sociales obsesiona el problema del laboratorio (168). Son experiencias e ideas compartidas por Ureña, colega de los anteriores, ya por entonces un maduro profesor que ha hecho cuanto pudo en Valladolid y Oviedo por mejorar la educación universitaria y que ha tenido ocasión de meditar bastante sobre su reforma durante la obscura época de canonista en Granada. Cuando Ureña se traslada a la cátedra de

(165) Cfr. E. STROPPENO, *Cronique de l'enseignement. Espagne. Université de Grenade. Faculté de droit*, en *RIE* 22 (1891), 571-572, con noticias de valor general.

(166) Y también fuera de ella: cfr. *Ecole pratique d'études juridiques et sociales á Oviedo*, en *RIE* 42 (1901), 412-414.

(167) Rafael SALILLAS, *Laboratorio de criminología*, en *RGLJ* 96 (1900), 332-358; 97 (1900) 5-39, 161-189, 345-364; 99 (1901), 44-63, 368-390 y 514-527.

(168) Manuel B. COSSÍO, *El museo pedagógico de Madrid*, en *BILE* 8 (1884), 313-317; Rafael TORRES CAMPOS, *Las nuevas instituciones mercantiles*, ibd. 10 (1886), 241-246, pp. 241-243 sobre museos comerciales.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Madrid encuentra por fin su dimensión intelectual en el estudio de la historia de las fuentes jurídicas y en la enseñanza de cursos de Doctorado. Pero su materia, una bibliografía y una historia literaria que incluyen todo tipo de testimonios del pasado jurídico en España, requiere como pocas esfuerzo en el acopio de materiales y en la catalogación de bibliotecas y archivos. El nivel doctoral de los estudiantes aconseja un trabajo en profundidad, que además se ve facilitado por el curso preparatorio a la carrera jurídica de formación general en Letras.

> Hoy nos puede parecer cuestión perfectamente secundaria en la educación de los juristas, pero lo cierto es que en los años del cambio de siglo la bibliografía jurídica se considera de capital importancia para el renacimiento de los estudios: sería hermoso comprobar, como parece, que uno de los puntales del pensamiento jurídico español contemporáneo se contiene en esas humildes notas y reseñas críticas a que se entregan las plumas principales. El papel codirector que asume Dorado Montero en la *Revista de Derecho y Sociología* se concretó, según sabemos, en sus responsabilidades como autor de noticias bibliográficas y de la sección de revista de revistas, de una extensión desmesurada: podía ser inevitable por circunstancias personales, dados sus contactos y su dominio de lenguas extranjeras con el consiguiente acceso a la mejor literatura que se producía a finales de siglo por toda Europa, pero ahora interesa tener presente que este caso singular, mediante la prensa jurídica, constituía una suerte de vía compensatoria abierta a unas bibliotecas institucionales absolutamente descapitalizadas.
>
> Conviene insistir en la relación existente, tan estrecha en mi opinión, entre la posición académica de la bibliografía y lo poco o lo mucho que daban de sí las revistas jurídicas contemporáneas. La sensibilidad de los juristas universitarios más formados hacia las cuestiones bibliográficas se documenta, al menos, desde los viejos años de la ley Moyano (169), pero sólo parece concretarse en los tiempos más recientes de Gamazo y Sardoal (170). Sin embargo, el catálogo de Torres Campos, junto a méritos que nadie entonces discute, resulta a todas luces insuficiente, pues es cuestión con la bibliografía jurídica científica, en acertadas palabras de Altamira, « de orientar a los estudiosos y de limpiar el campo de la literatura jurídica de las yerbas malas o inútiles » (171). Frente a Francia o Alemania, donde el desarrollo alcanzado por las revistas jurídicas prepara el terreno a los lectores, las carencias de crítica bibliográfica en la prensa profesional espa-

(169) José María de ALAVA, *Informe del Claustro de Jurisprudencia* cit. (n. 104), con su propuesta final, como « asignatura que puede servir de preparación al grado de Doctor », de una « Bibliografía del Derecho antiguo y moderno ».

(170) Cfr. Manuel TORRES CAMPOS, *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España* cit. (n. 46).

(171) Rafael ALTAMIRA, *Noticias bibliográficas. Explicación preliminar* cit. (n. 96), p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ñola obliga a emprender experimentos como la 'Sección doctrinal' del *Boletín* de Martínez Alcubilla.

Tal vez sea conveniente recordar que por esos años de cambio de siglo nuestro infatigable Altamira da a luz y dirige una *Revista Crítica de Historia y Literatura españolas, portuguesas e hispano-americanas* (172). Esta *Revista Crítica*, que sale — cuando menos al principio — en fascículos mensuales de unas 32 páginas, se interesa desde luego por el derecho, ya sea con reseñas de las obras de Costa o con noticias del famoso concurso sobre « Derecho Consuetudinario español » de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, pero ante todo resulta una importantísima revista de bibliografía: su contenido, desde luego, pero hasta el cuidado con que están elaborados los índices (autores de notas críticas, autores reseñados, títulos de obras comentadas, artículos, revista de revistas...), revela el mismo proyecto científico que la 'Sección doctrinal' del *Boletín* cit. y que la cátedra universitaria de « Literatura Jurídica » en el ciclo de Doctorado.

Titular de esta disciplina, Ureña dispone de todo el capital que el método positivo y el ansia de información atribuyen a las técnicas instrumentales. Ha sabido además dignificar la erudición del trabajo con las fuentes mediante un gran proyecto intelectual de filiación evolucionista que reivindica el derecho nacional para su historia: una historia agotada finalmente en la formación agónica del ser social español (173). Evolución, lucha, raza y patria son, como antes comprobamos, las palabras y los títulos de sus cursos y discursos, que así resultan al observador actual el capítulo más cercano de un modo de pensar generalizado hacia 1900 por todo el Occidente.

En tales universales educa Ureña a sus alumnos, que aprenden además técnicas determinadas. A partir de 1897 comienzan unas prácticas de clasificación y biblioteconomía de las que resulta la adopción del sistema decimal para los fondos de la Facultad de Derecho (174). En una España que, no se olvide, considera fuera de lugar que los estudiantes accedan a las bibliotecas universitarias, enseñanzas de esta naturaleza, junto a los seminarios de criminología

(172) Biblioteca de Cataluña (Barcelona), sig. 9 (46) (05) 4º, I (1895-1896)-VII (1902). A partir del volumen quinto (1900) aparece el archivero catalán Antonio Elias de Molíns, colaborador desde el principio, como codirector.

(173) Cfr. de nuevo Bienvenido Oliver, *Observaciones histórico-étnicas* cit. (n. 58), pp. 99-101.

(174) Rafael de Ureña, *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, pp. 107-108 y n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

organizados por Salillas y Giner, expresan las primeras manifestaciones de la dimensión experimental en los estudios de Derecho. Se concibe por entonces la feliz idea del museo-laboratorio jurídico, que si por una parte habría de consistir en la transformación cualitativa de la biblioteca de depósito inaccesible en sala de trabajo y discusión, también podría y debería canalizar las tentativas de los criminalistas y estimular, en general, un nuevo talante en las investigaciones de todos.

Curso 1905-1906. Al pronunciar Ureña la lección de apertura orgullosamente puede anunciar el paso que « ha dado... la Facultad de Derecho de la Universidad Central con la creación del Museo-Laboratorio jurídico que, después de más de diez años de continua lucha, vamos a tener el honor de inaugurar en el presente curso, aunque los trabajos sólo obtendrán ahora un desarrollo limitadísimo por las causas bien conocidas de la falta de consignación en el actual presupuesto y la necesidad de atender, en primer término, a las naturales exigencias de la instalación ». Un futuro muy próspero, que incluye relaciones con el Museo antropológico de la Facultad de Ciencias y hace votos por el deseable « Museo histórico de nuestros romances ibéricos » en la vecina Facultad de Filosofía y Letras, se abre ante la nueva institución, que « nace pobre, humilde como nació la idea que la ha engendrado, pero ya es moralmente grande, porque surge del esfuerzo propio de esta ilustre Facultad » (175).

El decano saca lo que puede del Ministerio de Instrucción Pública y una de las primeras inversiones va destinada a las « magníficas reproducciones en cobre hechas por D. Tomás Bezares, de siete bronces jurídicos (los cinco de Osuna, el de Salpensa y el de Málaga) » (176). Años después se obtiene de Gracia y Justicia un depósito interesante a los estudios de criminología (177). Por enton-

(175) Rafael de URENA, *Observaciones sobre el desenvolvimiento de los estudios* cit. (n. 64), pp. 153 y 154.

(176) Rafael de URENA, *Historia de la Literatura jurídica* cit. (n. 29), I/I, pp. 107-108 y n. 1.

(177) Real Orden de 31 de julio de 1912, disponiendo que se entreguen en calidad de depósito y para su custodia en el Museo Criminal del Laboratorio de Criminología de la Universidad Central « los efectos, instrumentos y aparatos empleados en la realización

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ces el Museo-Laboratorio recibe un trato presupuestarino cercano al total invertido en la biblioteca de la Facultud, y comienza a dotarse de aparatos (178). Desde el principio se va formando una biblioteca específica que, verdadera novedad como sabemos, « presta gratuitamente a los alumnos, bajo simple recibo y por tiempo determinado, los libros que solicitan, sin limitación alguna de número de volúmenes y de obras. En seis años que dura el ensayo *no ha faltado un solo libro* » (179). El balance publicado algo después podrá presentar un saldo favorabilísimo: « Museo y Laboratorio; es decir, lugar donde se conservan importantes testimonios y manifestaciones de la vida real del Derecho, y local dispuesto para trabajar científicamente, dotado de escogida y numerosa biblioteca, así como de los aparatos o instrumentos necesarios. Y en efecto: este Museo y Laboratorio, con sus Secciones de Criminología, Penología, Antropología criminal, Antropometría y Dactiloscopia, Historia del Derecho y de la Literatura jurídica, su Biblioteca, escogida y de unos doce mil volúmenes, su disposición de local y de material genérico, y muy principalmente, por su órgano literario, la prestigiosa Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, ya en el cuarto año de existencia, a pesar de las grandes dificultades con que en nuestro país tropieza siempre esta clase de publicaciones, haciendo muy precaria su vida, responde en todo a los ideales fines de orientación práctica en la enseñanza en las ciencias del Derecho » (180).

El Laboratorio de Ureña llega a experimentar hasta con el

---

de delitos que en la actualidad se hallen en los archivos judiciales de la Audiencia provincial de Madrid ».

(178) Cfr. Universidad Central de España, *Memoria del curso de 1910 a 1911 y Anuario del de 1911 a 1912 de su distrito universitario que publica la Secretaría General*, Madrid, Imprenta Colonial, 1912, en particular pp. 80-83: la biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales dispone de 4.435 pesetas, que se gasta ante todo en revistas; el Laboratorio de Ureña recibe 3.500, que financian algunos libros pero en especial un « aparato Globus I, para reproducción de códices y documentos » (2.054 ptas.), unos expositores de los bronces jurídicos, un clasificador de huellas dactilares y bastante material fotográfico.

(179) Rafael de Ureña, *Historia de la Literatura jurídica* cit (n. 29), I/I, pp. 107-108 y n. 1.

(180) Jesús Gutierrez Gassis, *El método de la pedagogía jurídica*, en *RCJS* 4 (1921), 402-423, pp. 420-421.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Derecho natural (181). En su estela, mas con una falta de contactos con Ureña que hoy nos parece difícil de justificar, el Centro de Estudios Históricos, establecido en 1910 como dependencia de la Junta de Ampliación de Estudios, desde el primer día aspira a « iniciar en los métodos de investigación a un corto número de alumnos... para lo cual organizará trabajos especiales de laboratorio » (Real Decreto de 18 de marzo). Con estos antecedentes no extrañarán determinadas disposiciones educativas poco familiares al observador actual, como la atribución de carácter práctico a las cátedras de « Historia General del Derecho Español » y « Derecho Penal », en la Licenciatura, e « Historia de la Literatura Jurídica Española » y « Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal » en el Doctorado de Derecho, « debiendo contribuir los alumnos que se matriculen en dichas enseñanzas al sostenimiento y conservación del material científico, en la forma que previenen las disposiciones vigentes » (Real Orden de 31 de agosto de 1911). El « Derecho Administrativo » y el « Mercantil » sólo alcanzarán esa condición en 1917 (Real Orden de 18 de julio) por empeños e influencias del propio interesado (182); la « Economía política » en 1920 (Real Orden de 4 de septiembre); el Derecho Procesal (« Procedimientos judiciales y Práctica forense ») aún más tarde (Real Orden de 1 de octubre de 1923). El « Derecho Civil », para escándalo de un joven prometedor, José Castán, activo en los primeros números de la *Revista* de Ureña, no tenía la consideración de asignatura práctica en esas fechas. Tampoco figuraba en el Doctorado y su presencia en los años de Licenciatura estaba limitada a dos cursos. Por entonces, cuando apenas comienza a desarrollarse en torno a la figura de Felipe Clemente de Diego una doctrina privatística de profesión universitaria que asume el Código, el único método positivo en el derecho civil parecía competencia exclusiva de los juristas historiadores (183).

---

(181) *Las garantías jurídicas de la vida. Trabajo de investigación, critico y estadístico, por los alumnos de Derecho natural*. Prólogo de F. Pérez Bueno, Madrid, Facultad de Derecho, 1920.

(182) José GASCON Y MARÍN, *Cincuenta años en la Facultad de Derecho* cit. (n. 11), p. 76.

(183) Rafael ALTAMIRA, *El método positivo en el Derecho civil* cit. (n. 132).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. *Andadura de la* Revista.

> Y puestos a soñar, veía yo en las penumbras de la posibilidad muchas cosas... Habían desaparecido las antiguas asignaturas y cada doctorado era un grupo de enseñanzas, de investigación, un grupo de laboratorios, al frente de los cuales estaban los distintos maestros, formando el doctorado de cada Facultad una institución sustantiva con vida propia, hasta en edificios especiales, con su biblioteca especial, sus revistas en gran número y sus ejercicios pedagógicos... ¡Qué tesis escribían los jóvenes alumnos! Eran verdaderos libros de investigación personal, nutridos de erudición y de doctrina.
>
> (Adolfo Posada)

Con unas *Ciencias Jurídicas* de la mano de las *Sociales*, con un Museo-Laboratorio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, sale por fin la *Revista*. Un proyecto positivista en los estudios jurídicos, un compromiso patriótico con la regeneración de España, un ambiente académico enriquecido con profesores excelentes que abandonan Oviedo y estudiantes óptimos que comienzan a frecuentar las universidades francesas, inglesas o alemanas son las ideas y las fuerzas que Ureña invierte en la empresa. En los años de bonanza económica que trae a España el conflicto mundial la presencia en las Cortes de un antiguo discípulo, ahora colega, seguramente le permite los fondos: « era necesario que las Facultades tuvieran recursos para actuar ellas mismas, y hubo la suerte (la vida política, que tiene tantos sinsabores, suele de cuando en cuando ofrecer alguna satisfacción) de que, como modesto individuo de la Comisión de presupuestos del Congreso de Diputados, lograse medio millón de pesetas de entonces para la Universidad, y de ahí salieron revistas y publicaciones de las Facultades, becas... y la venida a España de profesores extranjeros, que nos honraron con sus conferencias » (184). Con cierto orgullo, en unas notas que tienen mucho de autobiográficas aparecidas tras su jubilación, la semblanza del viejo Ureña podía precisamente finalizar con su tarea al frente de

(184) José Gascon y Marín, *Cincuenta años en la Facultad de Derecho* cit. (n. 11), p. 80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la *Revista*: « en el periodismo político publicó en Valladolid, con su gran amigo José Estrañi, *El Federal Castellano* y el semanario satírico *La Mar Azul*. Mas pronto dejó el periodismo político por el profesional, publicando numerosos trabajos científicoliterarios en las principales revistas doctrinales. Dirige la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* » (185).

Se acerca el momento de ofrecer una lectura mínima de sus páginas, pero ahora deben éstas, con carácter preliminar, reflexionar sobre la íntima unión de *Laboratorio* y de *Revista* que anunciaba el subtítulo, o, si se prefiere, sobre la coherencia de los objetivos materiales de Rafael de Ureña con los presupuestos de su proyecto intelectual.

> Desde que hiciera aparición allá por la tercera década del siglo XIX, el periodico como género textual reclama una relación con el tiempo absolutamente diferente a la propia y tradicional del *libro*. Los protagonistas contemporáneos de colosales transformaciones, testigos de avances técnicos que además lo hacen materialmente posible, *público* por fin presente que forma opinión y se comunica mediante las prensas, saben que en esa época nueva el viejo *tratado* termina por servir muy poco: se requiere ante todo adelantar puntos de vista, responder preguntas, esbozar volúmenes (186). Es, si bien se mira, una respuesta algo tardía al *Was ist Aufklärung* kantiano (187), con la dimensión especial que merece el mundo del derecho burgués. Si la nueva cultura jurídica abandona el tracto histórico y encuentra en la actualidad su valor de legitimación, las revistas no resultan solamente un simple medio de difusión de normas y animación de discusiones: los periódicos parecen ahora los únicos enterradores posibles del fallecido buen y viejo derecho. Cumplen una verdadera función constituyente.
>
> Ahora bien, desde el punto de vista intelectual la revista es el terreno del ensayo y el experimento, la palestra de la obra inacabada que debe resistir la prueba de la prensa periódica antes de merecer la dignidad reservada al volumen autónomo. Personajes como Posada o Altamira, pero también el mismo Ureña, que vierte en sus cursos de historia de la literatura jurídica todo tipo de publicaciones previas, son autores de copiosos libros engendrados, poco a poco, sobre la base de artículos. Ejemplos todos ellos de una generación de juristas que trabaja en la universidad y frecuenta las

---

(185) *Enciclopedia* cit. (n. 17), LXV, p. 1420.

(186) Los pasajes más elecuentes se firmaron, en general, por Mariano José de LARRA, *Un periódico nuevo* (1835), en M.J. de L., *Artículos varios*, edición, introducción y notas de Evaristo Correa Calderón, Madrid, Clásicos Castalia (= vol. 70), 1976, 441-449, y en clave jurídica, en particular, por Joaquín Francisco PACHECO, *Prospecto*, en *Boletín de Jurisprudencia y Lejislación*, 1 (1836), 1-6.

(187) Cfr. Roger CHARTIER, *The Cultural Origins of the French Revolution*, trans. by Lydia G. Cochrane, Durham and London, Duke University Press, 1991, 20-37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

revistas, se diría que en la España del cambio de siglo confluye por fin la vieja condición constituyente del periódico jurídico con la moderna circunstancia de natividad ensayada que los positivistas reservan para su obra escrita. Y la revista resulta entonces más experimental que nunca: sirve como verdadero laboratorio para la reforma de un ordenamiento sordo, mudo y ciego ante las transformaciones que imponen masas obreras, maquinismo, partidos, accidentes profesionales o de locomoción, libertades civiles y congresos jurídicos. El tardío y fantasmagórico Código civil, realizado al margen de tales transformaciones y sin aplicación de las consignas del método científico, es el ejemplo principal del divorcio entre el derecho formulado oficialmente y las tesis de los juristas más inquietos: uniformemente atacado desde la prensa jurídica, que así recobra el valor militante de sus primeros momentos (los tiempos de Joaquín Francisco Pacheco, Juan Bravo Murillo e incluso Pedro Gómez de la Serna), este Código se considera un fracaso de técnica y método, que además compromete seriamente la libertad individual (188). Con el horizonte de un verdadero Código español que integre armónicamente un derecho privado territorialmente disperso, la denuncia se completa mediante investigaciones sobre la costumbre, asunto según sabemos del momento (189), pero también con el silencio intelectual que rodea un desprestigiado « Derecho Civil » dependiente del Código, que ni siquiera llega a contar demasiado como disciplina universitaria.

La *Revista* de Ureña constituye una buena prueba de todo lo anterior, como seguidamente veremos. Ahora basta concluir que la creación del Museo-Laboratorio en el seno de la Facultad de Derecho necesariamente obligaba a proyectar la iniciativa positivista hacia el terreno exquisitamente experimental propio de la prensa especializada. Los fracasos anteriores de empresas privadas con protagonistas que eran funcionarios públicos de la enseñanza — *La Nueva Ciencia Jurídica* (1892), la *Revista de Derecho y Sociología* (1895) — podían servir de precedente para un intento renovado que encontrara en el apoyo institucional, con presupuesto público, red preexistente de colaboradores y canales oficiales de distribución, la mejor garantía de éxito.

Ya sabemos que desde los años en que Ureña llega a su cátedra de Madrid han ido apareciendo revistas de alta cultura directamente vinculadas a establecimientos educativos. Su nómina ha resultado más bien escuálida, pero por las fechas en que se gesta y finalmente

(188) Rafael Altamira, *El método positivo en el Derecho civil* cit. (n. 132); Rafael de Urena, *Prólogo*, en Enrique García Herreros, *La sucesión contractual*, Madrid, Imp. Hijos de M. G. Hernández, 1902, VII-XXIII.

(189) Cfr. Gumersindo de Azcarate y Menendez, *Necrologia del señor don Joaquín Costa Martínez escrita por encargo de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas escrita por ... y leída por el señor don Adolfo G. Posada ....* Madrid, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, 1919; Rafael Altamira, *Le droit coutumier espagnol moderne*, en Edouard Lambert (ed.), *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, ca. 1935, II, 269-276.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nace la *Revista* de la Facultad madrileña (1918) estas experiencias se han multiplicado.

Margino ahora títulos de procedencia académica que nada tienen que ver con nuestro asunto jurídico, por más que sean reveladores del nuevo pulso que comienzan a tener las universidades de España (190), y me limito a presentar unos cuantos ejemplos afines. A iniciativa de los estudiantes pero con un contenido científico donde el derecho encuentra presencia destacada se debe *Estudis Universitaris Catalans*, publicados desde 1907 en Barcelona (191). Su título reproduce el de una interesante fundación docente inquieta por los más diversos aspectos de la cultura catalana, vinculada al Ateneo local (1903) y con el apoyo de instituciones de todo tipo, desde la Diputación de Barcelona al Centre Excursioniste de Catalunya, pasando por el Orfeó Catalá, el Col.legi d'Advocats o Fomento de la Producción Nacional; llama la atención la ausencia absoluta de la Universidad de Barcelona, pero al fin y al cabo aquellos Estudis querían ser el núcleo de una institución académica verdaderamente catalana. El contenido de los artículos, junto a páginas de crónica y una sección bibliográfica, dependía de las cátedras creadas, varias de alcance jurídico (« Dret civil catalá », « Economía social i política arancelaria », « Cátedra agrícola Pere Grau »). Como presidente honorario figuraba el prestigioso jurista, político y profesor universitario Manuel Durán i Bas.

El contrapunto al órgano anterior vendría representado por la *Revista Universitaria. Publicación quincenal redactada por los Alumnos de esta Universidad* (1909), que es la pública de Barcelona (192): en la línea de aquella *Universidad* aparecida en tiempos de la Exposición Universal (1888), esta fugacísima revista carece de artículos científicos y abunda en anuncios y colaboraciones literarias (en castellano y catalán), con alguna atención a cosas universitarias. De características similares es *Universidad. Periódico quincenal. Artes - Ciencias - Letras* (193), iniciado en Sevilla (1919) por

(190) Por el ejemplo, el *Boletín del Laboratorio de Radioactividad de la Facultad de Ciencias de Madrid* (1909-1919, 1923-1927, con ligeros cambios de título), en Hemeroteca Municipal (Madrid), sig. 920/4.

(191) Biblioteca Nacional (Madrid), sig. 6/11256, 1909-1918 y 1926-1936. La redacción estaba formada por el claustro de los profesores y una representación de los alumnos de cada cátedra de los Estudis, bajo la dirección de su presidente; suyo también era el domicilio: carrer Nou de Sant Francesc 27, 2º 1ª. Las condiciones de suscripción dependían lógicamente de la relación entablada con los Estudis, recibiéndose en algún caso la revista gratuitamente; el precio para el público en general era de 8 pesetas anuales (1'50 por número suelto).

(192) Hemeroteca Municipal (Madrid), sig. F 2615 (50). No veo nombre de director; la redacción estaba en calle de la Riera Baja, n. 11 y la administracion en Mallorca, 234, 2º 1ª. El precio de suscripción mensual era de 0'25 pesetas. Sólo conozco dos números, de noviembre y diciembre de 1909, correspondientes a folletos de unas doce páginas.

(193) Biblioteca Nacional (Madrid), sig. Z/1154. Sus números, de 16 a 24 páginas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vicente Lloréns y Franco (director-propietario) como « iniciativa de algunos jóvenes universitarios, nucleo principal de los colaboradores de esta revista », pero abierta también a los catedráticos; escritores más o menos consagrados, y así los dramaturgos costumbristas Serafín y Joaquín Alvarez Quintero, ofrecen alguna pieza — digamos — poética.

Al calor del debate sobre la autonomía universitaria Adolfo Bonilla saca en Madrid un *Boletín de la Asociación de Amigos de la Universidad* (194). Sólo fue publicado el primer número (1 de junio de 1918), pero la relación de Bonilla con la prensa periódica era por entonces estrecha: su *Revista Crítica Hispano-Americana* (1915-1919/21), donde, según portada, « se discuten problemas históricos y de actualidad que interesen a la Literatura, a la Filología, a la Filosofía, a la Sociología y a la Política, sin olvidar la crítica de documentos », convoca a un buen número de colaboradores, entre los que no falta Rafael de Ureña (195) ni otros colegas juristas (Miñana, Saldaña, Castán, Sánchez Tejerina...) (196).

En la década de los Veinte tienen lugar otras fundaciones de hojas universitarias que comparten con el órgano de la Facultad de Derecho madrileña el carácter institucional y el compromiso con la investigación. Si acotamos nuestra encuesta dejando de lado las colecciones de *Anales* universitarios, más bien instrumento misceláneo para la publicación de monografías que verdadero periódico científico, cuando no vehículo de memorias y anuarios de los cursos (197), la primera revista en fecha y calidad es *Universidad. Revista de cultura y vida universitaria* (198), del distrito de Zaragoza (1924) con el fin declarado de « publicar trabajos científicos de los universitarios ». Forman la redacción representantes de las diversas Facultades, dirigidos por el decano de Filosofía y Letras. Además de noticias académicas, notas bibliográficas y revista de revistas, la sección de artículos presenta el contenido heterogéneo que cabía esperar y que organiza, otra vez por Facultades, el índice de los fascículos: no faltan así trabajos de interés

---

que también costaban 0'25 pesetas, se escalonan desde el 23 de abril hasta (núm 17) 23 de diciembre de 1919.

(194) Cfr. Julio PUYOL, *Adolfo Bonilla y San Martín. Su vida y sus obras*, en (*RCJS*) 9 (1926), 425-684, pp. 611-612, p. 639.

(195) Cfr. *Almazara y Almuzara*, en *Revista Crítica Hispano-Americana*, 1 (1915), 38-43, carta abierta a Enrique de Leguina, eruditísima, sobre la etimología de las palabras de referencia.

(196) Biblioteca de Cataluña (Barcelona), sig. 05 (46A1) Rev. 8º, I (1915)-IV (1918).

(197) Cfr. *Anales de la Universidad de Zaragoza*, en Biblioteca de Cataluña (Barcelona), sig. 378 (46.521).255 Ana 4º, I (1917)-IX (1927); *Anales de la Universidad de Valencia*, ibd. sig. 378 (46.73).1 Ana 8º, I (1920-1921)-XV (1934-35).

(198) Biblioteca Nacional (Madrid), sig. Z/1162, 1924-1941, 1942-1949. Originariamente se publicaba en fascículos trimestrales de unas 250 páginas y el precio de suscripción (para España) subía a 20 pesetas. El secretario de redacción era un jurista, Enrique Luño Peña.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurídico, frecuentemente enviados por especialistas que no ejercen en la Universidad cesaraugustana (199).

Unos años más tarde serán varias las universidades que, estimuladas por medidas legales para la reforma universitaria (200), comienzan la publicación de *Boletines* de contenido científico y académico. A veces los claustros optan por distribuir según Facultades los fascículos (201), pero la estructura más común ha sido, como en la recordada *Universidad* (Zaragoza), la publicación indiscriminada de los trabajos (202), entre ellos, por tanto, los de derecho (203). Otras universidades mantienen o crean por entonces sus *Anales* (204) y no faltan Facultades que emprenden la edición de revistas que resultarán más efímeras (205). Los *Boletines* aparecen en cuadernos de periodicidad variable (206) y su precio, según las informaciones incompletas de que dispongo, es el habitual en esta clase de ediciones (207).

En los años de la República se asiste en Cataluña a un acontecimiento

---

(199) Enrique de BENITO, *Bases para el estudio histórico del Derecho Penal*, en *Universidad*, 2 (1925), 49-58; Román RIAZA, *La Escuela española de Derecho Natural*, ibd. 317-330.

(200) Cfr. Real Decreto-Ley de 19 de mayo de 1928, art 65: « Deberá cada Universidad publicar periódicamente, según sus recursos y al menos cada dos meses, un 'Boletín' en que se inserten trabajos doctrinales, proyectos de las tareas docentes de sus Facultades, resultados de sus cursos de todas clases, datos estadísticos y noticia de la vida universitaria y anuncios de interés ».

(201) Así el *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, Biblioteca Nacional (Madrid), sig. D/1118, 1929-1936, 1939-1949.

(202) Así el *Boletín de la Universidad de Madrid*, Biblioteca Nacional (Madrid), sig. D/1945, 1929-1931, 1934. También el *Boletín de la Universidad de Granada*, Hemeroteca Municipal (Madrid), sig. 1067/4, colección que comienza con el número 12, correspondiente a febrero de 1931 (tercer año).

(203) Por ejemplo, Joaquín FERNANDEZ PRIDA, *Influencia de los tratadistas españoles en la formación de la ciencia del Derecho internacional público*, en *Boletín ... de Madrid*, 1 (1929), 267-275, aunque la publicación simultánea de la *RCJS* explica que sean raras las colaboraciones jurídicas; Leonardo PRIETO CASTRO, *La acción en el derecho español*, en *Boletín... de Granada*, 3 (1931), 101-130.

(204) Ademas de los *Anales* de Oviedo, conozco la existencia de los publicados por las universidades de Madrid (Biblioteca Nacional, Madrid, sig. Z/1178, 1932-1936) y Murcia (ibd. sig. 6/7533, 1930-1932, 1942-1950, 1951).

(205) Por ejemplo, *Cuadernos de la Facultad de Filosofía y Letras*, Madrid, 1935-1936; cfr. *Historia. Revista de Estudiantes* (1935), Facultad de Filosofía y Letras (Madrid), en Hemeroteca Municipal (Madrid), sig. AM 1313.

(206) Cinco números al año (enero, marzo, mayo, julio y septiembre) hasta un volumen de ca. 600 páginas en Madrid; otros tantos (febrero, abril, junio, octubre y diciembre) en Granada; números bimensuales en Santiago de Compostela.

(207) La suscripción anual al *Boletín* de Madrid costaba 15 pesetas; respecto al de Granada sólo sé de su distribución gratuita a los centros de enseñanza superior de España.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singular. La Facultad de Derecho de Barcelona, universidad que llega a organizarse como Autónoma (Decreto de 1 de junio de 1933 y Orden de 7 de septiembre), publica una interesantísima *Revista Jurídica* (1932-1934) dirigida por Josep Xirau, frecuentada por profesores y redactada en catalán: « una publicació mitjançant la qual hom posa al servei de la nostra cultura jurídica el professorat i la joventut universitária d'una manera ostensible, costant i permanent. No aspira doncs a ésser altra cosa que una aportació de cada dia dels estudiosos de la Universitat a la Ciencia Jurídica de casa nostra, sobrerament necessitada d'aquesta llei de concursos » (208). No faltarán autores extranjeros de primerísima fila (209) ni connacionales no catalanes (210), pero la *Revista*, que comparte con la madrileña contenido jurídico, condición institucional e incluso colaboradores, está más abierta que aquélla a la actualidad jurídica con secciones de jurisprudencia, novedades legislativas e importante información bibliográfica.

Tan próxima a la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* es de interés el caso de una publicación coetánea, la revista titulada *Filosofía y Letras*, de vida ciertamente más agitada (211). Esta hoja mensual nace en 1915, esto es, cuando se entiende que ya « apenas existe institución cultural de alguna entidad que no tenga un boletín o revista donde dé cuenta de sus trabajos » (212), con el precedente remoto del *Boletín-Revista* de la Universidad de Madrid y el más cercano modelo, silenciado por los promotores del nuevo periódico pero continuamente presente, por contraste, en sus intenciones, del *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* (213). Y, en efecto, *Filosofía y Letras* sale a la luz « publicada por alumnos de la Facultad

---

(208) Biblioteca de Cataluña (Barcelona), sig. 34 (05) (46.71) Rev. 8º.

(209) Piero Calamandrei, *La condemna*, en *Revista Jurídica*, 1 (1932), 5-19; René Demogue, *La funció del jutge en la formació i execució dels contractes*, ibd. 203-222 (trad. D.C.); Erich Molitor, *Les associacions obreres i els problemes que plantegen en l'ordre jurídic* (trad. G.T.), ibd. 233-246.

(210) Lluis Recasens Siches, *La questió valorativa del Dret. Esquema del desenvolupament de les teories sobre el Dret Natural i els ideals jurídics. Situació actual d'aquest tema*, en *Revista Jurídica*, 1 (1932), 20-28 y 125-132; Luis Jimenez de Asua, *La extradición de los delincuentes politico-sociales*, ibd. 2 (1933), 13-33; Federico de Castro, *La relación jurídica de Derecho internacional privado*, ibd. 453.491.

(211) Biblioteca Nacional (Madrid), sig. D/8209, colección incompleta. Cfr. Cayetano Alcazar Molina, *Historia de una revista: « Filosofía y Letras »*, Madrid, Universidad (Facultad de Filosofía y Letras), 1953; Alicia Alted Vigil, *La revista « Filosofía y Letras »*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1981.

(212) Adolfo Bonilla y San Martín, *A los lectores*, en *Filosofía y Letras*, 1 (1915), 1.

(213) Cfr. Julio Cejador, *Otra revista*, ibd. 1 (1915), 3-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en la Universidad Central », bajo la dirección nominal de Gabriel Soria, bedel, luego portero, que presta su nombre a un grupo de jóvenes jurídicamente incapaces, y la efectiva del más inteligente de entre ellos, un ya erudito Pedro Sáinz Rodríguez que llama la atención con sus trabajos sobre el humanista Antonio Agustín y que se sitúa, junto el resto de sus compañeros, bajo la cobertura ideológica de Marcelino Menéndez y Pelayo, maestro aún presente entre los estudiantes de 1914 gracias a las enseñanzas de un amigo y estrecho colaborador de Ureña, Adolfo Bonilla y San Martín, cuya biografía trazará con detalle la *Revista* de Derecho (214).

> No me resisto a recordar la amenísima *Residencia. Revista de la Residencia de Estudiantes* (1926-1934), tan vinculada a la tradición krausista. Con la intención de sacar tres números al año, pero luego bastante irregular, comparte formato y regusto clásico con *Filosofía y Letras*, que inicia entonces « segunda época », pero su contenido, estrechamente relacionado con las actividades culturales y las conferencias de la entidad editora, es ahora muy superior: « proyectada para mantener cordiales relaciones con los lejanos Residentes y sus protectores y simpatizantes, ha resultado llena de interés aun para aquellos que sólo aman las publicaciones de alta cultura » (215).

Publicada en aquellas condiciones, *Filosofía y Letras* resulta al lector de hoy la respuesta de la España ortodoxa y católica a la más heterodoxa y krausista que palpita en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, pero se trataba ahora de resaltar coincidencias por encima de la ideología tan diversa de sus respectivos promotores. Común a Derecho y Letras el año preparatorio de Primero, los nombres que aparecen en ambos periódicos coinciden: en la nómina activa de colaboradores o en la pasiva de autores comentados estudiantes como Román Riaza o José Antón Oneca, auxiliares prometedores como José Castán o Luis Jiménez de Asúa, catedráticos consagrados como el recordado Adolfo Bonilla, que lo fue de Derecho y ahora lo es de Letras, o Quintiliano Saldaña, penalista responsable de los estudios de Doctorado, resultan figuras ciertamente ubicuas. Ni el Derecho es entonces patrimonio de la *Revista de Ciencias Jurídicas y*

---

(214) Julio PUYOL, *Adolfo Bonilla y San Martín*, cit. (n. 194).

(215) Juan TORRENDELL, *Residencia*, en *Residencia* 2/1 (diciembre 1927), 63-64, p. 64. Por esta razón disponemos ahora de un facsímil, que ya conoce segunda edición: Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes — C.S. I.C., ²1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sociales (216) ni las Letras se confinan, con Ureña al frente de aquélla, historiador al fin y al cabo, en las páginas de *Filosofía y Letras*; la fragilidad de este último periódico, tan dependiente de la cohesión y medios de un grupo estudiantil que no tarda en dispersarse, será además la causa de publicación en la *Revista* de Ureña de trabajos anunciados para *Filosofía y Letras* (217). Común también resulta la preocupación por la enseñanza y la apuesta decidida hacia su reforma (218). Sin embargo, con toda su vocación académica y su intención de publicar tesis, lo cierto es que *Filosofía y Letras* siempre resultó más bien un órgano militante de política universitaria de derechas (219).

> La evocación de este título estudiantil permite una breve disgresión sobre las opacas cuestiones materiales, esto es, la producción de la prensa periódica profesional y científica por los años en que nace la *Revista* del Museo-Laboratorio Jurídico. Según testimonio de uno de sus fundadores

---

(216) Cfr. *A nuestros lectores*, en *Filosofía y Letras*, 1/3 (1916), 1, que anuncia, tras la « entusiasta acogida » de la revista, que « desde el próximo número ampliaremos el texto dando cabida a materias de Derecho, a cuyo fin colaborarán profesores y alumnos de esta Facultad » y, en efecto, *Filosofía y Letras* cambia subtítulo (*Revista publicada por alumnos de las Facultades de Filosofía y Letras y Derecho de la Universidad Central*) y aparecen aportaciones de Quintiliano Saldaña, *Picardía y criminología españolas en Cervantes* ibd. 1/4 (1916), 3-4; J(osé) A(nton), *Apertura de curso: el profesor Saldaña*, ibd. 1/10 (1916), 10-14; José Ramón de Orue y Arregui, *Recuerdos de un Curso práctico de Criminologia*, ibd. 1/10 (1916), 16 y 1/11 1 (1916), 6-7; Manuel Pascual y Espinosa, *Las Haciendas locales*, ibd. 1/11 (1916), 9-11; Luis Jimenez de Asua, *Trabajos de Derecho Penal. Introducción*, ibd. 2/16 (1916), 1-5; Román Riaza, *Trabajos de Derecho Penal. El Derecho Penal en las Partidas*, ibd. 2/17 (1916), 1-4, 2/18 (1916), 5-9 etc. Cfr. en general Alicia Alted Vigil, *La Revista « Filosofía y Letras* cit. (n. 211), p. 115, con sus recuentos temáticos.

(217) Luis Sierra Bermejo, *El delito de contagio intersexual y nutricio*, en *RCJS* 4 (1921), 424-448, 486-506; 5 (1922), 548-564 y 6 (1923), 39-59. Cfr. Alicia Alted Vigil, *La Revista « Filosofía y Letras »* cit. (n. 211), pp. 143-146.

(218) Cfr. Cayetano Alcazar (Molina), *Nuestras aspiraciones*, en *Filosofía y Letras*, 1/2 (1916), 6; del mismo, *La juerga de la estudiantina. (Libros, patronas, aulas y ...)*, Madrid, Establecimiento tipográfico La Itálica, 1916, que es relato novelado — con prólogo de Unamuno — de las aspiraciones académicas del grupo de fundadores de *Filosofía y Letras*. Allí apareció su reseña: cfr. 1/11 (1916), 16-17 (José Antón).

(219) Por ejemplo José Anton, *Los académicos franceses y la universidad española*, en *Filosofía y Letras*, 1/6 (1916), 10-11, indignado con Henri Bergson y el Ateneo madrileño; (Redacción), *Peticiones de los estudiantes universitarios*, ibd. 3 (1918), 2-3, contra la creación del Instituto-Escuela.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Filosofía y Letras se financiaba « con la sencilla aportación personal de dos duritos de cada uno de nosotros, de 10 pesetas — dos duritos de los de entonces, cuando el Banco de España cambiaba sus billetes de 100 pesetas por 20 piezas de plata —, para sufragar los gastos de papel e imprenta... El correo lo disfrutábamos gratis, por ser entonces la franquicia muy extendida, y algunos amigos del correo de España, generosos y comprensivos nos ayudaban en el menester de enviar la revista con el menor gasto posible » (220). Sin embargo las cosas no estaban tan claras, pues otros testimonios recuerdan que *Filosofía y Letras* murió — al menos en parte — por ahogos económicos (221) y sabemos, en general, que las circunstancias del conflicto mundial, unidas a problemas laborales en la industria de la imprenta, coinciden en una subida de costos que acusa la prensa jurídica (222).

Para un momento anterior, la correspondencia entre Posada y Dorado Montero permite cuantificar algunos aspectos editoriales de la *Revista de Derecho y Sociología* (223). Adolfo Posada, sin duda demasiado optimista e inexperto en este tipo de cuestiones, calculó inicialmente en unas 3.500 pesetas al año el costo de la empresa, pero el editor Lázaro Galdiano, en marcha ya la publicación, se quejaba de unas pérdidas anuales que no bajarían de 20.000 ptas. Las treinta y dos suscripciones obtenidas no bastaron, a todas luces, para prolongar este hermoso sueño.

La misma fuente ofrece datos sobre la retribución de los colaboradores: 30 pesetas el pliego de 16 páginas para autores extranjeros, valorándose en 25 ptas. las traducciones del alemán, lo que tal vez nos indica la índole original de las aportaciones de algunas grandes firmas (Lombroso, Ferri, D'Aguanno...) (224). Según producción así serían retribuidos Posada y Dorado, quienes en algún momento acarician la posibilidad de un sueldo fijo y acaban por renunciar a sus honorarios (225).

---

(220) Cayetano ALCAZAR MOLINA, *Historia de una revista* cit. (n. 211), pp. 23 y ss.

(221) Alicia ALTED VIGIL, *La Revista « Filosofía y Letras »* cit (n. 211), p. 103. Llegaron unas pesetas del magnate Juan C. Cebrián, ingeniero español enriquecido en California, que sale aquí notas más abajo.

(222) Cfr. « A nuestros lectores », en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 53 (1919), 561-562, que explica un alza del precio de suscripción de casi el veinte por ciento (hasta 30 pesetas anuales para la revista completa, 18 ptas. para la sección doctrinal y 15 ptas. para la sección de legislación y jurisprudencia), no obstante lo cual, en la versión sin duda interesada del editor, « la Revista resulta la más económica de las publicaciones jurídicas españolas ». Cfr. aún ibd. 54 (1920), 399: noticia de la Real Orden de 5 de agosto de ese año (Gaceta del 8) sobre libre importación de papel « con el fin de contrarrestar la grave corisis que viene padeciendo la industria del Libro ».

(223) Cfr. Gerardo SANCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero*, cit. (n. 141), p. 41-42, p. 55.

(224) Cfr. Gerardo SANCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero*, cit (n. 141), p. 43, p. 80.

(225) Como elemento de comparación me permito añadir que los haberes de Ureña al ascender al puesto 145 del escalafón de catedráticos en 1898, es decir, tras

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tiene interés recoger información relativa a los comienzos de siglo, pues el cambio del Ocho al Novecientos coincide con un desarrollo técnico de la industria editorial tras la generalización de la linotipia, las prensas rotativas y la producción nacional de papel que trae consigo un claro aumento de títulos y tiradas, la proliferación de las colecciones o « bibliotecas » y una dispersión geográfica de la producción que beneficia especialmente a Barcelona (226). Para 1901 un testimonio de excepción calcula el costo de un diario medio, aparte los gastos fijos de local y maquinaria, en unas 20.000 pesetas al mes, la mitad para papel y una elevadísima porción en pago de tarifas telegráficas y postales (227): este último dato, que también ha preocupado a los estudiosos de la red cultural española (228), nos da idea de la importancia relativa que podía tener en la puesta en marcha de *Filosofía y Letras* la exención de gastos de correos.

Todas estas noticias sirven para tener presente la coyuntura en que nace la *Revista* de Ureña, pero no explican demasiado los entresijos editoriales de la prensa científica e institucional. Ya sabemos que la mejora del presupuesto de las universidades a impulsos del catedrático y parlamentario Gascón y Marín se tradujo en mayores recursos para poner en marcha publicaciones académicas. En lo que hace al órgano del Museo-Laboratorio de Madrid, parece claro que su dependencia del dinero público sirve para garantizar la continuidad de la empresa y un precio de suscripción, invariablemente 20 pesetas por año, que podía resultar inferior al de otras hojas jurídicas (229),

---

veinte años en el cuerpo, representaban 7.000 pesetas anuales: cfr Archivo General de la Administración, caja 16.864 cit. (n. 19).

(226) Cfr. Jean-François Botrel - Jean Michel Desvois, *Les conditions de la production culturelle*, en C. Serrano - S. Salaun (eds.), *1900 en Espagne* cit. (n. 77), 23-45.

(227) Cfr. Biblioteca Nacional (Madrid), Sección de Raros, Colección Gómez Imaz, sig. R/62783. Se trata de dos cartas del periodista Eugenio Sedano a Gómez Imaz, evacuando una consulta sobre la organización, sueldos y gastos de periódicos « noticieros ».

(228) Cfr. Jean François Botrel - Jean Michel Desvois, *Les conditions de la production culturelle* cit. (n. 226).

(229) Con uso de la información que recogen las tapas de los fascículos, aquí y allá salvadas en el proceso de encuadernación, ofrezco como ejemplo los títulos principales en publicación durante la andadura de la *Revista* de Ureña. Ya vimos que la *Revista de los Tribunales*..., hebdomadario (con numeración corrida), sube en 1919 hasta 30 pesetas, considerándose exageradamente « la más económica de las publicaciones jurídicas españolas »; lo mismo costará la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, publicada mensualmente desde 1925. Más económicas son las condiciones de suscripción a la *Revista de Derecho Privado* (1913, mensual): seis ptas. al semestre y 10 al año (en la península), mas hay que tener en cuenta que la inferior extensión de los tomos no llega a compensarse, al menos en relación a la voluminosa (casi mil páginas) *Revista Crítica* cit., por su inusual formato *in folio*. Hacia 1918 esta misma suma de 10 ptas. es el importe de suscripción anual (Barcelona) a la más estilizada *Revista Jurídica de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aunque similar al de los periódicos salidos de las aulas (230): alguno precisará que « la base económica de la *Revista* [*Jurídica*, Barcelona] està en l'ajuda de les entitats oficials que s'han fet càrrec de la importancia que pot i deu tenir entre nosaltres ». Las revistas extranjeras se movían por entonces — son datos de 1910 — en unos precios equiparables (231). Pero es difícil precisar más sin conocer las tiradas (232) ni las ventajas — precios especiales de las consultas en el caso de las revistas jurídicas, derecho a recibir gratuitamente boletines de jurisprudencia — derivadas del estatuto de suscriptor (233).

Por algunas actas de la Junta de la Facultad madrileña he logrado información adicional sobre la marcha económica de su *Revista* (234). Generalmente las referencias son muy vagas — « se aprobaron las cuentas de la Revista » — y cuando existe alguna precisión, como ese saldo favorable de

---

Cataluña, que son 12 ptas. para el resto de España (¿incluida Cataluña?) y 15 ptas. para el extranjero: desconozco si estos precios incluyen la serie de jurisprudencia de la Audiencia territorial de Barcelona.

(230) Las cfr. 350 páginas del *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* aún valían por entonces 10 pesetas, esto es, el precio de la *Revista Crítica Hispano Americana* de Adolfo Bonilla (1915), que publicaba por término medio unas 150 páginas al año. La joven y más ligera *Filosofía y Letras*, también nacida en 1915 como sabemos, salía en fascículos mensuales hasta totalizar unas 200 páginas por año y con un precio de seis pesetas (12 ptas. como « cuota de protección »). La revista de Zaragoza *Universidad* costaba 20 pesetas, exactamente lo mismo que la de *Ciencias Jurídicas y Sociales*, pero con más extensión: unas mil páginas. La *Revista Jurídica* de la Facultad de Derecho de Barcelona valía 12 pesetas (15 fuera de España), con 366 páginas en su primer tomo. La cuatrimestral *Residencia*, que era órgano de la de Estudiantes, importaba 10 pesetas al año, con unas características de formato similares a *Filosofia y Letras*. Finalmente, el *Boletín de la Universidad de Madrid* (1929), con más de 600 páginas en cinco números por año, anunciaba 15 ptas. como precio de suscripción para Madrid.

(231) Cfr. Universidad Central de España, *Memoria del curso de 1910 a 1911* cit. (n. 178), pp. 80-83: el importe de las revistas no españolas recibidas por la Facultad de Derecho va desde las 18 pesetas de los *Annales de Droit Commercial* y los *Acta Apostolicae Sedis* a las 36'50 de la *Revue du Monde Musulman*, situándose el precio medio en unas 25 ptas. Excepcionalmente barato (¿era un volumen completo?) parece el *Juristisches Literaturblatt*: 9'50 ptas.

(232) Sólo dispongo de información en relación a *Filosofía y Letras*, que nunca pasó de los 1000 ejemplares: Alicia ALTED VIGIL, *La Revista « Filosofía y Letras* cit. (n. 211), p. 224. Las tiradas reducidas suponen obviamente mayor precio: cfr. aún cuadro 1 en p. (100), del que resulta que este periódico resultaba tan caro como *La Esfera*, más ilustrado, más frecuente, más extenso y de mayor formato.

(233) En el caso de la citada *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* la suscripción abarataba hasta 40 pesetas el importe (75 ptas.) de las consultas dirigidas a la redacción. Supongo además que daba derecho a recibir los « Suplementos » semanales, cuatro hojas con información de todo tipo (también sobre los balances de Prensa Jurídica, S. A., editorial de la *Revista*: cfr. sup. de 1 de marzo de 1926, p. 4).

(234) Cfr. *Libro de Actas* cit. (n. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> 162 ptas. en la cuenta de la *Revista* que se anuncia en junta de 26 de mayo de 1926 (fols. 58-59), carezco de elementos adicionales de valoración. Está claro, en cualquier caso, que la *Revista* podía subsistir a cargo de los fondos de investigación científica de que se nutre, en general, el Museo-Laboratorio (junta de 26 de mayo de 1924, fol. 21; junta de 17 de marzo de 1928, fol. 108), como finalmente indican algunos balances de los años Treinta incorporados al libro de actas: junta de 26 de noviembre de 1932, aprobación del presupuesto de la Facultad, con partidas de 350 ptas. (1931-1932, un año de contracción presupuestaria en que el total de « atenciones de cultura » asciende a 51.618 pesetas) y 10.000 (abril-diciembre 1932) para « Publicaciones » (fols. 332-333); junta de 20 de enero de 1934, con las habituales partidas de « Publicaciones » (10.000 pesetas) y « Laboratorio Jurídico Ureña » (15.000) e información de la cuenta de « Suscripciónes y publicaciones de la Revista », entre otras « especiales », con un saldo positivo de 698'40 pesetas (fols. 389-392) ([235]).

De las farragosas cuestiones materiales, que no he querido ahorrar a mi lector cuando aún se trata, en cuestión de historia de las revistas jurídicas, de hacer camino al andar, pasemos ahora a las palabras mayores de un proyecto intelectual. Si nuestra *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* se inicia con lamentos por la muerte de Azcárate no debemos apresuradamente concluir sobre la carencia de programa: estamos ante el otorgante de la *Minuta de un testamento* y conviene extremar la atención cuando Azcárate se expresa *in articulo mortis*. Ureña ha compartido con él, durante años, ideología republicana y cátedra de Doctorado. Han compartido además sillón en la Academia de la Historia, donde ha sido Ureña quien saluda el ingreso del ilustre leonés ([236]); desde 1912 coinciden además en Ciencias Morales y Políticas. Y las especialidades respectivas contribuyen además al acercamiento: a los efectos de una « Legislación Comparada » definida bastante antes de la refinación metodológica que aporta el congreso parisino de Saleilles y Lambert (1900) no resulta en el fondo muy diferente el programa que explica don Gumersindo del que tiene que exponer en sus lecciones don Ra-

---

([235]) Otra vez puede servir de parangón la retribución de Ureña: el sueldo de 1919, último que conozco, ascendía a 16.000 pesetas anuales. Cfr. Archivo General de la Universidad de Madrid, leg. 723 (n. 19).

([236]) Gumersindo de AZCARATE, *Carácter científico de la historia*, Madrid, Imp. Sucesores de Hernando, 1910, con la « Contestación de D. Rafael de Ureña y Smenjaud » en pp. (75)-87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fael (237). Víctimas de planes desproporcionados uno y otro se limitan a cursos monográficos (238).

Àl pésame por el personaje carismático y el amigo entrañable sigue el homenaje, tan universitario, de la publicación: la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* abre sus páginas con un inédito de Azcárate, que sigue a su necrología por Rafael Altamira (239). El trabajo en sí mismo parece intranscendente (240), si no fuera porque podemos atribuir ahora, de nuevo, una fuerte carga simbólica al nombre de Azcárate. El homenaje al desaparecido maestro lleva a publicar su viejo discurso doctoral sobre la ley 61 de Toro (1869), lo que adelanta con claridad la intención o plan de la *Revista*: nos las habemos en lo sucesivo con un periódico científico nacido en las aulas, dirigido por un profesor de Doctorado y llamado así a nutrirse naturalmente con tesis de los estudiantes y otros trabajos de investigación. A las alturas de 1918 el discurso doctoral de Azcárate resulta tan datado, tan hijo de otra época, que sirve para marcar las distancias que separan la Facultad de Jurisprudencia de Moyano y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Antonio García Alix y el Conde de Romanones. Parece una advertencia, posible desde luego por hombres de la talla de Azcárate, de lo que ya no pueden ser los estudios jurídicos ni las tesis: como signo de los nuevos tiempos y muestra de los recursos materiales que por fin llegan a la Facultad la redacción de la *Revista*, esto es, el viejo Ureña, apostillaba con una nota erudita el acartonado trabajo académico ofreciendo informaciones sobre el texto príncipe (« cuyo único ejemplar, al presente

(237) Gumersindo de AZCARATE, *Ensayo de una introducción al estudio de la legislación comparada y programa de esta asignatura*., Madrid, Revista de Legislación, 1874; se publicó también como serie de artículos en *RGLJ*. Cfr. Real Orden de 24 de marzo de 1914, sobre analogía entre cátedras de Derecho.

(238) Gumersindo de AZCARATE, *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, I-III, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1879.

(239) Rafael ALTAMIRA, *Azcárate*, en *RCJS* 1 (1918), 7-11. Cfr. del mismo, *Azcárate*, en *BILE* 42 (1918), 5-7 (= *Diario Español*, La Habana, enero 1918).

(240) Gumersindo de AZCARATE, *Juicio crítico de la ley 61 de Toro, exponiendo sus motivos, su objeto y su conveniencia*, en *RCJS* 1 (1918), 12-22. El folleto pasa a encabezar la lista de publicaciones de la Facultad de Derecho que anuncian los fascículos de la *Revista*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conocido, se custodia en nuestro Museo-Laboratorio Jurídico ») de las Leyes de Toro, que eran objeto del comentario.

El primer colaborador de la *Revista*, Gumersindo de Azcárate en magisterio *post mortem*, ha merecido alguna atención porque adelanta, como vemos, su dimensión toda. En la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* profesores y estudiantes son siempre los autores principales: el antiguo grupo de Oviedo, ahora en Madrid gracias a la plataforma que ofrecen las cátedras de Doctorado (241), colegas de la Facultad que adelantan desde la *Revista* sus manuales (242) o monografias (243) o precisan un previo discurso académico (244), pero también preocupan cuestiones jurídicas doctrinales de rigurosa actualidad (245), aunque se nota generalmente la profesión de Ureña en un periódico que abunda en estudios histórico-jurídicos con protagonismo de las fuentes (246) sobre las instituciones (247), unas y otras en especial

(241) Rafael Altamira, *La Magna Carta y las libertades medievales de España*, en *RCSJ* 1 (1918), 151-163; Adolfo Posada, *El Derecho administrativo segun las doctrinas* ibd., 164-186. Las colaboraciones de Altamira se espacian: *La intervención de D. Juan de Solórzano en la Recopilación de Indias*, ibd. 3 (1920), 50-59, y terminan por recaer en el campo internacional que es propio de los tiempos y de su posición como juez en La Haya: *Grocio y España*, ibd. 9 (1926), 289-298; tampoco faltará la vieja preocupación por la pedagogía: *La enseñanza de las instituciones de América en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, ibd. 16 (1933), 5-34. Por su parte, Posada tarda más en colaborar y las suyas son inteligentes reflexiones de colega y jubilado: Adolfo Posada, *Don Vicente Santamaría de Paredes*, en *RCJS* 7 (1924), 132-136; del mismo, *El Derecho politíco como espectáculo* cit. (n. 131); cfr. aún, del mismo, *Martínez Marina I. Estudio preliminar*, en *RCJS* 16 (1933), 479-510, un discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(242) Lorenzo Benito y Endara, *Contribución al estudio del Derecho mercantil*, en *RCJS* 1 (1918), 236-278.

(243) Luis Jimenez de Asua, *La esterilización de los anormales y de los delincuentes incorregibles*, en *RCJS* 1 (1918), 23-38.

(244) Quintiliano Saldana, *Teoría de la política perfeccional* en *RCJS* 1 (1918), 308-335; Lorenzo Benito y Endara, *El derecho de la fuerza y la fuerza del derecho a través de la historia*, ibd. 2 (1919), 60-80.

(245) Vicente Traver, *La reforma del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa*, en *RCJS* 1 (1918), 336-352 y 507-534; José Ramon de Orue, *La legislación de guerra en Francia sobre naturalización*, ibd. 535-541.

(246) Luis Redonet, *Los Usatges de Barcelona*, en *RCJS* 1 (1918) 39-96; Adolfo Bonilla, *El Fuero de Llanes*, ibd. 97-149; Pío Ballesteros, *Algunas fuentes de las Partidas*, ibd. 542-547; Bernardino Martín Minguez, *Las llamadas fórmulas visigóticas*, ibd. 2 (1929), 405-432, 465-503 y 3 (1920), 1849, 211-244 y 505-548; Constans, *Sección diplomática*, ibd. 3 (1920), 109-145; del mismo, *El Concilio de León*, ibd. 165-199 y 575-606; Antonio Martín Lazaro, *Colección diplomática de la Iglesia del Salvador de la ciudad de Béjar*, ibd. 4 (1921), 84-149 y 584-602; del mismo, *Colección diplomática municipal de la Ciudad de Béjar*, ibd. 287-304 y 449-464; del mismo, *Documentos para la*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

las americanas (248): la actividad de Altamira y sus discípulos podía justificar la aspiración de crear una revista propia « donde sólo se publiquen aquellos trabajos hechos en la cátedra que sean merecedores de ello y que puedan servir para la posterior edición de las tesis doctorales, facilitando así la vida económica del alumno como tal » (249). Son también muy frecuentes los trabajos de historia de la literatura jurídica (250), y la historia del derecho es

---

historia de Béjar, ibd. 6 (1923), 87-112 y 177-208; Francisco MACHO Y ORTEGA, *Documentos relativos a la condición social y jurídica de los mudéjares aragoneses*, ibd. 5 (1922), 143-160 y 444-464; Manuel ALBAREDA Y HERRERA, *Fuero de Alfambra*, ibd. 7 (1924), 195-201, 8 (1925), 424-462, 589-608 y 9 (1926), 91-128; Julio PUYOL, *Privilegio otorgado a la tierra de Segovia por Enrique IV*,ibid. 7 (1924), 202-218; Manuel SERRANO Y SANZ, *Documentos del Monasterio de Celanova (años 975 a 1164)*, ibd. 12 (1929), 5-47 y 512-524; Román RIAZA, *La versión española castellana del Libro V de las Etimologías de San Isidoro. Transcripción y nota preliminar*, ibd. 133-166; del mismo, *Las Etimologias de San Isidoro. Versión castellana*, ibd. 15 (1932), 383-412.

(247) Manuel PEREZ BUA, *Las reformas de Carlos III en el régimen local de España*, en *RCJS* 2 (1919), 219-247; Eduardo PEREZ LOPEZ, *La jurisdicción decimal en los Fueros de Valencia. (Contribución al estudio de la historia del derecho valenciano)*, ibd. 353-404; Vicente CASTANEDA Y ALCOVER, *Libertades medievales. (Cataluña-Castilla)*, ibd. 516-533; Moisés GARCÍA RIVES, *Condición jurídica de los extranjeros en Castilla y León desde el Fuero de León (1020) al Código de las Partidas*, ibd. 3 (1920), 245-282 y 320-355; José GONZALEZ SERRANO, *Los oficios del Concejo en los fueros municipales de León y Castilla*, ibd. 4 (1921), 538-565 y 5 (1922), 82-104 y 227-256; Fernando VIDA NAJERA, *El Derecho español en la Prehistoria*, ibd. 11 (1928), 513-526; Juan BENEYTO PEREZ, *Canon y término en los contratos agrarios antiguos*, ibd. 15 (1932), 483-501; del mismo, *Técnica de un estudio sobre fundamentos del régimen agrario medieval*, ibd. 589-614.

(248) Rafael ALTAMIRA, *La intervención de D. Juan de Solórzano* cit. (n. 241); José BARRASA Y MUNOZ DE BUSTILLO, *El servicio personal de los indios durante la colonización española en América*, ibd. 6 (1923), 231-276, 361-383, 7 (1924), 5-25, 288-328, 481-517 y 8 (1925), 325-360; Francisco de PELSMAEKER E IVANEZ, *La Audiencia en las colonias españolas de América*, ibid. 8 (1925), 291-304, 383-423, 465-506 y 9 (1926), 5-20; Antonio MURO ROMERO, *El nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyectos de Recopilación legislativa posteriores a 1680. Tesis doctoral*, ibd. 12 (1929), 287-339, 13 (1930), 484-532, 631-660, 14 (1931), 67-112, 177-240, 416-438, 15 (1932), 5-64, 216-288, 502-531, 568-588 y 16 (1933), 130-152, 204-238 y 436-472; Joaquín AVELLA VIVES, *Tesis doctorales. Los cabildos coloniales*, ibd. 13 (1930), 605-630, 14 (1931), 113-136, 309-340, 478-506, 633-672, 15 (1932), 156-179, 16 (1933), 241-276, 373-435 y 17 (1934), 343-374; Juan MANZANO MANZANO, *El nuevo Código de las Leyes de Indias. Proyecto de Juan Crisóstomo de Ansolegui*, ibd. 18 (1935), 703-776 y 19 (1936) 5-82; Javier MALAGON BARCELO, *Teoría general del Derecho procesal en las Leyes de Indias. (Bases para su estudio)*, 19 (1936), 318-341.

(249) Rafael ALTAMIRA, *La enseñanza de las Instituciones de América* cit. (n. 241), pp. 17-18.

(250) Vicente CASTANEDA, *El Dr. D. José Berní y Catalá, jurisconsulto valenciano*, en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

además perspectiva habitual en páginas de derecho internacional y derecho público (251) o en los estudios de filosofía del derecho (252).

No son infrecuentes los artículos y tesis de derecho constitucional y administrativo, con una clara orientación comparativa, parlamentaria y municipalista que no puede extrañarnos (253). Activos en la Facultad Quin-

---

RCJS 1 (1918), 187-235, 353-437, 548-596 y 2 (1919), 101-144; Recaredo FERNANDEZ DE VELASCO, *Apuntes para un estudio sobre el tiranicidio y el padre Juan de Mariana*, ibd. 81-100; Rafael de UREÑA, *A propósito de la significación vulgar y jurídica de la rarísima palabra Alguachela*, ibd. 3 (1920), 161-164; Vicente CASTANEDA, *Notas biográficas referentes a algunos Jurisconsultos españoles*, ibd. 4 (1921), 5-19; Carmelo VIÑAS MEY, *Doctrinas políticas y penales de Furió Cerriol*, ibd. 67-83; Román RIAZA MARTÍNEZ OSORIO, *La interpretación de las leyes y la doctrina de Francisco Suárez*, ibd. 7 (1924), 247-287 y 391-414; del mismo, *El Derecho romano y Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, 12 (1929), 104-124; Francisco BONET RAMON, *La historiografía jurídica española en los siglos XVI y XVII*, ibd. 14 (1931), 341-381, 517- 554 y 15 (1932), 65-112, 327-368 y 413-447; Manuel GARCÍA-PELAYO ALONSO, *Los conceptos jurídicos fundamentales en San Isidoro de Sevilla*, ibd. 17 (1934), 375-397; Manuel LOPEZ REY Y ARROJO, *Un práctico castellano del siglo XVI: Antonio de la Peña*, ibd. 17 (1934), 655-802, 18 (1935), 149-203, 351-399, 455-590, 605-702 y 19 (1936), 83-180 (inconcluso).

(251) Joaquín FERNANDEZ PRIDA, *Estudios de Historia del Derecho Internacional*, en *RCJS* 1 (1918), 295-307 y 447-459 (inconcluso); Román RIAZA, *Antecedentes parlamentarios sobre reforma constitucional en el Congreso de los Diputados*, ibd. 9 (1926), 318-328; Joaquín FERNANDEZ PRIDA, *Homenaje a Grocio y a Suárez*, ibd. 10 (1927), 5-10, discurso ante la Academia de Jurisprudencia y Legislación; Emilio DE LA VARA ORTIZ, *El urbanismo en su aspectos histórico y doctrinal*, ibd. 12 (1929), 167-233 y 340-395; Joaquín RUIZ Y RUIZ, *Evolución del sufragio en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda*, ibd. 12 (1929), 525-592; Federico PUIG PEÑA, *La influencia de Francisco de Vitoria en la obra de Hugo Grocio*, ibd. 16 (1933), 543-606 y 17 (1934), 12-133 y 231-314.

(252) Luis RECASENS SICHES, *Estudios de Filosofía del Derecho. Contribución a la historia de la filosofía jurídica de la Patrística y de la Escolástica (Con especial consideración de la obra de Francisco Suárez)*, en *RCJS* 10 (1927), 206-279 y 401-489; Francisco VIDA NAJERA, *Estudios sobre el concepto y la organización del Estado en las Utopías*, ibd., 60-164, 280-318, 327-400, 495-542 y 11 (1928), 101-230 y 315-368; Francisco Javier DOTRES Y AURRECOECHEA, *Santo Tomás de Aquino y las leyes*, ibid. 13 (1930), 303-355, 421-484 y 14 (1931), 137-175, 274-308, 439-477 y 593-632. Excepcional serán casos como Eustaquio GALAN Y GUTIERREZ, *El pensamiento filosófico jurídico del profesor Giorgio del Vecchio*, ibd. 19 (1936), 267-308.

(253) Selecciono unos títulos: José GASCON Y MARÍN, *Posibilidad legal de municipalizar servicios públicos*, en *RCJS* 1 (1918), 460-506 y 2 (1919), 21-59; Gabino ALVAREZ Y BLANCO GENDÍN, *Las mancomunidades municipales*, ibd. 4 (1921), 20-56 y 161-238; José María GIL ROBLES Y QUIÑONES, *La Constitución política de Tcheco-Eslovaquia*, ibd. 333-355 y 5 (1922), 23-46 (inconcluso); César GARCÍA Y FERNANDEZ CASTAÑON, *Ordenanzas municipales y de pueblos*, ibd. 4 (1921) 243-276, 356-381, 566-583 y 5 (1922), 47-81; Carlos G. POSADA, *Constitución del Reino de los Servios, Croatas y Eslovenos, de 28 de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiliano Saldaña y el emprendedor Jiménez de Asúa, tampoco llamará la atención una presencia vigorosa del derecho penal y los estudios criminológicos, presentes desde primera hora en la fundación del Museo-Laboratorio como sabemos (254).

Ahora bien, como órgano eminentemente académico la *Revista* acoge demás escritos de oposiciones a cátedras (255), sin olvidar cuanto constituye un puente, transitado, entre la prensa y la docencia: síntesis de conferencias y cursos especiales impartidos en la Facultad o fuera de ella (256), programas y noticias estudiantiles (257)... Destaca la aportación, casi una sección fija de

---

junio de 1921. Texto español y nota preliminar, ibd. 5 (1922), 465-511; Mariano AZCOITI, *La obra pública municipal*, ibd. 9 (1926), 407-424; Ramón AROCA GARCÍA, *Régimen de carta municipal*, ibd. 10 (1927), 591-651 y 11 (1928), 5-64, 264-310 y 391-445; José CASADO PALLARES, *La Iniciativa, el Referendum y el Recall*, ibd. 65-87, 231-263 y 369-390; Manuel D. PEDREGAL Y FERNANDEZ, *Municipaïización comparada*, ibd. 13 (1930), 245-302; Alberto JIMENEZ FRAUD, *El régimen parlamentario en Inglaterra*, ibd. 16 (1933), 35-70, 277-288 y 354-372; Nicolás PEREZ SERRANO, *El concepto clásico de soberanía y su revisión actual*, ibd. 289-327; Gaspar BAYON CHACON, *El derecho de disolución del Parlamento*, ibd. 17 (1934), 423-504, 551-654 y 8 (1935), 7-114.

(254) Una nueva selección: Luis JIMENEZ DE ASTUA, *La esterilización de los anormales* cit. (n. 243); Quintiliano SALDAÑA, *Teoría de la política perfeccional* cit. (n. 244); del mismo, *Práctica de la política perfeccional. (Notas sobre la nueva Constitución rusa*), ibd. 2 (1919), 151-184, 310-352 y 3 (1920), 87-108; del mismo, *El delito de disparo*, ibd. 2 (1919), 449-450; Luis JIMENEZ DE ASUA, *El delito de disparo por arma de fuego*, ibd. 200-208; del mismo, *La responsabilidad sin culpa*, ibd. 3 (1920), 200-210; del mismo, *Los sujetos del delito*, ibd. 465-481; Dr. José María de VILLAVERDE, *Morfinismo y cocainismo. Su importancia jurídica*, ibd. 305-319; José ANTON, *El perdón judicial*, ibd. 5 (1922), 5-22, 186-226 y 411-443; Ernesto STEEGMANN MOMPART, *El tratamiento de la delincuencia juvenil en Inglaterra*, ibd. 7 (1924), 329-347, 518-530 y 8 (1925), 145-158, 224-254 y 564-588; Antonio POLO DIEZ, *Aspecto penal del tratamiento médico-quirúrgico arbitrario*, ibd. 12 (1929), 435-511, 14 (1931), 5-66 (inconcluso); Gregorio MARAÑON, *La Endocrinología y la Ciencia penal*, ibd. 18 (1935), 215-226; Quintiliano SALDAÑA, *Biotipologia criminal. (Ultima fórmula de la antropología criminal*), ibd. 227-315; del mismo, *Criminología pragmática*, ibd. 19 (1936), 193-266.

(255) Isaías S. SANCHEZ TEJERINA, *El estado de necesidad en el Derecho Penal*, en *RCJS* 5 (1922), 530-547 y 6 (1923), 5-38.

(256) Cfr. *Conferencias del Profesor Duguit en la Universidad Central*, en *RCJS* 6 (1923), 416-420; Alfonso FALKENSTEIN Y HAUSER, *Sistema general de Filosofía del Derecho. Conferencias del Profesor Stammler en la Universidad Central*, ibd. 113-139 y 298-326; Mario SAENZ, *Lecciones de Filosofía del Derecho dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Central (abril-mayo 1925)*, ibd. 8 (1925), 361-382; (M. Fernando CADALSO), *Le nouveau Code Pénal et les sistémes pénitentiaires en Espagne. Conférences faites en l'Université de Toulouse par...* », ibd. 12 (1929), 396-433.

(257) Cfr. (Jerónimo GONZALEZ - Rafael de UREÑA), *Dos cursos breves establecidos en el año académico de 1921 a 1922, por la Facultad de Derecho de la Universidad de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la Revista desde 1920 hasta la muerte de Ureña, de « Trabajos prácticos de Derecho mercantil », lecho para tener en Madrid un *American Dream* que afectaba muy especialmente al carácter de la publicación universitaria: « ... solicitada y obtenida del sabio decano de Derecho don Rafael de Ureña la hospitalidad en esta Revista, páreceme que nos encaminamos hacia aquellas publicaciones de las Escuelas de Derecho norteamericanas, en las que, como la de California, Pennsylvania, etcétera, los alumnos llenan con sus trabajos las columnas de la California Law Review o de la Pennsylvania Law Review, sueño cuya realización en España sólo depende de la cooperación que preste a este ideal nuestra juventud escolar » (258). Por España y del entorno de Ureña también para el caso existían precedentes (259).

No falta, pero tampoco sobra, la sección crítica, con reseñas a cargo de Jiménez de Asúa, Castán, Riaza, Malagón y otros, ni comentarios bibliográficos más detenidos, que merecen título propio, en las primeras anualidades (260). Pero su índole científica separa la *Revista* del foro, el hemiciclo y

---

Madrid, en *RCJS* 4 (1921), 57-63; Manuel Salas Viu, *La Confederación Internacional de las Asociaciones de estudiantes*, ibd. 64-66; Felipe Sanchez Roman, *El principio de la sucesión en los bienes en la sucesión mortis causa*, ibd. 239-242, que es guía de un curso pronunciado en Valladolid. También, *Sumario de las actividades cientificodocentes de esta Facultad desde octubre a marzo*, ibd. 18 (1935), 204-208.

(258) Emilio Miñana, *Trabajos Practicos de Derecho mercantil. A guisa de introducción*, en *RCJS* 3 (1920), 283-284, p. 284. Y Miñana podía hablar con conocimiento de causa, pues la *California Law Review* se recibía puntualmente en el Museo-Laboratorio (cfr. *Indice Registro de impresos y manuscritos del Museo Laboratorio Jurídico* cit. n. 157, asiento núm. 19.094), de la misma manera que la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* aun puede hoy consultarse, con pocos huecos, en California (University of California at Berkeley, Schcol of Law, Boalt Hall, sig. KE3641.R46). Todo indica una comunicación transconúnental por intercambio de revistas, que justificaban los muchos contactos existentes entonces, con Juan C. Cebrián en San Francisco como mecenas, entre Berkeley y Madrid: cfr. Federico de Onis, *El español en los Estados Unidos. (Discurso leído en la apertura del curso académico de 1920-21 en la citada Universidad*) (Salamanca), en *RCJS* 4 (1921), 150-160 (Nicolás Rodríguez Aniceto); Julio Puyol, *Adolfo Bonilla y San Martín* cit., (n. 194), pp. 473-475 y pp. 491-494. En general, Cayetano Alcazar Molina, *Historia de una Revista* cit. (n. 211), pp. 135 y ss., sobre Cebrián.

(259) Adolfo Bonilla y San Martín, *Un laboratorio de Derecho. Cuestiones teórico-prácticas resueltas en la clase de Derecho Mercantil de la Universidade de Valencia durante el curso de 1903 a 1904* , Madrid, Rueda, 1904.

(260) José Castan, *El momento actual en la literatura del Derecho civil*, en *RCJS* 1 (1918), 279-291; Rafael de Ureña, *Agunos códices interesantes para el estudio documentado de la transformación evolutiva del Derecho Español*, ibd. 2 (1919), 289-299 y 3 (1920), 146-155 (inconcluso); Luis Jimenez de Astua, *La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital*, ibd. 4 (1921), 465-485; del mismo, *Bibliografía crítica de estudios penales y revista de leyes y de los proyectos más importantes en materia penal. Ojeada de conjunto desde 1915 a 1922 y Notas bibliográficas desde 1919 a 1922*, con numeración propia (278 pp.) al final de ibd. 5 (1922), 6 (1923) y 7 (1924).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> los medios profesionales: por esos años, y mejor incluso que en la vieja *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* o la aún adolescente de *Derecho Privado,* el mundo de la actualidad jurídica encontraba encaje en la madura *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal.*

Las páginas bibliográficas del joven Castán merecen alguna consideración, pues, como en el caso de la tesis de Azcárate, indican una característica de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* en toda su colección: la escasa atención por el derecho privado. Si dejamos al margen ahora los « Trabajos prácticos de Derecho mercantil », son escasísimas las aportaciones de asunto privatístico y llamativa, entre ellas, la predilección clara por el derecho mercantil (261) sobre el civil: en país de tradición católica, como España, y en años que conocen el divorcio vincular sólo comparece la disciplina civilística para abordar cuestiones matrimoniales (262), lo que motiva también una tímida proyección hacia el derecho canónico (263). Muy poco es. Un « Derecho Romano » ni crítico ni sociológico, es decir, absolutamente fuera de época (264), no llega a colmar el hueco (265).

Y por eso « El momento actual en la literatura del Derecho civil » de José Castán, estratégicamente presentado en el volumen primero, resulta al historiador de la *Revista* el anuncio de un resultado tan pobre.

> Leamos. Es muy poco lo que se escribe de derecho civil y menos aún lo aprovechable. Foro y magistratura han dejado a la cátedra en solitario para

---

(261) Lorenzo BENITO Y ENDARA, *Contribución* cit. (n. 242); Emilio MINANA, *La responsabilidad sin culpa*, en *RCJS* 2 (1919), 209-215; Miguel CABEZA Y ANIDO, *La unificación de las leyes cambiarias*, ibd. 6 (1923), 209-230, 327-360 y 9 (1926), 72-92; Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Concepto de los agentes de comercio, con especial consideración del derecho español*, ibd. 18 (1935), 403-454.

(262) Teodosio GONZALEZ COURELL, *Los problemas del divorcio temporal ante la legislación civil*, en *RCJS* 5 (1922), 512-529 y 6 (1923), 129-144, 261-287 y 351-384; Luis RIERA AISA, *El divorcio y las instituciones de derecho de familia*, ibd. 17 (1934), 398-422.

(263) Roberto MARAURY Y BARREDO, *Impotencia, esterilidad e inconsumación ante el Derecho español*, ibd. 13 (1930), 181-244, 357-420 y 533-604.

(264) Cfr. Carla FARALLI, *Storia del diritto romano e scienze sociali: un'integrazione difficile*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 12 (1982), 307-341.

(265) Vicente TRAVER, *Breve examen de las fuentes relativas a la condición resolutoria en el Derecho romano*, en *RCJS* 2 (1919), 185- 199; Enrique R. RAMOS, *Las formas del préstamo romano*, ibd. 12 (1929), 255-286.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mantener la ciencia civilística. Lamentablemente, el derecho civil se encuentra maltratado en el plan de estudios jurídicos: ni siquiera existe cátedra de Doctorado sobre materia de derecho privado. Las tesis lógicamente escasean, cuando no resultan poco técnicas y a la postre superfluas. Salva la cara Felipe Clemente de Diego, desde luego, autor de una monografía que es modelo (266), director de un par de trabajos doctorales sesudísimos (267) y alma de un « seminario de Derecho civil establecido en el Centro de Ampliación de estudios » que colectivamente también algo produce (268). Pero este núcleo excelente de los De Buen, Candil, Ramos o García Alas, « quizá un síntoma de renovación de nuestros métodos científicos », resulta a la postre un núcleo harto duro: « Lástima es que se resientan de algunos de los defectos inherentes a toda obra de colaboración y de otros que parecen inseparables de la labor de esta generación de pensionados en el extranjero, que quiso asimilarse la ciencia sintética y dogmática de las escuelas alemanas, sin quizá haber trabajado bastante en nuestros métodos analíticos latinos. Así se explica que manejen mejor, por regla general, los materiales doctrinales que los textos mismos, que descuiden nuestro derecho histórico nacional y nuestra jurisprudencia práctica, y que con frecuencia no logren, en definitiva, dar cohesión y sentido de visión personal propia a la masa enorme de materiales y papeletas que utilizaron ». Son trabajos, si se quiere, demasiado buenos, como demasiado malos parecen aquellos, escasísimos, de « los profesionales del derecho », con toda « la ingenuidad, la pretensión inocente de hacer obra original y de poder trabajar sin documentarse »: en su osadía ignorante los prácticos no dudan en acudir a títulos « ostentosos », como ese Díaz Caneja que se atreve a escribir, nada menos, *El contrato de arrendamiento de fincas rústicas en el Código civil español* (1918). Tampoco da mucho de sí el « terreno de la exégesis legal », pero no porque esté en cuestión hacia 1918 la crítica a la *Exégèse* que realizan Gény, Saleilles o Lambert y comienza a historiar Bonnecase; aún menos por tentaciones iusliberistas, que ni siquiera se conocen al repasar el caso de Alemania: el problema de los Manresas y de los Mucius Scaevolas españoles ha sido simplemente olvidar a los glosadores de las Leyes de Toro. Si los estudios forales se encuentran más florecientes se debe a una « esfervescencia » de los « sentimientos regionalistas » pero no a verdaderos análisis científicos: « hemos llegado a pensar si estará próximo el día en que podamos por fin enterarnos de cuales son las fuentes y cuales las instituciones de ese llamado Derecho foral, del que todo el mundo hablaba, pero nadie conocía ». Se denigra, en consecuencia, la *Enciclopedia Jurídica* que publica Seix y dirige Moutón y Ocampo, conocido foralista, y la alegre movilización general de esfuerzos que provocó la investigación de costum-

(266) Felipe Clemente de Diego y Gutierrez, *Transmisión de las obligaciones segun la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, Victoriano Suárez, 1912.

(267) Demófilo de Buen, *Las normas jurídicas y la función judicial*, cit. (n. 126).

(268) L. Alas, D. de Buen, Enrique R. Ramos, *De la prescripción extintiva. Trabajo del Centro de Estudios Históricos. Sección de Derecho Civil bajo la dirección de D. Felipe Clemente de Diego*, Madrid, Imprenta Ibérica, 1918. Cfr. *Revista de Derecho Privado* (= RDP), 5 (1918), 167-168 (E. Ruiz Carrillo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bres hispanas se considera ahora « poco técnica, como la mayor parte de estas informaciones consuetudinarias ». En tiempos de guerra, en fin, nada se puede esperar del extranjero: « el genio jurídico de los germanos » dio su *do* de pecho con el BGB; los anglosajones nunca se han dedicado a la ciencia jurídica abstracta, « y menos en derecho privado »; el sabio Gény se encuentra actualmente sumergido « en el eterno problema del Derecho natural »; en Italia proliferan « manuales en un tomo », que son tan buenos como « elementalísimos »; Suiza padece « la fiebre del comentario »; « la América latina, no produce, por lo general, obra profunda, ni menos original, en Derecho civil ».Todo y todos están tan mal que el « Derecho Civil » de España anda de suerte: tan sólo nos queda volver la mirada hacia adentro y sacar otra vez afuera el genio jurídico español.

« Hagamos ciencia propia, que es a la vez hacer patria. El cosmopolitismo en Derecho civil es absurdo » (269). Se diría que el joven Castán, que por esos años multiplica comentarios de este tipo (270), con su amargado diagnóstico delimita más bien el terreno que se sabía llamado a ocupar con aquel *Derecho civil español. común y foral* que han recorrido varias generaciones de juristas españoles (¿aún lo hacen?). Hacia el exterior basta con conocer unos cuantos nombres: lo suficiente para prescindir de sus obras con aparente conocimiento de causa. En el interior, una ciencia del derecho civil pasa tan sólo por la actividad de cátedra, mas el profesor universitario debe colocarse entre los excesos de unos pensionados que vuelven de Alemania con la maleta rebosante de dogmas y el atrevimiento de unos leguleyos que producen títulos « pomposos » « sin documentarse ». Se trata, en pocas palabras, de rescatar el método analítico latino, más precisamente: un « derecho histórico nacional y nuestra jurisprudencia práctica ». Sin llegar nunca a concebir una verdadera actividad historiográfica, según pretendía por entonces el viejo Ureña, no es posible ver en las

(269) F. CANDIL Y CALVO, *Naturaleza jurídica de la promesa de recompensa a persona indeterminada* (1914), en *Revista Crítica Hispano-Americana* 1 (1915), 57-59, p. 59 (José Castán).

(270) Cfr. L. MENDIZABAL Y MARTÍN, *Teoría General del Derecho* (1915), en *Revista Critica* cit. (n. 269) 2 (1916), 179-181 (José Castán); Luis JIMENEZ DE ASUA, *El Derecho penal del porvenir. La unificación del Derecho penal en Suiza* (1916), ibd. 199-200 (José Castán); Franz VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, traducido por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el *Derecho penal español* por Quintiliano Saldaña (1914-1917), ibd. 4 (1918), 27-32 (José Castán).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

palabras de Castán más que la propuesta de un punto de referencia español, con efectos legitimadores.

Falso profesor, pues nadie duda que Castán ante todo fue magistrado y presidente del Tribunal Supremo; falso pedagogo, autor de manual estudiantil propiamente diseñado para los opositores; falso erudito de unos cuantos nombres, en realidad mal asimilados; falso puente entre la cátedra y la práctica, sin trabajos institucionales de sustancia y con prolijas recreaciones pseudofilosóficas. Quede para pluma mejor el caso particular del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas (271) y detengámonos ahora en aquella su queja general contra los planes de estudio, tan discreta como decisiva en la estructura misma del artículo que comentamos. Si la cátedra no produce más, si los profesores no terminan de hacer patria haciendo derecho civil, se debe, salvadas algunas individualidades, a la postración de la enseñanza civilística en el seno de las facultades de Derecho (272). La previsión de un tercer año de « Derecho Civil » en las reformas de planes de los Ochenta quedó frustrada; años después desaparecía incluso el poco « Derecho Romano » existente en el Doctorado. La implantación progresiva de asignaturas prácticas no beneficia, lo sabemos, al « Civil », que no logra una condición — con toda su relevancia económica en el momento de la matrícula — propia de la « Historia », el « Penal », la « Literatura Jurídica » y los « Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología » (1911), incluso el « Administrativo » y el « Mercantil » algo más tarde (1917).

Enmedio de unas ciencias jurídicas y sociales que son positivas, esto es, experimentales, la posición estratégica del « Derecho Civil » resulta patética. Falla de entrada el Código (273). A la cabeza de toda una generación de juristas, entre los que se encuentra decididamente Ureña, los civilistas más influyentes, como el viejo Felipe Sánchez

---

(271) Antonio SERRANO, *Vida y obras del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas*, en curso de publicación.

(272) José CASTAN, *Sobre la enseñanza del Derecho. A propósito de la significación pedagógica del Museo-Laboratorio Jurídico*, en *RCJS* 2 (1919), 5-20, pp. 9-10 y 3 (1920), 5-17, p. 5.

(273) Carlos PETIT, *El Código inexistente (I). Para una historia conceptual de la cultura jurídica española en el siglo XIX*, en *Anuario de Derecho Civil*, en prensa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Román o Augusto Comas, desprecian un texto de corte francés, tan desfasado en sus soluciones, tan carente de técnica, tan poco nacional en sus artículos que nadie considera a la altura del método positivo arraigado en las escuelas. Es Código poco menos que ilegítimo (274), del que sólo interesa una prevista revisión (275). En momentos alemanes de parte general, el Código se despide a la francesa, con un título preliminar que no consigue unificar el sistema de fuentes ni cerrar territorialmente el ordenamiento. La materia contractual está en disputa con el Código y las leyes de comercio y las mejores cabezas abrazan la causa unitarista y mercantil en el derecho de las obligaciones (276). El reino civilístico de la propiedad inmueble se encuentra bajo soberanía de la legislación hipotecaria, que comienza, tras el Código, a reclamar una doctrina de alta consideración, sin equivalentes posibles en el seno anchuroso del derecho privado (277). Tratándose del matrimonio, con la Iglesia hemos topado, y el régimen económico conyugal, lo mismo que aspectos capitales del derecho sucesorio, ofrecen su terreno natural a unos apertísimos derechos forales (278). En estas condiciones, la entrada en vigor del Código de 1888-1889 desencadena aquella famosa encuesta sobre el derecho consuetudinario (279) que certifica el desprecio general ante una ley españolísima que sólo llama la atención en los Estados Unidos (280).

---

(274) Felipe SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castillas las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e historia general de la legislación española*, I, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, ^{2}1890, pp. 584 y ss.

(275) Cfr. Manuel LEZON, *D. Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*, Madrid, Hijos de M. G. Hernández, 1903.

(276) Rafael de URENA, *Ensayo de un plan orgánico de Derecho Mercantil de España* cit. (n. 40).

(277) Bienvenido OLIVER Y ESTELLER, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la ley hipotecaria*, I/1-4, Madrid, Rivadeneyra, 1892-1894.

(278) Pablo SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985.

(279) Rafael ALTAMIRA, *Le droit coutumier espagnole moderne* cit. (n. 189).

(280) Charles S. LOBINGIER, *A Spanish Object-Lesson in Code-Making*, en *Yale Law Journal*, 16 (1906-1907), 411-416; Peter J. HAMILTON, *The Spanish Civil Code*, en *Harvard Law Review*, 31 (1917-1918), 1089-1103. No hace falta insistir en las razones del interés:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Los más listos saben que es cuestión de libertades individuales, a lo que se añade el clamor compartido ante defectos de método y técnica (281), pero a nuestros actuales efectos se trata, simplemente, de destacar la relevancia de todo lo anterior desde la perspectiva de las facultades de Derecho según la ecuación castaniana que vincula la ciencia privatística y la cátedra. Por los años en que la Universidad Central publica nuestra *Revista* todavía no han sido despejadas las incógnitas. Con toda intención, la *Revista de Derecho Privado*, que ha sido creada en 1913 « para el estudio de las cuestiones prácticas del derecho español, civil, mercantil, etc. », convoca hacia 1920 unos concursos « para premiar una o más monografías del Derecho civil español », verdaderamente una reacción de signo opuesto a las viejas convocatorias académicas de trabajos sobre derecho consuetudinario de España: pues bien, o nadie se presenta, o cuando hay aspirantes, a la vista de los terribles resultados (« deja bastante que desear, sobre todo en sus comienzos, desde el punto de vista literario y gramatical... y aun hay... párrafos sin sentido »), el concurso tiene que quedar desierto (282). Las tesis de asunto civilístico tampoco abundan y las adquisiciones de las bibliotecas universitarias, al menos en el caso tan influyente de Madrid, dan cuenta de una cultura jurídica donde preocupan más Uganda o el Congo belga que un derecho civil español, común y foral (283).

> Lo más 'jurídico' que compra la biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales pueden ser manuales como los de Silva, *Derecho Canónico*, y Mattirolo, *Derecho Procesal Civil*, pues la política de adquisiciones va claramente por otros derroteros: Bonilla, *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento*; Mommsen, *Derecho Penal Romano* y *Derecho Público Romano*; Gauthier, *Ibn Rochd Ibn Thosail*; Masneur, *La Chefa*; Rolin, *Le Droit de l'Uganda*; Zeillin, *Le style administratif chez les assiriens*; Fluterau, *Notes sur la vie familial et juridique de quelques populations du Congo Belge*; Dussand, *Les civilisations pre-héllenıques*; Brockelmann, *Linguistique sémitique*. Con este panorama de textos el trabajo monográfico posible, en el mejor de los casos, brillaría — son expresiones del bando de los concursos de la *Revista de Derecho Privado* — como « oropel de las lucubraciones

---

Winfred Lee THOMPSON, *The Introduction of American Law in the Philippines and Puerto Rico. 1898-1905*, Fayeteville, University of Arkansas Press, 1989.

(281) Rafael ALTAMIRA, *El método positivo en el Derecho civil*, cit. (n. 132).

(282) Cfr. *RDP* 6 (1919), 33-34; ibd. 8 (1921), 1, 97 y 160.

(283) Cfr. Universidad Central de España, *Memoria del curso de 1910 a 1911* cit. (n. 178), pp. 80-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

filosóficas, históricas, sociológicas o de derecho comparado, muy interesantes y muy estimables cuando están hechas con verdad y con rigor metódicos; pero que aún así, y quedando en eso solamente, mucho más si no pasan de vagas y abstractas generalidades a lo que, por lo común, propenden, nada o muy poco aportan a la elaboración dogmática y al perfeccionamiento técnico del Derecho civil ».

Una producción jurídica que hoy nos resultara asumible — cuanto va citado sin duda lo era para los Azcárate, Ureña, Altamira y Posada — llegaba más bien por las revistas: *Revue Générale du Droit...*, *Nouvelle Revue Historique...*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Annales de Droit Commercial, Revue Générale de Droit International Publique, Juristisches Literaturblatt, Revista General de Legislación y Jurisprudencia...* Pero tampoco faltaron en los anaqueles de la Facultad la *Revue du Monde Musulman,* el *Polybiblion,* la *Revue Internationale de l'Enseignment, Anthropos. Revue Internationale d'Ethnologie et de Linguistique,* la *Revue Internationale de Sociologie* o el *Giornale degli Economisti.*

La posición residual del « Derecho Civil » en los planes de estudios seguramente tenía mucho que ver con la vieja indefinición del ordenamiento que acarrea un Código tan tardío que acaba por resultar inexistente, pero el programa experimental para una ciencia jurídica que se sabe social remata ahora, con argumentos técnicos, la antigua postración. La formación de los juristas se consigue con materias históricas, de derecho penal y de derecho público, más el añadido de un « Derecho Mercantil » como sector académicamente más dinámico y constitucionalmente más libre para impartir lecciones de derecho privado (284). Ahí está la explicación de las omisiones y las presencias en la *Revista* de Ureña. En plaza que llega a conocer un periódico especifico de derecho mercantil (285), la prensa jurídica universitaria presenta un panorama idéntico al madrileño (286).

---

(284) Cfr. Bartolomé CLAVERO, *El Método entre infieles o el Código en España*, en *Quaderni fiorentini*, 20 (1991), 271-317; del mismo, *Historia como Derecho: la libertad mercantil*, en Carlos Petit (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil. III Seminario de Historia del Derecho Privado* Madrid, Marcial Pons, en prensa.

(285) Biblioteca del Colegio de Abogados (Barcelona), sig. 470-19, *Revista de Dret Comercial*, 1 (1934)-II (1935); Biblioteca de Cataluña (Barcelona), sig. 347. 7 (05) (46.71 Bar) Rev. 8º, *Revista de Derecho Comercial*, I (1935)-II (1936, sólo el primer fasciculo, enero- marzo). Se trata propiamente de la misma hoja, pero la publicación en castellano no asume la serie anterior en catalán. Por lo demás, los cambios suponen unas altas (Joaquín Garrigues, Santiago Gutiérrez de Celis, José Nieto, Joaquín Reig Rodríguez, José Horn Areilza) y unas bajas (Pere Comas Calvet) en el consejo de dirección primitivo, también en 1935 castellanizado (Andrés Bausili, José María Boix Raspall,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> Al calor del sorpresivo decreto Silió de reforma universitaria (Real Decreto de 19 de mayo de 1919) y desde las páginas familiares de la *Revista de Derecho Privado* José Castán reflexiona y propone en materia de planes de estudios jurídicos (287). El vigente resulta « arcaico », « largo y cargado de asignaturas », carente de « definida orientación de conjunto » y « de la debida ponderación entre el elemento teórico y el práctico ». El ideal — « una reforma seria » — debe orientarse por un « aumento de las enseñanzas sociológicas, económicas y políticas », propuesta sobre cuya sinceridad dice poco la deseada supresión de la sección de Ciencias Sociales, razonada de inmediato, pero ante todo, entre las materias a reformar, « merecen un especial desenvolvimiento, por la extensión de su contenido y por su importancia jurídica y práctica, las relativas a los derechos Civil y Procesal ». Tópicos hasta hoy muy arraigados, desde la asunción por el Civil de una parte general que es teoría de normas y de los derechos subjetivos, hasta el molde privatístico de la dogmática de derecho público, que así necesita intelectualmente del privado, comparecen en un escrito que presenta como conclusión lo que aún era petición de principio: « desde el punto de vista profesional, puede el derecho civil considerarse como eje central de la carrera y base de la preparación de abogados, jueces, registradores de la propiedad, notarios, etc. ». Se requieren, al menos, tres años de Derecho Civil, pero la lista de contenidos posibles de un « Grupo de Derecho privado », con « Derecho privado romano », « Derecho civil regional », « Derecho inmobiliario », « Derecho notarial » o « Derecho de sociedades civiles y mercantiles », refuerza adicionalmente la posición académica de aquella asignatura.

Está también toda la red de relaciones que la rodean. Un « Derecho Civil » todavía lastrado por el Código en las universidades encontrará refugio fuera de ellas. Fuera pero cerca. De entrada, Felipe Clemente de Diego sucede (1906) a Augusto Comas en la

---

Alejandro Gallart Folch, Rafael Gay de Montellá, Aurelio Joaniquet, Cristóbal Massó, José Reig y Bergadá, Miquel Vidal Guardiacla; P. Rigau Vila y F. Rodón Cavaller, secretarios de redacción; redactor-jefe, Felipe Solá Cañizares).

(286) Me refiero, claro es, a la *Revista Jurídica* de la Universidad de Barcelona: de asunto civil tan sólo veo los trabajos de René DEMOGUE cit. (n. 209) y de Angel OSSORIO, *El Derecho civil punitivo*, ibd. 3 (1934), 3-37; más otro sobre derecho hipotecario: Blas PEREZ GONZALEZ, *Extensión de la hipoteca a la indemnización por siniestro*, ibd. 2 (1933), 13-33. El derecho mercantil se encuentra mejor representado: entre otros, Enric JARDÍ, *De la liquidació dels comptes en participació*, ibd. 1 (1933), 223-232; del mismo, *L'acció hipotecaria dels títols nominatius o al portador*, ibd. 2 (1933), 492-506; V. SOLE DE SOJO, *Les clàusules d'exoneració de respensabilitat en els coneixements d'embarcament*, ibd. 182-197; Ferrán BOTER I MAURI, *Estudis de Dret Comercial. De la licitu de la reserva de domini en els contractes de compra-venda. Efectes respecte a tercers*, ibd. 289-298.

(287) José CASTAN, *De pedagogía jurídica. Bases para una reorganización del cuadro de estudios de las Facultades de Derecho*, en *RDP* 6 (1919), 193-197.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cátedra de Madrid (288). Si no era, como sabemos, el tal « Derecho Civil » asignatura considerada práctica, a la espera de tiempos mejores conviene insinuar el crédito y volver la espalda a las recetas de método de otros colegas que no son civilistas, por ejemplo Rafael Altamira: « El jurista no ve en el precepto como el historiador un anillo de la evolución o un simple producto de la cultura... sino una regla que hay que aplicar dentro de un sistema general de conceptos y de principios que se han de incorporar a nuestros actos » (289). Si no había cátedra doctoral que permitiera una alta especialización en la Facultad puede lograrse un lugar bajo el sol de la Junta de Ampliación de Estudios, simultáneamente denostada por Castán (290), al amparo de aquel Centro de Estudios Históricos montado por entonces (1910) sin presencia de Ureña, aunque con su Laboratorio Jurídico como precedente: un inesperado « Seminario de Estudios Superiores de Derecho civil » que algunos recuerdan entrañablemente (291), más exactamente un « Seminario de Problemas del Derecho Civil en los principales países » ofrece a De Diego (1910-1924) la palestra intelectual que la facultad madrileña no quiere o no puede permitirse (292). Y si no ocupaba, en fin, mucho sitio el « Civil » en la *Revista* de la Facultad seguramente ello podía deberse también a la publicación desde 1913 de la *Revista de Derecho Privado*, obra personal del omnipresente catedrático de « Derecho Civil » Felipe Clemente De Diego y Gutiérrez.

> El lector asiste maravillado a la armonía con que parecen anudarse todos esos cabos. Como era de esperar la *Revista de Derecho Privado* no acusó recibo de la aparición del órgano de la Facultad madrileña, que sin

(288) Jesus MARAÑON Y RUIZ-ZORRILLA, *Apuntes para una biografía de Don Felipe Clemente de Diego*, en Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Libro-homenaje al profesor... con motivo de su jubilación* (1935-36), Madrid, Real Academia..., 1940, 9-23.

(289) Felipe Clemente DE DIEGO - EMILIO MIÑANA Y VILLAGRASA, *Casos de Derecho civil español para uso de los estudiantes*, Madrid, Reus, 1923, en particular las « Dos palabras al que leyere » que parecen de entera responsabilidad del primero, pp. 3-17.

(290) José CASTAN, *Sobre enseñanza del Derecho* cit. (n. 272), en *RCJS* 3 (1920), p. 16.

(291) Cfr. discurso de José CALVO SOTELO en Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Libro homenaje* cit (n. 288), 297-304, pp. 300-301; Joaquín GARRIGUES, *Don Felipe y la Universidad*, en *RDP* 29 (1945), 617-619, p. 618.

(292) Cfr. Carmela GAMERO MERINO, *José Castillejo* cit. (n. 123), p. 104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

embargo fue saludada desde las páginas de la *Revista General* (293) y de la *Revista de los Tribunales* (294): al menos la primera, frecuentada como sabemos por el núcleo más significativo de autores de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, compartirá con esta hoja, en adelante, muchos colaboradores (295). La *Revista* de Ureña dejó su impronta también en la *Jurídica de cataluna* (296), como más tarde lo haría, junto a otra prensa universitaria, en la barcelonesa *Revista de Dret Comercial* (297). Si consideramos, finalmente, las afinidades de problemas y la identidad de nombres que la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de Jerónimo González — entonces tan separada, a su vez, del periódico de De Diego — presentaba en sus primeros tomos con la *Revista* de la Facultad de Madrid (298), se magnifica aún más la falta casi absoluta de relaciones entre ésta y la de *Derecho Privado* (299).

---

(293) José García Fernandez, *Revista de revistas jurídicas españolas*, en *RGLJ* 132 (1918), 422-425, deteniéndose en la reseña a Jiménez de Asúa cit. (n. 243) pero con extracto de índice y declaración de propósitos del nuevo periódico.

(294) Cfr. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 53 (1919), 110: « Como órgano de la Facultad de Derecho y del Museo-Laboratorio jurídico de la Universidad, se ha comenzado a publicar esta importante Revista, que dirige el Decano Sr. Ureña Smenjaud. Hemos recibido el primer tomo, correspondiente al año 1918, y con mucho gusto establecemos el cambio con la nueva publicación ».

(295) Cfr. por ejemplo Isaías Sanchez Tejerina, *Ensayo de una teoría sobre los delitos de omisión*, en *RGLJ* 130 (1917), 145-161; Adolfo Posada, *Proceso lógico del Derecho Administrativo*, ibd. 132 (1918), 5-21; del mismo, *Azcárate*, ibd. 107-115.

(296) Cfr. *Revista de revistas*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 20 (1926), 93-100, p. 100.

(297) Cfr. P(ere) R(igau) V(ila), *Revista de revistes*, en *Revista de Dret Comercial*, 1/2 (1934), 88-89 (*RCJS* y *Universidad*, Zaragoza); 1/3 ibd. 86-97 (*RGLJ, RCJS* y *Revista Jurídica*, Barcelona); 2 (1934), 180 (*RCJS*), 185 (*RCJS*) y 186 (*Universidad*).

(298) Cfr. Rafael Altamira, *Prólogo a una Historia de la propiedad comunal*, en RCDI 1(1925), 3-9; Carmelo Vinas Mey, *Nuevos tipos sociales de propiedad territorial*, ibd. 504-513 y 590-601; del mismo, *Más sobre nuevos tipos sociales de propiedad territorial*, ibd. 882-893 y 2 (1926), 10-33; son muy frecuentes también las colaboraciones de Alfonso Falkenstein Hauser (cfr. n. 256). Cabe añadir que la *Revista Crítica*, con su domicilio en la calle de San Bernardo, núm. 52, 2º, era vecina de la *Revista* del Museo-Laboratorio, domiciliada en la Facultad, misma calle de San Bernardo, núm 51.

(299) Una noticia del artículo de Martín Minguez sobre el fuero de Melgar de Suso, publicado en *RCJS* 2 (1919), 216-218, recoge E. Ruiz Carrillo, *Revista de revistas en idioma castellano*, en *RDP* 6 (1919), 350. Por lo demás, sólo en el terreno de la filosofía jurídica parece existir algún acercamiento: F. Rivera Pastor, *Las conferencias del Profesor Stammler en la Universidad de Madrid*, en *RDP* 9 (1922), 129-132, seguido de (Rudolf Stammler), *Cuestiones fundamentales de Filosofía del Derecho*, ibd. 132-139 y 161-170; Fernando de los Ríos, *Ensayo sobre la Filosofía del Derecho en D. Francisco Giner y su relación con el pensamiento contemporáneo*, ibd. 3 (1915), 129-147. Así se explican también algunas coincidencias de nombres, como Recaredo Fernandez de Velasco:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Por contra, la adscripción de De Diego al Centro de Estudios Históricos revela una intimidad entre civilistas e historiadores del Derecho que se mantendrá, con manifestaciones de todo tipo, largos años. Jugaba de entrada la suerte común de la historia jurídica y el derecho civil, impuesta por la falta de código, en los viejos cursos de « Ampliación del Derecho Civil » hasta la separación de ambas cátedras que acarrea el Plan Gamazo (1883), aunque estas viejas afinidades parecen mantenerse más tarde en disposiciones sobre analogía entre titulaciones, con toda su relevancia administrativa (300). Se sabe además que el padre espiritual del grupo fundador del Centro, el conocido historiador Eduardo de Hinojosa y Naveros, trabajó al final de su vida en un tratado de parte general de derecho civil (301): es revelador, de suyo, que la única colaboración publicada por De Diego en la *Revista* de Ureña sea precisamente una nota necrológica sobre Hinojosa (302). Por obra de los discípulo de este historiador, que participan en la *Revista de Derecho Privado* antes de la fundación del *Anuario de Historia del Derecho* (1924) con varios e importantes trabajos (303), el periódico de De Diego también anunció con puntualidad la muerte del admirado Hinojosa (304).

Seguramente se trata de una coincidencia que no debemos ahora exagerar, pero es de recordar que los dos comisarios regios que intervienen el gobierno de la Facultad de Derecho en momentos terribles para la Universidad de Madrid (Real Decreto de 16 de marzo de 1929) resultan, precisamente, el civilista De Diego y el pintoresco historiador Laureano Díez Canseco (305). El otro civilista de Madrid, Felipe Sánchez Román Gallifa, secretario de la Facultad en el decanato de Ureña, y el penalista Luis Jiménez

---

Apuntes para un estudio sobre el tiranicidio cit. (n. 250), y de argumentos: J. PAULO, *El P. Suárez y sus doctrinas jurídicas*, en *RDP* 4 (1917), 305-308.

(300) Cfr. Real Orden de 24 de marzo de 1914, sobre analogías entre cátedras de Derecho, art. 3: « Legislación comparada » se considera análoga a « Historia General del Derecho Español », « Derecho Romano » y « Derecho Civil ». Las dos últimas eran, como sabemos, las cátedras de De Diego.

(301) Alfonso GARCÍA GALLO, *Hinojosa y su obra*, en Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras*, I: *Estudios de investigación*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948, XI-CXXIV, pp. XCIV-XCV.

(302) Clemente de DIEGO (sic), *Don Eduardo de Hinojosa*, en *RCJS* 2 (1919), 145-150, p. 149 sobre esa parte general « que tanto le preocupó en los últimos años de su vida ».

(303) Galo SANCHEZ, *Sobre el Fuero de Soria*, en *RDP* 3 (1916), 30-38; del mismo, *Sobre el Ordenamiento de Alcalá (1348) y sus fuentes*, ibd. 9 (1922), 353-368; HAMILTON, *Germanic and Moorish Elements of the Spanish Law*, ibd. 4 (1916), 301-304 (Laureano Díez Canseco). Y es de observar que el *Indice sistemático general de los XX primeros tomos (1913-1933)*, Madrid, Editorial RDP, 1936, no clasifica estas entradas en la categoría autónoma « Historia del Derecho », casi inexistente, sino en « Derecho civil. Fuentes históricas del Derecho civil ».

(304) Galo SANCHEZ, *D. Eduardo de Hinojosa*, en *RDP* 6 (1919), 161-164.

(305) Cfr. Junta de 1 de julio de 1929 (fols. 143-141, fols. 143-144), en *Libro de Actas* cit.(n. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de Asúa abandonan sus cátedras en señal de protesta, aunque Ureña seguirá convocándolos a junta hasta su regreso a las aulas (306). Por entonces la Facultad tiene que rechazar, indignada, las maniobras del Ministerio de Instrucción Pública contra el anciano decano (307), que está próximo a morir.

Antes de ese momento, sucedido precisamente el 20 de mayo de 1930, y desde su aparición en 1924, sabemos que Ureña no colaboró nunca en el *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tampoco se hacen eco del *Anuario* las páginas de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, aun figurando como director de aquél Laureano Díez Canseco, catedrático de « Historia General del Derecho Español » en la Facultad de Madrid. Según habrá sospechado el lector, el acuse de recibo aparece más bien en la *Revista de Derecho Privado* (308). Y, en efecto, durante esta primera etapa de coincidencia, las relaciones del *Anuario* con la *Revista* del Museo-Laboratorio, de contenido en principio tan afín, resultaron casi inexistentes (309). Con toda intención, cuando el *Anuario* pase, tras 1936-1939, al neonato Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y el Museo-Laboratorio desaparezca entre ampliaciones y traslados de la Facultad, la base intelectual del nuevo centro será la biblioteca personal de Felipe Clemente de Diego, comprada a tal objeto. Son unos momentos en que el contenido jurídico del *Anuario* se acentúa, con la considerable ración privatística que aporta ahora un rampante derecho romano de corte dogmático (310).

De manera que la lectura de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* nos ha conducido, como no podía ser menos, al centro de una complicada historia de la educación jurídica en la España del siglo XX. El asalto a la fortaleza de las cátedras doctorales de tradición krausista y al Plan de Derecho de Gamazo y Sardoal, con los añadidos de García Alix a comienzos de aquel siglo, se ha trazado en el discreto retiro ofrecido por el Centro de Estudios Históricos y se airea desde las páginas de la *Revista de Derecho Privado*. Con el maestro De Diego como principal estratega y el discípulo Castán como fuerza de choque, va cambiando ciertamente

(306) Cfr. Junta de 28 de febrero de 1930 (fol. 168), en *Libro de Actas* cit. (n. 2).

(307) Junta de 17 de marzo de 1930 (fols. 173-174), en *Libro de Actas* cit. (n. 2).

(308) AHDE 4 (1927) en *RDP* 15 (1927), 253; *AHDE* 5 (1928) en *RDP* 16 (1928), 383; *AHDE* 7 (1930) en *RDP* 18 (1930), 350.

(309) Sólo veo tres autores compartidos por ambas revistas: Román Riaza, Manuel Serrano Sanz y Juan Beneyto. Pero el *Anuario* dio al menos noticia de la muerte de Ureña: Román Riaza, *Don Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930)*, cit. (n. 17), lo mismo que la *Revista* advirtió la muerte del director del *Anuario*: Román Riaza, *Don Laureano Díez Canseco y Berjón (1860-1930)*, en *RCJS* 13 (1930), 661-662.

(310) Cfr. Alfonso García-Gallo (de Diego), *Breve historia del Anuario*, en *AHDE* 51 bis (1982), VIII-LIII, p. XXXI, pp. XLIV-XLVI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el panorama de aquella cultura jurídica positivista y sociológica de Costa y Posada que despreció el Código civil e investiga el derecho consuetudinario. Es la cultura de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, tan extraña a la *Revista de Derecho Privado* pero también a su compañero de viaje, flamante publicación del Centro de Estudios Históricos, nuestro querido *Anuario de Historia del Derecho Español* (311). Inevitablemente, cultura y *Revista* compartirán suerte en adelante.

> No me resisto a la tentación de recrear, apoyado en unos cuantos datos, la viveza intelectual de la Facultad madrileña por los años que publica la *Revista* y trabaja el Museo-Laboratorio (312). A partir de 1918 su biblioteca será riquísima, con presencia destacada de publicaciones periódicas que seguramente son recibidas por canje: *Revue du Monde Musulman* (núms. 11.127-11.131), *Revue Internationale de l'Enseignement* (núm. 11.132), *Journal de Droit International* (núm. 11.125), *Rivista Italiana di Sociologia* (núm. 11.133), *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino* (núms. 11.137- 11.138), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (núms. 11.140-11.141), *Revista Universitaria* (Lima) (núms. 11.137-11.138), *Archivio di Antropologia Criminale...* (núm. 11.142), *Boletín de los Tribunales* (Valladolid) (núms. 11.155-11.157), *Hanseatische Rechts-Zeitschrift für Handel, Schiffahrt und Versicherung* (núms. 11.158-11.159), *Los Seguros* (Barcelona) (núm. 11. 160-11.161), *Boletín de Justicia Militar* (núm. 11. 164), *Revue générale du Droit...* (núms. 11.162-11.163), *Revista Jurídica de Cataluña* (núms. 11.153-11.154), *Annuaire de Législation française* (núms. 11.144-11.145), *Boletim... de Coimbra* (núm. 11.148), *Bulletin Hispanique* (núms. 11.150-11.151), *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires) (núms. 11.368-11.373), *Revue d'histoire diplomatique* (núms. 11.363-11.365), *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* (núms. 11.380-11.383), *Revista de los tribunales y de legislación universal* (núm. 11.398), *Boletín del Patronato Real para la represión de la trata de blancas* (núms. 11.408-11.413), *Memorial de Infantería* (núm. 11.395), *Gaceta de Administración Local* (núm. 11.397), *California Law Review* (núms. 11.424-11.425), *Boletín de la Junta Central de Colonización y Repoblación interior* (núms. 11.426-11.427), *Arxius d'etnografia i folklore de Catalunya* (núm. 11.430-11.431), *Anales del Instituto Nacional de Previsión* (núm. 11.433-11.442), *La Revista Quincenal* (núms. 11.512-11.513), *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal* (núms. 11.776-11.778), *Boletín del Instituto de Reformas Sociales*

(311) Cfr. Eduardo de HINOJOSA, *Joaquín Costa como historiador del derecho*, en *AHDE* 2 (1925), 5-12, con el fuerte contraste entre la rendida admiración del maestro hacia Costa y el escepticismo que acreditan, en nota que precede la publicación póstuma de un texto inédito, los discípulos. También J. VON BELOW, *Comienzo y objetivo de la Sociología*, ibd. 5-30 (trad. R. Carande), tan reticente hacia el movimiento.

(312) Para lo que sigue, *Indice Registro de impresos y manuscritus del Museo Laboratorio Jurídico* cit. (n. 157) y *Libro de Actas* cit. (n. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(núms. 11.801-11.803), *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (núms. l 1.982-l l.983), *Revista de Geografía Comercial y Mercantil* (núms. 12.474-12.491), *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos* (núm. 17.388), *Archiv des öffenflichen Rechts* (núms. 17.401- 17.411), *Universidad* (Zaragoza) (núm. 20.403), *Savigny-Zeitschrift* (todas las secciones) (núms. 20.008-20.010)...

Y la Facultad invita por entonces a lo mejor de la ciencia jurídica europea: el ilustre romanista francés Paul F. Girard « para que dé un curso breve de Derecho Romano, asignándole la cantidad de tres mil pesetas » (1923, fols. 4-5), el decano de París, Mr. Berthélemy, con similar objeto (1924, fol. 30), el arqueólogo alemán Adolf Schulten (1925, fol. 51), los civilistas italianos Ruggiero, Ferrara y Cicu para « un curso breve de Derecho civil » (1927, fol. 89), « los profesores extranjeros Lapradelle, Kelsen y Rabel, de París, Viena y Berlín » (1928, fol. 123 y 1930, fol. 166), el comparatista de Lyon Edouard Lambert (1931, fol. 220), el historiador de la economía Werner Sombart (1933, fol. 346), el constitucionalista Hermann Heller (1933, fol. 346). Se decide continuamente sobre pensiones en el extranjero y asistencia a congresos (fols. 83-84, fol. 231, fol. 297). Los profesores dan fondos y regalan bibliotecas (313) . Se diseña en 1931 un plan de estudios de Económicas, con amplia recepción de la Escuela Histórica alemana, profunda formación matemática e inusuales exigencias de lenguas vivas (314). Se contratan lectores de alemán y empleados para la biblioteca (1932, fol. 297). Hermann Heller, ilustre exiliado en Madrid, es socorrido económicamente durante su mortal enfermedad y la Facultad se apresura a comprar los libros a su viuda (1934, fol. 396). Para tanto libro y tan distinguidos profesores se arbitran nuevos espacios y horarios más generosos de biblioteca (1926, fol. 56; 1927, fols. 92-93; 1931, fol. 274). La importante donación del Marqués de Valdecilla permite una mejora sustancial (315).

Cultura y *Revista* implicadas, los proyectos intelectuales son también problemas de derecho positivo. En la cultura que anima la Facultad los lazos de su *Revista* con el derecho inmobiliario o con el derecho mercantil — con sus órganos periódicos respectivos — encuentran explicación en un Código debilitado sin técnica ni método, sin propiedad ni contratos, verdadero atentado a la liber-

(313) Junta de 26 de marzo de 1927, fundación de Ureña (fol. 78; cfr. n. 71); junta de 8 de marzo de 1931, donación de una biblioteca americanista por Altamira (fol. 229); junta de 28 de septiembre de 1931, donación de sus libros por Adolfo Posada, cuyo nombre bautizará el Seminario de Derecho Público (fols. 253-254);junta de 13 de diciembre de 1932, con expresión de la gratitud insútucional a los herederos de Ureña por la donación parcial de la biblioteca paterna (fol. 341).

(314) Junta de 15 de septiembre de 1931 (fols. 247-251). Cfr. *La proyectada Facultad de Economía*, en *Boletín de la Universidad de Madrid*, 3 (1931), 534-538.

(315) Cfr. *El Pabellón Valdecilla*, en *Boletín de la Universidad de Madrid*, 1 (1929), 66-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tad. Es una cultura, aquélla de la *Revista* y viva en la Facultad, de espaldas al Código e insensible cuanto puede a un « Derecho Civil »: y entonces su declive camina *pari passu* con la marcha ascendente de esta asignatura — con la imposición del Código, si se prefiere — que sólo será compíeta tras una guerra, también, exactamente, « civil ».

« El Profesor De Diego, con certera visión, contempló y abordó el Derecho civil, en cuanto conjunto de normas, como manifestación de una noción unitaria del Derecho, como parte integrante del total del ordenamiento jurídico, en el que, además, este Derecho, dada su referencia a las relaciones más comunes, ordinarias e íntimas de la vida, ocupa un plano esencial y dominante. Correlativa a tal actividad suya ante el Derecho civil como norma, fue la que mantuvo ante el Derecho civil como ciencia: se cuidó de enmarcarla en el conjunto de la Enciclopedia jurídica; situarla en su seno; ver, en suma las conexiones de aquél con otras disciplinas » (316). El triunfo postbélico del proyecto puede hacernos olvidar que en el primer tercio de nuestro siglo — por los años en que vive la *Revista* — ninguna de estas afirmaciones resultaba pacífica. Con la cuestión social, el socialismo de cátedra, la legislación obrera y la jurisprudencia arbitral y administrativa de un naciente derecho laboral, la posición del derecho civil en el seno de la enciclopedia jurídica resultaba aún problema abierto: sintomáticamente aquella materia podía presentarse en la tradicional *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* dentro del epígrafe de estudios filosófico-jurídicos, sociológicos y generales; estaba claro, en cualquier caso, que el cauce civilístico de los arrendamientos de servicios no servía demasiado para el contrato de trabajo (317). El derecho mercantil se agrupó en cuanto pudo en revistas nacidas al calor de las reformas legislativas, cauce de las aspiraciones jurídicas de los sectores ciudadanos más emprendedores (318). La vida y las relaciones íntimas eran todavía patrimonio de

(316) Antonio HERNANDEZ-GIL, *Don Felipe, civilista*, en *RDP* 29 (1945), 611-615, p. 613.

(317) Por ejemplo, Raul JAY, *La protección legal de los trabajadores*, en *RGLJ* 104 (1904), 331-351, 490-512; ibd. 105 (1904), 19-36; 106 (1905), 5-24, 193-206; 107 (1905), 62-86 y 321-339.

(318) Cfr. *Revista de Dret Comercial*, 2 (1934), nota de presentación: la *Revista*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

otras especialidades distintas al « Civil », como el activísimo « Derecho Político » de Posada, tan cercano a la Sociología, o la « Historia del Derecho » de Altamira, profundamente empírica y profundamente liberal. Un « Derecho Civil » que fuera norma, horizonte que se dice propuesto por De Diego, suponía creerse por fin el Código denostado, aplicarlo en el foro, enseñarlo sin reticencias en las aulas.

Es historia o arqueología que aquí tenemos que dar por supuesta: más bien es un importante trabajo por hacer. Nos bastará entretanto recordar que la inevitable *Revista de Derecho Privado* se dedicó a sentar las bases del modelo, comenzando exactamente por el principio, es decir, con toda una teoría de las fuentes (319). Y la teoría se aplicó desde los tribunales por obra y gracia de sus mejores expositores: catédraticos, magistrados, presidentes. Y comenzaron a reformarse los planes de estudios jurídicos en el sentido que requería tan ambicioso proyecto. Con De Diego y Castán a la cabeza, con una generación de juristas educados en sus manuales para estudiantes y sus recetarios para opositores (320), terminó por implantarse en España la cultura del Código civil.

La crónica detenida de tan capital transformación obligará en el futuro a perseguir, por ejemplo, la presencia del Código civil en las sentencias del Tribunal Supremo con otro valor que el de simple argumento de autoridad que parece otorgarle la jurisprudencia más antigua, pero en estas páginas, tal vez demasiado largas ya en

---

surge al amparo de los movimientos de reforma que desencadena la República y algunos redactores, con acta de diputado en las Cortes, llegan a constituir un « grup parlamentari mercantilista, del qual és Secretari precisament el nostre Redactor en Cap ». Se anuncia la pubíicación de materiales: « en les nostres planes aniran apareixent els treballs que es facin ». El ambiente se completa con las noticias sobre una « Associació Catalana de Dret Comercial »: *Noticiari*, en *Revista* cit. 1/1(1933), 82; cfr. aún p. 83: constitución de « Publicacions Mercantils S. A. » y su propósito « d'editar una sèrie de publicacions que tractaran de qüestions de Dret Comercial i que formaran una... Biblioteca Catalana d'Estudis Comercials ».

(319) Felipe Clemente DE DIEGO, *El artículo 6º del Código civil español*, en *RDP* 1 (1915), 1-15.

(320) Manuel DE LA PLAZA, *Don Felipe y el Tribunal Supremo*, en *RDP* 29 (1945), 620-623.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perjuicio de los lectores, apenas puedo aportar más que unos cuantos datos sobre la organización de los estudios jurídicos (321).

Los primeros frutos proceden de la etapa final de la Dictadura y se contienen en el Real Decreto-Ley de 19 de mayo de 1928, de Reforma Universitaria. La descripción de « disciplinas fundamentales para el título de Licenciado en Derecho » que contiene el art. 5 incorpora dos novedades principales: una definición del « Derecho Romano » en los términos propedéuticos que refuerzan el « Derecho Civil » y que latían en las propuestas de Castán (« Historia y Dogmática de sus instituciones como introducción a la Ciencia técnica del Derecho ») y la previsión de un nuevo curso civilístico, « curso de conjunto de sus instituciones, necesario a los efectos de las incompatibilidades de los cursos siguientes que exigen un estudio previo y de una aplicación en un minimum de dos años ». Las enseñanzas se clasifican en tres grupos, asignaturas obligatorias elementales (cursos A), asignaturas especiales y de finalidad profesional, creadas e impartidas por las facultades según criterio y medios (cursos B), asignaturas para una formación en la investigación (cursos C), lógicamente las materias del Doctorado (cfr. art. 26 en relación a los arts. 60 y 64), que ahora pueden organizar todas las universidades (art. 58). Al amparo de este Decreto la Facultad de Madrid llega a impartir una enseñanza obligatoria (tipo A) de « Instituciones civiles » y crea como cursos C, es decir, materias de alta especialización, un « Derecho Inmobiliario » (Jerónimo González), un « Derecho Privado » (Ureña, De Diego, Sacristán), un « Contencioso-administrativo » (Gascón y Marín) y un « Derecho de Sociedades » (Garrigues) (322). Si volvemos la mirada hacia la propuesta castaniana « De pedagogía jurídica », aparecida en la *Revista de Derecho Privado* de 1919 como recordaremos, se observará que diez años fueron suficientes para cubrir buena parte de los objetivos.

La historia del llamado Plan Callejo, por ser éste el ministro de Instrucción Pública que lo aprobó, es la historia de los finales de la Dictadura de Primo de Rivera. Derogado por Real Decreto de 25 de septiembre de 1930 se mantuvo, sin embargo, la clasificación de los cursos (art. 5), hasta una vuelta a la situación anterior a Primo mediante medida de urgencia que adopta el gobierno provisional republicano (Decreto de 12 de mayo de 1931). Enmedio de estos avatares, la Facultad de Madrid ha decidido la suerte de la cátedra de Ureña: será transformada en una plaza de « Estudios Superiores de Ciencia Política », pero en la discusión, inusualmente entretenida, son varios los que reclaman una cátedra doctoral para estudios de derecho privado (323). Llegará la cátedra por fin (« Estudios Superiores de Derecho Privado ») al poco de morir Ureña (Real Orden de 25 de agosto de 1930), y se propone para desempeñarla, a título de encargado y en tanto es cubierta por oposición entre doctores, al prestigioso hipoteca-

(321) Además del examen de la legislación correspondiente, como siempre consultada gracias a los Suplementos anuales del *Boletín Juridico-Administrativo* de MARTÍNEZ ALCUBILLA, cfr. en general Antonio MOLERO PINTADO, *La reforma educativa de la Segunda República Española. Primer bienio*, Madrid, Santillana, 1977.

(322) Cfr. *Crónica*, en *Boletín de la Universidad de Madrid*, 1 (1929), 82-83.

(323) Cfr. Junta de 9 de abril de 1930 (fols. 179-188), en *Libro de Actas* cit. (n. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rista Jerónimo González (324). En puertas de la caída de la monarquía, en el Pabellón Valdecilla se organiza (23 de noviembre a 15 de abril) un curso vespertino especial sobre « Instituciones de Derecho Privado » que imparte Enrique Ramos, discípulo de De Diego: desde su inauguración funcionaba en el nuevo edificio un « Seminario de Derecho Privado » (325). Por entonces y en la Facultad el « Derecho Civil » incluía el previsto « curso de conjunto » (326), que pronto se beneficia de la consideración de materia práctica, multiplicando por dos sus horas lectivas, de que aún carecían los « Civiles » tradicionales y que tampoco acaba de tener la nueva cátedra del Doctorado (327).

Con el romanista Marcelino Domingo en Instrucción Pública el régimen republicano organiza los estudios a un título provisional (« para el próximo curso académico de 1931 a 1932 ») que sin embargo se mantiene. El Plan de 1931 (Decreto de 11 de septiembre) restablece el curso preparatorio en Letras con Latín, Literatura, Historia y Filosofía y, en lo que nos interesa, consagra (de Segundo a Cuarto) los tres años de « Derecho Civil » previstos en 1928, con la novedad de presentar el « curso conjunto » como enseñanza de « parte general », con tres horas a la semana. Al igual que aquel curso, el nuevo goza — al menos en Madrid — de consideración práctica, con la consabida repercusión que en horas lectivas y gastos de matrículas acarrea la medida (328).

En defecto de más información sobre la práctica académica relacionada con el « curso conjunto », esta materia en principio se nos presenta como enseñanza institucional concentrada que habría de profundizarse más adelante, pero entonces tenemos que otorgar a la discreta reforma de 1931 un alto significado. Temáticamente el derecho civil parece afirmar su presencia en las facultades jurídicas con tres cursos que ahora se dotan de contenido diferente; uno de ellos, además, es de « parte general »: de cultura de todo el ordenamiento. Algunas estratégicas traducciones y nuevos manuales nos indican que se abría por ahí un flanco donde estaba llamado a

(324) Junta de 23 de septiembre de 1930 (fols. 199-200), en *Libro de Actas* cit. (n. 2). También, *Boletín de la Universidad de Madrid* cit. (n. 44), 591-592.

(325) Cfr. *El Pabellón Valdecilla* cit. (n. 315). También, *Boletín de la Universidad de Madrid*, 3 (1931), 552.

(326) Al principio su enseñanza se acumuló a la cátedra de Felipe Sánchez Román Gallifa: cfr. *Boletín de la Universidad de Madrid*, 3 (1931), 127-133.

(327) Junta de 11 de diciembre de 1930 (fols. 215-216), en *Libro de Actas* cit. (n. 2).

(328) Junta de 28 de septiembre de 1931 (fol. 259), en *Libro de Actas* cit. (n. 2). Se hacía cargo del curso Felipe Clemente de Diego.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perecer el horizonte intelectual que venía dando sentido, desde su fundación y aún antes de ella, a la *Revista* de Ureña (329).

7. *Conclusión: muerte y guerra civil.*

> Francisco Franco hispaniarum duci opus dicamus ille est enim uinculum per quod res publica cohaeret ille spiritus uitalis quem haec tot milia trahunt nihil ipsa per se futura nisi onus et praeda si mens illa imperii subtrahatur.
>
> (Anuario de Historia del Derecho Español, XIII)

Un complejo proyecto legislativo de Fernando de los Ríos para la Reforma Universitaria parecía, a mediados de la experiencia republicana, el soplo renovador que el Plan provisional de Derecho nunca llegó a suponer (330). En la más clara tradición institucionista y con palabras contemporáneas de *El Sol* « se trataba de un intento de aplicar en lo posible a nuestra vida universitaria el modelo alemán — que si no ha formado un tipo de hombre, ha creado un tipo de investigador acorde con las condiciones de aquella raza —, haciéndolo compatible con algunas otras indicaciones de procedencia indígena ». La flexibilidad articula unos estudios que quieren ser contenido de libertad. Los exámenes se reducen al mínimo indispensable, considerados oficialmente una alteración de « la teología de la enseñanza » (Giner). El acceso a la educación superior se limita en un ejercicio de « democracia de los más aptos ». Los profesores, de múltiples tipos y con la novedad del tutor, serán prácticamente todos aquellos que acrediten un rango científico suficiente. Con independencia de su especialidad de partida y en concurrencia con los titulares podrán explicar además las materias para las que se consideren preparados. Todo por la ciencia y para la ciencia. Depende de la formación el futuro de la España republicana. El objetivo consiste en educar un verdadero *civis academicus*.

---

(329) Cfr. Demófilo DE BUEN, *Iutroducción al estudio de Derecho civil* (1933), en *Revista Jurídica*, 2 (1933), 99-102 (Blas Pérez González). Sin alcance similar, José CASTAN TOBENAS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, Reus, I933.

(330) Antonio MOLERO PINTADO, *La reforma educativa de la Segunda República Española* cit. (n. 321), pp. 370 y ss., pp. 452 y ss. para las bases del plan de Derecho.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eran estas bases generales la posibilidad normativa del programa que latía en la *Revista* de Ureña: « en realidad — afirmó por entonces el decano de Letras, Manuel García Morente — el movimiento universitario, que ahora tiene en el proyecto de ley de Reforma Universitaria su más acentuada y orgánica expresión, fue articulado hace veinticinco o treinta años, fundamentalmente por la labor de don Francisco Giner de los Ríos y don Manuel B. de Cossío, y también en gran parte por don Santiago Ramón y Cajal, quien ha dado un ejemplo vivo de la gran labor que puede realizarse por propia voluntad y sin auxilio de nadie... La labor de estos hombre ilustres, y sobre todo el libro de don Francisco Giner de los Ríos, *Pedagogía universitaria*, ha ejercido en los rumbos de la Universidad española un formidable influjo ».

Las bases específicas de los estudios de Derecho previstas en el proyecto de ley de 1933 empalman más claramente aún con la filosofía de la *Revista*: « la reforma que se propone aspira a crear en el alumno una *forma mentis* jurídica que le permita desentrañar mediante una hermenéutica científica los hondos problemas que el Derecho entraña. Para lograr la facultad señalada se continúan los mismos tipos de cursos que en otras Facultades: expositivos o generales y monográficos o de investigación. Mas la formación no sería plena si no fuesen acompañados los cursos antedichos de seminarios o centros de investigación y estudio en cooperación ». Con la experiencia previa del diseño de unos estudios propios en Ciencias Económicas por la junta de la Facultad de Madrid, que conocemos, la nueva facultad jurídica pasaría a convertirse en « Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Sociales » (base 35). El examen de ingreso incluiría traducciones de textos jurídicos latinos, pruebas de idiomas modernos (francés e inglés o alemán) y composición de temas de lengua, filosofía, historia y geografía política (base 36). Ya en la facultad se frecuentaría un primer ciclo formativo propedéutico, con unas « Instituciones » de « Derecho privado », « público », « penal » y « procesal », pero también con unos « Elementos de historia e instituciones del Derecho romano », « de historia del Derecho español », una « Economía política » y aún con toda una « Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales » (base 37). El ciclo siguiente, accesible tras superar un examen de conjunto (base 38), se articulaba según especialidades: « Derecho

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

privado », « Derecho público », « Derecho penal » y « Ciencias Económicas », con presencia fuerte del « Civil » tan sólo en la primera y en los correspondientes ejercicios de examen para obtención del grado de licenciado. Una « Teoría (general) del Derecho », común a las tres especialidades jurídicas, estaría sin duda llamada a mermar las pretensiones de parte general que iba formulando por entonces el gremio de los civilistas (bases 38 y 39). El cuadro de las materias, abierto desde luego según opciones de los centros y preferencias de sus estudiantes, coincide exactamente, como vemos, con el panorama de investigaciones jurídicas que nutría por entonces la *Revista* fundada por Ureña.

La historia de la Reforma Universitaria de Fernando de los Ríos no puede ahora entretenernos. Envuelto en polémicas sobre la construcción de centros escolares y en la siempre cuestión caliente de la jubilación forzosa de un profesorado prerrepublicano, dimitido como director general Rodolfo Llopis al optar por su escaño de diputado, la caída del ministro Fernando de los Ríos empantana definitivamente el proyecto. A pesar de la frustración, para muchos subsiste la esperanza en la medida en que subsista la República: una desagradable historia de atentados físicos contra Luis Jiménez de Asúa, cometidos en la misma Facultad y documentada por las *Actas* de su junta, revela un principio de tensiones y augura un futuro que será negrísimo (331). Son los últimos momentos en que, bajo la dirección de Adolfo Posada, sigue en publicación la *Revista*.

> 1936, septiembre. « La mayor parte de los escolares de los Centros Universitarios y de Enseñanza Superior, en acendrado patriotismo, están luchando en los diversos frentes, ya como soldados voluntarios o forzosos, bien adscritos a las milicias militarizadas (Falange, Requetés, etc.), que con el Ejercito coadyuvan a la salvación de España. Los que no hacen esto, o se

(331) Cfr. junta de 12 de abril de 1932: « estando (Posada) en el Decanato con el Sr. Pérez Serrano y un profesor de la Escuela Económica de Londres entró el catedrático Sr. Jiménez de Asúa y les dijo que cuando él venía por el pasillo con el Sr. Rodríguez Muñoz un joven desconocido intentó arrojarle una hortaliza. El agresor fue cogido inmediatamente ... pero en el camino (al Rectorado)... huyó saliendo a la escalera... Manifestaron varios alumnos, como hace notar el Sr. Pérez Serrano, que la hortaliza con que fue agredido se llevó antes de manera triunfal por un grupo de individuos que subían la escalera en esta forma, lo que destaca un defectuoso servicio de bedeles en la puerta » (fols. 297-298), en *Libro de Actas* cit. (n. 2). También, junta de 23 de abril (fol. 306).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hallan emboscados o luchan en contra, y ni los unos ni los otros merecen que las enseñanzas superiores se reanuden, con perjuicio de los que derraman su sangre generosa por la verdadera España ». No comenzarán por ahora los cursos; los profesores están convocados con obligación de ofrecer un plan de enseñanzas y los unos y los otros quedan a disposición de la Junta de Defensa Nacional « a fin de conseguir la intensificación del trabajo para llevar los Centros Superiores de Enseñanza al esplendor que la nueva España exige » (332). Entretanto y « siempre que exista posibilidad de realización » los catedráticos de Derecho son movilizados para prestar servicios « en la Administración de Justicia para suplencia de Magistrados y Fiscales, así como de Asesores Jurídicos en los organismos regionales o locales del Distrito » (Orden de 4 de enero de 1937).

1937, septiembre. Segundo Año Triunfal. « Para el próximo curso se propone por la Comisión de Cultura y Enseñanza, en sustitución de una parte de lo que debiera haber sido enseñanza oficial, la realización en todas las Universidades de la zona liberada, de una serie ordenada de Lecciones comprendidas en los diversos aspectos de la Literatura, de la Historia y de la Ciencia españolas, las cuales se darán bajo la advocación del gran polígrafo español don Marcelino Menéndez y Pelayo. En estos momentos en que la España Nacional va fraguando los cimientos de un nuevo Estado progresivo y tradicional, nada parece más apropiado que los esfuerzos del Profesorado universitario se inspiren en el sentido hispano de la fecunda y dilatada labor realizada por aquel insigne atriota, al cual se le rendirá de este modo el más puro de los homenajes y el que hubiere sido más grato para su espíritu ». En ello insiste el art. 1 y se exponen además (art. 3) los programas de los cursos: « Historia de España. Puntos y temas fundamentales y singularidades de la Historia regional, pero de valor nacional. (Convendría intensificar las lecciones de Historia española en las ciudades de los distritos donde haya habido tendencias separatistas). Derecho. Historia del derecho e instituciones españolas » ... (Orden de 16 de septiembre).

1937, noviembre. Segundo Año Triunfal. « Se aprueban los Estatutos del Sindicato Español Universitario de Falange Española Tradicionalista y de las JONS » (Decreto núm. 414, 21 de noviembre).

1938, mayo. Segundo Año Triunfal. « El propósito de definir y robustecer una conciencia nacional de la Patria española, que anima toda la obra de Menéndez Pelayo, es compartido unánimemente por cuantos elementos integran el espíritu de nuestro Movimiento Nacional ». En consecuencia, la cita *in extenso* del polígrafo, bajo cuya advocación, algún tiempo antes y como ya sabemos, se organiza una extensión universitaria en tiempos de guerra, agota la exposición del Decreto, que atribuye al Instituto de España las competencias de « alta Cultura y la investigación superior » (art. 1); se disuelve la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (art. 7) y se crean por el Poder Público, « obediente a la inspiración del Maestro intelectual, cuyo aniversario se conmemora », entre otros organis-

(332) Orden de 5 de septiembre de 1936, en Luis Gabilan Pla - Wenceslao D. Alcahud, *Legislación Española. 18 de Julio de 1936 -- 10 de Julio de 1937*, San Sebastián, Librería Internacional, s/a, pp. 323-324, que es recopilación, llevada en sucesivos tomos hasta 1939, de la que me sirvo sin más citas ulteriores.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mos, un Centro de Estudios Históricos, con sección para la « Historia de las Instituciones Políticas y Sociales », otro de « Arqueología e Historia Americana », que « publicará una revista y tendrá su residencia en la ciudad de Sevilla », y varios más, entre los que la « Comisión para la Historia de la Ciencia Española », « para formar una Biblioteca de Autores Españoles » y el « Seminario de Filología Clásica » legalmente asumen de nuevo compromisos de publicación: al fin y al cabo dicta la medida el ministro Pedro Sáinz Rodríguez, que estas páginas vieron como estudiante y director efectivo de *Filosofía y Letras* (Decreto de 19 de mayo).

1939, abril. Año de la Victoria. Se publica y circula un « Proyecto de ley sobre reforma universitaria ». Base VIII: « En su carácter de Centros de alta Cultura e investigación podrán las universidades: ... Crear nuevas Cátedras, Seminarios y Laboratorios de Cultura superior... Fundar Museos, Bibliotecas especializadas y Centros de Publicaciones científicas », pero el proyecto depende (art. preliminar) de la « formación patriótica y moral inspirada en un sentido religioso », de la « intensificación del carácter cultural y educativo de la Universidad y robustecimiento del principio de autoridad de ésta » (Orden de 25 de abril).

1939, junio. Año de la Victoria. « Procupación urgente y primordial de este Ministerio viene siendo el facilitar la rápida y eficaz reincorporación a la vida escolar de los jóvenes combatientes que, con su magnífico y ejemplar heroísmo permitieron la realización de las gestas de epopeya de nuestra Victoria y el triunfo definitivo contra la barbarie bolchevique, salvando nuestra cultura cristiana auténtica y los ideales que integran el Glorioso Movimiento Nacional », por lo que « Primero. En todas las Facultades serán organizadas las enseñanzas para el año escolar de 1939-40, desarrollando el primer curso normal de sus estudios y cursos abreviados de éste y de los restantes de las respectivas carreras y grados » (Orden de 6 de junio).

1940. Segundo año de la Victoria. Volvamos por fin a nuestra historia de revistas (333). La normalización de la actividad universitaria madrileña quiere simbolizarse mediante un nuevo periódico jurídico, que contribuye además a inculcar doctrina y recordar ciertos caídos. Hace su aparición la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, que dura, en diversas series, hasta la fecha. Interesan a estas páginas sus primeros tomos: aquellos que, en la ordenación más obvia de una biblioteca ideal, siguen al fascículo núm. 75 de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, correspondiente como sabe-

(333) Y es que el lector interesado en lo que queda recogido cuenta con Alicia ALTED VIGIL, *Política del nuevo Estado sobre el patrimonio cultural y la educación durante la guerra civil española*, (Madrid), Ministerio de Cultura — Dirección General de Bellas Artes y Archivos (Centro Nacional de Información Artística, Arqueológica y Etnológica), 1984, especialmente pp. 211 y ss., pp. 239 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mos al mes de julio de l936. Y el caso es que esta yuxtaposición de títulos verdaderamente no resiste.

Las distancias comienza por marcarlas el formato *in folio* del título postbélico, pronto sin embargo abandonado (1941); sigue distinguiendo la cabecera, ahora marcadamente institucional, carente de pretensiones científicas y con absoluto olvido de aquel proyecto integrador del Derecho y las Ciencias Sociales que parece inevitablemente datado a comienzos de siglo. Los nombres singularmente han cambiado. Decano de Derecho y director de la *Revista* es Eloy Montero, sacerdote y canonista; del cuadro de profesores prebélico, ausentes tirios (Felipe Sánchez Román jr., Luis Jiménez de Asúa, Rafael Altamira...) y troyanos (Román Riaza, Francisco Beceña, Quintiliano Saldaña...), apenas continúan unos cuantos de los viejos cuadros de la Facultad: la crónica del caso, escrita por un colega religioso, sacerdote e historiador (334), nos advierte de vacantes que han debido cubrirse con las filas leales de antiguos auxiliares (Nicolás Pérez Serrano) y con no menos leales catedráticos de otras sedes (Ignacio de Casso, Eugenio Cuello Calón...).

Con tanto cambio humano el programa editorial así es otro. Coincide exactamente con unas consignas de partido. Las simetrías son, sin embargo, evidentes y el lector actual de estos materiales, que no quisiera, aunque pudiese, ofender la sensibilidad de la nueva *Revista*, no deja de recordar aquel irónico arranque del *Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte.* Al viejo pésame por el anciano Azcárate que entonó en su día Ureña, corresponde en la *Revista* de Montero (« Al lector ») un encendido « recuerdo de gratitud y de cariño a los profesores y alumnos de nuestra Facultad que dieron generosamente su vida por Dios y por España en la gran tragedia que acaba de pasar nuestra patria ». El ritual saludo a sus congéneres que publica la *Revista* postbélica reproduce las alianzas internacionales, más o menos oficiales, del Nuevo Régimen, con énfasis en « una amistad cordial con las de los países hispano-americanos unidos a nosotros por vinculos perdurables de idioma, de religión, de historia y de cultura, y con las de los de las naciones que en momentos angustiosos nos dieron su mano generosa y desinteresadamente: Italia,

(334) R. P. José Lopez Ortiz, *Crónica universitaria*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (= RFDM), 1/1 (1940), 37-74, pp. 41-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alemania y fraternal estado lusitano ». El antiguo compromiso con los métodos experimentales en la enseñanza jurídica y el horizonte de regeneración intelectual de España han sido ahora reformulados en términos inmediatamente políticos, como promesa de « ser fieles y leales a los altísimos postulados, que constituyen la esencia medular del Glorioso Movimiento Nacional ». Finalmente, si la extinta *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* se apoyaba en aquel Museo-Laboratorio que encerraba la legitimidad toda del periódico, la naciente *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* dice disponer de otras instituciones « para superar las dificultades, que son gran grandes »: « contamos con el esfuerzo generoso de los ilustres miembros de nuestra Facultad, con la cooperación de los alumnos y singularmente del S.E.U. [Sindicato Español Universitario], con la simpatía de los amantes del Derecho y con el apoyo de las autoridades académicas, dispuestas a ayudarnos en todo momento, del Gobierno Nacional y del invicto Caudillo de España que tanto se preocupa de la cultura y que no escasea medios para edificar la España Una, Grande y Libre que alborea ».

El programa se ejecuta y varían de esta forma los contenidos. Ya no vemos la crónica de los experimentos docentes de los viejos positivistas, las tesis doctorales, la asidua noticia de los trabajos prácticos de derecho mercantil: la nueva Facultad de Madrid se presenta más bien como un amasijo épico de uniformes, banderas, crucifijos y misas, con muchos difuntos continuamente ¡presentes! y unos cuantos vivos que el silencio de estas mismas páginas decididamente declara en situación forzosa de ausentes. Es el horizonte intelectual de toda la Universidad (335). En tales circunstancias, y aunque todavía subsiste unos años el Museo-Laboratorio (336), apenas quedan restos del ambiento académico en que nació la *Revista* de Ureña. Algún artículo que ve la luz en 1940 se dice listo para las

(335) Cfr. *Revista de la Universidad de Madrid* (1940), en Hemeroteca Municipal (Madrid), sig. 3276/5, que organizará monográficamente sus fascículos, tocando el turno a Derecho (115, 1940) y con inevitables coincidencias temáticas, entonces, respecto a la *Revista* que hora comentamos.

(336) Cfr. *Relación de justificantes abonados con cargo a la cuenta del Laboratorio Jurídico Ureña* (1941), en *Archivo Histórico de la Universidad Complutense,* sig. D/604. Cfr. *La Biblioteca de la Universidad*, en *Revista de la Universidad de Madrid*, 1/1 (1940), 213; ibd 1/2 (1940), 268.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prensas desde el verano de 1936: seguramente estaba destinado a aquélla (337). Para designar su sala de lectura la Facultad sustituye el nombre de Francisco Giner por el de Marcelino Menéndez y Pelayo, y la *Revista* de Montero lo cuenta (338). Escasean en ella las publicaciones de los alumnos, aunque alguna que se produce desarrolla el argumento, muy caro a la anterior *Revista* según recordaremos, de la Postescolástica ibérica (339). No aparecen cursos ni compromisos con la docencia (340), pero hay sección fija de policía ideológica a cargo del delegado del S.E.U. en la Facultad (341).

Los artículos principales corren por cuenta de los profesores, que bajo atenta mirada nacionalsindicalista inmediatamente se entretienen en la justificación técnica del naciente ordenamiento. La crónica de la *Revista* da cuenta de unas primeras conferencias sobre las « Orientaciones jurídicas del nuevo Estado español » (342), en parte publicadas como articulos (343), y la propaganda inunda la nutrida sección bibliográfica: en estos primeros momentos el Derecho cede continuamente espacio a la militancia política.

> Entre las obras reseñadas en el núm. 1 aparecen Juan Beneyto, *El nuevo Estado español* (1939), 59; Manuel García Morente, *Idea de la Hispanidad* (1938), 59-60; Wenceslao González Olveros, *Para no perder la paz. Para no frustrar la victoria. Falange y requetés, orgánicamente solidarios* (1937), pp.

---

(337) Jesús Rubio, *Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio*, en *RFDM* 1/1 (1940), 22-36.

(338) R.P. José Lopez Ortiz, *Cronica universitaria* cit. (n. 334), p. 43; J. R(obles) F(onseca), *La Sala de lectura Menéndez y Pelayo*, en *RFDM* 2/6 y 7 (1941), 289-292.

(339) Manuel Fraga Iribarne, *La doctrina de la soberanía en el P. Luis de Molina, S. J.*, en *RFDM* 2/4 y 5 (1941), 105-121.

(340) Pedro de Apalategui, *Casos de clínica jurídica. El pacto de reserva de dominio. Su naturaleza jurídica*, en *RFDM* 2/4 y 5 (1941), 20-46.

(341) Por ejemplo, *Estudio y acción*, en *RFDM* 1/1(1940), 54-55; *Página del S. E.U. ¿Investigadores? ¿Profesionales?*, ibd. 112 (1940), 34-35. Los cursos sobre « Orientaciones jurídicas del Nuevo Estado » fueron organizados por el S. E.U. y la Facultad: cfr. *Revista de la Universidad de Madrid* 1/1 (1940), 209-210.

(342) R.P. José Lopez Ortiz, *Crónica universitaria* cit. (n. 334), p. 40.

(343) Eloy Montero, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, en *RFDM* 1/2 (1940), 5-10, que es primera entrega. Cfr. Eugenio Cuello Calon, *Reformas introducidas en el Codigo Penal y en las Leyes penales especiales por la Legislación del nuevo Estado*, ibd. 2/6 y 7 (1941), 37-51; Alfonso Lopez de Sa, *Consideraciones sobre una posible posición del Partido en el nuevo ordenamiento*, ibd. 245-255; Juan Gascon Hernandez, *Doctrina política y social del fascismo*, ibd. 269-272.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

60-61; Ramiro Ledesma Ramos, *Discursos a las Juventudes de España* (1938), 61-62; José A. Primo de Rivera, *Discursos. Obras de José Antonio* (1938), 62-63 (Francisco Elías de Tejada); Eloy Montero, *Los Estados modernos y la nueva España* (1939), 63-65 (Hermenegildo Baylos Corroza). Junto a todo ello, una tímida reseña de Antonio Cicu no llega a introducirnos en páginas de verdadera discusión jurídica.

Para nosotros tiene mayor interés recordar que en contexto semejante se producen unas opciones editoriales que anuncian los nuevos rumbos de la educación jurídica que debe impartirse en España. Falta por supuesto el Derecho Constitucional, aunque se llegará — admirable paradoja — a la demostración del carácter constitucional y legal del Glorioso Alzamiento (344). Toma posiciones el derecho privado, singularmente civil, tan ajeno a la primitiva *Revista*: desde el número tercero de la nueva encontramos un índice dividido en secciones que se abren precisamente con las páginas privatísticas. Como era de esperar la segunda sección, de Derecho Público, tiene una macabra predilección por el Derecho Penal (345), en tanto los mejores publicistas se dedican ahora a escribir de Derecho Privado (346). La historia jurídica y el Derecho Canónico comparten sección, pero la primera encuentra en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, que inicia ahora segunda época, una mejor y no menos militante sede: a la vista de las pocas colaboraciones en el órgano de la Facultad a cargo del R.P. José López Ortiz, activo desde siempre en aquél y al que pronto dirige una de sus « primeras bendiciones » episcopales (347), se diría que la perspec-

---

(344) Cfr. (Juan de Zaragüeta), Académie Royale de Sciences Morales et Politiques, *Le mouvement national devant le droit et la Justice (1938)*, en *RFDM* 1/1(1940), 57-59, pseudonoticia bibliográfica para, « partiendo del ámbito jurídico que nos traza la Constitución de 1931, sostener que al sublevarnos el 17 de julio de 1936 no hicimos, en definitiva, otra cosa que defender y mantener la Constitución de la República de 1931 », aunque los sublevados « no fuéramos en defensa de tal Constitución, sino enemigos de ella ».

(345) Eugenio CUELLO CALON, *Delincuencia política*, en *RFDM* 1/3 (1940), 16-23.

(346) Nicolás PEREZ SERRANO, *La reforma del derecho privado en Alemania*, en *RFDM* 2/4 y 5 (1941), 7-25; 6 y 7 (1941), 13-34, en su origen unas conferencias de las que también se hace eco la prensa especializada no universitaria: Nicolás PEREZ SERRANO, *La reforma del Derecho privado en Alemania (Conferencias)*, en *RCDI* 14 (1941), 129-145, 193-210 y 257-271 (Eliseo García del Moral).

(347) Cfr. *AHDE* 15 (1944), foto dedicada al comienzo del tomo y *El R. P. José*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva histórico-jurídica profesional, tan poderosa en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* de Ureña y Altamira, tras la guerra civil se ha refugiado en el *Anuario*, con sus ramificaciones, que duran por cierto hasta la fecha, en la *Revista de Derecho Privado* (348). El hueco podían compensarlo otras secciones: Economía y Hacienda y Teoría general del Derecho. En todos es aún patente la inclinación historicista (349).

Las cosas, sin embargo, pronto cambian. « Derecho Civil » sigue constituyendo sección, pero en 1943 ha bajado al final de los fascículos. No hay ya — para qué — sección de historia jurídica, que cae junto a las notas del S.E.U., los prólogos inflamados y los artículos militantes. Van extinguiéndose también los compromisos iniciales con la información jurídica jurisprudencial y legislativa (350). La *Revista* de la Facultad parece que se serena y recupera los tonos propios a una publicación científica universitaria.

Lo que por entonces verdaderamente se serena es la vida española y su ordenamiento jurídico, modelado según las consignas de una dictadura que se enquista y que comienza a producir las *leyes fundamentales*. Para unos privatistas depurados va quedando atrás el momento de abominar de un Felipe, de Sánchez Román, que tiene

---

López Ortiz, Obispo de Tuy, ibd. 5-15, lo que explica que su colaboración en el *Anuario*, de cuyo consejo director será miembro durante toda la segunda época de la revista, se limitara a materiales ya preparados: *La colección conocida con el título de Leyes Nuevas y atribuida a Alfonso X el Sabio*, ibd. 16 (1945), 5-70, o bien a ocasiones celebrativas: *La beatificación de Contardo Ferrini*, ibd. 18 (1947), 5-14; *Alfonso Garcia-Gallo y de Diego*, ibd. 50 (1980), VII-XV. Cfr. José Orlandis, *Fray José López Ortiz, O.S. A. (1898-1992)*, ibd. 63-64 (1993-1994), 1401-1403.

(348) Francisco Luis Pacheco Caballero, *La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas*, en *RDP* s/t (1990), 655-670.

(349) Antonio Perpiña Rodríguez, *La doctrina de los grupos humanos en Vitoria y Suárez*, en *RFDM* 6/7 (1941), 107-125; J. Seiquer, *El Imperio español de Felipe II considerado por Fernando Vázquez de Menchaca*, ibd. 139-145.

(350) Cfr. Eduardo Perez Botija, *Indice-resumen de Disposiciones aparecidas en el Boletín Oficial del Estado durante el mes de Julio de 1940*, en *RFDM* 1/2 (1940), 53-59; Agustín Gonzalez-Ruíz, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ibd. 60-62. En el fascículo siguiente (3, 1940) los « comentarios de leyes » y las « notas bibliográficas » reproducen la división material de las secciones de artículos. En 1941 se cubre aún una « Reseña legislativa » y en 1943 (núm. 13) se anuncia un próximo « índice legislativo » con textos desde primero de enero de 1941, p. 235.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que malvivir en México, y de invocar a otro Felipe, De Diego, a la postre reconocidamente Clemente, que preside ahora el Tribunal Supremo (351). Se serena, en fin, la formación de los juristas: las posibilidades ciertas de una cultura jurídica determinada, que reluce desde la *Revista* de Madrid y que aún hoy es la nuestra.

> Decreto de 7 de julio de 1944, Ordenación de la Facultad de Derecho. « España es el pueblo moderno que más ha debido a sus juristas. Junto a los conquistadores y al lado de los Tercios, abriendo caminos, consolidando victorias, afirmando la unidad y la firmeza interna, van los misioneros y los hombres de leyes ». En el nuevo Plan « la preparación profesional se cuida de modo especial: se imponen los ejercicios prácticos, se amplian las disciplinas de Derecho Civil, Mercantil, Procesal, Político y Administrativo, y se crea la de Derecho del Trabajo », por ese orden y ningún otro.

Observemos las expresiones. Unos ideales de unidad y firmeza interna, que dice la exposición de motivos, más presentes sin duda para la España de 1944 que para las Españas de los siglos XVI y XVII, explican una farragosa literatura que aflora también en las páginas de la *Revista* (352), pero ante todo son ideales que otorgan sentido a las opciones de política Legislativa que inquietan a los juristas del momento. Sin más constitución que discutir, el Código civil se convierte de nuevo en problema principal, agitado como está por las experiencias técnicas de las naciones hermanas (353) y cuestionado ahora por la poco firme y menos aún unitaria fórmula de su art. 12, que ha impedido el cierre territorial del derecho privado (354). Se anuncian y convocan grandes acontecimientos sociales

---

(351) Luis Joaquín GARRIGUES, *Imágenes de una vida: Joaquín Garrigues*, Madrid, s/e, 1994, declaración en consejo de guerra (1938) en pp. 181-182, ficha política (1937) en pp. 425-426.

(352) Antonio Hernández GIL, *Etica y Derecho en la doctrina de Juan Luis Vives*, en *RFDM* 4/13 (1943), 43-52; José PEREZ LENERO, *Supuestos filosófico-teológicos y construcciones jurídicas en la obra de Luis de Molina*, ibd. 53-82, que fue « Premio Menéndez y Pelayo » de 1942.

(353) Nicolás PEREZ SERRANO, *El nuevo Código civil italiano*, en *RCDI* 13 (1940), 161-168, con toda su admiración por « este primer Código fascista »; del mismo, *Reglas fundamentales del futuro Código Popular Alemán*, ibd. 16 (1943), 145-164.

(354) Cfr. por ejemplo José URIARTE BERASATEGUI, *Unificación del Derecho nacional*, en *RCDI* 13 (1940), 433-466, 574-589 y 14 (1941), 79-90, 211-217, 449-460 y 523-528. También, Enrique DEL VALLE FUENTES, « En pro de la unificación del Derecho civil español », en ibd. 16 (1943), 671-680.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con importante participación, junto a civilistas de todo tipo, de algunos historiadores (355), pero aquí nos interesa destacar que por fin el discurso del jurista sobre el Código parte del Código mismo, se articula desde las premisas de su vigencia, se fundamenta en la clausura de cualquier otra posibilidad. Y también por fin acaba por triunfar aquella vieja querencia que centraba en un « Derecho Civil » la cultura del jurista.

> El Plan de 1944 tenía, como es sabido, una estructura complicada de cinco años divididos en cuatrimestres. No quedan restos del preparatorio de Letras. La posición del « Derecho Civil » se extiende desde segundo curso hasta quinto, en todos los cuatrimestres: « Derecho civil (Introducción al Derecho civil y Derecho de las Personas) » (II/3 y 4, tres horas semanales), « Derecho civil (Derechos reales y Derecho hipotecario) » (III/5, cuatro horas), « Derecho civil (Derechos reales y Derecho matrimonial) » (III/6, cinco horas), « Derecho civil (Obligaciones y contratos) » (IV/7 y 8, cuatro horas), « Derecho civil (Familia y sucesiones) » (V/9 y 10, cuatro horas). Las horas de docencia semanal no son muchas más que las previstas para el « Civil » en el plan provisional republicano, pero su presencia a lo largo de la carrera convierte a esta asignatura, tradicionalmente la única con cátedra desdoblada, en verdadero eje de los estudios de Derecho. Y el siguiente Plan de 1953, todavía en vigor, consagrará esta situación.

Llegamos al término de nuestra deshilvanada historia. Contemplada desde estos finales de siglo la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* de Rafael de Ureña nos resulta un proyecto intelectual muy claro de tradición krausopositivista, abierto hacia adentro y hacia afuera, como lo estaba, en la España de entreguerras, la mejor ciencia jurídica que trabajosamente circulaba por unas cuantas universidadades. Era, el tal proyecto, problema de generación antes que competencia de persona: pudo entonces mantenerse tras la muerte física de su fundador. Pero no llegó a sobrevivir tras la muerte ideal, a veces física también, de aquélla.

Si no acogieron sus páginas trabajos de derecho civil, si es el « Derecho Mercantil » su componente exclusivo de derecho privado, las razones tal vez puedan encontrarse en la posición, tan débil, de los estudios civilísticos dentro del proyecto intelectual general, que sabemos ajeno a las mentes de los civilistas principales.

---

(355) Cfr. José CASTAN, *Hacia un nuevo Derecho civil*, cit. (n. 329), pp. 74 y ss. También *Actualidad jurídica. Congreso Nacional de Juristas en Zaragoza*, en *RDP* 29 (1945), 60-62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ha sido por supuesto el venenoso efecto académico de un Código que también fue ajeno a ese proyecto, pero el Código se afirmará finalmente, extinguidos proyecto, generación y *Revista.*

La cultura jurídica española es fruto de tanta extinción. Somos, queramoslo o no, las nietas y los nietos de la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* y deben buscarse con lupa los castigados descendientes, si alguno queda, de la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales.* Será cosa de empeño castaniano de 1919 que llega a convertirse en Plan en 1944, pero lo cierto es que todavía estudiamos cuatro años de « Civil » y que seguirán haciéndolo nuestros hijos: todos estudiamos, más precisamente, un derecho civil español, común y foral para el que cualquier cospomolitismo resultaría absurdo.

Y el éxito del « Civil » ayer determina hoy nuestra formación como profesionales. Seguramente es inútil especular sobre la suerte hipotética de una formación con menos « Civiles » y más « Ciencias Jurídicas y Sociales ». Son cosas decididas hace cincuenta años, como tantas otras en nuestra vida. Hasta ahora mismo: podrá parecer admirable, mas lo cierto es que la Reforma Universitaria para « Derecho » de José María Maravall, sociólogo de finales de siglo, nada tiene que ver con la Reforma Universitaria para « Derecho, Ciencias Ecónomicas y Sociales » de Fernando de los Ríos, jurista de sus principios. Bajo el peso de una larguísima dictadura las líneas de influencia parecen invertidas. Inevitables sarcasmos de la historia, lo sé, pero al menos se trataba ahora — gracias por ejemplo a Ureña — de empezar a discutirlo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOSÉ M. PORTILLO

LA HISTORIA DEL PRIMER CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL. PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.

1. Planteamiento e hipótesis de trabajo. — 2. Arquitectura constitucional comparada. — 3. La categoría nacional. — 4. Potestades, instituciones, poderes. — 5. Cultura constitucional.

1. *Planteamiento e hipótesis de trabajo*

Entre 1810 y 1812 se ideó, desarrolló y positivizó un proyecto constitucional en España que, por sus circunstancias más inmediatas, debería merecer una mayor atención en las exposiciones sobre las primeras manifestaciones del moderno constitucionalismo euroamericano. Centrada la explicación habitualmente en los modelos ofrecidos por los Estados Unidos y Francia, con la contraposición que facilitan a efectos ante todo expositivos y propedeúticos, deja en sombra zonas de la geografía constitucional europea que no exactamente — o, a veces, en ninguna medida — siguen los tiempos y ritmos marcados por tales esquemas. Consideradas las madres de todas las constituciones de la revolución atlántica, las americanas proclamadas tras la Declaración de Independencia o la francesa de 1791, no agotan sin embargo una riqueza y variedad que debería entrar, creo, más de lleno en la manualística universitaria. No es algo que solamente pueda decirse de la experiencia constitucional de la que vamos a ocuparnos aquí sino que desarrollos como el sueco durante el siglo XVIII (1) o el suizo hasta 1874 (2), por citar algunos,

(1) Cfr. G. Barudio, *La época del absolutismo y de la ilustración (1648-1779)*, Madrid, 1983 p. 53 ss.

(2) E. Gruner, *Die Schweizerische Eidgenossenschaft von der Französichen Revolution bis zur Reform der Verfassung (1789 bis 1874)*, en AA VV, *Geschichte der Schweiz*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

demuestran que la complejidad del atlas constitucional europeo no puede reducirse al tamiz de las grandes referencias americana o francesa. Si la historia constitucional lo es ante todo de cultura, trato simplemente de llamar la atención de la historiografía sobre un modelo constitucional, el español de 1812, que puede resultar interesante para la comprensión de una de las señas de identidad más determinantes de nuestro mundo contemporáneo.

El modelo constitucional promulgado en 1812 en Cádiz se desmarca en aspectos medulares de los modelos en los que una buena parte de la historiografía española ha venido suponiendo que se inspiraba directamente. Mencionaré aquí únicamente dos que marcan desde luego diferencias de grado. Tratamos con un diseño constitucional que, por una parte, no incluía declaración de derechos ni referencia explícita a la idea de que tales derechos se entendieran tan precedentes y prevalentes al ordenamiento constitucional positivo que no hiciera falta su enumeración textual. No se piense tampoco que, dada su cronología, estaba respondiendo ya a un entendimiento de la constitución puramente como forma de gobierno volcada en favor de un ejecutivo fuerte, un legislativo mediatizado y un extrañamiento de los derechos como componente sustancial del sistema. De este tipo ya había una constitución en la Península desde 1808 hecha aprobar por Napoleón y frente a ella precisamente se ideó y sistematizó el proyecto gaditano de 1812. Tratamos también, por otra parte, de un modelo constitucional que asimila e integra una explítica y excluyente declaración de confesionalidad que no dejaba lugar alguno para una idea de libertad de conciencia individual al anteponer una colectiva definida por la confesión católica.

Es, además, un proyecto que se gesta en unos límites cronológicos bastante inusuales para el continente. Para 1810-1812 cuando se concibe y concreta el sistema constitucional de Cádiz la propia idea constitucional primera de 1791 ha perdido ya definitivamente relevancia en la Europa continental dando paso a otra forma política que pasaba por la negación de los principios constituyentes más

---

Munich, 1991; F. SOFIA, *Il diritto naturale in uno stato repubblicano. Ginevra alla fine dell'Ancien Régime* en R. De Lorenzo (ed.), *L'organizazione dello Stato al tramonto dell'Antico Regime*, Nápoles, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

característicos de la revolución constitucional. Frente a cualquier forma de autodeterminación social se vislumbraba ya una idea autosuficiente del Estado y de sus poderes (3) que, sin embargo, resulta radicalmente extraña a la cultura constitucional en la que se basa la constitución española de 1812. Ésta recupera, en un debate de gran interés previo al momento propiamente constituyente, la idea y la posibilidad de una acción social — habrá de verse de qué tipo y con qué condicionantes — sobre el ordenamiento o, al menos, de una institución y asignación de poderes por parte de un sujeto nacional soberano que ya no consta en los ordenamientos que Napoleón va difundiendo por el continente y que inmediatamente la Restauración traducirá a su propio código de principio monárquico.

Con tales tarjetas de presentación, el modelo constitucional español de 1812 ya puede merecer una específica atención. Más si tenemos en cuenta que su geografía de expansión desbordó a uno y otro lado del Atlántico. Despertó interés y sirvió de modelo constitucional de referencia a territorios que compartían con el de la monarquía española señas de identidad cultural que podían hacer comprensible y apetecible este texto frente a otras ofertas (4). Surge la necesidad de estudiar en clave comparativa este modelo español (o católico) de acceso al constitucionalismo, esta forma de constitucionalización de una monarquía católica que no renuncia ni a uno — la monarquía — ni a otro — la catolicidad — de sus componentes seculares pero que, sin embargo, da como resultado una realidad política radicalmente distinta de la tradicional monarquía católica hispana.

Pretendo aquí presentar lo que podría constituir un proyecto de investigación que enfrente el estudio comparativo de esta experiencia político constitucional. Debe quedar bien entendido que no creo agotar un vasto índice de entradas y cuestiones que este texto y su cultura pueden ofrecer al historiador. Únicamente presento *mi* proyecto de investigación de la misma y planteo, así, los argumentos

---

(3) Cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Turín, 1991.

(4) Cfr. J. Ferrando, *Die spanische Verfassung von 1812 und Europa*, en *Der Staat*, 2, 1963; Más recientemente, del mismo, *Proyección exterior de la constitución de 1812*, en *Ayer*, 1, 1991. R. Wohlfeil, *Spanien und die deutsche Erhebung 1808-1814*, Wiesbaden, 1965.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que me parece deben estructurar la lectura que, como hipótesis, ofrezco después. Propongo, en primer lugar, un ejercicio simple de arquitectura comparada del edificio constitucional español de 1812 con las referencias más usuales de América y Francia que facilite una aproximación a los puntos básicos de inflexión del modelo. Se tratará ahí simplemente de mostrar lo más evidente, aquello que enseña una visita externa a la estructura que se dió al sistema que nos ocupa. Ofrezco con ello una serie de referencias que me parecen precisas para la identificación de las señas de identidad más esenciales de esta constitución. Entro después propiamente en la propuesta de proyecto, en la acotación de los tres argumentos en los que lo centro. En primer lugar el análisis de la categoría nacional con su componente idiosincrásicamente católico y su centralidad en el esquema constitucional. En segundo lugar, el sistema propiamente dicho de poderes, su identificación y la manera en que aquel proyecto entendió que podían instituirse y coordinarse éstos. Finalmente, la cultura constitucional en la que se apoya el proyecto y el debate que lo alumbra, tampoco reducible sólo a referencias propias de una cultura constitucional moderna.

La hipótesis que coordina estos argumentos consiste en mostrar el sistema constitucional de Cádiz como un proyecto basado en un sujeto nacional que se yuxtapone a otros sujetos, también al individual. Las definiciones preliminares que contiene este texto no se refieren — como veremos luego — al individuo y sus derechos como base de todo el sistema sino a la nación y su identidal. Sólo en ese contexto adquiere sentido el individuo — español o ciudadano — y la salvaguardia — siempre nacional — de sus derechos. No ignora esta hipótesis de trabajo la importancia que una concreta idea de derechos del individuo adquiere en el sistema, pero sí insinúa que existe en este sistema una primacía de un sujeto colectivo, de una comunión nacional, que, no anulando al individual, se convierte en el contexto preciso y necesario de su desenvolvimiento. Signo radical de esa nación española, de ese sujeto principal de toda la oración constitucional de 1812 es su confesión que determina, siempre desde el plano nacional que es donde se define, todo el sistema imponiéndose expresamente sobre cualquier posibilidad de afirmación de una libertad de conciencia del individuo que, así,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resulta relevante en tanto que integrante de ese compacto nacional católico.

Sobre la base de esa afirmación de la comunidad nacional se genera un sistema que reestablece una vida política, una comunicación política entre el monarca y la nación ausente históricamente. He aquí — creo — uno de los puntos de caracterización más específicos del proceso español en su dimensión más histórica. Se ha venido últimamente insistiendo en la determinante trascendencia que tuvo en Francia el giro netamente antipolítico desde 1791 que ya Edmund Burke detectara como el más nocivo de los síntomas revolucionarios franceses, vinculándolo a un proceso complejo de destrucción del tejido social histórico por efecto de un despotismo combinado de acreedores públicos y *gens de lettres* (5). El abandono de una idea política de mediaciones y comunicaciones entre diversos sujetos se producía en favor de un planteamiento antipolítico fundamentado en la unidad y la uniformidad del sujeto político que se afirmaba sobre un desierto de relaciones sociales históricamente determinadas (6). Era — para el político wigh — la ruptura con un pasado y una historia que hubieran podido permitir recuperar una vida *politique* en vez de esa especie mostruosa y desconocida que era la antipolítica cuyos peligros no podían ni compararse con los del absolutismo (7).

Pues bien, ahí es precisamente donde el modelo que aquí se va a tratar muestra un arranque divergente. Habría sin duda, para entenderlo y si se me permite la expresión, que *historizar* el proceso que confluye en la crisis de independencia, la revolución española y el proyecto constitucional de Cádiz contemplándolo como una resultante al menos en la misma medida que una inauguración

---

(5) Cfr. J.G.A. POCOCK (ed.), *The varieties of British political thought, 1500-1800*, Cambridge, 1993 (capítulo 9 firmado por el mismo Pocock).

(6) Cfr. M. REVAULT D'ALLONNES, *D'une mort à l'autre. Précipices de la Révolution*, París, 1989 p. 74 ss; P. VIOLA, *É legale perchè lo voglio io. Attualità della Rivoluzione francese*, Roma, 1994 p. 34 ss; S. LUZZATTO, *L'Autunno della Rivoluzione. Lotta e cultura politica della Francia del Termidoro*, Turín, 1994 p. 164.

(7) Además de las *Reflections* el planteamiento central de Burke está diseminado en sus varios escritos sobre la revolución que le obseionaba, cfr. *Thoughts on French Affairs* de diciembre de 1791 en *The writings and speeches of Edmund Burke*, Oxford, 1989 (la ed. es de L.G. Mitchell y la ed. textual de W.B. Todd).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

histórica. Cádiz no es sólo un punto de partida, el inicio de una historia constitucional. Es también (y al menos en la misma medida) un resultado histórico que exige un recorrido que parta de la comprensión de los fundamentos de la monarquía tradicional e histórica y de sus mecanismos diferenciados de funcionamiento. Si, como viene ahora enseñando la historiografía más interesada en el estudio de la monarquía histórica española, la naturaleza de ésta era precisamente no política — por católica — y en ella históricamente había venido faltando una comunicación de naturaleza política entre rey y reino (8), es entre 1810 y 1812 cuando se produce la verdadera cesura histórica que inaugura un nuevo momento de recuperación de capacidad política de una nación que, no casualmente tampoco, no será tan uniforme como pudiera parecer a primera vista. Efectivamente, la verdadera ruptura histórica de Cádiz podría estar precisamente ahí, en el desarrollo de un proyecto declaradamente político de recuperación de la sustancia representativa y política de la nación. Las referencias históricas, tan constantes en Cádiz como ausentes en el planteamiento más antipolítico de los constituyentes franceses, no serían así tan retóricas como puede haberse supuesto sino conscientes referencias a un pasado de relevancia política de la nación. El momento decisivo, por tanto, debe fijarse en la definición de la nación y en la forma en que ésta se refleja posteriormente en el juego político que prevé el sistema.

2. *Arquitectura constitucional comparada.*

Nuestra hipótesis de trabajo ya de por sí exige un criterio metodológico que no desatienda en nigún momento la comparación con las otras grandes experiencias constitucionales que para 1810-

(8) Dos referencias son a este respecto básicas: Cfr. B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991 esp. 199 ss. y P. FERNANDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de Monarquía*, Madrid, 1992 parte II. El fruto de este planteamiento adquiere ya forma e informa de modo que excusa cualquier referencia ulterior: J. VIEJO, *El sueño de Nabucodonosor. Religión y política en la monarquía católica a mediados del siglo XVII*, en *Revista de Estudios Políticos*, N.E., 84, 1994 (adelanto de la publicación de su Tesis Doctoral *« Grocio católico ». Orden europeo y monarquía católica durante la guerra de devolución, 1667-1668*, Madrid, 1993).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1812 se habían desarrollado y que se suelen englobar en la llamada revolución atlántica. Se requiere como primera aproximación realizar un ejercicio comparativo de las formas externas más perceptibles. La hipótesis planteada debe comenzar a comprobarse en este banco de pruebas que nos informe sobre la mayor o menor identidad con un estereotipo que ya se consideraba para finales del siglo XVIII el único válido para una definición auténticamente constitucional. Sin seguridad para la garantía de los derechos ni determinación de separación de poderes no podía — según la cultura política revolucionaria — decirse que existiera constitución y, efectivamente, los modelos más paradigmáticos conocidos en aquel momento se habían generado en torno a este binomio esencial y diseñado y construido su edificio en base a él. Veamos pués de qué puede informar a este respecto una contemplación comparativa de esquemas generales.

La moderna comprensión de la constitución orginada en los territorios americanos con su declaración de independencia y proseguida en Europa con la crisis revolucionaria francesa de 1789, implicaba, como se sabe, una arquitectura basada en dos momentos declarativos: de derechos el primero y fundamental, de forma de gobierno el segundo y secundario en la medida que debía servir al objeto primero de seguridad de los derechos mediante establecimiento de un gobierno libre (9). La constitución de Massachusetts lo anunciaba en 1780 con claridad en su preámbulo: decía establecer « as the constitution of the commonwealth of Massachusetts » ambos elementos « Declaration of Rights and Frame of Government » (10). También la Asamblea Nacional francesa — como es bien sabido — decidió otorgar valor constituyente a su *Declaración de derechos* haciéndola más tarde parte del cuerpo constitucional de 1791, siendo ésta además la versión que acabará teniéndose por definitiva (11). En el texto americano tomado aquí como referen-

(9) Para la descripción de modelos cfr. B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1989 y M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit.

(10) Cito este documento de O. y M. HANDLIN, *The popular sources of political authority. Documents on the Massachusetts constitution of 1780*, Cambridge Mass, 1966.

(11) Cfr. S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988 p. 262 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cia (12), el preámbulo advertía así mismo de la finalidad de toda la estructura constitucional revelando con ello también la relevancia de esta disposición en *Declaration of Rights* y *Frame of Government*: « It is the duty of the people, therefore, in framing a constitution of Government, to provide for an equitable mode of making laws, as well as for an impartial interpretation and a faithful execution of them, that every man may, at all times, find his security in them ». La constitución proveía ante todo de seguridad y amparo para el ejercicio y disfrute de unos derechos que eran su piedra angular. La disposición arquitectónica precisa para este cometido requería diferenciar ambas esferas — la de los derechos de los individuos y la del gobierno del cuerpo o establecimiento político — y proclamar la precedencia de la primera. La declaración de derechos que se había realizado en Virginia en junio de 1776 — disponible ya en traducción francesa cuando los constituyentes franceses redactan la suya — advertía que tales derechos « doivent être regardés comme le fondement et la base du gouvernement » (13). A su vez una traducción de la constitución frencesa de 1791 realizada en España en 1814 titula significativamente a la misma *La constitución francesa. Decretada por la Asamblea Nacional constituyente en los años de 1789, 1790 y 1791; aceptada por el rey en 14 de setiembre de 1791* (14). Constitución era todo ello: lo realizado entre la declaración de 1789 y el documento constitucional de 1791. Así se reconocía también por la misma constitución francesa que exigía un juramento cívico de « maintenir de tout mon pouvoir la constitution du Royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante aux années 1789, 1790 et 1791 » (art. VI tit. II).

En este primer punto de aproximación a la forma arquitectónica del moderno constitucionalismo — sin entrar por ahora en otras especificaciones y complejizaciones del tema — pueden detectarse ya contrastes de planta general con respecto al sistema ideado en Cádiz entre 1810 y 1812 que pueden contener interesantes datos

(12) Para su estudio, cfr. G. BUTTA, *Sovranità, diritto di voto e rappresentanza in Massachusetts e South Carolina, 1776-1860*, Milán, 1988.

(13) LA ROCHEFOUCAULD D'ENVILLE, *Constitutions des treize États-Unis de l'Amerique*, Philadelphie-París, 1783 (tomo la referencia de S. Rials, op. cit. p. 495).

(14) De aquí proceden las referencias que se realicen a este texto en castellano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para nuestra propuesta comparativa. El dato esencial a este respecto es que el documento gaditano de 1812 carece absolutamente de esa disposición esencial que se venía afirmando como la puramente constitucional. Definitivamente no hay allí formalmente declaración alguna de derechos ni referencia a su esencialidad con respecto al ordenamiento legal que la salve al modo del artículo IX de la primera enmienda del texto americano de 1787 (15). En Cádiz el sistema descansaba sobre bases diferentes que, ya de entrada, singularizan el modelo en este punto de principios más inherentes al sistema. Las mismas Cortes dispusieron, inmediatamente después de aprobar el articulado de la constitución, que ésta fuera impresa con un encabezamiento en el que quedaba proclamada por parte de Fernando VII, « por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas ». Con ello se estaba dando cuenta, junto al texto básico, de la existencia de la monarquía, de la confesión y de una pluralidad territorial que no podía contenerse en un singular. A ello seguía inmediatamente un epígrafe — que el mismo decreto mencionado insiste en introducir — en el que se vuelve a realizar una declaración expresa de fe: « En el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad » y se da cuenta de los principios generales de la obra emprendida en el texto como un precipitado histórico que recupera conscientemente un pasado constitucional perdido por acción del despotismo. Como veremos no era pura retórica. Nada que se parezca a la expresa declaración desconstitucionalizadora que antecede al texto francés de 1791 se observa aquí.

Dispositivamente el texto arranca con un primer título: *De la Nación española y de los españoles* y un primer capítulo: *De la Nación española*. Conviene recordar enseguida que tampoco es que se estuviese optando por un modelo inspirado en el napoleónico de ignorancia e irrelevancia del concepto de derechos y de reducción de la constitución a pura forma de gobierno en favor de una fortaleza del ejecutivo. Este modelo — como ya se ha recordado anteriormente — se conocía ya en España desde que José Napoleón hiciera aprobar a instancias de su hermano el emperador el documento

(15) Cfr. B. Clavero, *Propiedad como libertad: declaración primera de derecho*, en su *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constitucional de Bayona en 1808. Los constituyentes de Cádiz lo conocían y frente a él expresamente ofrecían el suyo como contramodelo de lo que se consideraba un acto despótico.

En Cádiz se estaba buscando, entre 1810 y 1812, un sistema constitucional sobre el que pudiera fundamentarse no un despotismo redivivo sino una libertad históricamente ausente. De hecho, la crisis de independencia abierta por la entrada del ejército napoleónico en 1808 había pasado rápidamente a significar una guerra por una emancipación también respecto de las formas de gobierno despóticas padecidas por la nación desde su eliminación de la escena política (16). El proyecto gaditano tenía, pues, vocación de instalarse en el polo de la libertad y no del poder sin controles efectivos que pudiera terminar por justificarse a sí mismo y prescindir de cualquier equilibrio interno y de toda relación dialéctica con un universo de derechos desafecto ya del núcleo constitucional. La cuestión ha de estar más bien por tanto — esta es la primera hipótesis que planteo — en la concepción del sujeto o los sujetos fundamentales que conoce la sintaxis constitucional española de 1812. Conviene para ello hacer estación en esta primera parte del texto que no describe aún forma de gobierno alguna pero que tampoco en este caso se dedica a declarar derechos de los individuos, del sujeto individual que ya en América del Norte y en Francia se ha afirmado como el sujeto fundamental (16-*bis*).

La entrada en el texto constitucional español de 1812 se realiza por la comunidad nacional, sujeto colectivo que precisa definirse previamente a cualquier presentación, tanto del individuo y sus cualidades político constitucionales, como del esquema de poderes y forma de gobierno de la misma nación. Lo previo y esencial es aquí la nación, pilar primero y soporte basilar del edificio constitucional. Únicamente dentro del título de definición nacional podrán hallarse consideraciones para un individuo que — así — sólo puede concebirse en la medida que pertenezca, en una u otra calidad y con una

---

(16) Cfr. J.M. PORTILLO, *1812: Cádiz y la revolución atlántica* (a publicarse en R. Martucci (ed.), *I Giornate di Storia Costituzionale*).

(16-*bis*) Aunque recientes plantemientos vienen también insistiendo en la importancia a este respecto del cuerpo público. Cfr. B. A. SHAIN, *The myth of American individualism. The protestant origins of American political thought*, Princeton, 1994, cap. I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

u otra cualidad, al sujeto nacional. Planteadas de este modo las prevalencias y los supuestos más básicos del sistema procede el texto a definir más precisamente ambos componentes comenzando, de nuevo, por aquellas señas de identidad del sujeto mayor, la nación, de la que interesa también dejar establecidas a este nivel su geografía, confesión y forma política. Entra ahí también respondiendo a esta misma lógica de superposición del valor nacional una definición del ciudadano español, del español con capacidad de participación y mediación política.

Fijados los sujetos básicos continua la oración constitucional fijando su *frame of government*, esto es, instituyendo y asignando poderes. También en este punto conviene realizar el ejercicio comparativo que permite la para entonces ya variada oferta constitucional. Ya se sabe que en un extremo de la misma se situaba la carta de los Estados Unidos de América de 1787, puro *frame of government* si se exceptuan la enmienda que vienen en 1791 aunque también fuera interpretada entonces como auténtico *Bill of Rights* por una cultura política que únicamente así podía entender el fenómeno constitucional (17). Dando por supuesta y constitucionalmente ya fijada en las respectivas cartas constitucionales estatales la prevalencia y radicalidad de los derechos, era ésta una constitución que debía centrarse únicamente en una declaración formal del gobierno del cuerpo federal de Estados que se estaba constituyendo. Cabía en la constitución fijación de poderes federales, regulaciones básicas entre los Estados y la Unión e interna de la propia constitución y su seguridad. Como es sabido por ahí, por la existencia misma de un documento constitucional de rango federal superpuesto a los Estados, llegaron las primeras y más radicales críticas a la constitución de 1787 (18). Pero esa era, sin embargo, su naturaleza y su auténtica vocación: crear un sistema que pudiera hacer efectivo un equilibrio de poder mediante la

(17) Para la actualidad de esta cuestión cfr. R. A. POSNER, *Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights* en G.R. STONE, R.A. EPSTEIN y C.R. SUNSTEIN, *The Bill of Rights in the modern State,* Chicago, 1992.

(18) Cfr. P. SMITH, *The Constitution. A documentary and narrative history*, New York, 1980 p. 235 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

introducción de una doble cámara, un presidente y un poder judicial que efectivamente lo fuera (19).

Otra cosa desde luego era la carta francesa de 1791 en la que el texto se complejizaba notablemente con una distinción clara entre la institución y la función de los poderes legislativo y ejecutivo. Aquí una cosa es ya el instituto al que se asigna básicamente un poder y otra muy distinta el ejercicio de dicho poder. Esta disparidad entre la institución del poder y su mecánica permitió a la Asamblea constituyente complejizar el mecanismo de actuación de poderes y precisar los respectivos ámbitos de superposición entre los diversos institutos fuertes del sistema (rey/asamblea). En el esquema que deja ver la arquitectura más exterior del modelo francés de 1791 entran y cuentan sobre todo parlamento y monarca como representaciones únicas de la nación soberana. Fuera de ellos no pueden hallarse más componentes de relevancia política como expresamente se dirá cuando se presenten otros elementos a los que, negándoseles representatividad, se les sustrae su posible capacidad política (cap. IV, secc. II, art. 2) con la advertencia, luego repetida para los jueces, de que se trata de empleados elegidos por el pueblo y nombrados por el monarca y no propia y estrictamente de poderes políticamente relevantes en la medida que les falta la cualidad esencial representativa exigida por el sistema.

La constitución española de 1812 aporta a este respecto también alguna significativa variante perceptible desde este mismo nivel de mera contemplación y comparación de estructuras más obvias. Prescinde, para empezar, de esa diferenciación entre instituciones y funciones, entre los institutos y los mecanismos de actuación del poder. El texto español en sus títulos III, IV y V despliega la previsión realizada en el título II al declarar que su forma de gobierno era la « monarquía moderada hereditaria » y establecer un juego de poderes que se definen en función del lugar que se ocupara respecto a la ley. En rigor, este texto no nombra poderes sino que define potestades a pesar de que en el primero de los decretos dispuestos por las Cortes el mismo día de su reunión ya se advirtió

(19) Cfr. A.H. KELLY, W. HARBISON y H. BELZ, *The American constitution. Its origins and development*, N. York, 1991 vol. I p. 82 ss. y J.P. REID, *Constitutional history of the American revolution, vol III The Authority to legislate*, Chicago, 1991 p. 129 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la conveniencia de una estricta separación de poderes. Sabemos que la explicación dada para optar por esta definición fue la semejanza que de otro modo hubiera tenido con el modelo francés. Algo más podría esconder no obstante esa preferencia que culturalmente conecte con una dificultad de comprensión de un lenguaje que descaradamente refleje la capacidad institutiva de poderes. Aunque la definición de hecho se da apareciendo en el texto definidas Cortes, rey y tribunales: los institutos a quienes se adjudican capacidades. El universo de las Cortes será la creación legislativa del mismo modo que el del rey será el gobierno y el de los tribunales la administración de justicia. No aparecen tampoco como compartimentos estancos. Cortes y rey más bien obedecerían a la imagen de vasos comunicantes. El capítulo VIII del título III (*De la formación de las Cortes y de la sanción real*) en el espacio de las Cortes y el capítulo VII del título IV (*Del Consejo de Estado*) en el del rey dan prueba de ello. No era necesario especificar un mecanismo al margen del instituto porque propiamente tampoco se ha dicho ni titulado definición o institución de poder. Simplemente se entiende que el proceso de formación de las leyes, con la entrada de la sanción regia, debía situarse en el espacio de las Cortes mientras que en el ámbito del rey se introduce un Consejo de Estado — único consejo de que dispone — que se situa cerca del monarca para los « asuntos graves gubernativos y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados » y que nombra el rey a propuesta de las mismas Cortes.

Una diferencia importante resulta también al definirse tribunales y administración de justicia. El artículo 17 ya había declarado que la « potestad » de aplicar las leyes en causas civiles o criminales residía en los tribunales « establecidos por la ley ». El título correspondiente en el que se desarrolla tal precepto se titula *De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal*. Como instituto interesa a efectos costitucionales únicamente el tribunal y no el juez que queda ahora reducido a un agente que — a diferenecia de los de las otras instituciones vistas — procede de un nombramiento combinado de los otros dos poderes. Específicamente determinado por las Cortes está el Tribunal Supremo (art. 260) que cuenta con amplias facultades de decisión de competencias entre las demás instancias judiciales y de residencia y juicio de altos

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistrados de la nación (20). Aun con sus garantías de independencia, los magistrados de los tribunales no son electos aunque sí profesionales cuyo oficio está garantizado respecto al arbitrio de los otros poderes. A diferencia también de los textos americano o francés no aparece explícitamente referencia al jurado más que como previsión que se deja a la decisión de las Cortes futuras activar. Contiene además el título dos capítulos de indicaciones para la administración de justicia en lo civil y criminal que se convierten — sobre todo el segundo de ellos — en previsiones de garantías procesales y personales sobre las que volveré más adelante bastando aquí indicar únicamente que como derecho se conceptua expresamente la capacidad de los ciudadanos para dirimir « sus diferencias » mediante unos jueces no profesionales (árbitros y alcaldes) pero sí más directamente enraizados en la sociedad por su mismo carácter electivo.

Con respecto al modelo francés de 1791, que se ocupa de integrar la cuestión, aparece en el diseño más elemental gaditano una bien diferente consideración de la administración. De hecho, a diferencia del texto francés, de ésta ni se ocupa específicamente no constando — ya en esta aproximación elemental — que se reproduzca en Cádiz indicación alguna referida a la administración. Como es bien sabido, la constitución francesa de 1791 había dispuesto una de las secciones del capítulo IV del título III (*Des pouvoirs politiques*) a tratar *De l'administration interieure* en el que se había establecido una determinante distinción entre esta manifestación técnica del poder y las más netamente políticas: « Les administrateurs n'ont aucun caractère de répresentation » (art. 2) siendo meros agentes elegidos por el pueblo. Vacío de poder político propio que confirmaba el artículo siguiente: « No pueden mezclarse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender el cumplimiento de las leyes, ni entrometerse en el orden judicial, ni en las disposiciones u operaciones militares ». Se partía aquí de una concepción previa del poder y la soberanía que negaba radicalmente cualquier posibilidad a la habilitación de poderes, y formas de representación por tanto,

(20) Cfr. B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989 cap. II. y L. MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, 1989 p. 58 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que salieran de las que se consideraban únicamente capaces a estos efectos: el cuerpo legislativo y el rey. Era la negación expresa de cualquier principio compositivo que pudiera introducir una concepción federalizante. No cabían, pues, más que dos manifestaciones del poder: la política de la asamblea nacional y el rey y la técnica de la administración interior que — carente de capacidad representativa — expresamente se concibe ya como parte del ejercicio del poder ejecutivo (21).

Los márgenes de concepción del sistema parecen en Cádiz, en su más elemental diseño, bien diferentes. No había aquí — ya lo hemos visto — título específico que se ocupara del poder ejecutivo. Lo había del rey, cuya primera facultad consignada en el artículo 171 era expedir « los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes ». No existe, sin embargo, aquí otra consideración específica de la administración como herramienta a disposición del poder ejecutivo. Y, todo ello no obstante, encontramos un título que concretamente aparece consagrado — tras los de Cortes, rey y tribunales — al « gobierno interior de las provincias y de los pueblos ». Es el habitáculo que la arquitectura constitucional reserva a ayuntameintos y provincias. Tanto para los primeros como para las segundas la previsión es de composición representativa de su respectivo ámbito indicando además el texto la forma en que debía procederse a la elección de sus asambleas locales — ayuntamientos — o provinciales — diputaciones provinciales. Se mueve aquí sin duda el texto gaditano en un universo en el que no cabe concepción de la administración como herramienta del poder ejecutivo que englobara un espacio nacional dividido y sectorizado a tales efectos administrativos. Parece ser otra su cosmovisión constitucional a este respecto más comprometida con una tradicional asimilación de la existencia de espacios económicos y políticos de actuación de distintos cuerpos capaces de actuar indistintamente en una u otra sede en función únicamente de su posición casual.

El título VI referido cuenta, ante todo, con unos sujetos — pueblos y provincias — que integran y estructuran el espacio interior

(21) Cfr. P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, París, 1992; F. Burdeau, *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, París, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nacional ocupándose de dar forma a su régimen interior y a sus facultades de organización y dirección del ámbito económico que aquí sigue aún debiendo mucho a su tradicional sentido de *administratio*, esto es, gestión no política. Y ahí precisamente residía su relevancia constitucional, en su calidad de cuerpos representativos como tales vinculados al espacio esencial de representación nacional y no a una comprensión *administrative* que requiriera su tratamiento entre las formas de actuación del poder ejecutivo. Aunque a este respecto habrá intenso debate y se intente negar, ya en el mismo momento de aprobación del texto, carácter representativo para eludir su relevancia política autónoma que pudiera confundirse con federalismo. A pesar de ello tal y como se consolida el texto constitucional en el que ahora nos estamos centrando no se dice que sean agentes electos que nombra el rey sino que la misma elección popular les habilita encontrando — como habrá ocasión de ver con más detenimiento en la tercera parte de este escrito — en lo económico su verdadero y diferenciado espacio. Bien es cierto que en pueblos y provincias no se agotaba el ámbito que pudiéramos identificar con la administración aunque sí lo es que a la altura de 1812 una buena parte de ese espacio de gestión económica se situaba en esos medios locales y provinciales. El jefe político de provincia es la figura que el diseño destina a engarzar estos ámbitos con el gobierno del rey. Su cometido — como expresamente señala el texto — es político, mientras la diputación representativa tiene a su cargo la promoción y fomento de « la prosperidad », ámbito económico de más directa implicación local y social.

Pero continuemos y finalicemos este primer ejercicio propuesto de arquitectura elemental comparada. A los títulos sobre contribuciones y fuerza militar (22) que contenía también el texto francés de 1791, la constitución de 1812 añade uno específico sobre la instrucción pública y un último que se ocupaba no solamente de regular la forma de realizar modificaciones en el documento constitucional

(22) Cfr. P. CASADO, *Las fuerzas armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Madrid, 1982; J. CEPEDA, *El ejército en la política española (1789-1843)*, Madrid, 1990; R. BLANCO, *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Madrid, 1988; M. BALLBE, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sino también de su observancia. Conviene fijar en primer lugar la atención mínimamene en el tratamiento de las contribuciones donde los sujetos decisivos se tienen que dibujar necesariamente con nitidez. A este respecto se establece un principio general establecido ya entre las obligaciones de los españoles: « Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno ». No obstante este principio general, su práctica prevista revela una concepción más compleja de instancias y sujetos que dejaban previsto un primer repartimiento por las Cortes entre las provincias en función de la riqueza de éstas (art. 344), de las diputaciones provinciales entre los pueblos también en función de la riqueza de los mismos (art. 335) y, finalmente, de los ayuntamientos de estos entre los vecinos siempre también dependiendo « de sus facultades ». El *Nuevo Plan de Contribuciones Públicas* que aprueban las Cortes el 13 de setiembre de 1813 desarrollando el texto constitucional recogía esta mecánica que superponía a la riqueza del individuo la de su pueblo y la de su provincia habilitando posibilidades de protesta y reforma del catastro de riqueza en todos esos niveles (23).

Interesa también especialmente otro de tales títulos, el IX, por el compromiso constitucional que encierra con una instrucción que integra enseñanza religiosa y política junto a la instrucción más general revelando la entidad otorgada al texto constitucional como catecismo político, esto es, texto resumido que se enseña de viva voz (« breve exposición de las obligaciones civiles » art. 366). Era la plasmación constitucional del precepto ilustrado, de la confianza en el beneficio de la instrucción y del abandono de estados de minoría por medio del conocimiento. La constitución de Massachusetts de 1780, dedicando uno de sus capítulos a la universidad de Cambridge, había insistido también en el fomento literario con intención política y religiosa: « And whereas the encouragement of Arts and Sciences and all good literature tends to the honor of God, the

(23) La categorización la expone claramente el decreto que contiene esta resolución de las Cortes: « La riqueza nacional se considerará compuesta de los tres ramos o elementos, de territorial, industrial y comercial, y con esta distinción se asignará a cada provincia, a cada pueblo y a cada contribuyente su respectivo cupo », *Colección de decretos*, cit. Decreto CCCIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

advantage of the christian religion and the benefit of this and the other United States of America... ». También fue aquí donde los constituyentes españoles entendieron deber ubicar la proclamación de la « libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia » y sujeta únicamente a la restricción que pudieran disponer las Cortes por vía legislativa. Dependiendo de un poder no era propiamente un derecho (24), pero sí se planteaba como una libertad en el espacio propicio de la instrucción y como una de las libertades que más se apreciaron en el período gaditano por entender, también antes de la redacción constitucional que en ella se jugaba buena parte de la idea de libertad (25).

El último de los títulos de la constitución española de 1812, como se ha recordado ya, contiene una previsión, de la que carecía el modelo francés de 1791, de mandato constitucional de observancia de la constitución. En el texto francés, fuera ya de su articulado, se había realizado una referencia difusa de compromiso constitucional que afectaba a un amplio espectro social y político: « La asamblea nacional constituyente confía esta constitución en depósito a la fidelidad del cuerpo legislativo, del rey y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia; a las esposas y a las madres; al afecto de los ciudadanos jóvenes y al valor de todos los franceses ». No constituyendo en realidad una previsión concreta de encomienda de defensa de la constitución no necesitaba situarse entre el articulado mientras que como *dépôt* fundamental no podía tener, con el trastoque de sistema operado, la fuerza vinculante que emanaba de la tradicional comprensión de las leyes fundamentales

---

(24) Cfr. B. CLAVERO, *Garantie des droits »: emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en *Revista de Estudios Políticos (N.E.),* 81, 1993.

(25) La vinculación entre ilustración social y libertad la habían asumido ya las Cortes en su Decreto IX de 10 de noviebre de 1810: « Atendiendo las Cortes generales y extraordinarias a que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es no sólo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la Nación en general y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública, han venido en dretar lo siguiente:... ». Cfr. para su estudio, que sigue demandando mayor consideración, A. FIESTAS, *La libertad de imprenta en las primeras etapas del liberalismo español*, en *Anuario de HIstoria del Derecho Español*, LX, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del reino (26). Un ordenamiento constitucional precisaba, para su seguridad interna, de un más decidido compromiso y de previsiones más ajustadas de control. En los artículos 372, 373 y 374 de la constitución española de 1812 establece el texto un expreso compromiso de las Cortes con la defensa del ordenamiento indicando que habrá de ser el primer objeto de atención en sus primeras sesiones de cada legislatura. Introduce, por otra parte, el derecho de reclamación de observancia de la constitución ante las Cortes o el rey para todo español — sea o no, por tanto, ciudadano — y, finalmente, obliga a « toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico » al juramento triple de defensa de la constitución, fidelidad al rey y buen desempeño del cargo. El rastro aquí podía provenir de la constitución francesa del año VIII, aunque el propio concepto constitucional que en ésta se transpira es de por sí opuesto al español de 1812. No estaba desde luego en la mente de los constituyentes españoles la idea de una capacidad de control del ordenamiento directamente desde el gobierno por el medio interpuesto de un Senado conservador. Tampoco parece que se estuviera tratando de introducir una idea de defensa jurisdiccional del ordenamiento constitucional combinadamente por parte del rey y del parlamento como partes integrantes de un pacto constitucional al modo de lo que algunos textos decimonónicos harán (27).

En América sabemos que en su cultura constitucional estaba inscrita una idea de supremacía de derechos y un entendimiento de la constitución ante todo como seguridad de los mismos que, más expresamente desde 1803, había cuajado en una difusa jurisdicción constitucional (28). Como precipitado histórico la concepción en este punto de la constitución era muy diferente a la que mostraran poco tiempo después los constituyentes franceses: como *supreme law of the land* la constitución comprometía en su defensa a los

(26) La encomienda podría estar inspirada en esa idea tradicional de dépôt aunque, como digo, su lógica ha desaparecido cfr. G. Barudio, *Zwischen Depotismus und Despotismus: politische Ideen in Frankreich 1614-1685* en I. Fetscher y H. Munkler, *Pipers Handbuch der politischen Ideen. Vol. 3: Neuzeit. Von den Konfessionskriegen bis zur Aufklärung*, Munich, 1985.

(27) Cfr. C. Schmitt, *La defensa de la constitución* (1931), Madrid, 1983 p. 27 ss.

(28) Cfr. B. Clavero, *Los derechos y los jueces*, cit. cap. 1 y M. García de Enterría, *La constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985 cap. II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jueces que, ante todo y sobre todo, a ella y los derechos que la informaban debían atenerse (art. VI sec. 2). La constitución estaba situada, definitivamente, por encima del parlamento y a recaudo de un poder legislativo expansivamente entendido y practicado. En el texto constitucional de Massachusetts que venimos utilizando en nuestro ejercicio comparativo, la sección X del capítulo VI vinculaba los momentos de seguridad y reforma de la constitución entendiendo que obedecían a un mismo proceso que demandaba una forma específica y no ordinaria de formación de la representación. El proceso de *judicial review*, de calificación constitucional de las normas ante requerimientos de intervención, introduce una de las distinciones más netas en el entendimiento de la constitución que no pasará inadvertida en los años treinta de la siguiente centuria para un conocido observador atento a estas especificidades: « ...¿Por qué posee (el juez americano) un poder que estos últimos no tienen (los jueces europeos)? La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan anticonstitucionales » (29). Claro que, como inmediatamente recuerda Tocqueville, la diferencia básica se situaba en el poder social que el magistrado representaba en ese sistema: « En los Estados Unidos el juicio político es un arma siempre suspendida sobre la cabeza del magistrado » (30).

¿Dónde situa todo ello el texto español de 1812 que, como recuerdo, integra en su último título observancia y reforma de la constitución? No contenía desde luego afirmaciones gratuitas la previsión de observancia que refiere este título, no estaba repitiendo algo que se debiera dar por supuesto. La comisión de constitución al presentar a las Cortes la última parte del proyecto que había formado justificaba de modo rotundo la inclusión en el texto constitucional de la capacidad de recurso frente a infracciones a la constitución: « El libre uso de este derecho es el primero de todos

(29) A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, 1988 (ed. de E. Nolla) cap. VI p. 102.

(30) Es una anotación al margen recogida en la cuidadísima edición que he citado con la letra f en p. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en un Estado libre. Sin él no puede haber patria y los españoles llegarían bien pronto a ser propiedad de un Señor absoluto en lugar de súbditos de un Rey noble y generoso » (31). Se trataba, para los constituyentes gaditanos, de una cuestión de primer orden que afectaba a la misma esencia libertaria del proyecto constitucional. Desde la perspectiva simple que ahora contemplamos las cosas, llama ante todo la atención el hecho de que, una vez proclamada así de rotundamente la seguridad de la constitución (32), se atribuya expresamente a las Cortes la mayor capacidad de vigilancia de la constitución. Mayor pero no única pues también el rey y las diputaciones provinciales deben expresamente comprometerse en este empeño vigilante (arts. 373 y 335 disp. 9). Si, por el radical valor normativo de la constitución, los jueces se sintieron comprometidos en la labor de vigilancia de su observación, en la práctica fue derivando en una competencia exclusiva de las Cortes (33). También en ello la primacía de la nación se dejaba ver y se imponía como cultura política: era su institución más directa de articulación política la que recibe y ejerce el cometido de vigilancia del ordenamiento desarrollando a efectos prácticos una jurisdicción constitucional.

Un último término de comparación, con el que finalizo esta rápida confrontación, puede ser también elocuente. Tiene que ver con la forma en que los textos se dan por finalizados y autorizados. El americano de 1787, realizado por una convención de representantes de los diferentes Estados, viene firmado por todos ellos dando fe de la fiabilidad del texto suscrito para conocimiento de los mismos Estados que son en realidad quienes tienen la encomienda de la ratificación definitiva del documento. No ocurre lo mismo con la constitución francesa de 1791 que únicamente firman el presidente

---

(31) *Continuación del proyecto de constitución política de la monarquía española presentado a las Cortes geneales y extraordinarias por su comisión de constitución*, Cádiz, 1811 p. 11 (Existe edición actual a nombre de Agustín de Argüelles, *Discurso preliminar a la constitución de 1812*, Madrid, 1981 - ed. de L. Sánchez Agesta quien da noticias sobre la autoría no tan exclusiva de Argüelles p. 19 ss.).

(32) Cfr. F. Tomas y Valiente, *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, en, del mismo, *Códigos y constituciones, 1808-1978*, Madrid, 1989.

(33) Cfr. el estudio monográfico de M. Lorente, *Las infracciones a la constitución de 1812*, Madrid, 1988 p. 129 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y los secretarios en tanto que se consigna la aprobación por parte de la asamblea y el nombramiento de una comisión que habría de recibir el juramento real no constando proceso ulterior de ratificación del texto más allá de la otorgada, así, por los dos elementos que la misma constitución nos ha anunciado desde un principio como únicos representantes: asamblea y monarca.

Algo más compleja es la cuestión por lo que se refiere a la constitución de Cádiz. Formalmente, el documento aparece suscrito por todos los diputados presentes en la sesión del 18 de marzo de 1812 en que se procedió a la lectura definitiva y aprobación del texto. El ceremonial dispuesto para la ocasión requería, además, que cada diputado expresara junto a su nombre el del lugar, provincia o junta a que representaba. Se involucraba así en el acto de ratificación del texto no solamente a los diputados sino también a los lugares o instituciones locales que representaban y de los que habían recibido el oportuno apoderameinto formal en el momento de su designación. Sabemos además que esta idea se refuerza inmediatamente con un decreto, el CXXXIX del mismo 18 de marzo de 1812, en que las Cortes disponen el modo de publicación y juramento de la constitución (34) que es todo un reflejo de esa concepción que implícitamente ya denota la forma de finalizarse el propio texto y que apunta a la noción compleja y compuesta de la nación que no puede reducirse ni absolutizarse en la asamblea nacional: « Los Tribunales de cualquiera clase, Justicias, Virreyes, Capitanes generales, Gobernadores, Juntas provinciales, Ayuntamientos, M.RR. Arzobispos, RR. Obispos, Prelados, Cabildos eclesiásticos, Universidades, Comunidades religiosas y todas las demás corporaciones y oficinas de todo el reyno... » además de « todos los vecinos y el clero » debían jurar en cada localidad o corporación correspondiente el texto constitucional remitiendo certificación de haberlo hecho a la regencia del reino. ¿Buscaba con ello la constitución un difuso compromiso social que la salvaguardara realmente del peligro de desafec-

(34) Cfr. M. LORENTE, *El juramento constitucional* (a publicarse en el *Anuario de Historia del Derecho Español* correspondiente a 1994 y que manejo por amabilidad de la autora).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción que detectará casi al final de su vida Francisco Martínez Marina? (35).

3. *La categoría nacional*

« ¡Ya feneció la esclavitud.. Compatricios míos, habitantes en las cuatro partes del mundo, ¡ya hemos recobrado nuestra dignidad y nuestros derechos!... ¡Somos españoles!... ¡Somos libres!... », debió decir más o menos el obispo de Mallorca que presidía la comisión que había presentado la constitución a la regencia una vez de regreso al Congreso (36). Con ello sin duda consiguió emocionar a diputados y público asistente a aquel acto pero también cerraba el momento constituyente retomando una idea que persistentemente se había estado desarrollando y expresando durante la crisis de independencia que había luego dado lugar al proceso constituyente. Efectivamente, a lo largo y ancho de la ingente producción literaria relativa al proceso abierto tras la irrupción de las tropas napoleónicas en 1808, uno de los temas centrales lo constituye la idea de la vinculación estrecha existente entre el proceso de liberación nacional, de adquisición de la independencia de la nación, y de acceso a la libertad política. Se trataba, dicho con otras palabras, de un proceso complejo de emancipación y liberación que no se agotaba en el que enfrentaba al ajército imperial francés. Más bien con él comenzaba y se entendía que la verdadera crisis de independencia se producía respecto a un despotismo secular que impedía un auténtico ejercicio de libertad. El *Manifiesto* que fijaba los días en que se debían de juntar las Cortes, publicado el 28 de octubre de 1809, lo había ya expresado rotundamente: « Españoles: Por una combinación de sucesos tan singular como feliz, la Providencia ha querido

(35) « Los españoles, generalmente hablando, no tenían ni aun siquiera idea de lo que es una Constitución política, ni conocían el mérito de la que con tanto aplauso se había publicado, ni estaban preparados para recibirla; la adoptaron maquinalmente sin amarla » en sus *Principios naturales de la moral, de la política y de la legislación* (Ed. de J. Varela Suanzes), Oviedo, 1993 p. 206.

(36) *Diario de las discusiones y actas de las Cortes*, vol. XII, Cádiz, 1812 p. 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que en esta crisis terrible no pudieseis dar un paso hacia la independencia sin darle también hacia la libertad » (37).

La idea misma de constitución, de reducción a términos constitucionales de las relaciones políticas básicas, surge en un contexto de descubrimiento de la nación y su capacidad política. No pretendo entrar ahora en un debate sobre la concepción o no de una nación española en el Antiguo Régimen pero sí afirmar que la especie de nación que aquí interesa, esto es, el sujeto capaz de articular en su entorno el ordenamiento político mediante una proclamación radical de soberanía, se descubre en el contexto de la crisis de independencia capaz, por su mismo carácter de *Ausnahmezustand*, de situación crítica, de provocar el hallazgo de la nación políticamente activa. Ya advierto que no interesa a este proyecto de investigación adentrarse en el rastreo histórico del término nación, ni se cuestiona sobre el surgimiento de un sentimiento de pertenencia a una comunidad española en contradicción más o menos abierta con Europa (38), únicamente fija el surgimiento de un determinado concepto que se vierte en este término y que, en el contexto de la crisis de independencia y realización del proyecto constitucional, adquiere su significación y relevancia.

Es evidente que un camino estaba ya andado para 1808, el que había ido descubriendo los caracteres de una identidad española crecientemente identificada con la castellana aunque no absolutizada nunca por ella (39). Aun sin contar con el necesario estudio sistemático, se va conociendo la preocupación creciente desde la segunda mitad del siglo XVIII por hallar el rastro de un derecho español (40)

---

(37) Tomo la referencia de M. FERNANDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español. Colección de constituciones, disposiciones de carácter constitucional...* (1885), Madrid, 1990, II, 562.

(38) Cfr. J. FERNANDEZ SEBASTIAN, *L'idée d'Espagne au XVIII^e siècle: l'avenement de la nation* (a publicarse en AA VV, *Republique et nation: les élements d'un débat* y que manejo por amabilidad del autor); F. SANCHEZ-BLANCO, *Europa y el pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid, 1991.

(39) Cfr. G. STIFFONI, *Verità della storia e ragioni del potere nella Spagna del primo '700*, Milán, 1989 cap. 6; P. ALVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: el léxico de la ilustración temprana en España (1680-1760)*, Madrid, 1992.

(40) Cfr. B. CLAVERO, *« Leyes de la China »: orígenes y ficciones de una historia del derecho español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o la más decidida búsqueda de una constitución castellana entre las huellas del antiguo derecho territorial desusado y literalmente perdido que lleva a cabo nuestra ilustración jurídica (41). La monarquía misma había venido en las décadas finales del setecientos buscando un redimensionamiento de la posición constitucional del monarca y su gobierno por encima de otros cuerpos e institutos que tradicionalmente habían controlado espacios de poder esenciales (42). Las limitaciones con que se llevan a cabo esos proyectos y su derivación en un gobierno personal de Godoy (43) no anulan el dato de la apertura entonces de debates y proyecciones que alargan su sombra sobre el momento constituyente. Bastaría a los efectos de comprobarlo, cosa en la que aquí no entro, con estudiar las conexiones entre el regalismo y el debate sobe la posición de la Iglesia y la Inquisicón en Cádiz.

A nosotros nos interesa ahora subrayar la tesis de que el concepto de nación que opera en la cultura constitucional española de 1812 se gesta en sus aspectos medulares en el contexto de una crisis de independencia (44). La situación, históricamente inédita, del cautiverio del rey español fuera de sus dominios, de la cesión de la corona a un gobernante extranjero y de la invasión prácticamente

---

(41) Cfr. B. CLAVERO, *Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral*, en su *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982; del mismo, *La idea de código en la ilustración jurídica*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, 1979; P. FERNANDEZ ALBALADEJO, *León de Arroyal: Del « sistema de rentas » a « la buena constitución »*, en sus *Fragmentos de monarquía*, Madrid, 1992; J.M. PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las provincias vascas*, Madrid, 1991 cap. I.

(42) Cfr. P. FERNANDEZ ALBALADEJO, *Carlos III: conflicto, recomposición y crisis constitucional*, en los citados *Fragmentos de monarquía*; V. LLOMBART, *Campomanes, economista y político de Carlos III*, Madrid, 1992 cap. 6; J.M. PORTILLO, *El monitorio de Parma y la constitución de la república civil en el Juicio Imparcial de Campomanes*, en E. La Parra (ed.), *Iglesia, sociedad y Estado en España, Francia e Italia. Siglos XVIII-XX*, Alicante, 1992.

(43) Cfr. B. HAMNET, *La política española en una época revolucionaria*, México, 1985; E. LA PARRA, *La alianza de Godoy con los revolucionarios (España y Francia a fines del siglo XVIII)*, Madrid, 1992.

(44) He expuesto este planteamiento más extensamente en *Introducción al sistema constitucional español de 1812. La nación católica* (a publicarse en la colección del *Laboratorio di Storia Costituzionale Antoine Barnave* de la Universidad de Macerata).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

total de la península por parte de las tropas francesas creó sin duda unas condiciones en las que las posibilidades de imaginación política se incrementaron notablemente (45). Ya en el hecho de la creación inmediata de instituciones locales de defensa y organización política del territorio mediante las juntas que empiezan a surgir en ciudades y provincias se contiene una idea de reducción de la soberanía a unos términos sociales absolutamente inusitados históricamente en la monarquía. La formación posterior de una Junta Central que recuperara capacidad de control y coordinación más centralizada no impedirá, incluso, que se contemplara desde algunas de aquellas juntas locales como un vínculo más o menos federativo que no anulaba la capacidad de actuación soberana de las mismas. Algunas de estas experiencias de gobierno local autónomo a falta de institución monárquica, como la de Asturias (46), pueden ser especialmente ilustrativas para la comprensión de la formación de un vocabulario político que se configura en torno a una serie de conceptos que rápidamente resultan indispensables para el diálogo político: independencia, libertad y nación.

Como he insinuado anteriormente, el concepto de independencia que parece dibujarse en el ambiente gaditano no responde únicamente a una independencia frente al invasor napoleónico sino más directamente aún frente al despotismo que en forma de gobierno personal se había instalado en la monarquía hispana y que amenazaba con perpetuarse con el sistema que el emperador francés había ideado y plasmado en el documento constitucional de Bayona. A éste, se decía entonces, le faltaba el requisito esencial para poder ser considerado verdadera constitución: la participación libre de la nación. « La Nación española es libre e independiente y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona » rezaba el segundo de los artículos de la constitución de 1812 elevando a categoría constitucional la conceptualización conjunta de libertad e independencia. Interesa a este proyecto de investigación, por tanto,

---

(45) Para el conocimiento de esta situación no se ha superado aún el relato de M. ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, 1972.

(46) F. CARANTONA, *Revolución liberal y crisis de las instituciones tradicionales asturianas*, Gijón, 1989. Más recientemente C. MUÑOZ, *« De corporacioón a cosntitución: Asturias en España »*, en *Anuario de Historia del Decreto español*, LXV, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

detenerse y analizar este par conceptual que se integra constantemente junto a la idea de nación.

En el medio cultural en el que se gesta el proyecto constitucional español de 1812 puede rastrearse una idea que se situa en el núcleo del discurso político que logra imponerse entonces y que se formula vinculando las ideas de libertad e independencia a un proceso de liberación política nacional e individual que inexcusablemente había de pasar por la constitución como expresión de tal libertad. La guerra peninsular pretendía, ante todo, lograr una independencia política de la nación que no se agotaba con la expulsión de las tropas invasoras sino que se realizaba con la creación de unas precisas condiciones de existencia y desarrollo político de la nación y de los españoles. Escritos como los de Álvaro Flórez Estrada pueden a este respecto servir de guía para el rastreo de este compromiso constitucional de la independencia. « Los españoles — afirmaba en uno de sus más conocidos escritos — se hallan sin constitución y de consiguiente sin libertad y sin patria. Se hallan, pues, sin interés para defender su causa » (47). Podrían multiplicarse citas y referencias, pero aquí se trata únicamente de formular el proyecto, de plantear la tesis y esperar resultados. Baste por tanto seguir la ilación que en esta frase se plantea entre libertad y constitución como bases únicas para una efectiva independencia porque será la idea que se retomará en el congreso constituyente tanto en el debate de la constitución como en el de decisiones tan trascendentales como la de abolición de los señoríos. La idea nuclear volverá a ser ahí que con la independencia ante todo se ha procurado liberación de los españoles y libertad nacional o, lo que en el concepto del momento parece ser también sinónimo, se ha configurado efectivamente la patria. El artículo sexto de la constitución significativamente recogerá, tratando de los españoles, una específica obligación política con la patria: « El amor de la patria es una de las principales obligaciones de todos los Españoles; y así mismo el ser justos y benéficos ». Compromiso que, si se atiende esta comprensión cultural que parece apuntarse entonces, resulta mucho más implicado con todo un concepto constitucional que con una idea meramente emotiva de

(47) *Constitución para la Nación Española. Presentada a S.M. la Junta Gubernativa de España e Indias en 1º de noviembre de 1809*, Birmingham, 1810.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

patria. El propio calificativo de español adquiere entonces un valor distinto designando, del mismo modo que inglés, un individuo libre perteneciente a una comunidad nacional constitucionalmente regulada.

Si la independencia, con esta trascendencia constitucional que se detecta, era empresa ante todo nacional y si lo que se fundaba era sobre todo una libertad española — como único vehículo capaz de procurar liberación al español — podrá suponerse que el proyecto de 1812 recoja y asimile esta duplicidad de sujetos y la primacía del nacional en su formulación constitucional. La nación, ya lo hemos advertido al realizar el ejercicio comparativo anterior, es la preocupación primera de la constitución de 1812, su primera definición. El primer capítulo del primer título la define desde diferentes entradas que la investigación deberá considerar detenidamente pues es también lo que más esencialmente interesó a los constituyentes de entonces dejar definido como preliminar de toda su obra. Y repárese en el hecho de que no se trata únicamente de una declaración expresa de soberanía del sujeto nacional, que ya estaba realizada desde que el 24 de setiembre de 1810 se reunieran las Cortes y aprobaran su primer decreto declarando que en ellas residía la soberanía nacional, sino de anteponer la definición de este sujeto a cualquier otra sea de derechos de los individuos o de garantía de libertades. Que esta disposición encerraba una opción y un concepto es algo que debe probar la investigación. Insinuo aquí únicamente algunos indicios que pueden servir de entrada.

De la Nación española titula la constitución el primero de sus capítulos y dedica a su definición los primeros cuatro artículos en los que se establece su carácter de reunión de españoles, su libertad e independencia, una declaración de soberanía a su favor y un compromiso de la misma nación con los derechos de los individuos que la componen. Podría desde luego hacerse una lectura inversa a la que he apuntado que viera en la defínción primera de la nación como « reunión de todos los españoles de ambos hemisferios » una anteposición ya de la categoría individual confirmada por el compromiso con los derechos de « todos los individuos que la componen ». De esa manera los artículos 2 y 3 estarían preservando un espacio de inmunidad y soberanía para una reunión de individuos. El individuo podría, de este modo, haberse concebido desde estos

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inicios del proyecto como el núcleo esencial del ordenamiento. La prueba más definitiva podría estar además en el tratamiento inmediato de los españoles y los ciudadanos. La constitución española de 1812 se asimilaría por tanto a la cultura constitucional que había inspirado las americanas y francesas antecedentes en el dato esencial de la consideración de la radical independencia y soberanía del individuo o en la comprensión de éste como sujeto de unos derechos antecedentes y sobresalientes respecto al mismo ordenamiento.

La lectura que propongo es, no obstante, otra como ya he adelantado. Creo que, como viene ya planteándose por algunos estudiosos de este sistema, una interpretación en esa línea del ordenamiento gaditano puede estar desdibujando una más compleja situación de sus sujetos (48). Creo también que la nación en este sistema adquiere una centralidad que no comparte con el sujeto individual. No niego que este último aparezca y que constituya una de las piezas básicas tanto del sistema como de los discursos que participan del debate constitucional (49) pero sí considero que puede al menos plantearse como hipótesis de trabajo que aquí el elemento realmente fuerte de todo el sistema sea la nación. No se apoya tal suposición únicamente en el hecho — ya de por sí revelador — de que el sistema se empiece definiendo por ella sino que cabe una lectura de los dos primeros títulos de la constitución que puede sostenerla. Vayamos por partes.

El primero de los títulos dedica su segundo capítulo, ya lo hemos visto también, a tratar *De los Españoles*. Define éstos como hombres libres — por contraposición a los esclavos — y vecinos de cualquier pueblo de la monarquía (50). Propiamente el español como

(48) Cfr. B. Clavero, *Manual de historia constitucional*, cit.; C. Petit, *Derecho mercantil: entre Corporaciones y Códigos*, en AA VV, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, 1990; del mismo, *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1989. Para aproximación a esta lectura M. Lorente, *Poesía como constitución: las razones de Clavero*, en *Quaderni Fiorentini*, 22, 1993.

(49) Cfr. M. Perez Ledesma, *Las Cortes de Cádiz y la sociedad española*, en *Ayer*, 1, 1991.

(50) También los extranjeros podían adquirir esta condición mediante obtención de las Cortes de carta de naturaleza o avecindamiento de diez años y los libertos desde que adquirieran libertad en territorio español.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuo no recibe mayor tratamiento dedicándose los artículos restantes a establecer las obligaciones de diferente naturaleza que lo vinculan a la constitución y la patria. Realmente no se está aquí tratando de un sujeto individual — la constitución desde luego no lo ha anunciado así — sino de una categoría individual que se define por una determinada pertenencia a una comunidad nacional. Se está tratando estrictamente de *los españoles* cuya reunión configura la nación española como se ha advertido desde el incio mismo de la constitución. Que el texto se detenga en exigir amor a la patria, fidelidad a la constitución y las leyes, respeto a las autoridades, compromiso contributivo y defensa armada de la patria en el capítulo que dedica a los españoles me parece lo suficientemente ilustrativo de un concepto del ordenamiento no precisamente asentado sobre un supuesto individual. En este primer encuentro entre ambas categorías — nación y españoles — ante todo se han definido para los últimos estrictas obligaciones constitucionales (51).

Sin embargo, el individuo ya ha aparecido inmediatamente antes del español, en el artículo 4º que es, sin duda, uno de los emblemas de este ordenamiento y del concepto constitucional que encierra (52). Es, se ha dicho, la declaración de derechos de la constitución de 1812. « La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen ». Luego derechos legítimos de los individuos existen y, específicamente, la libertad civil y la propiedad merecen resaltarse e individualizarse. No interesa tanto aquí preguntarse si es ésta o no propiamente la declaración de derechos o si se contiene más bien a lo largo del articulado constitucional (53) como reparar en alguna pista que estas líneas ofrecen para sostener nuestra hipótesis de trabajo que siempre habrá de comprobar la investigación más

(51) Que perfectamente además refeleja luego el mecanismo previsto por las mismas Cortes extraordinarias que elaboraron el texto para su juramento obligatorio por todos los españoles y las corporaciones y colegios de diferente tipo a que pudieran pertenecer, cfr. M. LORENTE, *El juramento constitucional*, cit.

(52) Para su estudio es imprescindible partir de B. CLAVERO, *Propiedad como libertad...*, cit.

(53) M. ARTOLA, *La burguesía revolucionaria, 1808-1874,* Madrid, 1973 y siguiendo su insinuación una buena parte de la historiografía española.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

empírica. En primer lugar el dato de que el individuo a que se está refiriendo el texto ha de ser necesariamente el español que se presenta luego pues no otra especie de individuo compone la nación ni conoce el ordenamiento. En segundo lugar, y sobre todo, el hecho de que la protección de los derechos se encomiende a la nación que, de la misma manera que luego se obliga al español respecto al ordenamiento constitucional y la patria, « está obligada » ella a la conservación y protección de los derechos de los individuos. En tercer lugar, la forma en que la nación se compromete a tal protección mediante « leyes sabias y justas ».

La resultante final de la forma de construir esta entrada en el sistema apunta hacia una superioridad del sujeto nacional cuyo concurso parece entenderse inexcusable para el sostenimiento de unos derechos individuales que, de otro modo, carecen de soporte autónomo. No cabe aquí muy cómodamente, creo, la figuración de una antropología estrictamente individual que pueda absolutizar la idea de la suficiencia de los derechos individuales por razón únicamente natural. Conservar y proteger los derechos requiere no solamente del inevitable patrocinio de la nación sino también de una determinada forma de actuación que la constitución supone a la misma nación pues únicamente las *leyes sabias y justas* pueden proteger tales derechos, curiosamente la misma especie de protección que recibe posteriormente la religión, valor también nacional (54). No se está negando que el individo sea un supuesto esencial de la constitución ni que de sus derechos pueda haber un entendimiento subjetivo que se refleje en este artículo cuarto, pero sí que la mediación de la nación en la comprensión de los derechos de los individuos y en todo el planteamiento básico de este primer título adquiere una decisiva relevancia para la comprensión de la posición del individuo y sus derechos en el conjunto del sistema. La sintaxis misma de la oración que compone este artículo no deja lugar a dudas: los derechos pertenecen legítimamente a los individuos que componen la nación, son los derechos de esos individuos. Otra redacción prevista en un primer momento y luego desechada tam-

(54) La coincidencia la advierte B. CLAVERO, *Vocación católica y advocación siciliana de la constitución española de 1812*, en *Accademia Peloritana dei Pericolanti*, LX, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bién puede resultar ilustrativa de lo que se quiere insinuar: « La Nación está obligada a proteger y conservar a sus individuos todos sus derechos ». Los derechos se entienden de los individuos, éstos de la nación (55).

Si a la constitución preguntáramos qué ocurre con los derechos de las personas que no pertenecen a la comunidad nacional nos quedaríamos sin respuesta pues en ningún momento ha enviado mensaje alguno el texto al individuo-persona sino al que compone la nación, i.e., al español que es muchas más cosas que individuo. Esta hipótesis de una mediación nacional en la comprensión del sujeto individual y sus derechos podría también extrapolarse para explicar la supremacía que el texto otorga posteriormente a la asamblea de la nación, a las Cortes, en los momentos en que más de lleno se entra a disponer garantías. Que se trasladen éstas en su mayor parte al título judicial y que se cierre éste con un artículo, el 308, que habilita en exclusiva a las Cortes para decretar la suspensión « de algunas de las formalidades » que se han previsto — entre ellas, inviolabilidad de domicilio, garantías procesales y demás seguridades de la persona (56) — puede dar idea de hasta qué punto podía asimilarse tal mediación que confirmaría la asignación a las Cortes como instancia más efectiva de la defensa del conjunto del ordenamiento quedando en ellas la capacidad de hacer valer la normatividad del texto (57).

Observemos ahora el segundo de los títulos de nuestro texto constitucional. Su disposición, ya se ha recordado en el epígrafe anterior, vuelve a anteponer la definición nacional: *Del territorio de las Españas, su Religión y Gobierno, y de los Ciudadanos españoles*. Interesa al sistema definir y precisar una geografía nacional, cosa no tan sencilla en el caso de unas Españas que se extendían por Europa, África, América y Asia. Se sabe por los debates de este artículo que era además cuestión de importancia para los diputados que su

---

(55) *Actas de la Comisión de Constitución* (ed. de M.C. Diz-Lois), Madrid, 1976 p. 78.

(56) Cfr. P. CRUZ, *El estado de sitio y la constitución*, Madrid, 1980 p. 258 ss.

(57) Cfr. M. LORENTE, *Las infracciones*, cit. y F. TOMAS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones*, cit. p. 159 ss. para la idea de la comprensión por esta vía de la constitución como amparo de libertades.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

territorio fuera reflejado en el texto como territorio nacional (58) confirmando así la trascendencia que se otorgaba entonces a esta materia de definición territorial de la nación. Interesa también establecer en este contexto de definición de la nación española su confesión religiosa. El artículo doce — seña de identidad estructural de este sistema — no dejaba al respecto la más mínima opción (59) estableciendo una excluyente declaración de fe (60) que conscientemente además es preservada en el debate constituyente ante retoques de redacción que pudieran haber permitido una lectura de tolerancia (61) y en los rituales de juramento que antes y después de elaborarse el texto se disponen (62). Como ha demostrado el profesor Clavero en los trabajos que vengo citando, la manera en que en la constitución española de 1812 se introduce la declaración de confesionalidad nacional más que comprometer al ordenamiento lo refuerza. La cuestión, con tales datos, no puede dejar de interesar y mucho a la investigación propuesta.

Lo hará sobre todo por la ilustración que puede ofrecer a nuestro punto actual, a la hipótesis que maneja este proyecto. Con la declaración del artículo 12 quedaba claro que allí no cabía suposición de que la religión pudiera ser materia de conciencia individual, de que constituyera un ámbito de determinación del propio individuo aquí plenamente soberano. Una confesión del sujeto mayor del sistema, la nación, no lo consentía. Entre libertad del individuo en materia de conciencia religiosa y determinación comunitaria de la misma se opta por ésta imponiendo la confesión

---

(58) No sólo para representantes de territorios peninsulares que quedan fuera de la nómina en principio propuesta — como Molina — sino muy especialmente para los americanos. Cfr. M. Lorente, *América en Cádiz* en P. Cruz (e.a.) *Los origenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: un estudio comparativo*, Sevilla, 1993.

(59) Recuerdo el texto: « La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la proteje por leyes sabias y justas, y prohibe el ejercicio de cualquiera otra ». Para introducirse en la cuestión cfr. E. La Parra, *El primer liberalismo español y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Alicante, 1982.

(60) Cfr. B. Clavero, *Manual...* cit. cap. II y *Vocación católica...*, cit. passim.

(61) Cfr. J.M. Portillo, *Introducción al sistema constitucional español de 1812. La nación católica*, cit.

(62) Cfr. M. Lorente, *El juramento...*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la nación. Y no es que se desconociera entonces otra forma de arreglo de la cuestión: « Ningún ciudadano será incomodado en su religión, sea la que quiera » disponía un proyecto de constitución surgido en el mismo debate constituyente y otros ejemplos podrían encontrarse (63) demostrando por lo tanto que se trata de una opción decisiva del sistema. Cuando se debata sobre los requisitos exigibles para el acceso a la condición de español primero y ciudadano español después podrá argumentarse en favor de la no inclusión de la exigencia de la participación en la fe católica por entenderse que la mera asimilación a la comunidad nacional española, católica por definción constitucional, lo implicaba (64). Quedaba claro para el sistema que la religión, como valor y fe nacionales, se situaba en un plano de intangibilidad total para el individuo.

Pero el artículo 12 debe interesar a la investigación también por su segunda parte que se añade al reclamar algunos diputados un compromiso explícito de la nación en la protección de la religión. Síntoma de que se trata de algo verdaderamente novedoso es su repudio por parte de la reacción española y europea (65). « Parece que este artículo ha entrado en la Constitución como de contrabando o para servir de pasaporte a la parte pretendidamente filosófica, porque si él fuera auténtico, si debe realmente ser observado, se seguiría necesariamente que la Constitución es falsa », concluía Ludwig von Haller en su análisis de la constitución española de 1812

---

(63) A. FLOREZ ESTRADA, *Constitución para la Nación Española*, cit. J.A. LLORENTE, *Discursos sobre una constitución religiosa considerada como parte de la civil nacional*, París, 1820 demostrando una posición sustancialmente distinta que refuerza la posición del Estado y no de la nación: « La religión cristiana católica apostólica romana será la del estado, el cual pagará y protegerá su culto. Pero aunque se desea que la profesen todos los individuos y cuantas personas habiten su territorio, no se procederá sin embargo contra los que sigan otra pues se considera este acto como uno de aquellos a que nadie debe ser compelido contra su propio convencimiento ».

(64) Sin embargo el decreto CCLI de 13 de abril de 1813 sobre concesión de tales cartas de naturaleza recupera el criterio: « habiendo hecho constar ser Católico, Apostólico, Romano y concurrir en él las circunstancias y calidades que le pueden hacer merecedor de esta gracia... ».

(65) Cfr. J.M. INURRITEGUI, *Biblioteca de Religión en tiempo sin historia. La catolicidad en nuestros orígenes constitucionales* (a publicarse en *Antiguo Régimen y revolución liberal. Homenaje al prof. Miguel Artola*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

escrito y publicado para prevenir sobre ella (66). La novedad estaba no sólo en que la religión fuera ante todo valor nacional sino en el compromiso de protección que se establece en los mismos términos que se había hecho para los derechos de los individuos. Significaba, y así se entendió, que las materias relativas al ejercicio de la religión y a la protección y disciplina de la Iglesia podían ser intervenidas por el cuerpo nacional. El decreto de 22 de febrero de 1813 que abolió la Inquisición y estableció los tribunales protectores de la fe — que se reclama consecuencia directa del artículo que tratamos — será la expresión más decisiva de esta revolución interna de la monarquía católica: « La Religión Católica, Apostólica, Romana será protegida por leyes conformes a la Constitución. El tribunal de la Inquisición es incomptible con la Constitución ». Esta era la traducción de una comprensión constitucional de la religión como valor nacional: la imposición de la constitución como rasero de medida del ordenamiento, también en materia de disciplina y protección de la religión.

Aún tratándose de una hipótesis que requiere una paciente y concreta comprobación, es muy posible que en esta solución constitucional católica que se adopta en la monarquía española en 1812 esté pasando su factura un lastre histórico que desde el último tercio del siglo XVII sobre todo — aunque probablemente antes — ha marcado rutas culturalmente muy divergentes entre esta monarquía y una tradición de *natural jurisprudence* de concepción de derechos de individuo y de dominio también individual de conciencia (67). Si, efectivamente, esa autopista que conecta a Hugo Grocio con Adam Smith no pasa ni cruza por el espacio cultural de la monarquía católica, o lo hace tardíamente, no aportando la idea de un dominio privado sobre la conciencia, el sentido moral y la creencia podrá comprenderse mejor una solución que buscara un efecto liberador por el medio de un control nacional de la religión en detrimento no

(66) *Análisis de la constitución española* (1814), Madrid, 1823 p. 9. Es obra que se empieza a trabajar en 1814 y que ve la luz en 1821 en version alemana y francesa, ambeas del autor.

(67) Es, como digo, una insinuación que requiere un tratamiento en profundidad. Me baso únicamente en contrastes provistos por la historiografía y por simplificar referencias, confróntense las lecturas de B. Clavero, *Antidora*, cit. Y S. Buckle, *Natural law and the theory of property. Grotius to Hume*, Oxford, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de ésta sino de una disciplina eclesiástica que es, precisamente, donde ya desde las décadas finales del XVIII se venía señalando el objetivo. De este modo si, efectivamente, la catolicidad del sujeto nacional costreñía la libertad en esa materia del individuo determinándolo por razón de su pertenencia a la nación, al mismo tiempo esa misma asimilación de la religión a confesión de la comunidad y competencia de protección del cuerpo nacional podía resultar enormemente liberadora en una monarquía católica.

4. *Potestades, instituciones, poderes.*

El proyecto de investigación aquí planteado ha de dedicar su segunda parte al estudio de la estructura de poderes que contiene el sistema constitucional español de 1812. Tampoco es una cuestión sencilla pues, para empezar, ya se ha visto en la presentación comparativa realizada anteriormente que de poderes propiamente no se habla en el texto aunque poderes se instituyen y asignan. Decíamos que el texto, a la hora de presentar la forma de gobierno, se refiere exclusivamente a potestades — *facultades* en la formulación que hace primeramente la Comisión — rechazando la nomenclatura prevista de poderes. Además de sustituir el concepto por el contenido esta decisión afectó a la forma de nombrar los títulos que nos presentan los poderes pasando la institución (Cortes, rey, tribunales) a dar nombre a los respectivos títulos (68). La única explicación ofrecida para este cambio fue que la referencia a poderes parecía demasiado doctrinal y francesa prefiriéndose esta otra más « original y aceptable ». Puede ser la única razón para este cambio pero puede también responder a una determinada concepción del poder. Junto a ello, en tramitación parlamentaria del proyecto, se agregó a este momento declarativo de la forma de gobierno el artículo originalmente cuarto y definitivamente décimotercero en el que se hacía objeto primordial del gobierno « la felicidad de la Nación » pues, se añadía, « el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen ».

(68) La advertencia sobre la terminología la realiza F. TOMAS Y VALIENTE, *Poder judicial y Tribunal Constitucional*, en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993 p. 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La felicidad de la nación y el bien estar de los individuos pasaban por una forma de gobierno capaz de procurarlos y justificar así todo el ordenamiento. El sistema español de 1812 encontró la fórmula precisa para ello en la « monarquía moderada hereditaria » que es como define su forma de gobierno. En el concepto de monarquía moderada es donde debe centrarse pues la investigación, cuestionarse qué significaba para los constituyentes gaditanos. La pista principal para ello se contiene desde luego, creo, en el mismo texto, que, a continuación y como parte de este mismo razonamiento que se viene derivando desde la identificación del gobierno con la felicidad de la nación, asigna potestades. Lo hace de modo que se entienda equilibrado el sistema de poderes que se genera con la doble entrada del rey en el ejecutivo — en exclusiva — y el legislativo — junto a las Cortes. Precisamente ahí podía esperarse debate pues nunca históricamente la cuestión del veto había sido pacífica y las actas de la tramitación parlamentaria del proyecto lo consignan justificando así, creo, la preocupación por el cambio de nomenclatura que detectaba una primera lectura. Fue posible defender allí este equilibrio insistiendo en que realmente no se trataba de un poder sino de una potestad, viniendo a decir que el auténtico poder, el que denota soberanía, lo ejercían las Cortes en exclusiva en el ejercicio institutivo de potestades. Estas últimas eran más un medio, una manera de expresión que convenía fuera lo más equilibrada posible. Podría, en fin, jugarse en este ámbito creando un sistema complejo de contrapesos, moderar el gobierno de la monarquía porque conceptualmente se distinguía entre poder y potestad, entre capacidad soberana de actuación y asignación de ésta a un instituto para su ejercicio. No se afectaba, utilizando este razonamiento, la premisa mayor del sistema de la soberanía nacional. Si esto fuera así ¿qué se temía de un sistema más puro y directo de definición sin más de poderes?

Para responder a ello tendrá la investigación que sumergirse definitivamente en los títulos centrales de la constitución. Atenderá a la forma, en primer lugar, de las Cortes pues una primera definición como « reunión de todos los diputados que representan la Nación » se complejiza inmediatamente con un sistema de composición de la representación nacional que integra diferentes niveles (parroquia, partido, provincia). E interesará porque en la época no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era gratuito que fuera ésta la forma idonea de representar a la nación española no estando claro para todos los participantes en el debate — tanto en el parlamentario como en el social — que la nación quedara reflejada en una asamblea de diputados nombrados en un colegio provincial por los electores que han ido resultando de los niveles inferiores. La primera contradicción que sufrió el proyecto constitucional de hecho consistió en una intervención contra esta forma de entender la representación teniéndola por espuria respecto a la tradición histórica que requería una forma más compleja de formación de la representación. En la controversia que había precedido a la convocatoria de las Cortes el tema era precisamente este que vuelve a suscitarse al tratarse de la forma de representación constitucionalmente prevista manifestándose fuerte la idea de que la arquitectura más conveniente para representar la nación debía adecuarse a una comprensión histórica de la constitución española.

Defendida por el grupo que se movía en torno a Jovellanos la idea de una representación en cámaras y que atendiera a privilegios y tradiciones históricas divergentes como las de los territorios con estados propios, identificaba la libertad con la representación suponiendo que ésta debía servir exclusivamente para su objeto *natural* de gobierno y legislación, no para mostrar la soberanía de una de las partes del complejo compuesto nacional por encima del rey o la historia (69). Si representación era libertad ésta no radicaba en una disposición de un sujeto nacional para el establecimiento del ordenamiento. En ese concepto informado por la cultura constitucional británica la libertad residía precisamente en la existencia de institutos como la representación y la monarquía autónomamente respecto a los sujetos del propio sistema sin que existiera una capacidad institutiva en ninguno de ellos (70).

Pero habiéndose impuesto ya en el propio debate preconstitu-

(69) El texto más elaborado, además de los pasajes del propio Jovellanos en su *Memoria en defensa de la Junta Central*, 1811 (ed. actual de J.M. Caso Oviedo, 1992), es el de John ALLEN, *Suggestions on the Cortes*, s.l. 1810 con trad. española de época y del que prepara edición el prof. Tomás y Valiente.

(70) Cfr. J. POCOCK, *Burke and the ancient constitution: a problem in the history of ideas*», en, del mismo*, Politics, language and time. Essays on political thought and history*, Chicago U.P. (1960), 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

yente una idea más instituiva de la representación, la constitución parece ceder a este mismo concepto previendo una única cámara de representación nacional sin concesiones a más *status* que el de ciudadano. Ni se representan dignidades ni territorios sino que las Cortes son una reunión de diputados que representan la nación. Sin embargo algún tipo de corrección sí introduce el texto empezando por una forma de configuración de la representación nacional que integra distintos ámbitos desde uno parroquial que se define como asamblea de electores locales identificados con los ciudadanos, esto es, padres de familia con oficio o modo de vivir conocido con capacidad para mantener familia separada. Los electores resultantes de estos comicios y los de partido configuraban un colegio de electores provinciales de donde surge el diputado. En un acto, como los anteriores, político-religioso se procedía a una nominación que significaba una implicación directa de la provincia con la diputación ejercida por el o los diputados electos (art. 100 que recoge los poderes que otorgaban los electores provinciales a los diputados). Se iba de este modo repercutiendo en esta asamblea sin estamentos una representación nacional más compuesta de lo que anunciara la entrada en materia del artículo 34. Importará a la investigación indagar sobre estos indicios de una complejización del concepto de representación que aparentemente ofrece el texto constitucional por la consecuencia que pueda tener para la comprensión general de un sistema que ha definido su forma de gobierno en base a la idea de monarquía moderada y cifrado la conveniente moderación en el equilibrio de potestades.

Incumbe también a la investigación indagar el sentido constitucional de esta institución de representación nacional. Una pista puede ofrecerla el dato de que de entre las competencias que desglosa el texto para las Cortes la gran mayoría se refieren o a materias relacionadas con la institución monárquica y la sucesión o a cuestiones relativas a la fiscalidad y seguridad patrimonial de la nación dedicando capítulo específico a la producción legislativa. Puede dar una idea de lo que los constituyentes gaditanos consideraban relevante para esta institución: su virtualidad para oponerse y asegurarse la nación frente a una posible derivación despótica del gobierno. No debe olvidarse que uno de los motores más primarios que se detectan en la crisis de independencia de la que es hija en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

defintiva la constitución es, preciamente, la liberación respecto al despotismo interior que había adquirido en las últimas décadas del régimen anterior su forma más descarnada con el gobierno de Godoy. La posibilidad de contar, desde la asamblea propia de la nación, con un control efectivo, por una parte, sobre el patrimonio ahora nacional, la provisión de empleos públicos, sobre un crédito que también es ya del mismo sujeto o la fijación de la fuerza militar y su presupuesto y, por otro, sobre la sucesión, la designación de regencia o la toma de juramento al rey y al príncipe de Asturias podía crear las seguridades pertinentes que estaban en la mente de los constituyentes de 1812.

El discurso que como preliminar remitió la Comisión a las Cortes junto al proyecto de constitución reconocía que precisamente en aquellas cuestiones era en las que el elenco de facultades del cuerpo representativo de la nación tenía que ser más explícito puesto que eran también sobre las que más cómodamente podía fundamentarse un despotismo: « Por otro lado el inmenso poder que se ha adjudicado a la autoridad real necesita de un freno que constantemente le contenga dentro de sus límites; que cualquiera que estos sean, reducidos a la ineficacia de una ley escrita, sólo opondrá siempre una débil barrera al que tiene a su mando el ejército, el manejo de la tesorería y la provisión de empleos y gracias sin que la autoridad de las Cortes tenga a su disposición medios tan terribles para traspasar los límites prescritos a sus facultades debilitadas ya en gran manera por la sanción del Rey » (71). A esta misma lógica parece responder la previsión de una determinada forma de permanencia de las Cortes mediante su diputación permanente y la de Cortes extraordinarias específicamente previstas para materias relacionadas con la Corona y la sucesión.

Pero sin duda el momento más delicado de actuación de las Cortes es el legislativo. El texto lo diferencia y aisla en un capítulo específico después de haber establecido las antedichas seguridades libertarias. De la lectura de los registros de las sesiones de las cortes en que se discutió este proyecto constitucional y de la misma cultura general que la informa podrá colegirse que era éste un momento

(71) *Proyecto de constitución política*, cit. p. 17-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delicado por poder servir de cauce para la imposición de un valor antropológicamente negativo — la pasión y el interés — por encima de otro positivo — la virtud y la sabiduría. Es por ello que el sistema crea un proceso lento con diversas lecturas, discusión, votación y sanción real. « La parte que se ha dado al Rey en la autoridad legislativa, concediéndole la sanción, tiene por objeto corregir y depurar cuanto sea posible el carácter impetuoso que necesariamente domina en un cuerpo numeroso que delibera sobre materias las más de las veces muy propias para empeñar al mismo tiempo las virtudes y los defectos del ánimo » adevertía el discurso de presentación del proyecto que acabo de citar insistiendo en que la sanción que se reconoce al monarca « debe considerarse sólo como un correctivo » (72). El abecedario más elemental de cultura política enseñaba entonces, y la lección se da muestras de haberse aprendido, que la legislación no era únicamente un acto de gobierno que requiriera una manifestación de voluntad, sino también un proceso de interpretación de una realidad material que se imponía y cuyo descubrimiento dependía más de un sentido común que de una voluntad individual (73). Cuanto más se interviniera el proceso más equilibrado resultaba el sistema guardando, como lo hacía, la vigencia de una primacía siempre parlamentaria (arts. 148-152). Esto era equilibrio y monarquía moderada. Aquí se manifestaba en su plenitud la concepción del sistema de gobierno.

Desde esta consideración la investigación deberá introducirse en el significado que los constituyentes otorgaban al momento legislativo y a la ley como actuación esencial del cuerpo representativo de la nación (« la potestad de hacer leyes corresponde esencialmente a las Cortes » se dice en el mismo lugar citado) y explicar hasta qué punto nos hallamos aquí, como en Francia, ante un sistema que establece el imperio de la ley como primer criterio de legitimidad con las consecuencias históricas que pueda conllevar (74). Hasta qué punto también la ley podría haber adquirido en ese sistema una

---

(72) *Ibid.* p. 18-19.

(73) Cfr. J.N. Shklar, *Montesquieu*, Oxford, 1987 p. 69.

(74) Cfr. R. Martucci, *1789/1793: dalle garanzie giuridiche alla supremazia del politico. Sulla Rivoluzione Francese e le sue dinamiche istituzionali*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XX, 2, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

centralidad que terminara por convertirla en principio superior a cualquier otra manifestación del derecho o, por el contrario, factores como la religión — siempre presente en el modelo — podían corregir la tendencia a considerar la ley por encima de cualquier otro valor (75). La cuestión para la investigación propuesta podría formularse en el sentido de detectar si en el proceso de fabricación de la ley — con las prevenciones que afloran hacia las pasiones — se camina hacia un modelo de absolutización de ésta como manifestación más evidente del planteamiento antipolítico (76) o si se consideran y operan criterios morales que puedan activarse frente a la razón de las pasiones sin pasar por la afirmación de una nueva virtud revolucionaria basada en una razón estrictamente legal que supere a la política como arte del compromiso (77).

La prueba más decisiva del concepto de monarquía moderada que estaban manejando los constituyentes gaditanos deberá producirse sin embargo en el cuarto de los títulos de la constitución: *Del Rey*. El provecho para la investigación del estudio del instituto monárquico vendrá ante todo de la información que facilita sobre el concepto constitucional del lugar asignado al titular de una dinastía histórica, su « Magestad Católica » (art. 169), ahora « Rey de las Españas por la gracia de Dios y la Constitución » como reza el epígrafe que las Cortes mandan introducir encabezando la constitución para su impresión y circulación. En la monarquía y el rey se concentraba un precipitado histórico que en el caso de las Cortes no podía tan claramente adivinarse — a pesar de los esfuerzos que en este sentido se realizan y a los que me referiré luego — dado su

---

(75) Cfr. R. SCHNUR, *« La Revolution est finie ». Su un dilemma del diritto positivo nella fattispecie del positivismo giuridico borghese*, en, del mismo, *Rivoluzione e guerra civile*, Milán, 1986; M.A. CATTANEO, *Separazione dei poteri e certezza del diritto nella Rivoluzione Francese*, en M.A. CATTANEO (ed.), *Diritto e Stato nella filosofia della Rivolzione francese*, Milán, 1992 así como el trabajo seminal de J. RAY, *La Révolution française et la pensée juridique: l'idée du régne de la loi*, en *Revue Philosophique*, 1939.

(76) Cfr. P. VIOLA, *É legale perché lo voglio io*, cit.; del mismo, *Il crollo dell'Antico Regime. Politica e antipolitica nella Francia della Rivoluzione*, Roma, 1993; S. LUZZATTO, *L'autunno della Rivoluzione,* cit. p. 164 ss.

(77) Cfr. P.J. STANLIS, *Burke, Rousseau and the French Revolution*, en S. Blakemore (ed.), *Burke and the French Revolution. Bicentennial essays*, Athens (Georgia), 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradicional desajuste constitucional (78). La monarquía, efectivamente, como la Iglesia, transita entre sistemas aunque la nación, en el momento de definir su soberanía, se reserva sobre la primera una intervención que se traduce luego constitucionalmente. Las Cortes en su primer decreto « reconocen, proclaman y juran de nuevo por su único y legítimo Rey al Señor D. Fernando VII ». « El Rey de las Españas es el Sr. D. Fernando VII de Borbón, que actualmente reina » recoge luego la constitución (art. 179). Constituye ya de por sí un síntoma que ha de prevenir a nuestra investigación sobre la importancia que para este sistema tenía la precisa asignación de un lugar constitucional a la monarquía.

La monarquía, sobre ello no creo que pueda caber duda, es un presupuesto del sistema. Nadie — nadie significativo al menos — dudaba entonces que ésta fuera la forma de gobierno de las Españas. De hecho, cuando las Cortes debaten el artículo 3 del texto propuesto por la Comisión se decidió suprimir una frase final en la que tras el derecho « de establecer sus leyes fundamentales » se añadía « y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga » dado que podía afectar, precisamente, a la monarquía (79). No obstante, como digo, intervención de la nación sobre la monarquía hay ahora y abundante. Lo hemos comprobado en la lectura de las facultades de las Cortes viendo que una gran parte de ellas establecían en esta asamblea capacidades de decisión sobre materias de sucesión. La más decisiva de las intervenciones en este sentido se reserva, sin embargo, al segundo capítulo de este título IV dedicado al rey, *De la sucesión a la corona*. Su tramitación secreta puede dar idea de la importancia que podía tener para la monarquía en su conjunto la cuestión sucesoria que las Cortes ahora dejan regulada mediante la definitiva supresión de la ley sálica y la reposición de la « costumbre antigua de España » con el llamamiento de las hembras de mejor línea o grado. También en las Cortes queda residente una capacidad

(78) Cfr. P. Fernandez Albaladejo - J.A. Pardos, *Castilla, territorio sin Cortes* (siglosXV-XVII), en *Revista de las Cortes Generales*, 15, 1988; J. Viejo, *Grocio católico...* cit.; J.L. Castellano, *Las Cortes de Castilla y su diputación (1621-1789). Entre pactismo y absolutismo*, Madrid, 1991.

(79) Sobre este punto cfr. R.L. Blanco, *Rey, Cortes y fuerza armada*, cit. p. 123 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de determinación para el caso en que se extinguieran las líneas que dejaba previstas la constitución (art. 182).

La dedicación de un capítulo específico a la regulación de la sucesión con la reserva dicha — que también se recogía expresamente entre las facultades específicas de las Cortes (art. 131.3) — permitió al sistema otorgar a la nación una intervención bastante determinante en la sucesión dinástica y en la posesión misma de la Corona con la batería de disposiciones que contemplan la renuncia o abdicación del miembro de la familia real que no se sometiera a estas determinaciones (salida del reino, matrimonio o simple inhabilitación del monarca incapacitado a juicio de las Cortes). Forma parte de un programa de intervención nacional en todo lo que tuviera que ver con la monarquía y el monarca que se completa con sendos capítulos en los que quedan previstos tanto la manera de formarse la regencia en caso necesario — con presencia de diputados — como los compromisos con los miembros de familia real y el papel del príncipe de Asturias incluida su educación que ya las Cortes se han reservado como materia de competencia exclusiva suya (art. 131.22). Con esta entrada constitucional en el ámbito de la casa del rey estaba el sistema realmente entendiendo que imponía límites efectivos a las posibilidades de actuación despótica o patrimonialista en un espacio concebido ya enteramente como público y de interés directo del cuerpo nacional.

Actuaba el constitucionalismo español de 1812 dentro de una lógica constitucional de limitación del poder del monarca que recorre todo el título IV. Aquí, a diferencia de las demás potestades definidas en el texto, se introduce un artículo que lista expresamente « las restricciones de la autoridad del Rey » que afectan básicamente, de nuevo, a actuaciones sobre la dinastía, el patrimonio nacional y la libertad y propiedad de los individuos. Que en la mente más generalizada entre los constituyentes gaditanos el rey fuera un poder precisado de limitación constitucional expresa lo puede insinuar el hecho de que este artículo se aprueba en todo su listado prácticamente sin oposición reformándose únicamente la sintaxis de dos de ellas para reforzar las consecuencias de una extralimitación del monarca. El discurso de presentación del proyecto constitucional ya lo anticipaba: « A continuación se determinan con la misma puntualidad las restricciones que la autoridad del Rey no puede

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menos de tener si no ha de ser un nombre vano la libertad de la Nación » (80). Su vinculación con esta serie de previsiones y precauciones constitucionales se produce además mediante un juramento que presta como príncipe de Asturias y como rey comprometiéndose con la religión católica, la constitución y el cumplimiento de todas aquellas restricciones que el artículo precedente ha considerado esenciales para la garantía de la libertad (art. 173).

En positivo el sistema trata la institución real asignándole una función doble de mantenimiento del orden público « en lo interior » y de seguridad del Estado « en lo exterior » (art. 170). No se considera a estos efectos *facultad* la intervención legislativa del monarca sino *prerrogativa* al afectar a un ámbito en principio extraño al suyo propio (y necesitado por tanto de justificación diversa) en el que dasarrolla plenamente sus facultades con el intermedio de los secretarios de Estado y del Despacho a quienes las propias Cortes se reservan el derecho de diseñar su estatuto. Estas facultades del rey le proveen de un espacio político propio que se relaciona con los conceptos de seguridad y orden público que ya se ha anunciado y en los que tiene siempre una mano limitada por la previsión añadida casi constantemente de arreglo a las leyes o a las decisiones de las Cortes. Para la realización de sus funciones más importantes — « dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados » (art. 236) — cuenta el rey con un Consejo de Estado de composición heterogénea con cuatro eclesiásticos, cuatro grandes de España y el resto, hasta sus cuarenta componentes, elegidos por sus servicios al Estado con la condición de no ser diputados. Su nombramiento lo realiza el rey sobre una terna presentada por las Cortes. Se establecen algunas previsiones que refuerzan a este Consejo, concretamente su intervención en la provisión de las plazas de judicatura — qua ya anunciara el artículo 171.4 — y la incapacidad del rey para destituir a los consejeros una vez nombrados. Se instituye con ello un consejo de vigilancia de los actos del rey en las cuestiones más decisivas que a éste se han cometido, una institución que, como decía el diputado Espiga, « contenga la arbitrariedad » que rodea siempre al trono.

(80) *Proyecto de constitución*...cit. p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con todo ello el sistema añadía evidentes dosis de republicanismo a un modelo vocacionalmente monárquico (81). Ya la constitución ha ofrecido alguna pista de la existencia de un concepto de este alcance al formular compromisos de una naturaleza propiamente republicana (82), que respondían a definiciones más canónicas de una virtud de este tipo (83). Sabemos también que no eran necesariamente componentes excluyentes y que, precisamente en base a la moderación y el equilibrio culturalmente cabía, más que la posibilidad, la conveniencia de una mixtión semejante (84) La idea de monarquía moderada que interesa a nuestra investigación aparentemente se resuelve en un mantenimiento de la institución monárquica y en un establecimiento de una superioridad de la nación y las instituciones de representación de la misma. La constitución diseña una forma de gobierno en la que se moderan y templan los dos peligros frente a los que prevenía la cultura política de la que se participa en el debate. Por una parte un parlamentarismo incontrolado que pudiera traducir en legislación pasiones e intereses individuales o de grupo, que facilitara la formación de « facciones », esto es, de articulaciones de esos mismos intereses y pasiones que no coinciden, por su misma naturaleza, con el bien de la nación. Pero por otra, y sobre todo, el sistema trata de contener y limitar al monarca generando mecanismos específicos que situan siempre cerca de su actuación institutos en los que la nación esté representada. El sistema adoptaba con ello un mecanismo curioso que ofrecía una imagen diferente del mismo en función del lugar que constitucionalmente se ocupara: desde la posición del rey se diferenciaban y separaban los poderes estableciendo unos límites precisos del terri-

---

(81) La idea la apunta B. CLAVERO, *Advocación católica...*, cit. p. 26-28.

(82) « El amor de la patria es una de las principales obligaciones de todos los Españoles; y así mismo el ser justos y benéficos » (art.6); « Está asimismo obligado todo Español a defender la patria con las armas, cuando sea llmado por la ley » (art. 9).

(83) MONTESQUIEU, *De l'esprit del lois*, (de. D. Oster), París, 1964 Avertissement de l'auteur: « ... la vertù dans la république est l'amour de la patrie, c'est-à-dire l'amour de l'egalité » y, más adelante (IV; 5): « Cet amour, demandant une préference continuelle de l'intérêt public au sien propre, donne totutes les vertus particulières; elles en sont que cette préférence ».

(84) Cfr. R. HALEVI, *La repubblica monarchica*, en F. Furet y M. Ozuf (eds.), *L'idea di repubblica nell'europa moderna*, Bari, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

torio vetado mientras que desde la posición de las Cortes se diría que se equilibraban y contrapesaban los poderes, sobre todo por lo que hacía a la intervención — mediante Cortes o Consejo — en ámbitos de actuación del rey — su casa, la dinastía, la regencia, la sanción de las leyes y el nombramiento de jueces. Dicho de otro modo, no cabía duda de que el gobierno era monárquico, pero la constitución no era únicamente gobierno y en ella podían caber diferentes composiciones de las potestades (85).

De hecho, para la exploración del sistema que interesa a nuestra investigación muestra aquí el edificio constitucional español de 1812 una entrada interesante. No ha declarado expresamente — a diferencia en ello también de la constitución monárquica francesa de 1791 — al rey representante. Antes bien, los únicos representantes que reconoce son los diputados que forman unas Cortes con una extraordinaria capacidad a lo largo y ancho del sistema para intervenir — de uno u otro modo — en todo ejercicio de poder.

Ello es más palmario en el espacio más exclusivo del monarca, esto es, la fuerza militar. Asignado a él el mando de los ejércitos y la armada y la declaración de la guerra o la conclusión de la paz (art. 171.8 y 3) habilitaba el sistema una serie de entradas que corrigen una posible posición del rey como gestor exclusivo de la guerra y el ejército mediante la aprobación debida por las Cortes de los subsidios de todo tipo, los tratados de alianza ofensiva, la elaboración de las ordenanzas de los ejércitos (art. 131.7 y 11) y, ante todo, la introducción de un instituto militar que muy ambiguamente trata el capítulo II del título X *De las Milicias nacionales* como cuerpo armado provincial del que se anuncia un más detenido tratamiento legislativo pero que por su diferente posición en el edificio constitucional puede presumirse se constituye más bien como cuerpo militar al margen del controlado más directamente por el monarca (86). Todo ello desde la conciencia, demostrada por más de un diputado liberal, de que de otro modo — esto es, si no se le asignaba

(85) También aquí el ejercicio comparativo puede ser ilustrativo: B. MANIN, *Checks, balances and boundaries: the separation of powers in the constitutional debate of 1787*, en B. FONTANA, *The invention of the Modern Republic*, Cambridge, 1993.

(86) Para todas estas cuestiones me remito al detenido tratamiento que realiza R.L. BLANCO, *Rey, Cortes y fuerza armada*, cit. cap. 3.2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al monarca alguna facultad *fuerte* — se corría el riesgo de establecer un sistema que no mereciera ya ni el nombre de monárquico. Efectivamente, el sistema ha dedicado un esfuerzo importante al vaciado de poder en el entorno del monarca, al redimensionamiento de la posición constitucional del rey en beneficio de un equilibrio que depende en gran medida de la nación y sus instituciones de representación que se han ido estratégicamente situando en el edificio diseñado de modo que siempre tuviera el monarca cerca una de ellas. Era en este sentido que el modelo afirmaba un carácter republicano, en la presencia constante del cuerpo consociativo nacional en la política mediante oportunas formas de representación que no se agotan además en las Cortes (87).

El sistema constitucional gaditano integra además de estos dos pilares fundamentales un tercero y un cuarto que terminan de definir el engranaje de potestades, instituciones y poderes: tribunales por una parte y ayuntamientos y diputaciones provinciales por otra. Ninguno de ellos está al nivel de las Cortes o del rey aunque no tenga por qué considerarse inferior. Simplemente su naturaleza es distinta y se afirman como potestades o institutos que resultan imprescindibles a un sistema de gobierno que ya está compuesto por rey y parlamento. La pista para la distinción de naturalezas la ofrece el discurso preliminar del proyecto presentado por la Comisión constitucional introduciendo esta parte del texto con una dicotomía en el concepto de libertad que permite comprender el tratamiento diferenciado que requiren los institutos que efectivamente configuran el sistema de gobierno respecto de la justicia y los tribunales: « Hasta aquí quedan sentadas las bases en que reposa el suntuoso edificio de la libertad política de la Nación. Resta ahora asegurar la libertad civil de los individuos que la componen. El íntimo enlace, el recíproco apoyo que debe haber en toda la estructura de la Constitución, exige que la libertad civil de los españoles quede no menos afianzada en la ley fundamental del estado, que lo está ya la libertad política de los ciudadanos » (88). Hasta ahora se han tratado cuestiones que atañían ante todo a los ciudadanos mientras se trata, en el título judicial, de

(87) Cfr. a efectos comparativos P. PASQUINO, *The constitutional republicanism of Emmanuel Sieyès*, en B. FONTANA, *The invention*, cit.

(88) *Continuación del proyecto...* cit. p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la libertad de especie civil de la que participan todos los españoles, esto es, los individuos que forman la nación. La justicia así se despolitiza y asigna a un ámbito de relaciones interpersonales y de defensa de los valores individuales: « la seguridad personal de los ciudadanos, su honor y propiedad », « la vida, la libertad y la buena reputación » (89). Esa misma distinción puede permitir comprender la asimilación por parte del sistema de jurisdicciones no ordinarias (« Tribunales especiales », art. 278): no se trataría en estos casos de los tribunales de justicia que afectan a la libertad de especie civil pues sus materias rebasarían este nivel. Sería cuestión, también, de naturaleza: « la naturaleza de ciertos negocios, el método particular que conviene al fomento de algunos ramos de la industria, juntamente con los reglamentos y ordenanzas, que más que al derecho privado, pertenecen al público de las naciones, pueden exigir tribunales especiales y un arreglo particular » consignándose consulados, minería y hacienda (90). Nada se rompía ni alteraba para dar cabida el sistema a estas especies jurisdiccionales, simplemente se tenían por género diferenciado sustancialmente por no afectar a la libertad civil de los españoles. El individuo no era el único sujeto reconocible (91).

La insistencia en la importancia de la justicia por afectar a la libertad civil no era retórica cuando el escenario en este ámbito judicial estaba plagado de columnas infames. En período de vigencia de este texto constitucional y comentándolo Ramón Salas describía así el beneficio de la constitución a este respecto: « La organización de los tribunales es una de las operaciones más importantes de la política, porque de esta organización depende principalmente la seguridad de las personas y propiedades de los ciudadanos, y por consiguiente la felicidad del cuerpo social entero. Cuando yo veía en España a un alcalde que aún no sabía leer, acompañado y aconsejado por un escribano acaso no menos ignorante, pero más malicioso, instruir en el secreto un proceso criminal en que se trataba de los bienes, del honor, de la libertad, y tal vez de la vida de un hombre, y sentenciarle en ciertos casos a muerte después de haberle hecho

(89) *Ibid*. p. 4.
(90) *Ibid*. p. 12.
(91) Cfr. C. Petit, *Amos, sirvientes y comerciantes...*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sufrir años enteros en un fétido y apestado calabozo, todos los horrores de la incertidumbre, de la miseria y de la desesperación: cuando obligado por mi profesión me sucedía alguna vez tener que intervenir en alguno de estos horribles procesos, los cabellos se me erizaban, y un temblor general se apoderaba de mí al considerar el desprecio inhumano que las leyes hacían de la libertad, del honor y de la vida de los hombres » (92). Tales son los intereses primeros que deben atender la justicia y los institutos a quienes el sistema encomienda la potestad de aplicar las leyes: tribunales y jueces.

La constitución en rigor nombra única y exclusivamente a los primeros, los tribunales mientras que el juez no es de por sí un poder ni tiene potestad alguna sino en la medida en que constituye tribunal. Se refleja ya una prevención frente al juez queriendo establecer en la institución más que en el oficio la confianza (93) de una potestad que, a diferencia de las dos que ya se han tratado por el texto, no puede ni en el más extremo *casus neccesitatis* ejercerse por el parlamento o el rey (94). De ahí que el título de justicia se dedique en buena medida a delimitar por una parte un derecho a una justicia administrada por los mismos ciudadanos o los alcaldes formando junto a « dos hombres buenos » un tribunal de conciliación que es además requisito imprescindible para intentar futuras instancias ya formalmente judiciales (95) y, por otra, garantías procesales, *formalidades* que dicen tanto el discurso preliminar como la propia constitución y que únicamente pueden entenderse en el contexto de la afirmación por el propio sistema de su concepto de igualdad. « La igualdad consiste en que no haya diferencia alguna entre los individuos que componen la Nación en el uso y goce de sus derechos, ni en la distribución de premios y aplicación de castigos » se había sostenido en la Comisión que elaboró el proyecto consti-

(92) R. SALAS, *Lecciones de derecho público constitucional* (1821), Madrid, 1982 (ed. J.L. Bermejo) p. 252.

(93) Cfr. F. TOMAS Y VALIENTE, *Poder judicial y Tribunal Constitucional*, cit. p. 64 y B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, cit. cap. III.

(94) Bien entendido aquí que existe plena conciencia de estarse tratando de la justicia civil y criminal en la que se juega esta especie de libertad civil. Para otras en las que se puede arriesgar la libertad de especie política el sistema sí involucrará al cuerpo de representación nacional cfr. M. LORENTE, *Las infracciones...* cit. passim.

(95) Cfr. B. CLAVERO, *Manual*, cit. p. 38-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tucional tras discutirse largamente sobre este concepto para luego desprenderse de la última oración (96). La que podría haber sido más importante de todas ellas, « la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales » (97), se queda en mera previsión para el futuro (art. 307) por una cuestión nada despreciable de cultura (98).

Definiendo la justicia y la labor de los tribunales el sistema ha establecido, por tanto, garantías (*formalidades*) y unificación de fueros. Se responde así a un criterio de igualdad en el sentido de crear a efectos de justicia civil y criminal un único *status*, el de español. Podrá el sistema aceptar la existencia de otros estados diferenciados (militar, eclesiástico, comerciante) pero ya no para administrarles una justicia puramente civil, esto es, de composición de relaciones privadas o de restitución y satisfacción de libertades y derechos de esa especie. Eran las jurisdicciones especiales para, en los términos del discurso preliminar que vengo refiriendo, « ciertos negocios... que más que al derecho privado, pertenecen al derecho público de las naciones » (99). Arrancando la protección de la vida, el honor, la libertad civil y la propiedad de esta raíz conceptual de la igualdad y no propia y exclusivamente de la de derechos podría comprenderse mejor la disposición del artículo 308 que facultaba a las Cortes para decretar temporales suspensiones de las formalidades establecidas en el texto pues no son propiamente derechos del individuo sino requisito lógico de la igualdad formando previsiones dispuestas en el momento de activarse la potestad judicial que es quien las debe tener presentes ya que en su acción se juega la libertad civil.

Esas mismas formalidades que ahora se introducen al establecerse el modo en que los tribunales podían afectar la libertad civil

(96) De la discusión no ha quedado rastro cfr. *Actas de la Comisión de Cosntitución*, cit. p. 81 y 83.

(97) *Continuación del proyecto...*, cit. p. 15.

(98) « La libertad de la imprenta, la libre discusión sobre materias de gobierno, la circulación de obras y tratados de derecho público y jurisprudencia, de que hasta ahora había carecido España, serán el verdadero y proporcionado vehículo que lleve a todas partes del cuerpo político el alimento de la ilustración, asimilándole al estado y robustez de todos sus miembros » ibidem.

(99) Ibid. p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precisamente respondían a este criterio de igualdad que requería también la unidad de fuero y la universalidad de códigos (civil, criminal y de comercio). Únicamente desde una universalización de condiciones podría plantearse la posibilidad de establecer formalidades constantes en el proceso aunque el sistema aún consienta dos excepciones para militares y eclesiásticos con reserva de futura ley u ordenanza al respecto. Habrá de interesar también por tanto a nuestro proyecto investigador adentrarse en este concepto de igualdad pues la superación de fueros, privilegios y distinciones — y la correlativa generalización y efectividad de las formalidades garantistas — parece entenderse en la cultura constitucional española de 1812 más como una universalización de valores positivos que como una operación de desconstitucionalización deliberada de espacios histórica o geográficamente diversos. « El espíritu de liberalidad, de beneficencia y de justificación ha de ser el principio constitutivo de las leyes españolas » siendo el principio esencial, la médula inalterable que podía fijar la universalidad e igualdad que reclamaba el texto (100).

El sistema repara, dedicándoles título específico, en dos institutos que considera de imprescindible tratamiento para su proyecto de libertad. « Sentadas ya las bases de la libertad política y civil de los españoles, sólo falta aplicar los principios reconocidos en las dos primeras partes de la Constitución, arreglando el gobierno interior de las provincias y de los pueblos conforme a la índole de nuestros antiguos fueros municipales » afirmaba la Comisión de constitución al presentar la última de las partes del texto constitucional (101). No forman exactamente parte del sistema de poderes ni se confía en ellos para el mantenimiento de una libertad politica y, sin embargo, se tenía por preciso su tratamiento como espacios de realización y concreción efectiva de la libertad. No tratándose de poderes se entra

(100) *Continuación del proyecto...*, cit. p. 8. Aunque el proceso definitivamente se oriente por otras comprensiones en momentos sucesivos de vigencia también de este texto. Cfr. B. CLAVERO, *Origen de la codificación civil en España: entre Francia y Norteamérica*, en C. Petit (ed.), *Revolución burguesa y derecho privado*, cit.

(101) *Continuación y conclusión del proyecto de consoitución política de la monarquía española presentado a las Cortes generales y extraordinarias por su Comisión de constitución*, Cádiz, 1811 p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en otra dimensión en la que ya no se asignan facultades sino que se realizan encargos (arts. 321 y 335) a dos tipos diferenciados de cuerpos, ayuntamiento y diputación provincial, con subordinación expresa del primero al segundo (art. 323).

Interesan de este título y del tratamiento de estos institutos diversas cuestiones a la investigación que se propone. En primer lugar la categorización que se lleva a cabo en el texto de estos espacios esenciales de desenvolvimiento social. La categoría del ayuntamiento constitucional — que llegará a convertirse en emblema del liberalismo progresista — se define en el sistema por la superación de cualquier otra forma de composición de estos cuerpos de gobierno local (art. 312). En ella el planteamiento más liberal posterior cifrará una de las seguridades más sólidas frente al despotismo precisamente por entenderse desde un principio como cuerpo de representación local (102) y no será casual que el pensamiento de signo contrario vea luego precisamente en el carácter electivo de sus componentes alcalde, regidores y síndicos — uno de los mayores peligros para el Estado (103). El alcalde, del que ya ha hecho mención la constitución en el título dedicado a la justicia y los tribunales, se configura como uno de los componentes más complejos del entramado institucional del texto al confluir en él líneas que le vinculan tanto a la potestad judicial como a la ejecutiva lo que historiográficamente ha creado importantes problemas de interpretación tanto de la figura en sí (104) como de las implicaciones que de esta confluencia pueden derivarse para una interpretación más general del concepto de administración en el conjunto del sistema del que diremos algo inmediatamente (105).

---

(102) Ejemplo: J.M. LOPEZ, *Lecciones explicadas en la cátedra de política constitucional de la sociedad de instrucción pública en Madrid desde el 1§ de Diciembre de 1840 en adelante* en *Colección de discursos parlamentarios, defensas forenses y producciones literarias de Don Joaquín María López*, Madrid, 1856 p. 96 ss. (ed. actual de A. Elorza).

(103) Cfr. C. de CASTRO, *La revolución liberal y los municipios españoles*, Madrid, 1981.

(104) J.I. MORILLO, *El alcalde en la administración española*, Sevilla, 1977; J. GARCÍA FERNANDEZ, *El origen del municipio constitucional*, Madrid, 1983.

(105) Cfr. respectivamente A. GALLEGO, *Administración y jueces. Gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971 y J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del derecho*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Independientemente de la consideración que el texto constitucional o las disposiciones legislativas y reglamentarias que bajo su signo se produjeron realizan de estos componentes del gobierno local — en lo que no cabe entrar aquí — incumbe ante todo a nuestro proyecto reparar sobre el aporte que la inclusión de estos cuerpos en el tratamiento constitucional del sistema de gobierno tiene para la concepción global del mismo. Se deduce sin dificultad de la lectura de textos primarios como la propia constitución o el discurso de presentación del proyecto que vengo citando que tanto ayuntamientos como diputaciones provinciales son cuerpos efectivamente representativos de sus ámbitos con capacidadaes que el sistema les otorga para una gestión autónoma de espacios económicos esenciales comenzando, en el caso local, por sus propias ordenanzas (106). La opción que ello encierra no llegaba a sancionar sin duda ningún principio de hechura federal pero sí tomaba buena nota de la fuerte posición que las juntas provinciales habían logrado alcanzar durante la crisis de independencia con lo que se alumbraba constitucionalmente una forma de composición que otorgaba, sobre todo a las provincias, una inusitada capacidad de gestión autónoma del territorio en unas Españas, no se olvide, transcontinentales. Para ello se creaba absolutamente *ex novo* la categoría provincial que políticamente no había tenido relevancia en el régimen precedente más que en espacios bien concretos, los vascos, que ahora se plantearán la comptaibilización de la constitución tradicional propia y la política de la monarquía (107).

---

administrativo español en el siglo XIX (1812-1845), Sevilla 1973 sin que la polémica haya llegado a suscitar futuro interés con resultados palpables.

(106) Producción local de derecho con sanción de las Cortes y sin intervención del monarca (art. 321.8). Cfr. A. EMBID, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español*, Madrid, 1978 p. 80 ss.

(107) Me permito remitir a J.M. PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial,* cit. y *Los poderes locales en la formación del régimen foral (1812-1850)*, Bilbao, 1987. En otros territorios podía haber restado un recuerdo casi homeopático de constitución territorial propia pero desde comienzos del XVIII la operación de desbroce que emprende la monarquía les afecta sustancialmente. Cfr. para el más significativo de los casos, el asturiano, que en la crisis de independencia pretende recuperar rápidamente esa identidad autónoma C. MUÑOZ, *Asturias, Cuerpo de Provincia (De la corporación provincial en la Castilla Moderna)*, en *Anuario de Historia de Derecho Español*, LXII, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Para el resto de la monarquía la novedad era rigurosa contándose bajo el signo de la constitución con esa especie de instituto electo que es la diputación. Su dimensión no es, en ningún caso, la propia de unos estados independientes que generen o controlen su propio ordenamiento no confundiendo términos en ello el sistema que reserva capacidad legislativa al parlamento de la nación único, se dice repetidamente, representativo en sentido político. Su espacio y competencia son otros más cercanos e íntimamente relacionados con un interés personal: la finalidad de confiar estos espacios a instituciones representativas no era otra que « establecer el justo equilibrio que debe haber entre la autoridad del Gobierno, como responsable del orden público, y de la seguridad del estado y la libertad de que no puede privarse a los súbditos de una nación de promover por sí mismos el aumento y mejora de sus bienes y propiedades » (108). La dicotomía entre espacio político — controlado por el jefe político de nombramiento gubernamental — y espacio económico — controlado por el colegio electo de la diputación — que establecen los artículos 324 y 325 es bien elocuente de cuál era el ámbito que el sistema quería confiar a la acción de los propios ciudadanos: « dejar en libertad a los individuos de la Nación para que el interés personal sea en todos y en cada uno de ellos el agente que dirija sus esfuerzos hacia su bien estar y adelantamiento » (109).

Esa, creo, era la línea de demarcación que el sistema consideraba para delimitar la entidad de cuerpos de representación provincial más que planteamientos sobre principios federalistas que para las monarquías europeas la misma cultura política desechaba por sistema. Teniéndose claro que el modelo no era el anglo americano, esto es, que federalismo en el sentido constitucional del término no cabía en la monarquía española (110), el sistema da cuerpo a la provincia concibiéndola — en la noción que se impone — como instancia de representación de intereses directamente implicados en la gestión económica de ese espacio. No casualmente es el único momento en que la constitución impone un criterio económico

(108) *Continuación y conclusión del proyecto...* cit. p. 5.

(109) *Ibid.* p. 6.

(110) Cfr. A. Gallego Anabitarte, *España 1812: Cádiz, Estado unitario en perspectiva histórica*, en *Ayer*, 1, 1991, aunque no comparto tampoco su entusiasmo estatal.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

efectivo para la elección: « ...y que tenga lo suficiente para mantenerse con decencia » (art. 330) (111). No parece que se estuviera mirando con ello a Estados Unidos o a Suiza como modelos constitucionales, tampoco — a pesar de algunas similitudes que podrían establecerse en el debate — al francés de 1791 y menos al republicanismo municipal con sus complejas relaciones con la idea federal (112). Más bien creo que se estaba procediendo a un diseño que retomaba, en clave constitucional, algunos temas que había venido desarrollando la política ilustrada de la anterior centuria sobre la idea de una gestión autónoma de intereses locales por parte de los propietarios que nunca podía contestar un principio de soberanía indivisible e incompartible (113).

Teniéndose presentes estos posibles desarrollos dentro del sistema constitucional español de 1812 podrá quizá nuestra investigación introducir alguna variante en las interpretaciones que sobre el lugar de la administración en él se han venido mostrando. Se ha venido considerando, con evidente acierto, que el sistema conceptual que permite comprender la asignación de materias a la potestad ejecutiva o a la judicial en aquella cultura político constitucional estaba informado por las ideas de gubernativo y contencioso (114) entre las que una de administración propiamente no existía como estructura orgánica independiente. Las materias, los asuntos se asignaban en función únicamente de su condición, de la situación en que se hallaran sin que existiera ni se concibiera aquí el *tertium*

---

(111) Y que en su redacción original era aún más determinante al añadir: « proveniente de capitales propios, consistentes en bienes raíces o empleados en la industria o el comercio ». Resume los debates de este título M. SANTANA, *La diputación provincial en la España contemporánea*, Madrid, 1989 p. 72 ss.

(112) Cfr. A. DE FRANCESCO, *Il governo senza testa. Movimento democratico e federalismo nella Francia rivoluzionaria, 1789-1795*, Nápoles, 1992 p. 50 ss.

(113) Cfr. para los desarrollos básicos del tema B. SORDI, *L'Amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milán, 1991 y para alguna apreciación sobre la literatura correspondiente J.M. PORTILLO, *La administración en la reciente historiografía italiana. Tema y variaciones*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXII, 1992.

(114) El tema evidentemente se toma de C.H. MACILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, 1983 (1947 ed. rev. hay también ed. española).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genus de la justicia administrativa (115). Los « Tribunales especiales » de que habla el artículo 278, como se ha indicado más arriba, no parece que fueran por esta vía de habilitar una jurisdicción administrativa. Ya se ha advertido en la primera parte de este escrito que en ello el modelo se separaba bastante radicalmente del concepto expresado en el primer constitucionalismo francés — y, por supuesto, en los sucesivos modelos que acaban por cerrar el blindaje de la administración (116) ya que ni siquiera concebía que existiera un ámbito de poder asimilable a la administración y que requiriera de formas especiales de protección en beneficio del Estado. Los conflictos generados por actuaciones ejecutivas se entendían simplemente materia contenciosa y como tal propia de la potestad judicial confiada exclusivamente a los tribunales como materia de justicia civil (117). La prueba más evidente está en el texto constitucional al que, en 1812, no preocupa ni la administración ni la justicia administrativa.

Sin embargo nuestro proyecto se plantea la misma cuestión añadiendo una variable que, creo, debe tenerse en cuenta para la aprehensión de los criterios del sistema en la asignación de espacios de intervención. Pienso que el rastreo de la pista que ofrecía el discurso preliminar del proyecto constitucional sobre la confianza que el sistema ponía en el interés personal de los ciudadanos para la búsqueda y realización de los intereses provinciales puede ser de gran utilidad convirtiéndose también en criterio de asignación de funciones dentro del polo gubernativo. En la misma raíz libertaria del sistema — escasamente tenida en cuenta desde debates técnico jurídicos — estaba inscrita la necesidad de diferenciar las materias necesitadas de decisión política — que únicamente pueden adoptar los auténticos poderes del sistema: Cortes y rey/gobierno — de las

---

(115) Cfr. las obras de A. GALLEGO ANABITARTE y J.A. SANTAMARÍA citadas más arriba.

(116) Cfr. P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e consliglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milán, 1990 y véase la reciente interpretación que de la evolución entre 1791 y la constitución del año VIII ofrece S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Milán, 1994 p. 261 ss. J.M. PORTILLO, *La administración...*, cit, para más referencias.

(117) Cfr. B. CLAVERO, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*, en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que podían resolverse mediante providencias estrictamente económicas, esto es, en las que se jugaba ante todo la promoción de la prosperidad e intereses de aquellos espacios provinciales y locales por ser en ellos precisamente donde básicamente se desenvolvían el individuo y su propiedad. Un rápido vistazo analítico al artículo 335 que lista las funciones de las diputaciones puede resultar ilustrativo de cuanto se viene diciendo pues existe una notable distinción entre las materias que remiten al gobierno o las Cortes y las que no, entendiéndose que se resulven enteramente en diputación. Las primeras son las referidas a inversiones de fondos y revisión de cuentas municipales, obtención de arbitrios para obras públicas, abusos en la gestión de rentas públicas o en establecimientos de beneficiencia y, finalmente, infracciones a la constitución. Las segundas, sin embargo, afectan al reparto del cupo provincial de impuestos entre sus pueblos, al establecimiento de ayuntamientos, a la promoción de la agricultura, la educación, la industria y el comercio, a la formación de censos y estadísticas y a la vigilancia de la beneficencia. Las materias del primer grupo, afectando a la decisión política sobre el impuesto o sobre la vigilancia del ordenamiento, requieren de una expresa intervención de las Cortes o el gobierno mientras las del segundo, relacionándose estrechamente con la gestión económica de intereses provinciales y locales, puede confiarse al colegio provincial de ciudadanos electos. Puede de esta manera — la investigación más sosegada habrá de verificarlo — estar también el interés convirtiéndose en criterio bastante esencial de asignación de funciones en el interior del sistema. Ahora que el interés político podía sin temor autonomizarse, podía en la misma medida hacerlo el interés económico local y personal, los intereses — no sólo individuales — que componían la nación (118). Precisamente la administración podrá surgir y asentarse como poder — en momento no constitucional — absorbiendo estos espacios que un sistema efectivamente constitucional de base libertaria confiaba a los ciudadanos (119).

---

(118) Para la fijación del concepto cfr. L. Ornaghi (ed.), *Il concetto di « Interesse »*, Milán, 1984 p. 33 ss.

(119) Cfr. B. CLAVERO, *Manual*... cit. p. 45 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Cultura constitucional*

Planteado como viene el proyecto de investigación que propongo debería haber dado ya a estas alturas buena cuenta de una cultura constitucional sobre la que el diseño español de 1812 se construyó. Habrá debido ya dar entrada a esta cultura si ha querido enfrentar las cuestiones de que ha ido tomando nota pues en ellas realmente es donde esta cultura se manifestaba y exhibía. Si se ha pretendido describir un sistema constitucional no otra cosa era éste que cultura. Lo que se acomete aquí es por tanto una sistematización, una presentación ordenada de los valores más íntimos de aquella cultura y de los debates que en torno a ellos se originaron en aquellos años de intensa convulsión, de consciente revolución. En el caldo de cultivo idoneo de la crisis de independencia se suscitaron dudas, se arriesgaron respuestas y se concretizó un sistema. Una cultura de la constitución se apunta y solidifica en todo ese proceso, se entiende de una determinada forma el valor de la constitución como solución precisa para la crisis, como salvavidas de la nación que también, a los efectos político constitucionales que nos incumben, se ha descubierto en este itinerario. Lo que aquí importa a nuestro proyecto es hacerse con los puntos más nodales de ese debate, estudiar y analizar aquellos extremos del mismo que más directamente se implican en la idea constitucional que circula entre 1808 y 1812.

Los materiales para esa reconstrucción no faltan. Se sabe que el debate se promovió y patrocinó oficialmente con la consulta al país en la que se requirió una amplia participación desde muy distintos puntos geográficos, sociales e institucionales dentro de la monarquía. A todo ello, gozando de clima favorable, se añade una considerable colección de diversos escritos periódicos. Aunque un estudio de conjunto que maneje y trate todo este material no existe aún, se conoce desde hace algún tiempo parte de la masa documental originada entonces (120) y la localización de gran parte de la restante.

---

(120) M. ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, cit. vol. II incluía resúmenes de algunas respuestas; F. SUAREZ, *Cortes de Cádiz. I Informes oficiales sobre Cortes* publicó entre 1967 y 1974 en sendos volúmenes los correspondientes a Baleares, Valencia, Aragón, Andalucía y Extremadura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Discutiéndose entonces expresamente de constitución, de lo que cabía entender por ésta en una monarquía como la española, pueden formar el material primario para una fijación de los puntos cardinales de la geografía de aquella cultura. La literatura interesante a este motivo, en el momento previo a la reunión de las Cortes, se enriquece enormemente con aportaciones muy heterogéneas que no cesan con la mencionada consulta (121). El debate se complejiza con aportes que se traen o vienen de fuera de la monarquía bien porque interesa entonces, y mucho, lo que sucedía en la península ibérica, bien porque expresamente se importan elementos para el debate traduciendo textos que se tienen por interesantes y oportunos para el mismo. A todo ello se añade desde el 24 de setiembre de 1810 el debate ya propiamente constituyente encontrándose, a pesar de las carencias que se saben, en el *Diario de las Sesiones y Actas de las Cortes*, esto es, en el registro parlamentario que nos ha llegado (122), uno de los compendios más completos de la cultura constitucional que nos interesa. Todo ello — memorias, proyectos, periódicos, libros, traducciones, debates parlamentarios — encierra un concepto y una cultura constitucionales dependiendo de la lectura su hallazgo.

Nuestro proyecto propone a este respecto dos planos de análisis: de rastreo uno de una cultura de la constitución y de averiguación de valores de la misma el otro. La primera de sus cuestiones podría quedar formulada como una paradoja: ¿una cultura de la constitución en la monarquía española? ¿Cómo pudo, por ser algo más conciso, desarrollarse un planteamiento constitucional en un contexto que no había participado del esencial *turning point* cultural que había sacudido desde hacía ya tiempo la conciencia europea? ¿Puede seriamente esperarse que sin el cambio de fondo en los más básicos planteamientos antropológicos que la historiografía viene mostrando como fundamento luego de un cambio de cultura polí-

(121) M. LORENTE, *Materiales para la documentación de una época. La Constitución de 1812 y su vigencia en el Archivo del Congreso de los Diputados*, en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987.

(122) No sólo el impreso, sino también el manuscrito más completo como señala la profesora Lorente en el artículo cit. *supra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tico constitucional (123) pueda repentinamente surgir en la España de 1808 — 1812 una cultura que con propiedad podamos calificar como constitucional? De partida contamos con información, crecientemente concisa (124), que nos informa de un contexto, en la España moderna y especialmente desde 1648, en absoluto proclive a la asimilación cultural de valores que superaran por ninguno de sus márgenes una cosmovisión católica que informaba penetrantemente la monaquía y su orden desarrollando, seguramente desde antes de lo supuesto, una cultura propia y ajena a lo que en Europa empieza a suceder desde mediados del seiscientos. Sin ser este el lugar preciso para entrar ni en la descripción de esa vuelta de tuerca europea ni de la *Weltanschaaung* católica de la monarquía hispana interesa únicamente fijar un contexto y una tradición que, presumiblemente, se halla desmarcada de una evolución digamos más « coherente » hacia el moderno concepto constitucional (125).

Admitiendo este supuesto a la investigación urgen inmediatamente dos comprobaciones. La primera de ellas: ¿se desarrolló en la ilustración española una idea efectivamente constitucional? Pudo ser que, no obstante la pesante carga de una cultura exclusivamente católica incapaz de asimilar otros valores, se adquirieran, aprovechando las ventajas de la propia ilustración, otros que sí fueran ya capaces de integrar luego una idea constitucional. Debe para ello la investigación dirigir su atención en varias direcciones hallando desde luego algunos significativos rastros que apuntan a esa asimilación (126) pero, al mismo tiempo, no debería dejarse perder su

---

(123) Cfr., entre un abundantísima literatura, G. Duso (ed.), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bolonia, 1987; F. Palladini, *Samuel Puffendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bolonia, 1990; A. Pagden (ed.), *The languages of political theory in early-modern Europe*, Cambridge, 1987; J. Dunn, *Rethinking modern political theory*, Cambridge, 1985 cap. I.; S. Buckle, *Natural law and the theory of property. Grotius to Hume*, Oxford, 1991.

(124) Cfr. J. Viejo, *« Grocio Católico »*, cit.

(125) Cfr. B. Clavero, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984 cap. I e *Institución histórica del derecho*, Madrid, 1992.

(126) Cfr. entre otros P. Fernandez Albaladejo, *León de Arroyal: Del « sistema de rentas » a « la buena constitución »*, cit.; J.F. Fuentes, *José Marchena. Biografía política e intelectual*, Barcelona, 1989; G. Demerson, *Meléndez Valdés*, Madrid, 1971; J. Varela,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

horizonte indagando hasta qué punto fue todo ello capaz de conducir a un debate sobre la constitución de la monarquía y comprobando en qué medida culturalmente se empezaba a operar sobre supuestos distintos y novedosos a la hora de realizar planteamientos al respeto sobre todo cuando se va teniendo noticia de que en cuestiones que le tocan de cerca pesaba aún notablemente aquella cultura católica que no integraba otros valores ni supuestos (127).

El interés en la segunda mitad del siglo XVIII por una reformulación constitucional de la monarquía o, mejor, por una recuperación histórica de su constitución se dio conociéndose al menos cuáles son las referencias básicas para el rastreo (128). Ahí puede ya ser más frustrante el resultado para el buscador de trazas de una idea moderna de constitución al toparse constantemente en el decidido empeño con que se trataba de hallar y formular aquella « constitución del reino » con operaciones de sondeo histórico que no acaban de hacer suyos otros valores en los que fundamentarla. La constitución castellana que se trataba de proponer como española y que — en el mejor de los casos — se perseguía por los polvorientos legajos de las bibliotecas reales y eclesiásticas hallándose finalmente en el perdido *Fuero Viejo de Castilla* no era otra cosa que el derecho territorial que nunca había cuajado en aquel reino y absolutamente inservible luego a efectos realmente constitucionales. Otras constituciones, la navarra, valenciana, aragonesa o catalana se comenzarán a rastrear precisamente en el momento del auténtico debate constitucional, esto es, cuando en la información histórica se esté ya

---

Jovellanos, Madrid, 1988; L. PERDICES, *Pablo de Olavide (1725-1803). El ilustrado*, Madrid, 1992.

(127) Cfr. C. PETIT, *Signos financieros y cosas mercantiles, o los descubiertos de la ilustración cambiaria* en V. Piergiovanni, *The growth of the bank as institution and the development of money-business law*, Berlín, 1993 estudio que llega hasta la frontera que aquí interesa.

(128) B. CLAVERO, *La idea de código en la ilustración jurídica*, cit.; M. y J.L. PESET, *La universidad española (siglos XVIII-XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1971; L. SANCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Sevilla, 1979; A. GALLEGO ANABITARTE, *Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del derecho público español*, en *Revista de Administración pública*, 1983; F. BARAS, *Política e historia en la España del siglo XVIII: las concepciones historiográficas de Jovellanos*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CXCI, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verdaderamente buscando constitución. Mientras, el modelo es el de las instituciones y no el de la constitución propiamente dicha (129). La variante a este respecto viene dada desde los únicos territorios en que sí ha permanecido activa una identificación territorial traducible ahora como constitución propia (130).

La segunda cuestión que decíamos urgir a la investigación consiste en determinar si se recibe una cultura por otras vías que habilite aquí una concepción de individuo, derechos y constitución. Sabemos que algunos valores de trascendencia inmediatamente constitucional ya se comunicaban en los años setenta y ochenta del setecientos (131) y que algunas traducciones muy significativas se acometieron aunque otras más básicas se quedaran en proyecto (132). Y si no por la vía de la traducción siempre más compleja en esta monarquía dotada de instituciones de vigilancia al efecto por la de la lectura directa pudo accederse a una cultura así no del todo inadvertida en la España de finales del setecientos y comienzos del ochocientos. Los debates parlamentarios mismos recogen suficientes referencias a ella, tanto para celebrarla como para desecharla, y, ya en ese debate y con la mayor libertad para la difusión impresa, se sabe a qué textos acudir para su traducción dependiendo de las sensibilidades (133). Referencias a la lectura y asimilación de Montesquieu, Locke, Hobbes o Rousseau no faltan como decimos en las

---

(129) El monumento máximo lo demuestra en su *Prólogo del autor* sin ser necesaria más referencia Ramón Lázaro de Dou y Bassols, *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*, Madrid, 1800.

(130) Francisco de Aranguren y Sobrado, *Demostración del sentido verdadero de las autoridades de que se vale el doctor D. Juan Antonio De Llorente...* (1807-1808), Bilbao, 1994 (ed. de J. Viejo y J.M. Portillo).

(131) Cr. B. Clavero, *Propiedad como libertad: declaración primera de derecho*, cit.

(132) B. Clavero, *Del Espíritu de las leyes: primera traducción truncada*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LV, 1985. No se cuenta aún con un estudio de este recepción o de su falta.

(133) J. L. De Lolme, *Constitución de Inglaterra, o descripción del gobierno inglés comparado con el democrático y con las otras monarquías de Europa*, Oviedo, 1812. Su traductor, Juan de la Dehesa lo había sido también de la *Indagación sobre nuestras ideas acerca de lo sublime y lo bello* de Burke (1807) según refiere B. Clavero en su edición del texto de De Lolme (Madrid, 1992). John Milton, *El Paraiso perdido. Poema inglés traducido al castellano por el excelentísimo señor D. Benito Ramón de Hermida y dado a la luz por su hija la marquesa de Santa Coloma*, Madrid, 1814.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

actas de las discusiones de las Cortes siendo de la mayor importancia a nuestros intereses un trabajo de individuación y estudio de esas referencias que realmente pueden dar la medida de un más o menos evidente contacto con la conexión cultural originada en Europa desde hacía más de una centuria. No se trata de probar o desmentir una vez más el carácter más o menos ilustrado, atrasado en la relación de uso habitual, de España en el siglo XVIII y hasta su revolución (134) sino de plantearse una cuestión que toca muy de cerca a nuestro objeto de estudio preguntándose la lectura propuesta de estos materiales hasta qué punto se había cumplido para 1808-1814 un vuelco cultural que consintiera una comprensión de la política y la constitución informada por los principios que estaban dando ya juego en América y Europa. Dicho de otra manera, si se llegaba a realizar una auténtica traducción cultural de aquellos materiales nuevos y se preferían a los viejos de la cultura católica tradicional.

Es por ello que un segundo plano de análisis habrá de enfrentar los valores clave de la cultura político constitucional que exhuda el material de estudio que nos es dado manejar y que contiene sus códigos básicos. Tampoco se trata aquí de constatar atrasos o adelantos, ni progresos o estancamientos y, menos aún, progresismos o ultramontanismos. Debe imponerse si no una inocencia ya imposible sí un respeto escrupuloso para no forzar ni el texto ni la lectura. Ya se habrá ocupado a estas alturas la investigación de saber de la mayor o menor sintonía cultural con esa veta de cultura europea que conduce a la moderna cultura constitucional y su cometido ahora será la lectura y estudio de los textos más directamente producto del debate constitucional de 1812. Aun a reserva lógicamente de lo que imponga una realidad mejor conocida, pues aquí se formula únicamente un proyecto, creo que pueden establecerse tres valores que muy determinantemente informan esa cultura constitucional que está tras la constitución de 1812.

Cualquier lectura mínimamente atenta de los textos más significativos de entre la ingente literatura producida en el debate constitucional que nos ocupa podrá detectar que un valor del que no

(134) Cfr. S. JUTTNER, *España ¿un país sin ilustración?* en R. Mate y F. Niewhöner (eds.), *La ilustración en España y Alemania*, Barcelona, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se ha desprendido pero que en gran medida — salvo excepciones — ha resultado integrado en el discurso centrado en el tema constitución es la religión. La duda, interesándonos aquí la cultura, surge de inmediato ¿cultura constitucional con religión? ¿podía llegarse realmente a un concepto mínimamente operativo de constitución sometiéndolo al rasero de la religión católica? Desde luego con la información que puede facilitar la historiografía la contradicción no puede ser más evidente ya que no estamos en el plano digamos funcional de incorporación civil del clero (135) sino en el cultural de sustitución de valores (136). Nos interesa comprobar si en el debate constitucional español de 1812 se ha producido efectivamente el relevo secularizador a efectos de concepción del sistema constitucional. Síntomas de que aquí las líneas de fuerza atraviesan de otra manera las coordenadas del sistema nos los podrá haber ofrecido el estudio del mismo sistema definido en buena parte por su caracter cerradamente confesional y por la superposición — sin mayores conflictos ni debates — de la profesión de fe nacional sobre la libertad de conciencia del individuo. La cuestión ahora deberá volver a formularse: ¿sin concebirse esa especie de libertad que afectaba a la conciencia podía siquiera plantearse un sistema constitucional que cubriera los mínimos que la cultura de la constitución venía exigiendo?

No siendo este lugar para entrar en análisis sino para sugerirlos haré únicamente referencia a un texto que puede contener suficientes pistas para la comprensión de una cultura constitucional que mantiene como código básico la religión. Me refiero a los *Principios naturales de la moral, de la política y de la legislación* de Francisco Martínez Marina. Aunque cronológicamente la obra pertenece a un

---

(135) Cfr. M. VOVELLE, *La découverte de la politique. Géopolitique de la révolution française*, París, 1992 p. 156 ss.

(136) Cfr. J.W. MERRICK, *The desacralization of the French monarchy in the eighteenth century*, Lousiana, 1990 y W. SCHMALE, *Entchristianisierung, Revolution und Verfassung. Zur Mentalitätgeschichte der Verfassung in Frankreich, 1715-1794*, Berlín, 1990 y aún así con los problemas que genera luego el juramento de 1791, cfr. T. TACKET, *Religion, revolution and regional culture in Eighteenthcentury France. The ecclesiastical oath of 1791*, Princeton, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento sucesivo (137) culturalmente representa todo el espíritu de 1812. Su objeto es amplio: libertad, derechos, origen de la sociedad, forma de gobierno e historia de los acontecimientos peninsulares desde 1808. En su primera parte — *Principios naturales de la moral* — ya se le plantea el dilema: *¿Qué es libertad?* (cap. III). La respuesta no ofrece duda de la categorización de valores que se maneja en su discurso: « Por eso hemos dicho que el hombre libre no siempre puede hacer lo que las leyes positivas no prohíben, pues hay muchas cosas y acciones toleradas y positivas por la *ley política*, que reprueban y condenan *la razón y la moral* » (138). Es en los cuatro últimos capítulos de esta primera parte donde podrá hallarse esa especie de razón y moral que determinan, en mayor grado sin duda de lo que pueda hacerlo la expresión voluntarista de la ley, la libertad del hombre y que encuentra su fundamento en un principio incontrovertible: *Existencia de Dios; primer principio de razonamiento en las ciencias morales y políticas*. Bien y mal, virtud y vicio, verdad, ciencia, obligación política son otros tantos conceptos que pueden derivarse correctamente de la ley eterna que contiene y revela la religión, valor intangible para la voluntad, la utilidad o el interés.

Junto a religión esta cultura centra también otro valor fundamental con capacidad para determinar el sistema: la historia. La pregunta también es fácil plantearla: ¿estaba para esta cultura la constitución en la historia? Para la época desde luego no era descabellado razonar en esos términos constituyendo toda una opción que además, dadas las conexiones que se mantienen entonces con el mundo británico, podían conocerse de buena mano (139). La obsesión por la historia no comienza con la crisis de independencia y el subsiguiente debate constitucional pudiéndose rastrear proyectos — patrocinados también por la monarquía pues de su conocimiento como el mineral o el geográfico se trataba — de recopilación

---

(137) Se escribe entre 1823 y 1824 según refiere J. Varela Suanzes en su estudio preliminar a la edición actual del texto citada más arriba.

(138) *Ibid*. p. 123 cursivas mías.

(139) Cfr. M. MURPHY, *Blanco White self-banished Spaniard*, Avon, 1989; M. MORENO, *Lord Holland y los orígenes del liberalismo español*, en *Revista de Estudios Políticos*, 26, 1983; del mismo, *La generación española de 1808*, Madrid, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistemática de *monumentos* históricos que pusieran a España a nivel europeo en ese terreno. La mayor parte de ellos pueron tan ambiciosos como irrealizados. Es una labor de erudición, de exhumación y reconocimiento documental que, en las décadas finales del setecientos, da su juego en los debates — no sólo académicos — sobre la existencia y relevancia de un derecho español y su composición junto a otros derechos. No es sin embargo una obsesión que pueda señalarse por su relevancia constitucional, por su trascendencia política.

Lo que aquí interesa determinar más bien es el momento y la forma en que la historia llega a adquirir una dimensión directamente política, esto es, el modo en que se transita entre una obsesión por el documento a otra por su lectura política. Hay también a este efecto personajes que merecen atención específica por transitar su biografía entre sistemas (140) y por mostrar diversas sensibilidades en la interpretación histórica en un momento en que en ese terreno parecía jugarse bastante. Comienza entonces a preocupar la fijación de una determinada interpretación histórica no ya de la constitución española sino previamente de otras que componían también las Españas (141). La obra sin embargo capital para determinar culturalmente un surgimiento de una historia efectivamente constitucional se debe también a la pluma de Francisco Martínez Marina: *Teoría de las Cortes o grandes juntas nacionales de los reinos de León y Castilla. Monumentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo* que ve la luz en 1813 (142). Estamos, como ya ha sido

(140) Es el caso de Jovellanos para el que ya hemos ofrecido alguna referencia o de Antonio de Capmany para quien se cuenta con una reciente biografía, F.J. FERNANDEZ DE LA CIGOÑA y E. CANTERO, *Antonio de Capmany (1742-1813). Pensamiento, obra histórica, política y jurídica*, Madrid, 1993, a la que nada interesa este tipo de lecturas.

(141) Únicamente dos referencias: J. BORRULL, *Discurso sobre la constitución que dio al Reino de Valencia su invicto conquistador*, Valencia, 1810 que luego utiliza profusamente en sus intervenciones en el Congreso; Benito Ramón de HERMIDA, *Breve noticia de las Cortes, gobierno o llámese constitución del reino de Navarra...*, Cádiz, 1811.

(142) No se cuenta aún con biografía de Martínez Marina. Cfr. el estudio introductorio de J. Varela Suanzes a su edición de los *Principios* antes citados así como el que A. Posada hiciera para la edición anterior — y primera — de 1933. J. MARTÍNEZ CARDOS, *Vida y obra de D. Francisco Martínez Marina*, que sirve de estudio introductoria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indicado, ante la primera historia de trascendencia política en el sentido de ser la primera que se propone como objeto y arroja como resultado una historia del sujeto básico del sistema que se fija en la nación y su representación (143). Es sin duda el monumento, la gran realización cultural del momento. Sin embargo, creo que un uso en el mismo sentido político de la historia, una inmanencia constitucional de la misma se utiliza más profusamente pudiendo servir de muestra al respecto uno de los más importantes debates que se producen en las Cortes en los años constituyentes que finaliza con el decreto del 6 de agosto de 1811: *Incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación.* Tampoco voy a entrar ahora pormenorizadamente en su estudio (144) bastándome indicar que se había originado como debate sobre la seguridad patrimonial de la nación sirviendo de núcleo argumental la capacidad política que históricamente era detectable en la nación desde una primera intervención autodeterminativa originada en Covadonga en el siglo VIII hasta la actual de Cádiz. La nación como sujeto históricamente político se consideraba habilitada para intervenciones patrimoniales que de por sí implicaban ya un reajuste constitucional de envergadura.

De la constitución como concepto lógicamente en la España de los años del primer ejercicio constituyente se tenía una variada comprensión. Podía formularse aún meramente como situación, como forma de estar y existir de una compleja estructura monárquica sin entrar siquiera en el horizonte la posibilidad de reformulación. La resolución de la crisis de independencia quedaba reducida, desde esta idea, a una acción de gobierno, a una mera cuestión de *administratio* regia. Es la perspectiva que menos interesa a nuestra investigación situándose al margen de la idea misma constitucional. Pero tampoco se presentaba, dentro de un debate más centrado sobre la constitución, una identificación uniforme de este

---

a la edición de *Obras escogidas* en la BAE, Madrid, 1966; F. TOMAS Y VALIENTE, *Martínez Marina, historiador del Derecho*, Madrid, 1991.

(143) B. CLAVERO, *Cortes tradicionales e invención de la Historia de España*, en *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988. Actas de la tercera etapa del Congreso científico sobre la historia de las Cortes de Castilla y León*. Vol. I, Valladolid, 1990.

(144) Remito a la próxima publicación de *Introducción al sistema constitucional español de 1812*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valor esencial de la cultura constitucional. Ya algo se ha dicho o insinuado de la formulación, sobre todo en los años inmediatos a la reunión de las Cortes, de una idea constitucional que se inspiraba sin demasiados disimulos en una de gusto británico por entender que ésta, con la coraza histórica con que rodeaba su discurso, podía evitar una acción efectivamente constituyente sobre el ordenamiento que se vislumbraba siempre peligrosa. Claro que, desde esa perspectiva, sí se estaba recogiendo el envite más difícil de presentar el modelo histórico no valiendo con referencias vagas. Buscando la *ancient constitution* que presentar como auténtico modelo histórico, como depósito constitucional ignorado y desvirtuado por el absolutismo, esta comprensión de la constitución se dará de bruces con la Historia fallándole justo en el caso castellano, el más medular de la monarquía. Sin constitución histórica, sin *ancient constitution* de Castilla el argumento quedaba a la deriva, sin posibilidad de fijar mínimamente su discurso con sus propias herramientas (145).

Se impone frente a ello una concepción diversa de la relación entre constitución y resolución de la crisis de independencia que asume el hecho de que la constitución debe hacerse, de que debe realizarse la actuación constituyente. La constitución no es definitivamente concebida como un producto que se extraiga de la historia y se presente como depósito. El « adelantamiento de la ciencia del Gobierno » que se ha producido en Europa — confiesa la Comisión de constitución al comenzar la presentación de su proyecto — ha exigido ya inventar un sistema nuevo que no es asimilable a la idea de constitución tradicional del reino. De ahí arranca un sistema que se concibe como nuevo orden necesario para la seguridad de la libertad. La nación tenía vía libre de este modo para proceder — como lo hizo mediante las Cortes — a establecer y fijar el ordenamiento. Se abría un momento de activa presencia política de la nación, de intervención directa y soberana suya para la génesis de lo

(145) « Castilla, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia, el País Vascongado y el Principado de Asturias habían tenido sus Cortes o Juntas generales... pero en todas estas provincias era variamente constituida y ejercida la representación. Sin hablar más que de la constitución castellana ¿quién será el que pueda determinarla? », Gaspar Melchor de Jovellanos, *Memoria*, cit. Profundizo en esta comprensión de la constitución en « 1812: Cádiz y la revolución atlántica », cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que Argüelles denomina insistentemente en sus intervenciones parlamentarias el « sistema » aludiendo a globalidad de esa mediación de nación soberana.

Nada hasta aquí parece desmentir una lógica que ya se había impuesto en otras crisis constitucionales resueltas en clave constituyente. Y, sin embargo, las cosas no son tan simples en el caso español de 1812. Volvemos con ello a una de las constataciones primeras que hiciera la simple comparación de arquitecturas y diseños constitucionales: aquí no se sigue como consecuencia lógica de todo ello que se comience por declarar derechos como principio constitutivo del sistema. Si se ha adquirido una capacidad tan radicalmente soberana de intervención sobre el ordenamiento ¿cómo es que no se traduce ello inmediatamente en una suposición tan elemental como la prevalencia de los derechos del individuo « natural » sobre el ordenamiento mismo y se colocan a su frente como en las constituciones de algunos Estados americanos o en la francesa de 1791? Dicho de otro modo: la paradoja consiste en que se impone un sujeto constituyente que además fuerza una forma de representación a su medida de asamblea única y, sin embargo, no produce el efecto que inmeditamente cabría esperar de afirmación por encima de todo del valor superior del individuo y sus derechos. Es más, ni siquiera se empieza por definir a éste sino a la nación. O falla todo el sistema y se vicia desde su origen — conclusión inexcusable si tomamos como referencia los sistemas constitucionales que han resultado de otras revoluciones — o la única explicación a todo ello debe hallarse en la cultura constitucional, en el concepto que se asume de constitución en la monarquía española.

Permitáseme a este respecto una última sugerencia de investigación para este proyecto con la que lo cierro. Es posible que el concepto constitucional que se estaba manifestando en aquella cultura hallara sus seguridades más sólidas en otros lugares, esto es, que no fuera tan exclusivamente lógica la suposición de que únicamente por la vía de anteposición de derechos individuales se entendiera que podía asegurarse un sistema de libertad. El de Cádiz desde luego — ya lo habrá tenido también que haber comprobado a estas alturas la investigación — manejó su concepto de derechos de titularidad individual y estableció sus garantías a reserva, eso sí, de intervención del cuerpo nacional. Pero la cuestión es aquí más de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondo porque lo que no hace este sistema es fundarse sobre todo ello sino sobre otros valores. El sistema de la constitución no aparece tan exclusivamente asociado al concepto del individuo y sus derechos sino que una historia y una religión sirven y operan aquí perfectamente también. El sujeto que la historia ha finalmente hallado y recobrado era la nación española y sus formas políticas de identificación — rey/Cortes — y ese mismo sujeto manifiesta una profesión de fe incontestada que informa culturalmente el sistema.

Ahí podía esta cultura encontrar también seguridad para el sistema, refiriéndolo a la historia y la religión, sobre todo a esta última y vinculándolo estrechamente a una dimensión no abordable para cualquier intervención de voluntad: « ... no se puede dudar que el hombre goza o debe gozar de ciertos derechos, que no son criatura de la ley positiva sino emanaciones de la beneficiencia de su Hacedor; derechos consiguientes a los principios de su constitución original, inherentes esencialmente a su naturaleza, y a quienes, como obra del mismo Dios, ha comunicado el divino legislador una fuerza indestructible, y que participan en cierta manera de su eternidad; preceden a todas las leyes positivas y deben servir de base a toda legislación, a todo género de Gobierno » (146). Dicho y admitido esto en cultura confesional católica difícilmente podía ofrecerse más contundente seguridad. Los derechos no pendían de la ley positiva, de la voluntad, sino que se asociaban a dimensión divina y eterna intangible para ésta. Del mismo modo el ordenamiento podía entenderse así y hallar su sentido culturalmente la declaración de confesionalidad que se produce en el artículo doce del texto. Hallaría también sentido así la primacía de la nación, la anteposición de una comunión nacional de valores por cuyo medio — sin inhabilitarlos constitucionalmente sino, en su comprensión, todo lo contrario — comparecieran el individuo y sus derechos. Pero, como todo en este trabajo, es una hipótesis, una suposición más o menos documentada que a la investigación toca ahora contrastar.

(146) F. Martínez Marina, *Principios*, II p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JAVIER BARRIENTOS-GRANDON, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, 1993, 286 P.

El joven profesor chileno Javier Barrientos Grandon publicó en 1993 un libro más dentro de su carrera meteórica como historiador del derecho, ahora en la ciudad de México, por la Universidad Nacional Autónoma de México, el cual lleva por título *La cultura jurídica en la Nueva España,* mismo del que ahora pretendemos dar cuenta.

Dicho trabajo fue el producto de una estancia del profesor Barrientos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa misma Universidad Nacional, como investigador visitante, los primeros meses del año de 1993.

Se trata de un esfuerzo valioso por entender y explicar, en un primer acercamiento, ese conjunto de saberes sistemáticamente ordenados en torno del derecho, o sea, la cultura jurídica, en un espacio determinado, lo que *grosso modo* corresponde en la actualidad a la república mexicana, entonces llamada Nueva España, en un periodo también determinado (1521-1821), es decir, la época de la dominación española, tambien llamada virreinal o colonial, que corresponde, dentro de la historia universal de Occidente, a la época moderna.

Nuestro autor comienza con un ensayo en el que logra explicar la recepción del derecho común en las colonias españolas de la America y Asia, las llamadas Indias, consiguiendo, indiscutiblemente, su objetivo; acompaña su disertación con un espléndido y erudito bagaje bibliográfico. Esta primera parte, de por sí, tiene un gran valor académico, sobre todo porque resulta fundamental para comprender los siguientes capítulos, puesto que o se es un gran conocedor de la ciencia jurídica en la época moderna, cosa que muy pocas personas lo son, o definitivamente no entenderemos los siguientes capítulos de la obra.

La segunda y tercera partes del libro tratan de la recepción del derecho común en la Nueva España, tanto por vía científica como por vía práctica. Estas dos partes responden, fundamentalmente, a un meticuloso trabajo en archivo, principalmente el Archivo General de la Nación de México, junto con trabajo en biblioteca, especialmente en repertorios bibliográficos hispanoamericanos, particularmente novohispanos.Es así que Barrientos nos ilustra sobre los autores manejados por juristas novohispanos-precisamente ahí se encuentra el resultado de sus pesquisas en el Archivo-, cuya importancia podemos apreciar gracias al primer capítulo; de esta forma, el autor nos va exponiendo el significado y alcance de las relaciones de bibliotecas privadas por él descubiertas, de donde podemos deducir, llevados de la mano por Javier

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Barrientos, cual fue la cultura propia de los juristas novohispanos, objeto principal de su trabajo.

Para destacar la trascendencia de la obra que ahora comentamos del profesor Barrientos, permítasenos una pequeña distracción al margen de lo que es propiamente el comentario bibliográfico. No cabe duda que Argentina y Chile son los dos países con más peso en materia de historia del derecho en América Latina, sobre todo porque en ambos se ha sabido formar escuela, de tal suerte que en esos dos países existen sendos contingentes de especialistas valiosos en dicha disciplina del conocimiento humano; después vienen Mexico y Perú, en donde apenas se están formando grupos sólidos de iushistoriadores, lo cual no significa que en el resto de naciones latinoamericanas no existan eximios especialistas en la misma disciplina.

En efecto, en México, después de la muerte de don Toribio Esquivel Obregón, en 1946, parecía que con él moría también la historia del derecho mexicano, ya que independientemente de sus grandes dotes intelectuales y como investigador, que nos han llevado a calificarlo como el padre de la historia del derecho mexicano, desafortunadamente no supo, o no quiso formar discípulos, pues si bien hubo gente de la talla de Silvio Zavala, más bien se dedicaron a trabajos monográficos, col un método fundamentalmente histórico, más que a intentar hacer una historia del derecho mexicano.

El que don Toribio no hubiese hecho escuela fue una pena, ya que siendo México el país americano con mayores elementos para construir una historia del derecho nacional más amplia, sin embargo hubo de esperarse 30 años después del fallecimiento de Esquivel Obregón para que se dieran los primeros pasos, siempre tímidos, para empezar a integrar tal escuela del derecho mexicano, la cual, aunque podemos afirmar que ya existe, todavia requiere de algunos lustros más para alcanzar su madurez, al menos como Argentina y Chile actualmente.

Hemos querido dar esta muy breve explicación historiográfica para destacar la importancia y trascendencia para la historia del derecho mexicano así como indiano, del libro de Barrientos que ahora tenemos el gusto de reseñar. En síntesis, se trata de una aportación positiva, que se necesitarán muchos años más de investigación iushistórica en Mexico para poder superar; libro de consulta necesaria en cualquier trabajo que se pretenda hacer sobre el derecho novohispano y sus instituciones, por lo cual felicitamos calurosamente a nuestro amigo Javier Barrientos Grandón.

Jose L. Soberanes Fernandez

Giuseppe Dossetti, *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di Alberto Melloni, Il Mulino, Bologna, 1994.

Il libro contiene:

— un'introduzione ampia e succosa di Alberto Melloni, con una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

testimonianza diretta di Dossetti in data 15 novembre 1993, che abbraccia un periodo che va dal 1942 a dopo il 1953;

— una cronologia ed una bibliografia;

— numerosi interventi dell'autore, soprattutto in sede di Assemblea costituente e di prima legislatura della camera dei deputati.

Dossetti entrò nella Resistenza subito dopo l'8 settembre 1943, nel comitato di liberazione nazionale di Cavriago, di cui assunse la presidenza nel dicembre. Partecipò alla lotta armata; vi sono cenni su dissensi tra le forze politiche sulle azioni partigiane in programma. Dopo la liberazione egli ebbe la tessera della democrazia cristiana e andò in rappresentanza di essa al congresso di Milano del Comitato di liberazione nazionale dell'alta Italia. Fu eletto nell'Assemblea costituente ma — egli tenne a sottolinearlo — non come tecnico ma come politico. Melloni dice che egli aveva con sé « un programma di azione solidamente politico, per una "repubblica democratica ", caratterizzata da una "verticale trasformazione della struttura industriale" , "la riforma finanziaria" , una "imposta straordinaria sui patrimoni" , la "abolizione del latifondo" , nonché la "nazionalizzazione delle grandi industrie monopolisitche" ». Egli fece parte, come si sa, del gruppo dei c.d. professorini: La Pira, Lazzati, Moro, Fanfani e fu in contatto con i migliori giuristi cattolici, Mortati, Amorth. Ma fu in contatto continuo anche con esponenti di altre forze politiche verso i quali aveva molta stima, in particolare con Togliatti e con Basso. È stato notato come, nel lavoro costituente, in tutte le sue fasi, Dossetti non si muove, insomma, come « l'aspirante capo di una corrente significativa dell'erigendo partito di maggioranza: egli è capace di raccogliere consenso e critica al di là degli schieramenti prefissati ». In particolare, sul tema della irreversibilità della rottura col fascismo, Dossetti raggiunge « una sintonia profonda con la preoccupazione di Togliatti di fissare nella costituzione le linee del futuro, ma anche i punti di non ritorno, a reciproca garanzia di tutte le forze politiche del Paese ».

Contatti egli ebbe anche col Vaticano, dal quale peraltro non ricevette, in punto di rapporti fra Stato e Chiesa, prescrizioni o direttive. Dice Dossetti: per i Patti lateranensi fu ottenuto il massimo che si poteva ottenere, direi tanto massimo che poi lo si smontò con le sentenze della Corte costituzionale nei decenni seguenti. Ma i rapporti col Vaticano a un certo momento vanno a peggiorare: De Gasperi si lamenta col Papa della sinistra interna, « innestando un meccanismo di sistematiche pressioni ... e Scalfaro, politico con sensori finissimi nel mondo ecclesiastico, si ribella all'idea che De Gasperi possa ritenerlo infatuato dal pensiero "dossettiano" , quasi che questo addebito rivestisse valenze canoniche negative ».

L'altra battaglia che interessava vivamente oltre Tevere era quella sulla scuola, e, insieme, quella sul matrimonio. Dossetti confessa: « abbiamo perso in quel famoso inciso della scuola "senza oneri per lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stato". Abbiamo perso perché non c'è stata la maggioranza, per difetto e mancanza dei democristiani. Affermare la parità della scuola non statale senza finanziamento da parte dello Stato era un'impresa molto debole e abbiamo perso; e la volevamo non per privilegiare le scuole non statali, ma per dare ad esse la medesima *chance* delle scuole statali, come credo si faccia in tutti gli Stati. E poi sull'indissolubilità del matrimonio dichiarata nella costituzione: anche lì abbiamo perso. Però, queste battaglie perdute le abbiamo perdute in sede di votazioni, non in sede di disputazione ».

Va notato come Dossetti ponga la persona umana come centro delle regole della comunità, e consideri quindi la tutela della persona umana come il fine supremo della costituzione. Ricordo qui un significativo ordine del giorno proposto da lui in Assemblea costituente: « La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo, esclusa quella che si ispiri ad una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme all'esigenza storica cui il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: *a*) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; *b*) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale...; *c*) che perciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato ». Egli mette a verbale che « questo è un punto essenziale, ed in questo, a suo giudizio, deve stare il fondamento primo di ogni costituzione, senza di che ogni costituzione sarebbe viziata all'origine ».

Corollari di questo principio sono: il diritto-dovere del lavoro visto nel suo fine di sviluppo della persona umana (egli alla dizione « ogni cittadino ha diritto al lavoro e ha il dovere di svolgere un'attività o una funzione idonea all'incremento del patrimonio » suggerita da Aldo Moro, propone che all'« incremento del patrimonio » venga sostituita, d'accordo con Togliatti (!), l'espressione « allo sviluppo economico culturale, o morale o spirituale della società umana »); la libertà di insegnamento, legata, come egli diceva, alla necessità sociale che lo Stato assicuri una istruzione adeguata a tutti i cittadini capaci e meritevoli; i diritti della famiglia basata sull'indissolubilità del matrimonio. In proposito, vorrei notare interventi assai incisivi e che a mio modo di vedere lasciano perplesse anche le nostre coscienze laiche. Eravamo nel 1946: « la indissolubilità del matrimonio si giustifica con la necessità della ricostruzione morale, che è il fondamento della ricostruzione sociale, economica e politica, per realizzare la quale la costituente è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riunita ». Dossetti « vede nell'indissolubilità matrimoniale l'affermazione di una condizione essenziale affinché nella famiglia si possa effettuare quella rinuncia all'egoismo che è la base di tutta la ricostruzione ». Ma Calamandrei gli rispondeva che anche per la Chiesa, attraverso le sue procedure ecclesiastiche, c'era il divorzio, ma che era solo per i ricchi.

Non posso qui evidentemente soffermarmi su tutto. Ma voglio accennare al problema del rapporto fra l'antifascismo e la « resistenza » di domani. Intanto, contrariamente a quanto si legge, la formula che proibisce sotto qualsiasi forma la riorganizzazione del partito fascista, contenuta in una delle disposizioni finali della costituzione, è di Dossetti, non di Togliatti. E il senso di essa è esplicitato da un'altra norma, pure proposta da Dossetti, secondo la quale la costituzione doveva dire che « la resistenza, individuale e collettiva, agli atti dei pubblici poteri, che violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla presente costituzione, è diritto e dovere di ogni cittadino ». Purtroppo questo splendido messaggio, che si richiamava del resto alle costituzioni francesi della Rivoluzione, non fu poi inserito nel testo della costituzione, e questa sorta di promessa di rivoluzione antifascista in una resistenza di domani, avente per scopo la difesa della costituzione, non appare nel nostro testo costituzionale.

Sui rapporti fra Stato e Chiesa, come si sa, e come ho poc'anzi anticipato, Dossetti combatté una lunga battaglia. La sua posizione iniziale fu quella di inserire in costituzione la conferma che la religione cattolica è la religione dello Stato e il recepimento dei Patti lateranensi. La sua replica a Lelio Basso, che gli prospettava l'ingiustizia profonda dell'art. 5 del Concordato, che sanciva l'incapacità dei sacerdoti apostati o irretiti da censura, è per la verità assai debole: « nell'art. 5 del Concordato lo Stato ha riconosciuto appunto il rapporto interno che lega i sacerdoti alla Chiesa. È evidente che in questo caso non si intacca il principio della libertà dei cittadini in quanto si tratta di persone che si pongono volontariamente su una posizione di differenziamento dagli altri cittadini nel momento in cui liberamente accettano quel determinato *status* giuridico ». Si risponde — ovviamente — che a una libertà posta in costituzione non si può rinunziare. Dossetti comunque ammette che « questa norma oggi politicamente potrebbe non essere conveniente ». Tanto da suggerire che lo Stato faccia presente alla Chiesa « l'intolleranza di una vasta parte dell'opinione pubblica nei riguardi del suddetto articolo ». Dossetti non omette di ricordare « il caso famoso, che per molti può essere oggetto di commiserazione », il caso cioè di Ernesto Buonaiuti. Ma non va al di là di una modesta revisione dell'art. 5, insistendo nella tesi secondo cui i sacerdoti « sono entrati in uno *status* speciale, hanno acquisito poteri specialissimi ed hanno assunto un impegno essenziale di perpetua subordinazione gerarchica ». La tesi *minor* non ebbe miglior successo. Poi, per effetto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle norme concordatarie, al caso Buonaiuti si aggiunse negli anni cinquanta anche l'analogo caso Cordero. Ma su quello che divenne l'art. 7 della costituzione, si leggono, come dicevo poc'anzi, interventi di grande rilievo: la polemica con Piero Calamandrei è ricca di spunti interessanti. Voglio qui ricordare come, paradossalmente, la tesi sostenuta da Dossetti all'Assemblea costituente, secondo la quale la menzione dei Patti lateranensi in costituzione non significava costituzionalizzazione di essi (« queste norme non entrano affatto nella costituzione », in quanto sono norme sulla produzione giuridica) sia stata poi indirettamente la base della giurisprudenza costituzionale del 1971 che ha dichiarato che i Patti lateranensi non possono costituire deroghe ai principi supremi contenuti nella costituzione.

Nella prima legislatura Dossetti fu egualmente attivo. Ricordo qui un solo ma fondamentale episodio, che anch'esso, come quelli ai quali ho alluso finora, ha un carattere di viva attualità; Dossetti intervenne sul regime legislativo della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, la RAI. Si discuteva sulla forma da dare a un controllo democratico su di essa: Dossetti propose: « se cerco di sforzarmi di capire gli interessi generali dai quali muovono l'on.le Laconi, ed in parte l'on.le Almirante, interessi sui quali tutti siamo d'accordo, vale a dire di un efficace controllo delle radiodiffusioni, in modo da dare effettiva libertà alle comunicazioni della RAI, mi pare che la soluzione migliore sia appunto di affidarlo alla espressione suprema dello Stato, cioè al parlamento. Qualsiasi modificazione nel senso voluto dall'on. Laconi (cioè con l'inserzione di organi dell'esecutivo) potrebbe essere ragione di sospetto e di diminuzione dell'efficacia del controllo, anziché diretta ad accrescerne la portata e l'indipendenza »: un'ispirazione veramente di grande rilievo e correttezza costituzionale. Ma occorreva arrivare al 1974 perché la Corte costituzionale affermasse la necessità dello spostamento del baricentro della RAI dall'alveo governativo in quello parlamentare.

Vorrei concludere sottolineando le ragioni dell'attuale *idem sentire* in punto di difesa della costituzione. Come appare dalla lettura di questo libro, essa esce dalla storia come una grande conquista. Essa è frutto tanto della cultura laica quanto di quella cattolica. Questa è la ragione per cui oggi laici e cattolici democratici sono insieme ancora nella difesa della costituzione.

PAOLO BARILE

VANDA FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, Jovene Editore, 1992, pp. XVI-249.

Anche se non abbondantissima, la letteratura critica degli ultimi decenni sul giusnaturalista tedesco Samuel Pufendorf ha tuttavia consentito

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di far più luce sulla ricca e complessa opera di questo autore, confermandone l'indubitabile importanza nel panorama complessivo del pensiero dell'età moderna. Di tale importanza, e comunque degli elementi innovativi e di critica alla tradizione scolastica (ancorché talvolta dissimulati per ragioni cautelative) contenuti nel suo sistema, sono documento storico indubitabile le accesissime discussioni con cui i critici coevi accolsero, nella seconda metà del XVII secolo, non soltanto l'opera maggiore, il *De jure naturae et gentium* (del 1672) e il suo *abrégé* dell'anno successivo, il *De officio hominis et civis*, ma vari altri e non meno interessanti scritti che una manualistica di carattere prevalentemente giuridico ha tanto costantemente quanto impropriamente definiti « minori ». Considerata nel suo insieme, la produzione pufendorfiana è tale da apparire insuscettibile di essere interpretata in un'ottica monodisciplinare; e proprio in questo suo carattere va individuata una delle ragioni, e probabilmente non la meno rilevante, che alimentano le discussioni degli interpreti odierni. Senza voler indulgere a schematizzazioni artificiali, che tra l'altro contrasterebbero con l'unità di fondo del pensiero di Pufendorf, va però osservato che, se la struttura portante del sistema pufendorfiano ha prevalentemente motivato indagini di carattere storico-filosofico, specialmente per il fondamentale rapporto con la filosofia di Thomas Hobbes (a cui, per rimanere ai contributi italiani recenti, si sono particolarmente rivolti i pregevoli studi di Fiammetta Palladini), nondimeno non sono mancati lavori che hanno opportunamente posto in rilievo l'importanza della produzione pufendorfiana in vari altri aspetti della riflessione moderna. Mi riferisco in particolare agli aspetti storico-storiografico, teorico-politico (con riferimento anche al significato del pensiero pufendorfiano nella storia della teoria delle relazioni internazionali), e ancora all'aspetto teologico (collegabile con i temi della tolleranza religiosa e dei rapporti tra potere ecclesiastico e potere civile) e a quello della teoria antropologica come presupposto di una moderna « scienza della società ».

Particolarmente, anche se non certo esclusivamente, a quest'ultimo aspetto del pensiero pufendorfiano, indagato secondo una metodologia che si colloca nell'àmbito della filosofia politica e del diritto, si rivolge il pregevole lavoro di una giovane studiosa, Vanda Fiorillo, che rivela già nel titolo (« Tra egoismo e socialità ») l'obiettivo fondamentale della ricerca. Per quanto apparentemente delimitato, il tema dell'indagine è tale da richiamare nell'analisi vari punti nodali della riflessione pufendorfiana, che proprio per il carattere giusnaturalistico di tale riflessione riguardano ad un tempo questioni relative alla teoria della morale, alla teoria del diritto, alla teoria della società e della politica. Si tratta di punti nodali che del resto risultavano già in vario modo implicati, ma non sviluppati, in un articolo (« La *socialitas* nell'antropologia giuridica pufendorfiana », 1990) che può considerarsi, da un certo punto di vista, come il nucleo genetico da cui si è poi sviluppata una delle parti più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interessanti di questo libro e nel quale infatti venivano affrontati i problemi del rapporto tra normativismo e socialità, della teoria dello scambio, nonché del lusso e del popolazionismo come aspetti economico-sociali tra loro collegati, in un'età storica in cui gli orientamenti tardo-mercantilistici lasciano già intravedere prospettive aperte al libero scambismo: tematiche che si ripresentano infatti anche nel secondo capitolo del libro della Fiorillo.

Il più ampio spettro d'indagine proposto ora dall'A. è sorretto da una preoccupazione metodologica di cui si dimostra avvertita fin dalle pagine introduttive, nelle quali si sottolinea, tra l'altro, una peculiarità dell'argomentazione pufendorfiana, che se nelle intenzioni del giusnaturalista tedesco ambisce in generale « ad un procedimento tipicamente razionalistico e deduttivo, pur tuttavia indulge spesso a forme espositive di carattere squisitamente topico » (p. 3). Risulta in tal modo giustificata, a sua volta, la pretesa metodologica della Fiorillo: di guardare meno a ciò che potrebbe fondare e costituire la struttura complessiva del pensiero di Pufendorf in una rigorosa accezione logico-teoretica, e invece di puntare maggiormente, o soprattutto, sulla sistematicità tematica della riflessione pufendorfiana, al fine di individuare e ricostruire, per alcuni dei suoi aspetti fondamentali, sia l'interna coerenza sia gli elementi innovativi rispetto alla stessa tradizione giusnaturalistica. Criticamente consapevole, del resto, l'A. si dimostra delle complesse questioni sollevate dalle peculiarità del metodo di Pufendorf rispetto sia alla tradizione aristotelica e alla filosofia cartesiana, sia ai suoi grandi predecessori Grozio e Hobbes. Su tali questioni, su cui non hanno mancato di soffermarsi vari studiosi del pensiero pufendorfiano con esiti interpretativi differenti, anche la Fiorillo ritorna con adeguata sintesi ricostruttiva, mettendo in luce con chiarezza le ragioni per le quali Pufendorf non giungerebbe alla piena e rigorosa realizzazione di un programma metodologico di tipo logico-deduttivo, dal momento che il *mos geometricus* euclideo (accolto dichiaratamente negli *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, del 1660), si evolve poi nel procedimento risolutivo-compositivo tipico delle scienze naturali e, soprattutto, trova una caratteristica coniugazione con la natura antropologico-fattuale della *socialitas*, assunta a principio o criterio fondativo dello stesso diritto di natura.

Se tutto questo non può non richiamare, attraverso il paradigma pufendorfiano, problemi riguardanti il metodo giusnaturalistico nel suo complesso teorico-storico (e di risollevare conseguentemente anche la nota questione della cosiddetta « fallacia naturalistica »), è però vero che la felice incoerenza metodologica di Pufendorf sta alla base di una interpretazione del suo pensiero (quale è data dalla Fiorillo) mirata a valorizzare, in tutte le possibili implicazioni, gli aspetti economico-sociali di cui è gravida la teoria del giusnaturalista tedesco. L'assunzione del principio della *socialitas* soprattutto come nozione antropologico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

descrittiva, più che come concetto normativo, è ciò su cui plausibilmente insiste l'A., con la conseguenza di sottrarre l'intepretazione di Pufendorf alle maglie troppo strette di valutazioni tradizionali in termini di « eclettismo », « sincretismo », ecc., generate all'interno di categorie interpretative che si giustificavano in un'ottica diversa da quella della Fiorillo. La quale ricostruisce l'evoluzione del concetto di socialità nella riflessione pufendorfiana non certo trascurando il rapporto genetico con l'*appetitus societatis* groziano e l'*amor sui* hobbesiano, ma piuttosto guardando soprattutto ai caratteri originali che il Pufendorf della maturità conferisce ad una *socialitas* sempre più aperta ad istanze utilitaristiche. E originale risulta così la configurazione del giusnaturalismo pufendorfiano come teoria nella quale (mediante la categoria della *imbecillitas* in cui è compendiata la fondamentale condizione umana del bisogno) *amor sui* e *socialitas* risolvono il loro tendenziale conflitto ed « instaurano la piena coincidenza degli interessi privati con quelli comuni, in una perfetta armonia sociale, in cui i ruoli interdipendenti dei singoli contribuiscono a promuovere l'interesse collettivo » (p. 48). Sicché in questo giusnaturalismo fortemente rivolto alla concretezza della vita sociale, nonché ai caratteri dell'economia e della politica nell'Europa centro-settentrionale del XVII secolo, significato e contenuti di una peculiare « socialità egoistica » si propongono come fattori volti « al recupero in senso produttivo delle passioni egoistiche degli individui » (p. 49).

Indubbiamente interessanti sono le pagine dedicate dalla Fiorillo alle implicazioni della *socialitas* come categoria antropologico-descrittiva. In particolare, ciò che si sostiene a proposito dell'elaborazione pufendorfiana della teoria del valore (meccanismo di formazione dei prezzi, analisi dell'interesse, ecc.), consente di comprendere perché si possa plausibilmente parlare di fondazione dell'ordine giuridico su elementi di carattere economico-sociale, dato che « il mondo degli interessi individuali e delle relazioni economiche fornisce rinnovate fonti di legittimità e di consenso per l'*ordo juris* » (p. 61). In generale, si tratta di aspetti problematici ai quali, pur trovando collocazione non marginale nella trattazione del sistema giusnaturalistico di Pufendorf, non si era guardato con particolare attenzione, soprattutto per effetto di una qualificazione più tradizionale, o meno originale, del concetto di *socialitas* dell'autore tedesco. E le stesse considerazioni possono valere anche per le tematiche della proprietà (argomento ripreso e ulteriormente sviluppato alla fine dell'ultimo capitolo), del consumo, del lusso e del popolazionismo, a proposito delle quali Pufendorf si dimostra attento osservatore sia delle varie realtà socio-economiche del suo tempo, sia delle esigenze della politica economica territoriale, ma anche, in una prospettiva di più moderato e ragionevole mercantilismo che in lui assume già fisionomia cameralistica, sostenitore della necessaria interdipendenza di interesse privato e pubblico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come *lex naturae fundamentalis*, il concetto di socialità, fondativo della filosofia morale pufendorfiana, è incardinato nella teoria degli *entia moralia*, che l'autore tedesco concepisce distinti dagli *entia physica* e nell'àmbito dei quali trova consistenza e misura l'autonomia dell'« agire sociale » rispetto all'ordine naturale. Indagata dagli studiosi come momento probabilmente più importante e originale della riflessione pufendorfiana, questa teoria era stata posta in particolare risalto da Hans Welzel nella sua ormai classica monografia (H. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin 1958, le cui linee la Fiorillo segue da vicino e di cui ha anche recentemente curato la traduzione italiana). Il significato che viene ad assumere questa teoria, con la sua caratteristica interna quadripartizione e con la qualificazione di *persona moralis* attribuibile ad ogni soggetto di diritto, assume speciale rilievo nella ricostruzione dell'A.: non solo perché si tratta di un elemento teorico che contribuisce a misurare le differenze specifiche rispetto sia all'ontologismo groziano sia alla tradizione aristotelico-scolastica, ma anche e soprattutto perché la forte qualificazione della sfera degli *entia moralia* come dominio autonomo di valori umani costruiti in conformità al principio di convenienza (con ogni conseguente implicazione in termini di libertà e dignità dell'uomo) è la condizione essenziale su cui si regge l'impianto interpretativo della Fiorillo. Tanto più essenziale quanto più con essa è misurabile la plausibilità della tesi secondo cui Pufendorf perverrebbe « a formulare una filosofia dell'uomo aperta alle moderne dimensioni scettica e relativistica » (p. 2), contribuendo in maniera determinante ad alimentare quel peculiare clima culturale di fine Seicento contrassegnato da fattori e impulsi di secolarizzazione che, con fortunata formula storiografica, Paul Hazard aveva rappresentato come età di « crisi della coscienza europea ». Trattando infatti del concetto di *impositio* (con cui Pufendorf indica l'atto istitutivo che conferisce valore agli *entia*) la Fiorillo rileva sì, giustamente, che l'*impositio* è originariamente atto divino prima che atto umano, ma altrettanto giustamente sottolinea che però il suo significato ultimo e la sua funzione pratica portano alla valorizzazione della concreta e terrena volontà degli individui, al loro libero intervento creativo e valutativo. Con ciò l'A. prende le distanze da tutte quelle interpretazioni anche recenti che, implicitamente sopravvalutando l'originarietà divina dell'*impositio*, finiscono per svalutare di fatto il carattere originale della riflessione pufendorfiana in uno dei suoi aspetti più importanti sia sul piano teoretico sia sul piano storico. È noto del resto che questo fu uno dei punti di più diretta e accesa polemica tra Pufendorf e i teologi scolastici del XVII secolo che lo accusavano di empietà e di « indifferentismo morale », e non per caso uno degli aspetti della teoria pufendorfiana più valorizzati, per centro, dal giusnaturalismo illuministico, sia pure attraverso l'immagine di un Pufendorf sicuramente più « liberale » che Jean Barbeyrac aveva accreditata all'inizio del Settecento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altri temi pure importanti del giusnaturalismo di Pufendorf sono richiamati e discussi nello studio della Fiorillo. Tra questi il concetto pufendorfiano di libertà, di cui si colgono le caratteristiche e le differenze specifiche rispetto a Hobbes e Spinoza; nonché il rapporto tra la sfera della moralità e quella della legalità, che Pufendorf concepisce distinte attraverso la distinzione tra teologia morale e diritto naturale, con ciò fornendo presupposti ed elementi assai significativi per la riflessione successiva su questo tema, da Thomasius a Wolff e a Kant; o ancora il tema della giustizia con le sue varie articolazioni, in cui i problemi filosofico-morali e filosofico-giuridici, indagati con ampia cognizione della letteratura critica, presentano una più percepibile o diretta coniugazione fra loro e con aspetti squisitamente giuridici. Sul valore delle anticipazioni pufendorfiane rispetto a Kant circa il criterio formale distintivo tra legislazione morale e legislazione giuridica la Fiorillo opportunamente insiste; anche se le altrettanto opportune precisazioni circa i limiti della riflessione morale pufendorfiana sul significato e la portata dello *jus imperfectum* (pp. 180 sgg.) andrebbero maggiormente corroborate dalla considerazione che l'etica sociale di Pufendorf, e quindi la sua stessa teoria della morale, rispondevano ideologicamente ad una concezione fondamentalmente assolutistica, con la quale infatti la ben più profonda filosofia morale kantiana non era più congruente né nei presupposti né nei fini.

Neppure trascurabile è infine l'attenzione dedicata dall'A. ad un tema che in verità non riguarda solo il giusnaturalismo pufendorfiano-bensì il complesso e assai dibattuto rapporto fra diritto naturale e storia. L'interesse delle considerazioni svolte dalla Fiorillo sta nel fatto che, indagata in questa prospettiva (che del resto si collega organicamente con quanto trattato in altre parti del volume), la concezione che Pufendorf ha del diritto naturale — al di là delle intenzioni dichiarate all'« allievo » Thomasius di perseguire l'obiettivo scientifico di un'« etica universale » — offre elementi tali da autorizzarne l'inserzione in un « quadro di pensiero che prelude alla relativizzazione, anche di tipo storico », e da consentire di veder rappresentato, in tale concezione, « l'àmbito di convergenza di elementi di storicità e metastoricità insieme » (pp. 202-3).

Conclusivamente va osservato che nettissima, nel serio e informato lavoro della Fiorillo, è la prevalenza dell'intento teoretico su quello storico. Anche per questo le pagine finali del volume, dedicate alla fortuna di Pufendorf nella Russia del XVIII secolo, sono presentate in forma di Appendice: il cui contenuto contribuisce certo limitatamente, e tuttavia utilmente, ad integrare la comprensione storica della straordinaria diffusione del giusnaturalismo pufendorfiano in un'età decisiva per il processo di modernizzazione della società europea.

MAURIZIO BAZZOLI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JAN HELLNER, *Rättsteori. En introduktion*, 2. Auflage, Stockholm 1994 (Juristförlaget), 132 Seiten.

« Rättsteori » ist ein einführendes Lehrbuch über Rechtstheorie, das vom Nestor der schwedischen Zivilrechtslehrer, Professor Jan Hellner, für Studenten des ersten Semesters geschrieben worden ist. Wie aber führt er diesen Leserkreis in Fragen der Rechtstheorie ein? In seinem *Vorwort* schreibt der Verfasser, seine Darstellung sei *subjektiv*; es gebe zu dem behandelten Thema keine anerkennten Meinungen. Diese Subjektivität des Verfassers ist jedoch ihrem Charakter nach nur äußerlich, denn die Subjektivität besteht für ihn darin, daß eine subjektive Auswahl der Lehrmeinungen trifft, die er dann in seinem Buch darstellt. Der darüber hinausgehende, eigene Beitrag des Verfassers besteht nur in mehr oder weniger gut begründeten Plädoyers für den einen oder anderen rechtstheoretischen Standpunkt. Er bietet also mit anderen Worten keine eigene Sicht grundlegender rechtstheoretischer Dinge — man könnte insoweit von einer inneren Subjektivität sprechen — als Grundlage für ein Konzept der Darstellung. Eher läß er den Eindruck entstehen, ihm gehe es um den Nachweis, daß die Uneinigkeit über die theoretische Seite des Rechts größer ist, als üblicherweise angenommen, und daß die Unmöglichkeit, unter Juristen Einigkeit über Antworten auf rechtstheoretische Fragen herbeizuführen, allgemein und endgültig die rechtstheoretische Arbeit stigmatisiert. Zwar ist die Ansicht durchaus nicht ganz ungewöhnlich, daß ein *consensus* der Rechtslehrer eine notwendige Voraussetzung der Brauchbarkeit rechtstheoretischer Arbeitsergebnisse darstell. Gegen sie spricht jedoch, daß die Tragfähigkeit des theoretischen Arguments nicht davon abhängen kann, daß eine Mehrzahl von Lehrern derselben Meinung ist; statt dessen ist Probierstein für das Argument seine logisch-sachliche Konsistenz. Wäre es nicht so, könnte die Absurdität entstehen, daß man durch Abstimmung feststellt, welche Lösung die allein theoretisch richtige wäre. Man kann sich auch die Situation vorstellen, die entstehen würde, gebe es einen totalen *consensus* der Rechtstheoretiker. Er würde bedeuten, daß die Rechtstheorie in einen statischen Zustand geriete, der kaum mit dem historisch veränderlichen Charakter des Rechts vereinbar wäre. Eine weitere Seltsamkeit, die dieselbe Ambivalenz ausdrückt, findet man im Vorwort zu dem besprochenen Buch insoweit, als der Verfasser erklärt, er « habe es vermieden, eigene *rechtpolitische* Werturteile auszudrücken ». Die rechtpolitische Argumentation unterscheidet sich jedoch dadurch von der rechtstheoretischen, daß die erstere sich mit nicht denselben Anforderungen an innere Konsistenz konfrontiert sieht wie die letztere. Ähnlich wie für andere politische Fragen kann auch für rechtspolitische eine « richtige » Antwort durch Abstimmung ermittelt werden. Ein Vorbehalt, rechtspolitische Werturteile seien nicht mitaufgenommen worden, ist

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deshalb in einer Darstellung von Grundlagen der Rechtstheorie gänzlich unangebracht. Das Vorwort läßt hier eine rechtsrelativistische und skeptische Sicht der Dinge erkennen, die auch im übrigen die Darstellung prägt.

Im ersten Teil der Arbeit (Kapitel 1-3) behandelt der Verfasser Fragen zur Natur des Rechtssystems und der Rechtsnormen und was man meint, wenn man davon spricht, daß eine Rechtsnorm gilt. Allgemeine methodologische Fragen — wie jene nach den Kennzeichen der rationalen Argumentation — werden im zweiten Teil des Buches (Kapitel 4-8) behandelt.

In einer kurzen Rezension können unmöglich alle Themen angesprochen werden, auf die der Verfasser eingeht. Deshalb und aus Gründen, die noch dargelegt werden sollen, will ich mich auf eine allgemeine und für das Buch besonders relevante Frage beschränken, nämlich die nach der Rolle der Rechtswissenschaft bei der Rechtsbildung.

Vermerkt werden muß hier, das das besprochene Lehrbuch der Rechtstheorie die Natur und Reichweite der rechtswissenschaftlichen Argumentation überraschenderweise nicht erörtert — jene Tätigkeit also, die gemeinhin als Ausgangspunkt dessen verstanden wird, was man als « Rechtstheorie » bezeichnet. Die rechtswissenschaftlichen Lehren und Prinzipien, mit welchen sich der Inhalt des Buches überwiegend beschäftigt, sind ja keineswegs etwas, was Gesetzgeber und Gerichte als Gegenstand ihrer Arbeit betrachten, sondern bilden den Kern der Arbeit gerade der Rechtswissenschaft. Der Verfasser läßt sogar einen gewissen Unwillen bei der Definition der Rechtswissenschaft erkennen. Er behandelt die Rechtswissenschaft nur auf etwas mehr als einer Seite im letzten Kapitel (Kapitel 8) des Buches unter der Überschrift « Sonstige Rechtsanwendung »! Sieht man mit dem Verfasser die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht als rechtsbildend, sondern bestenfalls als den Inhalt von Rechtsnormen erklärend (S. 12), wird zwar deutlich, warum den Voraussetzungen der rechtstheoretischen Arbeit nur so geringe Aufmerksamkeit gilt; zugleich läßt die Darstellung aber auch einen grundlegenden Widerspruch erkennen: Einerseits sind die *Ergebnisse* rechtstheoretischer Arbeit offenbar die Erörterung wert, andererseits gilt das nicht für *diese Arbeit selbst*, deren Bedeutung durchgehend angezweifelt wird. Der Verfasser stellt dementsprechend fest: « Die allgemeine Klarheit wird nicht dadurch größer, daß man darüber diskutiert, ob die Rechtswissenschaft eine « Rechtsquelle » darstelle oder nicht » (S. 15). Meiner Meinung nach sollte jedoch genau diese Frage den Ausgangspunkt eines rechtstheoretischen Lehrbuchs darstellen. Wie kann man die Ergebnisse einer Theorie erörtern, bevor ihr Zustandekommen bekannt und bestimmt ist?

Der Verfasser leitet seine Darstellung mit einem Kapitel ein, das

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Überschrift « Das Rechtssystem » trägt; der Leser soll « verstehen, was das Rechtssystem ist » (S. 9). Die dadurch vermittelte Einsicht soll dem Studenten Impulse geben, « während seiner weiteren Studien den prinzipiellen Aspekten Aufmerksamkeit zu schenken und dadurch die Methoden induktiv zu lernen » (S. 9). Die Lernmethode, die der Verfasser hier beschreibt, wird allerdings kaum als induktiv bezeichnet werden können; eher ist das Gegenteilt der Fall. Geht man von Prinzipien aus, die selbst eine Form allgemeiner, einheitlicher Erkenntnis repräsentieren, kann der Weg der Erkenntnis nur dann als induktiv beschrieben werden, wenn das Interesse ausschließlich Prinzipien gilt, die einen noch höheren Rang einnehmen. Ist der Weg der Erkenntnis entgegengesetzt, geht es um Deduktion. Das Rechssystem wird als eine Sammlung Normen definiert, die zueinander in einem bestimmten Zusammenhang stehen. Die Charakteristika des Rechtssystems werden nach den Worten des Verfassers dadurch deutlich, daß man es von einer ungeordneten Sammlung unterscheiden kann, die einem Haufen Steine ähnlich wäre, der ohne bestimmte Ordnung aufgetürmt worden ist (S. 10-11). « Charakteristisch für das Rechtssystem ist also », stellt der Verfasser fest, « daß die Normen in einem Zusammenhang zueinander stehen, daß sie auf einander abgestimmt sind » (S. 11). Die Systematik wird also dargestellt, als sei sie dem Rechtsstoff als Ordnung immanent, d.h. als habe sie ontologische Qualität. Rechtsnormen und Rechtssätze würden sich also selbst nach systematischen Prinzipien ordnen, die wie ein DNA-Code im Rechtsstoff als solchen enthalten sein sollen. Der Verfasser fährt fort: «Ein Grund dafür, daß juristische Studien enforderlich sind und nicht jedermann Gesetze schon deshalb anwenden kann, weil er die Gesetzestexte gelesen hat, besteht darin, daß die Rechtsnormen diesen Zusammenhang zu einander aufweisen ». Für einen Studenten im Anfangsstadium seiner Studien muß sich diese Beschreibung der Systematik ziemlich rätselhaft ausmachen. Es ist eine theoretische Unmöglichkeit, daß die Rechtsmaterie, die selbst methodologisch indifferent ist, sich selbst systematisieren könnte. Wäre das der Fall — eine durch und durch hypothetische Annahme —, wäre es ein im erkenntnistheoretischen Sinne hoffnungsloses Unterfangen, Erkenntnis über ein solches ontologisches System im Recht gewinnen zu wollen. Bei einer derartigen Annahme würde sich das Recht dem Betrachter als eine ungeordnete Menge von Rechtsnormen ähnlich dem schon erwähnten Steinhaufen darbieten. Die vorgebliche Ordnung des Stoffes bliebe also verborgen. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, daß die Darstellung des Systembegriffes kein korrektes Bild der Systemseite des Rechts zeichnet. Der Verfasser geht nicht darauf ein, welche Anforderungen an die Rechtsordnung in der Systematik zum Ausdruck kommen und welcher Funktion der Rechtsbildung und Rechtsanwendung die Systemperspektive gerecht wird.

Anschließend beschreibt der Verfasser das Rechtssystem aus stati-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scher und aus dynamischer Perspektive. Hinsichtlich der ersteren behauptet er: « Es gibt keinen Grund, sich darüber zu wundern, daß der statische Aspekt im Vordergrund der juristischen Studien steht. Denn über lange Perioden hin, vor allem im 19. Jahrhundert, war die Entwicklung verhältnismäßig langsam, und es gab gute praktische Gründe, das System als statisch zu behandeln » (S. 12). Die in diesem Zitat ausgedrückte Geschichtsschreibung kann nicht unwidersprochen bleiben. Die Geschwindigkeit, mit der das Recht im vorigen Jahrhundert grundlegend umgestalten worden ist, ist in der langen Geschichte des Rechts ohne Vorbild. Und das gilt für praktisch alle traditionellen Rechtsgebiete. Was dann weiter die vom Verfasser angesprochene statische Seite des Rechts betrifft, wird sie als faktische Eigenschaft des Rechts beschrieben. Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß der Verfasser ein Gleichheitszeichen setzt zwischen einerseits dem System und andererseits einer geordneten Sammlung von Gesetzesregeln. Die Stabilität der Gesetzgebung macht also das statische Element aus. Hiergegen wäre einzuwenden, daß der Systembegriff nich zu eng gefaßt werden darf. Die Gesetzgebung stellt eine — wohl die potenteste — Kraft dar, die beim Werden und Vergehen des Rechts wirkt, sie gibt aber keine erschöpfende Antwort auf die Frage nach Charakter und Aussehen des Rechtssystems zu einem gegebenen Zeitpunkt; ich komme unten noch auf diese Frage zurück. Daß das Rechtssystem in gewissen Zusammenhängen als etwas Momentanes oder Statisches betrachtet wird, ist rein praktisch zu erklären. Muß beispielsweise dargestellt werden, was Inhalt des schwedischen Rechts zu einer gegebenen Frage ist, muß man bei der Darstellung verfahren, als sei das Recht statisch. Diese Situation tritt nicht zuletzt bei rechtswissenschaftlichen Arbeiten immer wieder auf. Will man eine Untersuchung abschließen können, muß das Recht unausweichlich so gesehen werden. Man tut es aber im Bewußtsein, daß es hierbei um eine Fiktion geht. Man kann nie vergessen, daß das Recht als ein Aspekt gesellschaftlichen Zusammenlebens historisch gebunden ist, was bedeutet, daß es sich ständig bewegt und den neuen Gegebenheiten enpaßt, die das Zusammenleben herverbringt.

Zum dynamischen Element meint der Verfasser, es sei schwerer, das Dynamische im Recht als das Statische festzustellen. Er behauptet jedoch: « Die dynamischen Aspekte des Rechtssystems werden vor allem bei der Gesetzgebung deutlich » (S. 13). Hier tritt ein Widerspruch zu dem zu Tage, was der Verfasser vorher über Gesetzgebung als stabilisierende Ordnung der Rechtsnormen gesagt hat. Wie ausgerechnet die Gesetzgebung das Dynamische in der Rechtsentwicklung verkörpern soll, ist für mich unverständlich. Gesetzgebung findet deutlich stoßweise statt, und die Rechtsentwicklung macht nicht Halt in Erwartung weiterer Maßnahmen des Gesetzgebers. Kennzeichnend für

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gesetzgebung ist es eher, Normen eindeutlig zu fixieren. Betrachtet man das Recht über einen längeren Zeitraum, findet man immer wieder, daß Gesetze inhaltlich unterschiedlich aufgefaßt werden und daß ihre Anwendung variiert. Es gibt also andere Kräfte, die Dynamik in die Rechtsentwicklung bringen.

In einen Kapitel über « Gültigkeit der Rechtsnormen » (Kapitel 2) kommt der Verfasser auf den Systembegriff in einem anderen Kontext zurück. Er leitet seine Darstellung wie folgt ein: « Man kann zwischen jenen unterscheiden, die « im » System sind wie Gesetzgeber, Richter oder andere Behörden, und jenen, die halb im System und halb außerhalb des Systems tätig sind wie Rechtsanwälte oder Rechtsuchende, sowie schließlich jenen, die sich gänzlich außerhalb des Systems befinden wie Studenten und Zeitungsleser. Zur letzteren Gruppe können auch die Rechtswissenschaftler gerechnet werden — auch wenn ihre Arbeiten Richter und Anwälte beeinflussen können und sie sich insoweit beispielsweise von Studenten unterscheiden » (S. 22). Es besteht aller Anlaß, sich diese Beschreibung der Systemteilhaftigkeit der verschiedenen juristischen Berufsrollen einmal näher anzusehen. Vor allem führt diese Aufteilung zu der Folgerung, daß die Rechtswissenschaft hauptsächlich — um nicht zu sagen ausschließlich — kommentierende Aufgaben zugewiesen bekommt. Der Rechtswissenschaftler erklärt den Inhalt von Gesetzgebung und Rechtsprechung und gibt dadurch eine Darstellung des geltenden Rechts. Das bedeutet also, daß die Rechtswissenschaft nur darauf Anspruch erheben kann, den Inhalt dieser Rechtsquellen zu reproduzieren. Das aber ergibt die Perspektive einer tiefen Kluft zwischen der Praxis, d.h. der Gesetzgebung und Rechtsanwendung einerseits und der Theorie, also der Rechtswissenschaft andererseits. Das Problem, um dessen Lösung sich Generationen von Juristen bemüht haben, nämlich die Schaffung einer dauerhaften Brücke zwischen den theroretischen und praktischen Seiten des Rechts, wird dadurch zementiert. Das aber gibt Anlaß zur Frage, welche Existenzberechtigung die Rechtswissenschaft eigentlich noch hat, wenn sie aus dem Rechtssystem verwiesen wird.

Ähnliche theoretische Ahnungslosigkeit prägt die äußerst knappe Darstellung der eventuellen Rechtsquelleneigenschaft der Rechtswissenschaft. Der Standpunkt des Verfassers ist vollständig klar, wenn er schreibt, es sei « wenig sinnvoll zu erörtern, unter welchen Bedingungen die rechtswissenschaftliche Literatur eine Stellung als Rechtsquelle einnimmt » (S. 62). Die Rechtswissenschaft ist also keine Rechtsquelle. Daß sie Gesetzgeber und Richter beeinflussen *kann*, verleiht ihr diesen Status nicht. Dann aber muß die Frage gestellt werden, was nach Ansicht des Verfassers eine Rechtsquelle konstituiert. Folgende Zitate geben darüber Auskunft: « Im schwedischen Recht dürfte sich kein Gericht für verpflichtet halten, das anzuwenden, was die Rechtswissenschaft ausspricht »; und weiter « ich meine, die Rechtswissenschaftler

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

müssen als ‘ außerhalb des Rechtssystems ’ stehend betrachtet werden. Sie können seinen Inhalt und seine Funktionen auf verschiedene Weise und insbesondere durch veröffentlichte Schriften beeinflussen; die Rechtswissenschaftler können aber nicht beanspruchen, daß ihre Aussprüche als bindend zu betrachten sind » (S. 115). Offenbar meint der Verfasser, die unbedingte Gebundenheit der Gerichte sei das konstitutive Moment einer Rechtsquelle. Das wichtigste Beispiel hierfür wäre natürlich die Gesetzgebung. Aber diese Meinung kann kaum richtig sein. Präjudizierende Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes werden traditionell als Rechtsquelle klassifiziert, obwohl sie Gerichte nicht unbedingt binden. Auch hinsichtlich der Gesetzgebung kann das Prinzip nicht konsequent durchgesetzt werden. Als Beispiel einer Ausnahme sei die Normenkontrolle genannt, die auch dem schwedischen Recht nicht unbekannt ist. Mit anderen Worten ist es also nicht das Gefühl der Gerichte, unbedingt gebunden zu sein, welches den Status der Rechtsquelle konstituiert. Soll der Rechtsquellenstatus der Rechtswissenschaft und ihr Verhältnis zu anderen Rechtsquellen bestimmt werden können, muß der Ausgangspunkt ein anderer sein, als der vom Verfasser gewählte. Zuerst einmal verhält es sich offenkundig so, daß die Rechtswissenschaft sowohl an der Rechtsausbildung als auch an der Rechtsanwendung beteiligt ist. Die ständige Systematisierungsarbeit der Rechtswissenschaft, deren Ziel die Schaffung rechtlicher Einheit ist, bildet eine notwendige Voraussetzung für die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung und damit für die Rechtssicherheit. Diese Systematisierung ist die Prärogative der Rechtswissenschaft und kann weder vom Gesetzgeber noch von Gerichten ausgeübt werden. Die Systematik, die unser modernes Recht trägt ist eine Schöpfung vor allem der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts; neuen Juristengenerationen wird sie durch die Universitätsausbildung vermittelt. Dieses Systemdenken ist heute — wenn auch unbewußt — Gemeingut aller Juristen. In dieser Hinsicht wirkt die Rechtswissenschaft mittelbar als Rechtsquelle. Sie hat aber auch unmittelbare Bedeutung. Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß ein gewissenhafter Richter und sogar der Gesetzgeber in schweren Rechtsfragen Hilfe und Rat in der rechtswissenschaftlichen Literatur sucht. Zugleich verhält es sich aber auch so, daß die juristische Literatur Eigenarten aufweist, die sie von anderen Rechtsquellen unterscheidet. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Gewohnheit sind Rechtsquellen, die ihren Legitimationsgrund in äußeren Verhältnissen finden wie Gesetzgebungskompetenz, Gesellschaftsorganisation oder Fiktionen verschiedener Art, kurz: in herrschenden politischen Machtverhältnissen. Sie spiegeln eine gegebene politische Ordnung wie beispielsweise die Demokratie, und sie gewinnen ihre Autorität aus dieser « äußeren » politischen Ordnung. Durch die Bearbeitung anderer Rechtsquellen zu Systematisierungszwecken erhält die Rechtswissenschaft ihrerseits eine Sonderstellung im Verhäl-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nis zu den übrigen Rechtsquellen. Nur wenn die Rechtswissenschaft sich mit der Wiedergabe des Inhaltes anderer Rechtsquellen begnügt, kann ihre Legitimität in äußeren Verhältnissen gegründet sein. Sobald die Rechtswissenschaft kreativ bildend ist, muß diese produktive Seite ihren Grund in Prinzipien haben, die die theoretische Arbeit selbst steuern. Also ist es der Wahrheitsgehalt und die innere Konsequenz der Argumentation, die der Rechtswissenschaft ihre Legitimität verleiht. Und es ist die Überzeugungskraft der Argumentation, die dem Richter das Gefühl der Gebundenheit vermittelt. Im Gegensatz zu anderen Rechtsquellen gründet sich deshalb die Rechtswissenschaft auf einen inneren Argumentationgrund, der ihre selbständige, produktive Seite ausmacht. Wenn man — wie es der Verfasser versucht — die Rechtswissenschaft nach dem äußeren Legitimationsgrund bestimmt, führt das unfehlbar zu dem Ergebnis, daß für die Rechtswissenschaft nichts verbleibt. Sie muß sich, wie beim Verfasser des besprochenen Buches, jenseits und außerhalb des Rechtssystems wiederfinden — ein äußerst befremdlicher Gedanke. Denn niemand kann mit gutem Grund behaupten, daß Richter uneingeschränkt von den Ergebnissen der Rechtswissenschaftler gebunden wären. Der Verfasser hätte diese Problematik vermeiden können, hätte er die Unterscheidung von äußeren und inneren Legitimationsgründen zum Ausgangspunkt seiner Darstellung gemacht. Das aber hätte eine andere Disposition des Buches erfordert. Zusammenfassend kann man das Buch weder Anfängern noch Fortgeschrittenen empfehlen. Der Darstellung fehlt der rote Faden — ganz einfach, weil sich der Verfasser keine eigene Vorstellung davon gebildet hat, wozu Rechtswissenschaft gut sein soll.

CLAES PETERSON

BRUNO LEONI, *La libertà e la legge*, introduzione di Raimondo Cubeddu, traduzione di Maria Chiara Pietavolo, Macerata, Liberilibri, 1994.

Il volume presenta in edizione italiana *Freedom and the Law*, saggio pubblicato da Bruno Leoni negli Stati Uniti nel 1961 e poi ristampato nel 1972. Come è noto, quest'opera nasce da una serie di seminari ai quali Leoni partecipò nel 1958, in California, assieme a Milton Friedman e Friedrich Hayek. Pur avendo esercitato un'influenza teorica e politica di gran lunga inferiore, questo saggio si colloca a giusto titolo accanto ad opere come *Capitalism and Freedom* di Friedman e *The Constitution of Liberty* di Hayek, frutto anch'esse di quei seminari californiani.

Alla pari di quest'ultimi due autori Leoni è fautore di un individualismo politico-economico radicale. E il contributo specifico che egli intende offrire al pensiero individualistico è l'elaborazione di una teoria del diritto che sia rigorosamente ispirata al primato della libertà indi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viduale. Per libertà individuale, in continuità con la tradizione liberale classica, Leoni intende l'‘assenza di costrizione'. Costrittivi sono i comportamenti altrui — sia di altri cittadini che di autorità politiche — che riducono il ventaglio delle scelte individuali o, addirittura, impongono comportamenti contrari alla libera volontà degli individui. Per Leoni la libertà è da concepirsi dunque in un senso strettamente 'negativo', e cioè come libertà di 'non essere impediti'. Questa nozione va perciò tenuta concettualmente distinta dalla (e politicamente contrapposta alla) 'libertà positiva', si intenda quest'ultima come libertà dal bisogno o, con Isaiah Berlin, come capacità di autonoma realizzazione individuale.

Ciò che massimamente preme a Leoni è denunciare il carattere illiberale dei regimi politici postbellici che, ispirandosi a ideologie democratiche o, peggio, democratico-socialiste, non hanno assunto come proprio paradigma generale il 'libero mercato'. L'obbiettivo principale della sua critica è l'interventismo praticato dallo Stato democratico nella vita privata, in particolare nella sfera degli affari economici, attraverso un ricorso tendenzialmente illimitato alla *legislazione*. Ispirandosi all'insegnamento di Ludwig von Mises e della scuola austriaca, Leoni sostiene nel modo più esplicito che:

> se ammettiamo che la libertà individuale negli affari, cioè il libero mercato, è uno dei caratteri essenziali della libertà politica concepita come assenza di costrizioni esercitate da altri, autorità comprese, dobbiamo anche concludere che la legislazione in questioni di vita privata è fondamentalmente incompatibile con la libertà individuale (p. 100).

Il 'libero mercato' — come il linguaggio, la conoscenza scientifica, il *common law*, la consuetudine, la moda — è, secondo Leoni, l'esito secolare di azioni individuali di un gran numero di soggetti spontaneamente interagenti fra di loro. Si tratta, egli sostiene, di un meccanismo sociale essenzialmente non costrittivo. Al contrario, le decisioni collettive prese a maggioranza da organi politici che si autodefiniscono 'rappresentativi' impongono dispoticamente agli individui la volontà di gruppi particolari, talora minoritari e aggressivi come i sindacati.

Sulla base di queste premesse Leoni elabora una sua, per taluni versi originale, concezione dello Stato di diritto: una concezione che si fonda su una nozione di *rule of law* sostanzialmente dedotta dalla tradizione giuridica anglosassone e contrapposta a quella continentale, in particolare francese. Richiamandosi ad Albert Dicey, e in costante polemica, implicita ed esplicita, con il normativismo kelseniano, Leoni sostiene che nella tradizione anglosassone il diritto — il *common law* — è cosa ben diversa dalla legislazione, e cioè dalla costante produzione da parte dei parlamenti di un numero elevatissimo di leggi. Nella tradizione anglosassone il diritto, assai più che essere il prodotto normativo di ristretti gruppi politici che si arrogano il compito di 'decretare' in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentanza del popolo, viene 'scoperto' dalla ricerca teorica dei giuristi e in modo tutto particolare dall'attività giurisdizionale dei giureconsulti e dei giudici, inclusi i giudici arbitrali. (*Rechtsfindung* e *Juristenrecht* sono i termini simpateticamente evocati da Leoni a questo proposito). Entro questa tradizione il diritto è assai più simile al 'libero mercato' che all'attività di organi legislativi 'democratici'.

Mentre la legislazione democratica è secondo Leoni un processo nel quale la costrizione autoritaria prevale sempre sull'iniziativa individuale, il diritto dei giuristi, in particolare il diritto civile, si sviluppa sulla base di comportamenti individuali volontari e spontaneamente adattivi, quando non addirittura collaborativi. Inoltre, rispetto ai legislatori, i giudici e i giuristi dispongono di poteri di intervento e di innovazione normativa assai più limitati: essi non fanno ricorso esclusivamente a norme scritte, ma nel giudicare si riferiscono largamente a norme tacite, usi, convenzioni e criteri generali, il che rende la loro attività normativa meno discrezionale e meno rischiosa per le libertà individuali.

Qui sta per Leoni l'essenza dello Stato di diritto modellato entro la tradizione anglosassone del *rule of law* e che a suo parere è stato imitato senza successo dall'*état de droit* francese, oltre che dal *Rechtsstaat* germanico e dallo *Stato di diritto* italiano. Il primato del diritto secondo il *rule of law* include il principio di legalità, l'eguaglianza giuridica dei soggetti e la certezza del diritto, ma proprio per questo esclude, se non in casi del tutto eccezionali, il ricorso alla legislazione. Secondo Leoni è esattamente questo aspetto che fa dello Stato di diritto anglosassone — a differenza degli Stati di diritto continentali — un efficace tutore delle libertà individuali, a cominciare dalla facoltà di disporre liberamente dei beni economici e dei capitali.

Nella tradizione genuina del *rule of law* il principio di legalità è infatti garantito dalla circostanza che subordinati al diritto non sono soltanto i giudici (in base al principio dello *stare decisis*), ma anche i legislatori: con i loro atti essi si limitano sostanzialmente a registrare e compendiare la consuetudine e la prassi giurisprudenziale, anziché decretare *ex novo*. L'assenza di un potere arbitrario comporta qui, anzitutto, l'assenza dell'arbitrio legislativo. Gli stessi principi generali della costituzione inglese, sono, come sosteneva Dicey, il risultato (non scritto) di decisioni giudiziarie, e non le astratte imposizioni di una costituzione scritta. Inoltre, sostiene Leoni, l'eguaglianza formale dei cittadini è garantita entro la tradizione anglosassone molto più rigorosamente che non nel continente: non solo è assente la legislazione d'eccezione o d'emergenza, che è sempre fonte di discriminazioni e di privilegi, ma qui manca anche l'istituzione tipica del *droit administratif* francese: il Conseil d'Etat. Leoni fa sua la celebre e controversa tesi di Dicey, secondo la quale il *rule of law* esige, senza eccezioni, la subordinazione di tutti i cittadini, compresi i funzionari statali, alla giurisdizione dei tribunali ordinari. Differenziandosi su questo punto da Ha-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

yek, oltre che da Carleton Allen, Leoni sostiene che l'esistenza di tribunali amministrativi comporta comunque l'attribuzione ai funzionari statali della titolarità di *eminentia jura* e cioè l'affermazione di una 'supremazia dell'amministrazione' che contrasta con la 'supremazia del diritto' voluta dal *rule of law*.

Nei regimi continentali, ritiene Leoni, la certezza del diritto è vanificata dall'incalzare delle novelle legislative. Di fronte a questa situazione i teorici continentali non sanno far altro che riproporre un'idea angusta di 'certezza del diritto', ridotta ai soli requisiti della 'precisione' e della 'chiarezza' di *norme scritte.* Contro questa riduzione Leoni sostiene che la certezza del diritto è una pura chimera se il legislativo ha il potere di cambiare in ogni momento la disciplina di qualsiasi fattispecie giuridica. In questo contesto la prevedibilità, persino di breve periodo, delle conseguenze giuridiche dei comportamenti propri e altrui, in particolare dei giudici, è sostanzialmente annullata.

Al di là di talune forzature, la critica che Leoni muove al sovraccarico normativo oggi dovuto, nella maggioranza dei paesi occidentali, ad un processo di legislazione caotico e inflazionato, coglie un bersaglio importante. Non è un caso che la sua critica anticipi di qualche decennio le allarmate analisi della sociologia del diritto continentale sulla *ignorantia legis* come pratica giurisdizionale ormai inevitabile e sulla decrescente capacità regolativa del diritto statale in presenza dell'incontenibile ipertrofia legislativa. Il ricorso al 'diritto dei giudici' è sicuramente una proposta teorica e politica molto debole entro società altamente differenziate e in rapida trasformazione, ma allude comunque ad un tema di ricerca troppo a lungo trascurato dal garantismo neokelseniano: il ruolo *normativo* dei giudici nella disciplina di una società complessa.

Un discorso molto più ampio — e di segno diverso — andrebbe fatto, a mio parere, a proposito del radicale antinormativismo di Leoni, che tende addirittura a celare il carattere imperativo del diritto, il suo essere, per usare il linguaggio dei giusrealisti, non una alternativa funzionale all'uso della forza, ma una ritualizzazione normativa dell'uso costrittivo della forza. E non è un caso che Leoni trascuri l'intera dimensione del diritto penale, assieme ai problemi della devianza criminale e delle istituzioni penitenziarie.

Una discussione ancora più ampia richiederebbe infine l'individualismo radicale professato da Leoni, talora con una sorta di candore aristocratico. Il collasso dell'esperienza politica del socialismo e la crisi dell'ideologia marxista che lo ha ispirato sembrano offrire una conferma irrefutabile delle critiche liberali contro il collettivismo e l'economia di piano. E tuttavia le tesi radicalmente individualistiche e antidemocratiche di Leoni, più che una critica penetrante e preveggente dell'utopia socialista, sembrano contrapporsi ad essa in termini altrettanto dogmatici e preconcetti: in definitiva altrettanto utopici nel concepire l'ordine sociale e la stessa attività mercantile come fenomeni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di interazione spontanea e collaborativa fra individui, anziché come concorrenza, competizione e conflitto fra gruppi sociali organizzati.

DANILO ZOLO

MANUEL MARTINEZ NEIRA, *Una Reforma Illustrada para Madrid, El Reglamento del Consejo Real de 16 de Marzo de 1766*, Madrid, 1994, 102 pp.;ID., *Revólucion y Fiscalidad Municipal, La Hacienda de la Villa de Madrid en el reinado de Fernando VII*, Madrid, 1995, 247 pp.

Se vi è una novità significativa nel campo della storiografia degli ultimi 15 anni questa è certamente rappresentata dal ritorno in grande stile dello 'Stato moderno' come tema di una ricostruzione in chiave giuridico-istituzionale. Dopo la lunga egemonia della storia sociale, la sfera del politico ha infine riconquistato la sua autonomia, con una crescente consapevolezza — ed è il dato nuovo — del rilievo della dimensione giuridico-formale, per troppo tempo liquidata come 'sovrastrutturale'. A beneficiare di questo risveglio sono state le principali tappe della costruzione della statualità nell'Europa occidentale, dal costituzionalismo all'amministrazione, dal suffragio allo sviluppo dello Stato sociale. Uno dopo l'altro, i grandi momenti di svolta istituzionale vengono passati al vaglio di studiosi che attingono ad un vasto repertorio di fonti, spesso inesplorate, per sottoporre a verifica le interpretazioni più autorevoli e consolidate.

È in questo filone di ricerca, oggi ricco come non mai, che si colloca l'opera di Martinez Neira, con un contributo niente affatto scontato e convenzionale. La scelta felice ed originale di questo storico del diritto spagnolo è stata infatti quella di utilizzare il classico osservatorio dell'amministrazione municipale urbana per seguirne una delle piste meno conosciute ed esplorate: la gestione finanziaria. Chi abbia approfondito il tema dell'accentramento e abbia appreso a conoscerne tutta l'ambiguità, può più di altri intuire l'importanza di un lavoro di ricerca che si snoda dall'antico regime — la monarchia borbonica di Carlo III — alla prima metà dell'Ottocento — il regno di Ferdinando VII — includendo nel suo esame i due importanti intervalli napoleonico e liberale. Tanto più un approccio di questo tipo è suscettibile d'imporsi all'attenzione se applicato ad una capitale come Madrid, centro di uno Stato nazionale che lotta contro la propria marginalizzazione mediante periodici interventi riformatori; siamo al cuore di quell'interrogativo continuità/rottura che assilla da sempre gli storici dello Stato moderno.

Nell'adottare la prospettiva di lungo periodo, l'Autore ha voluto segnalare il distacco del suo lavoro dal genere letterario delle monografie urbane, raramente proiettate oltre un arco di tempo omogeneo per quadro istituzionale e struttura sociale. L'interesse di Martinez

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Neira non è attirato dal potere municipale in quanto riflesso di una società e delle sue gerarchie di valori, bensì dall'impatto della razionalizzazione statale sulle istituzioni municipali, ovvero da quella dialettica autorità-autonomia e centro-periferia che costituisce il terreno di elezione per lo studio della formazione dello Stato moderno.

Proprio perché era l'accentramento a porsi quale oggetto della sua messa a fuoco, ad essere selezionati sono stati i periodi di più forte attivismo riformatore, cominciando da una monarchia borbonica che rivaleggia in ambizioni centralistiche con la cugina francese. Notevole appare subito il riordino organizzativo degli organi preposti ai controlli realizzato tra il regno di Ferdinando VI e di Carlo III: l'istituzione di una ragioneria generale del patrimonio e delle imposte (*Contaduria Generale de Proprios y Arbitrios del Reino*) nel 1760 investita della supervisione sulle finanze municipali del regno; la creazione di ragionerie (*Juntas*) all'interno delle amministrazioni municipali con il compito di rispettare il pareggio nelle erogazioni; l'attribuzione agli intendenti di funzioni di controllo in periferia sui conti presentati dalle amministrazioni locali. Forse più emblematico ancora del progetto di governo accarezzato dalla Corte borbonica, risulta essere l'esame del regolamento emanato da Carlo III nel 1766 sulle entrate e spese di Madrid. il potere centrale interviene per stabilire analiticamente ciascuna entrata e voce di spesa, eliminandone alcune, variandone altre, e per obbligare l'amministrazione municipale a ricorrere all'approvazione reale ogniqualvolta essa desiderasse introdurre variazioni. Quale è il senso di questa riforma? L'attenzione dell'autorità centrale per le finanze municipali è dettata meno da un consapevole disegno di riforma amministrativa e da una divergente valutazione delle priorità di spesa, che dall'urgenza di rimediare alla crisi del Tesoro reale, responsabile per tanta parte del dissesto delle finanze municipali. Se è vero infatti che il 60% della spesa municipale a Madrid è assorbita dal servizio del debito, altrettanto certo è che a tale risultato hanno molto contribuito — come in Francia del resto — le inesauribili pretese dell'erario statale. Un accentramento questo carolino, che non può quindi definirsi propulsivo, ma che segna nondimeno una svolta capitale, non fosse altro per il disegno di rimettere ordine nella contabilità municipale.

Non altro, d'altronde, faranno gli occupanti francesi quando prenderanno possesso della capitale, se non proseguire, con strumenti più moderni, la razionalizzazione intrapresa dalla dinastia borbonica. La crisi delle finanze municipali, aggravata dalla guerra, viene fronteggiata con una virata accentratrice ancora più radicale di quella operata da Carlo III. Alla perdita di autonomia da parte delle istituzioni municipali, corrisponde un'ulteriore passo nella direzione di una moderna contabilità, forse il più importante lascito della dominazione francese e l'introduzione del bilancio, mentre altre iniziative di riforma rimangono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ferme ad uno stato incompleto o progettuale, causa l'incidenza degli eventi bellici.

Occasione perduta per un rinnovamento integrale dell'amministrazione municipale, l'intermezzo francese serve però a preparare il terreno in vista della stagione di riforme che connoterà l'esperienza liberale. È nei liberali che l'Autore indica i padri della finanza municipale moderna, con il loro disegno di liquidare il patrimonio immobiliare del comune, di sostituire le imposte sui consumi con imposte dirette, di liberare la città del suo enorme debito, infine con un'allocazione della spesa che valorizzerà l'investimento e la funzionalità urbana, fino a quel momento fortemente penalizzate a favore del debito e delle spese improduttive (salari, erogazioni per processioni religiose etc.). La tavola comparativa statistica che Martinez Neira ha opportunamente posto in appendice al suo volume, rivela con eloquenza la portata della discontinuità con il vecchio ordine: la spesa destinata alla gestione urbana, che non superava il 10% sotto Carlo III, ammonta ora, incluse tutte le voci a circa la metà.

L'accentramento come veicolo di potente modernizzazione, quindi, e l'autonomia municipale come fenomeno recessivo, impregnata com'è di particolarismo e di oligarchia, si sarebbe tentati di concludere. È il centralismo dei liberali ad imprimere alle finanze municipali un'accelerazione verso lo standard amministrativo di una *commercial society*; ancora prima, è l'assolutismo illuminato a introdurre il principio della contabilità e il pareggio in una gestione priva di regolarità e di programmazione. Non è un caso che l'Autore riconosca in questi due momenti l'azione di una medesima logica: l'assolutismo monarchico, pur con tutti i suoi limiti, lavora per creare le condizioni di uniformità necessarie all'affermazione del municipio moderno, a sua volta precipitato istituzionale di una società individualista fondata su proprietà e mercato. Sennonché — e l'Autore mostra di esserne ben consapevole — questo stesso potere centrale che è così sollecito nel rinnovare organi e principi operativi degli enti locali, ne intralcia poi la naturale dinamica con i propri bisogni fiscal-militari. Vero giano bifronte, l'apparato centrale alterna l'identità di garante del buon governo a quella di implacabile collettore di risorse. Ritroviamo l'ambivalenza tipica di altre esperienze nazionali, prima fra tutte quella francese.

La rivisitazione in corso dei principali luoghi storiografici sull'accentramento ha quindi trovato nei due libri di Martinez Neira un punto di riferimento tanto ricco in documentazione — il materiale archivistico consultato appare davvero considerevole — quanto equilibrato nelle conclusioni. Ne esce rafforzato il profilo di stampo weberiano di un progresso istituzionale legato all'affermazione della modernità borghese, senza però che siano perdute di vista le contraddizioni di uno sviluppo per nulla lineare e privo di tensioni, come proverà del resto il grande dibattito ottocentasco sulle libertà locali. Dobbiamo essere grati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a questo storico del diritto spagnolo per avere aperto una pista di ricerca che potrà riservare importanti risultati anche in altre realtà istituzionali come in quella italiana, dove è in pieno svolgimento il dibattito sull'accentramento tanto sul versante di Antico regime (Chittolini, De Martino, Mannori, Sordi, etc.) che unitario (si pensi fra tutti ai contributi di R. Romanelli e G. Melis).

STEFANO MANNONI

LAURA MOSCATI, *In materia d'acque. Tra diritto comune e codificazione albertina* (*Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano* 33), Roma 1993.

La disciplina giuridica delle acque è materia particolarmente complessa e sfaccettata, riguardando da un canto numerosi, e tra loro diversi, rapporti tra fondi contigui, dall'altro presentando fattispecie che toccano il più ampio tema della dialettica tra tutela del diritto individuale di proprietà e salvaguardia dell'interesse generale della collettività. Di qui la rilevanza della materia e l'attenzione ad essa rivolta sia dalla legislazione, sia dalla dottrina dal basso Medioevo alla prima metà dell'Ottocento. Il volume in esame, frutto di un'indagine particolarmente approfondita fondata non solo sulla rilettura di fonti note, ma anche sull'esame di testi inediti e finora trascurati dalla storiografia, affronta per la prima volta in maniera organica ed unitaria la vasta materia e ricostruisce con puntualità i caratteri peculiari della disciplina e della sua evoluzione in un lungo arco di tempo, soffermandosi, in particolare, sull'impostazione normativa e dottrinaria del primo Ottocento.

Lo studio prende le mosse dall'analisi della dottrina di diritto comune del tardo Medioevo, per rilevare come la stessa avesse inquadrato le diverse fattispecie di relazioni tra fondi contigui in materia d'acque tra le servitù prediali e come per il rapporto tra interesse generale e diritto privato di proprietà avesse affidato al solo istituto dell'acquedotto coattivo la prevalenza del primo sul secondo. In particolare, in merito all'acquedotto coattivo l'A. sottolinea che la dottrina rivolse la sua attenzione soprattutto alle disposizioni adottate dagli statuti comunali, in particolare da quelli milanesi nelle consolidazioni viscontee e dalla legislazione principesca, all'interno della quale si distinguono gli interventi di Gian Francesco Gonzaga per Mantova e soprattutto il decreto promulgato dal duca sabaudo Carlo Emanuele I nel 1584. La dottrina del tardo diritto comune si propose di inquadrare detta normativa all'interno delle categorie desunte dall'opera giustinianea; e poiché quest'ultima privilegiava la volontarietà della costituzione delle servitù prediali, finì per negare all'acquedotto coattivo « carattere di vera e propria servitù » e preferì considerarlo piuttosto « una limi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tazione al diritto di proprietà » (p. 37) giustificabile soltanto dalla « ratio della pubblica utilità per l'incremento agricolo » (p. 33).

L'ulteriore approfondimento della questione, operato dalla dottrina del secolo XVII soprattutto in Piemonte, sollecitò un più deciso inserimento dell'istituto dell'acquedotto coattivo tra le servitù prediali. Tale indirizzo di pensiero influenzò la legislazione del primo Settecento: come servitù legale, infatti, l'acquedotto coattivo venne disciplinato dagli ultimi quattro articoli del titolo XXI del libro V delle Regie Costituzioni sabaude del 1723. All'impostazione seguita dalla dottrina di diritto comune, comunque, il legislatore sabaudo si rifece introducendo il requisito « dell'utilità produttivistica » e prevedendolo « non solo a livello privato ma soprattutto in relazione alle più ampie esigenze di carattere pubblico per la redditività agricola e manifatturiera dell'intera regione » (p. 51).

La dinastia sabauda confermò il suo particolare interesse in materia d'acque con le Regie Costituzioni promulgate da Vittorio Amedeo II nel 1729. Queste non soltanto ribadirono la precedente disciplina dell'acquedotto coattivo, mantenendo inalterate le norme delle costituzioni del 1723, ma arrivarono anche a proporre per la prima volta una disciplina unitaria della materia, poiché fecero rientrare tutte le acque del regno — senza distinzione alcuna al loro interno — tra i beni demaniali. « Si afferma, in tal modo, l'interesse pubblico verso le acque: il sovrano ne avoca a se, controlla e regola l'utilizzazione, al fine di contrastare l'appropriazione privata di tale bene » (pp. 54 s.). Ne conseguiva che il sovrano, oltre a definire il corso delle acque e quindi ad imporne il passaggio nei fondi privati, aveva anche la potestà esclusiva di concedere la presa e la derivazione d'acqua, imponendo ai proprietari dei fondi anche queste servitù legali che fino ad allora non avevano trovato una definizione distinta dall'acquedotto coattivo. E l'interesse dei sovrani piemontesi per la materia risulta confermato dall'incarico conferito da Carlo Emanuele III nel 1764 a Giambattista Beccaria « di determinare un modulo unico per la misura delle acque, il quale potesse sostituirsi alle varie unità che in tempi e luoghi diversi si erano stabilite e che avevano determinano una situazione ormai insostenibile e...fonte di gravi litigi » (p. 72).

La *Memoria* presentata dal Beccaria al termine del suo incarico, conservata inedita nel Fondo Patetta della Biblioteca Apostolica Vaticana insieme con la ricca documentazione utilizzata dallo scienziato, è stata finora ignorata dagli studiosi: per la prima volta è stata esaminata dall'A. la quale sottolinea il valore delle proposte in essa avanzate, intese all'adozione di tecniche evolute per la regolazione dei corsi d'acqua, proposte alle quali si ispireranno nel secolo successivo i provvedimenti legislativi sulla regolamentazione della misura delle acque adottati da Carlo Alberto.

Il regno sabaudo vantava, dunque, una lunga tradizione legislativa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e di riflessione teorica in materia di acque al momento in cui nel territorio piemontese e savoiardo entrò in vigore il *Code Napoléon*. La piena tutela del diritto di proprietà privata da questo garantita si manifestava innanzi tutto nella « concezione generale delle servitù intese come 'differents modifications de la proprieté' » (p. 107) e, di conseguenza, valutate dal punto di vista del fondo servente piuttosto che da quello del fondo dominante. E in secondo luogo si esprimeva nella debole considerazione dei diritti generali della comunità rispetto a quelli del proprietario privato. Di qui la rinuncia a tentare una regolamentazione unitaria della materia e la preferenza verso la disciplina specifica di singole fattispecie. Di qui il deciso abbandono dell'indirizzo che aveva portato Vittorio Amedeo II a dichiarare demaniali tutte le acque: il Codice francese individua, infatti, due diverse categorie, la prima composta dalle acque navigabili e da quelle comunque atte al trasporto, la seconda dalle altre e assegnava al demanio solo la prima, considerando la seconda oggetto di proprietà privata. Di qui l'assenza nel Codice francese degli istituti della servitù di presa d'acqua e di acquedotto coattivo. L'indirizzo adottato dal *Code Napoléon* innovava non soltanto la normativa sabauda, ma anche, sotto alcuni aspetti, una tradizione conosciuta da altre regioni dell'Italia settentrionale, come la Lombardia, tradizione che si era espressa nelle leggi del 1804 della Repubblica italiana sulla disciplina della condotta di acque pubbliche e private.

Negli anni della Restaurazione l'indirizzo adottato dal *Code Napoléon* fu seguito fedelmente dal *Codice Del Regno delle Due Sicilie*: esso si ritrova anche nel Codice austriaco — introdotto nel Lombardo-Veneto dopo la caduta del regno napoleonico — il quale ripeteva la distinzione tra acque demaniali e acque private, pur sostituendo al criterio della navigabilità l'altro della destinazione e dell'uso, e non prevedeva l'acquedotto coattivo. Qualche novità si coglie nel Codice parmense che disciplinò quest'ultimo istituto, ancorché in forma sintetica. Ma fu soprattutto il Regno sardo che, confermando l'interesse tradizionale per la materia, seppe offrire la trattazione più approfondita e organica da parte di una vasta dottrina giuridica che ebbe in G.B. Romagnosi e nel novarese G. Giovannetti i suoi esponenti più significativi. Particolare attenzione l'A. dedica al pensiero di quest'ultimo, autore, per incarico della Commissione preparatoria del codice civile albertino, di due progetti di disciplina della materia e di una *Memoria* presentata per illustrare in modo compiuto le sue proposte. Di tale *Memoria*, finora considerata perduta, l'A. è riuscita a rintracciare la minuta tra le carte dello Sclopis conservate presso l'Accademia delle Scienze di Torino: si tratta di un ritrovamento di grande significato che « permette una reale valutazione del pensiero del giurista novarese » (p. 122) e del suo contributo all'elaborazione della disciplina delle acque.

Sia il Romagnosi, sia il Giovannetti nel primo dei suoi progetti e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella *Memoria*, elaborarono « una configurazione organica del regime giuridico delle acque ». Tale impostazione non fu, però, accolta dalla Commissione del codice, i cui lavori sono esaminati dall'A. con particolare attenzione: i commissari, infatti, preferirono soluzioni meno innovative e si mossero nel solco tracciato dal Codice francese, limitandosi ad introdurre nuove servitù legali e regole particolari per l'esercizio dei diritti.

Il Codice civile albertino, pur essendo l'« unico tra quelli ordinari a raggiungere una completezza normativa, rifiutò, dunque, il disegno organico concepito dalla dottrina », preferendo inserire « il nuovo complesso di norme tra le servitù » (p. 177). Il Codice piemontese definì demaniali tutti « i fiumi e i torrenti » senza accettare nè la distinzione napoleonica fondata sulla navigabilità, nè quella austriaca basata sull'uso; allo stesso tempo, però, non accolse la dizione onnicomprensiva usata da Vittorio Amedeo II. Inoltre concependo, sulla scia del Codice francese, le servitù prediali come una « modificazione della proprietà » (p. 180), enumerò in maniera tassativa le servitù che in via convenzionale o coattivamente erano ammesse per la disciplina di casi in cui l'interesse generale o quello di un altro proprietario si imponevano come prevalenti sul titolare del fondo chiamato a servire. In proposito l'A. rileva che il Codice albertino introdusse un consistente numero di servitù, accogliendo suggerimenti sia di giuristi sia di tecnici. Ampio spazio, poi, il Codice sardo riservò alla disciplina dell'acquedotto coattivo: ad essa vennero dedicati nove articoli « che, oltre a enunciare i principi generali dell'istituto, precisano le condizioni necessarie per attuarlo e specificano le modalità e gli obblighi reciproci (art. 622-630) » (pp. 199 s.). Di tali articoli l'A. ricostruisce la complessa elaborazione in seno alla Commissione del codice, individuando al contempo il contributo recato dal Giovannetti. Altrettanto puntuale è l'analisi della discussione del testo degli artt. 641-643 sulla servitù di presa d'acqua, discussione nella quale le proposte del Giovannetti costituirono ancora una volta un punto di partenza importante.

La disciplina del Codice albertino, pur presentando i difetti di disorganicità denunciati dall'A., costituì, dunque, la normativa più estesa ed articolata tra quelle definite dai codici del primo Ottocento. E al regno sardo guardarono sulla metà del secolo legislatori e studiosi di altri Paesi europei — russi, francesi, tedeschi e, più tardi, portoghesi — i quali si volsero alla trattazione del Giovannetti per trovare un'analisi adeguatamente approfondita di numerosi problemi in tema d'acqua e al Codice albertino come modello legislativo da adottare. La ricerca dell'A. termina con l'analisi della diffusione dell'opera del Giovannetti e del modello albertino in Europa, con osservazioni di grande interesse e di spiccata novità.

Il volume costituisce, dunque, un prezioso contributo originale alla ricerca storico-giuridica, un contributo che non si esaurisce nella rico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

struzione di significativi dati inediti, ma si esprime anche nella visione unitaria della materia, un'impostazione, questa, che consente, tra l'altro, all'A. di cogliere con esattezza i termini dello sviluppo del pensiero giuridico e dei rapporti tra questo e le scelte legislative più importanti.

MARIO CARAVALE

Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, hg. von O. Behrends, Köln, Verlag Dr. O. Schmidt, 1993, pp. X, 183.

Il volume si collega con le iniziative promosse dalla Akademie der Wissenschaften e dall'Institut für Römisches und Gemeines Recht dell'Università di Göttingen in occasione del centenario della morte di Rudolf von Jhering (1). I saggi raccolti intendono confermare e ampliare una sorta di « Jhering-Renaissance » (Dreier, p. 113), considerata assai promettente per affrontare i problemi del diritto contemporaneo. In essi pertanto predomina una prospettiva di forte attualizzazione, non soltanto del " metodo " del maestro, ma dei contenuti stessi del suo « pensiero giuridico evoluzionistico ». Non a caso l'espressione or ora riportata segue nel titolo l'altra: « il diritto privato oggi », che difatti è il terreno su cui si vuol misurare il rilievo delle sue dottrine.

La *Einführung* di Okko Behrends (pp. 1-6) enuncia in maniera esplicita il motivo ispiratore del libro e il criterio di scelta dei contributi che lo compongono, scritti in gran parte da studiosi del diritto vigente. Esso consiste nella persuasione che esista un « rapporto diretto » tra l'opera di Jhering ed il nostro tempo: i suoi nuclei teorici e dogmatici sarebbero la « premessa » immediata dell'odierno diritto privato in Germania, anzi un punto di partenza da meditare per la creazione del « diritto civile europeo » (Schmidt, p. 103 s.). Secondo quest'ottica, viene sottolineata altresì la « sorprendente » consonanza con il moderno costituzionalismo di certe affermazioni del giurista, come quella contenuta nella inedita conferenza di Vienna del 16 ottobre 1868, dove si accenna alla « personalità, il cui vigoroso dispiegamento in tutti i lati e le direzioni dovrebbe formare lo scopo d'ogni arte dello Stato » (2). Un'affermazione — commenta Behrends — che sembra pronunciata

(1) Mi riferisco in particolare a un convegno e a una mostra organizzati a Göttingen nel settembre 1992. Insieme con una giornata di studi su Jhering, la mostra fu poi riproposta a Napoli nell'aprile 1993, per iniziativa del Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica dell'Università Federico II, con l'aggiunta della sezione « Jhering in Italia », curata da C. Vano. Cfr. il catalogo: *Rudolf von Jhering (1818-1892). Beiträge und Zeugnisse*, hg. v. O. Behrends, 2. erw. Aufl., mit Zeugnissen aus Italien, Göttingen 1993.

(2) L'edizione della conferenza apparirà tra breve a c. di O. Behrends.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« come se egli avesse avuto davanti agli occhi l'art. 2 della costituzione federale ».

La ragione di tale straordinaria modernità è individuata nella teoria del diritto sottesa alle singole enunciazioni di Jhering. Il suo modello pragmatico e storico-evolutivo appare in sostanza particolarmente adatto a fondare gli ordinamenti in una società e in uno Stato aperti e pluralistici, a differenza del vecchio giusnaturalismo o dell'ontologismo religioso.

L'evoluzionismo giuridico dell'autore si pone dunque come un tema cruciale ed è affrontato nel saggio di Behrends *Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts* (pp. 7-36). Il suo tempestivo incontro con l'opera darwiniana è riesaminato da un'angolatura critica nuova, sul filo di accostamenti suggestivi e talvolta arditi con le posizioni della più aggiornata antropologia culturale. Ne scaturisce una valutazione delle differenze rispetto alla scuola storica del diritto, da un lato, dall'altro rispetto a Darwin e all'evoluzionismo biologico-genetico.

È noto che Jhering si riteneva l'autentico erede di quella scuola, colui che ne aveva portato a compimento le tesi più valide, superandone i limiti e le contraddizioni (3). Behrends considera un passo decisivo verso la storicizzazione integrale del fenomeno giuridico l'aver sottoposto all'idea di mutamento anche gli istituti e i principi primi del diritto, restituiti alla loro consistenza di risultati di una dinamica concreta dell'agire umano. Nel suo indirizzarsi a dei fini esso pone regole, innescando così un movimento evolutivo, che si genera nella tensione perenne fra le finalità di una pratica sociale orientata ai valori e la sua consolidazione in forme giuridiche obiettive, tra l'ordine conseguito e la percezione dell'inadeguatezza delle singole norme positive. L'aspirazione verso le riforme si riproduce perciò costantemente e rappresenta il motore di un processo infinito che investe senza residui tutti gli istituti. Al contrario, per Savigny, la storia « srotola » davanti agli occhi dello studioso la sequenza delle modificazioni che hanno tramandato di volta in volta i frammenti di un complesso di principi, definiti esemplarmente nell'epoca classica del diritto romano, che la scienza ha il compito di ricostruire nella sua purezza e condurre a sistema. I principi stessi, in definitiva, stanno all'inizio della storia, compaiono con il primo sorgere della civiltà, e la loro vicenda è poi soprattutto un susseguirsi di interpretazioni variamente adeguate o deformanti.

L'idea del " mutamento " di Jhering è più rigorosa e più ricca perché è radicata in una concezione del diritto come prodotto sempre di un fare umano, in un processo storico-evolutivo di natura culturale e sociale, anziché biologica ed etnologica, come invece volevano i

(3) M. G. Losano, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Ebelsbach 1984, Teil 2, *Studien*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

darwinisti. L'interpretazione di Behrends si spinge fino a segnalare il parallelismo o la convergenza di simili tesi con il pragmatismo di un Popper e l'antropologia di un Sahlins e di un Riedl, per porne in luce la singolare efficacia anticipatrice di posizioni del nostro tempo.

Sull'evoluzionismo dell'autore si sofferma anche Ralf Dreier, *Jherings Rechtstheorie — eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft* (pp. 111-129), che ne riprende la descrizione dalla sintesi di Schelsky (4), ma che sposta però l'accento su questioni diverse. Egli vede nel complesso dell'opera una vera e propria « teoria generale del diritto e della scienza giuridica », capace di comprendere « quasi tutti i temi » della filosofia e della sociologia del diritto. Collocata in prossimità della dogmatica, più che sul terreno storiografico (Dreier cita le celebri prefazioni alla prima e alla seconda parte del *Geist*), tale teoria ha già i tratti attuali di una disciplina giuridica autonoma. Si costituisce attraverso una sostanziale « continuità » tra le due fasi del pensiero di Jhering, che fu sempre d'impronta « empirica » e fortemente orientato a valori etici come la libertà ed il bene collettivo, tanto da mettere in forse le interpretazioni diffuse che insistono nel riportarlo sotto l'insegna del positivismo giuridico.

Quest'ultimo dubbio sembra meritevole di trattazione esplicita a Behrends: *War Jhering ein Rechtspositivist? Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage* (pp. 131-160). Nelle opere tarde del giurista si riconoscono molte affermazioni volte nel senso di riferire all'autorità dello Stato il carattere vincolante delle norme, e con ciò la natura stessa della giuridicità. Tuttavia circa il contenuto materiale dei precetti egli richiama regolarmente la loro matrice sociale e culturale. Da un tale punto di vista, gli imperativi statuali appaiono più esattamente come « concetti ordinanti e valori ». Jhering distingue « la forma esterna dell'obbligo » — il comando dello Stato — « dal suo contenuto normativo », che ha altrove l'origine. L'esempio più chiaro è offerto dal diritto internazionale: il suo carattere di diritto non è scalfito dalla carenza di un sostegno autoritativo. La dimensione giuridica insomma segue un moto coincidente con lo sviluppo della società e della cultura (in particolare, della scienza giuridica).

Dall'individuazione del ruolo della cultura di un popolo, della sua sottostante struttura antropologica, nella costruzione della forma-Stato e come elemento trainante della stessa legislazione, scaturisce il rilievo assoluto che Jhering conferisce al problema delle garanzie nello Stato di diritto e al rapporto fra norme e valori — tra eticità e normatività/statualità del diritto. Pare perciò giusto a Behrends definirne la posizione come quella di un « giuspositivista critico ».

Uwe Diederichsen si sofferma invece sui *Jherings Rechtsinstitute im*

(4) H. Schelsky, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, in Id., *Die Soziologen und das Recht*, Opladen 1980, pp. 147-186.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deutschen Privatrecht der Gegenwart (pp. 37-36). L'analisi è rivolta a rintracciare la presenza di elaborazioni dogmatiche, risalenti al maestro, nel BGB e nelle dottrine attuali. Gli esempi addotti sono numerosi: la cessione della revindica, la rappresentanza, la tutela del possesso, i limiti sociali della proprietà e la *culpa in contrahendo*. In confronto con Windscheid, la cui influenza sulla codificazione ebbe carattere generale, quella di Jhering sembra concentrata su « questioni particolari », scelte però con « sicuro istinto » di giurista, tanto da risultare istruttive ancor oggi e da riproporci l'autore come « un contemporaneo ».

Sulla stessa linea insiste anche Karsten Schmidt, nel saggio *Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung. Ein Streifzug durch den « Geist des römischen Rechts » aus heutiger Sicht* (pp. 77-109). La sua lettura del *Geist*, riassunta efficacemente in undici tesi, mira a rivendicarne il carattere « esemplare », la fertilità « per l'oggi e per il domani », per chi voglia cercarvi risposte « ai quesiti del presente e del futuro ». L'opera infatti chiarisce in maniera adeguata che l'interpretazione giurisdizionale, alla quale si tende oggi ad attribuire il primato nel rinnovamento del diritto secondo i bisogni sociali, è parte essa stessa di una elaborazione scientifica multiforme, che realizza l'innovazione nel concorso e nell'intreccio delle sue voci. Anche la codificazione (o la legislazione) è solo un momento, variamente incisivo, di un processo perenne di evoluzione, provocato dalla ricorrente esigenza di colmare lacune e superare regole provvisorie. Come propone Jhering, il giurista-scienziato, sia giudice o professore, può contribuirvi impiegando un metodo rigoroso di sistemazione dei « fatti » emergenti nella società, ma non può mai dettare norme « positive ». Il suo apporto principale consiste nella forza analitica con cui descrive « costanti e variabili » dell'esperienza giuridica, cogliendo la dimensione internazionale delle trasformazioni e assecondando le tendenze a formalizzare i rapporti civili, o viceversa a svincolarli da forme rigide.

Più attento al percorso formativo dell'autore è l'articolo di Klaus Luig, *Jherings Evolutionstheorie des Werdens des Rechts durch Tun und der gesellschaftliche Charakter des Privatrechts* (pp. 161-183). Attraverso una selezione ed un'esegesi molto precisa dei testi riguardanti Savigny e la scuola storica, Luig pone in luce i termini dell'aspra polemica messa in campo da Jhering, e al tempo stesso il suo tentativo di rendere viva ed operante la lezione « metodologica » dei predecessori. Anche la portata delle sue celebri argomentazioni per una « critica del diritto attraverso se stesso » e per una nuova funzione d'un giusnaturalismo « socialmente » orientato, viene misurata individuando il rapporto con tradizioni più risalenti. Sono messe pertanto a fuoco non solo certe ascendenze culturali del giurista, — per esempio l'aristotelismo wolfiano, — ma anche le proporzioni effettive delle sue inclinazioni ideologiche, conservatrici, liberali o socialistiche, come gli interpreti le hanno di volta in volta rappresentate in contrasto fra loro. Luig insiste

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a ragione sul contenuto di eticità, che Jhering ritiene insito nel diritto, e che egli affida ai giuristi di realizzare quale compito irrinunciabile. Lo spessore morale di tale impegno spiega le differenze fra le varie letture del suo pensiero, ma consiglia anche di non accostarlo senza mediazioni ad atteggiamenti politici che gli furono estranei, o che addirittura si sarebbero profilati soltanto dopo di lui.

In effetti, la cautela di Luig appare giustificata. L'accento posto sull'« attualità » di Jhering nel volume in esame — favorito in parte anche dell'occasione celebrativa — corrisponde con una tendenza manifestatasi di recente in Germania, rivolta a valorizzare il ruolo del diritto romano (o per meglio dire della dogmatica romanistica inauguratasi nel secolo scorso) per la costruzione dei moderni ordinamenti europei. Nella letteratura di lingua tedesca essa ha già sollevato consistenti riserve, e in particolare il timore ch'essa conduca a rappresentare « un passato fittizio per influenzare un incerto futuro » (5). Anche in Italia, dove pure il dibattito non ha incontrato finora soverchio ascolto, si è sottolineata la complessità del rapporto tra la riflessione storica e l'elaborazione di un diritto europeo (6). Le perplessità suscitate dagli entusiasmi " modernistici " di alcuni romanisti non dipendono perciò da sordità disciplinare, né da visioni ispirate a uno storicismo angusto, legato alla delimitazione tradizionale dei campi fra i giuristi e gli storici, tra chi analizza l'esperienza vivente e chi si concentra sull'individualità irripetibile di eventi trascorsi. Esse scaturiscono dal fatto che una modellistica del diritto privato, fondata su procedimenti astrattivi dal diritto romano, per un verso presuppone come scontate categorie teoriche niente affatto pacifiche, — si pensi soltanto al tema della continuità e del nesso persistenze/fratture nella storia, — per un altro troppo ottimisticamente confida nell'attenzione per la memoria da parte di un mondo della pratica e dei negozi che esprime per molti segni il desiderio di liberarsi di questo pesante fardello. Ribadire che la dimensione storica è un fattore costitutivo dell'esperienza giuridica europea è certo un compito cui devono assolvere più che mai gli storici del diritto ed i romanisti. Dubito però che tale compito possa riuscire efficace, se s'imbocca la via breve di enucleare formulazioni tecnico-dogmatiche dai rispettivi contesti, per riproporle in modo immediato come strutture concettuali di diretta praticabilità. Soprattutto temo sia difficile persuadere i giuristi, al di là di transitorie adesioni, a ricercare davvero, con Jhering, « das Recht im römischen Recht ».

ALDO MAZZACANE

(5) P. CARONI, *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, in *Zsch. f. neuere Rechtsgeschichte*, 16 (1994), pp. 85-100.

(6) F. P. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, in *Labeo*, 40 (1994), pp. 161-169.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842* , Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Ius commune, Sonderhefte 63, Savignyana 2, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1993, pp. X, 227.

Bighellonando per mezza Europa, rispettivamente facendo la spola fra periferie accademiche di incerto e variabile rango, mi è capitato di captare riflessioni sul lento emergere, a livello appunto semieuropeo, di nuovi temi, frutto di un'evoluzione politica, sociale e culturale recente, pressanti e perciò meritevoli di rapida ed approfondita analisi, quando non di totale dedizione. Temi nei quali si specchia variamente l'attualità, per quello che è, con le sue luci e le immancabili ombre; e per trattare i quali si auspicano più urgentemente di ieri collaborazioni esterne (penso ovviamente all'antropologia culturale, all'etnografia storica, anche alla sociologia del diritto) e si accettano di buon grado gli « spaesamenti » che immancabilmente ne derivano. Rimpetto all'emergere di questa nuova e diversa tematica, taluni interrogativi tradizionali appaiono oramai superati, accantonati non tanto per loro intrinseco demerito e nemmeno perché definitivamente evasi, quanto perché l'occhio dello storico, sollecitato da un presente diverso e perciò (magari inconsciamente) alla ricerca di nuove risposte, non vi scopre più motivo di *troublement* e se ne stacca, abbandonandoli sul campo senza rimorsi ed in genere anche senza rimpianti.

Confesso di aver subito pensato a queste cose, che sono nell'aria e che perciò ognuno di noi percepisce, anche se poi a modo suo, quando mi è stato proposto di recensire questo volume. In esso Aldo Mazzacane, che è un savignyano di lunga data, pubblica quella parte dei manoscritti finora inediti di Savigny (1) (ed occasionalmente elaborò) riflessioni « metodologiche » ritenute indispensabili per accedere all'universo romanistico evitando errori e deviazioni — del resto aspramente denunciati — e perciò offerte in anteprima ai suoi studenti. Si tratta di materiali inediti, dicevo. Ma le convinzioni che esprimono sono note e scontate, circolano fra gli addetti ai lavori dal 1951, cioè da quando fu finalmente pubblicato il manoscritto scoperto nel 1926 da H. Kantorowicz, nel quale l'attento Jakob Grimm aveva liberamente rielaborato

(1) Conservati fino al 1977 nel ridotto familiare di Trages e perciò inaccessibili ai ricercatori, furono poi ceduti dalla famiglia alla Biblioteca Universitaria di Marburg, ove oggi possono essere liberamente consultati.

Notizie sull'entità di questi materiali, sulla loro catalogazione e sulle edizioni ancora previste propone anzitutto J. RUCKERT, *Einführung zur Gesamtedition Savignyana*, in F.C. von SAVIGNY, *Pandektenvorlesung 1824/1825*, Herausgegeben von Horst HAMMEN, Ius commune, Sonderhefte 62, Savignyana 1, Frankfurt am Main 1993, V-XIII; qualche accenno si legge anche nel saggio introduttivo di A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in part. p. 9 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una lezione svolta da Savigny a Marburg nell'inverno 1802/1803 (2). Che bisogno c'era, mi son perciò ripetutamente chiesto, di tornare ora su quei temi, trascrivendo, spiegando e commentando annotazioni varie, indicazioni bibliografiche, frammenti di vario e talora incerto significato, che l'autore non aveva destinato alla pubblicazione e comunque mai avrebbe licenziato in quella forma incontrollata e vagamente rapsodica? Ci aiutano forse a capire meglio Savigny (o, dovremmo forse chiederci, a legittimare, risp. giustificare il nostro modo di « leggerlo »)? Oppure li apprezziamo con l'anima (la misantropia?) del collezionista, al quale una moneta antica fa comodo non per il suo valore di mercato e nemmeno perché riproduce in modo ineffabile l'elegante vela di Ulisse, ma poiché rappresenta il pezzo che finora mancava? E finalmente perché non vedere, dietro a questo impellente desiderio di pubblicare ora tutti gli inediti, il frutto discutibile di un rapporto quasi feticistico con l'opera savignyana, un altro esempio (tanto macroscopico, quanto pauroso) di ipertrofia della funzione (3)?

Finalmente, vincendo il mio scetticismo, ho accettato di recensire questo volume. L'ho fatto per due motivi, che voglio ricordare con uguale schiettezza: anzitutto per la stima che ho per Aldo Mazzacane (se è grande, solo perché sta in proporzione alla sua competenza); poi perché l'argomento (ossia l'uomo, la sua opera e sempre più quanto questa ha oggettivamente propiziato) da sempre mi attrae ed incuriosisce, riemerge nel mio immaginario a scadenze irregolari, un pò come l'anatroccolo goethiano riaffiora periodicamente in superficie, simboleggiando così le continue « rinascite » del diritto romano (4). Ed ora non rimpiango di aver aderito all'offerta: poiché mi debbo ampiamente ricredere e quasi scusare di aver covato pensieri così poco regolari. Dò quindi ragione ad Aldo Mazzacane, che ha tenacemente voluto questa edizione e ci ha tempestivamente informati sui suoi contenuti più significativi (5). E che ora la introduce con un saggio che dà conto dello stato attuale delle ricerche, ricostruisce la parabola della riflessione metodologica all'interno della biografia savignyana, indica con chia-

---

(2) H. KANTOROWICZ, *Savignys Marburger Methodenlehre*, ZRG RA 53, 1933, p. 465-471; F.C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre-Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*, herausgegeben von Gerhard WESENBERG, Stuttgart 1951.

(3) Ragionando in questo modo mi sento largamente tributario di Rafael SANCHEZ FERLOSIO, *La freccia nell'arco*, Milano 1992, *passim*, in part. p. 26, 34, 66 ss., 151 ss.

(4) Cito volontieri questa splendida metafora, poiché Goethe l'ha formulata proprio ragionando su Savigny e sui suoi meriti, ed anche perché, come tutte le metafore azzeccate, è splendidamente ambigua e fuorviante. Vedi J. P. ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, 6. April 1829 (ed. Artemis, Zürich 1948, p. 343-344).

(5) Aldo MAZZACANE, *Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia, Quaderni fiorentini* 9, 1980, p. 217-244; ID, *I corsi inediti di « Metodologia giuridica » di F.C. von Savigny, Index*, 19, 1991, p. 109-120; ID, *Savigny ed i suoi interpreti- Studi sulla scienza giuridica dell'età liberale*, Napoli 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rezza le diverse funzioni, cui le molteplici versioni furono chiamate a corrispondere nel corso degli anni (di anni a dir poco cruciali, poiché legati all'emergere della visione accademica humboldtiana), e finalmente seleziona e collega fra loro i molti temi che vi ricorrono, proponendo a tal modo una chiave di lettura personale, sì, ma anche ampiamente condivisibile, alla quale si può far ricorso senza incorrere in troppi pericoli (6). Esemplari mi sono sembrati, in tale contesto, la moderazione ed il pragmatismo professati quando ha dovuto accennare ai modelli filosofici sottesi all'opera savignyana: che è un discorso da sempre controverso, spesso anche per il massimalismo degli interpreti e forse (come sarebbe onesto ammettere) perché un po' gonfiato ad arte (7).

Se il mio giudizio complessivo è dunque positivo, ovviamente non perché abbia scoperto in questi frammenti idee nuove, magari clamorose. Chi si avvicinasse agli inediti di Savigny avido di tali scoperte, resterebbe immancabilmente a bocca asciutta. Perché il Nostro ha notoriamente pianificato con largo anticipo le sue ricerche e le ha poi svolte proprio secondo l'ordine previsto, ossia dando l'ovvia precedenza ai saggi programmatici, facendoli seguire da quelli storici (che erano funzionali all'affermazione della continuità del diritto romano), per poi concludere con gli otto volumi del *System*. Nulla fu lasciato al caso, men che meno fu l'esito di una reazione spontanea ad eventi inattesi o imprevedibili. Nemmeno la risposta alla provocazione di Thibaut, vergata nel giro di poche settimane, lo fu: poiché in realtà proponeva riflessioni e giustificava scelte, per le quali Savigny si batteva ormai già da tempo (8), come documenta proprio il corso professato nell'estate del 1809 nell'università bavarese di Landshut e qui integralmente pubblicato (9). Voglio dire con ciò che non è realistico sperare in clamori e rivelazioni: non corrisponderebbe alla personalità di Savigny, che preferiva lasciar maturare lentamente le idee, per poi formularle quand'era venuto il loro momento ed inserirle così in un mosaico, che lentamente svelava il motivo di fondo.

Il valore di questi inediti va quindi ricercato altrove, forse proprio in quel fatto, che ne ha determinato la loro confezione: gli appunti di Savigny, che spesso si accontentano di allusioni o congetture, quando

---

(6) Aldo MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 1-55.

(7) Aldo MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 38 ss. Confesso poi di aver nuovamente gustato la rinfrescante pagina di Franz WIEACKER che si legge in J. BLUHDORN - J. RITTER (curatori), *Philosophie und Rechtswissenschaft - Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1969, p. 143. Ovviamente meritevole di riflessione ora Dieter NORR, *Savignys philosophische Lehrjahre - Ein Versuch*, Ius commune, Sonderhefte 66, Frankfurt am Main 1994.

(8) Vedi in merito quanto scrissi in *Savigny und die Kodifikation — Versuch einer Neudeutung des* « *Berufes* », ZRG GA 86, 1969, p. 97-176, specialmente 128 ss.

(9) F.C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen*, p. 138-171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non si limitano ad allineare sostantivi, e che a tal modo obbligano il lettore a spericolate acrobazie interpretatrici, erano infatti destinati alle lezioni accademiche. Ce lo ricorda il titolo scelto per questa pubblicazione, peraltro singolarmente inappropriato: poiché ovviamente l'autore non leggeva questi appunti ai suoi studenti, ma se ne serviva come un promemoria per svolgere poi liberamente i suoi ragionamenti. La destinazione didattica di questi frammenti ne spiega il tono ed il taglio: poiché è ovvio che rivolgendosi direttamente ai propri studenti Savigny privilegiasse formulazioni elementari, evidenti e convincenti, e si permettesse anche qualche riflessione confidenziale o persino qualche commento tagliente, che invano cercheremmo nella sua prosa così moderata ed elegante, consapevolmente depurata da ogni schiamazzo verbale ed anche da ogni polemica. Se c'é dunque qualcosa, che il lettore può ragionevolmente attendersi da questi appunti, è proprio questa: una formulazione meno canonica, ma in compenso concreta ed essenziale delle proprie idee; una interpretazione meno paludata, fumosa o compiacente di quelle altrui, che il Nostro qui davvero folgora con una serie interminabile (ed anche un pò aberrante) di squalifiche.

Detto questo, non mi pare ora davvero il caso di insistere, magari proponendo esempli o — peggio ancora — una lettura preferenziale di questi appunti. Perché ogni lettore ama scoprire da solo le chicche, e scopre regolarmente le « sue ». Rifiuterebbe con giustificato sdegno raccomandazioni od istruzioni troppo scopertamente benintenzionate, quasi fossimo al cospetto di farmaci singolarmente pericolosi. Ma mi preme ugualmente ricordare due cose, che proprio la lettura di quest'opera mi fa ritenere, ora, essenziali.

La prima: gli appunti didattici editi da Aldo Mazzacane documentano con assoluta chiarezza la lenta ma costante elaborazione di quei concetti fondamentali, che Savigny poi tutti riprese e riassunse — dando loro la nota, classica formulazione — nell'ampia introduzione al primo volume del *System* (10). Che non è la solita *Vorrede* del solito trattato di diritto romano, reso in forma più o meno aggiornata. È ben più l'introduzione a quell'opera, alla quale Savigny aveva affidato nè più nè meno il compito di realizzare il grande sogno della sua vita, ossia quello di modificare la prassi del diritto vigente, di istaurare un nuovo e più professionale (perché più scientifico) rapporto con le fonti del diritto positivo. Visto in questa luce, il *System* non ha voluto essere (solo) la continuazione (crono)logica delle altre opere. Ne è stato ben più il coronamento, in funzione del quale tutte le altre opere furono programmate e scritte e meglio ancora ci appaiono ora quali indispensabili premesse. Si dovrebbe perciò inferirne che questi appunti, pur

(10) F.C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, Vorrede S. IX - L. Fatto, questo, al quale ha dato il meritato rilievo anche A. Mazzacane, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella loro veste modesta perché consapevolmente sommaria e transitoria, ci aiutano in modo talora decisivo a situare l'opera all'interno della biografia dell'autore, garantendone, con una maggior aderenza, anche una più genuina interpretazione. Ma è bene non dimenticare, al di là di questo comprensibile desiderio di appurare la retta valenza delle teorie savignyane, allestendone una precisa cronologia, anche la *funzione oggettiva* assunta occasionalmente (ma anche sempre più regolarmente) dal *System*, senza esser stata necessariamente propiziata o preferita dal suo autore. Non va infatti dimenticato che il *System* si oppone, sì, alle codificazioni borghesi, ma lo fa *specularmente*: poiché ha offerto una diversa risposta ad un desiderio che in modo *tendenzialmente uniforme* formulavano le società ottocentesche, volto a sostituire un diritto pubblico dei privati con un diritto privato finalmente meritevole di tale appellativo, poiché tutto pensato in funzione dell'autonomia (fittizia o reale) dei soggetti giuridici. Ma ben presto affrancandosi dalla sua collocazione originaria, che era precipuamente tedesca (poiché in questo paese una peculiare situazione politica, sociale e culturale non permetteva di innovare codificando), assurse a universale simbolo giuridico di questo nuovo diritto privato ed incontrò discreta (e talvolta entusiastica) udienza anche in quei paesi, che avevano realizzato le riforme giuridiche imboccando la strada della codificazione. Anche per questo motivo i frammenti qui pubblicati non possono esserci indifferenti: ancorché occasionalmente ermetici (per non dire enigmatici), gettano viva luce sulla lenta elaborazione di quel *System*, che se non ha ovviamente indotto l'economia di mercato, ha potuto esserne visto da molti quale l'elaborazione scientifico-giuridica par excellence: alla quale si poteva perciò aderire, se non altro nell'intento di « lubrificare » il sistema economico (11).

La seconda (deducibile peraltro dalla prima): se tentassi di allestire un inventario dei temi solamente lambiti oppure compiutamente svolti da Savigny in questi appunti, mi accorgerei subito di un fatto che ritengo quasi sconvolgente: non mancherebbe nessuno dei grandi temi, che da duecento anni a questa parte ci toccano, ci assillano, animano le nostre discussioni, orientano le nostre scelte, esigono da noi sempre nuove e diverse risposte, magari anche in barba alle mode culturali evocate all'inizio di queste righe. Cito esempli che ritengo particolarmente illustrativi e ricordo così che in queste note si ragiona sui fattori che presiedono alla produzione del diritto; sull'assetto concreto da conferire al nuovo diritto privato (codificazione oppure elaborazione

(11) Illustrativa mi pare perciò l'osservazione a p. 87 (« Nothwendigkeit eines äusseren Factums, wodurch die Rechte der Bürger bestimmt werden »), che integra quanto si legge nella più dettagliata versione di Jacob Grimm (*Juristische Methodenlehre*, citata alla nota 2, p. 14). Sul punto anche A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft* p. 31-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scientifica, nella classica alternativa formulata dal *Beruf* nel 1814); sulle radici (o premesse) filosofiche di questo nuovo diritto privato; sull'autonomia della scienza giuridica e su quella precaria combinazione fra storia (esegesi, diacronia) e sistema (filosofia, sincronia) che dovrebbe garantirla, questa autonomia; sulla parte della continuità e su quella della storicità nell'evoluzione del diritto; sulla soggettività e sull'oggettività della conoscenza storica, dell'interpretazione, di ogni « lettura » che interpella necessariamente anche la personalità di chi riceve e decifra un messaggio; e finalmente sulla funzione da attribuire all'insegnamento accademico nel quadro di una Università che si stava vistosamente rinnovando. Questa verifica permette (se non proprio giustifica) un giudizio conclusivo, che vale per l'appartato studioso come per l'acclamato docente: la fama di Savigny, come documentano anche questi appunti che coprono senza troppe interruzioni quarant'anni di insegnamento, non ci appare ormai più legata alle sue risposte, rispettivamente al senso specifico che fu loro attribuito in precise contingenze storiche. Molte di queste, e massime quelle che per decenni condizionarono (fino a disciplinarli) i ragionamenti dei giusprivatisti, non ci convincono più, le abbiamo silenziosamente messe da parte senza farne un dramma. La fama, che tuttora volentieri gli riconosciamo, nasce da qualcosa d'altro: come oggi tendo a ritenere, proprio dal fatto di aver individuato prima e più lucidamente di altri i grandi nodi, gli interrogativi cruciali, cui non era oramai più permesso sottrarsi. Non lo ammiriamo più per le sue risposte, Savigny, ma per le sue domande: che solo un intelletto eccezionale poteva intravvedere con tale, splendida lungimiranza.

Solo un fatto potrebbe disturbare o far insorgere qualche conclusiva riserva: quello di aver intuito e poi formulato queste domande lasciandosi guidare esclusivamente dalla compiacente falsariga dell'evoluzione storica del diritto romano. Era consigliabile, persino necessario? Si potrebbe tentare di spiegarla razionalmente, questa connessione: magari evocando la valenza assunta in molti paesi europei dal diritto comune, sì da farcelo apparire come referente inevitabile della ricerca (12); oppure ricordandoci dell'ammirazione — notoriamente incondizionata — che Savigny nutriva per il giurista classico romano, costan-

(12) Nella sua poco nota prolusione zurighese del 1852 Theodor MOMMSEN, dovendo giustificare lo spazio riservato nell'insegnamento accademico al diritto romano, ed ovviamente al corrente del fatto che questo diritto non era mai stato ritenuto direttamente applicabile nella Svizzera tedesca, ragionò in questo modo: « Was das römische Recht für uns zum Mittelpunkt der Studien macht und was es vor anderen auszeichnet, ist etwas wesentlich anderes. Einerseits ist dasselbe nun einmal dasjenige, unter dessen Einfluss alle unsere Localrechte teils in Anschluss, teils in Opposition zu demselben entstanden sind, so dass schon äusserlich die Bevorzugung des römischen Rechts sich rechtfertigt » (TH. MOMMSEN, *Die Bedeutung des Römischen Rechts*, in *Juristische Schriften*, III, Berlin 1907, p. 591-600, il passo citato a p. 596).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temente proposto ai propri allievi quale modello assoluto ed ineguagliato di rigore scientifico. Ma temo di non riuscire a spiegare tutto e di dovermi, prima o poi, insabbiare. Preferisco allora ritenerla contingente, quella connessione, e meglio ancora frutto di preferenze personali, di *penchants* non giustificabili tutti in modo razionale (13). Proprio per questo, perché in realtà pensabile anche al difuori dell'evoluzione storica di un determinato e concreto ordine giuridico, come poteva pur essere quello romanistico, la sua opera ci appare finalmente come una gigantesca miniera. Se, dopo aver ammaliato studenti seduceva ora lettori, sempre più e sempre più ovunque, non tanto per le notizie storiche che la costellavano, nemmeno per le soluzioni dogmatiche che proponeva, quanto per i nessi che scopriva, per gli interrogativi che formulava, per le perplessità che poteva suscitare, logicamente anche per gli usi disparatissimi e persino contraddittori, cui si lasciava piegare (14). Proprio questa sua naturale predisposizione a letture tanto diverse quanto tutte possibili e plausibili ne spiega finalmente il singolare successo e la valenza unica che gli è stata universalmente riconosciuta; e ci aiuta anche a capire perché i tanto decantati influssi della scuola storica nei diversi paesi europei siano stati raramente uniformi e comunque mai configurabili nella semplice, passiva, letterale, ripetitiva recezione di questa o quella teoria nella formulazione canonica datale dall'autore. Proprio perché aveva individuato a tempo i grandi crocevia, ove tutti i nodi giuridici dell'evoluzione incombente prima o poi si sarebbero manifestati, ne aveva parlato in modo lucido ed anche straordinariamente concreto. E l'aveva fatto, mi verrebbe la voglia di soggiungere, seguendo tacitamente l'esempio del legislatore, la cui arte doveva consistere, come aveva suggerito ai suoi studenti nel 1809, proprio in questo: « darin, in dem Gesetz recht viel finden zu lassen ». E confidando ovviamente nella corrispondente disponibilità dell'interprete, « recht viel im Gesetz zu finden » (15).

PIO CARONI

(13) Del resto anche Aldo MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft* p. 47, non può nascondere qualche perplessità in merito.

(14) Qualche esempio concreto in Pio CARONI, *Rechtseinheit - Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel - Frankfurt am Main 1986, p. 93 ss.

(15) F.C. v. SAVIGNY, *Vorlesungen* p. 142, 143.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di ...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

TUTELA ADMINISTRATIVA O DIALOGOS CON TOCQUEVILLE

(a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío) (1)

> Sicut enim minores sunt sub curatoribus, sic respublica sub administratoribus... Economi etiam vicem obtinent tutorum, ergo ecclesia pupillorum.
>
> *Glossa* al *Corpus Iuris*

> Les libertés provinciales peuvent subsister quelque temps sans que la liberté nationale existe, quand ces libertés sont anciennes, mêlées aux habitudes, aux moeurs, aux souvenirs, et que le despotisme au contraire est nouveau; mais il est déraisonable de croire qu'on puisse, à volonté, créer des libertés locales, ou même les mantenir longtemps, quand on supprime la liberté générale.
>
> Alexis de Tocqueville

1. Clásico avalado y curso suspenso. — 2. Una concepción medieval: la autotutela corporativa. — 3. Novedad presunta: tutor soberano como nación una. — 4. Más antiguallas: gobierno del pueblo y justicia del rey. — 5. Compatibilidad moderna: derecho público y tutela civil. — 6. Campo de juego: costumbre, familia, municipio. — 7. Tutela colonial y contraste del *selfgovernment*. — 8. La nación una del *droit administratif*. — 9. Cambio de imagen entre Inglaterra y Francia. — 10. Unas conclusiones: poder de derecho y engaño de historia.»

1. En un capítulo de *El Antiguo Régimen y la Revolución* Tocqueville se ocupa de explicarnos cómo eso que llamamos tras la revolución *tutela administrativa* sería, no una criatura exactamente

(1) Stefano MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, volumen I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, Milán 1994; Luca MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milán 1994. De mi más modesto curso diré pronto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

revolucionaria, sino una institución procedente del antiguo régimen (2). El asunto le parecía importante, todo un signo y una cifra del *derecho administrativo* en el que se inscribía. Por el siglo y la nación de Tocqueville, en la Francia del XIX, *la tutela* de derecho público constituye la categoría en la que se cimenta y mediante la cual se alza un régimen de sometimiento y sujeción de las corporaciones locales a una administración centralizada. Presume incapacidad de las unas y capacidad de la otra como si fueran connaturales ambas. Como si de menores de edad se tratara, unas, las corporaciones locales, deben situarse y operar bajo la tutela literal de la otra, la administración central.

Tocqueville exponía que, antes de la revolución, el régimen de los pueblos de Francia variaba enormemente de unos casos a otros, pero que presentaba un fondo común de orden comunitario y, más modernamente, de intervención monárquica. Sin ésta, por unos tiempos postreros del antiguo régimen, los pueblos no podían disponer de sus bienes y finanzas. Y más aún, por entonces, « el gobierno central se introduce en la administración de los pueblos en bastante mayor medida de lo que acusa un ordenamiento: su poder llega más lejos que su derecho », según siempre Tocqueville (3).

El derecho sería de un fondo comunitario desde unos tiempos medievales. En documentos de comunidades rurales francesas Tocqueville todavía detecta autarquía local en un grado que había encontrado con sorpresa en América pues creía impensable desde Europa. Pero uno y otro caso ya se semejan « lo que un vivo puede semejarse a un muerto » (4). En este caso de Francia, el fallecimiento lo habría provocado la monarquía, la de antiguo régimen. Que algunas comunidades todavía guardaran constancia y sentido de la libertad local, no remediaría la pérdida. A fines del antiguo régimen, concluye Tocqueville, no

---

(2) Alexis DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, ed. J.P. Mayer (André Jardin y otros), vol. II.1, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), París 1953, libro 2, capítulo 3: « Comment ce qu'on apelle aujourd'hui la tutelle administrative est une institution de l'ancien régime » (pp. 115-122).

(3) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 118: « Les villes ne peuvent ni établir un octroi, ni lever une contribution, ni hypothéquer, ni vendre, ni plaider, ni affermer leurs biens, ni les administrer, ni faire emploi de l'excédent de leurs recettes, sans qu'il intervienne un arrêt du conseil sur le rapport de l'intendant... Mais le gouvernement central entre bien plus avant encore dans la administration des villes que cette règle même ne l'indique; son pouvoir y est bien plus étendu que son droit ».

(4) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 119-120: « Je me souviens que, quand je recherchais pour la première fois, dans les archives d'une intendance, ce que c'était qu'une paroisse de l'ancien régime, j'était surpris de retrouver, dans cette communauté si pauvre et si asservie, plusieurs des traits qui m'avaient frappé jadis dans les communes rurales d'Amérique, et que j'avais jugés alors à tort devoir être une singularité particulière au nouveau monde », pero ya esto y aquello « se ressemblent, en un mot, autant qu'un vivant peut ressembler à un mort ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

habría corporación en Francia « que pudiera formarse una voluntad independiente respecto a sus asuntos propios y a la administración de sus bienes; entonces, como hoy, la Administración tenía a todos los franceses bajo tutela, y si la insolencia de la palabra no se había aún dado, la cosa al menos ya existía » (5). Es *la tutela administrativa* que Tocqueville ve afianzarse definitivamente a las mismas vísperas de la revolución (6).

De *la tutela administrativa*, antes de la revolución, existiría *la cosa*, mas no *la palabra*; la realidad, mas no la fórmula. ¿Significa esto que, tras la revolución, sólo se produjo la imposición del nombre, este bautismo? Tocqueville ha dicho más incluso: *su poder*, el de la monarquía de antiguo régimen, llegaba donde no lo hacía *su derecho*. La ausencia de *palabra* podría significar una deficiencia de *cosa* y más concretamente de *derecho*, de algo que entonces no se reduciría a las leyes de una monarquía. La invención del sintagma pudo entonces significar la generación del derecho. Pero interésemonos por ahora tan sólo en el primer momento: ¿había o no había *tutela administrativa*, este principio de apoderamiento político, ese signo de todo un *derecho administrativo*, antes de la revolución?

La historiografía, incluso la mejor historiografía que es en este caso la más reciente, recentísima, le da en esto la razón a Tocqueville y se la da además con creces: la tutela existiría a todos los efectos. La idea central de dicho capítulo de *El Antiguo Régimen y la Revolución* se sostendría en pie tanto que perdería sus propios distingos. La *tutela administrativa* estaría completamente establecida a finales del antiguo régimen pudiéndose encontrar acto seguido la revolución con el hallazgo redondo. Ya estaría, perfecta, *la cosa*; concebida, *la palabra*. Tocqueville tendría a la postre más razón de la que él mismo se imaginara.

Con dicha idea ratificada por la última historiografía, comencé a impartir en octubre de 1994 un curso cuatrimestral de *Historia del Derecho Público* propio de un plan sevillano de estudios en trance hoy

---

(5) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pp. 120-122, concluyendo el capítulo: « Sous l'ancien régime comme des nous jours, il n'y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affairs particulières, ni administrer à sa volonté ses propes biens. Alors, comme aujourd'hui, l'administration tenait donc tous les Français en tutelle, et si l'insolence du mot ne s'était pas encore produit, on avait du moins déjà la chose ».

(6) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro 3, cap. 7: « Comment une grand révolution administrative avait précédé la révolution politique, et des conséquences que cela eut », con el afianzamiento de la tutela entre ellas: p. 239; *Oeuvres Complètes*, vol. II.2, *Fragments et notes inédites sur la Révolution*, 1953, apéndice cuarto: « Notes sur Turgot », nota duodécima: « Tutelle administrative croissante à mesure qu'on approche de la Révolution malgré le souffle de liberté qui commence à s'élever: produit du perfectionnament de l'art administratif et de l'égalité ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de extinción (7). Tomo como base de partida la obra de Tocqueville, no sólo *El Antiguo Régimen y la Revolución* sino también *De la Democracia en América* (8), conjunto que ofrece a mi juicio buena introducción al capítulo constitucional e histórico del *derecho administrativo* por sí mismo y por la problemática comparativa que suscitara. A medida que avanzaba el curso con sus repasos de clásicos y sus lecturas de historiografía, me asaltaban dudas, la mayor en el capítulo dicho de *la tutela administrativa*. Había cosas de fondo que no regían.

Basé directamente mis explicaciones sobre dicha *tutela* en el repaso de Tocqueville y en la lectura de estudios recién aparecidos, quedándome con la sensación de haberme movido y haber conducido por terrenos que no acababan de ser firmes. Sentía sobre todo que, por centrarme en tal forma de tutela, había dejado perder toda una problemática histórica de un interés quizá también constitucional. De tales repasos, de tales lecturas y de tal frustración proceden estas páginas. Son, intentan ser, de diálogo. Desconfiando de mi propia voz tras la experiencia del curso, opto por un estilo polifónico que mantenga, en lo que cabe, el máximo de voces. De aquí proviene la literalidad de unas citas que ya habrá comenzado a advertirse en notas. No es que quiera ser ventrílocuo. Es que intento entablar diálogo por encima no sólo del espacio, sino incluso del tiempo. Vamos a dialogar con Tocqueville y entre nosotros.

2. Cuando hablo de la mejor y más reciente historiografía, estoy ante todo pensando en las obras de Stefano Mannoni y de Luca Mannori, *Una e indivisible* y *Soberano tutor* (9). La primera trata el caso

---

(7) Carlos Petit, *Asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial en la Universidad española*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 789-803; Bartolomé Clavero, *Reforma de las enseñanzas universitarias en España*, en Paolo Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Florencia 1993, pp. 357-400.

(8) A. de Tocqueville, *Oeuvres Complètes*, vols. I.1 y I.2, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), 1951. Se contaba ahora también con una edición trabajadísima en castellano: A. de Tocqueville, *La democracia en América. Edición crítica* y traducción de Eduardo Nolla, Madrid 1989, pero el mismo uso docente mostró su inutilidad práctica: « edición crítica » se entiende tortura de texto y destrucción de estilo con interferencias continuas que aclaran poco y confunden bastante, las más incluso descartadas en su momento por el propio Tocqueville, y las cuales resultan además de dudosa utilidad ni siquiera indagatoria por cuanto que se trata de traducción y los materiales originales vienen publicándose.

(9) No hará falta decir lo que se desprende de estos mismos *Quaderni* y *Biblioteca*, de estas series gemelas *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*: que estamos con autores que comparten escuela y una escuela caracterizada por su atención al pensamiento jurídico pretérito en sí mismo y como medio de acceso a la experiencia histórica del derecho. O no estará realmente de más decirlo puesto que define un criterio que intento por mi parte también compartir y aquí ahora aplicar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paradigmático de Francia y lo hace además en diálogo con Tocqueville. Ofrece el estudio más pormenorizado y a un tiempo construído de la *centralización administrativa* en Francia desde mediados del siglo XVII. La segunda se ocupa de un caso que, a la misma luz que la investigación arroja y como el propio autor justamente subraya (10), resulta sumamente significativo. Se trata de la Toscana, de su base de *pluralismo institucional* y su evolución de *centralización administrativa* entre los siglos XVI y XVIII, caso italiano que se estudia con virtudes y habilidades semejantes al pormenor y al pormayor. Son estudios que transcienden sus propios casos. Es una mina en la que ahora me asomo tan sólo a una veta aun sin perder de vista el yacimiento.

Mannori, como se ve, eleva a título de todo el libro, *el soberano tutor*, el asunto en cuestión, mas éste no es menos cardinal en el texto de Mannoni. Su escenario es similar, asignando a un apartado introductorio el título de *Un pluralismo que coordinar: la tutela como técnica de gobierno del territorio* (11). El calificativo clave del príncipe *soberano* sería ahora ese de *tutor* y el mismo monarca francés no permanecería ajeno a la calificación. Los capítulos centrales de la visión que Mannoni nos ofrece respecto a Francia llevan *la tutela* como epígrafe. Y un capítulo de la exposición de Mannori respecto a la Toscana aún concreta más: *La invención de la tutela administrativa* (12). La sugerencia de Tocqueville de que hubiera *cosa* sin *palabra* o de que esto supusiera que pudiese incluso haber *poder* sin *derecho*, parece que ha caído en saco roto.

El asunto de la tutela viene acompañado en nuestros estudios por otros capítulos de motivo conexo: el príncipe como *padre* de toda la república y así también con una potestad superior sobre sus pueblos (13). Todo esto habría cuajado durante el antiguo régimen y particularmente en sus últimos tiempos. La perspectiva es común en ambos estudios, para una y otra exposición. Son obras que se construyen sobre los resultados de la investigación concienzuda de unos fenómenos de *centralización administrativa* o de unos casos que así ambas denominan y conceptúan, y obras que intentan además no perder de vista el *pensamiento jurídico* o las construcciones técnicas que parecen concurrir en su momento al objetivo.

---

(10) L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, conclusión: « Toscana medicea e Stato moderno ».

(11) S. MANNONI, *Une et indivisible*, vol. I, parte I, tít. 1, cap. 1, apartado 3: « Un pluralismo da coordinare: la tutela como tecnica di governo del territorio ».

(12) S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, parte I, tít. 1, caps. 3-5: « La tutela sulle comunità rurali » y « La tutela sulle città »; L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, parte II, cap. 5: « L'invenzione della tutela amministrativa ».

(13) S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, parte I, tít. 1, cap. 6: « *Padre* dei suoi sudditi »; L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, parte II, cap. 5: « Stato paterno e patrimoni comunali ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La importancia tanto de la tutela como de la paternidad conexa ya provendría de su aparición en un cuadro dibujado, no por los propios trabajos, sino por unas concepciones ajenas, las de aquella época, las de verdad entonces propias. Resulta un planteamiento que, frente a lo que es todavía usual en la historiografía administrativa e incluso en la jurídica renovada (14), ambos adoptan decididamente. El propio Luca Mannori ya había ofrecido un diseño precioso del cuadro (15). A fin de situarnos, tracemos por nuestra cuenta un esbozo, aunque sea muy sucinto. Miremos la posición de partida del príncipe o soberano equivalente para ver también nosotros de apreciar la novedad que en su caso supondría la tutela flanqueada por una potestad patria de definición igualmente familiar.

La posición del príncipe venía identificada desde tiempos medievales como *iurisdicticio*, como una jurísdicción en grado de regir otras jurisdicciones por sus medios específicos, esto es, mediante procedimientos sustancialmente judiciales y ante intereses por regla general de parte. La misma actividad legislativa no escapaba a unos requerimientos de este carácter jurisdiccional. Es posición persistente durante siglos respondiendo y ajustándose realmente a una situación de pluralismo jurídico y más en especial corporativo. Múltiples y variopintas jurisdicciones coexisten y alguna puede representar por excelencia la justicia que deba componerlas. Esta, la soberana que acabaría diciéndose, no crea propiamente derecho, sino que declara y garantiza uno común. Todas las partes pueden contar con un derecho propio indisponible para todo el resto, príncipe soberano por supuesto inclusive a ambos efectos (16).

La corporación tiene derecho y puede tener también jurisdicción, dependiendo de la justicia del príncipe en medida variable, según especies y casos. El derecho de la corporación suponía en cualquier supuesto autonomía en lo que no fuera jurisdicción, en lo que pudo llamarse tanto su *gubernatio* o *administratio* como su *oeconomia*. Era un tipo de autonomía que no correspondía directamente a la colectividad en sí, sino a la corporación formada, a sus rectores o representantes según procedimientos reglados y no necesariamente electorales. Había un modo de decirse esto entonces: la corporación es menor y sus rectores son sus tutores, aplicándosele el régimen que se decía de *privilegia* de los menores de edad. Así entra la idea de tutela respecto a

(14) Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, París 1985.

(15) L. Mannori, *Per una preistoria della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, en *Quaderni Fiorentini*, 19, 1990, pp. 323-504.

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

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

las corporaciones en el derecho de formación medieval (17), en el *ius civile* vigente a todo lo largo del antiguo régimen.

El texto antiguo ofrece la base de la asimilación con el menor y la lectura medieval extrae la consecuencia de la tutela de la corporación. Esta forma corporativa y no la política es la que así figura desde el siglo XIII en el *Corpus Iuris* (18). Es un punto adquirido para la historiografía de derecho dicho *privado* (19). Para la del que se considera *político*, como si históricamente fuera de un orden distinto, el tópico se descontextualiza transmutándose exactamente en un contrario: la tutela no corporativa, la política (20).

A nuestros autores les consta el concepto de derecho civil que no era sólo privado. Y toman el contexto en cuenta. Pero también asumen la idea propia de tutela, la de su forma no corporativa, solapando la de época (21). Tienden a dejar en la penumbra, como operativo que se fuera neutralizando, precisamente nuestro punto: dicha base más específica de la tutela propia de entonces, de esta concreta secuela de la asimilación entre menores y corporaciones, de lo que podemos llamar *autotutela*. Me arriesgo con el nombrecito a algún malentendido, pero no creo correr mucho peligro respecto al lector o lectora previsible. Como aquella doctrina comenzaba por inhabilitar a la colectividad en sí

---

(17) Otto von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin 1868-1913, reprint Graz 1954, vol. III, *Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, pp. 397-401 y 483-485; Walter Ullmann, *Juristic Obstacles to the Emergence of the Concept of the State in the Middle Ages*, pp. 48-63, en *Annali di Storia del Diritto*, 12-13, 1968-1969, pp. 43-64; Gigliola Villata Di Renzo, *La tutela. Indagini sulla scuola dei glossatori*, Milán 1975, pp. 134-136; Joseph P. Canning, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries*, pp. 24-27, en *History of Political Thought*, 1, 1980, pp. 9-32. No concede tratamiento al asunto Pierre Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le MoyenAge latin*, París 1970, p. 305 para alusión en sede de representación.

(18) Nuestra primera cita de encabezamiento al inicio de estas páginas: Mario Viora (ed.), *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol. X, *Accursii Glossa in Codicem*, facsímil de Venecia 1488, f. 62r (p. 121), glosa *Solet* a C. 2, 54 (53), 4: « Res publica minorum iure uti solet ideoque auxilium restitutionis implorare potest », cuya glosa, su parte reproducida al inicio, conoce variantes meramente sintácticas, como *subsunt* por *sunt sub* y *vicem tutorum obtinent* por *vicem obtinent tutorum*, o alguna ortográfica, como *oeconomi* por *economi*.

(19) Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. I, *Aelteres Gemeines Recht, 1500-1800*, Munich 1985, p. 264: « Jede *universitas* wird jedoch einem Mündel (*pupillus*) gleich geachtet. Der *syndicus* wird wie ein *tutor* behandelt ».

(20) J.H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Political Thought, 1450-1700*, Cambridge 1991, cap. 9: Howell A. Lloyd, « Constitutionalism », p. 263: « The significance of the term *tutela* was unmistakable. The concept of the ruler as guardian of the realm and of his people's well-being had for centuries been a commonplace of juristic thought ».

(21) S. Mannoni, *Une et indivisible*, I, pp. 29-35, 64-65 y 109-122; L. Mannori, *Il sovrano tutore*, pp. 109-110, 137-139, 162, 172-179 y 192.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y como consideraba además sujeto primario de derecho a la corporación misma y en ningún caso al individuo (22), por lo primero y más aún por lo segundo, se habrá ya entendido que no podía encerrar ningún sentido ni democrático ni constitucional. Estamos en un mundo radicalmente corporativo donde se comprendía y significaba la autotutela dicha.

3. La forma corporativa de tutela parece que fuera algo medieval. No suele considerársele como un elemento vivo para la edad dicha moderna. Ocurre en la mejor historiografía. Sigamos con la nuestra. En el caso más franco del estudio de Mannori, la misma elevación de *la tutela administrativa* a epígrafe que anuncia un hallazgo de la época, parece bloquear la posibilidad de consideración. El título del libro, *el soberano tutor*, puede ser sobrevenido (23), mas la idea rige en su concepción y el efecto opera en su confección. Los avances de un *centro* desde el mismo siglo XVI se contemplan por Mannori como indicios y pruebas de dicha otra tutela, la no corporativa, pese a que su propia exposición se muestra bastante avara en testimonios que fundamenten la evolución de un modo expreso en ella, estrictamente en ella (24).

Aunque sin realzar ni remontar el motivo tanto, el caso de Francia, el del estudio de Mannoni, no se presenta de forma muy distinta. Cuenta con la construcción de Mannori y con sus propios testimonios, los más claros de parte y el más tajante, curiosamente, de parte no monárquica (25). También ocurre que la idea podía expresarse en Francia de un modo más nítido por parte de sus detractores que de sus paladines, cobrando además con esto un sentido más bien figurado o no técnico: « La nación entera ha sido incapacitada, por así decirlo, y se le han impuesto tutores », reprochaba a éstos, a los monarcas que a su entender así obraban, el bisabuelo de Tocqueville (26). Y el uso

---

(22) B. Clavero, *Almas y Cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Milán 1990, pp. 153-171.

(23) *Il sovrano tutore* había sido objeto de edición provisional: *L'amministrazione del territorio nella Toscana granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Florencia 1988.

(24) L. Mannori, *Il sovrano tutore*, pp. 210 y 431, de la formulación de Giuseppe Maria Casaregi respecto a Siena en 1717: « Magistratus vel officiales, quamvis fuissent simpliciter electi pro administratione bonorum ac negociorum communitatum, de iure intelliguntur habere administrationem cum libera, quia utpote a Principe dati assimilentur legalibus administratoribus, nempe tutoribus, curatoribus et oeconomi »; p. 161, de expresiones de Pompeo Neri respecto a Milán en 1750: « ...quel diritto di tutore, e di padre, che il principe ha sopra il patrimonio delle comunità sue suddite ».

(25) S. Mannoni, *Une et indivisible*, I, p. 110, de la alegación de una comunidad en 1778: « Les communautés d'habitants sont dans une perpetuelle tutelle » por la que no pueden disponer « sans une autorisation du Commissaire départi pour l'exécution des ordres de Sa Majesté ».

(26) Expresión de Malesherbes, de 1775: « On a pour ansi dire interdit la nation

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inespecífico podía darse entre los mismos juristas. Baldo pudo dejar sentada mucho antes, en pleno siglo XIV, esta afirmación: *Rex debet esse tutor regni*, mas añadiendo enseguida: *non depopulator nec dilapidator* (27). Tutor no es entonces técnicamente *tutor*. No es de extrañar que el aserto no generase doctrina. Esto es quizá lo significativo. Advirtamos también que un estudio cercanísimo al de Mannori, el de Bernardo Sordi sobre la Toscana ilustrada, no encuentra razones para resaltar *la tutela* centralizada e incluso halla alguna para postergarla, dado el giro corporativo de una reforma (28).

Una lectura apresurada de los libros de Mannoni y Mannori podría entender que vienen a abonar en nuestro punto las bases de la visión más continuista (29), lo que sería injusto. Creo que estos estudios no se hacen justicia a sí mismos al elevar de tal forma la cuestión de la tutela, al solapar su aportación propia de esta forma. Bajo el rubro se encuentran a mi entender el panorama más amplio y el análisis más detallado hasta ahora conseguidos de las relaciones entre jurisdicción no local ni eclesiástica y corporaciones locales para sus respectivas latitudes y los más ilutrativos para otras vecinas durante aquellos tiempos tenidos por modernos y en realidad tan distantes (30). Haber organizado la masa de datos y el procesamiento de resultados bajo dicha categoría de *la tutela* entendida como factor de *centralización*, me parece que imprime un sentido unidireccional que puede desvirtuar conceptos pretéritos y distanciar con ello, en vez de acercar, experiencias históricas.

Y el hecho es que no se nos muestran formulaciones concluyentes de la época a favor de *la tutela*, de su atribución centralizada. No digo que no las haya, sino que no se nos ofrecen suficientes y que a las ofrecidas les falta contraste. Digo que no se demuestran una inspiración y una cobertura jurídicas con dicha precisa fórmula de tutela por parte del príncipe o sus oficiales y no de los propios rectores o representantes

---

entière et on lui a donné des tuteurs », recordada con orgullo por su bisnieto: A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, p. 447, que es nota. Para otras manifestaciones del bisabuelo, S. MANNONI, *Une et indivisible*, mediante índice onomástico.

(27) J.P. CANNING, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists*, p. 25, y *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge 1987, pp. 193-197 y 219-220.

(28) Bernardo SORDI, *L'amministratione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldica*, Milán 1991, cap. 3, ap. 2: « Verso un nuevo rapporto di soggezione: le funzioni del potere centrale », en especial pp. 187-188.

(29) J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, p. 113: « Elle (la tutelle royale) deviendra jusqu'à l'époque actuelle le fondement de la condition juridique des collectivités locales », en parte I: « Les fondements des règles administratives », tít. 2: « L'apport des droits savants », ap. 69: « L'assimilation des communautés d'habitants aux mineurs ».

(30) L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, p. 468, en la conclusión citada, que abunda en ello.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de unas corporaciones ya locales, ya también regionales. Y así además me parece que no siempre se atiende la lógica compleja de una concurrencia constitutiva sobre la que estos mismos estudios arrojan luz intensa. Ante prácticas de control, se prefiere ver tutela a jurisdicción; ante referencias tutelares expresas, se ve la política antes que la corporativa. El papel de unos organismos regionales tiende también a derivarse, por una parte, de la jurisdicción a la tutela, y por otra, ya en ésta, de la corporativa a la política. Mas en el caso toscano, que es donde se ha visto expresamente *la invención de la tutela*, ha de acabar significativamente considerándose una administración mediante jurisdicción y una constitución corporativa sin tutela centralizada (31).

La impresión que nuestros estudios nos ofrecen tampoco es que sea la de una carencia de inspiración y cobertura jurídicas de unas operaciones políticas. Se tienen aparte de la tutela. Vemos cómo en efecto se aprovecha la *iurisdictio* del príncipe, la contenciosa y la voluntaria, para introducirse en el ámbito de las corporaciones. Vemos también alegarse una *potestas absoluta* como título de una *gubernatio politica*, por encima de *iurisdictio*, de un carácter extraordinario hacia el interior del territorio. Vemos además, que más nos pueda interesar, la afirmarción del príncipe como *pater* y la añadidura así, como *patria potestas* distinta también a *iurisdictio*, de una *gubernatio oeconomica*, vía de entrada en una economía y en una política o *policía* de los pueblos, en un gobierno corporativo que se entendía cosa doméstica por asimilación al familiar. Familia sería toda la república, y padre, el soberano. Aparecen posiciones doctrinales más concluyentes en este sentido paternal que en el tutelar, aunque posiciones, también hay que decirlo, sin desarrollo muy sistemático y con aplicaciones más bien incidentales incluso por parte de la propia doctrina interesada (32). La autotutela corporativa tampoco parece que tuviera mucho desarrollo *político*, pero tenía posición *civil*: se sustentaba en el *ius civile*.

El cuadro es siempre jurisdiccionalista. Constituye el contexto en el que se plantean otras cosas. Esto era lo común entonces por Europa sin excepciones como ni siquiera la del caso inglés (33), un caso que se singularizará precisamente por mantener el planteamiento jurisdiccio-

(31) L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, cap. 13, ap. 2: « Profili di un'amministrazione giustiziale », y ap. 3 : « *Economia* e *giurisdizione* negli anni delle riforme », que ya es la materia de *L'amministrazione illuminata* de B. Sordi.

(32) L. MANNORI, *Il sovrano tutore*, pp. 207-210 en especial dentro del conjunto citado de capítulos, suyos y de Mannoni, sobre tutela y paternidad, con testimonios además no sólo ni primordialmente toscanos; el principal, Christophorus CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae Decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii Sanctae Cruciatae et Regiae Audientiae Valentinae*, Lyon 1662, vol. I, observación III: « De usu et exercitio oeconomicae et politicae potestatis ».

(33) Esther G. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Cambridge 1963.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nalista incluso en tiempo constitucional. Y tal es el contexto en el que se sitúan nuestros estudios. Pero lo hacen procesando la batería de mecanismos menos jurisdiccionales, o menos también aparentemente tales, como manifestaciones sin más de *la tutela*, de una tutela centralizada que los hechos estarían verificando, pero que la jurisprudencia no acabaría así de avalar en sus propios términos, de acuñar como tal entonces.

El motivo más cercano parece desde luego el de la paternidad. Tanta importancia pudo alcanzar la posición del príncipe como padre de la república y su consiguiente apoderamiento para actuaciones expeditas, sin los requerimientos competenciales y procedimentales de la *iurisdictio*, que llega hoy a sugerirse la identificación del *derecho administrativo* o *público* e incluso *constitucional* de entonces con tal *oeconomia* (34). Hay desde luego visos (35), siempre que no adoptemos y proyectemos lo que así se denomina desde el siglo XIX y siempre también que así nos situemos y mantengamos en el escenario de la época, en aquel mundo de corporaciones y jurisdicciones.

En un orden jurisdiccional e intercorporativo, el mismo problema de la cobertura jurídica constituye siempre un punto esencial. La cuestión de la intervención de jurisdicción no local en corporación local, esto en lo que tiende luego a verse unos orígenes de la actividad administrativa, era ante todo cuestión del derecho que habilitaba. Sobre este título hay que conducir atentísimamente el escrutinio para poderse apreciar dónde y hasta qué punto va planteándose un *poder* ajeno a *derecho* y en qué medida también y de qué forma logra operar y establecerse bajo un orden que seguía siendo sustancialmente jurisdiccional y así requiriendo la cobertura dicha (36). Preguntémonos por ejemplo si una tutela superior a la local no podía plantearse por vía intercorporativa o de corporación territorial compuesta y así entenderse todavía, no a disposición de un poder central, sino bajo el régimen de

---

(34) Daniela Frigo, *Il Padre di Famiglia. Governo della Casa e governo civile nella tradizione dell'« Economica » tra Cinque e Seicento*, Roma 1985, cap. 6: « L'*economica*, scienza costituzionale d'antico regime », y *Disciplina rei familiaris: a Economia como modelo administrativo de Ancien Régime*, en *Penélope. Fazer e desfazer a história*, 6, 1991, pp. 47-62.

(35) L. Mannori, *Per una preistoria*, pp. 415-433, e *Il sovrano tutore*, parte IV, cap. 13: « *Economico* e *giurisdizionale* », ap. 1: « Le due funzioni dell'apparato », y su otro par de apartados ya citados; B. Sordi, *L'amministrazione illuminata*, cap. 1, ap. 2: « Il primato dell'*economico*: un modelo di riforma per le magistrature centrali ».

(36) Es el punto que, puesto que no se ha perdido luego la concepción jurisdiccional, mantiene más a la vista la historiografía de matriz inglesa: E.G. Henderson, *Foundations of English Administrative Law*, cap. 2: « Mandamus: Origins », la formación judicial en el siglo XVII de esta acción de *mandamus*, que ya supone intervención de jurisdicción no local en corporación local, como acción de *restitution* en base a una de *privilege* de cobertura legal o estatutaria que sólo interesaba en principio a la jurisdicción no local.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un derecho común. Hay posibilidades que nuestros estudios no exploran.

Prosigo sólo con *la tutela*, intentando plantear la reversión a la época. Sigo con ella solamente, pero entendiéndola como elemento clave, igual que lo entendiera Tocqueville o lo mismo también que lo entienden Mannori y Mannoni. Merece la distinción. Me parece motivo todavía distinto incluso al de la paternidad económica. Tanto Mannori como Mannoni tienden a asimilar o subsumir especialmente ambas cosas, tutela administrativa y parentesto político, como mecanismos no jurisdiccionales, pero parece que conviene todavía cuestionarlos diferenciadamente pese a toda su cercanía.

Tutela es más que filiación a nuestros efectos al menos de incapacitación institucional. Como bien advirtiera Tocqueville, añade el factor más humillante, por más insolente, de una minoría perpetua. Con esta degradación de una parte, la local, la tutela es el motivo que más pudiera apoderar a la otra, la central. Desde este punto de vista, es justo resaltar el tema. La cuestión es entonces para cuándo. ¿Cuándo realmente tenemos *tutor* el soberano y *una* la nación?

4. Vengamos a España, lugar de mi curso. Voy a hacer algo que, fiado en otros, no hice durante el mismo: leer sencillamente a unos juristas que, abandonando el latín por el castellano, hubieran sido además de manejo tan fácil como provechoso para los mismos alumnos y alumnas. Si la asignatura de *Historia del Derecho Público* o similar se renueva en la Universidad de Sevilla aunque, como ya dije, el plan de estudios actual vaya a extinguirse, espero que la experiencia no sólo me escarmiente sino que también les aproveche en un futuro (37).

Vamos por tanto a mirar la doctrina de unas juristas, la más específica y típica de unos tiempos postrimeros, de unos tiempos que nosotros, pero no ellos, sabemos tales (38). Estamos en la España del siglo XVIII, centuria de política institucional de una inspiración exterior sustancialmente francesa (39). Estamos por unas décadas de

(37) Mi informe en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, podría ya tener todo un largo apéndice que, por sumar avatares, no despejaría incertidumbres.

(38) Mariano Baena, *Los estudios sobre Administración en la España del siglo XVIII. Con el Discurso sobre el Gobierno municipal de José Agustín Ibáñez de la Rentería*, Madrid 1968 es introducción elemental. Los textos que vamos a considerar tiende a incluirlos Evaristo Correa, *Registro de arbitristas, economistas y reformadores españoles, 1500-1936*, Madrid 1982, tan generoso como inseguro. Es catálogo más fiable Francisco Aguilar Pinal, *Bibliografía de Autores Españoles del Siglo XVIII*, Madrid desde 1981. Y todavía por sí interesa, siendo más que un registro, Juan Sempere y Guarinos, *Ensayo de una Biblioteca española de los mejores escritores del reynado de Carlos III*, Madrid 1785-1789, facsímil 1969.

(39) Jean Sarrailh, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (1954), México 1957; José Antonio Maravall, *Estudios de la historia del pensamiento español.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apoderamiento interior de la monarquía española (40). Y contamos desde luego con bibliografía (41), aunque ninguna que ensaye para nuestro asunto la vía de acceso de la doctrina jurídica o jurisprudencia de entonces; toda quizá con ello discretamente anacrónica. Y pongo el signo de duda porque alguna salvedad en justicia habría de hacerse (42). Lo usual es que se trate *la Administración* como estructura ya centralizada y que, de mirarse la local, sea entonces como dependencia más o menos apoderada (43). Nuestro capítulo en concreto no se aborda salvo lateralmente y, sobre todo, sin cuestionarse. He aquí pues el camino libre y expedito para mirar directamente la cuestión: para verla, si no tal y como entonces se mirara, más cerca al menos de como se viera. Entro así por mi parte en una razón cuyo descuido ha podido reprochárseme (44).

Arranquemos de mediados de siglo, del siglo XVIII, de cuando data el manual de *Govierno Político de los Pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos* de Lorenzo Santayana (45). Su mirada

---

Siglo XVIII (1955-1989), Madrid 1991; Antonio Elorza, *La ideología liberal en la Ilustración española*, Madrid 1970; Francisco Sanchez Blanco, *Europa y el pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid 1991, cap. 13: « La reflexión política en vísperas de la revolución ». Es historiografía que rige la evolución de la especialidad publicista en una línea de acentuar y agravar el anacronismo que advertiremos.

(40) José Luís Bermejo, *Estudios sobre la Administración central española (siglos XVII y XVIII)*, Madrid 1982; Santos M. Coronas, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid 1992; María Isabel Cabrera, *El Consejo Real de Castilla y la Ley*, Madrid 1993.

(41) Pablo Fernandez Albaladejo, *Spagna*, en Cesare Mozzarelli, Piero Aimo y Roberto Ruffilli (introductores), *L'Amministrazione nella Storia Moderna*, Milán 1985, vol. II, pp. 2309-2364. La relación posterior sobre materia pública de Benjamín Gonzalez Alonso en B. Clavero, P. Grossi y Francisco Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Florencia 1990, vol. I, pp. 78-133, no alcanza al siglo XVIII. Para información en dirección inversa, José María Portillo, *La Administración en la reciente historiografía italiana*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 633-674 », concluyendo además precisamente con Tocqueville.

(42) J.Mª Portillo, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las Provincias Vascas, 1760-1808*, Madrid 1991; P. Fernandez Albaladejo, *Fragmentos de Monarquía. Trabajos de historia política* (1982-1992), Madrid 1992.

(43) Pere Molas Ribalta, *El Estado y la Administración en la España de Carlos III*, en *Coloquino Internacional Carlos III y su Siglo. Actas*, Madrid 1988, pp. 521-556, que es otra reseña bibliográfica.

(44) Marta Lorente, *Poesía como Constitución: las razones de Clavero*, p. 663, en *Quaderni Fiorentini*, 22, 1993, pp. 645-663, invocando además oportunamente a Tocqueville.

(45) Lorenzo de Santayana Bustillo, *Govierno Político de los Pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos*, Zaragoza 1742 y Madrid 1769, que es nueva impresión con una misma paginación, para aprovecharse el índice de materias, y sin los prolegómenos de dedicatorias, aprobaciones y censuras; segunda edición que es la seguida por la actual, Madrid 1979, con « Estudio preliminar » de F. Tomás y Valiente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parece transparente. Sus pronunciamientos resultan categóricos: « La obligación del Regidor para con su República es la misma que la del Tutor y Curador para con el menor y el pupilo »; « a los Regidores toca la economía y Govierno de los Pueblos tan privatibamente que, no habiendo instancia de parte o del Fiscal del Rey, no pueden entrometerse en ellos los Tribunales Superiores ». El cometido regio es de jurisdicción; el corporativo, de gobierno (46).

Unos índices pueden ofrecer la radiografía de una publicación no sólo registrando posiciones, sino también identificando conceptos. En la « Tabla de las materias más principales de esta obra », la de Santayana, figura una entrada, « Govierno de los Pueblos a quién pertenezca por derecho », remitiendo al apartado de dichos pronunciamientos que se lo atribuyen al Regimiento municipal, a la corporación local. Este sería dicho « Govierno Político » o el « Govierno Político y Económico » como categorías distintas a la justicia correspondiente en cambio al monarca, a los dichos tribunales superiores y corregidores locales que le representan. Unos prolegómenos de una primera edición encomian la obra por haber « reducido la economía universal del Govierno Político de los Pueblos de España » y se refieren a ella como « Govierno y Justicia de los Pueblos de España » dirigida a « Ecónomos y Jueces », los primeros los regidores corporativos y los segundos los corregidores regios (47).

Localmente, los unos, los regidores corporativos, son los gobernadores y los otros, los corregidores regios, los jueces. No toda la justicia es realmente del corregidor, pues hay alcaldes o jueces comunales, pero él la representa y garantiza en nombre del rey, de quien se considera que toda ella procede. Mantegámonos en unos términos simplificados de regimiento y corregimiento, aunque la realidad municipal fuera todavía mucho más rica, pues bastan a nuestros efectos. Así tenemos que al segundo, al corregimiento, le corresponde la justicia mientras que al primero, al regimiento, el gobierno. Lo significativo a estas alturas resulta que el planteamiento de la justicia no se extienda al ámbito del gobierno y la economía, lo cual puede además redundar en el del derecho.

La imagen que se ofrece es la de un « Govierno Político y Económico » en manos de los mismos pueblos y a unos efectos no sólo ejecutivos, sino también normativos. Los pueblos tienen sus costumbres que constituyen derecho y tienen sus ordenanzas cuya vigencia no pende de la aprobación regia, aunque hayan de instarla según su ley, la del monarca, y no deban ejecutarse sin ella ante oposición de parte.

(46) L. Santayana, *Govierno Político*, tratado I, cap. 4, n. 9.

(47) Preliminares sin paginar de la primera edición como he dicho y en concreto « Carta al Autor » del duque de Frías (27-VIII-1742) y « Aprobación » del fiscal Francisco Carrasco (11-VIII-1742).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Esta, *la ley*, intenta imponerse, pero entre salvedades cruciales de *uso y costumbre*, de *prescripción inmemorial*, de *privilegio*, de *tolerancia* o de *derecho natural* (48). La justicia es del rey, y así también se subraya, mas la tutela es de los propios pueblos y con ella lo es un gobierno e incluso un derecho. Esta es la afirmación de apertura de la obra: « El Govierno de los Pueblos por Derecho natural, pertenece a los Pueblos mismos » (49).

El *Govierno Político de los Pueblos de España* es una obra práctica basada en la ley del monarca y con contados pronunciamientos de doctrina. Y ésta no es en ella gratuita. Tiene su efecto. No es un adorno. El propio Santayana no deja de abundar. En su obra poco posterior sobre *Los Magistrados y Tribunales de España*, en su primera y para algunas cosas única edición (50), encontramos un capítulo acerca « De los Ayuntamientos, Regidores, Jurados y demás Ministros de ellos » con idéntico pronunciamiento de principio: « Digamos algo de los Ayuntamientos de los mismos Pueblos, y personas de que se componían, tanto con más razón quanto que a cargo de éstos ha corrido y corre aún todo el Govierno Político y Económico de los Pueblos mismos » o toda « la Policía y Economía », una policía y economía de tal significación y alcance (51). Y recuerdo que Santayana era un magistrado de la Nueva Planta, esto es, de la política monárquica que había comenzado a principios del XVIII por abolir fueros y reducir derechos de territorios enteros, política con la cual se muestra más que conforme (52). Ello no le impide sentar tales principios.

Declinando el siglo, llega otro manual que sitúa la figura regia del corregidor en primer término y que le atribuye aparentemente todo el gobierno local. Me refiero a *El Corregidor Perfecto, y Juez dotado para la recta administración de Justicia, y buen Gobierno Económico y Político de los Pueblos* de Lorenzo Guardiola (53). Mas el segundo término, el del

---

(48) L. Santayana, *Govierno Político*, tr. I, cap. 2, nn. 1-5, y cap. 4, nn. 1-6.

(49) L. Santayana, *Govierno Político*, tr. I, cap. 1, n. 1.

(50) L. Santayana, *Los Magistrados y Tribunales de España. Su origen, instituto, jurisdicción y govierno*, Zaragoza 1745 y, en dos volúmenes, 1751, segunda publicación del título que, no siendo ni segunda edición ni segunda parte, no se deja catalogar bien: F. Aguilar Piñal, *Bibliografía del Siglo XVIII*, vol. VII, 1993, pp. 533-534. La primera (1745) se anuncia como *Primera parte* prometiendo tres partes más, hasta cuatro; el primer volumen de la segunda (1751) también se presenta como *Primera parte* ofreciendo una reducción de la edición anterior; su segundo volumen se subtitula *Segunda parte* conteniendo también una *tercera* y ya última de materia nueva ambas. La segunda edición no hace referencia a la existencia de la primera.

(51) L. Santayana, *Los Magistrados y Tribunales de España*, libro 3, cap. 5 y último, pp. 304-305 de ed. 1745, única en la que aparece este capítulo.

(52) F. Tomas y Valiente, *Estudio Preliminar*, reproducido en su *Gobierno e Instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982, cap. 5: « Un ministro castellano en la Corona de Aragón: Lorenzo de Santayana y Bustillo ».

(53) Lorenzo Guardiola y Saez, *El Corregidor Perfecto, y Juez dotado de las*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gobierno como distinto a la justicia, resulta en ella vacilante e incógnito. Ya se dice sólo « Gobierno », ya « Gobierno Político y Económico » o con los calificativos a la inversa, alternándose unas expresiones sin que ni siquiera se identifique y asigne el sustantivo, no digo ya los adjetivos.

Ocurre en los mismos títulos entre las dos ediciones que tuvo la obra: donde la primera hemos visto que anuncia « Gobierno Económico y Político », la segunda reza « gobierno político y económico », además así sin las iniciales mayúsculas. En el título de una *Parte segunda*, « En que se trata de los Jueces, sus clases, causas de que conocen, y calidades que han de tener para el buen gobierno de los Pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos », la segunda edición altera el orden y califica al gobierno: « para la recta administración de Justicia, y buen gobierno Económico y Político de los Pueblos ». En el epígrafe del capítulo cuarto de esta segunda parte, la segunda edición sustrae en cambio tanto calificativos como sustantivos. Esta dice: « Donde se manifiestan y autorizan con textos de la Sagrada Escritura, Leyes del Reyno, y doctrinas seguras y nada opinables otras muchas qualidades no menos importantes, y necesarias o convenientes en estos Magistrados », mientras que la primera decía de importancia, necesidad y conveniencia « en los Corregidores, y Alcaldes Mayores, para el buen gobierno Económico y Político de los Pueblos, y recta administración de Justicia en ellos ».

Las vacilaciones son indicios. Y se ofrecen pistas. Estamos ante una obra de planteamiento y desarrollo también muy apegados a la ley del monarca, mas la encontramos a ésta emparedada entre autoridades religiosas y doctrinales: « Sagrada Escritura, Leyes del Reyno, y doctrinas », como acabamos de ver. En su largo título ya se antepone, no exactamente religión a derecho, sino derecho de tradición religiosa a derecho de producción política. En él se nos anuncia que el objeto se trata « conforme todo a las Leyes divinas, Derecho Real de España y Reales resoluciones ». Y por la vía de cultura tradicional no viene un principio de tutela de los pueblos por parte del monarca. Aquí tampoco aparece.

La *Parte primera* de esta obra es « Sobre la Justicia » y su primer capítulo « Donde se define la Justicia ». No hay nada parecido para el gobierno y menos para el político y económico. Estos otros son términos que adornan unos epígrafes sin entrar en un texto. Las doctrinas que se anuncian pudiéndose remontar a la Biblia son acerca de la justicia y de los jueces. Entre ellas no aparecen de economía y ecónomos ni de política y políticos. No la hay aquí sobre la tutela en

---

calidades necesarias y convenientes para la recta administración de Justicia, y buen Gobierno Económico y Político de los Pueblos, Madrid 1785 y 1796, segunda edición ampliada de la que existe facsímil, Madrid 1986. El título es todavía más extenso y, como ahora vemos, presenta variantes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ningún sentido. El corregidor es juez y se hace presente por la justicia, por una justicia del rey.

El resto serían palabras que habían venido poniéndose de moda durante el siglo XVIII (54). Aquí, en este caso, están hueras. Es un vacío doble. A estas alturas, una obra que se dedica a la presencia local del poder del rey no dice así tampoco nada respecto al gobierno político y económico ni más en concreto a la tutela en lo que pudiera interesar precisamente al propio monarca. Es silencio no menos significativo. Significar, no sólo lo hacen las palabras.

5. Y llegamos al final del siglo, tras la acentuación por la monarquía española de una política de intervención en el universo municipal (55). No deja de registrarlo el tratado mayor que abarca y aborda el asunto cuando cambia el siglo. Me refiero a las *Instituciones del Derecho Público general de España y de las principales reglas de Gobierno en qualquier Estado* de Ramón Lázaro de Dou (56). No es mero manual. Es obra de género mayor en comparación con las anteriores y en sí misma. Ofrece una buena visión de dicha política de intervención y puede también ofrecernos un buen broche cronológico en nuestro punto concreto.

Trata de la economía y de la tutela, teniendo ésta su ingreso en el índice por sus términos entonces propios de derecho familiar y así económico: *Libro primero*: « De las personas », *Título VIIII* (=IX): « De las personas públicas y particulares », *Capítulo XII*: « De las personas destinadas para el cuidado de la economía », *Sección I*: « De la economía en general », *Articulo II*: « De los tutores ». Llegados éstos, llegada la tutela, se anuncia una extensión: « Trato de estas personas antes que de todas las otras », como sin ir más lejos de los jueces, pues vendrán más tarde, « porque las reglas que deben observar estas personas y sus obligaciones se han acomodado en todos los estados, y con justísima razón, a todos los demás administradores y personas

(54) Pedro Alvarez de Miranda, *Palabras e ideas: el léxico de la Ilustración temprana en España, 1680-1760*, Madrid 1992, cap. 7: « El concepto de *cultura* y los antecedentes de *civilización* », ap. 3: « *Policía*, *política*, *urbanidad* », incluyendo el giro « gobierno, policía y economía de los pueblos ».

(55) Javier Guillamon, *Las reformas de la administración local durante el reinado de Carlos III*, Madrid 1980; Josep Maria Torras, *Els municips catalans de l'Antic Règim, 1453-1808*, Barcelona 1983; Josep Maria Gay, *La culminación de las reformas de la administración municipal durante la Ilustración*, en *Información Jurídica*, 60, 1988, pp. 107-229; Christian Windler, *Lokale Eliten, seigneurialer Adel und Reformabsolutismus in Spanien, 1760-1808. Das Beispiel Niederandalusien*, Stuttgart 1992; Enrique Orduña, *Democracia directa municipal. Concejos y cabildos abiertos*, Madrid 1994, pp. 164-168.

(56) Ramón Lázaro de Dou y Bassols, *Instituciones del Derecho Público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de Gobierno en qualquier Estado*, Madrid 1800-1803, ocho volúmenes más uno noveno de índices, y facsímil, Barcelona 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

encargadas del manejo, dirección y cuidado de qualquiera cosa pública » (57).

La extensión se concreta pronto. El *Artículo IIII* (=IV) de dichos mismos libro, título, capítulo y sección es « De los administradores o con qualquiera otro nombre encargados de negocios y cosas públicas ». Y es así como se entra en materia: « Las personas representadas por muchos individuos formando un cuerpo gozan de los privilegios de pupilos y menores; es consiguiente a esto que las personas que forman algún cuerpo y están encargadas de la administración y distribución de sus bienes, sea con el nombre que se fuese, se entiendan por lo que pertenece al cuerpo de que son miembros tutores o curadores », correspondiéndoles así la tutela, y esto « aunque no se les de este nombre (de tutor), sino el de regidor, diputado, senador, administrador, tesorero, mayordomo o depositario, testamentario o albacea, o sea el que fuere el que se atribuya a la persona comisionada ». En lo que respecta al municipio, la tutela es indudablemente del regimiento y no del corregimiento ni de figura alguna exterior a las corporaciones mismas (58).

Escúchese también el silencio. En esta obra más sistemática y completa de *Derecho Público*, y de un derecho público en el que se comprende tanto la economía como la tutela, no se plantea en ningún momento la posibilidad de adjudicársela al monarca, a ministros u oficiales suyos. Pese a todas las ocasiones que se ofrecen para el desplazamiento, la tutela sigue siendo cuestión familiar y corporativa, sólo así entonces pública. Porque hubiera ya apartados como el del *Artículo VI* de los dichos libro, título, capítulo y sección, « De las personas destinadas para la administración de los propios y arbitrios de los pueblos, el Supremo Consejo de Castilla, sus Señores Fiscales, el Contador General de Propios y Arbitrios, intendentes, contadores de provincia, oficiales de contaduría, y juntas municipales de propios y arbitrios, contadores y mayordomos municipales de propios y arbitrios », con toda su batería primera de instituciones monárquicas respecto al patrimonio y las finanzas municipales, no por ello se plantea ni insinúa la tutela en otra cabeza que la del municipio (59).

Dou es un jurista significado de una línea monárquica contenida en su propio objeto y método de construir todo un *Derecho Público* y además *general de España* (60). Y sus *Instituciones* no dejan de ofrecer la concepción más imperativa de la ley del monarca como « fuente del

(57) R.L. de Dou, *Instituciones del Derecho Público*, vol. III, pp. 219-220.
(58) R.L. de Dou, *Instituciones del Derecho Público*, vol. III, p. 236.
(59) R.L. de Dou, *Instituciones del Derecho Público*, vol. III, pp. 256-267.
(60) B. Clavero, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, pp. 313-319, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1978, pp. 307-334.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho público » (61). Mas a la hora de la verdad, en momentos claves, los principios tampoco traen dicha causa, sino la de una cultura tradicional, la que establecía cosas como la autotutela corporativa. Un *derecho civil* de alcance todavía político puede seguir privando sobre un *derecho público*. Siguen prevaleciendo sus fuentes. No es contradicción, pues de ahí viene la consecuencia. En la dirección diametralmente opuesta a la de Mannori y Mannoni, dichas *Instituciones* mayores del *Derecho Público* español ni siquiera se planteaban la posibilidad de que una tutela de los pueblos pudiera corresponderle al soberano

También, como hemos visto, Dou nos ha indicado que la doctrina dicha de tutela es general, que se da y practica « en todos los estados ». El título de la obra ya anunciaba tratamiento no sólo del *Derecho Público de España*, sino también de *reglas de Gobierno en qualquier Estado*. En nuestro punto, pues es de *ius civile*, parece ello ciertamente presumible, pero no vamos a darlo sin más por bueno. Me permito hacer un solo apunte respecto a la posibilidad de que a sus alturas, en el mismo gozne entre los siglos XVIII y XIX, el español y catalán Dou no esté siendo un mal intérprete de unos principios de validez más bien todavía europea, con la salvedad reciente, mas sólo reciente, de la Francia revolucionaria.

Comenzó Dou su trabajo como recepción de Jean Domat, mas no acabó de atreverse con las *Loix Civiles*, su obra mayor, ni de convencerse con el *Droit Public*, su prosecución (62), el cual además se tradujo y publicó a continuación por otros (63). Para España, la doctrina de la

---

(61) R.L. de Dou, *Instituciones del Derecho Público*, vol. I, pp. 29-83.

(62) R.L. de Dou, *Instituciones del Derecho Público*, vol. I, pp. V-XIII, con todo esto y más: la idea inicial de traducción latina, con añadido del « derecho real de España », de *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) del « grande Domat », la insatisfacción con su *Le Droit Public* (póstumo, 1697) por juzgar Dou que comete « inversión del orden natural » y el estrambote de llamar a M(onsieur) Domat siempre Luís. Entre la concepción en latín y la realización en romance de la empresa de Dou, otras sugerencias similares respecto a *Les Loix civiles* ya sólo piensan en traducción castellana: Gaspar Melchor de Jovellanos, *Obras Completas*, ed. José Miguel Caso, vol. III, *Correspondencia (julio 1794 - marzo 1801)*, Oviedo 1986, carta de 17-XII-1795 a Antonio Fernandez de Prado. Las primeras publicaciones de Dou, hasta sus *Instituciones del Derecho Público*, son en latín: J. Sempere y Guarinos, *Biblioteca del reynado de Carlos III*, vol. II, 1785, pp. 246-249; F. Aguilar Piñal, *Bibliografía del Siglo XVIII*, vol. III, 1984, pp. 115-117.

(63) (Jean) Domat, *Derecho Público*, traducción de Juan Antonio Trespalacios, Madrid 1788 e, impresión nueva sin aparato editorial alguno, Madrid 1985, traducción que agrega el *Traité des Loix* y otros prolegómenos de *Les Loix Civiles* sobre fuentes, prescinde de unas partes últimas del *Droit Public*, la penal y la judicial, y adapta a España las referencias a Francia. *Las leyes criminales de España en su orden natural*, Barcelona 1785, ya contienen la parte penal del mismo *Droit Public* de Domat, trad. de Antonio Francisco Puig y Gelabert, con notas e igualmente adaptaciones. La obra principal no se tradujo y editó hasta entrado el XIX: J. Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. de Félix Vilarubias y José Sardá, Barcelona 1841, 1844 y 1861.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutela en cualquiera de sus formas no procede de Domat ni de otros textos traducidos y publicados por entonces de *derecho político* o similar (64), *policía* (65), *economía* original o derivada, pues seguía existiendo la una y llegaba la otra que no era ya doméstica ni por tanto *administrativa* (66), pero resulta que Mannoni tiene entre sus autoridades respecto a *la tutela* en forma centralizada exactamente a Domat. Como ya se hiciera en el siglo XIX, infiere la idea de pasajes del *Droit Public* que no hacen uso expreso del concepto (67), mas en las *Loix Civiles*, en el *derecho civil* antecedente, los munícipes aparecen tratados precisamente junto a los tutores. Esto es para Domat *orden natural* del derecho, no muy distinto en esto efectivamente al entendido por Dou (68).

---

(64) (Henri François D') Aguesseau, *Ensayo sobre la Jurisprudencia universal* (c. 1725), trad. de Jaime Alvarez de Abreu, Madrid 1786; de Daguesseau también se tradujeron entonces *Discursos*, por Joseph de Covarrubias, Madrid 1781, y un mayor número por Joseph de Alarcón, Madrid 1804. (Jacob Friedrich von) Bielfeld, *Instituciones Políticas* (1760), trad. del francés, en el que había aparecido, de Domingo de la Torre, Madrid 1767-1801, y otra, parcial y con notas, de Valentín de Foronda, Burdeos 1781; de Bielfeld se tradujo también entonces, por Gregorio Pérez, un *Curso completo de erudición universal*, Madrid 1802-1803, con *Derecho Político* (vol. I, cap. 15) y *Política de los Estados* (vol. II, cap. 44). Es posterior la traducción con notas, por parte de Juan del Castillo bajo el seudónimo de Justo Linda Calle, de Pierre-Paul Le Mercier de la Riviere, *El orden natural y esencial de las sociedades políticas* (1767), Valencia 1820 y 1823, sobre la cual Ernest Lluch y Lluís Argemí, *Agronomía y fisiocracia en España, 1750-1820*, Valencia 1985, pp. 83-96. Igual ocurre con otros textos, lo que no quiere decir que estén ausentes con anterioridad: B. Clavero, *Del Espíritu de las Leyes: primera traducción truncada*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 767-772.

(65) (Johan Heinrich Gottlob von) Justi, *Elementos Generales de la Policía* (1756), trad. del francés, con notas, de A.F. Puig y Gelabert, Barcelona 1784; Tomás de Valeriola, *Idea general de la Policía sacada de los mejores autores*, Valencia 1798-1805 y, con « Presentación » de Luís Jordana de Pozas, Madrid 1977, que es versión mayormente del *Traité de la Police* de Nicolas Delamare (1705-1719 y, volumen póstumo, 1738).

(66) François Quesnay, *Máximas generales del gobierno económico de un pueblo agricultor* (1767), trad. de Manuel Belgrano, Madrid 1794, sobre cuya versión E. Lluch y L. Argemí, *Agronomía y fisiocracia en España*, pp. 56-62 y 107-112; de Quesnay también se tradujeron entonces textos médicos. Adam Smith, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776), trad. y notas de José Alonso Ortiz, Valladolid 1794 y Madrid 1805-1806; *Compendio de la obra inglesa intitulada Riqueza de las Naciones hecho por el Marqués de Condorcet* (1790), trad. y notas de Carlos Martínez de Irujo, Madrid 1792, 1803 y 1814, sobre cuyas versiones Javier Lasarte, *Economía y Hacienda al final del Antiguo Régimen*, Madrid 1976, cap. 1: « Adam Smith ante la Inquisición y la Academia de la Historia ». El mismo Dou contribuirá traduciendo, suprimiendo, anotando y refutando: *La Riqueza de las Naciones nuevamente explicada con la doctrina de su mismo investigador*, Cervera 1815-1817.

(67) S. Mannoni, *Une et indivisible*, I, referencias de índice onomástico y muy especialmente pp. 31, 124 y 494.

(68) J. Domat, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, le Droit Public, et Legum Delectus*, París 1713, *Loix Civiles*, parte I: « Des Engagemens », libro 2: « Des Engage-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se repetía una doctrina medieval o el esquema correspondiente. ¿Era simple reiteración mecánica o mero lastre? En un caso como el de Domat, así tenderá a suponerse a la luz de toda una historiografía de orígenes, de unos orígenes propios (69). Desde el siglo pasado y hasta hoy mismo, impera una imagen suya distinta a la que se nos ha manifestado. Le hace precursor e incluso mentor de cosas como *la tutela administrativa*. Es difícil desde luego romper el espejismo de este género de pedigríes, pero también es verdad que ya contamos al propósito con ejemplos metodológicos bien cercanos (70). Aquel pensamiento jurídico debe tratar de reconstruirse en toda su complejidad para que podamos plantearnos la posibilidad de un acceso, no a nuestro mundo, sino al suyo. Es un requisito sin el que tampoco parece que quepa acceder históricamente, por esta determinada vía, a nuestro mundo.

La mera reiteración de conceptos significaría entonces algo. El de la tutela no centralizada cabe suponer que respondía y se ajustaba todavía a una sociedad corporativa. Porque tampoco hay que dar por descontado tal grado de fidelidad doctrinal. En otros campos del derecho podían venir produciéndose desenvolvimientos renovadores e incluso en algún caso subvirtiéndose principios medievales. Esto, que resultaba entonces factible, no era algo para lo que bastase determinación política, sino que precisaba operaciones como la superposición efectiva de autoridades religiosas o culturalmente más que jurídicas, o el desarrollo también de la misma doctrina jurídica con una tratadística monográfica que indujese, condujese y cubriese jurisprudencia y así derecho nuevos (71). Nada de esto parece detectarse respecto a nuestra materia tutelar.

Aunque tampoco, con mis escasos testigos españoles, doy nada por sentenciado. No quito ni pongo tutela, pero ayudo a mis evidencias. Desquitar y contraponer no debo pues no he hecho nada comparable a las investigaciones que comentamos. Dígase que las cosas están todavía por verse. Mas algo tenemos y es algo que bloqueaba la concepción de una tutela no corporativa, de *la tutela administrativa*. Es un algo que con todo no parece exclusivamente interno a la doctrina.

---

mens qui se forment sans conventions », títs. 1-3: « Des tuteurs », « Des curateurs » y « Des Syndics, Directeurs et autres Administrateurs des Corps et Communautez ».

(69) André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París 1969; Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia 1976, con índice onomástico ambos y una prosopografía además el primero.

(70) P. GROSSI, *Il Dominio e le Cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milán 1992, cap. 8: « Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà *moderna*) ».

(71) B. CLAVERO, *Beati Dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 7-131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Tenemos alguna otra pista que guarda relación con *la autotutela*. No dejemos de advertir la parte a la que miramos por resultar visible. Hay otras que lo son menos y cuya presencia no deja de acusarse. No se pasen por alto unos síntomas. En una doctrina que se considera a sí misma al servicio de la legislación regia, ha aparecido la indicación de que el derecho primario a escala local pudiera ser todavía *la costumbre*. Lo ha dejado entender claramente, como hemos visto, Lorenzo Santayana, un jurista de tendencia contraria por monárquica. La ley ya exigía la intervención regia y esto se subrayaba, pero también se traslucía que el valor de un derecho seguía sin depender del principio monárquico. Las corporaciones locales tenían un derecho que podía ser no sólo el de manifestación escrita y texto aprobado (72).

Quienes comenzaban entonces por mirar el dato de la costumbre, lograban menos favores de imprenta de escritos y difusión de ideas (73); pero los mismos que adoptaban e incluso acentuaban dicha posición doctrinal de dependencia legislativa no dejaban de reflejar la situación. Podían considerarla como cuestión de hecho (74), pero lo era que entonces implicaba eficacia de derecho, de un derecho todavía corporativo antes que monárquico. Obtienen favor entonces por lo pretendido y deliberado, pero también comunican hoy por lo inadvertido e inconsciente (75). Pueden hacer observable lo invisible porque lo tienen

---

(72) Esteban Corral, *Ordenanzas de los Concejos castellanos. Formación, contenido y manifestaciones (Siglos XIII-XVIII)*, Burgos 1988; Javier Infante, *Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales durante el tardofeudalismo*, en *Studis*, 19, 1993, pp. 191-232, ap. 2.1: « La importancia de las ordenanzas municipales para el estudio de los concejos y su todavía insuficiente aprovechamiento ». Lo habitual sigue siendo recluir el tema del derecho local en tiempos medievales reduciendo los modernos, si acaso, a un escuálido apéndice: Josep Maria Font Rius, *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, vol. II, *Estudio*, Barcelona 1983, pp. 645-650 para estos otros tiempos.

(73) Rafael de Floranes, *Discursos sobre las Costumbres y su preferencia respecto a las Leyes. Con una noticia de los Pueblos y Provincias de Europa que se han regido por Costumbres o Derecho no escrito y de los Sabios que las han comentado*, Biblioteca Nacional de Madrid, manuscrito 11.264/18 (segunda mitad del XVIII), sobre el cual B. Clavero, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid 1982, pp. 59-60.

(74) Joseph Berní y Catala, *Instrucción de Alcaldes ordinarios que comprehende las obligaciones de éstos y del Almotacén* (1741, 1757 y 1763), facsímil de la última, Madrid 1988, p. 1: « Como los Alcaldes y Súbditos regularmente son Labradores, se forman una Justicia a su modo, que apenas ay quien les entienda »; Vicente Vizcaíno Perez, *Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los Alcaldes de los Pueblos de España* (1781, 1784, 1796, 1802 y 1828), Madrid 1979 (junto a Francisco de Paula Miguel Sánchez, *Dirección teórico-práctica de alcaldes constitucionales*, 1821), p. 33: los alcaldes « no tenían más instrucción que la costumbre de ver lo que sus antecesores habían practicado ».

(75) Pedro Nacher, *El doctor José Berní Catalá. Su vida y su obra*, Valencia 1961; Antonio Meijide, *Vicente Vizcaíno. Biografía de un jurista y economista del XVIII*, Coruña 1982, pp. 32-41, sobre los expedientes de impresión del *Tratado de los Alcaldes* de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al alcance de la vista y ésta a veces traiciona.

Había un modo más ilustrado de indicar lo mismo. Lo encontramos en el *Discurso sobre el Gobierno Municipal* de Ibáñez de la Rentería (76). Acusa « el vicio » de « la ignorancia » y « la falta de talento político » de quienes gobiernan y administran los municipios. Así ante todo lo que se registraba era la existencia de un gobierno y una admistración que no respondían a las presunciones de una ciencia y de una política. Y el contexto era todavía también el mismo: el de « una Monarquía » formada por una « infinidad de Repúblicas », la una actuando mediante la justicia y las otras ocupadas en su propio gobierno (77).

El rey querría ser más por una vía de familia, con « su incesante paternal desvelo », pero eran también los municipios quienes parecían poder hacerse con una posición de este carácter familiar: « Como el fundamento de una buena policía son las buenas costumbres, y éstas se adquieren en la infancia, uno de los cuidados del paternal celo de los Ayuntamientos debe ser promover los medios conducentes a este importante cuidado », nombrando y sosteniendo « Maestros públicos » que sean « los Directores de las costumbres de sus discípulos, supliéndose de esta manera la ignorancia o la desidia de algunos padres naturales », con estas funciones así suplementariamente tutelares (78).

Hace falta formación para una *economía* pública que ya no es idéntica a la doméstica vista: « Como los primogénitos son ordinariamente los sujetos destinados a vivir en su patria, no bastará con que se hagan a aprender lo necesario para ser padres de familia y unos buenos administradores de su hacienda » por precisar más: « Necesitan, pues, aprender a ser ciudadanos e irse formando en aquella probidad y ciencia que es menester para serlo con utilidad ». Ya no basta la familia: « Será preciso que (los padres) se desprendan de estos hijos (los primogénitos) en los primeros años de su juventud, pues con dificultad

---

Vizcaíno, el cual se presenta « conforme a las Leyes, Pragmáticas y Ordenanzas Militares » en la propia portada que se pierde en la edición actual. La *Instrucción de Alcaldes* de Berní a su vez se anunciaba « conforme a Leyes Reales de Castilla, Estatutos y Fueros Municipales de los Lugares y Villas de España », con la identificación castellana de las leyes que tampoco era inocente, pero también con derecho local de fueros donde Vizcaíno se ha visto que situaría ordenanzas militares. Un panorama de fuentes menos complejo por más legalista y así anacrónico puede verse en cualquier manual de *Historia del Derecho Español*, cualquiera de esta denominación.

(76) José Agustín Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre el Gobierno Municipal* (pronunciado en 1780, editado en 1790), en Javier Fernández Sebastián (ed.), *La Ilustración política. Las « Reflexiones sobre las formas de gobierno » de José A. Ibáñez de la Rentería y otros discursos conexos (1767-1790)*, Bilbao 1994, pp. 191-221; también antes reeditado por M. Baena, *Los estudios sobre Administración*, pp. 113-149.

(77) J.A. Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, pp. 193-196.

(78) J.A. Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, p. 217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lograrán en la casa la corrección de costumbres ni la instrucción que necesitan ». Deberán acudir a « los Seminarios, donde están en una República pequeña » y así aprenden « un método de gobierno ». Y habrán de estudiar materias entre las que figura una « Cartilla Municipal ». Municipales son estos asuntos, como municipal es una finalidad: se trata de « una educación » que « proporcionará a las Ciudades y Villas de estos reinos esforzados y virtuosos ciudadanos que, entrando en su patria, serán el espejo de ella en sus costumbres, combatirán el desorden y el vicio, serán padres de sus ciudadanos... » (79).

El universo político es el municipio y el horizonte cultural es la familia. Obsérvense ambas cosas. La educación traza un puente. Quiere ahora hacerlo. En esto realmente se abunda. Se trata de la promoción de un *conocimiento* para la cancelación de una *ignorancia*. Más en concreto se trata de la enseñanza de *leyes* para la erradicación de *costumbres*. Este es un punto crucial de todo este programa: « Nada hay más perjudicial que un método de gobierno que está por tradición », sabido que « la ley escrita precave olvidos, variaciones y faltas de observancia mejor que los Reglamentos que se conservan sólo de memoria ». Además de la *Cartilla Municipal* de objeto económico, habrá de hacerse unas *Instituciones Municipales* o *Código Municipal* de carácter jurídico: « Convendrá que sea una recopilación de las principales leyes relativas al gobierno municipal de los pueblos, para que los que deben cuidar de su observancia se instruyan en ellas, o a lo menos beban el espíritu de sus disposiciones » (80).

El mismo Ibáñez de la Rentería puede abundar en otro discurso, éste sobre la juventud y su educación (81). Por una parte insiste en la reducción del derecho a ley y a « principios de Jurisprudencia » con miras no sólo a su estudio. Por otra parte vuelve a dibujar sus perspectivas de economía y política, la una de base todavía familiar y la otra de carácter aún municipal: « No solamente son padres de familia los primogénitos; son padres del pueblo donde van a residir, y del cual serán una carga inútil y acaso la peste y el azote si son ignorantes », prosiguiendo: « Debieran los primogénitos dedicarse, según su genio y proporción, a los conocimientos útiles a la patria, v.g. al Derecho, especialmente en la parte de él que abraza la Jurisprudencia municipal para poder ocupar con conocimiento los puestos del gobierno del

(79) J.A. Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, pp. 218-219.

(80) J.A. Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre el Gobierno Municipal*, pp. 195-197 y 205-206.

(81) J.A. Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre la edudación de la juventud en punto a estudios* (pronunciado en 1781, editado en 1790), en J. Fernandez Sebastian, *La Ilustración política*, pp. 223-240.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pueblo » (82). La misma educación y la educación por sí misma podía decirse entonces que era derecho y un derecho familiar: « La educación es legislación paterna encomendada a los Sabios que enseñan la juventud en las escuelas » (83).

Está haciendo su entrada en nuestro capítulo toda una batería de palabras que no son tradicionales o que no han sido hasta ahora tan relevantes dentro de él (84). Entran planteamientos indudablemente nuevos, pero que también se realizan sobre una constancia de base. Parece que suponen una variante pronunciada del paradigma antiguo y no uno inédito. Está hablándose de toda una reforma que alcanza a elementos tan importantes como el de la primacía local de *la costumbre* y el de la conducción subsiguiente de la sociedad no sólo por parte de *la ley*, sino también e incluso antes de *la educación*, una costumbre inducida, pero toda esta serie de movimientos obsérvese que cuenta con el campo de juego existente encerrando sentido dentro del mismo. Es un tablero en el que puede caber todavía perfectamente *la autotutela* corporativa, dado el paradigma, y en el que sigue sin haber una casilla para *la tutela* centralizada, pues no aparece. Aparecer vemos cómo lo hacen unos *padres del pueblo* que no son los monarcas, sino los *tutores* tradicionales, los primogénitos que se nos dice ahora de las oligarquías locales, estos mayorazgos que vienen desde luego de antes.

Cuando este tipo de planteamientos han sido objeto de observación por parte de la historiografía sin los anacronismos constitucionales al uso, sin intentar así forzárseles dentro en particular de la horma del sistema político que fuera producido por la revolución francesa, ha podido apreciarse la adecuación a su tiempo y espacio (85). Responden todavía a una historia presente en Castilla, muy presente entre los vascos, pero que no era sólo vasca ni sólo castellana desde luego (86). Se ha podido sugerir el parangón de planteamientos con los de la reforma

---

(82) J.A. Ibanez de la Rentería, *Discurso sobre la edudación de la juventud*, pp. 236 y 238.

(83) J. Sempere y Guarinos, *Biblioteca del reynado de Carlos III*, vol. IV, 1787, voz « Planes de Estudio », p. 224, citando del *Plan de estudios que ha de observar la Universidad de Alcalá de Nares*, Madrid 1772.

(84) P. Alvarez de Miranda, *Palabras e ideas: el léxico de la Ilustración temprana*, caps. 4 y 8: « La obsesión por la *utilidad* » y « El papel de la *educación* »; B. Clavero, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en *Historia. Instituciones, Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88.

(85) J.Mª Portillo, *Monarquía y gobierno provincial. Provincias Vascas, 1760-1808*, parte I, cap. 2: « ¿Crítica y crisis? El papel de la Ilustración en el discurso provincial »; parte II, cap. 2: « Juntas y orden corporativo provincial », ap. 3: « Modelos de representación ».

(86) P. Fernandez Albaladejo y Julio A. Pardos, *Castilla, territorio sin Cortes (siglos XV-XVII)*, en *Revista de las Cortes Generales*, 15, 1988, pp. 113-208, parte II: « Comunidad, *persona invisibilis* », de J.A. Pardos, advirtiendo incluso la autotutela: pp. 154-158.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toscana (87), aquella reforma en la que igualmente al final parecía que *la tutela*, en vez de afirmarse, venía a desaparecer (88). Era un síntoma, todo un síntoma que así se nos ratifica y acentúa.

7. Hubo más. Había comunidades sujetas expresamente a tutela. Se hallaban en América. A la misma doctrina no dejaba de constarle por aquellas postrimerías. Eran las comunidades aborígenes sometidas. Los indígenas se consideraban por el derecho colonial menores de edad permanentes y asímismo sus comunidades, las *repúblicas de indios*, colocadas entonces bajo *la tutela* de la monarquía y de la iglesía sedicentemente ambas católicas. Y ya digo que, sin necesidad de moverse de Europa, a la doctrina podía constarle esto y no sólo además en castellano (89). El monarca español tenía en América respecto a los indígenas tanto la *iurisdictio* como la *gubernatio oeconomica et politica*, una completa *tutela*, la cual « fuit inventa ut liberi homines qui propter aetatem vel judicii et rationis defectum se commode tueri non possent, ab aliis majoribus et prudentioribus tuerentur et gubernentur », por lo que « ita Regum Regnique prudens et politica administratio in id inducta conspicitur », supuesto siempre que « homines barbaros et ignorantes esse pueros » (90). Establecer la tutela en la metrópolis sería como asimilarse a aquella población colonial de incapacidad permanente tan presunta en su concepción como efectiva en su práctica (91).

Era la forma y la única forma como la monarquía llegaba a ser entonces reconocidamente tutora en sentido no figurado, sino técnico. Podía también ocupar posición de inspiración familiar a otros efectos como fundamentalmente el eclesiástico, dado en concreto el *patronato* sobre la iglesia católica de la monarquía homónima, pero esto no era tampoco *tutela*. Si unas entidades eclesiásticas también la precisaban, como por ejemplo las parroquias, la misma correspondía a las institu-

---

(87) P. Fernandez Albaladejo, *Fragmentos de Monarquía*, cap. 3.3: « León de Arroyal: del *sistema de rentas* a la *buena constitución* », p. 482, a propósito de un autor que, tras 1789, ya hace intento de forzar la horma y respecto al cual tampoco falta la lectura usual que cancela elementos aún entonces básicos como el municipal intercorporativo: José Pallares, *León de Arroyal o la aventura intelectual de un ilustrado*, Granada 1993, ap. IV.1.3.4: « Hacia un nuevo sistema político ».

(88) Y sobre la cual, como ya sabemos, aquí tenemos todo el libro de B. Sordi, *L'amministratione illuminata*, y el último apartado del de L. Mannori, *Il sovrano tutore*.

(89) Juan de Solorzano Pereira, *Política Indiana* (1648), Amberes 1703, libro 2, cap. 4, n. 27, y cap. 28; y hay otras ediciones del XVIII, Madrid 1736-1739 y 1776.

(90) J. de Solorzano Pereira, *De Indiarum Jure sive de justa Indiarum Occidentalium Inquisitione, Acquisitione et Retentione Tomus primus* y *sive de justa Indiarum Occidentalium Gubernatione Tomus secundus* (1629-1639), Madrid 1777, vol. I, libro 2, cap. 9, nn. 19-21, 39 y 53. La *Política Indiana* era versión aligerada, reelaborada y complementada.

(91) B. Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994, pp. 5-28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciones eclesiásticas mismas, como en el caso a los obispados, pues en esto tampoco era centralizado el modelo de una iglesia de planta también monárquica como aquella católica (92). El rey podía ser respecto a ella *el patrono*, pero no era *el tutor*. Había su diferencia por la disminución y dependencia mayores de una parte y la prevalencia y el poder superiores de otra que suponía siempre *la tutela* (93). En un sentido centralizado, tutora podía ser la iglesia y tutor también en efecto el monarca, pero ambos solamente de los indígenas y sus comunidades de allá por las colonias lejanas.

No digo que influyeran hasta el punto de ser decisivas unas cosas en la otra, de una parte el régimen americano en la inhibición europea de *la tutela* monárquica y de otra parte *la autotutela* eclesiástica en la otra autotutela corporativa, la de índole local. Con el *derecho canónico* flanqueando entonces al *civil* e incluso fundido a él en cuestiones como ésta de carácter corporativo, una iglesia como la católica tenía una cobertura propia bien cualificada y muy superior frente a las insinuaciones monárquicas. Y parece que aún había posibilidades menores para una influencia simple y directa respecto a la otra vertiente, la de signo colonial.

La doctrina no le guardaba entonces a *los rústicos* de Europa mucha mayor consideración que a *los indios* de América, pero no les sometía por ello a tutela expresa (94). El argumento de *la rusticidad* como base de intervención no deja de insinuarse para las comunidades rurales europeas (95), pero la doctrina de la correspondiente tutela no parece acabar de cobrar nunca cuerpo. La misma insinuación podría tomarse como un insulto, o como una insolencia que diría Tocqueville, repecto a las comunidades urbanas (96). Que existiendo unas bases

---

(92) Riccardo Orestano, *L'assimilazione canonistica degli enti ecclesiastici ai pupilli e la sua derivazione romanistica*, en *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, París 1965, vol. II, pp. 1353-1357; Franco E. Adami, *Ecclesia minoribus aequiparatur. Valore della massima e connessi problemi di qualificazione giuridica dei controli canonici sull'amministrazione degli enti ecclesiastici*, Padua 1970.

(93) Christian Hermann, *L'Eglise d'Espagne sous le Patronage Royal, 1476-1834. Essay d'ecclésiologie politique*, Madrid 1988, aun sin sentir esta eclesiología la necesidad de entrar en conceptos, a los que ya también apuntaba la *glossa* medieval del primer encabezamiento como puede verse. Para textos de nuestro tiempo y espacio, Gregorio Mayans y Siscar, *Obras Completas*, ed. Antonio Mestre, vol. IV, *Regalismo y Jurisprudencia*, Oliva 1985; Pedro Rodríguez Campomanes, *Escritos regalistas*, ed. S.M. Coronas, Oviedo 1993, vol. I, *Tratado de la Regalía de España* (1753), es decir, del *patronato*; no confundir con su *Tratado de la Regalía de Amortización* (1765), facsímil, Madrid 1975.

(94) António M. Hespanha, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993, cap. 1: « Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica ».

(95) L. Mannori, *Il sovrano tutore*, pp. 177 y 209, sólo indicios.

(96) S. Mannoni, *Une et indivisible*, I, p. 143, de un alegato de 1765: « J'ai oublié de parler de la liberté essentielle au corps municipal; je n'ent fixerai point l'étendue. Je

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciertas en la cultura dominante de entonces, el efecto, por lo que parece, no acabe nunca de producirse expresamente durante el antiguo régimen, es señal más que elocuente.

Entre una política de *centralización* y una doctrina de *rusticidad*, entre una cosa y la otra con toda la panoplia *corporativa* de por medio, parece haber tanta base histórica para *la tutela administrativa* que, si no se produce el invento, es tal vez porque no pudiera producirse, porque no existieran condiciones. La misma base política, que es la determinante para nuestros estudios, quizá todavía responda, con todo lo aparente que resulta, más a presunciones que a evidencias. Entre la materia institucional y la forma jurisdiccional, entre los componentes y la composición, en aquel sistema complejo por compuesto, difícilmente cabrían cosas como un *centro* propio de derecho, una *jerarquía* estricta de jurisdicciones o una *administración* común de instituciones (97). Malamente cabía la misma idea de centralización. No cabe allí todo aquello que parece preciso históricamente, y que por ello suele presumirse historiográficamente, para que haga su entrada *la tutela administrativa*. Con razón seguramente no la hizo.

En la obra de Tocqueville, el asunto hizo su ingreso de otra forma, lo que quizá signifique que así, conforme a dichas apariencia y presunción, no fue como entró la cuestión en la historiografía. La entrada puede que fuera constitucional, por problema de esta índole, y no histórica, por evidencia de este carácter. De momento, ya sabemos que el asunto ni siquiera se suscitó mirándose a Francia, ahí donde existía, sino visitándose Angloamérica, allí donde su inexistencia podía contrastar para un observador francés. Tocqueville no fue de los que se recluían en Europa. Había realizado tal viaje americano según hemos visto que nos recorbada en *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Le fue a él de provecho entonces y puede serlo todavía a nosotros ahora.

Antes de *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Tocqueville ya había producido *De la Democracia en América*. Allí encontró el asunto (98). Ahí le chocó lo que le hizo descubrirlo: la autonomía local como rasgo constitucional e incluso como base de un sistema tal (99). La impresión

---

dirai seulement que si on la gênoit, si on la mettoit dans quelque dépendance particulière, on n'y verroit que des esclaves ».

(97) A.M. Hespanha, *La Gracia del Derecho*, cap. 4: « Centro y periferia »; J. Vallejo, *Power Hierarchies* in *Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation*, en *Ius Commune*, 19, 1992, pp. 1-29; José Martínez Millan (ed.), *La Corte de Felipe II*, Madrid 1994.

(98) A. de Tocqueville, *Oeuvres Complètes*, vol. XIII.1, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, 1977, carta suya de 29-VI-1831 desde cerca de Nueva York, con la cuestión municipal entre otras que confrontaba continuamente con Francia y que también se harían preocupaciones típicamente tocquevilianas, como la asunción social del derecho o como la libertad de sucesiones.

(99) A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 5:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se la había ya también deparado a su modo Inglaterra (100). Había descubierto lo que, por contraste con el régimen de *derecho administrativo*, puede resultar un *autogobierno*, un sistema constitucional que conoce un gobierno en manos de las corporaciones. En dicho vocablo en inglés, en el término de *selfgovernment*, podrá cifrarse el contraste (101). Puede representar un desarrollo de la autotutela en tiempo constitucional que se acuñará y reducirá en zonas de tutela para favorecerse este mismo asentamiento de un poder estatal (102). Pudiendo redefinirse la *autotuleta* corporativa como *selfgovernment* municipal, un autogobierno que tampoco así corresponde a la colectividad sino a sus rectores, el concepto pudo servir para su contrario, para asegurarse la presencia tutelar de un poder central (103), pero aún con

---

« Nécessité d'étudier ce qui se passe dans les Etats particuliers avant de parler du gouvernement de l'Union. Du système communal en Amérique... »; parte II, cap. 8: « De ce qui tempère aux Etats-Units la tyrannie de la majorité. Absence de centralisation administrative... ».

(100) A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. V.2, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, 1958, cap. 1: « Voyage en Angleterre de 1833 », ap. 3: « Carnet alphabétique », voz « Centralisation », comunicación de John Bowring: « L'Angleterre est le pays de la décentralisation. Nous avons un gouvernement, mais nous n'avons pas d'administration centrale... Je conçois que rien n'est plus difficile que d'habituer les hommes à se gouverner eux-même. Là, cependant, est le gran problème de votre avenir »; cap. 2: « Voyage en Angleterre et en Irlande de 1835 », anotación de 29 de junio en Birmingham: « Nous marchons (en France) à l'independence des provinces ou à leur asservissement complet et à la destruction de la vie municipale. Discussion pratique sur ce sujet. Introduction graduelle du principe anglais et américain qui, à vrai dire, n'est que le principe général des peuples libres ».

(101) Gumersindo DE AZCARATE, *El « Self-Government » y la Monarquía Doctrinaria*, Madrid 1877, ap. 6.4: « Consecuencias perjudiciales de la centralización administrativa », p. 218: « Con este término (*selfgovernment*), tomado en estricto sentido, expresan los ingleses las libertades locales », pero con referencias de otra procedencia, pues viene utilizando precisamente a Tocqueville, tanto *Democracia en América* como *Antiguo Régimen*, y puesto que a continuación a quien cita es a Rudolf von GNEIST, *Darstellung des heutigen englischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtes*, vol. II, *Die heutige englische Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung oder das System der « Selfgovernment » in seiner heutigen Gestalt*, Berlín 1860. G. DE AZCARATE, *Municipalismo y regionalismo* (1875-1915), Madrid 1979, reúne otros textos y discursos.

(102) Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán 1979, cap. 3: « Verso la fondazione del *Reich*: La dottrina del Stato tra *Organicismo* e *Statualismo* »; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, *1800-1914*, Munich 1992, cap. 9: « Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre, 1850-1914 »; Wolfgang POGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte, 1748-1914*, Berlin, 1995, pp. 80-88.

(103) R. GNEIST, *L'Amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, Turín 1896, sin indicación de traductor, vol. I, pp. 45-54: Conrad BORNHAK, *Rodolfo Geinst* (necrología), p. 52: « L'idea é puramente tedesca, e propriamente prussiana, e non inglese », refiriéndose a ello, al *selfgovernment* sin especificar sentido y realmente en el dicho.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esto el término mantiene su fuerza por el efecto de contraste, aparte así incluso el mismo caso de origen (104).

De la Democracia en América tiene un temprano y significado comentarista británico que le atribuye el mérito de captar y valorar el *selfgovernment*. Fue John Stuart Mill, con quien Tocqueville tenía trato y mantenía correspondencia. La reseña del uno identifica como punto esencial de la exposición del otro la percepción y el aprecio del *local selfgovernment* norteamericano frente al *central government* francés (105). Mas Tocqueville no parece que se hiciera con una terminología. Su uso del término de *selfgovernment* resulta sobrevenido y sin la precisión localista, pero es de un signo inequívocamente constitucionalista (106). Tocqueville es también quien advierte de la conexión precisamente constitucional entre libertad local y libertad general (107), quien adquiere así conciencia de este sentido integral del *selfgovernment* menos característico en cambio de la doctrina que elaborara ulteriormente el concepto aplicándolo sólo al municipio y sirviéndose para sus fines del predicamento del constitucionalismo inglés (108). A lo que

---

(104) Pierangelo SCHIERA (ed.), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bolonia 1993, con trabajos sobre *Selbstverwaltung*, de Fabio Rugge, *autarchia*, de Giulio CIANFEROTTI, y *fuero*, mío, y sobre los casos francés, de André Roux, e inglés, de Duncan Tanner, más documentación italiana, por Valentina Marchetti, que incluye (pp. 249-259) el apartado de « Sviluppo e carattere del *Selfgovernment* » de la traducción citada del Gneist sin unas notas interesantes algunas precisamente por autorremisivas.

(105) John STUART MILL, *On Politics and Society*, ed. Geraint L. Williams, Sussex 1976, cap. 9: « M. de Tocqueville on Democracy in America » (1840), p. 204: Tocqueville « sees the principal source and security of American freedom... in the administration of nearly all the business of society by the people themselves », con lo cual « the question whether the French are to be a free people, depends, in his opinion, upon the possibility of creating a spirit and a habit of local self-government », sabido que en Francia, tras la revolución, « the central government easily drew to itself not only the whole local administration, but much of what, in countries like ours, is performed by associations of individuals ».

(106) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, nota en p. 289: « Le plus léger contact du *self-government* l'aurait profondément modifiée et rapidement transformée ou détruit », refiriéndose a la desigualdad estructural del antiguo régimen. No sé de estudio sobre la aparición del término en Tocqueville, pero veo que suele anticiparse sin base: Luís DÍEZ DEL CORRAL, *El pensamiento político de Tocqueville. Formación intelectual y ambiente histórico*, Madrid 1989, p. 54.

(107) Nuestra segunda cita de encabezamiento al inicio de estas páginas: A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 289, que es nota suya; con variantes como las de *locales* por *provinciales* y *générale* por *nationale* en los primeros calificativos de la libertad: vol. II.2, *Fragments et notes inédites sur la Révolution*, p. 347. Valorando entonces menos la autonomía tradicional frente a la heteronomía revolucionaria, la utilicé en *El Código y el Fuero*, pp. 80-81.

(108) A falta del estudio que merece el verdadero escamoteo del autogobierno constitucional mediante la construcción doctrinal del *selfgovernment* local, el hecho también es que en Inglaterra no se hizo propia la imaginería especularmente forjada por Gneist: Josef REDLICH y Francis W. HIRST, *The History of Local Government in England*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ahora nos interesa, el descubrimiento de la autonomía local en el autogobierno constitucional, de una cosa en la otra, fue de Tocqueville, aunque él no lo bautizara ni tampoco lo desvirtuara.

Descubrió con ello Tocqueville otra cosa, no lo que hallara en su viaje, sino lo que dejara en casa: el *derecho administrativo*, una realidad contraria. La identificación y el reconocimiento ya se produjeron por constraste. Lo que le chocó a Tocqueville fue la carencia en Angloamérica, reparando de este modo en la existencia en Francia. Viniendo de donde venía, experimentó el hallazgo como una falta: la de un *derecho* que en tal caso, no dándose en latitudes primigeniamente constitucionales, podría no merecer el nombre para un sistema de esta clase. Tocqueville se sorprendió incluso de la ignorancia que él traía y de la que sólo entonces fue consciente respecto a la entidad y los mecanismos de tal *derecho administrativo*, derecho no incluído entre los códigos expresos del ordenamiento francés y derecho que apoderaba a gobierno central al margen de justicia y de parlamento. Comenzó por buscar asesoramiento de quienes tenían experiencia política de derecho administrativo, como su propio padre, para tratar de entender cómo la pieza encajaba en un sistema que también se predicaba constitucional (109). La misma perplejidad de unos interlocutores norteamericanos e ingleses ante sus intentos explicativos, le hizo ver que no lo lograba (110).

De la Democracia en América trata de Francia como en un espejo. El mismo Tocqueville llegaría a tener la sensación de haber emprendido su viaje para aclararse a sí mismo cobrando una perspectiva y logrando un contraste. Estaba en cuestión *la democracia*, su dimensión constitucional de autogobierno, pero no en América, no para Angloamérica, sino en Europa, para Francia (111). No vamos a decir que giró el viaje

---

(1901-1903), Londres 1958, pp. VII-XV: « Introduction » de Bryan KEITH-LUCAS; W. POGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht*, pp. 100-106.

(109) James T. SCHLEIFER, *Cómo nació « La Democracia en América » de Tocqueville* (1980), México 1984, parte IV: « La democracia, la centralización y los despotismos democráticos », cap 10: « La centralización y las libertades locales » a cap. 13: « Las concepciones cambiantes de Tocqueville acerca del despotismo democrático », con noticia de todo lo dicho.

(110) A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 6: « Du pouvoir judiciaire aux Etats-Units et de son action sur la société politique », concluyendo en una especie de apéndice con el intento de explicar el contrapunto del derecho administrativo: « J'ai souvent essayé de faire comprendre... à des Américains ou à des Anglais, et il m'a toujours été très difficile d'y parvenir ».

(111) *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, vol. XIII.1 citado, carta suya sin fechar, de finales de junio de 1835, p. 374: « Les uns trouveront qu'au fond je n'aime pas la démocratie et que je suis sévère envers elle, les autres penseront que je favorise imprudemment son dévelopment... Je sais tout cela, mais voici ma réponse: il y a déjà près de dix ans que je pense une partie des choses que je t'exposais tout à l'heure. Je n'ai été en Amérique que pour m'éclairer sur ce point... Dans

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en redondo y que fue una excursión mental aquel turismo constitucional. Por serlo real y además de esta clase, por no ser una operación como la de quienes luego forjaron la sedicente doctrina del *selfgovernment*, aquella incursión rindió un conocimiento no sólo ajeno, sino también propio, lo segundo por lo primero. *De la Democracia en América* puede contener discrepancias y mostrar vacilaciones de juicios y vaticinios (112), pero un dato es firme: el que percibe la autonomía constitucional y la discierne del poder político.

Ya por esto, ya sólo por esto, *De la Democracia en América* interesa al asunto del *derecho administrativo* que vendrá luego a ocupar una posición central en *El Antiguo Régimen y la Revolución* o que ya comenzaba a tenerla en el ánimo del propio autor (113). Importa así, no a las tierras que se visitaran y a las realidades que allí se vieran, sino a cuestión propia de terreno propio.

8. Tocqueville había cursado derecho, había ejercido de juez en Francia, había hecho una cosa y la otra en los años inmediatamente anteriores a su viaje a América, y no había visto tal *derecho*, el *derecho administrativo* (114). Su formación jurídica había sido de códigos: de leyes postrevolucionarias y sólo de leyes sin más historia (115). En vigor

---

ce pays (les Etats-Unis) où je rencontré mille objets en dehors de mon attente, j'en ai aperçu plusieurs sur les questions que je m'étais si souvent faites à moimême. J'ai découvert des faits dont la connaissance me semblait utile. Je n'allais point là avec l'idée de faire un livre, mais l'idée du livre m'y est venu. Je me suis dit que chaque homme devait compte à la société de ses pensées... ».

(112) Seymour Drescher, *Tocqueville's Two Démocraties*, en *Journal of the History of Ideas*, 25, 1964, pp. 201-216, aps. 4 y 5: « Association and Activity » y « Centralization ».

(113) A. de Tocqueville, *Etat social et politique de la France avant et depuis* 1789 (1836), reproducido en la edición de *Oeuvres Complètes* como especie de introducción de *L'Ancien Régime et la Révolution*, II.1, pp. 31-66, interesando la parte II, con la comparación respecto a Inglaterra y con la vacilación entre perspectivas: « que chaque individu, et par extension chaque peuple, a le droit de diriger ses propres actes » (p. 63) o, al contrario, « que la portion démocratique des sociétés éprouve un désir naturel de centraliser l'administration » (p.55), posibilidad que considera más porque más teme.

(114) Tocqueville estudia en la Facultad de Derecho de París entre 1823 y 1826, en unos años de supresión, por reacción política de 1822, de la materia de *Droit administratif français* que ya se había planteado en 1819 y que no se reimplanta hasta el de 1828: Catherine Lecomte, *La Faculté de Droit de Paris dans le tourment politique, 1830-1848*, pp. 62-63, en *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 10-11, 1990, pp. 59-98. El mismo arranque definitivo de una tratadística de derecho administrativo es ulterior al restablecimiento de 1828: Gilles J. Guglielmi, *La notion d'Administration Publique dans la théorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, París 1991, pp. 339-356: prosopografía y bibliografía del XIX.

(115) Las primeras vicisitudes académicas del derecho administrativo las compartían otras materias también tenidas entonces por no jurídicas y así proclives a especulaciones políticas: Madelaine Ventre-Denis, *La première chaire d'Histoire du Droit a la*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no parecía haberlas orgánicas ni procedimentales de materia administrativa (116). Tampoco es que no las hubiera en absoluto, pues toda la administración, inclusive la municipal, había sido constituída y además recientemente por legislación revolucionaria y, sobre todo, napoleónica; pero, de una parte, este cuerpo legislativo, por conservar valor constitutivo, no mantenía capacidad reguladora sin ser por ello además como tal y por entero sustituído y, de otra parte, no se encontraba el mismo a la vista del estudiante en los años de formación jurídica de Tocqueville (117).

Con ello, una administración centralizada ya podía estar discretamente dotándose en un grado superior tanto de una presunción de poder político sobre libertad individual como de *tutela* sobre las administraciones locales. Y una doctrina podía estar ya contribuyendo. Asumía todo ello ofreciéndole la cobertura de unas construcciones propias que no tanto recuperaban planteamientos prerrevolucionarios como los producían nuevos con aprovechamiento de materiales pretéritos que presuntamente añadían una autoridad de cultura. El capítulo de *la tutela* siempre ilustra (118).

Su concepto se está aplicando al municipio por la propia administración desde época napoleónica y empieza a construirse por la doctrina al cabo de un par de décadas con el recurso a la cita de juristas añejos, desde Baldo a Domat, apto para la invención de dicha autoridad más que política y más así que legislativa (119). Son cosas que se inician cuando el nacimiento y durante la infancia de Tocqueville,

---

Faculté de Droit de Paris, 1819-1822, pp. 598 y 615, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 53, 1975, pp. 596-622.

(116) *Les Six Codes, précédés de la Charte Constitutionelle et de ses Lois Organiques*, París 1828, siendo estas leyes, para el tiempo de estudio de Tocqueville, las de de prensa de 1814 a 1822, las de reclutamiento militar de 1818 a 1824, las electorales de 1817 a 1824 y diversas de tasas fiscales. Los seis códigos eran, reformados, los cinco napoleónicos (el civil, el de comercio, el penal, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal), más uno forestal.

(117) (Joseph-Marie) De Gerando, *Institutes du Droit Administratif Français. Elements du Code Administratfi réunis et mis en ordre* (1829-1836), París 1842-1846, edición en parte ya póstuma, vol. I, « Prolégomènes », división 4: « Des caractères légaux de l'administration publique ». De Gérando fue el primer catedrático de derecho administrativo en París entre 1819 y 1842 con el paréntesis dicho entre 1822 y 1828 por supresión de la materia: G.J. Guglielmi, *La notion d'Administration Publique, 1789-1889*, pp. 347-348.

(118) J.M. De Gerando, *Institutes de Droit Administratif Français*, prolegómenos dichos para las cuestiones generales y, para la particular, vol. V, lib. 5, tít. 2, cap. 3, div. 2: « Tutelle des communes », introduciendo y modulando el concepto con la referencia de la *tutela* de *menor* y con el sustento exclusivo de la propia definición doctrinal en lo que toca a la introducción misma del concepto.

(119) S. Mannoni, *Une et indivisible*, pp. 493-494, registrándose presencias en recopilaciones administrativas, la del término en 1806 y la del concepto, con las citas inventivas de tradición desde Baldo a Domat, en 1823.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que le pasan desapercibidas en su juventud y que se ponen de manifiesto en los años de su madurez, los que transcurren entre sus obras. En la misma cuestión específica de *la tutela administrativa*, repararía *El Antiguo Régimen y la Revolución* y no, años antes, *De la Democracia en América* (120).

Con razón Tocqueville pensaba que podía haber *cosa* sin haber *palabra*. La cosa misma, *el derecho administrativo*, se le hizo visible donde no existía, donde no se le nombraba porque no se le tenía, en Angloamérica. Para Francia, lo que era desde dentro tan normal como para poder ser incluso imperceptible, se hizo avistable y a la vez anómalo desde fuera. Así le nació a Tocqueville no sólo una curiosidad intelectual, sino también y sobre todo una preocupación moral. De vuelta a casa, licenciada con éxito *De la Democracia en América* y entre empeños constitucionales, embarazos políticos y retiros sociales, la sensibilidad por el asunto no le abandonó (121).

El *derecho administrativo* constituía para él un problema por sí y en sí mismo, ocupándose de la crítica de una primera tratadística en base sustancialmente a que suplantaba constitución y ley para imponer además poder sobre derecho o institución sobre libertad. Con dicha preocupación y con este abordaje, entre el interés intelectual y la labor política, ahora es cuando parece que Tocqueville estudia instituciones administrativas. Lo cual siempre acontece entre *De la Democracia en América* y *El Antiguo Régimen y la Revolución*, libros que así pueden guardar una secuencia más que cronológica. Les comunica el hilo del derecho administrativo, el cable de su cuestión constitucional (122).

---

(120) La cuestión que Tocqueville, en el pasaje citado de *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 6, intentaba explicar en Angloamérica y no conseguía que se entiendese, no era en concreto la tutela, sino el privilegio judicial de agente público que más tarde tocaremos, el de requerirse para procesamiento autorización de un órgano además administrativo y no judicial como el Consejo de Estado y esto por añadidura sin sustento constitucional ni legal en vigor y sin forma judicial de operarse de otro modo. Todavía al final veremos que *De la Démocratie en Amérique*, su segunda parte, confiere suma importancia a la cuestión de *la tutela*, pero no concretándose aún como *administrativa*, sino todavía en el sentido más bien de la cita de su bisabuelo que ya hemos visto en la primera parte de *De la Démocratie*. Las fechas ya las he indicado: 1835 (*Démocratie* I), 1840 (*Démocratie* II) y 1856 (*Ancien Régime* I y único).

(121) A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. III.2, *Ecrits et discours politiques*, 1985, parte I: « Le régime représentatif et son fonctionnement », cap. 3: « Structures et jeus des institutions », aps. A.2, C y E: « La centralisation administrative et le système représentatif » (1844), « La place du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs » (1843-1845) y « Les droits de l'administration en matière de recensement » (1841).

(122) Anna Maria BATTISTA, *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti*, en sus *Studi su Tocqueville*, Florencia 1989, pp. 271-303; L. MANNORI, *Tocqueville critico de Macarel*, en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 607-615, a propósito éste de la anterior y con referencia ambos a la crítica de Tocqueville en 1846

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Para intentar explicar lo que el uno, *De la Democracia en América*, no entendía, dicho encaje constitucional de la pieza formada por el derecho administrativo, el otro, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, se ocupa de su procedencia, radicándola finalmente en un tiempo anterior, en una fase de historia no constitucional, en el régimen dicho antiguo. El mismo Tocqueville protestó por la reducción de su objeto a la materia administrativa (123), pero de esta preocupación provenía la obra y de esa explicación trataba un núcleo (124). De la autovindicación tampoco puede decirse que no haya tenido éxito (125), desafortunadamente desde luego para nuestro asunto. Ni *De la Democracia en América* pasa por una obra de derecho constitucional ni *El Antiguo Régimen y la Revolución* se tiene por historia del derecho administrativo.

Si no son una cosa y la otra, es porque son eso y más. La obra de Tocqueville provoca un cruce vital entre uno y otro elemento. Se halla en el origen de la contraposición clave entre *derecho administrativo* y *derecho constitucional* o todo un sistema que merezca esta última calificación. Está en la raíz de una confrontación fundamental que, por manida un tiempo y por olvidada luego, no deja de guardar sentido. Pudo ser recurrente desde la perspectiva de matriz inglesa. Inglaterra y Angloamérica han mantenido la base jurisdiccionalista en tiempo constitucional asumiendo como principios de la propia justicia unos derechos de carácter individual, aquello que radicalmente faltaba en el mundo jurisdiccional del antiguo régimen (126). Es un contexto consti-

---

al *Cours de Droit Administratif* (1844) de Louis Antoine Macarel, el segundo ocupante de la cátedra parisina de derecho administrativo, entre 1842 y 1849.

(123) A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. IX, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et d'Arthur de Gobineau*, 1959, pp. 295-296, carta suya de 5-VIII-1858: « Mais n'était-il pas permis d'être un peu de maivaise humeur quand un homme intelligent comme vous, qui a lu ce que je viens d'écrire et qui a pu si bien juger d'avance de qui me reste à faire, transforme une étude générale sur les causes, le mouvement et les effets de cette immense évolution de l'humanité qu'on appelle la révolution française en un ouvrage sur les institutions administratives? ».

(124) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro 2, cap. 2: « Que la centralisation administrative est une institution de l'ancien régime, et non pas l'oeuvre de la Révolution ni de l'Empire, comme on le dit »; cap. 3, el de la tutela visto; cap. 4: « Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime », y otros de títulos ya no tan expresivos.

(125) François FURET, *Penser la Révolution française*, París 1978, parte II, cap. 2: « Tocqueville et le problème de la Révolution française »; L. DÍEZ DEL CORRAL, *El pensamiento político de Tocqueville*, apéndice: « Los avatares de la fama de Tocqueville ».

(126) John Philipp REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. III, *The Authority to Legislate*, Madison 1991; James R. STONER Jr., *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence 1992; B. CLAVERO, *Garantie des Droits: emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en Andrea Romano (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei Diritti nella carte*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tucional en el que así puede también mantenerse una base corporativa y en el que, sobre todo, no tiene en principio un *derecho administrativo* entrada ni cabida.

Así pudieron darse y repetirse la comparación, la contraposición y la confrontación. Así y retomándose a Tocqueville (127), podrá reproducirse un careo desfavorable desde luego para el *derecho administrativo* y virtualmente más aún para un capítulo suyo como el de *la tutela*. A unas alturas como las de finales del XIX en las que todavía no se había fijado una imagen del sistema constitucional inglés (128), podrá mejor hacerlo alguien que, como Albert Venn Dicey, la acuña en su *Introducción al estudio del Derecho de la Constitución* (129). Lo hace con su invento del *rule of law*, el imperio del derecho (130).

Identifica Dicey un tal derecho, el derecho constitucional, con la impronta definitoria de dicha categoría de *rule of law* como *rule of right*, imperio de derecho de institución o de carácter objetivo como primacía de derecho de libertad o de esta naturaleza subjetiva, y cuadrando el círculo mediante la competencia de la justicia en garantía del propio derecho de libertad (131). Esto puede marcar un contraste que se aborda y trata: *Rule of Law compared with « Droit Administratif »* (132), el principio constitucional de la regla del derecho confrontado con el *derecho administrativo*, es un capítulo clave para su propia exposición, para su introducción al *Derecho de la Constitución* sin locativos ni otros adjetivos. Tocqueville le ayudó con su contraste del *droit administratif*. Es el punto de partida para la confrontación constitucional (133). Dicey

---

costituzionali europei: Profili storici e comparatistici. In onore di Francisco Tomás y Valiente, Milán 1994, pp. 19-39.

(127) J.P. Mayer, *Histoire de l'influence de L'Ancien Régime*, pp. 252-253, en su edición que venimos citando, II.1, pp. 335-355.

(128) B. Clavero, *Estudio introductorio*, ap. 1.3: « Constitución de Inglaterra: el derecho », en Jean Louis De Lolme, *Constitución de Inglaterra* (1771), Madrid 1992, con las referencias, que ahora más interesen, a *The English Constitution* (1867-1872) de Walter Bagehot y a *Law and Custom of the Constitution* (1886) de William R. Anson.

(129) Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), Londres 1959, reprint 1985.

(130) H.W. Arndt, *The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law*, en *The Australian Law Journal*, 31, 1957, pp. 117-123, persiguiendo fuentes, pone en realidad de relieve la invención. La fuente más cercana parece ser W.E. Hearn, *The Government of England*, Londres 1867, quien, como hará Dicey, ya recurría a Tocqueville para la contraposición entre derecho constitucional inglés y régimen administrativo francés.

(131) A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte II: « The Rule of Law », cap. 5: « The Right to Personal Freedom », entre otros derechos más bien contados, pero que así resultan unos *rights*, de lo más definitorio tanto para el mismo *rule of law* como para la propia *Constitution*.

(132) A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte II, cap. 12, que lleva dicho título.

(133) A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, entrada de dicho capítulo del « Rule of Law compared with *Droit Administratif* » con el motivo primero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

retoma el asunto donde Tocqueville lo dejara y lo desarrolla mucho más tanto en lo que interesa particularmente al *derecho administrativo* como en lo que importa a la comparación. Y Dicey tuvo un éxito. La invención del *rule of law* es hoy más pacífica que la figura del descubridor (134).

El círculo entre *law*, derecho objetivo, y *right*, derecho subjetivo, precisaba también de encaje en la exposición de Dicey porque el *rule of law* no era en ella principio primero. Le precedía otro: la *sovereingty of Parliament*, soberanía del Parlamento, una soberanía central incluyendo a Monarquía y reduciendo autonomías (135). Por su idea del *rule of law*, Dicey está en buenas condiciones para la percepción del fenómeno contemporáneo del *derecho administrativo* como ordenamiento nacido y crecido sin cobertura jurídica, no sólo sin la judicial, sino también sin una legislativa constante y suficiente, lo que fuera más de esperar conforme al propio planteamiento de su sistema sedicentemente también constitucional. Por la previa de la *sovereingty of Parliament*, está en malas condiciones. No lo está en absoluto para apreciar nuestro asunto local.

Entre los capítulos que confronta, no entra el del *selfgoverment* local, no sólo seguramente porque una doctrina continental lo había desvirtuado, sino también porque el asunto era entonces sensible a escala mayor por los problemas del Imperio y en particular por el de Irlanda, de cuya *home rule* o autonomía particular Dicey fue un notorio opositor (136). Su principio de soberanía del Parlamento también miraba a esto (137). Con ello su introducción constitucional no nos

---

de la comparación de Tocqueville, el de la responsabilidad de los funcionarios como ya vimos, y a continuación, p. 331: « This absence from the institutions of the American Commonwealth of anything answering to *droit administratif* arrested the observation of de Tocqueville from the first moment when he began his investigations ».

(134) Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Londres 1980; David Sugarman, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science*, en *The Modern Law Review*, 46, 1983, pp. 102-111, a propósito del anterior.

(135) A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte I: « The Sovereingty of Parliament », cap. 3: « Parliamentary Sovereignty and Federalism », que es también capítulo comparativo, marcando éste con su contraste la naturaleza que entiende no federal del sistema constitucional inglés, p. 139: « Our system of government is (to use a foreign but convenient expression) *unitarianism* ».

(136) No he visto su *England's Case against Home Rule*, Londres 1886, que sobre todo le valiera esta notoriedad, pero el propio título ya parece expresivo de una posición especialmente negativa respecto a la autonomía en el seno del Imperio: el *caso* es de *Inglaterra*, de derecho inglés y no británico, no de Gran Bretaña, como tampoco de la Corona, del Reino Unido o de alguna entidad que pudiera entenderse común entonces a Irlanda.

(137) A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, parte I, cap 2: « Parliament and non-sovereign law making bodies », figurando entre éstos legislaturas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ofrecerá nada nuevo respecto a nuestra cuestión concreta de *la tutela*, pero, junto con el debate consiguiente, podrá interesarle sin necesidad además de que nos adentremos y distraigamos por nuevos capítulos. Bastará con asomarse.

9. El contraste ha tendido a olvidarse, pero estaba bien vivo, precisamente por controvertido, hasta mediados al menos de nuestro siglo (138). El mismo Dicey no dió de mano con el asunto ni cejó en la polémica (139). Interesaba ante todo por su alcance constitucional, por esta dimensión que luego menos se aprecia. Comenzó a equipararse pronto acción administrativa de habilitación parlamentaria y competencia judicial, esta evolución constitucional angloamericana, con poder administrativo de derecho propio, este fenómeno de otra matriz. Comenzaron a identificarse ambas cosas y así a confundirse una con otra como *derecho administrativo* sin distingos. La confusión podía empezar a producirse en el mismo campo constitucional, el de matriz inglesa, dentro del cual el hecho de apreciarse una contaminación de la otra parte era cosa que servía a la resistencia frente a cualquier tipo de desarrollo administrativo, no sin base por lo demás en lo que se arriesgaba de competencia judicial (140).

No vamos a revisar de nuevo todo el debate que arranca de Tocqueville y relanza Dicey, ni es ésta la ocasión ni tengo además a mano los debidos materiales, pero creo que interesa recalar en su clave precisamente constitucional (141). La misma polémica tuvo su vertiente

---

como las coloniales y también, sin relieve alguno, por mención tan sólo, las corporaciones municipales.

(138) Sabino CASSESE, *Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo*, en *Quaderni Fiorentini*, 19, 1990, pp. 5-82; C. PETIT, *La anécdota americana de Federico Cammeo*, pp. 550-551, en *Quaderni Fiorentini*, 22, 1993, pp. 547-560.

(139) Dicey estuvo retocando el texto de su *Introduction to the Law of the Constitution* y añadiéndole notas hasta la edición de 1908, para la que rehizo nuestro capítulo comparativo; en la de 1915, última que él cuidó, agregó una larga introducción de polémica abundando en el asunto con concesión, preocupación y reafirmación que también al tiempo transmite su breve artículo sobre *The Development of Administrative Law in England*, publicado originalmente en *Law Quarterly Review*, 31, 1915, pp. 148-153, y reproducido como apéndice en ediciones siguientes, así en la que cito.

(140) A.V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (1905), Londres 1965, caps. 7-9: « The Growth of Collectivism », « Period of Collectivism » y « The Debt of Collectivism to Benthamism ».

(141) S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo*, pp. 60-82, reseña que amplía referencias, pero en la que falta lo que creo tal clave respecto a la misma posición de Dicey: el *rule of law* en el sentido de imperio no de ley, como suele mal traducirse, sino de derecho y de derecho además primariamente de libertad personal, del *right* de este alcance; respecto a Tocqueville, cuya ciencia iusadministrativa reivindica, no diferencia etapas, como tampoco lo cuida, con el mismo efecto a mi entender de pérdida de clave, respecto al crítico del que ahora hablaremos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interna en el mundo anglo. Por una parte, comenzaba a apreciarse la virtud política del *derecho administrativo*, su capacidad para una intervención social en un grado impensable dentro del constitucionalismo propio y originario. Pero por otra parte, para el mismo aprecio, también podía haber motivaciones jurídicas, las que han de importarnos aquí por ser las que interesan al aspecto constitucional. La cotización de un tal derecho pudo subir por motivos no sólo políticos, sino también jurídicos, y éstos son los que han de interesarnos.

Tanto pesaron un género y otro de motivos que, en un momento aún algido del debate, Harold Laski pudo acabar descalificando la misma comparación entre *rule of law* y *droit administratif*, la que confrontaba a favor de la una y en detrimento del otro tal regla definitoriamente constitucional y tal orden caracterizadamente político. Así nos asegura que, cuando Dicey estaba enseñando a los ingleses que eran libres de las riendas del derecho administrativo, « una verdad a medias en el mejor de los casos que sólo además infundía una complacencia peligrosa », los administrativistas franceses y los alemanes estaban ya depurando sus sistemas « de los aspectos que pudieran resultar sospechosos para un jurista de *common law* », de esta matriz inglesa (142). Parece que cambian las tornas. Laski tenía sus razones para creerlo, unas razones antes jurídicas que políticas.

El *rule of law*, el régimen del derecho, sería una verdad a medias porque, según Laski, conocía cortocircuitos precisamente en el terreno público, en el mismo terreno del derecho adminitrativo y no en forma muy distinta a la que se creía característica de éste. En el sistema inglés resistía un principio de irresponsabilidad de la monarquía con prerrogativa o poder propio del que podía valerse el gobierno permitiendo así a los agentes públicos escapar en casos de la justicia, mientras que, como observaba también Laski, los regímenes de derecho administrativo podían haber evolucionado generando mecanismos de justicia propia y superando así una situación parecida. El problema igual se daba en Angloamérica. Laski tampoco deja de observarlo. Allí, cada uno de los Estados, y no sólo el conjunto de los Estados Unidos, gozaban de dicha especie de privilegio soberano. No respondían como tales ante la justicia. A ello se unía, tanto en la Europa como en la América inglesas, el desarrollo de unas agencias públicas que no siempre se sujetaban a competencia judicial sin contarse con la alter-

(142) Harold J. LASKI, *Studies in Law and Politics*, Londres 1932, cap. 7: « The Technique of Judicial Appointment », de un par de años antes, p. 179: « When Professor Dicey was instructing Englishmen that they were free from the trammels of administrative law, at best a halftruth which ministered only to a dangerous complacency, French teachers and German teachers of law were purging their administrative systems of what features a common lawyer might regard as dubious ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nativa de una justicia propia administrativa como la que ya se había creado en otras latitudes (143).

La situación jurídica de un ámbito público podía parecer así mejor en unas latitudes ajenas que en las propias. Este es pronunciamiento del mismo Laski: « Derecho administrativo equivale a ausencia de derecho », pero es conclusión que ya no se refiere al *droit administratif*, sino que lo hace al *administrative law*, al derecho administrativo propio, aquel que se estaba desarrollando en casa, en la británica, sin adoptarse unos mecanismos de control interno ya ideados fuera. Así podía Laski agregar algo que, tras todo lo visto y en alguien de sensibilidad jurídica, pudiera resultar sorprendente: « Lo que se necesita es más bien la admisión franca de la justicia especial administrativa del Continente », aunque también añadiendo: « o algún procedimiento por el que los derechos del ciudadano privado encuentren la debida proteccción » (144). Laski parece realmente sobrado de razones para mostrarse siempre escéptico y finalmente descreído con la contraposición de Dicey entre *rule of law* y *droit administratif*.

Pero obsérvese cómo se concreta la comparación por parte de Laski. A los efectos comparativos, ahora se presume que el requisito de atención a derecho de libertad resulta satisfecho por el *derecho administrativo*, por este régimen ya ducho en el establecimiento de controles propios sin consideración real de principio a un tal derecho del individuo (145). La presunción realmente no se sostiene (146), pero, rigiendo la comparación, importa siempre el caso propio y sirve en ocasiones el ajeno tan sólo de espejo. Obsérvese además que ahora se comparan, no *rule of law* y *droit administratif* como sistemas virtuales, sino piezas sueltas de los mismos. El propio Laski se muestra más considerado con Dicey y ofrece otra perspectiva cuando mira las cosas más sistemáticamente o cuando él mismo se eleva a principios (147). Las

---

(143) H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, New Haven 1919, pp. 64 y 99, con la reserva; *The Foundations of Sovereingty and other Essays*, Londres 1921, cap. 3: « The Responsibility of the State in England » (1919), con los detalles.

(144) H.J. Laski, *The Foundations of Sovereingty*, dicho capítulo tercero, p. 125: « Administrative law, in such an aspect (the irresponsibility of officials), implies the absence of law... What is needed is rather the frank admission that special administrative courts, as on the Continent, are needed, or the requirement of a procedure in which the rights of the private citizen have their due protection ».

(145) Rodolphe Dareste, *La justice administrative en France*, París 1862 y, puesto al día por Pierre Dareste, 1898; Edouard Louis Laferriere, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, París 1887, 1896 y, actual, 1989, bastando el planteamiento de unos índices para advertirlo.

(146) A.M. Battista, *Diritto amministrativo e storia sociale*, pp. 291-303.

(147) H.J. Laski, *The Foundations of Sovereignty*, « Preface » (1921), cap. 2: « The Problem of Administrative Areas » (c. 1915), y cap. 7: « The Pluratistic State » (1919); en el prefacio, p. VI: « A state in which sovereignty is unified is morally inadequate and administratively inefficient ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporaciones locales inglesas arrastran sus propios problemas, pero ni siquiera unas tendencias intervencionistas, como la que pudiera representar el mismo Laski, ven el régimen francés como un modelo (148). Prologando posteriormente *De la Democracia en América*, quizá no sea de extrañar que repare en nuestras cuestiones al tiempo que las priva de relieve (149).

Entre una cosa y la otra, entre este prólogo y esas consideraciones, se sitúa la crítica descalificatoria del planteamiento de Dicey. En este interín, Laski, socialista notorio, se había radicalizado políticamente, lo que guarda sin duda relación con dicho juicio final respecto a su *Rule of Law compared with « Droit Administratif »* (150). Pero aquí nos importa la dimensión jurídica y más estrictamente la constitucional, a cuyo propósito habrá de recordarse que el capítulo de Dicey, pues alcanzaba a principios, era de bastante mayor alcance a lo supuesto finalmente por el crítico. Mas la misma crítica puede que a otro nivel valga. Cuando Dicey escribía no sólo podría ocurrir, como dijera Laski, que el *droit administratif* estuviera más evolucionado de lo que él creyera, sino que también ocurría, según hemos visto indicar al mismo crítico, que el sistema propio no respondía al *rule of law* en la medida que Dicey presumiera y de que a su vez no lo hacía no sólo por el fenómeno sobrevenido del desarrollo administrativo, sino también por defectos genuinos (151). Con esto Laski pone el dedo en la llaga.

Como Laski también hemos visto que observó, el caso en teoría más constitucional, el angloamericano, era en esto el más llamativo. Allí la irresponsabilidad, la exención del *rule of law*, alcanzaba a cada Estado. Es un capítulo en el que suele verse continuidad histórica por mantenimiento en tal forma de un principio de soberanía proveniente y heredada de la monarquía británica, pero parece distar de esto. El establecimiento constitucional propio de los Estados Unidos implicaba

---

(148) H.J. Laski, *The Foundations of Sovereignty*, cap. 2 citado, ap. 2, sobre la cuestión local inglesa, p. 45: « The traditional opinion in favor of some active and quasi-independent local powers was sufficient to prevent the adoption of the rigorous bureaucratic methods which prevail so largely upon the continent of Europe ».

(149) De Laski es precisamente la « Introduction » de la edición de las *Oeuvres Compètes* de *De la Démocratie en Amérique*, I.1, p. XVIII: « La décentralisation du pouvoir devient ainsi le secret de la liberté », pero, concretando antes lo que entiende como apreciación fundamental de Tocqueville y privando así de entidad propia al asunto local, p. XVI: « Leur décentralisation profonde (des Etat-Units) permettait au gouvernement local de servir de terrain d'entreînement à la politique nationale ».

(150) La radicalización de Laski se anuncia a mediados de los años veinte: *A Grammar of Politics*, Londres 1925, y se pronuncia al cabo de un lustro: *Democracy in Crisis*, Londres 1933, editando conferencias de 1931.

(151) H.J. Laski, *The Foundations of Sovereignty*, cap. 3 citado, p. 107: « It (is) easy to doubt whether the protection the English constitutional system affords to its citizens is in fact as great as the formal claims of the *rule of law* would suggest », mostrándolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una entronización del *rule of law* y de la competencia judicial correspondiente que enseguida se cortocircuitó por una enmienda constitucional (152). Es algo que se acaba reconociendo como una quiebra de dicho principio definitoriamente constitucional del *rule of law* (153).

Cuando Tocqueville viajó por Angloamérica se estaba desarrollando una jurisprudencia constitucional que limitaba los efectos de la irresponsabilidad de los Estados sujetando por regla general la acción de sus agentes a justicia siempre ordinaria e incluso ateniendo al propio Estado a una presunción de admisión de responsabilidad (154). Es cosa que pudo observar Tocqueville, siendo éste el punto que principalmente confrontó entonces con la situación bien diversa de Francia (155). Mas la cuestión también radica en que, cuando Dicey escribía su capítulo de confrontación, su *Rule of Law compared with « Droit Administratif »*, se estaba volviendo en los Estados Unidos al régimen de mayor irresponsabilidad de los Estados, a esta quiebra radical del principio constitucional, con todo el apoyo y respaldo de una producción tanto jurídica como historiográfica que legitimaba por continuidad con el derecho inglés lo que había venido por cortocircuito constitucional propio (156). En el caso matriz, mientras escribía Dicey, podía estar pasando algo similar, con la mayor facilidad que el mismo ofrece

---

(152) John V. Orth, *The Judicial Power of the United States. The Eleventh Amendment in American History*, Nueva York 1987, reforma constitucional de 1794: « The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state ».

(153) J.V. Orth, *The Judicial Power of the United States*, cap. 10: « An Epilogue on the Rule of Law and Legal History ».

(154) David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundres Years, 1789-1888*, Chicago 1985, parte II: « Chief Justice Marshall, 1801-1835 », caps. 3.3 y 4.1: « Diversity Jurisdiction » y « Review of State Courts ».

(155) A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.1, parte I, cap. 6, epígrafe final, con dicha evidencia americana y cuya confrontación respecto a Francia, en lo que ya también reparamos, por requerirse aquí para procesamiento de agente público autorización de órgano administrativo y no judicial como el Consejo de Estado y esto además sin habilitación constitucional ni sustento legal, trae esta conclusión explícita: « Nous avons donc bien reculé du point où étaient arrivés nos pères, car nous laissons faire sous couleur de justice et consacrer au nom de la loi ce que la violence seule leur imposait », la cual se mantiene y reitera en *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro 2, cap. 4 (« Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime »), p. 126: « Avant la Révolution, le gouvernement ne pouvait couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illégales et arbitraires, tandis que depuis il a pu légalement leur laisser violer les lois ». Obsérvese al paso que unos orígenes de la peculiaridad propia así también se plantean, como para la tutela, en términos más de *poder* que de *derecho*.

(156) J.V. Orth, *The Judicial Power of the United States*, caps. 4-8, grueso de la obra que así debe dedicarse a estos años y no a los originales de la enmienda constitucional en cuestión.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para la invención de tradición, para este particular encubrimiento de discontinuidades y cortocircuitos (157).

La irresponsabilidad del Estado, esta exención del derecho que resulta superior en algunas fases bajo sistema constitucional que bajo régimen administrativo, es quiebra importante del *rule of law*, del imperio del derecho, pero no la única. Hay una en América que nos puede interesar muy particularmente. En la misma época del viaje de Tocqueville, allá por principios de los años treinta, se estaba consagrando otra excepción de la regla. Por entonces se produjo la adopción explícita de *la tutela colonial*, de la tutela que hemos visto en latín expresada ahora en inglés, por parte de la jurisprudencia angloamericana y así de su sistema constitucional (158). Los pueblos indios quedaban sujetos a los Estados Unidos de América en unos términos literales de tutela y así al margen de los principios del propio derecho de carácter constitucional, sin habilitación alguna de esta clase (159). No puede tampoco decirse que aquel fuera un sistema completamente ajeno a la tutela en el ámbito publico. Es una quiebra del *rule of law*, de la regularidad constitucional, que viene finalmente también a reconocerse, aun con dificultades bastante mayores (160).

Hay reconocimientos de unas quiebras. Lo hemos visto también respecto a la que se produce por la irresponsabilidad del Estado. Puede haberlos por haber principios, por estarse éstos así asumiendo, y por resultar entonces tales, unas rupturas sectoriales de los mismos. Contrástese también para esto el otro caso, el de matriz francesa. No suelen en él darse los correspondientes reconocimientos por no haberse asumido de igual forma unos principios. Se prefiere la línea favorecedora de imagen. Por esto es que interesa, de hacerlo, el contraste. Puede seguir primando una historia que encubre rupturas, inventa tradición y no acaba así de romper el cordón umbilical con una matriz no constitucional, con unos orígenes, como decía Laski, sos-

---

(157) Eric HOBSBAWM y Terence RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983, no sólo por capítulos más metropolitanos, como el cuarto (David Cannadine, « The Context, Performance and Meaning of Ritual: The British Monarchy and the Invention of Tradition, c. 1820-1977 »), sino también, pues es vertiente esencial para la quiebra en derecho público del *rule of law*, por los coloniales, como los dos siguientes (Bernard S. Cohn, « Representing Authority in Victorian India » y T. Ranger, « The Invention of Tradition in Colonial Africa »), aunque hubiera redondeado desde luego el conjunto un capítulo más estrictamente constitucional.

(158) D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court*, misma parte II (1801-1835), aps. 4.3.F y 6.3.B, entre « Other Cases », sin merecerle epígrafe propio.

(159) B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional*, pp. 28-35.

(160) Irene K. HARVEY, *Constitutional Law: Congressional Plenary Power over Indian Affairs. A Doctrine rooted in Prejudice*, en *American Indian Law Review*, 10, 1982, pp. 117-150; Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990, cap. 7: « The Colonists' War for America ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pechosos. En lo que toca a este campo, quizás estemos ante un pecado original de descendencia todavía tan afectada que ni siquiera se lo confiesa a sí misma. El hecho es que *el derecho administrativo* no se percibe, aborda y trata como *cuestión constitucional*, como cuestión radicalmente problemática de tiempo específicamente constitucional, ni siquiera cuando se le ubica (161).

Y no digamos de otras especialidades de derecho público, como la fiscalista o como la procesalista, que siguen por lo común sin enfrentarse con unos orígenes propios y todo un desarrollo particular dudosamente constitucionales, sin principios comunes de este carácter. Podría decirse lo propio incluso, si no resultara un calambur, del constitucionalismo como especialidad. Son especialidades, éstas de derecho público, que nacieron y crecieron valiéndose de la presunción de institución sobre libertad, de poder sobre derecho, de todo aquello que supieron ver tanto Tocqueville como Dicey, y especialidades que no acaban de reconstituirse sobre el principio exactamente inverso porque vengan soltando lastre. No es usual que se comience, ya no por prehistorias, sino por el reconocimiento del dato histórico de una *cuestión constitucional*, la de la escisión del ordenamiento en ramas y especialidades sin los principios comunes que sólo pueden ya prestar los derechos de libertad. Es raro para el caso del mismo *derecho administrativo* (162).

Mas no es ocasión de entrar en más confrontaciones ni de provocarlas nuevas. Las tenemos suficientes a nuestro propósito. Está sobre todo, entre nosotros, la planteada por Tocqueville. Criatura de nuestra matriz, vástago en tiempo ya constitucional de madre sólo presuntamente tal, él tuvo la percepción, inició el abordaje y ensayó el tratamiento del *derecho administrativo* como *cuestión constitucional*. Ahí están sus obras. *De la Democracia en América* comienza por situar el asunto en su momento histórico, el propio, aunque *El Antiguo Régimen y la Revolución* prosigue extrapolándolo y no alcanza a reubicarlo. Mas no pierde nunca la sensibilidad.

10. Tocqueville conoció *la tutela administrativa* en Francia, la identificó por contraste con Angloamérica e Inglaterra, y quiso enten-

---

(161) Albert Lanza, *L'expression constitutionelle de l'Administration Française. Contribution à l'étude des constantes constitutionelles*, París 1984; G.J. Guglielmi, *La notion d'Administration Publique, 1789-1889*; Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las Regiones* (1990), Madrid 1992; Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid 1994. Es reciente la edición en Francia de la obra anterior (1972-1981) de E. García de Enterría, *Revolution française et Administration contemporaine*, París 1993.

(162) Giorgio Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bolonia 1981, pp. 11-14, ayudándose precisamente de Tocqueville. Y no olvidemos a este efecto las páginas citadas de A.M. Battista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derla y explicarla en su patria. Tocqueville también fue testigo presencial de otra tutela expresa, *la tutela colonial*, y no supo en cambio reconocerla. Un observador como él tan perspicaz y también tan preocupado por estos efectos jurídicos de apoderamiento político, no se percató (163). No pudo hacer la comparación ni ver así la relación. Recluyó el tema en Europa perdiendo perspectiva. Se introdujo con ello en una invasión histórica que arriesgaba la pérdida del contexto propio del asunto, un contexto constitucional. Aunque su misma forma de concluir era un modo de dejar el problema abierto: faltaba *la palabra*. Faltaba *derecho* donde sobraba *poder*. Eran cosas que podían estar conexas. Y que seguían incógnitas.

En nuestros tiempos, quiero decir en los históricos a los que nos hemos asomado, en aquellos del *antiguo régimen* que trata Tocqueville, existían desde luego tutelas, como *la tutela colonial* y como *la tutela corporativa* inclusive en ésta la municipal y la eclesiástica, pero no parece en fin que existiera la tutela con la que empezábamos, *la tutela administrativa*. No había *palabra* quizá porque no había *cosa*. La una como la otra, primero ésta, *la cosa*, y luego aquélla, *la palabra*, pudieron producirse en vida de Tocqueville y no en la de su bisabuelo. Una historia anterior de ambas o de alguna sola, una prehistoria más o menos completa, puede ser espejismo resuntante de la propia visión de la historiografía, algo visible por ella porque ella misma lo asume y proyecta.

Historiadores e historiadoras, por mucho que seriamente nos lo planteemos, con tanto que nos esforzamos, no conseguimos superar de un modo definitivo el paradigma estatal (164). Parafraseando a Luca Mannori, por lo que él dice justamente respecto al Estado (165), podría pensarse que estamos ante *la institución inexistente: la tutela que no hay* o *que no es*. Es todo el derroche habido de proyección por la historiografía y es toda la invención acumulada de tradición por la doctrina, es ambas cosas para la historia del derecho, lo que ahora está llevándonos a parafrasear realmente a Italo Calvino (166).

Cuando tal tutela, *la tutela administrativa*, cobre existencia, cuando comience a imponerse durante el siglo XIX tanto en Francia, en España

---

(163) B. Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional*, pp. 156-162, respecto a A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, I, parte II, cap. 10: « Quelques considérations sur l'état actuel et l'avenir probable de trois races qui habitent le territoire des Etats Unis ».

(164) M. Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín 1993, cap 1: « Stato: dottrine generali e storiografia ».

(165) L. Mannori, *Il sovrano tutore*, parte I, cap. 1: « L'istituzione inesistente », ap. 1: « Lo Stato che non c'è ».

(166) C. Petit y J. Vallejo, *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, en *Storia di Europa*, vol III, Gherardo Ortalli (ed.), *Il Medioevo, secoli V-XV*, Turín 1994, cap. 1: « Lo sguardo giuridico del cavaliere inesistente ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y en Italia como en latitudes latinoamericanas, con el intento por Latinoamérica de solaparse con ella la tutela colonial propia, cuando todo esto pueda hacerse o intentarse sobre la nueva base de identificación entre ordenamiento social y ley del Estado y la supresión consiguiente de cualquier derecho indisponible de comunidades locales o territoriales, cuando se produzca el acontecimiento de toda esta revolución que no acaba de tratar Tocqueville, el impacto habrá de ser muy superior al que suele presumirse. Será la historia más dura. Y *la revolución*, más responsable (167). Se ven indicios desde luego, pero, faltando la perspectiva, apenas se advierten y menos se exploran (168).

Allí donde no se experimenta una revolución de esta clase y sobre todo en este grado, allí donde no se produce tal género de cambio que deja el derecho a disposición literal del poder con pérdida definitiva de la concepción jurisdiccionalista (169), ahí no aparece en cambio *la tutela administrativa*. Para que una *administración central* pueda someter y sujetar de esta forma a otras administraciones, a unas locales y territoriales, se precisa previamente que la ley en singular, una norma de determinación política igualmente central, adquiera el poder de constituir a las correspondientes corporaciones; se requiere que la misma norma constitucional y el mismo sistema que representa se conciban en estos términos de carencia de derecho propio corporativo sin necesidad siquiera de ley específica. A este respecto al menos, las leyes constitutivas de la revolución, aquellas leyes luego invisibles, eran leyes que privaban de derechos. Lo que se requería así para dicho efecto es lo que Paolo Grossi, ayudándonos a recuperar la vista, ha denominado *el absolutismo jurídico* (170). Sin esto, allí donde se mantiene la concepción jurisdiccionalista, tales cosas resultan no sólo infactibles, sino también prácticamente impensables (171).

---

(167) Roberto Martucci, *1789-1793: dalle garanzie giuridiche alla supremazia del politico. Sulla Rivoluzione Francese e le sue dinamiche istituzionali*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 20, 1990, pp. 311-365; Paolo Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milán 1993, parte III: « Ordine costituzionale e organizzazione del regime politico: *La pensée du gouvernement* ».

(168) Concepción de Castro, *La Revolución Liberal y los municipios españoles, 1812-1868*, Madrid 1979; Javier García Fernandez, *El origen del Municipio Constitucional*, Madrid 1983; Antonio Martínez Marín, *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*, Murcia 1989; Manuel Santana, *La Diputación Provincial en la España decimonónica*, Madrid 1989.

(169) B. Clavero, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1992, cap. 2: « Codificación civil, revolución constitucional ».

(170) P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 64, 1991, pp. 5-17.

(171) B. Clavero, *Diritto debole. Un manifesto moderatamente federale*, en *Filosofia Politica*, 8, 1994, pp. 3-23, versión ampliada en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42, 1994, pp. 27-52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

No quiere tampoco decirse que *la tutela*, la heterotutela, sea desconocida por las latitudes que no han conocido el absolutismo jurídico. Su experiencia histórica es más ancha. Lo es casi universal por medio del dominio colonial. En esta forma pudo persistir o aparecer por otras muchas latitudes. Venía del antiguo régimen y no se extingue con la revolución. Ahora se expande. La hemos visto establecerse, pese al punto ciego de Tocqueville, por los pagos de *la democracia* en Angloamérica, por estas otras latitudes jurisdiccionalistas, constitucionales y también así coloniales. La misma tutela, la mismísima, se elevará a derecho internacional aplicándose con idéntica presunción de incapacidad de una parte, la colonizada, que apodera a la otra, la colonialista. Es la misma noción de un sentido siempre vinculado a la tutela infantil (172). Esta no se ha entendido como metáfora, sino como concepto estricto, respecto al sometimiento y sujeción de pueblos, tanto primero en el dominio colonial como luego en el estatal.

Son tiempos distintos, aun con cosas así prestadas y compartidas. De la novedad del nuestro, sabía Tocqueville y saben también unos autores (173). Han partido además éstos de la extrañeza radical del otro tiempo: de la red corporativa y el nudo jurisdiccional que formaban las raíces de un orden político. Han reconstruído con ello el escenario de la obra. El empeño de un protagonista por ocupar el centro, ese exceso soberano, desvirtúa la representación, pero no llega a viciarla pues los otros personajes, esos cuerpos jurídicos, no acaban de hacer mutis. El guión no puede dejar de resentirse, pero la dirección es maestra y los montajes hacen época. En adelante, no creo que se deba entrar en la materia sin tenérseles en cuenta e incluso sin tomárseles como base.

Digo deberse pues poderse es otra cosa. Ya se sabe cómo funciona este oficio de la historiografía. *El Antiguo Régimen y la Revolución* tendría que venir siendo el manual de referencia y mírese una manualística por su patria misma. Sin diálogo real con Tocqueville, puede reducírsele a aval de historia inventada por doctrina, convirtiéndose así en *derecho* lo que él pensaba *poder* y legitimándose lo que él descalificaba (174). Se le llega a subvertir en nuestro capítulo teniéndose por

---

(172) Russel Lawrence BARSH, *Indigenous North America and Contemporary International Law*, pp. 75-76, en *Oregon Law Review*, 62, 1983, pp. 72-125; B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional*, pp. 53-59.

(173) B. SORDI, *Giustizia e Amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legitimo*, Milán 1984; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milán 1987; S. MANNONI, *Une et indivisible*, I, parte II: « Il tutto e le parti: Il costituzionalismo e il problema dell'autonomia locale », y sólo después parte III: « Il fiume sotterraneo: Il governo del territorio dal 1789 al 1815 », más el vol. II que se anuncia.

(174) J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, p. 220: « Après qu'A. de Tocqueville eut montré « que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'Ancien Régime » dans son célèbre ouvrage

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pacífico un cuadro inverso al suyo: conviertiéndose en *derecho* lo que él creía *hecho* y viceversa, presentándose como *hecho* lo que él pensaba *derecho*, la tutela administrativa lo uno y la autonomía local lo otro (175). Ahora, a estas alturas, *Una e indivisible* también puede constituir novedad, y novedad saludable, por plantearse en comunicación dialogante con Tocqueville (176). Con intención me repito. De vuelta de ilusiones y espejismos, con escarmiento de invenciones y complicidades, tras un periodo en el que se ha incurrido en los mayores engaños y encubierto los peores excesos desde las pretensiones más científicas, si algo decente y limpio le queda por ser a la historia, es diálogo que venza al tiempo.

Es diálogo que comunique. Dialogar es escuchar voces ajenas en un pie de igualdad, esto es, sin presunción de ciencia por nuestra parte. Dialogar no es mirar realidades extrañas e intentar comprenderlas con nuestras propias ideas e ignorancia de las suyas. Dialogar es encontrar interlocutores y tratarlos como tales. Han de serlo ante todo para nosotros los juristas de antaño: sus producciones y construcciones, las suyas y no las nuestras. El fallo fundamental de mi curso radicó en el defecto de este específico coloquio con los juristas de entonces y los alumnos y alumnas de ahora. Monologar fue mi defecto y dialogar es mi intento.

Tocqueville tampoco entabló dicho diálogo concreto con juristas del pasado, del suyo y el nuestro, y así se le pudo escapar el núcleo básico del sistema de *antiguo régimen* constituído, no por *la tutela administrativa*, sino por la *autotutela corporativa*. Nuestro clásico realmente despreciaba la jurisprudencia tradicional de *ius civile* tanto cuanto la ignoraba (177). Era secuela de la formación jurídica que vimos.

L'Ancien Régime en la Révolution (livre II, chap. 4), l'histoire de la jurisdiction administrative a fait l'object des études magistrales de R. Dareste, *La justice administrative en France*... », etc. Y ya conocemos unas referencias, incluída la del tenor del capítulo citado de Tocqueville, como para entender lo que digo no sólo sobre invención de tradición, sino también sobre conversión de poder en derecho y de descalificación en legitimación.

(175) François Burdeau, *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, París 1989, pp. 33-35: « Les autonomies locales:... il convient de distinguer le droit des faits. En droit,... villes et villages sont soumis à une côntrole étroit..., reputées mineures..., bridée(s) par la tutelle de l'intendant,... cette tutelle administrative », y lo que escape a esto es mero hecho, ya no derecho: « car il y a fréquemment assez loin des textes à la réalité ». Y tampoco parece que ya haga falta glosa.

(176) S. Mannoni, *Une et indivisible*, I, por el índice onomástico. También, mediante la respectiva guía de autores, B. Sordi, *L'amministrazione illuminata*, y L. Mannori, *Il sovrano tutore*, con otra lectura igualmente y sobre el capítulo de la tutela en concreto.

(177) A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, p. 266, que es nota: « Le droit romaine, qui a perfectionné partout la société civile, partout a tendu à dégrader la société politique, parce qu'il a été principalement l'oeuvre d'un peuple

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo era de la cesura revolucionaria. Ya comenzaba también a ocurrirle lo que no sólo les suele hoy pasar a nuestros alumnos y alumnas, sino también al historiador o historiadora modernista: no dominaba bien el latín, tampoco apreciaba la cultura clásica y, con toda esta falta de motivación, prefería naturalmente no hacer el esfuerzo (178). La historia entonces se hace campo abonado para monólogos y proyecciones de una cultura sola, la propia. Los mayores espectáculos de ficción histórica se han podido montar y sostener presumiéndose ciencia actual e ignorándose jurisprudencia pretérita, aquello que realmente fuera todo un imponente constructo mental de expresión primordialmente latina hasta las mismísimas vísperas revolucionarias (179).

Hablo de diálogo, de un diálogo que así, con tales presunciones e ignorancias, sería imposible. Dialogar en la historia es viajar en el tiempo y no necesariamente en el espacio con la humildad y el bagaje precisos para comunicarse y entenderse. Es viaje para conocer activamente humanidad o quizá mejor humanidades, no para contemplar pasivamente ni monumentos ni restos, ni ruínas ni vestigios. Personalmente dudo si puede realmente accederse a mundos pretéritos ni solo ni acompañado, ni investigando ni enseñando, pero sé que cabe dialogar con ellos, con otros mundos, y que esto puede comunicarnos experiencias ajenas y así situarnos mejor en nuestro mundo propio. Era justo el intento de Tocqueville ante la vivencia misma del cambio.

Nuestro asunto pretérito encierra incógnitas, pero nuestra posición actual, gracias a Tocqueville, la conocemos: todos los franceses, todos, quedamos bajo tutela. Es algo que descubrió tras la primera entrega, la de 1835, de su *Democracia en América* (180). La segunda, la de 1840, hace la advertencia: « Por encima de los ciudadanos se alza un poder

---

très-civilisé et très-asservi. Les rois l'adoptèrent donc avec ardeur, et l'établirent partout où ils furent les maîtres. Les interprètes de ce droit devinrent dans toute l'Europe leurs ministres ou leurs principaux agents. Les légistes leur fournirent au besoin l'appui du droit contre le droit même ».

(178) L. Díez del Corral, *El pensamiento político de Tocqueville*, cap. 4: « Tocqueville ante la antigüedad clásica ».

(179) B. Clavero, *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid 1986, caps. 1 y 2: « Institución política y derecho: desvelamiento del Estado Moderno » e « Historia y antropología: hallazgo y recobro del derecho moderno ».

(180) A. de Tocqueville, *Oeuvres Complètes*, vol. VIII.1, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Gustave de Beaumont*, 1967, carta suya de 8-VII-1838: « Vous voyez que je suis placé bien plus haut que le point de vue de la centralisation administrative qui consiste surtout à remplacer les pouvoirs secondaires par le pouvoir central. Je veux faire voir non seulement cela, mais encore l'Etat s'emparant successivement de toute chose, se mettant de tous côtés à la place de l'individu ou mettant l'individu en tutelle, gouvernant, réglementant, uniformant, toutes choses et tous personnes. C'est assurément un grand tableau et un grand sujet. Mais mes matériaux ne me suffisent point encore; mon imagination et la réalité vont encore plus loin que je ne puis l'exprimer et le fair comprendre ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inmenso y tutelar », un poder « que se parecería a la potestad paterna si, como ella, tuviera por objeto prepararles para la edad viril, pero el caso es que por el contrario pretende fijarles irremisiblemente en la infancia » (181). Advierte sobre una *tutela política* que, como ya sabemos, pronto comprobará que se estaba encarnando en *la tutela administrativa*.

Nacía *el derecho administrativo*. Estaban imponiéndose los nombres, celebrándose unos bautizos. *La palabra* pudo ser lo que trajo vida a *la cosa* y la cosa ser *el derecho* por hacerse tal *el poder*. Todos en fin indios, y los indios, siempre extraños.

(181) A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. I.2, parte IV, cap. 6: « Quelle espèce de despotisme les nations démocratiques ont a craindre », pp. 323-325: « Je ne crains pas qu'ils (les hommes) rencontrent dans leurs chefs des tyrans, mais plutôt des tuteurs... Au-dessus de ceux-là (les citoyens) s'élève un poivoir immense et tutélaire... Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour object de préparer les hommes à l'âge viril; mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance... Ils (nos contemporains) se consolent d'être en tutelle, en songeant qu'ils ont eux-mêmes choisi leurs tuteurs... », con signos, como *homme*, *citoyen*, *contemporain* y *viril*, indicativos de que todos no somos todos y todas, pues de la sujeción de la mujer no había cuestión, otra realidad traidora por punto invisible de una economía y política todavía doméstica, de un derecho civil que no es sólo privado.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PENALE

(a proposito di recenti appuntamenti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)

I. Anni 'carrariani', in Italia, quelli appena trascorsi: nell'88 l'imponente Convegno lucchese per il primo centenario della morte (1) e nel '91 un Incontro per la presentazione degli 'atti' di quel Convegno (2).

Occasioni provvide perché hanno permesso il contatto e la cooperazione fra giuristi accademici di varia estrazione (penalisti, processualpenalisti, storici e filosofi del diritto) ma soprattutto fra teorici e pratici del diritto; i quali ultimi — giudici e avvocati — hanno avuto il merito grande di promuovere l'organizzazione delle complesse manifestazioni partecipando largamente ai lavori congressuali. Circostanza, questa, che saluto come fatto altamente positivo, convinto come sono che prassi giuridica e cultura giuridica hanno necessità di trovare degli appuntamenti comuni, di incontrarsi e di confrontarsi per un arricchimento vicendevole.

Dall'angolo d'osservazione della storia del pensiero giuridico moderno, cioè della dialettica comparativa fra presente e passato prossimo all'insegna di quel *continuum* rappresentato dal pensiero dei giuristi, non posso non esprimere alcuni precisi motivi di soddisfazione.

Il primo è che si è arato e coltivato con amore e sapienza critica un rilevante lembo di terreno in mezzo al deserto che è ancora oggi la storia della letteratura giuridica italiana moderna, un ampio e potenzialmente ricco territorio dove troppe volte uomini e opere galleggiano colpevolmente nel vuoto (3). Tanto più lodevole questo scavo per Francesco

---

(1) Si veda ora il ricco volume di 'atti': *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, Giuffrè, 1991.

(2) Lucca, Pacini Fazzi, 1994.

(3) Sul piano di un contributo alla biografia di Carrara si deve segnalare anche quanto ha fatto, su impulso di Giuseppe Pera suo Presidente, la 'Accademia Lucchese di Scienze, Lettere ed Arti', ristampando il libretto biografico di Carlo PALADINI, *Francesco Carrara cittadino lucchese e plebeo; Alcune lettere di F. Carrara*, a cura di G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carrara, autore citatissimo, saccheggiato nelle sue pagine singole o nelle sue frasi sparse a causa d'un lessico e d'un piglio efficaci e suggestivi ma mai studiato in un approccio frontale e totale che giungesse a disegnare compiutamente la complessità di analisi soggiacente alla maestosa sistemazione, troppo spesso falsato e distorto da chi lo affrontava polemicamente per eróderne la forte e scomoda valenza ideologica (penso a Enrico Ferri, ad Arturo Rocco, ad Arturo Santoro, a Biagio Petrocelli) (4).

Il secondo motivo è che il vuoto è stato colmato, come si diceva più sopra, all'insegna di una severa sapienza critica; si è, insomma, tentato un autentico recupero storicistico di Carrara. Come scrive con la consueta acutezza Mario Sbriccoli, « quando si disegna il profilo delle grandi personalità, il rischio è proprio quello di cedere alla tentazione di limare e ritoccare finché esso non corrisponda alle misure ideali di un'immagine stereotipata » (5). La celebrazione stimola infatti all'apologia, cede alla liturgia e tende alla costruzione di un altarino su cui collocare l'immagine mitizzata. Ebbene, una siffatta tentazione — se inconsapevolmente c'è stata in taluno — è stata però ben esorcizzata da una dimensione critica che ha preteso di puntualizzare con franchezza « il vivo e il morto » del messaggio carrariano, segnalando impietosamente solidità e fragilità. Per lo storico la dimensione critica di questi atti, rispecchiata in uno stuolo di giuristi che vogliono soltanto leggere e comprendere, è da sottolineare con la massima evidenza.

V'è poi un terzo motivo di compiacimento: la reiterata attenzione su Carrara conferma quell'atteggiamento provvido della scienza giuridica del nostro tempo, che insiste sulla riscoperta dei suoi 'classici'; e quasi a dimostrazione di ciò, come sostanziale conclusione del gran dibattito congressuale dell'88 e del '91, ecco apparire immediatamente dopo, nel 1992, a cura di un intelligente penalista e per i tipi di un editore culturalmente consapevole, la ristampa — cioè la reimmissione fra le letture degli attuali giuristi — della 'Parte generale', il cuore e l'anima dell'imponente « Programma » carrariano (6). La voce di ieri e quelle fresche dell'oggi poste l'una accanto alle altre in posizione

---

Pera; l'articolo di G. PERA, *Il pensiero di Carrara sul diritto di sciopero*; in un elegante fascicolo miscellaneo: *Nel centenario della morte di Francesco Carrara (1888-1988)*, Lucca, Accad. Lucch. di Scienze, Lettere ed Arti, 1988.

(4) E. FERRI, *Francesco Carrara e l'evoluzione del diritto penale*, in *Nuova Antologia*, 1899 e *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*, in *Archivio giuridico*, XLIV (1890); Arturo ROCCO, *Il Problema e il metodo della scienza del diritto penale* 1910), ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Foro Italiano, 1933; A. SANTORO, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del diritto criminale*, in *La Scuola Positiva*, XVI (1936); B. PETROCELLI, *Interpretazione del Carrara*, in *Saggi di diritto penale*, seconda serie, Padova, Cedam, 1965.

(5) M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 449.

(6) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale - Del delitto, della pena*, Bologna, Il Mulino, 1992, con una ottima introduzione di Franco Bricola.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dialettica, in colloquio; non il disseppellimento di un cadavere, o magari la sua macabra e inutile imbalsamazione, ma due entità vive, legate da un *continuum* spirituale e perciò in fitto dialogo, un passato che diventa presente effettivo perché è già presente potenziale, radice di esso e fondazione di esso.

Altra volta (7), io non ho tralasciato di segnalare come questa riscoperta e riproposizione di 'classici' sia da ascrivere nel bilancio attivo della scienza giuridica contemporanea, soprattutto quando questa riscoperta comincia a investire non più soltanto il giuspubblicista — il cui sapere, meno vincolato alle cesure e alle cristallizzazioni delle varie successive codificazioni, è maggiormente situato in un *continuum* ininterrotto — ma il giusprivatista (vedi le iniziative di Rescigno, di Perlingieri, di Galgano e, da ultimo, di Trabucchi) e il giuspenalista vincolatissimi (e lo storico si lascia sfuggire una lamentazione: fino a ieri troppo vincolati!!) a un dato positivo codificato. Sta nel bilancio attivo, perché è il segno rilevante che il giurista sente l'esigenza di sottrarsi a quell'elemento episodico che è la vigenza quotidiana, avverte l'oppressione di un diritto identificato — a livello creativo — nella sola consolidazione legislativa constatandola ormai o troppo immobile o troppo mutevole per dar certezze sostanziali, e cerca pertanto non un rifugio o un'elusione ma un ancoraggio più sicuro.

La riscoperta dei 'classici', come scrivevo con convinzione qualche anno fa (8) e come ripeto volentieri oggi, non significa il riordinamento di una « museale galleria degli antenati con una funzione squisitamente decorativa », testimonia invece, al contrario, « lo slancio del giurista a superare il momento episodico, che troppo spesso appesantisce il mondo del diritto, e ad attingere l'assoluto della scienza — anzi: di una scienza che si fa pensiero —, anche se si tratta di un assoluto che vive nella storia ».

Il segno è doppiamente positivo: perché dimostra — ai saccenti (ma incolti) che ostentano sufficienza verso la scienza giuridica — che questa scienza può attingere alla dimensione dell'universale e diventare, come spesso è accaduto nel passato remoto e prossimo, pensiero; perché dimostra una coscienza rinnovata nel giurista, che intende scrollarsi di dosso la ridicola benemerenza di servitore della legge, che vuole uscire dal serraglio di evirati dove lo Stato borghese ha preteso di relegarlo, rivendicando per sé il ruolo creativo che la storia del diritto e la comparazione giuridica testimoniano abbondantemente.

E qui il discorso specifico su Carrara acquista un valore esemplare.

---

(7) P. Grossi, *Sui 'classici' del diritto (per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990).

(8) Grossi, *Sui 'classici' del diritto*, cit., p. 700.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Egli infatti, uomo che vive ed opera nei primi ottanta anni del secolo XIX (9), e cioè nell'età del più rigido positivismo giuridico di marca statalista; che si spenge proprio quando — in Italia — si comincia sempre più fittamente a sostituire al tradizionale modello francese i più liberi e liberanti modelli tedeschi; egli non ha nulla a che spartire col gregge degli esegeti e si staglia anzi sopra di essi con un progetto culturale che suona assolutamente alternativo.

Il quantitativamente enorme lavorío scientifico di Carrara, sotto questo profilo, deve essere interpretato come una duplice e coerente operazione affrancatrice: della scienza giuridica dalla cappa di piombo della politica spicciola quale « opera fangosa dello empirismo e del fatale tornaconto » (10) e dai condizionamenti delle singole e particolari legislazioni positive; del giurista dalla posizione servile di esegeta, da una sorta di non-ruolo scientifico e sociale.

Probabilmente, ha influito non poco su di lui il clima culturale della Toscana, dove — nel Granducato — impera fino al 1853 il diritto comune con la sua visione pluralistica delle fonti e col ruolo protagonistico della scienza, dove — nel ducato di Lucca — prospera quella 'procedura lucchese' da lui tanto prediletta e « che mai non era stata quella esatta di Francia, era creazione tutta nostra », come dirà in un innamorato epicedio nel 1862 (11). Certo è che il suo diritto può e deve essere scienza; di più: può e deve essere pensiero. E il suo giurista è costruttore, accanto al legislatore, al di là e al di sopra del legislatore.

Mai tentativo di affrancazione del giuridico fu più puntigliosamente e coerentemente perseguito. Il diritto penale non immerge le sue fondazioni nelle varie e variabili leggi positive degli Stati. Carrara è su ciò icastico concedendosi uno dei suoi caratteristici momenti di enfasi pungente: « se io mi fossi trovato fra mano una dottrina empirica mutabile col mutare degli umani capricci, io ne avrei pigliato a schifo lo studio » (12). Il diritto penale e il codice penale, proprio perché intimamente legati alle libertà della persona, proprio perché impensabili se non intimamente 'giusti', attingono a quel piano più profondo e non sfiorato dalle contingenze che è « la legge eterna dell'ordine » (13), attingono — in altre parole — nella sfera del divino dove il diritto si identifica con la giustizia. Da qui, il rifiuto della tesi tralatizia dei

---

(9) Soltanto per il lettore non italiano preciso che Carrara nacque a Lucca nel 1805 e vi morì nel 1888.

(10) *Programma del corso di diritto criminale - Parte speciale - Esposizione dei delitti in specie*, vol. VII, Lucca, Canovetti, 1870, $ 3938.

(11) *La cessata procedura lucchese* (1862), ora in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, Giachetti, 1878^3, vol. II, p. 46.

(12) *Programma del corso di diritto criminale - Parte speciale - Esposizione dei delitti in specie,* vol. VII, cit., $ 3924.

(13) *Programma del corso di diritto criminale - Parte generale*, Lucca, Giusti, 1967^3, Prolegomeni, passim, ma soprattutto p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

criminalisti, che coglievano « il diritto penale come un conseguente della società civile, mentre ne era l'antecedente » (14); da qui, il rifiuto del diritto penale « come un moderatore della umana libertà » (15)); da qui, l'abisso concettuale e storico che separa il diritto penale e il volgare diritto di polizia, questo sì nato e coinvolto nelle contingenze della società civile.

A nessuno studioso si addice come a Carrara la degnità metodologica che il più filosofo dei penalisti italiani del maturo Novecento, il Bettiol, scriveva quasi in epigrafe di un suo libro notissimo: « Il diritto penale è una filosofia » (16). La ricerca di Carrara è la disperata ricerca di fondazioni ontologiche: una scienza oggettiva, articolabile in concetti universali perché saldamente ancorata alla lettura di un ordine superiore; una scienza che, proprio perché innestata in questa dimensione universale, non può non incarnare una forma di pensiero, è intrinsecamente, necessariamente pensiero. Qui, a questo piano elevato, sta l'*essenza* del diritto penale, anche se la sua *esistenza* non può non svolgersi al piano sottostante delle legislazioni statali. Il diritto penale è innanzi tutto — anche se non è esclusivamente — una filosofia. Non si tratta di suggestive (però vacue) esercitazioni retoriche, ma, al contrario, di una concezione affrancatrice che coglie nel diritto penale come riflessione dottrinale una qualità ben diversa e superiore da quella di una semplice tecnica giuridica, sia pure raffinatissima, da elaborarsi all'ombra della legge e al servizio del legislatore; a livello *esistenziale* consisterà pure anche in una tecnica, anzi dovrà esserlo, ma a livello *essenziale* sarà scienza, scienza purissima, sarà costruzione giuridica affidabile non alle modeste forze di un esegeta ma alle capacità speculative di un giurista pensatore.

Un grande merito di Carrara, la sua lezione forse più viva, sta, dunque, a mio avviso, non sul terreno specificamente penalistico ma metodologico, e sta precisamente nello aver proposto, fra una cultura giuridica votata senza grosse consapevolezze epistemologiche al culto della esegesi, una immagine di giurista assolutamente attivo e investito di un ruolo primario. Il ceto dei giuristi è chiamato a fare scienza, non l'esegesi di un testo esterno ed estraneo che una volontà umana ha definito e conchiuso, bensì l'interpretazione di una complessa e ordinata armonia divina da tradurre e sistemare in regole positive, interpretazione cioè intermediazione tra un ordine morale che è già *essenzialmente* giuridico e un ordine positivo che deve riprodurre ad un più basso livello *esistenziale* l'impronta celata in quella trama *essenziale*.

Il giurista di Carrara è un soggetto attivo e pretende di porsi tra le

---

(14) *Dottrina fondamentale della tutela giuridica* (1861/1866), ora in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Prato, Giachetti, 1878[3], p. 252.

(15) *Ibidem*, pp. 253-54.

(16) G. Bettiol, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1947, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forze dinamiche dell'ordinamento giuridico, vuol lasciare alle sue spalle l'esilio a cui le convenzioni costituzionali borghesi, con tutto il peso della loro artificiosità ideologica, lo avevano condannato. Ed è giustificato il grande lucchese quando dilata il novero dei destinatari dell'opera sua; non più soltanto studenti, studiosi, pratici, ma gli stessi legislatori. Carrrara — filosofo, scienziato, avvocato, 'legislatore' egli stesso — intende assumerli come interlocutori non per vanagloria, bensì per corrispondere pienamene al ruolo cui il giurista è chiamato nella società. Il 'vivo' di Carrara sta soprattutto qui, in questo recupero della funzione autenticamente interpretatrice del ceto dei giuristi, nel reclamare per essi la funzione promotiva che una tradizione antica ed augusta aveva sempre loro assegnato.

Oggi, quando ancora lo stesso giurista non riesce a deporre la pesante armatura dell'assolutismo giuridico, protettiva e oppressiva al tempo stesso, in ogni caso devitalizzante (17); oggi che si coglie da vicino il rischio di una troppo rigida monocrazia legislativa, che si contemplano nello sfascio della società civile le miserie del legislatore, lo snaturamento e l'avvilimento dello strumento legislativo, la sua impotenza a ordinare una società straripante, oggi la lezione di Carrara spicca per una sua intima vitalità.

Tutta l'opera carrariana è infatti dominata da una tensione costante verso due risultati: recuperare il diritto penale — da una visione tradizionale che lo immobilizzava nella sua 'terribilità' e lo stravolgeva costringendolo quale dimensione patologica del sociale — alla fisiologia della convivenza umana, a componente essenziale dell'ordine civile nel suo aspetto di « protettore della libertà umana » e non già di essa « restrittivo »; recuperarlo e affrancarlo da ogni possibile arbitrio, che può essere — dietro l'ossessione illuministica — l'arbitrio del giudice, ma anche l'arbitrio del singolo legislatore positivo. La tensione è verso una costruzione armonica, razionale, proiezione di un ordine universale e pertanto insofferente a confinazioni artificiose, politiche.

Il messaggio di Carrara è universalistico, ed è da questo respiro sottostante a ogni pagina che discende l'affidamente alla scienza di un ruolo rilevantissimo. Un diritto penale uniforme è il fine ultimo che si delinea nello sfondo della maestosa costruzione dommatica. Ed è questa una ulteriore lezione, o, meglio, una preziosa integrazione della lezione precedente: nel momento in cui ci si incammina — e, si spera, non soltanto a parole — verso un diritto almeno europeo, l'universalismo carrariano parla alla nostra attuale coscienza un linguaggio sollecitante e confortante.

---

(17) Sia consentito di rinviare il lettore ad alcune mie osservazioni di alcuni anni fa: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese e alla ricerca di segni),* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), p. 517 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una doverosa precisazione, infine, sui caratteri di questo universalismo; e ciò per evitare equivoci, che si sono annidati in tante interpretazioni di Carrara. Si è infatti parlato troppo e semplicisticamente del 'giusnaturalismo' del penalista lucchese, col rischio di farcelo apparire un post-illuminsta e un disegnatore di vaghe e fumose oleografie intraducibili in concrete realtà giuridiche; io credo che si farebbe bene a parlare più di giusrazionalismo che di giusnaturalismo per sgombrare la strada da possibili fraintendimenti (18): il messaggio illuminista si mescola in lui con quello determinante della tradizione cattolica, come dimostra il suo disegno di un ordine primitivo dove non campeggiano gli astratti individui isolati delle favolette illuministiche ma un mondo di uomini associati e di folti rapporti sociali, come dimostra il suo fermo rifiuto dell'idea di contratto sociale falsa e falsante perché negatrice della primordiale natura dell'uomo come essere intrinsecamente sociale. Insomma, se si vuol continuare a parlare di giusnaturalismo, è opportuno dare un contenuto più preciso a un riferimento che — se generico — è culturalmente rischioso.

In Carrara, l'astratto disegno filosofico non resta mai soltanto nello sfondo come uno scenario suggestivo ma irreale, tende invece sempre a incarnarsi, a diventare trama ordinativa ma anche carne e sangue d'una esperienza di vita. La sua legge eterna dell'ordine, premessa a ogni manifestazione positiva, non è il magnifico complesso di regole astratte idonee soltanto per uno scenario settecentesco di pastorelli arcadici abbelliti da parrucche incipriate, ma un complesso di regole dalla intensa valenza etica, contrassegnato fin dall'inizio da una intima socialità e immediatamente traducibile in schemi giuridici efficaci.

Come precisa opportunamente Tullio Padovani nel suo ricco saggio sulla teoria carrariana del reato, « le due prospettive carrariane — 'deontologica' e 'dogmatica' — risultano largamente interconnesse e rappresentano lo sviluppo coerente, su piani teleologicamente diversificati, di una concezione unitaria » (19). La filosofia in Carrara è sempre ordinata a un progetto, diventa sempre progetto, ha sempre una dimensione anche operativa.

Il diritto, il diritto penale, è sempre sorpreso a due livelli, l'essenziale e l'esistenziale come più sopra si diceva, non contrapposti l'uno all'altro in una visione dualistica e manichea, ma in continua armonica trasfusione. Il sistema giuridico, che non è scritto sulle nuvole ma che è chiamato a ordinare la terra di uomini in carne e ossa, deve però attingere la sua legittimazione prima nel cielo alto dei valori.

---

(18) Questo diciamo per evitare di legar troppo Carrara a quel giusnaturalismo sei-settecentesco, che viene presentato comunemente (anche se a torto) come il giusnaturalismo per eccellenza; col rischio di prospettarci un Carrara illuminista.

(19) T. Padovani, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., p. 261.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

OMAGGIO A UN 'CLASSICO' DELLA DIDATTICA GIURIDICA UNIVERSITARIA

(a proposito della trentesimasesta edizione delle 'Istituzioni di diritto civile' di Alberto Trabucchi)

I. 'Il Trabucchi', quello in carne ed ossa, è un personaggio che vive a Padova dove ha insegnato per decenni con grande autorevolezza il diritto civile, che porta disinvoltamente sulle sue spalle vigorose i proprii ottantotto anni mantenendo il piglio pronto d'un giovanotto, che dirige esemplarmente la 'Rivista di diritto civile'. Ma non è questo 'il Trabucchi' cui pensa primamente il giovane nostro studente d'una Facoltà giuridica: per lui il personaggio si è tanto identificato con un libro da farlo quasi inghiottire nelle pagine di questo. Per lo studente 'il Trabucchi' è null'altro che il 'manuale' di 'Istituzioni di diritto civile' su cui egli studia la grammatica elementare del diritto privato italiano, come dietro di lui l'hanno studiata una catena ininterrotta di discenti nei più disparati Atenei della penisola. È il 'manuale' di cui l'Autore mi ha inviato amabilmente in omaggio — appena qualche giorno fa (luglio 1995) — la trentesima sesta edizione (1), e della quale mi piace far qui segnalazione con una particolare sottolineatura.

Si dirà: ma perché segnalare qui, sulle pagine d'una Rivista dedicata alla storia del pensiero giuridico moderno, un testo di schietto diritto positivo, vòlto esplicitamente a disegnare le linee dell'attuale diritto privato italiano?

Perché è questo uno di quei libri, che — pur essendo ovviamente frutto ed espressione del suo tempo, pur contenendo un sapere storicamente determinato, pur essendo destinato a lettori determinati quali sono gli studenti vogliosi di istruirsi sul diritto privato italiano dopo la codificazione del 1942 — reca in sé una o più dimensioni che lo sollevano dall'effímero del grande ammasso della stampa giuridica, lo affrancano dal vincolo indissolubile con la norma vigente (forza e debolezza d'ogni pagina di diritto positivo) e, in qualche modo, lo liberano dalle relatività temporali, lo assolutizzano. Il libro diviene, in

(1) Padova, CEDAM, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grazia di quelle dimensioni, un modello, e attinge la propria validità al di là e al di sopra del suo contenuto specifico; al di là e al di sopra, è un metodo, uno stile espositivo, un approccio intellettuale, che ne fanno un 'classico' nel senso che, altra volta, su questi 'Quaderni' (2), ho creduto di precisare.

E il libro lascia la sorte comune dei tanti volumi dozzinali, soffre solo in minima parte l'usura del tempo, e resta; resta cioè consegnato tra i pilastri fermi della letteratura giuridica italiana, entra a buon titolo nella storia di questa letteratura.

II. È, a mio avviso, il destino singolare delle felici e fortunate 'Istituzioni di diritto civile' di Alberto Trabucchi.

Il che non vuol dire — si badi bene — che si tratta di un libro scritto in versi, inutile per chi ha bisogno di una dimessa prosa ricca di dati positivi, chiari certi aggiornati. La fortuna del 'manuale' dimostra esattamente il contrario: i pratici — e cioè studenti universitari, candidati a pubblici concorsi, giudici, avvocati, notai — lo hanno letto e studiato con profitto. e dimostra il contrario la vigile attenzione con cui l'Autore tiene aggiornata l'informazione, come prova il fascicoletto inserito in quest'ultima trentesima sesta edizione per dare adeguata notizia della rilevante Legge 31 maggio 1995, n. 218, che opera una sostanziale riforma del diritto internazionale privato, legge apparsa sulla Gazzetta Ufficiale quando l'edizione era già alle stampe.

Vuol dire invece che questo non è soltanto un libro profittevole per conoscere il diritto civile vigente oggi nella Repubblica Italiana; è, come più sopra si diceva, un libro esemplare per il metodo con cui è redatto, per l'approccio intellettuale, per la consapevolezza che lo anima e lo ravviva.

Il libro — lo si sa bene — è un 'manuale' istituzionale, è cioè uno di quegli strumenti che, nelle Facoltà giuridiche italiane, viene messo in mano a uno studente di primo anno, ben spesso digiuno di nozioni giuridiche, al fine di fargli avere una grammatica prima. È lo scopo ed è il destinatario a rendere delicata ed ardua la scrittura d'un siffatto 'manuale': come strumento d'un sapere universitario, non può che essere opera di scienza, testimone e tramite di conoscenza scientifica, giacché è questa l'unica dimensione che si conviene all'Università; come mezzo di apprendimento primo, non può abdicare a un suo cómpito d'informazione elementare solida ed ordinata.

Il segreto d'un perfetto 'manuale' istituzionale riposa nella misura complessa in cui formazione e informazione si compongono e si integrano: il fine formativo porta a una inevitabile sorpavvalutazione del-

(2) P. Grossi, *Sui 'classici' del diritto (per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX (1990).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'aspetto problematico, col rischio di turbare le nitide linee d'una esposizione elementare; il fine informativo porta a una inevitabile collezione di dati e a una possibile — se non probabile — banalizzazione del sapere. E l'istituzionista è lì in mezzo, come il Tantalo della favola.

Il segreto primo di Trabucchi, cioè il suo modo di corrispondere e rispondere a esigenze tanto complesse e anche tanto divergenti, è dei più semplici: specularità del testo scritto alla lezione; il volume come consolidazione fedele, la più fedele possibile del 'corso' universitario. Né si dica che siamo ai limiti dell'ovvietà e che ogni autore consolida nelle pagine i proprii esperimenti didattici: che questo venga affermato comunemente, è verissimo ripetendosi a scialo da tutti gli scrittori di 'manuali' che il volume nasce nella scuola e per la scuola, ma è anche verissimo che si tratta di affermazione quasi sempre appartenente a uno stucchevole e falso cerimoniale; troppe volte, al contrario, si assume la pagina come palestra per uno sfoggio facile di erudizione o per impostare polemiche astruse contro i proprii avversarii scientifici.

Qui, in questo bel volume trabucchiano, il segreto sta tutto nella scrupolosa osservanza del programma e della premessa scritti fermamente nella remota (è datata 'Pasqua del 1943') prefazione alla prima edizione. Trabucchi redige la prefazione avendo presente e pressante sull'animo suo il clima di quegli anni di guerra, la contemplazione di tanti giovani che si sarebbero presentati a sostenere l'esame senza aver potuto frequentare le lezioni; e si impone di offrire loro un libro che sia « parola scritta » (la locuzione è sua), uno scritto che tenti di serbare con fedeltà la parola viva del maestro.

Ancora tre anni dopo (10 settembre 1946), passata la grande burrasca, in un clima politico e sociale più ordinato, licenziando la terza edizione, ribadisce: « ho avuto sopra tutto il timore di togliere al lavoro quel carattere di freschezza che gli viene dalla sua origine: risultato di una conversazione con i miei studenti ».

Il segreto — elementarissimo, se si vuole — sta tutto qui, nell'ossequio — sentito, convinto, costante — a un imperativo che il didatta ha ritenuto inderogabile: non lasciarsi catturare dai facili lacci dello sfoggio scientifico, dalla insipiente manía di completezza; conservare al libro il pregio grande e irripetibile di 'conversazione con gli studenti', porre in atto una intelligenza semplice del diritto civile, una intelligenza di principii ordinatori idonei a con-prendere (dominare per capire, com'è nel latino *comprehendere*) la diaspora altrimenti inafferrabile della congerie di dati particolari [3].

---

[3] Mi permetto unire qui un ricordo personale: all'inizio del mio primo corso universitario nella Facoltà giuridica fiorentina, il mio Maestro di Istituzioni di diritto privato Enrico Finzi consigliò, com'è d'uso, alcuni 'manuali' necessarii per la preparazione dell'esame; fra questi, quello di Trabucchi, di cui lodò l'esemplare chiarezza, e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È un vistoso elogio che si può ripetere anche oggi.

Cioè: il libro non si è deformato, snaturato, in questi più che cinquanta anni di vita e in queste trentasei edizioni, malgrado il crescere smisurato degli interventi del legislatore speciale, la dialettica fra Codice e Costituzione attraverso il filtro sempre più incisivo della Corte Costituzionale, il complicarsi del vecchio lineare diritto privato italiano nella prospettiva comunitaria.

E mi vien fatto di comparare la vicenda del volume trabucchiano a quella di altri autorevoli 'manuali' che l'incautela dell'autore ha appunto — a mio avviso — deformato e snaturato. Penso, in questo momento, nel campo del diritto amministrativo, al 'corso' di Aldo Sandulli, azzeccato e fortunato nel progetto iniziale (4) ma divenuto, al termine d'una lunga vita, un ammasso elefantiaco e poco dominabile di dati.

Negli studi universitari — che sono sempre itinerarii di conoscenza scientifica — una illusione perniciosissima ma anche una prospettiva falsante, sia per il docente che per il discente, è il miraggio della completezza, o della maggior completezza possibile; miraggio irraggiungibile e sforzo inutile, dal momento che ciò che ha davvero carattere onnivalente per il giovane studente di Legge, ciò che gli resterà come patrimonio per tutta la vita e che forma il bilancio positivo dei quattro anni di studii universitarii, è non già il coacervo di nozioni, la quantità di nozioni, bensì quella *forma mentis*, quell'approccio metodologico, quel complesso di architetture logiche e tecniche nonché di elementi 'grammaticali' essenziali, che in altra occasione io mi son permesso di chiamare gli occhiali del giurista (5), prendendo a prestito l'espressione dal titolo di una famosa e fortunata rubrica condotta per anni da Arturo Carlo Jemolo sulla 'Rivista di diritto civile'; intendendo per occhiali del giurista la capacità di leggere il mondo *sub specie iuris*, di cogliere al di dentro e al di sotto della confusa dimensione sociale la trama rigorosa — rigorosa perché ordinante — del diritto, dei suoi segni, delle sue invenzioni, delle sue figure.

---

quello di Francesco Messineo, che segnalò come trattazione davvero esaustiva. Da studente zelante, io acquistai i parecchi volumi che componevano il trattato di Messineo, e ne rimasi subito soffocato e sgomento sia per la mole sia per una disarmante analiticità. Su consiglio próvvido di studenti veterani, acquistai poi il volume di Trabucchi e mi trovai immediatamente a mio agio: le linee del sistema civilistico italiano mi si dispiegarono dinnanzi in un disegno nitido e intenso.

(4) A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1952.

(5) Sulla Rivista dell'allora neo-nata Facoltà giuridica della Università della Calabria, nell'ámbito di una inchiesta su 'la formazione del giurista nell'Europa unificata' promossa dal Preside Alessandro Corbino; cfr. P. Grossi, *Gli 'occhiali' del giurista*, in *Panorami - Riflessioni discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, 3 (1991).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. Ma v'è un altro titolo di merito del libro trabucchiano, che non può essere taciuto: la visione complessa che, con ricca e arricchente sensibilità, si offre dell'universo giuridico.

Non v'è dubbio che Trabucchi sia un cultore del diritto positivo italiano e ben ancorato ad esso, e che il libro di cui si parla sia un libro di diritto positivo. Va sottolineata però la consapevolezza e la sensibilità, decisamente arricchenti, con cui questo universo viene esaminato. Non un mondo normativo conchiuso, quasi un assoluto, quasi un'isola metastorica, da spiegare con dei meri sussidii esegetici; piuttosto, quasi il punto di una linea o l'anello d'una catena. Un universo dinamico còlto al centro di precise forze storiche che lo sollecitano e via via anche lo trasformano.

È quanto Trabucchi stesso, al termine di un itinerario più che cinquantennale, esprime efficacemente nella prefazione — appena di ieri: 1 luglio 1995 — a quest'ultima edizione indicandoci il senso della lunga linea disegnata: « seguendo le trasformazioni del mondo, riconoscere i valori antichi e aprirsi con decisione ai tempi nuovi ».

E il diritto civile italiano, così come viene pòrto agli attuali studenti, appare realtà complessa — pluridimensionale — nella quale Trabucchi individua puntualmente tre forze portanti generative di altrettante dimensioni: la razionalità che, identificando taluni minimi etici e ispirandosi pertanto a una obbiettiva ragionevolezza, rappresenta una piattaforma costante; la tradizione, cioè la tradizione di cultura giuridica propria della civiltà occidentale, col suo indubbio filtro di valori; il divenire socio-economico, che chiede di consolidarsi anche in divenire giuridico.

Un gioco vario di forze e un combinarsi di costanti e di variazioni, di sistema e di sedimentazioni alluvionali, di logica e di storia. Un diritto che tende, per la sua indole ordinatrice, a diventare costruzione, ad assestarsi in un sistema, ma che, per incarnarsi continuamente nelle umane vicende, è realtà necessariamente anche mutevole, un diritto che tende alla statica ma che non può rinunciare — pena il risecchimento totale — alla coerenza col corpo sociale in continua trasformazione: al di sotto e al di dentro della piattaforma normativa il giurista — quello autentico, e non il mero esegeta passivo — deve cogliere queste opposte tensioni e percorrere la non facile strada che, non appagandosi di un passato dovizioso e di un presente autorevole, lo porta a non perder mai di vista il futuro, perché il senso del diritto è nel cammino accanto agli uomini, con gli uomini e per gli uomini.

La percezione sicura dell'intreccio di assoluto e di relativo, di valori e di storia, è la ricchezza di questo libro; e la si afferra bene leggendo le 'premesse alle precedenti edizioni', che assai opportunamente Trabucchi ha raccolto all'inizio del volume e che il mio gusto documentario di storico avrebbe desiderato tutte complete e tutte munite di una data che permettesse di seguire passo passo l'itinerario. È una lettura che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

segnala quanto e come, a stento trattenuto sotto la medesima pelle, il corpo vitale dell'ordine giuridico, lentamente e faticosamente, si adegui ai suoi scopi ordinanti.

Uno dei meriti specifici di queste 'Istituzioni' è stata, per esempio, — certamente non solo in quest'ultima edizione — la valorizzazione del diritto comunitario europeo. Se v'è un punto lontano a cui Trabucchi ha da tempo, con lungimiranza e sensibilità, guardato, è infatti l'ardua costruzione di un diritto uniforme europeo, e ciò fin da quando si trattava unicamente di poche pietre ammucchiate senza convinzione dagli Stati.

IV. Un'ultima considerazione discende netta da uno sguardo intrigante al libro, ma è resa facile e immediata dalle esplicite affermazioni dell'ultima premessa: la coscienza che, sul piano delle fonti, qualcosa, nel profondo, sta mutando. Sono sintomatiche affermazioni come le seguenti: « il sistema va anche al di là della legge scritta », « il sistema moderno appare sempre più aperto ». Notazione tanto più rilevante, giacché Trabucchi è e resta un legalista convinto, assai più legalista di quanto lo sia io. Ed è ugualmente sintomatico il riferimento aperto a Cesare Vivante, il ri-fondatore del diritto commerciale moderno in Italia ma anche il più effettualista fra i giuristi italiani operanti tra Ottocento e Novecento, colui che non esitò — scandalizzando i benpensanti — a inserire tra le fonti formali di diritto, in una pagina emblematica del primo volume del suo 'Trattato di diritto commerciale', la « natura dei fatti » (6), colui che non si è mai stancato di invitare il giurista a guardare — al di là delle leggi — anche alla prassi, alla vita quotidiana, alla esperienza (7).

Il panorama deve ampliarsi: quel momento applicativo, che un legalismo parossisticamente inteso aveva voluto relegare nell'irrilevante, emerge con tutto il suo carico di normatività latente; e gli strumenti della applicazione — giurisprudenza e dottrina — affiorano al livello della normatività, mentre si recúpera sempre più il giuridico come organizzazione, come esperienza, come vita. E la vecchia rigidissima legalità si dimostra insufficiente, anzi coartante; ed urge una revisione del grave prolema delle fonti, che la scienza non può più eludere se vuol prendere atto delle nuove frontiere del diritto e se non vuol continuare

(6) C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Bocca, 1893, vol. I, cap. I - 'Le fonti', § 9.

(7) Una dimostrazione delle sue convinzioni e dei risultanti eccellenti della spregiudicata angolatura metodica Vivante l'aveva data studiando minutamente e fondando teoricamente il moderno contratto di assicurazione, in ricerche restate poi basilari per la commercialistica italiana (si veda soprattutto: *Il contratto di assicurazione. I. Le assicurazioni terrestri*, Milano, Hoepli, 1885, p. V.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a ripetere luoghi comuni esiliabili ormai nella più vieta mitologia giuridica.

In questo splendido volume di diritto positivo serpeggia una siffatta complessa coscienza; e — al di sotto delle linee del sistema tratteggiate con un rigore, una limpidità, una finezza esemplari — c'è un invito non scritto a guardare rispettosamente ma criticamente la norma positiva, con una disponibilità sincera verso il futuro. Anche il giurista, anche il giovane giurista, è chiamato da Trabucchi a collaborare alla costruzione del futuro ordine giuridico. Una psicologia attiva è ormai richiesta al civilista, pur nell'ámbito del proprio mestiere e senza improvvisazioni in una politica volgare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCA MANNORI

GENESI DELLO STATO E STORIA GIURIDICA

(a proposito di: AA.VV., *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chiottolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, 1994).

1. Nell'aprile del 1993 un importante convegno organizzato a Chicago su iniziativa di Giorgio Chittolini, Anthony Molho e Pierangelo Schiera si è assunto l'ambizioso impegno di fare il punto sullo stato del dibattito storiografico relativo alla nascita dello Stato moderno in Italia fra Tre e Cinquecento. Coinvolgendo parecchi tra i massimi studiosi della civiltà rinascimentale italiana, esso si è articolato in sette sezioni, rispettivamente dedicate alle relazioni internazionali, ai rapporti centro-periferia, alle politiche fiscali, al diritto, alla corte, al ruolo della Chiesa e al significato della distinzione tra pubblico e privato. Ognuna di queste sezioni è stata aperta da una relazione volta ad offrire un bilancio ragionato della ricerca nell'ambito del proprio settore ed integrata da una serie di ulteriori interventi di discussione e di approfondimento. Il prodotto di questo sforzo collettivo è stato ora pubblicato nel volume indicato in epigrafe, che si offre agli specialisti come la testimonianza più aggiornata delle tendenze che caratterizzano il vasto campo d'indagini relativo alla genesi della statualità nel nostro Paese.

Va subito premesso che i materiali raccolti nel volume, benchè legati tra loro da una stretta comunanza di temi e problemi, rivelano un carattere abbastanza eterogeneo. Accanto a contributi che privilegiano univocamente il dibattito storiografico a tutto campo ve ne sono altri che sviluppano invece specifici percorsi di ricerca, altri ancora che propongono riflessioni o bilanci attinenti a singole aree regionali, ed altri infine che combinano variamente indagini su casi o vicende determinate con una discussione di più ampia portata. Pretendere perciò di resocontare in modo esaustivo il contenuto dell'opera sarebbe al tempo stesso arduo per chi scrive e tedioso per il lettore, che potrà invece trovare direttamente nei vari saggi risposte e sollecitazioni adeguate ai suoi specifici interessi (1). Abbandonata fin d'ora, dunque,

(1) A questo scopo, riproduciamo di seguito l'indice del libro: P. SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni pretesa di completezza, proviamo invece a concentrare l'attenzione sull'obbiettivo principale dell'opera: che è poi quello di definire il profilo della statualità moderna e delle dinamiche che ne avrebbero provocato l'emersione.

A questo proposito, si può prender le mosse da un dettaglio lessicale che, pur nella sua marginalità, è indicativo del travaglio attraversato dalla storiografia più recente. Il titolo originario del convegno era: « Le origini dello Stato moderno in Italia nei secoli XIV-XVI ». Al momento di pubblicare gli atti, l'aggettivo 'moderno' è stato derubricato dai curatori. Ciò sarebbe accaduto essenzialmente — spiega Schiera nella sua nota introduttiva — perchè nel lessico storiografico anglosassone esso evoca notoriamente tutto il periodo che va dalla fine del medioevo fino ad oggi: cioè un arco cronologico infinitamente più ampio di quello a cui si riferiscono i lavori congressuali. E tuttavia lo stesso Schiera ammette subito dopo che questa scelta è stata determinata anche da motivi più sostanziali: in particolare « dall'aspetto graduale e anche talora contraddittorio del fenomeno statale nel suo lento svolgersi e realizzarsi » (p. 11).

Lentezza, gradualità, contraddittorietà. Sono in effetti questi i caratteri su cui la storiografia europea degli ultimi vent'anni ha più palesemente insistito nel ricostruire i processi genetici della statualità

Sezione I, Relazioni internazionali: R. Fubini, *Lega italica e politica dell'equilibrio all'avvento di Lorenzo de' Medici al potere*, S. R. Epstein, *Storia economica e storia istituzionale dello Stato*, A. K. Isaacs, *Sui rapporti interstatali in Italia dal medioevo all'età moderna*, A. Musi, *Stato e relazioni internazionali in età spagnola*. Sezione II, Centro e periferia: E. Fasano Guarini, *Centro e periferia, accentramento e particolarismi: dicotomia o sostanza degli Stati d'età moderna?*, S. K. Cohn jr., *Razionalità e 'civismo' nella storia italiana della prima età moderna*, P. Corrao, *Centri e periferie nelle monarchie meridionali del tardo medioevo. Note sul caso siciliano*, C. Povolo, *Centro e periferia nella Repubblica di Venezia. Un profilo*. Sezione III, Politiche fiscali: A. Molho, *Lo Stato e la finanza pubblica. Un'ipotesi basata sulla storia tardomedioevale di Firenze*, A. Calabria, *Finanza e Stato. Un commento*, G. Muto, *Modelli di organizzazione finanziaria nell'esperienza degli Stati italiani della prima età moderna*, L. Pezzolo, *Sistema di potere e politica finanziaria nella Repubblica di Venezia (sec. XV-XVII)*. Sezione IV, Organizzazione giuridica e diritto: A. Mazzacane, *Diritto e giuristi nella formazione dello Stato moderno in Italia*, M. Bellabarba, *Norme e ordini processuali. Osservazioni sul Principato di Trento tra XV e XVI secolo*, T. Kuehn, *Antropologia giuridica dello Stato*, D. Quaglioni, *'Fidelitas habet duas habenas'. Il fondamento dell'obbligazione politica nelle glosse di Bartolo alle costituzioni pisane di Enrico VII*, R. Savelli, *Tribunali, 'decisiones' e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*. Sezione V, La Corte: T. Dean, *Le Corti: un problema storiografico*, M. Fantoni, *Corte e Stato nell'Italia dei secoli XIV-XVI*, J. S. Grubb, *Corte e Cronache: il principe e il pubblico*, E. W. Muir, *Extraterritorialità e integrazione nelle corti del tardo medioevo*. Sezione VI, La Chiesa: R. Bizzocchi, *Chiesa, religione, Stato agli inizi dell'età moderna*, M. M. Bullard, *L'altra 'anima' della Chiesa nella prima età moderna*, G. Fragnito, *Istituzioni ecclesiastiche e costruzione dello Stato. Riflessioni e spunti*. Sezione VII, Pubblico-privato: G. Chittolini, *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, A. De Benedictis, *Consociazioni e 'contratti di signoria' nella costruzione dello Stato in Italia*, A. Zorzi, *'Jus erat in armis'. Faide e conflitti tra pratiche sociali e pratiche di governo*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(come i contributi stessi del convegno chicaghese ampiamente confermano). Tanto non solo da raccomandare un uso estremamente circospetto dell'aggettivo 'moderno' con riferimento ai sistemi di potere rinascimentali, ma addirittura da mettere in forse la stessa categoria dello 'Stato' come criterio interpretativo fondamentale dello sviluppo politico a partire dalla fine del medioevo. Si può anzi dire che quest'ultimo periodo di ricerche abbia segnato per molti versi un grande momento di svolta nella rappresentazione del mondo istituzionale collocato tra il XIV e il XVII secolo: fino a revocare decisamente in dubbio la sua tradizionale fisionomia di 'periodo di formazione dello Stato moderno'.

È vero. Per quanto riguarda la cultura italiana, fino a tempi recenti lo Stato non aveva attratto le attenzioni degli storici in misura comparabile a ciò che per lunga tradizione accadeva in vari altri Paesi europei. L'interesse dei modernisti è stato assorbito a lungo ben più da temi di carattere socioeconomico e culturale che non istituzionale; e sotto questo profilo, quindi, si può anche guardare agli ultimi due decenni come ad un momento di netta ripresa degli studi sullo Stato. Il fatto è però che fino agli anni Settanta tutta la nostra storiografia, indipendentemente dall'oggetto specifico a cui riservava le proprie attenzioni, era condizionata da una ben precisa immagine della statualità — immagine magari largamente irriflessa, ma forse proprio per questo assai cogente —. Il postulato più o meno implicito da cui comunemente si moveva era che la storia istituzionale dell'Europa moderna coincidesse appunto con la storia dello Stato: intesa, nei suoi termini più elementari, come progressiva centralizzazione dell'autorità su di una vasta area territoriale, ad opera di soggetti politici parimente insofferenti delle vecchie potestà universali e del reticolo di poteri periferici proprio del mondo tardo-medievale. Tenendo presente questo archetipo (come viene ricordato a più riprese nel nostro volume, e con particolare puntualità da Elena Fasano nel suo saggio dedicato alle relazioni centro-periferia), il caso italiano veniva inquadrato secondo due prospettive fondamentali, di segno tendenzialmente opposto ma costruite con gli stessi materiali concettuali. La prima, riconducibile per un verso alla lezione chabodiana, per un altro a certi contributi della storiografia giuridica dei primi decenni del secolo (si pensi per es. ad Anzilotti o ad Ercole), tendeva ad offrire una lettura 'in positivo' dei processi di concentrazione del potere tipici dell'Italia rinascimentale, riconoscendo in essi certe sostanziali omogeneità rispetto alle coeve vicende degli altri Stati europei (salvo poi registrare sviamenti o crisi successive, in coincidenza con il consolidarsi delle « dominazioni straniere » e con la lunga fase di ristagno del Seicento). La seconda linea di lettura, invece, destinata a prevalere quantomeno nel dopoguerra, interpretava il passaggio dal Comune al Principato, ed in genere l'affermazione degli Stati regionali, come una sorta di involuzione istituzionale. Strettamente legate alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiusura oligarchica conseguente alla crisi della civiltà comunale, al riflusso economico già avvertibile col Quattrocento, a quel ritorno alla terra che si volle battezzare 'rifeudalizzazione', le strutture territoriali sorte col Rinascimento venivano indicate come qualcosa di totalmente infungibile rispetto al profilo del 'vero' Stato moderno altrove in corso di formazione. In esse si vedeva soprattutto degli 'aggregati' di corpi cittadini o feudali, che il nuovo signore o la città dominante non aveva alcun interesse ad omologare tra loro, dato che il suo obbiettivo essenziale era quello di mantenere una supremazia fondata proprio sul sostegno di quelle *élites* privilegiate che in essi trovavano il loro *habitat*. La costituzione di questi ordinamenti, così, si presentava come una degenerazione in senso autoritario dell'antico tessuto medievale, parallela al definitivo ingessamento della struttura sociale sottostante. Il nuovo quadro istituzionale non avrebbe fatto altro che perpetuare il particolarismo esasperato della civiltà comunale, soffocando al tempo stesso tutta la sua variamente interpretabile, ma certo indiscussa vitalità politica.

Semplificando all'estremo, la letteratura più risalente finiva insomma per porre questa alternativa: o prestar fede ad una 'modernizzazione' statuale italiana fraseggiata secondo gli schemi generali europei, anche se ipotecata da ritardi e stagnazioni, o negare semplicemente e fin dall'inizio l'esistenza di una 'via italiana' allo Stato moderno, proponendo una lettura della vicenda concepita in termini di mera crisi e decadenza. In entrambi i casi, la valutazione era formulata tenendo presente un paradigma previo della statualità, che era in gran parte quello ricavabile dal pensiero giuridico e socio-politico a cavallo tra la fine del secolo scorso ed i primi decenni del nostro.

Ora, la sensazione è che nel corso degli ultimi anni sia stata progressivamente abbandonata proprio *questa* nozione-paradigma, che aveva servito finora, più o meno consapevolmente, ad attribuire un senso a tutta la ricostruzione storiografica. Lo testimoniano assai bene — ci pare — i contributi del nostro volume.

Tra di essi, l'unico che si richiami ancora con forza e con piena determinazione alla declinazione classica dello Stato moderno è proprio quello di Schiera, che funge da introduzione generale alla raccolta. Rifacendosi esplicitamente alla lezione weberiana, Schiera rivendica all'esperienza quattrocentesca dell'Italia settentrionale il merito di aver prefigurato per la prima volta in maniera chiara i caratteri della statualità: che consisterebbero in sostanza « nell'apprestare strutture e apparati volti a costruire e a mantenere il consenso e la partecipazione dei cittadini sudditi » e nel « pretendere ed ottenere, da parte di questi ultimi, comportamenti sociali conformi » (p. 21). La ricerca di una legittimazione 'legal-razionale' ed una speculare vocazione a 'disciplinare' i comportamenti dei governati vengono indicati come i due elementi basilari dello Stato moderno — entrambi estranei ad un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mondo medievale in cui da un lato il potere era considerato come un dato ontologico, e dunque del tutto autonomo dal consenso di chi vi soggiaceva, mentre dall'altro il suo esercizio si risolveva essenzialmente nel godimento dei benefici che assicurava al suo titolare, senza implicare alcun progetto di regolazione della vita dei consociati secondo un piano predeterminato —. Fondamento consensuale e vocazione disciplinatrice — questi due tratti, già percepibili nell'ambito dell'esperienza comunale, si sarebbero manifestati però nella loro pienezza solo con la transizione al regime signorile, con cui il governo cittadino si emancipa dalle proprie radici corporative e contrattualistiche per attingere una nuova legittimazione, di tipo dichiaratamente istituzionale. Il 'dispotismo' dei nuovi signori, così, lungi dal lasciarsi iscrivere nella prospettiva della 'caduta e degenerazione', diventa il segno del primo inverarsi dello Stato. Uno Stato che se non trovò poi da noi le condizioni ideali per svilupparsi fino in fondo deve comunque le sue origini all'*humus* dell'umanesimo quattrocentesco: « fu certamente in Italia che avvenne il miracolo e che il mito si trasformò in fantasia, cioè in ragione e in opera d'arte » (p. 47).

Eccoci dunque di fronte ad una riproposizione dei percorsi in qualche modo classici della storiografia istituzionale: la formazione della statualità assunta al ruolo di vicenda paradigmatica, la valutazione dell'esperienza italiana considerata alla luce della sua capacità di elaborare un modello di convivenza civile di carattere statale, una risposta inequivocabilmente positiva al quesito fondamentale circa l'esistenza o meno dei caratteri fondanti di questo modello in quella esperienza.

Tuttavia, già nel saggio di Schiera il paradigma dello Stato moderno risulta definito in un modo assai diverso rispetto ai suoi profili più ricevuti. È l'autore stesso a puntualizzarlo nell'atto in cui, proprio richiamandosi a Weber, prende le distanze da quella recezione « volgare » del pensiero weberiano che identifica la nuova razionalità politica nel « funzionamento giuridico-burocratico degli apparati » — ovvero nella capacità di costruire un sistema di governo specificamente amministrativo, spersonalizzato ed equidistante rispetto a tutti i sudditi —. Il terreno su cui verificare la nascita dello Stato non sarebbe quindi quello propriamente « storico-istituzionale », accidentatissimo ed involuto, bensì solo quello « storico-culturale ». La modernità politica di cui parla Schiera ha insomma uno spessore eminentemente psicologico ed intellettuale, è molto più 'Kultur' che organizzazione effettiva di potere. Tanto che l'autore esclude in modo esplicito dalla capacità referenziale della propria nozione di 'Stato moderno' l'elemento della territorialità, ammettendo che se si dovessero etichettare come statali quelle sole esperienze che hanno raggiunto un effettivo e diretto controllo del proprio territorio questa qualifica non sarebbe predicabile per nessuna delle formazioni dell'Italia tardo-medievale e proto-moderna.

Fin dall'inizio, dunque, questo Stato moderno che il titolo del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

convegno accreditava come un oggetto univoco rivela invece almeno un duplice, potenziale contenuto, a seconda che lo si consideri come una categoria dell'esperienza culturale o di quella istituzionale. Tra i due significati vi è un ovvio legame, ma anche uno iato profondo. A questo iato si può attribuire un rilievo essenzialmente cronologico, dando per acquisito che sul lungo periodo la mentalità statalista sia quella vincente, destinata prima o poi ad imporsi su quella precedente, con cui verrebbe ad avere un rapporto dichiaratamente antagonistico. Ma è proprio questa certezza, in definitiva, che il lavoro storiografico degli ultimi anni sta implicitamente rimettendo in causa.

In effetti, quel che più salta agli occhi nella letteratura recente (italiana e straniera) avente ad oggetto le istituzioni dell'età moderna è una crescente sensibilità per tutti quei modi di esercizio e di articolazione del potere che risultano irruducibili alla sfera della 'pubblicità' (2). Rapporti di carattere clientelare, parentale, cortigianesco, intracittadino o intracomunitativo, forme di regolazione sociale a base tradizionale o convenzionale, sistemi di giustizia 'privata' e via dicendo — tutta questa parte dell'esperienza istituzionale della 'vecchia Europa', a lungo considerata come recessiva o comunque non degna d'attenzione rispetto ai nuovi modelli di strutturazione dell'autorità, si è conquistata uno spazio sempre più vasto nella coscienza degli storici: fino a proporre un'immagine dell'ordine politico quattro, cinque e seicentesco come qualcosa di largamente autonomo dalla sfera della sovranità del principe e dalla capacità operativa dei suoi apparati. Ciò che ha retto lungo questi secoli la vita collettiva europea — si tende in sostanza a concludere — non è stato tanto l'efficacia del progetto statale, quanto un fittissimo reticolo di relazioni tra gruppi di cui lo Stato stesso partecipava attivamente: relazioni che accanto ad un loro contenuto sociale ne avevano uno altrettanto intenso di carattere giuridico e politico, involvendo esse precisi obblighi di obbedienza e di soggezione alla potestà di altri uomini. Il tentativo statale, lungi dal porsi in contrapposizione a questo contesto di giuridicità extralegale, vi si sarebbe appoggiato con tutto il proprio peso, attingendo da esso la linfa necessaria per strutturarsi.

Questa nuova atmosfera storiografica, ormai solidamente consolidata, impregna ovviamente di sé anche le pagine del nostro volume collettaneo. Intanto, è sintomatico che una delle sezioni del convegno (e forse la più stimolante) sia stata dedicata alla tematica dei rapporti

(2) Basti rinviare a qualche rassegna generale degli ultimi anni: per es., A. De Benedictis, *Una 'nuovissima' storia costituzionale tedesca*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, XVI (1990), p. 265 ss., J. F.Schaub, *El Estado en Francia en los siglos XVI y XVII. Guìa de lectura para la historiografia de los anos 1980-1992*, in *Cuadernos de historia moderna*, XIV (1993), p. 225 ss.; L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di 'Stato moderno'*, in *Storia, amministrazione, costituzione. Annale dell'I.S.A.P.*, II (1994), p. 259 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico/privato. Introdotta da un pensoso saggio generale di Giorgio Chittolini e completata da due articoli veramente esemplari delle tendenze storiografiche di cui sopra — l'uno di Angela De Benedictis sul ruolo dei contratti di signoria nella costruzione degli Stati territoriali e l'altro di Andrea Zorzi sul persistente rilievo della faida e della vendetta negli ordinamenti giudiziari del Rinascimento — essa costituisce già di per sè un segno eloquente dei mutamenti intervenuti negli ultimi anni. Ma molti altri contributi della raccolta riflettono questa tendenza a scavare oltre il livello delle istituzioni statali 'classiche'. Si pensi a quello già richiamato di Elena Fasano, che indica nel persistere del pluralismo territoriale durante tutta l'età moderna uno degli elementi « sostanziali » — cioè fondanti — dello Stato regionale. Oppure alle relazioni di Roberto Bizzocchi e di Gigliola Fragnito, che riassumono tutto il recente lavorìo storiografico attorno al tema dei rapporti Stato/Chiesa evidenziando (pur con diversi accenti) l'insostituibile ruolo propulsivo che il potere ecclesiatico ha avuto nella costruzione della statualità italiana, di contro all'interpretazione laico-liberale che vedeva invece nel potere religioso l'antagonista naturale di quel processo. O ancora ai saggi di Trevor Dean e di Marcello Fantoni sul tema della corte, ormai unanimemente indicata come il luogo in cui si tessono e si sacralizzano relazioni di fedeltà assolutamente basilari ai fini della tenuta della compagine statale, in contrasto anche qui con una tradizione precedente che le riconosceva solo un ruolo cerimoniale o di 'addomesticamento' nobiliare. In definitiva, ciò che i vari bilanci storiografici del nostro volume registrano è una sorta di rovesciamento prospettico. Molte di quelle irrazionalità in cui l'antica 'Staatsgeschichte' vedeva altrettanti residui di una civiltà precedente, destinati ad essere progressivamente travolti dal processo di modernizzazione, finiscono ora per rivelarsi sempre più come i caratteri strutturali e portanti del nuovo assetto rinascimentale, configurato non tanto come un superamento quanto come una rielaborazione dell'universo istituzionale del medioevo.

A ciò si aggiunga che la storiografia sembra sempre meno proclive a leggere queste constatate persistenze all'interno dello schema del 'ritardo' istituzionale italiano. Quel che interessa non è più stabilire graduazioni di modernità tra diverse esperienze statuali, ma semplicemente cogliere una immagine della vita politica più profonda e più vera: e ciò partendo dal basso, dai rapporti quotidiani e dalle forme di esercizio dell'autorità che si formano al di fuori dell'ufficialità giuridica e delle grandi prospezioni dottrinali. Questa prospettiva, naturalmente, non esclude la possibilità di istituire comparazioni con altre vicende europee: ma rinunciando ormai a mantenere come metro di paragone generale l'immagine enfatica dello Stato moderno. Come rileva ancora Elena Fasano (p. 161), osservate sotto questo profilo tutte le esperienze istituzionali dell'età moderna rivelano in definitiva certi caratteri co-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

muni. Quale ordinamento continentale prerivoluzionario non può esser ricondotto alla formula di un 'mosaic State' (3), quale non gioca tutta la sua riuscita su di una strutturale complicità tra monarca e corpi intermedi, quale non si costruisce su di una continua negoziazione di vantaggi e sacrifici reciproci tra centro e periferie? La parabola compiuta negli ultimi decenni dalla storiografia italiana è strettamente parallela a quello seguita dalla letteratura di molti altri Paesi. Ed il divario, così, tra i nostri Stati regionali e le più sviluppate monarchie europee perde molta di quella drammaticità che la storiografia tradizionale tendeva ad attribuirgli. Le diversità restano, certo — e sono enormi —: ma possono essere recuperate all'interno « di una sorta di orizzonte comune — come ha scritto la stessa Fasano in un altro contributo di poco anteriore a questo —, entro il quale si sono svolti processi differenziati, che vanno analizzati in relazione alla natura dei progetti realizzati e di quelli che sono falliti; degli equilibri di forza che si sono costituiti e di quelli che si sono spezzati, dei conflitti e dei loro esiti » (4).

2. Questa revisione ormai più che consolidata dei modelli tradizionali, beninteso, non conduce nessuno degli autori del nostro volume fino al punto da espungere il termine 'Stato' dal proprio vocabolario storiografico. Tuttavia, chi si è posto esplicitamente il problema se continuare ad usare o meno questo lemma con riferimento agli ordinamenti regionali italiani (e pensiamo di nuovo a Giorgio Chittolini e alla Fasano, che sul tema sono tornati a più riprese nel corso degli ultimi anni (5)) ha finito per far propria una nozione della statualità estremamente indebolita.

Stato sì — si dice in sostanza —, perchè è la sola parola capace di esprimere la definitiva eclissi di un mondo medievale organizzato per sistemi di città e di signorie rurali indipendenti; ma certo non 'Stato moderno'. Nè tantomeno 'Stato sovrano', 'Stato assoluto', 'Stato accentrato', 'Stato burocratico' — ma semplicemente « Stato come luogo di mediazione e di organizzazione politica di forze diverse, di differenti

---

(3) Secondo l'espressione resa popolare da J. Strayer, *Le origini dello Stato moderno*, trad. it. Milano 1975, p. 99. Più di recente, vd. per es. J. H. Elliott, *A Europe of composite monarchies*, in *Past and Present*, CXXXVII (1992), p. 48 ss.

(4) E. Fasano Guarini, *Lo Stato di Cosimo III dalle testimonianze contemporanee agli attuali orientamenti di ricerca. Note introduttive*, in AA.VV., *La Toscana nell'età di Cosimo III*, a cura di F .Angiolini, V.Becagli, M.Verga, Firenze, 1993, p. 123.

(5) Si ricordi per es. del primo: *Stati padani, 'Stato del Rinascimento': problemi di ricerca*, in AA.VV., *Persistenze feudali e autonomie comunitative in Stati padani fra Cinque e Settecento*, a cura di G. Tocci, Bologna, 1988, p. 9 ss., mentre la seconda già si interrogava su questa questione in *Gli Stati dell'Italia centrosettentrionale tra Quattro e Cinquecento: continuità e trasformazioni*, in *Società e storia*, VI (1983), p. 617 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attori ed interessi » (6). In questa così neutra accezione (che potrebbe addirittura equivalere, rifacendosi a Brunner, ad « ogni durevole forma di convivenza umana ordinata all'unità politica » (7) o anche alle definizioni di natura esclusivamente geopolitica fornite dagli storici che lavorano sui fenomeni di potere a livello macroscalare (8), la nozione conserva un suo significato definito per il medievista, che la può assumere come tappa d'arrivo del processo di ricomposizione territoriale avviatosi col Due-Trecento. Ma per chi guardi alla vicenda politico-istituzionale dalle sponde della contemporaneità essa finisce per avere una scarsa capacità orientativa, non essendo più in grado di indicare la direzione lungo la quale si muove lo sviluppo storico dell'età moderna. Il netto, esplicito rifiuto dell'aggettivo 'moderno' sottolinea con forza la lontananza e l'estraneità di questo Stato territoriale italiano del Quattro-Settecento dal modo attuale di rappresentare e di vivere l'esperienza politica, ne fa un mondo a sé, governato da logiche tutte sue. E questa sensazione di non-contiguità è ulteriormente corroborata dagli attributi con cui il sostantivo 'Stato' viene integrato per restituirgli una qualche capacità modellistica o evocativa: Stato del Rinascimento, Stato di Antico Regime, Stato corporativo, Stato dualistico — tutte etichette destinate a 'datare' la prima fase dello sviluppo statale; e soprattutto proposte ora come *alternative* e non cumulabili rispetto a quella della modernità, enfatizzando così, da diversi punti di vista, altrettante differenze di fondo tra lo Stato di oggi e quello d'allora.

Insomma: sia pure, come ricorda Chittolini, che da sempre lo Stato degli storici abbia avuto un profilo piuttosto basso rispetto a quello dei politologi o dei giuristi, e che in campo storiografico, anzi, i richiami più puntuali alle immagini forti dello Stato abbiano natura strumentale, venendo proprio da quei ricercatori che propongono un abbandono totale della categoria. È un fatto però che gli storici di oggi tendono ad usare questa loro tradizionalmente scialba nozione con molta più intenzionalità di quanto non facessero i loro predecessori. Indicando nella fine del medioevo il momento genetico di uno Stato sì, ma di uno Stato non-moderno, tutta la questione dello sviluppo istituzionale viene ad essere reimpostata su binari concettuali diversi da quelli generalmente seguiti fino a qualche anno fa. Mentre la soglia della modernità si sposta in avanti, in una zona sempre più prossima all'illuminismo e alla Rivoluzione, il periodo tra Cinque e Settecento emerge ormai a

(6) Così appunto Chittolini, a p. 570 del suo saggio.
(7) La citazione è ancora di Chittolini, p. 567.
(8) Vd. per tutti Ch. Tilly, *L'oro e la spada. Capitale, guerra e potere nella formazione degli Stati europei 1990-1990*, trad.it. Firenze, 1991, p. 11: per il quale « si definis[cono] Stati le organizzazioni che esercitano il potere coattivo e che 1) si distinguono dalle famiglie e dai gruppi parentali e 2) hanno una ben visibile preminenza in determinati ambiti su tutte le altre organizzazioni esistenti all'interno di territori estesi ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutto tondo come 'antico regime': un mondo caratterizzato da pratiche politiche nettamente 'altre' rispetto a quelle contemporanee, che chiedono di essere comprese semplicemente per quello che sono, liberandosi da ogni impaccio teleologico, da ogni ingombrante nozione di progresso storico, da ogni senso di continuità obbligata con la contemporaneità (9).

Questo mutamento prospettico sta producendo un insieme di conseguenze rilevanti, puntualmente registrate e confermate dal convegno di Chicago.

Innanzitutto, affrancatasi dall'ipoteca della statualità moderna, la ricerca sul Rinascimento e sull'antico regime ha liberato molte nuove energie, incanalandole sui binari brunneriani di una rinnovata sensibilità per tutti quei modi di far politica di cui sopra si diceva, precedenti all'invenzione della dicotomia pubblico-privato. D'altra parte, nell'atto stesso in cui la storiografia ha scoperto la ricchezza di queste dimensioni inesplorate, i suoi esponenti più avvertiti hanno anche cominciato a provare qualche preoccupazione di fronte agli infiniti percorsi d'indagine aperti dall'indebolirsi della categoria statuale. Una volta ammesso che le istituzioni politicamente rilevanti hanno un diametro infinitamente più ampio degli apparati e dei governi centrali, e riconosciuto soprattutto che lo studio di questi ultimi non ha alcun titolo per fornire le *guide-lines* al resto della ricerca, ci si è accorti che la grande libertà d'indagine così conquistata rischia di naufragare in una negazione della stessa storia istituzionale. Se « tutto è politico » — avverte ancora Chittolini nella conclusione del suo contributo (p. 587) — il pericolo è quello del frammentarsi della conoscenza storica in una molteplicità di approcci e di oggetti tutti ugualmente legittimi ma non più riconducibili ad alcun quadro unitario. La diffusa diffidenza nei confronti dei modelli di carattere generale, il gusto per l'apertura di nuovi cantieri, la volontà di recuperare un'immagine sempre meno convenzionale del nostro passato istituzionale attraverso una pioggia d'indagini microstoriche 'esemplari', magari condotte con criteri fortemente diversificati, tutto ciò può portare ad una specie di babele storiografica. Venuto meno lo Stato come concetto capace di selezionare quello di cui meritava occuparsi (in quanto rivelatore di una qualche tensione verso il moderno) da ciò che invece si poteva abbandonare alla polvere degli archivi (la storia immobile, le permanenze, le infinite continuità votate ad un fatale logoramento o all'inverso — nella prospettiva della 'decadenza' — ad una sclerotica e deprecabile cristallizzazione), il risultato

(9) In questo senso basti rinviare agli interventi di Cesare Mozzarelli, che è stato tra i primi a segnalare con forza questa irriducibilità dell'antica politica alle dimensioni del presente: C. Mozzarelli, Introduzione a AA.VV., *L'Italia d'antico regime: l'amministrazione prima dello Stato*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, Archivio I.S.A.P. n. s. III, Milano, 1985, vol. I, p. 5 ss.; Id., *Antico regime e nuove prospettive*, introd. alla trad. it. del volume di W.Doyle, *L'antico regime*, Firenze, 1988, p. VII ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potrebbe essere l'abbandono di ogni ricerca di significato complessivo per l'intera vicenda istituzionale compresa tra la fine del medioevo e la svolta illuminista. Se lo Stato — come si è scoperto — non è che il luogo in cui coesistono istituzioni diversamente definite, la sua storia si dissolve inevitabilmente in quella di tutte queste sue componenti — cetuali, corporative, religiose, cittadine, comunitative e via dicendo —. La constatazione del suo carattere irrimediabilmente pluralistico e frastagliato (appunto non-moderno) induce ad abbandonare ogni sforzo di cogliere la sua identità complessiva ed a concentrarsi unicamente sui singoli elementi di cui è cointessuto. Con la conseguenza che per quanto la maggior parte della storiografia non revochi in dubbio l'esistenza di uno Stato dell'età moderna, di esso si finiscono per offrire solo immagini sintomatiche od allusive, ricavate dalle trasformazioni che esso ha indotto nell'ambito di questa o quella delle sue periferie geografiche o istituzionali.

Questa situazione dà luogo ad un disagio diffuso: in parte avvertibile sfogliando gli stessi atti del convegno di Chicago. Naturalmente, l'obbiettivo dell'incontro era proprio quello di contrastare queste tendenze 'entropiche', invitando gli intervenuti ad impegnarsi in uno sforzo di ricomposizione dei rispettivi saperi ed esperienze attorno all'oggetto Stato. Nonostante la buona volontà con cui tale invito è stato accolto, però, la sensazione che si ricava è quella di una forte difficoltà a recuperare linguaggi comuni, e più ancora a proporre modelli d'interpretazione globali. Sensazione avvertibile non solo lungo le linee di sutura tra le diverse sezioni specialistiche di cui è composto il volume, ma anche all'interno di alcune di esse.

Prendiamo ad esempio quella dedicata al rapporto tra Stato e storia finanziaria — un settore in cui, com'è noto, si è investito parecchio nell'Italia degli ultimi anni —. La relazione principale, redatta qui da Anthony Molho, si apre ponendo con estrema chiarezza i grandi interrogativi di fondo circa la natura degli Stati italiani del primo Rinascimento, ed in particolare circa la loro capacità di realizzare o meno un certo grado di razionalizzazione nell'ambito del loro territorio in funzione dei propri crescenti bisogni finanziari. Attraverso un attento esame del caso fiorentino, Molho giunge a formulare l'ipotesi che il punto apicale di questo sforzo sia stato toccato da Firenze nella prima metà del Quattrocento, mentre l'instaurazione del regime mediceo ed il passaggio al Principato avrebbero segnato il ritorno ad un empirismo fiscale molto più accentuato ed a pratiche di tipo patrimonialistico. Benché in modo estremamente circospetto, quindi, il saggio di Molho — supportato da una più rapida, ma ugualmente incisiva disamina dell'esperienza veneziana e genovese — finisce per avanzare questa ipotesi di lavoro: che la transizione da un tardo medioevo ancora 'repubblicano' ad un'età proto-moderna caratterizzata dal definitivo insediarsi dei signori e dalla chiusura delle oligarchie cittadine abbia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interrotto la tendenza allo sviluppo di sistemi impositivi più equi, più centralizzati, più vantaggiosi dal punto di vista della politica delle entrate — in una parola, più moderni —. Questa eventuale linea di lettura — che al di là del merito pare interessante proprio per la sua capacità di riaprire un discorso di 'modelli' e di tendenze generali — ha trovato scarsa eco nei successivi interventi di Luciano Pezzolo e Giovanni Muto, circoscritti entro l'orbita di specifiche realtà regionali; ma soprattutto è stata nettamente respinta da un secco intervento di Antonio Calabria. Dopo aver manifestato il suo profondo scetticismo verso ogni modellizzazione capace di rinvenire costanti generali « nel mosaico di particolarismi e localismi caratterizzanti l'Italia della prima età moderna » (p. 283), Calabria rileva per esempio che all'interno della logica di uno Stato premoderno la scelta di impiegare strumenti finanziari come quelli propri del periodo mediceo può essere benissimo « un segnale di maggiore efficienza e di crescente razionalità » anche se va nella direzione opposta dell'accentramento istituzionale e della costruzione di sistemi impositivi a carattere statale. Più ancora: i vocaboli stessi di 'patrimonialismo', 'razionalizzazione' e 'accentramento', legati all'immaginario post-napoleonico, non avrebbero alcun diritto di cittadinanza nell'ambito dell'esperienza d'antico regime, né potrebbero servire in alcun modo a valutarne gli sviluppi in un senso o nell'altro.

In questa prospettiva, quindi, la storia finanziaria non serve più da strumento privilegiato di verifica del divenire statale, come a lungo la si è intesa. Il suo scopo è solo quello di ricostruire la coerenza interna di certi sistemi, la loro adeguatezza relativa in termini di mezzi disponibili e di fini perseguiti, senza più caricare le scelte dei protagonisti di alcun significato ulteriore rispetto ad un'idea astratta di razionalità che era ad essi estranea (si pensi per tutti, a questo proposito, al libro di Jean Claude Waquet dedicato proprio al tardo Granducato mediceo, che appunto partendo dallo studio della fiscalità ne rovescia completamente l'immagine tradizionale di regime irreparabilmente 'decadente', evidenziandone invece la forte capacità di tenuta sul lungo periodo ([10])).

D'altra parte, però (come Calabria stesso ammette implicitamente) lo storico sconta la maggior libertà che questa prospettiva gli offre trovandosi sempre più confinato all'interno del singolo 'caso' a cui rivolge la sua attenzione. Da una storia dello Stato si passa a una storia degli Stati; ed avendo subito verificato che questi sono solo contenitori di corpi ci si trova a fare la storia dei rapporti estremamente specifici che all'interno di ogni sistema ne regolano la mutua convivenza. L'indebolirsi del paradigma statale esalta fatalmente il 'particolarismo storiografico' in tutte le sue forme, lungo un percorso alla fine del quale

([10]) J. C. Waquet, *Le Grand Duché de Toscane sous les derniers Médici. Essai sur le système de finances et la stabilité des institutions dans les anciens états italiens*, Rome, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

può esservi addirittura la riduzione della conoscenza storica a quella « degustazione antiquariale del passato » auspicata da certo pensiero debole e paventata invece da Chittolini (11).

Un esito del genere, certo, è a tutt'oggi assai remoto. E tuttavia, se si pensa al ruolo che il problema dello Stato giocava nel discorso storiografico ancora verso la fine degli anni Settanta (quando pure l'attenzione specifica per i temi istituzionali era infinitamente più bassa di ora) non si può non restare impressionati dall'enorme caduta di tensione che si è registrata attorno a questo oggetto nel giro di pochi anni e che niente ci dice non possa proseguire allo stesso ritmo nel prossimo futuro. Seguendo il duplice invito di Elena Fasano e di Stephan Epstein (autore, quest'ultimo, di un contributo sui rapporti tra Stato e storia economica) proviamo a riaffacciarci per un attimo sul panorama che ancora si offriva al lettore della Storia d'Italia Einaudi: panorama costruito in sostanza secondo linee di origine gramsciana, che declinavano la tesi della decadenza e dell'attardamento istituzionale italiano istituendo una stretta correlazione tra questo fenomeno e l'involuzione a cui il sistema economico comunale sarebbe andato incontro a partire dal Quattrocento. Prescindiamo qui dai contenuti di queste pagine — siano esse quelle di Jones, di Romano o fors'anche di Aymard —. Ciò che in esse colpisce è quanto la questione dello Stato (pur richiamata in modo solo incidentale) fosse urgente e coinvolgente, quanto toccasse nel vivo la personalità dello storico e il suo modo di porsi di fronte al presente. Quello che si cercava nel passaggio dal medioevo al Rinascimento erano le ragioni di un fallimento politico epocale, ancora iscritto nel profondo della nostra identità collettiva ed ancora in attesa, dopo tanti secoli, di un vero riscatto. Beninteso, non si tratta di rimpiangere che una simile prospettiva sia stata in gran parte archiviata, assieme a tutto il suo sovraccarico ideologico, aprendo la strada ad una riconsiderazione più pacata dei fenomeni istituzionali. Riconosciuto, in particolare, che il sistema economico comunale non ebbe mai, né mai avrebbe potuto avere, caratteri capitalistici, e che quindi il problema di una transizione immediata al moderno era estranea al catalogo del possibile, cade anche l'idea che i nostri principati cinquecenteschi fossero esseri abortivi, destinati unicamente a puntellare un edificio sociale in disfacimento (12). Proprio nell'atto, però, in cui essi si riscattano da queste pesanti ipoteche, finiscono per sprofondare in un passato molto più remoto di quanto prima si

(11) Art. cit., p. 586: il riferimento è all'introduzione del volume collettaneo *Il pensiero debole*, a cura di G. Vattimo, P. Rovatti, Milano, 1983, p. 11. Senza giungere a tali eccessi, l'esplicita rivendicazione di una compiuta libertà da ogni schema unificante è diffusa da tempo anche all'interno della cultura storiografica (cfr. per es. E.Grendi, *Del senso comune storiografico*, in *Quaderni storici*, XIV (1979), p. 698 ss., ancora ricordato da Chittolini).

(12) Così in sostanza Epstein, pp. 100-102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

postulasse; e tutta la discussione attorno alla loro natura, dopo l'ultima vampata con cui ha bruciato i vecchi modelli, sembra ora sulla via di raffreddarsi, assumendo un tono sempre più specialistico e settoriale.

Insomma: se il *dies a quo* della 'vera' modernità istituzionale non è più costituito dal Quattro-Cinquecento, e se è perciò ad altre epoche e ad altri interlocutori che veniamo ora indirizzati per cercare le chiavi della nostra ultima identità, viene meno ogni urgenza d'interpretare quella realtà mediante modelli 'forti'. Il rischio (o se si preferisce la prospettiva) è quindi che la dissoluzione oggi in atto del paradigma statale non apra la strada alla ricerca di altri paradigmi egualmente tendenti ad offrire una chiave di lettura complessiva del panorama istituzionale dell'età moderna, ma preluda piuttosto all'abbandono di ogni sforzo di modellizzazione a favore di una storia delle mere singolarità.

3. In questo contesto la storia giuridica sembra sia chiamata a giocare un ruolo di rilievo: contribuendo a costruire la nuova maglia ordinatoria in cui ricollocare l'esperienza dell'antico regime.

Come ricordano sia Aldo Mazzacane che Thomas Kuhen nelle loro relazioni congressuali dedicate appunto a questo tema, fino a ieri l'apporto dei giuristi allo studio della formazione dello Stato moderno in Italia è stato per così dire 'schizofrenico'. Da un lato essi hanno avuto una parte enorme nell'invenzione stessa di questo oggetto storiografico, elaborando — tra la fine dell'Otto e l'inizio del Novecento — i « quadri intellettuali » che hanno reso compiutamente pensabile lo Stato e fissando « l'immaginario entro il quale esso veniva compreso, governato e descritto » (13). D'altro canto, però, diversamente dalla scienza giuridica di altri Paesi europei, quella italiana si è sentita pochissimo stimolata a misurarsi sul campo col divenire effettivo di questo personaggio che tanto aveva contribuito a generare. Scoraggiata dall''anomalìa' del nostro sviluppo statuale rispetto alla linearità delle altre esperienze europee, essa ha lasciato la ricostruzione della genesi dello Stato agli storici generali o a specialisti di altre discipline, supportando i propri costrutti teorici con brevissime retrospezioni stilizzate, per lo più ricalcate sullo sviluppo istituzionale franco-tedesco (14). Ancor oggi, chi voglia rendersi conto di come i giuristi si siano confrontati con la storia dello Stato moderno in Italia non trova molto altro da compulsare oltre agli studi di Marongiu e di Astuti. Essi hanno insomma concorso in modo determinante ad orientare la ricerca storiografica, ma senza farsi carico minimamente di svolgerla in prima persona. Il risultato a tutt'oggi è che l'enorme massa delle fonti giuri-

(13) MAZZACANE, p. 333.

(14) Per una rapida panoramica di queste figure, L. MANNORI, *Immagini dell'antico regime nella giuspubblicistica ottocentesca italiana*, XVI (1990), p. 93 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diche d'età moderna giace quasi totalmente abbandonata nei fondi archivistici e bibliotecari.

Stando così le cose, la storiografia giuridica potrebbe dare allo studio delle prime forme di statualità un impulso ancora più strategico rispetto alla elaborazione di quella 'storia dei giuristi' pur oggi tanto legittimamente auspicata. Che il ceto dei giureconsulti abbia avuto un ruolo decisivo nella costruzione dello Stato d'antico regime, attraverso l'opera che ha svolto all'interno delle sue istituzioni giudiziarie ed amministrative, ciò è fuori questione. Ed è perciò fondamentale, certo, che si cominci a indagare seriamente sulle rote e sul loro funzionamento, sull'apporto della dottrina alla elaborazione di una nuova politica del diritto e di una nuova giustizia, sul suo contributo ad una ridefinizione dei rapporti tra diritto regio, diritto locale e diritto comune e via di seguito (15). Ma gli uomini di legge possono essere chiamati in causa non solo nella veste di co-protagonisti del processo di edificazione statale. Ad essi ci si può rivolgere anche come testimoni qualificati dello svolgersi di quel processo e delle forme che esso assunse: ed è appunto in questa prospettiva che il loro intervento può rivelarsi decisivo rispetto al dibattito storiografico in corso.

Una volta denunciata infatti l'estraneità del modello statuale ottocentesco rispetto alla realtà politica premoderna, l'alternativa può non essere quella di rinunciare ad ogni sua concettualizzazione, ma di concettualizzarla secondo i percorsi mentali di chi ci viveva dentro. E se è vero che ogni categoria di contemporanei si fabbricava ovviamente — allora come oggi — una certa immagine del mondo in cui si situava, non v'è dubbio che quella dei giuristi fosse la più completa ed autoconsapevole. Prodotto di una tradizione culturale unitaria e coerente — quella del diritto romano-comune — che nel corso dei secoli adeguò i suoi contenuti senza però mai mutare stilemi e linguaggi, l'antica rappresentazione giuridica delle istituzioni ci offre oggi una mappa ideale per ricomporre il mosaico dello Stato premoderno secondo la sua originaria logica interna. I suoi vantaggi sono evidenti. È chiaro, innanzitutto, che si tratta di una fotografia del mondo istituzionale scattata 'dal basso', da un punto di osservazione molto vicino a quello che un po' tutta la storiografia di oggi ambisce ad occupare. Non occorre qui ricordare come, specie a partire dal Quattrocento, il giurista si trovi completamente immerso in una dimensione pratico-forense che pone la sua produzione — per quanto colta — allo stesso livello della coscienza comune della propria epoca. Forgiata poco a poco nel vivo della prassi forense più quotidiana, l'immagine dello Stato che egli riflette è l'esatto inverso di quella costruita *a posteriori* dalla teoria

(15) Per un compiuto bilancio di questo tipo di ricerche, oltre ai due saggi ora citati, si veda anche quello di Rodolfo Savelli alle pp. 397-421 del nostro volume, che si sofferma sulle fonti giurisprudenziali e sui problemi relativi al loro utilizzo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica contemporanea: è un'immagine fatta di persistenze e di tradizioni, che dell'età moderna coglie e valorizza proprio tutto tutto ciò che è ancora 'antico', che non vuole cambiare o che cambia solo impercettibilmente, e che restando aggrappato alle proprie radici vede nel principe e nei suoi ufficiali i garanti del proprio persistere. Ignorando del tutto, naturalmente, la partizione tra pubblico e privato, essa ci introduce attraverso la porta principale nel cuore di quell'ordine politico a base eminentemente convenzionale di cui la storiografia sta appunto cercando di ricostruire i tratti (una panoramica su questo tipo di studi è offerta dal già citato contributo di Angela De Benedictis contenuto nel nostro volume). Rispetto, peraltro, ad un approccio che parta immediatamente dal 'vissuto', dall'esperienza sociale non filtrata culturalmente, lo studio della letteratura giuridica offre allo storico un grande vantaggio, in quanto gli consente di resistere alla forza centrifuga delle singolarità. Allenati di secolo in secolo a ricondurre il particolarismo del loro mondo istituzionale ad una serie limitata di concetti, i giuristi di diritto comune hanno già preparato per noi i quadri di una teoria generale dello Stato premoderno. Benchè la loro produzione abbia carattere eminentemente casuistico, essa fa riferimento a figure e a percorsi comuni che permettono di risalire immediatamente dal particolare all'universale, sussumendo la molteplicità dell'esperienza istituzionale in categorie già scolpite e suscettibili di essere incastrate l'una nell'altra. Questo mi pare il pregio più rilevante di tale tipo di approccio, che potrebbe contribuire a togliere la storiografia istituzionale italiana dalle secche del regionalismo, facilitando anche l'avvio di quella comparazione tra i vari ordinamenti territoriali da tanti auspicata, ma ancora agli esordi.

Certo, a tutto ciò si può obbiettare che la raffigurazione dell'ordine politico offerta dalla antica dottrina legale non è meno 'immaginaria' di quella proposta dai paradigmi ottocenteschi, o ancora da tutta quella parte della letteratura politica dell'età moderna che guardava già 'avanti'. Resta il fatto che si tratta di un immaginario scaturente dal cuore stesso della statualità d'antico regime — anzi, di un immaginario che è parte integrante di quella statualità nella sua dimensione più effettivistica. Fino all'età delle riforme, infatti, lo Stato — questo Stato policentrico e affollato, più limite di una certa nebulosa di corpi che soggetto dotato di una sua identità definita — trova la sua ragion d'essere fondamentale nel mantenere un giusto equilibrio tra le proprie parti costitutive. La sua attività più tipica coincide con l'amministrazione della giustizia: e di essa ministri ed oracoli sono appunto i giuristi, attraverso il loro infaticabile lavorìo di consulenti e di giudici. Il quadro delle istituzioni proposto dal ceto legale, dunque, non corrisponde ad una qualunque delle rappresentazioni dell'ordinamento premoderno ricavabili da fonti di altro tipo, ma costituisce in un certo senso la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentazione *autentica* che lo Stato offre di sè e del suo rapporto con i sudditi nell'atto in cui esercita su di essi il proprio potere.

4. Fin qui, dunque, si può giungere seguendo un percorso di ricerca rigorosamente 'interno' al sistema d'antico regime, analogo, nel suo approccio strutturalista, a quello che caratterizza tanta parte della recente storiografia modernista. Da questa prospettiva resta però del tutto fuori la questione dell'evoluzione e del mutamento, su cui ancora una volta alcune voci del convegno di Chicago hanno richiamato molto opportunamente l'attenzione.

In effetti, tutto questo impegno a recuperare i tratti originali e le razionalità interne del mondo d'antico regime induce gli storici a chiudersi sempre di più entro i suoi confini e ad accantonare le domande relative ai suoi processi di trasformazione. Il risultato obbiettivo del dibattito sullo Stato del Quattro-Cinquecento, forse anche al di là della consapevolezza di chi vi ha preso parte, è stato finora più quello di rinviare la questione della modernizzazione che di risolverla, rimettendo tacitamente ad altre sedi e ad altri specialisti il compito di definire in concreto quando e come essa sia intervenuta. Voluto o meno, l'esito di tutta questa revisione storiografica sul piano delle grandi periodizzazioni sembra quello di caricare di significati sempre più impegnativi la tradizionale rottura tra antico e nuovo regime — sia essa ancora individuata nella Rivoluzione e nel riformismo illuminato o diluita lungo un periodo più ampio, avviatosi già con la fine del Seicento —. Sotto questo profilo, la conclusione ultima a cui si perviene non sembra molto diversa da quella a cui conduceva il paradigma della 'decadenza': con la differenza che ora l'incontro con la modernità non si lascia dietro le spalle una storia di occasioni perdute, ma solo un 'antico regime' che non poteva essere gran ché diverso da quel che fu.

Quel 'raffreddarsi' del dibattito sullo Stato rinascimentale a cui sopra si faceva riferimento deriva forse anche da questo — dal fatto cioè che per un verso si continua a ritenere ineludibile l'appuntamento con una modernità concepita ancora nei termini classici di una negazione del 'prima'; mentre dall'altro si rinvia totalmente tale incontro ad uno stadio ulteriore dell'evoluzione storica —. Espunto questo incontro dal proprio campo di competenza, lo storico della prima età moderna si trova al centro di un universo istituzionale irrimediabilmente distante da quello che ne prenderà il posto. L'indagine di un tale universo, beninteso, può costituire un'esperienza ben diversa da un semplice esercizio erudito. Proprio questa « eruzione dell'alterità » — è stato scritto —, questa liberazione del passato dal presente che costituisce il tratto più tipico della nuova storia istituzionale può aiutarci a misurare fino in fondo tutto lo spessore della modernità, evidenziandone i caratteri costitutivi 'per differenza specifica', e quindi « liberando l'immaginazione verso forme future, tanto alternative quanto quelle del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passato, per riorganizzare la vita collettiva » (16). Altrettanto sicuramente, però, quello degli 'antichi Stati italiani' non è il terreno da cui possiamo trarre risposte dirette circa la fisionomia di uno spazio politico contemporaneo che si annuncia proprio come l'opposto del precedente. Nel momento in cui il lungo periodo che separa il medioevo dalla civiltà illuminista non è più indicato come il luogo dello sviluppo o perlomeno dell'incubazione della statualità propriamente moderna, esso rischia di subire un forte declassamento nella gerarchia dell'interesse culturale: trasformandosi in una specie di grande campo per esperimenti storiografici d'ogni tipo, ma perdendo ogni capacità di comunicarci qualcosa di immediato circa il nostro attuale modo di essere.

In realtà, il vero problema che si pone a questo punto è quello se mantenere o meno l'immagine della modernità istituzionale fatta propria dalla coscienza contemporanea a partire dagli inizi del secolo scorso. Tale immagine, comunque delineata, almeno nella tradizione continentale è sempre stata costruita *in antitesi* ad un passato più o meno remoto di cui essa si poneva come il definitivo superamento dialettico. Uniformità/poliformità, centralismo/pluralismo, legittimazione razionale/legittimazione tradizionale, primato dell'amministrazione/primato della giurisdizione, potere burocratico/potere patrimoniale — non vi è un solo elemento dell'ordine politico contemporaneo che non rinvii ad un proprio contrario nel mondo premoderno — (17). Quel che si tratta di vedere è se la nuova storiografia finirà per drammatizzare ulteriormente questa giustapposizione, oppure se riuscirà a riassorbirla all'interno di un nuovo tipo di rapporto tra passato e presente.

La questione che così si apre è ovviamente enorme, e trascende del tutto non solo i limiti di questa nota e la capacità di chi la scrive, ma anche i confini stessi di un dibattito tra storici. Almeno questo è però evidente: che la crisi della categoria statuale sul terreno storiografico è una delle manifestazioni di una sua più ampia crisi anche ad altri livelli e in altri campi del sapere — a cominciare appunto da quello giuridico, nell'ambito del quale la vecchia immagine dello Stato creata dalla giuspubblicistica a cavallo tra lo scorso secolo ed il nostro si è rivelata ormai in tutto il suo spessore di grande mito intellettuale (18) —. La nuova sensibilità degli storici verso le antiche dimensioni non-formali

(16) Così A. M. Hespanha, *Storia delle istituzioni politiche*, in AA.VV., *Politica. Enciclopedia tematica aperta*, Milano, 1993, p. 79.

(17) Su questi tratti della cultura giuspolitica otto-novecentesca rinviamo alle pagine di M. Fioravanti, *Stato: dottrine generali e storiografia*, in Id., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, p. 16 ss (già in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, p. 708 ss., sotto la voce *Stato, diritto intermedio*), che si trovano più volte richiamate e discusse anche negli interventi del nostro volume.

(18) Da ultimo, cfr. P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, I (1995), soprattutto pp. 22-29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del potere (periferiche, 'private' e micropolitiche) è il riflesso immediato di un loro interesse latente verso tutto questo versante dell'esperienza dell'oggi, il cui enorme rilievo, a lungo negato o compresso dal progetto egemonico dello Stato, è ora sotto gli occhi di tutti. E se è naturale che questa nuova attenzione si sia manifestata in primo luogo nell'ambito della storia moderna, in cui questi modi 'alternativi' di articolazione dell'autorità hanno dimensioni macroscopiche, la tendenza a valorizzare aspetti del genere ha una portata ben più generale. Ciò che si apre è quindi la possibilità di immaginare una storia istituzionale non più coincidente con quella dello Stato tradizionalmente inteso. Invece che vedere nell'antico regime l'interminabile gestazione di uno Stato moderno nato davvero soltanto col pieno Settecento e destinato ad entrare in crisi poco più di un secolo dopo (ché è appunto con la fine dell'Ottocento che la cultura giuspolitica inizia a tematizzare esplicitamente l'irriducibilità del politico alla dimensione statale) si potrebbe ipotizzare un nuovo *continuum* costruito su diverse scansioni. Il protagonista dell'intera vicenda, dal Cinquecento ad oggi, non sarebbe più lo Stato-persona della tradizione giuspubblicista e nemmeno quello razional-burocratico di stampo weberiano, quanto semmai uno Stato-ordinamento, contenitore di una molteplicità di soggetti distinti e responsabile della loro mutua convivenza. Un modello ideologicamente poco impegnativo, quindi, non lontano da quello 'Stato degli storici' evocato da Giorgio Chittolini: che però riscatterebbe la propria debolezza col non essere più relegato al ruolo di mero antesignano del 'vero' Stato moderno. Invece che porsi come la copia sbiadita di quest'ultimo, destinata solo a prepararne l'avvento, esso verrebbe ad occupare da solo l'intero campo dell'esperienza statuale, segnato da una tensione permanente tra centri e periferie, tra spinte centripete e centrifughe, tra progetti di egemonizzazione e tendenze alla dispersione del potere. Una tale tensione costituirebbe quindi l'essenza del fenomeno statale, e non sarebbe più costretta a sciogliersi definitivamente nell'approdo ad una modernità intesa come trionfo della vocazione aggregante e ordinatrice su quella pluralistica ed entropica — la stessa vicenda ottocentesca non costituendo altro che una oscillazione contingente di questo pendolo, particolarmente favorevole al polo centrale —.

Non è qui il caso di insistere su questi paradigmi, del resto suscettibili di essere declinati in un'infinità di modi diversi. Diciamo però che per quello che hanno di comune — il rifiuto della dialettica antico/moderno come chiave di lettura fondamentale della storia politica — essi restituiscono all'esperienza d'antico regime una inedita centralità. Non solo tutto questo mondo istituzionale riacquista il diritto di essere compreso nella sua integralità, e non più come semplice terreno di coltura di un nuovo modello di potere, intento a farsi strada tra cumuli di macerie medievali. Il fatto decisivo è che ora esso potrebbe rivelarsi governato da dinamiche che non sono affatto il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reciproco di quelle dell'oggi. Anzi: invertendo i ruoli consolidati, potrebbe essere proprio l'antico regime a fornirci le nuove chiavi di lettura da applicare ad una realtà istituzionale contemporanea sempre più sfuggente.

Lo sgretolarsi, in effetti, dell'immagine dello Stato moderno come entità monolitica ed omogenea, come grande progetto artificiale impostosi vittoriosamente sull'entropia della storia ha aperto un nuovo spazio di ricerca, corrispondente ad un panorama istituzionale contemporaneo da riconcettualizzare secondo categorie diverse rispetto a quelle della tradizione statalista. Perciò, la vitalità intellettuale del lavoro finora compiuto sul fronte dell'antico regime finisce per trovare il suo naturale banco di prova nell'ambito della storia contemporanea. È qui che si decide se il nuovo profilo del mondo istituzionale messo a fuoco dagli storici del Cinque, del Sei e del Settecento esaurirà il suo valore all'interno di un ambito strettamente specialistico oppure se contribuirà a fondare nuovi modelli di statualità.

In questo senso, ciò a cui bisognerebbe cominciare a pensare è forse un'indagine di segno opposto rispetto a quella praticata per lungo tempo dagli storici delle istituzioni. Invece che cercare a ritroso, in un passato sempre più remoto, i presunti tratti originari dello Stato moderno, l'obbiettivo potrebbe esser quello di verificare in che misura la civiltà ottocentesca, a dispetto della sua autorappresentazione enfaticamente rotturista, abbia continuato a muoversi lungo i binari 'antichi' di una politica concepita come governo di gruppi contrapposti e come ricerca di una mediazione tra le loro confliggenti esigenze.

Si prenda, a titolo d'esempio, il versante dei rapporti centro-periferia. Identificando i poteri locali con le 'autonomie' — cioè con spazi di autogoverno garantiti dallo Stato ed alla cui esistenza corrispondeva una correlativa limitazione delle competenze centrali — la cultura giuridica contemporanea ha dato a lungo per acquisito che l'amministrazione avesse un carattere intimamente e necessariamente statale. In definitiva, era sempre l'ordinamento statale ad attribuire giuridica esistenza ai soggetti territoriali diversi da lui, trasferendo in capo ad essi una quota delle proprie attribuzioni o legittimandoli a svolgere compiti nuovi che altrimenti essi non avrebbero potuto assolvere. E quest'ottica è sopravvissuta in dottrina anche quando ci si è convertiti ad un deciso autonomismo e, rovesciando lo schema centralistico, si è concentrata l'attenzione sul rispetto da parte dello Stato delle norme (legali o costituzionali) poste a difesa degli enti periferici. È chiaro invece che, sul piano istituzionale, l'esistenza dei governi locali ha costituito in ogni momento un elemento strutturale ed indisponibile del sistema amministrativo; che questo sistema ha vissuto sempre di una serie di interazioni tra centro e periferia; che vi sono sempre state un'infinità di funzioni assolutamente non suscettibili di essere svolte dall'apparato statale; e che anzi in gran parte quell'apparato ha trovato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la propria ragion d'essere non nell'amministrare esso stesso, ma nel controllare e nell'indirizzare gli amministratori periferici — e ciò utilizzando tecniche e modalità spesso rodate già a partire dalle esperienze cinque-secentesche (19) —. La fine del vecchio Stato di corpi, in altre parole, non mai coinciso realmente con la fine di un sistema politico composito, che pone al potere centrale problemi di coordinamento per certi versi contigui a quelli lungamente sperimentati durante l'antico regime. Gli stessi studiosi dell'amministrazione contemporanea, del resto, rilevano da tempo che per comprenderne il funzionamento è indispensabile concentrarsi su quelle « relazioni intergovernative » che secondo la prospettiva giuridica tradizionale non esisterebbero nemmeno come autonomo oggetto di studio (20).

Certamente, lo storico del diritto che si metta scavare in tale direzione si trova costretto a mutare radicalmente i suoi metodi di lavoro, abbandonando l'abituale livello della storia dei concetti per convertirsi ad un'analisi 'in presa diretta' dell'effettività: il che implica la messa a punto di strumenti nuovi, ancora oggi in gran parte da inventare. Resta il fatto che solo affrontando un'indagine di questo genere — cioè cominciando a chiedersi quanto di 'antico' sopravviva nel cuore del 'moderno', al di là dell'autocoscienza di quest'ultimo — sembra possibile dare uno sbocco veramente appagante a tutta la discussione sulle origini dello Stato.

(19) Come quella della 'tutela amministrativa', sulle cui origini ci permettiamo di rinviare a L. Mannori, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale ed accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994.

(20) In questo senso, cfr. ad es. B. Dente, *Governare la frammentazione. Stato, regioni ed enti locali in Italia*, Bologna, 1985, p. 22 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOAQUIN VARELA SUANZES

CONSTITUCION Y LEY EN LOS ORIGENES DEL ESTADO LIBERAL

(A propósito del libro de Roberto L. Blanco Valdés, *El Valor de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, 333 pp)

1. Si el estudio de la Historia Constitucional ha cobrado un auge indudable en España durante los últimos años, paralelo al que se percibe en el resto de Europa, como he puesto de relieve recientemente (1), la Historia Constitucional Comparada, aunque con más timidez, avanza también (2). Así lo atestiguan dos excelentes libros que han salido a la luz en los últimos ocho años: el de Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* (3) y el de Roberto Blanco Valdés que ahora se comenta, muy próximo temáticamente al anterior, aunque el ámbito espacial y territorial sea distinto: se trata aquí de explicar por qué ya en los orígenes del constitucionalismo estadounidense la Constitución tuvo un « valor jurídico » mientras en la Francia revolucionaria se le asignó tan sólo un « valor político » o, dicho de otra forma, por qué el « modelo » americano consagró la supremacía de la Constitución mientras el « modelo » europeo consagró la supremacía de la ley (pp. 31-32).

Si se tiene en cuenta que en España no es habitual estudiar una realidad histórico-constitucional distinta de la española y muy habitual, en cambio, estudiar esta última prescindiendo de las demás de su entorno, lo que sorprende es que el autor de este libro haya excluído a España de su estudio, en este caso, a la España de las Cortes de Cádiz y del Trienio, que el profesor Blanco, por otra parte, conoce muy bien, como ha demostrado en su concienzudo estudio *« Rey, Cortes y Fuerza*

---

(1) *Introducción a la Historia de las Doctrinas Constitucionales (A propósito de un libro de M. Fioravanti)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n 43, Madrid, Enero-Abril de 1995.

(2) Aunque se está muy lejos, en España y fuera de ella, de que esta rama de la Historia Constitucional se convierta en una « disciplina con su propio objeto de investigación, de estudio e incluso de enseñanza », como auguraba B. MIRKINE GUETZEVICHT, *Propos de Méthode*, en *Revue D'Histoire Politique et Constitutionnelle*, n 1, París, Enero-Marzo de 1937, p. 178.

(3) Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Armada en los orígenes de la España Liberal (1808-1823) (4). Es cierto que el constitucionalismo gaditano se inspiró ampliamente en el modelo francés de 1791, como intenté mostrar en su momento (5), pero no lo es menos que presenta algunas peculiaridades dignas de mención en lo que atañe a la interpretación y aplicación de la norma constitucional y de la ley (6), a algunas de las cuales me referiré más adelante y cuyo análisis hubiese enriquecido el libro de Blanco, pese a lo cual su interés es muy grande.

Un interés que crece al comprobar que, si bien fuera de España el modelo americano y el revolucionario francés han sido estudiados por separado numerosas veces (7), sin que falten autores que se hayan ocupado de examinarlos desde una perspectiva comparada, como André Blondel (8) y Mauro Capelletti (9), son muy pocos los españoles que se han atrevido a abordar este tema, por culpa del mencionado hispanocentrismo. En puridad, solamente Eduardo García de Enterría lo ha hecho (10). Aun así, en España no se había dedicado a este asunto una reflexión tan minuciosa como la que Blanco lleva ahora a cabo, a partir de la consulta de fuentes directas, como los debates parlamentarios de las constituyentes francesas, y de una selecta bibliografía. Si a ello se añade que el autor de este libro hace gala de una indudable capacidad de síntesis, de un buen pulso narrativo y de una admirable claridad expositiva, no creo exagerar si afirmo que la obra de Blanco está destinada a convertirse en un punto de referencia insoslayable en la literatura constitucional en lengua española.

2. En la primera parte de este libro se analiza, en sendos capítulos, la formulación doctrinal del principio de separación de poderes en Locke y en Montesquieu. El propio autor reconoce que al examinar, una vez más, tan clásica cuestión no pretende, « obviamente, realizar un

---

(4) Siglo XXI, Madrid, 1988.

(5) *Cfr.* JOAQUÍN VARELA SUANZES, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1982, *passim*.

(6) De las que en parte me ocupo en mi extenso artículo *Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español*: *1808-1814*, en *Revista de Estudios Políticos*, n 55, Madrid, 1987, pp. 123-195.

(7) El propio Blanco cita, entre otros, los estudios de Ch. A. Beard, E. S. Corwin y J. H. Ely, por parte americana, y los de J. Barthélemy, P. Duez y Ch. Eisenmann, por parte francesa.

(8) *Le contrôle jurisdictionel de la constitutionnalité des lois (Etude critique comparative: Etats-Unis-France)*, Sirey, París, 1928.

(9) *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1968.

(10) *Cfr. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Civitas, Madrid, 1981 y, en lo que concierne solamente a Francia, *Revolución Francesa y Administración Comtemporánea*, Taurus, Madrid, 2 edición, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

análisis exhaustivo y sistemático de los orígenes doctrinales de la teoría de la separación de poderes », sino tan sólo, « con una finalidad básicamente intrumental », centrarse « en las formulaciones de aquella doctrina que han acabado por resultar paradigmáticas de toda la teoría del Estado liberal » (p. 29).

Ahora bien, precisamente por esta función « básicamente instrumental », estos dos capítulos más que primera parte, a mi juicio debieran haberse concebido como una introducción. Un punto de partida, más modesto, que acaso disculpase convertir a dos historiadores « generalistas », por otro lado excelentes, como G. M. Trevelyan y C. Hill, en las fuentes más utilizadas a la hora de « realizar unos apuntes, necesariamente breves y casi obligatoriamente fragmentarios », de la evolución del constitucionalismo británico durante la primera mitad del siglo XVIII (pp. 62 y ss.), con olvido de los más relevantes estudios historico-constitucionales sobre este período, como el ya clásico E. Neville Williams (11) o el reciente de Jeremy Black (12).

Pero, sobre todo, en estos dos primeros capítulos se echa de menos una referencia expresa al decisivo problema de la soberanía en la teoría constitucional anglo-americana y francesa desde la revolución inglesa de 1688 hasta la francesa de 1789 y más concretamente en Locke y en Rousseau. ¿Por qué, en efecto, considera Roberto Blanco mecesario estudiar previamente la teoría de la división de poderes y no, en cambio, la doctrina de la soberanía?. Pues, posiblemente, porque entiende que el « valor de la Constitución » no se relaciona tanto con esta doctrina cuanto con aquella teoría, a la que de hecho vuelve una y otra vez a lo largo de su libro, cuyo subtítulo es muy revelador: « *Separación de poderes,* supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal ». Pero la verdad es que — como el propio Blanco se verá obligado a reconocer más adelante, aunque no de forma tan explícita como debiera haber hecho — las diferencias entre el modelo americano y el de la revolución francesa no se debían sólo a una distinta interpretación del principio de división de poderes, sino también, y no en menor medida, a una diferente concepción de la soberanía. De la soberanía del pueblo. En los EEUU resultó decisivo el influjo de Locke, quien en su « Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil » distingue claramente entre la « soberanía del pueblo o de la comunidad » y la « supremacía del legislativo » (13). Una distinción que Blackstone, consciente de su potencial revolucionario, sustituye por la vieja doctrina, acuñada ya por Thomas Smith, de la « soberanía del Parla-

(11) *The Eighteenth- Century Constitution. 1688-1815*, la 1 edición es de 1960; la última, de 1977, en la Cambridge University Press.

(12) *Robert Walpole and the nature of politics in early eighteenth century England*, Macmillan, Londres, 1990.

(13) Cfr. *Two Treatises of Civil Government*, Libro Primero, cap. XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento » (14), que será desde entonces un principo básico del derecho público británico. En la Francia revolucionaria, en cambio, el influjo fundamental a la hora de abordar la soberanía fue el « Contrato Social » de Rousseau, en donde se confunde la soberanía popular con la soberanía del Parlamento (15). Tan diferente punto de partida permitirá en los Estados Unidos, a diferencia de Francia, distinguir la soberanía del pueblo y por tanto su voluntad constituyente (la Constitución), de la supremacía del Parlamento y por tanto de la ley, así como dar primacía a la primera sobre la segunda. Para decirlo de otra manera: en los Estados Unidos la Constitución se convertirá en soberana, mientras que en el constitucionalismo francés (que en este caso coincide con el británico), el Parlamento será, en rigor, el auténtico soberano, que hace y deshace las leyes sin ningún tipo de limitación jurídica.

3. Comienza Blanco la parte « sustancial » de su libro, « tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde una perspectiva cualitativa » (p. 29), desgranando las piezas y los hitos más relevantes de la « construcción » de la supremacía de la Constitución en los Estados Unidos de América y de la *judicial review of legislation*. El punto de partida es el recelo hacia el legislativo, que va a distinguir los orígenes del constitucionalismo norteamericano del francés y, en general, del europeo continental. Blanco muestra cómo ese recelo, bien patente en Madison y Jefferson, se explica tanto por razones históricas como sociales. Entre las primeras, sin olvidar que los colonos se sublevan contra una metrópoli cuyo órgano máximo era el Parlamento, Blanco recuerda que la experiencia de 1776 a 1787 había puesto de manifiesto que si había algún poder con tendencia expansiva ése era el legislativo. Entre las segundas, Blanco insiste en que la ausencia de una sociedad estamental permitirá en los Estados Unidos plantear de manera muy distinta a la monárquica y aristócrática Europa la organización del Estado constitucional en ciernes y concretamente las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo. En América, en efecto, a diferencia de Europa, no se trataba de enfrentar un legislativo democráticamente legitimado a un ejecutivo monárquico, pues ambos poderes estaban revestidos de una misma legitimidad popular y, por tanto, no era preciso reforzar el primero a costa del segundo, como ocurriría en el viejo continente desde la Revolución francesa. Esta valoración del poder legislativo contribuía a concebir la Constitución como una norma escrita, solemnemente redactada y superior jurídicamente a las leyes y a las demás normas del ordenamiento. Una idea ésta — la de la supremacía de la Constitución — que, pese a ser contraria al constitucionalismo británico, contaba con algunos antecedentes fundamentales en el seno de esa

(14) Cfr. *Commentaries on the Laws of England*, Libro Primero, cap. segundo.
(15) *Cfr. Du Contrat Social*, Libro II, caps. I a XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradición constitucional, como señala Blanco. Este autor, en efecto, siguiendo a Capelletti, trae a colación la tesis de la supremacía del *common law* sobre el *statury law*, que Edward Coke expuso en el célebre Caso *Bonham*, en 1610, y, por tanto, del control judicial de las leyes del Parlamento. Un control cuya necesidad se llegó a plantear en América con el objeto de asegurar la supremacía de las leyes aprobadas por el Parlamento británico sobre las normas de origen colonial. Blanco insiste, asimismo, en el influjo de James Harrington, quien, en la segunda mitad del siglo XVII, sostendrá la preeminencia de las leyes fundamentales en el seno de la República, así como en el de Locke, quien pocos años más tarde hará hincapié en la supremacía del « Derecho natural » sobre las leyes del Parlamento. Unas tesis que repetirán un siglo después los revolucionarios americanos, como Otis y John Adams, para justificar la nulidad de algunas leyes aprobadas por el Parlamento británico, como la famosa *Stamp Act*, y, en definitiva, la independencia de la metrópoli. El recelo hacia el Parlamento y la idea de supremacía de la Constitución condujeron a los Constituyentes de 1787 a defender la rigidez constitucional y, por tanto, a articular un procedimiento de reforma constitucional mucho más complicado que el de las leyes ordinarias, que se plasmó en el artículo V de la Constitución Federal y, con anterioridad, en las Cartas Constitucionales de los Estados. El mecanismo de la rigidez constitucional facilitó sin duda la articulación de un control de constitucionalidad de las leyes, que ya se había llevado a cabo anteriormente en los Estados de Virginia, Rhode Island y Carolina del Norte (casos *Commonwealth v. Caton*, 1782; *Trevett v. Weeden*,1786; y *Bayard v. Singleton,* también en 1786, respectivamente). No obstante, el proceso de articulación de la *judicial review* en el ámbito federal resultó en adelante « conflictivo, muchas veces traumático y siempre profundamente polémico » (p. 114), como Blanco pone de relieve a continuación. En lo que concierne al debate constitucional de 1787, este autor recuerda que los Padres fundadores se manifestaron a favor de atribuir a los Jueces un control de constitucionalidad de las leyes, aunque mostrasen su rechazo a que éstos pudiesen controlar su oportunidad política. En cualquier caso, « la problemática constitucional de la *judicial reeview* no fue objeto en Filadelfia ni de discusión expresa y detallada ni, consecuentemente, de regulación explícita en la Carta Constitucional » (p. 135), aunque pudiera justificarse ímplictamente a tenor de algunos preceptos de ésta, como el artículo 3 de la sección II y el artículo 6 de la Sección II, que contiene la llamada « claúsula de supremacía » (16). Preceptos sobre los

(16) El primero de estos preceptos dice: « el poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y de equidad que surjan bajo esta Constitución »; y el segundo: « esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que serán hechas en cumplimiento de la misma y todos los tratados hechos o que serán hechos, bajo la autoridad de los

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que se centró en adelante el debate acerca de la legitimidad de atribuir a los jueces la función de controlar la constitucionalidad de las leyes federales y estatales, aunque en este último caso, como Blanco matiza, el problema no se planteó tanto en el marco de la superioridad de la Constitución sobre las leyes cuanto en el más general de la supremacía federal (p. 136).

En este debate, Hamilton jugó un papel clave al sostener en *El Federalista* una interpretación que abriría el camino a la que años después sostendría el Juez Marshall. Para Hamilton, aunque el control de constitucionalidad de las leyes no se deducía expresamente de la Constitución, era consustancial a la « teoría general de una Constitución limitada » (p. 142). Con dicho control se trataba, a su juicio, de evitar ante todo los posibles excesos del Parlamento y, por tanto, las posibles vulneraciones de los derechos de las minorías, garantizados por la Constitución (un asunto éste al que por su importancia dedicaré luego un comentario aparte). El único órgano capaz de llevar a cabo ese control era el Poder Judicial. Un control que, a su entender, era consecuencia de la facultad general de los jueces para interpretar las leyes y de la supremacía de la Constitución sobre éstas, principios ambos recogidos en la Constitución de 1787, como queda dicho. « No es admisible escribe a este respecto Hamilton en un párrafo que Blanco trae a colación y que, pese a su extensión, no me resisto a transcribir aquí, dada su extrema claridad — la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras cosas, de mantener a aquélla dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no significa en modo alguno la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en las leyes, entra en contradicción

---

Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado deberán conformarse a ella, no obstante cualquier disposición contraria de la Constitución o de las leyes de cualquier Estado ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán conformarse a la última de las preferencias y no a las primeras » (pp. 140-141).

La cuestión del control judicial de la constitucionalidad de las leyes siguió siendo un asunto central después de la ratificación del texto de 1787, en el marco del debate sobre la construcción del Estado federal, como Blanco pone de manifiesto. Mientras los federalistas defendieron la *judicial review,* los republicanos sustentaron la legitimidad de la interpretación constitucional parlamentaria frente a la llevada a cabo por los jueces. La sustitución de Adams por Jefferson en la Presidencia de la República, entre 1800 y 1801, y el consiguiente replanteamiento de la construcción del Estado federal seguida hasta entonces, obligó a un « atrincheramiento federalista en el poder judicial » (p 151), que tuvo su más importante expresión en la sentencia que, en 1803, dictó John Marshall, Presidente de la Corte Suprema desde 1801, en el caso *Marbury v. Madison.* Una sentencia muchas veces analizada y que sólo se comprende en el contexto político que se crea tras el acceso al poder de Jefferson. Pese a repetir en esencia la argumentación sustentada con anterioridad por Hamilton, la sentencia de Marshall tendría una importancia decisiva por ser la primera vez que la más alta instancia judicial de los Estados Unidos declaraba inconstitucional una ley federal y por convertirse desde entonces en la formulación « canónica » de la *judicial review of legislation.* A ello hay que añadir, como hace Blanco, que la sentencia de Marshall « fue decisiva para la consagración del principio constitucional de la supremacía federal o, lo que es casi lo mismo, para la propia construcción nacional del Estado federal norteamericano » (p. 160). El análisis de Blanco finaliza con unas reflexiones acerca de la consolidación de la *judicial review* tras el fallo de Marshall. Un Juez que continuaría presidiendo la Suprema Corte durante tres décadas y dictando algunas importantes y polémicas sentencias en las se que, con una decidida voluntad federalista, reafirmaba la superioridad de la Suprema Corte sobre los poderes de los Estados. Una superioridad que se derivaba de la supremacía de la Constitución federal sobre todas las demás normas del ordenamiento y que condujo, en el caso *Fletcher v. Peck* (1810), a que la Suprema Corte anulase por vez primera una ley de una legislatura estatal (de Georgia, concretamente), aunque la más importante de las sentencias en defensa de los poderes de la autoridad federal fue la que dictó Marshall en el célebre caso *McCulloch v. Maryland*, en 1819, en el que se consagraba la muy trascendente doctrina de los « poderes ímplicitos » de la Federación, que tanta influencia iba a tener en la configuración política y nacional de los Estados Unidos de América. Este importantísimo fallo, insiste Blanco, no sólo afianzaba el instituto de la revisión judicial de las normas federales o estatales contrarias a la Contitución, sino que afirmaba la capacidad de la Suprema Corte para interpretar esta norma, « es decir,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su capacidad para suministrar, en caso de conflicto, la interpretación *razonable* de todo el instrumento constitucional, incluso reinterpretando las normas a través de las cuales el poder de reforma (constituyente constituido) había querido dar su propia interpretación de la Constitución » (p. 166). El reconocimiento de la Suprema Corte como el supremo interprete de la Constitución federal se consolidó con el pronunciamiento de Marshall en el caso *Cohens v. Virginia* (1821), mediante el cual, como Blanco pone de relieve, la Suprema Corte aseguró su « control sobre las decisiones de los Tribunales estatales siempre que, a juicio de la propia Corte, estuviera en juego la interpretación de la Constitución y vino a posibilitar, en suma, la propia virtualidad del sistema americano de la *judicial review of legislation*, sistema que sólo acabó siendo posible a partir de la *uniformidad* en la interpretación constitucional que se derivará del papel unificador de la Corte Suprema en el conjunto del sistema judicial norteamericano » (p. 169). Un papel unificador que se recogerá en el decisivo principio del *stare decisis*.

4. Blanco comienza su análisis del valor de la Constitución en la revolución francesa con una afirmación esencial (que, como antes advertí, hubiera merecido un tratamiento previo): el modelo articulado en Francia « no es comprensible » más que a partir del « principio central que vertebraba toda la reflexión política de los constituyentes (de 1789): el principio de la soberanía nacional » (p. 185). Un principio que condujo a identificar « la Nación y el órgano estatal encargado de su representación », es decir, « la Nación y la Asamblea Nacional » (p. 191). En consecuencia, como en su día insistió Carré de Malberg, la soberanía nacional desenbocaba inevitablemente en la soberanía parlamentaria (pp. 224-5). A partir de esta soberanía de la Asamblea Nacional, los constituyentes de 1791 interpretaron el principio de división de poderes. Resultado: el rey, cabeza del ejecutivo, debía subordinarse a la Asamblea soberana. Montesquieu y Locke cedían ante Rousseau.

Ahora bien, tales principios no auspiciaron una inevitable « parlamentarización de la Monarquía », como sostiene Blanco, (pp. 198-199), sino una « asamblearización » de la misma o, para decirlo con otras palabras, tales principios no dieron lugar a un sistema parlamentario, en el cual la dirección política del Estado recae en un Gobierno responsable ante el Parlamento, sino a un sistema asambleario, en el que el *indirizzo politico* se ejerce básicamente por la Asamblea, a la que se someten los Ministros regios. Un sistema de gobierno que, tras la abolición de la Monarquía, llegaría a su apoteósis durante la Convención. En realidad, en la Asamblea Constituyente de 1789-1791, sin duda la más importante de las Asambleas de la Revolución e incluso de toda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la historia de Francia, fue Mirabeau el único Diputado que defendió, infructuosamente, el sistema parlamentario de gobierno (17).

La omnipotencia de la Asamblea Nacional va a ser el punto de partida y de llegada de la teoría constitucional revolucionaria sustentada durante todo el período que Blanco analiza (esto es, desde 1789 hasta la Constitución napoleónica del año VIII), aunque en 1791 tal omnipotencia se mitiga un tanto al aceptarse el veto suspensivo de las leyes a favor del rey mientras en 1795 se estructura el Parlamento de forma bicameral. Veto y bicameralismo que se descartan en 1793. A esta omnipotencia de la Asamblea, es preciso añadir, como hace Blanco, el decisivo influjo de la tesis roussoniana de la ley como expresión de la voluntad general, que desemboca en un concepto puramente formal de ley, según el cual ley es todo lo que con este nombre emane del Parlamento soberano, con independencia de su contenido.

Desde estas premisas no hay apenas lugar a plantearse la necesidad de un control de la actividad legislativa del Parlamento ni, por tanto, de un control de la constitucionalidad de la ley, pues « sólo los atentados a la separación de poderes son pensables como posibles atentados a la Constitución » (p. 190). Ciertamente, en la Asamblea de 1789-1791 algunos Diputados, como Mounier, insistieron en que el Rey, mediante el veto absoluto, controlase la actividad legislativa de la Asamblea.

Pero, aparte de que se trataba de un control de oportunidad y no de legalidad, tal mecanismo fue rechazado, aceptándose tan sólo un veto puramente suspensivo, como queda dicho. En consecuencia, concluye Blanco, sólo resultaba posible el autocontrol del legislativo, por el que se decantó Sieyes en 1789, o bien el veto de una Cámara sobre la otra cuando se introdujo el bicameralismo en 1795. Un control interno, en suma, que rechazarán los constituyentes de 1793, quienes en contrapartida abogarán por la participación popular en la función legislativa y por la renovación anual de la Asamblea (pp. 204-5).

En cualquier caso, lo que unánimemente se rechaza desde 1789 es el control judicial del Parlamento. En tal rechazo influyó tanto la exaltación de la Asamblea Nacional como centro del nuevo Estado, cuanto el recelo que los revolucionarios franceses tuvieron hacia los Jueces y, en particular, hacia los poderosos Parlamentos judiciales, a pesar de que éstos habían encabezado en 1787 el primer asalto contra

(17) *Cfr.* JOAQUÍN VARELA SUANZES, *Mirabeau y la Monarquía o el fracaso de la clarividencia*, en *Historia Contemporánea,* n 12, monográfico sobre *Historia y Derecho*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1995 (en prensa). En la Asamblea de 1789, Blanco sólo distingue los « monárquicos » (en realidad, « monarquizantes »: « monarchiens »), entre los que incluye a Mirabeau, y los « radicales », pero la verdad es que el Diputado provenzal mantuvo unas tesis distintas de las de unos y otros, además de que en aquella Asamblea los « aristócratas » formaron una cuarta tendencia, que mantuvo una posición muy peculiar, incluso en lo que concierne a algunas cuestiones que Blanco aborda, como diré más adelante al hablar de Cazalès.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el absolutismo. Este antijudicialismo obligó a los revolucionarios franceses a inventar dos mecanismos claves en el nuevo sistema jurídico: el *référé législatif* y la *cassation,* mediante los que se atribuía al Parlamento (o a un órgano anexo a él: la *Cour de Cassation)* la interpretación de la ley, y no a los Jueces, que debían limitarse a aplicar mecánicamente la ley aprobada por el Parlamento soberano. Naturalmente, tal antijudicialismo llevó también a los revolucionarios franceses a rechazar cualquier suerte de revisión judicial de las leyes o, más exactamente, a no plantearla, puesto que este mecanismo se desconocía. « El control judicial de la constitucionalidad — escribe a este respecto Blanco — no se prohíbe *expresamente* en la coyuntura histórica de la Revolución pura y simplemente porque la eventualidad de tal control no conforma un auténtico problema constitucional » (p. 242).

Ahora bien, si la teoría constitucional de la revolución francesa no se planteó siquiera un control judicial de constitucionalidad de las leyes, ello no fue óbice para que reconociese la primacía de la Constitución sobre estas normas. A este respecto, este autor recuerda que la rigidez constitucional, recogida ya en la Constitución de 1791, implicaba ditinguir formalmente, y no sólo desde un punto de vista sustantivo, entre la Constitución y la ley, esto es, entre una norma elaborada por una Asamblea constituyente y reformada por una Asamblea especial de revisión sin participación del monarca, y la ley, obra de la Asamblea Nacional y del Rey.

Ocurre, sin embargo, a juicio de Blanco, que en la Revolución francesa esta superioridad de la Constitución era puramente « política » y no « jurídica », al igual que los mecanismos pensados para su defensa. Una defensa que se esboza ya en la Constituyente de 1791 cuando Chapellier atribuyó a la Asamblea de revisión constitucional la función de « examinar si los poderes constituidos se han mantenido en los límites prescritos » (p. 264), aunque fue durante la Convención cuando esta defensa se abordó de forma expresa y recurrente. A este respecto, Blanco estudia detenidamente un conjunto de proyectos de Constitución remitidos a la Convención durante la primera mitad de 1793.

Algunos de ellos, firmados la mayoría por Diputados girondinos que acabarían siendo víctimas mortales del Terror, incluían mecanismos de defensa política de la Constitución de naturaleza institucional, como un « Tribunal de Censores », unos « Eforos » o un « Consejo Constitucional », encargados de llevar a cabo un control material o de « oportunidad » e incluso formal o de « constitucionalidad » de las leyes aprobadas por el Parlamento, aunque en último término sería éste, como soberano, quien sanase los vicios de inconstitucionalidad de las leyes. Otros proyectos, en cambio, preferían atribuir directamente al pueblo la defensa de la Constitución. Tesis que defendieron Diputados tan influyentes como Saint-Just y Robespierre, aunque en la práctica tal defensa no llegó a articularse nunca. Un hecho que, como señala

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

agudamente Blanco, mostraba la « sustancial incompatibiliad entre la *Revolución* y la *Constitución* », que el propio Robespierre reconoció expresamente (p. 287).

En definitiva, como ya se ha adelantado, Blanco sostiene que mientras en los Estados Unidos la Constitución tuvo un valor « jurídico », en la Francia revolucionaria tuvo un valor puramente « político ». Esta conclusión, que forma parte de la méduda del trabajo que ahora se comenta, me gustaría matizarla: en rigor, en la Francia revolucionaria, y particularmente durante el período más influyente desde el punto de vista histórico-constitucional, como fue el de 1789-1792, la Constitución se concibió también como una *norma jurídica*, aunque, a diferencia de lo que ocurría al otro lado del Atlántico, no como una norma jurídica *suprema*, pues tal norma no vinculaba a *todos* los poderes públicos, sino sólo a *algunos* (18). En apoyo de mi tesis, sin duda distinta de la que sostiene Blanco, quisiera traer a colación el reciente estudio de Jean- Luis Halperin, *La Constitution de 1791 apliquée par les Tribunaux* (19), en el que se pone de relieve el error de la doctrina iuspublicista de la III República, señaladamente de Esmein y Carré de Marlbeg, al subestimar la eficacia normativa de la primera Constitución francesa y se muestra cómo fue aplicada por los Tribunales de Justicia y en particular por el Tribunal de Casación. Ciertamente, la aplicación de este texto constitucional se redujo al orden puramente judicial, sin trascender jamás al legislativo ni al administrativo. Pero, en cualquier caso, Halperin insiste en que el Tribunal de Casación no dejó de anular decisiones judiciales anteriores a la Constitución y contrarias a ella, además de invocar repetidas veces el texto de 1791 para hacer respetar la división de poderes por parte de los Tribunales y para construir la jurisprudencia en materia de procedimiento penal.

Considero oportuno recordar que también la Constitución española de 1812, que en esencia sigue las líneas maestras de la francesa de 1791, como Blanco recuerda, tenía un indudable valor normativo. Su artículo 372 señalaba al respecto que las Cortes, en sus primeras sesiones, debían tomar en consideración « las infracciones de la Constitución que se les hubiese hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contravenido a ella » (20). Como ha mostrado M. Lorente, con este pre-

---

(18) Sobre este asunto me extiendo en mi artículo *Riflessioni sul Concetto di Rigidità Costituzionale,* en *Giurisprudenza Costituzionale*, (n. 5, 1994, pp. 3313-3338). Este trabajo es una respuesta al ensayo de Alessandro Pace *La « naturale » rigidità delle Costituzioni scritte, Ibidem*, n 6, 1993, pp. 4085-4134. Ambos artículos, traducidos al español, los publicará en breve el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid en un número de *Cuadernos y Debates*.

(19) En *1791. La Premiere Constitution Française. Actes du Colloque de Dijon, 26 et 27 Septembre 1991*, Economica, París, 1993, pp. 369-381.

(20) Las Cortes no actuaban de oficio: el art. 373 otorgaba a « todo español » el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cepto el constituyente gaditano no pretendó en modo alguno establecer un mecanismo para controlar las infracciones constitucionales por parte de las Cortes (21), pero sí por parte de los demás poderes del Estado. « El derecho a representar a las Cortes reclamando la observancia de la Constitución — señala a este respecto M. Lorente — creó un cauce procedimental tendente no sólo a responsabilizar a los poderes públicos por sus actividades inconstitucionales, sino que, al mismo tiempo, sirvió para asegurar la vigencia real de la Constitución, es decir, para anular aquellos actos que motivaron el recurso una vez que las Cortes declararan la existencia de una infracción » (22). Por su parte, M. Terol Becerra insiste en la voluntad de los constituyentes gaditanos de que los jueces aplicasen directamente la Constitución. A este respecto trae a colación el Decreto de 28 de Noviembre de 1812, en virtud del cual las Cortes disponían que los Tribunales del Reino prefiriesen « a todo otro asunto los relativos a la infracción de la Constitución política de la Monarquía » (23).

No puede decirse, pues, que durante la época germinal del constitucionalismo revolucionario francés (cuya influencia, a través de España, llegó a otros muchos países, como Portugal, Italia e Hispanoamérica, según es bien sabido (24)), la Constitución estuviese desprovista de eficacia jurídica, si bien es cierto que dicha eficacia era menor que la existente en el modelo norteamericano o en el que, en parte bajo el influjo de éste, se articularía en algunos países europeos desde el fin de la Gran Guerra hasta la actualidad.

En realidad, cuando la Constitución pierde por completo su normatividad (incluso deja de ser rígida) fue tras el nuevo constitucionalismo que surge en Francia a partir de 1814 y, debido a su influencia, en buena parte de la Europa continental, incluida España. El texto constitucional se identifica ahora con un mero acuerdo parlamentario necesario para definir el orden *político* fundamental del Estado. Un concepto de Constitución que en España estuvo en vigor — con la excepción del texto de 1869, que retoma las premisas doceañistas —

---

derecho a « representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución ». A Las Cortes — o a su Diputación Permanente — correspondía » dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado, como señalaba el art. 160 del texto doceañista.

(21) Marta Lorente Sariñena, *Las infracciones a la const. de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución,* CEC, Madrid, 1988, pp. 328, 325 y 353.

(22) *Ibidem*, pp. 120-1.

(23) Manuel José Terol Becerra, *Sobre la interpretación de la Constitución y de la ley en España (1812-1978),* Revista del CEC, n 15, Mayo-Agosto de 1993, p. 194.

(24) *Cfr*, al respecto, B. Mirkine-Guetzevivht, *La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du liberalisme européen*, en *Introduction à l'étude du Droit Comparé*, París, 1938, II, pp. 217 y ss. J. Ferrando Badía, *La Constitución de 1812 en los comienzos del Rissorgimento*, Roma-Madrid, 1959. *Idem*. *Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812,* en *Revista de Estudios Politicos*, n. 126, Madrid, 1962, pp. 195 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

desde el Estatuto Real hasta la Dictadura de Primo de Rivera, merced al influjo de la doctrina jovellanista de la Constitución histórica, cuya génesis y desarrollo he examinado en otra ocasión (25).

5. Entre las causas que explican el diferente tratamiento de las relaciones entre la Constitución y la ley en los Estados Unidos y Francia, y más concretamente entre la opuesta actitud adoptada en uno y otro país en lo que concierne a la articulación de un control de constitucionalidad de las leyes, Blanco deja constancia de una de extraordinaria relevancia, que antes me limité a mencionar y sobre la que considero oportuno extenderme ahora un tanto. Me refiero al problema de la vertebración de las mayorías y las minorías en el Estado constitucional. Se trata, sin duda, de una de las cuestiones centrales de la teoría política y jurídica modernas, que está en la base tanto de la concepción de la democracia como de la propia justicia constitucional.

Blanco atribuye el disímil planteamiento de este problema en los EEUU y Francia a la distinta manera de enfrentarse al problema de la división de poderes. « Mientras que en Europa — escribe — la separación de poderes aparecerá durante mucho tiempo como sinónimo de tensión orgánica entre un legislativo legitimado sobre la base del principio representativo... y un ejecutivo hereditario portador de un proyecto histórico diferente, cuando no claramente antitético, al del representado por el Parlamento, en los nacientes Estados Unidos de América la naturaleza de poderes democráticamente legitimados que presentan, desde el origen, tanto el ejecutivo como el legislativo, permitirá plantear una cuestión que en el Viejo Continente sólo se situará en el centro de la reflexión político-constitucional muchas décadas más tarde: nos referimos a la sugerida por todos los problemas derivados de la dinámica política entre mayoría y minoría en el seno del Estado Constitucional » (p. 100). Trae a colación Blanco a este respecto una cita de Madison en *El Federalista*, que por su importancia no dudo en transcribir aquí: « El gran objeto al que se dirige nuestra investigación es el de cómo asegurar el bien público y los derechos de los particulares contra el peligro de una facción, preservando al mismo tiempo el espíritu y la forma de un gobierno popular » (p. 101).

Este dilema que se planteaba Madison, que no es otro que el que se plantea la teoría liberal-democrática desde entonces, se resolvería en el constitucionalismo norteamericano mediante ciertos controles y equilibrios interorgánicos (como el veto presidencial a las leyes aprobadas por el Congreso), pero sobre todo mediante la distribución territorial del poder de acuerdo con el principio federal, y también a través de la

(25) Cfr. Joaquín VARELA SUANZES, *La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845*, en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n 39, Madrid, 1994, pp. 45-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

judicial review, esto es, mediante el control de la legislación, obra de las mayorías, por parte de los Jueces, en nombre de la Constitución y, por tanto, en nombre de los derechos individuales que ésta consagra. Unos derechos que — me parece oportuno recordarlo — en los Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurriría en Francia desde la Revolución, ya se conciben inicialmente como unos auténticos derechos fundamentales, esto es, como unos derechos subjetivos reconocidos por la Constitución y, por tanto, invocables directamente ante los Tribunales sin necesidad de la *interpositio legislatoris*.

Ahora bien, creo que el planteamiento de las relaciones entre la minoria y la mayoría en el seno del Estado constitucional no obedecían solamente, como Blanco señala, a una distinta manera de enfrentarse al problema de la division de poderes, sino que era el fruto de una formación doctrinal más amplia, cuyas raices estaban, claro está, en Inglaterra. A este respecto, la contraposicion fundamental que cabe hacer aquí no es entre la teoría constitucional europea y americana, sino quizá más bien entre la anglosajona y la francesa. En Inglaterra, en efecto, a lo largo del siglo XVIII, diversos autores insistieron en que la esencia del gobierno representativo no consistía tan sólo en el predominio de la mayoría sino tambien en el respeto de la minoría. Todas las tesis de Burke en defensa de los partidos politicos, como algo más y mejor que las meras facciones, van por ese camino (26), al igual que la concepción del binomio gobierno/oposición como base para el funcionamiento del *cabinet system*. Una concepción que se sostiene en la Gran Bretaña desde la época de Walpole y desde luego después de la profunda crisis que produjo en la metrópoli la independencia de las colonias americanas, en medio de la cual Mackenzie defininirá a la oposición como una especie de « corporación pública » (*public body*) (27). Es cierto que esta manera de concebir la lucha política y, en definitiva, el Estado constitucional, tuvo firmes adversarios a lo largo del siglo XVIII, entre ellos un crítico tan agudo como Bolingbroke, defensor del « partido nacional » y del « rey patriota » (28), pero no lo

(26) Cfr. *Thoughts on the cause of the Present Discontents* (1770), en *The Works of the Right Honourable Edmund Burke*, Bonhn's Standard Library, Londres, 1876, vol. 1, pp. 356 y ss. y 375. Sobre este importante opúsculo de Burke para el asunto que aquí interesa, *vid.* J. Brewer, *Party Ideology and Popular Politics at the Accession of George III*, Cambridge, 1976, pp. 39 y ss.

(27) Fue exactamente en 1784, dos años después de la emblemática dimisión de Lord North, *Apud* Williams, *op. cit.* p. 103. De hecho, Charles James Fox actuó como dirigente de la oposición cuando Pitt el Joven llegó a Primer Ministro en 1783, aunque el primer dirigente moderno de la oposición es probable que fuese George Tierne, quien estuvo al frente de los *whigs* en los Comunes desde 1817 a 1821. *Cfr.* G. H. Le May, *The Victorian Constitution*, Duckworth, Londres, 1979, p. 170. *His Majesty's opposition* fue, sin embargo, una expresión que al parecer inventaría de forma humorística John Cam Hobhouse en 1826.

(28) *Cfr. A Dissertation upon Parties* y *A idea of a patriot King*, en *The Works of*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es menos que a medida que avanzaba este siglo fue abriéndose paso y, desde luego, estaba ya consolidada antes de la Reforma de 1832, como se pone de manifiesto en la obra de Lord John Russell, *An Essay on the History of the English Government and Constitution, from the Reign of Henry VII to the present time* (29). Por eso no puedo estar de acuerdo con Blanco cuando afirma que el problema de la dinámica política entre mayoría y minoría no se planteó en Europa hasta que en 1861 vió la luz la obra de John Stuart Mill « Del Gobierno representativo » (p.100, nota 26).

Incluso en la Francia revolucionaria la necesidad de articular un Estado constitucional capaz de conciliar el predominio de la mayoría con el respeto de la minoría y, en definitiva, el Gobierno con la oposición, fue defendida muy tempranamente en la Asamblea Constituyente de 1789, sobre todo por los « aristócratas » (30), aunque quizá no tanto debido a firmes convicciones doctrinales como por el puro hecho de estar entonces en minoría. Creo conveniente citar a este respecto una intervención de Cazalès, el más brillante y sólido de todos los miembros de este grupo, quien sostuvo, en alusión directa a Inglaterra, la importancia de la oposición en el marco del sistema representativo. Este Diputado se dirigió a la Asamblea en estos términos: « aprended que entre un pueblo más experimentado que vosotros en la ciencia de las deliberaciones políticas (esto es, el inglés), se critican las opiniones y los Decretos... Nosotros somos el partido de la oposición; queremos que la Nación sepa que, sometidos a vuestras leyes como ciudadanos, hemos votado contra ellas como legisladores... Aprended que no hay libertad allí donde la oposición carece de libertad de palabra; que el partido de la oposición, sea cual fuere la posición que profese, es siempre el partido del pueblo... Sobre tales principios reposa la libertad pública » (31).

Pero estas tesis no fueron las que triunfaron. El influjo de Rousseau, que Blanco no deja de señalar, y, en realidad, debo añadir por mi

---

Lord Bolingbroke, vol II. Reprints of Economics Classics, Augustus M. Kelley, Bookseller, Nueva York, 1967, pp. 5 a 172 y 372 a 429. Sobre la crítica del *party system* y de la dialéctica gobierno/oposición durante la Inglaterra del siglo XVIII, *vid.* J. A. Gunn, *Factions no more. Attitudes to Party in Government and Opposition in Eighteenth Century England*, Londres, 1971.

(29) Londres, Longman, Hurst, Rees, Orme and Brown, 1821. Esta fue la obra que con más vehemencia defendió el bipartidismo en el primer tercio del siglo XIX, como pongo de relieve en mi trabajo *La Monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 23, 1994, pp. 20-22.

(30) Sobre esta tendencia constitucional, *Vid.* Jacques de Saint-Victor, *La Chute des Aristocrates, 1789-1792*, Perrin, París, 1992.

(31) *Archives Parlementaires*, 7 de Diciembre de 1790, T. XXI, p. 315.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parte, el de una tradición jurídico-política muy distinta a la británica, anglófoba, enraizada en el derecho romano-canónico y en el iusnaturalismo racionalista, llevó a los revolucionarios franceses a reducir el gobierno representativo al predominio de la voluntad mayoritaria expresada en el Parlamento y, por tanto, a desproteger a las minorías dentro y fuera de este órgano. Así ocurrió ya en la Asamblea de 1789-1791, en donde Sieyes (el « primer Sieyes »), equiparando la Nación con la Asamblea Nacional, identificaba a la mayoría « con la voluntad nacional, frente a la que nada puede, por principio, prevalecer », y añadía: « cuando una sociedad está formada, es sabido que la opinión de la mayoría se convierte en ley para todos » (*apud* Blanco, pp. 197-8 y 219). Los hombres de la Convención — y dentro de éstos Robespierre, que tenía al « Contrato Social » por libro de cabecera — llevaron estas premisas hasta sus últimas consecuencias.

Blanco subraya que fue después de la experiencia del Terror — y en gran medida como consecuencia de ella — cuando el « segundo Sieyes » plantea en la Francia revolucionaria la necesidad de articular un « *Jury de Constitution* » o un « Tribunal Constitucional », de la misma forma que, agrego por mi parte, fue después de los fascismos — aupados al poder mediante el triunfo electoral — cuando se extiende en la Europa de la postguerra la articulación de la justicia constitucional. A juicio de Sieyes, el Tribunal Constitucional debía actuar como auténtico « conservador » o « guardían » de la Constitución. La finalidad de este órgano, como recuerda Blanco, no era otra que la de proteger los derechos de las minorías ante la omnipotencia de la Asamblea legislativa. Como en los EEUU, el planteamiento en Francia de un control externo y judicializado de la constitucionalidad de las leyes respondía al deseo de garantizar los derechos de las minorías, sin por ello destruir el primado esencial del gobierno de la mayoría (de ahí que Sieyes hablase de este tribunal como un « tribunal de los derechos del hombre » (p. 301). El Tribunal Constitucional que proponía Sieyes, resume Blanco, « debía ser un órgano de naturaleza jurisdiccional, destinado a garantizar la supremacía del poder constituyente sobre el poder constituido ». Blanco añade que este proyecto disponía que los « actos declarados inconstitucioales por sentencia del Tribunal constitucional » serían « nulos de pleno derecho » (p. 301). Pero su propuesta, que Sieyes describió como una especie de « tribunal de casación en el orden constitucional » (p. 298), fue rechazada por unanimidad. Al fin y al cabo se oponía frontalmente a uno de los principios básicos de la ideología constitucional de la revolución francesa, que el propio Sieyes había acuñado con más brillantez que nadie años antes: la soberanía de la nacion y, por tanto, dada la hipóstasis Nación/Parlamento, la soberanía de este último. Una soberanía que seguiría siendo en el Directorio un principio indiscutible, pese a la experiencia de la Convención. Como ejemplo de los recelos de los Contituyentes de 1795

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a la genial propuesta de Sieyes, Blanco trae a colación una ilustrativa intervención de Thibadeau, en la que este Diputado expuso su temor a que « el tribunal (Constitucional)son palabras de Blanco — acabase convirtiéndose en un instrumento de dominio de la minoría sobre la mayoría, o, lo que para él resultaba equivalente, de las *facciones* sobre la *Nación* representada en el parlamento » (p. 306).

© 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 1994/95

Nell'anno accademico 1994/95 sono stati graditi ospiti del Centro il prof. Bartolomé Clavero, della Universidad de Sevilla, il dott. Manuel Martinez Neira, della Universidad Carloz III de Madrid, il dott. Fabio De Andrade, della Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Il Centro è stato lieto di offrire il proprio supporto — soprattutto per il tramite del prof. Paolo Cappellini — alla realizzazione del Seminario scientifico su 'Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit' organizzato in Firenze nei giorni 31 maggio - 4 giugno 1995 dalla Stockholms Universitet e dallo Institutet 'Gustav och Carin Olin' för rättshistorisk Forskning. Hanno tenuto relazioni in detto Seminario i professori Cappellini (Firenze), Fisher (Harvard), Kleineman (Stockholm), Legrand (Tilburg), Modéer (Lund), Nygren (Uppsala), Peterson (Stockholm), Petit (Barcelona), Sandström (Stockholm), Schröder (Tübingen), Schulze (Münster), Samuel (Lancaster), Sugerman (Lancaster), Zatti (Padova), Zimmermann (Regensburg).

Durante il 1995 è stato dato avvío concreto alla organizzazione definitiva dell'Incontro di studio, promosso direttamente dal Centro, su: « Giuristi e legislatori — Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto ». Si tratta di un Incontro a carattere spiccatamente interdisciplinare, che intende indagare le interrelazioni fra pensiero giuridico e sviluppo legislativo in Italia nei quasi cinquanta anni di storia recentissima dalla entrata in vigore della Costituzione del 1948. Detto Incontro si svolgerà a Firenze nei giorni 27 e 28 settembre 1996. Gli interventi, focalizzati a punti problematici particolarmente significativi (e che sono sommariamente indicati qui di seguito dopo il nome dei Relatori), sono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affidati a: Enzo Cheli (Introduzione); Luigi Mengoni (diritto di famiglia); Stefano Rodotà (diritti sociali), Giuliano Amato (libertà di impresa e intervento pubblico), Andrea Proto Pisani (processo civile); Andrea Fedele (riforma tributaria); Francesco Palazzo (diritto penale); Ennio Amodio (processo penale); Giorgio Ghezzi (diritto del lavoro); Carlo Angelici (diritto societario); Paolo Caretti (sistema dell'informazione); Valerio Onida (autonomie, regione e poteri locali); Umberto Allegretti (procedimento amministrativo); Giorgio Berti (organizzazione amministrativa e pubblico impiego).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Franz Wieacker
5 agosto 1908 — 17 febbraio 1994

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Congiungendo in sé solidità e fantasia, respiro culturale e perfetto dominio della tecnica giuridica, capacità di architetture dommatiche e sensibilità storica, Franz Wieacker è stato una delle testimonianze piu significative e rilevanti della scienza giuridica tedesca del Novecento.

A un anno dalla sua morte i 'Quaderni' onorano la memoria del Collaboratore insigne rivivendo — per il tramite di alcuni Colleghi competenti e devoti — la sua singolare avventura intellettuale.

P.G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOACHIM RÜCKERT

GESCHICHTE DES PRIVATRECHTS ALS APOLOGIE DES JURISTEN — FRANZ WIEACKER ZUM GEDÄCHTNIS

I. Die Aufgabe. — II. Forschungsbilanz der Privatrechtsgeschichte? — III. Die *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* als Quelle. — IV. Ansatz und innere Konsequenz der *Privatrechtsgeschichte*. - 1. Der Ansatz. - 2. Die innere Konsequenz. - 3. Gegenstand, Methode und historisches Subjekt der *Privatrechtsgeschichte* in ihrem Zusammenhang. — V. Das Wertungsproblem in der *Privatrechtsgeschichte*. — 1. Volle Historisierung. — 2. Sozialethik als begründete Erfahrung. — VI. Die Rechtswerte der *Privatrechtsgeschichte* als Methodenproblem — von Wirkhlichkeitssinn, Rechtsglaübe, Positivismus, Formalismus und Naturalismus. — VII. Resümee.

I. Die aufgabe

Die Trauer um die Vergänglichkeit aller Sterblichen sucht sich Trost in deren Vermächtnissen. Franz Wieackers *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* war schon zum Vermächtnis geworden, bevor man nun von ihm Abschied nehmen muβte. Der Hoffnung auf eine weitere Auflage hatte er früh widersprochen. Und doch wendet man sich dem vertrauten Meisterwerk jetzt anders zu als bisher. Die Gegenwart scheint ärmer geworden. Der Abschied stellt es in eine Zeit, die der unseren vorausliegt. Man darf und muβ das groβe Werk neu lesen, als ein Dokument einer Zeit vor uns, als Quelle. Sein geschichtlicher Rang scheint zweifellos, aber wie könnte man ihn bestimmen?

II. Forschungsbilanz der privatrechtsgeschichte?

Genügt die Distanz? Genügen Forschungsstand und Methodenbewuβtsein für eine Bilanz der Privatrechtsgeschichte? Oder erscheint ganz anderes maβgebend und vordringlich?

Das inzwischen ein wenig zerlesene Buch, das dem Anfänger

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

einmal als « Speisekarte » (Gagnér) zum ersten Rechtsgeschichts-Menü aufgegeben wurde, hatte schnell alle möglichen Verwendungen bei ersten Kochversuchen durchlaufen, vom Hausrezept bis zur bloβen Vorratskammer, vom Vorzugsgewürz bis zum gemiedenen Süβstoff. Es bedurfte vieler Jahre Übung, um dem suggestiven Lesevergnügen an der so ungemein beweglichen Sprache und der atemberaubend weitgespannten Diktion dieses Juristen-Buches nicht immer wieder einfach zu erliegen. Ein wenig Distanz wäre also nicht unmöglich.

Im Detail lieβe sich schnell manches kritteln, aber darauf kommt es hier nicht an. Hie und da mochte und mag die versammelte neuere Forschung das Bild modifiziert haben. Um Hugo und Thibaut und Puchta, Savigny und wieder Savigny, Reyscher und Beseler und Jhering und Paul Roth, um Windscheid und Gierke und Menger und BGB-Entstehung und-Bewertung, um Wissenschaft und Kodifikation überhaupt, um Unbegrenzte Auslegung und Gemeinwohlformeln, um usus modernus und Leyser und Politische Freiheitsrechte und Rechtsanwendungslehre und Territorialgewalt, um Dialektik der Glosse, Dogmatik, ius canonicum in iure civili, Wissenschaftstheorie und 'praktische Jurisprudenz', um Sklavenrecht und Leges und Handel in der Spätantike, um die Geschichte zahlreicher Privatrechtsdogmen — um diese und viele andere Zonen in Wieackers riesigem Gemälde hat man sich bemüht. Wesentliches hatte Wieacker schon selbst bewegt. « Frührezeption » und Kanonistik, usus modernus-Bedeutung und Anteil des Juristenstandes am modernen Staat, « Wandlungen im Bilde der historischen Schule » und des wissenschaftlichen Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts, all dies vermerkte er 1967 selbst ([2]8) ([1]). Auch auf einschränkende Neubeurteilungen wies er eigens hin, etwa dazu, ob eine Tendenz wie die « Grundgedanken eines sozialen Bodenrechts » wirklich « einen reinen und sicheren Gewinn für den Rechtsgedanken » bedeute ([2]553 mit [1]323). In all diesen und weiteren Abschnitten war die erste Auflage von 1952 teils schlicht ergänzt, teils um mehr als das Doppelte erweitert worden. Aus den 379 Seiten von 1952 hatte Wieacker 1967 in

([1]) Belege zu WIEACKERS *Privatrechtsgeschichte* im folgenden so im Text. Die hochgestellte Zahl zeigt die Auflage.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bewundernswerter Leidenschaft einen Text und Apparat von nicht weniger als 659 Seiten geschaffen. Wie ein unermüdlich liebevoll durchmöbliertes Haus gewann sein Buch ein Vielfaches an Intensität und innerer Fülle. Die neue Fülle, aber auch Schwere, suchte er mit umso intensiverer Sprachkraft zu bändigen, um die Hauptlinien zu erhalten. Es kann also reizvoll sein und wäre gewiß an der Zeit, alle jene obigen Anspielungen näher und vollständiger zu benennen, diese Forschungen mit Wieackers Wandlungen und Nichtwandlungen zu konfrontieren und eine Bilanz zu erstellen. Eine solche Fortschritts- und Rückschrittsbilanz ließe ihren Gegenstand dann als an sich stabile Einheit in einer Fortschrittsgeschichte unserer Erkenntnisse zur Privatrechtsgeschichte erscheinen.

Auch unser Methodenbewußtsein scheint einer Bilanz ohne weiteres gewachsen. Jedenfalls hat man bei einer Untersuchung über « Das rechtshistorische Selbstverständnis im Wandel » zwischen 1945 und 1980 durchaus gründlich und durchdacht gerade Wieackers Methodik als zu leicht befunden. Er schwanke konfus und inkonsistent zwischen « traditioneller », letztlich doch objektivistischer Hermeneutik (statt neuerer wirklich 'nur' verstehender) und einem bloß am « Recht an sich » interessierten « neopositivistischen Induktionismus » (statt aufgeschlossener historischer Sozialwissenschaft (Senn)) (2). Andere deuten neben Wandlungen zwar « Unverträglichkeiten » an, wünschen Wieackers Texte zur « Methodik der Rechtgeschichte » aber doch entschieden « in Hand und Kopf all derjenigen (...), welche an Rechtsgeschichte professionell oder beiläufig interessiert sind » (Simon) (3).

Eine Forschungsbilanz wäre also denkbar. Dennoch möchte ich ein anderes Interesse verfolgen.

---

(2) M. SENN, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zürich 1982, hier 84f., 86 in der Fn (Konfusion) 129f. (Inkonsistenzen), 82 (neopositivistisch) 199 (für historisch-sozialwissenschaftllches Wirklichkeitsverständnis).

(3) D. SIMON, im *Vorwort* seiner Ausgabe Franz WIEACKER, *Ausgewählte Schriften*. Band 1: *Methodik der Rechtsgeschichte*, Frankfurt/M. 1983, hier viif.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. Die privatrechtsgeschichte der neuzeit als quelle

Ganz abgesehen von dem Umfang, den eine wirkliche Forschungsbilanz annehmen müβte, und ohne solcher Arbeit ein hohes Interesse absprechen zu wollen, und ebenso abgesehen von den Untiefen bloβer Methodentheoriebilanzen, — als Quelle würde das Buch so nicht gelesen. Es würde weiter gelesen als Beitrag zu einem ununterbrochenen Forschungsgespräch. Aber Gespräche dauern nicht ewig, sie haben Voraussetzungen in Zeit und Raum. Für die Stellung eines solchen Paradewerkes in seiner und unserer Zeit kommt es wenigstens ebenso sehr darauf an, sein Anliegen, seine Ausgangspunkte, die Prämissen und Axiome, die Strukturen, Basisaussagen und Kernpunkte — oder wie man es nennen will — zu ermitteln, es damit in seine Zeit zu stellen und in ihr zu würdigen.

Dieses Interesse liegt in der Linie von Gagnér, der schon in den 60er Jahren begann, die « Methodik » nicht nur in Wieackers Theorie und Forschungspraxis brillant vergleichend zu untersuchen. Er unternahm es, eine Zwischenbilanz « durch Verfolgung einiger Hauptströmungen und durch Analyse einiger Voraussetzungen einen Überblick zu gewinnen, » und stellte fest, « daβ die Methodendiskussion (...) nur eine der Ebenen darstellt, auf denen sich die rechtsgeschichtliche Methodik der Nachkriegszeit entwickelt hat. » Und hier habe « sich allerdings viel von dem Gedankengut gezeigt, das in methodischen Entscheidungen der Rechtshistoriker der Epoche aktualisiert worden ist. » Dieses Gedankengut sind bestimmte, meist idealistische und metaphysische philosophische Prämissen. Bei jedem der herangezogenen Rechtshistoriker lasse « sich aus der Art, wie er seine Aufgabe gelöst hat, eine Methode herauslesen », eine oft interessantere als die, zu der er sich explizit bekannt habe (4).

In dieser Richtung scheinen mir zwei Aspekte das Wagnis einer Untersuchung und Hervorhebung wert: zum einen der Ansatz und die innere Konsequenz der Wieackerschen *Privatrechtsgeschichte,* zum anderen die behaupteten Unverträglichkeiten oder Inkonsistenzen der Methode (Senn). Zwei Kunstgriffe sollen mir diese

(4) Gedruckt 1993, S. Gagner, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen* I, Ebelsbach 1993, hier 101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Untersuchung erleichtern: der Griff zur Erstauflage und der zu Wieackers rechtstheoretischen Schriften (5) .

IV. Ansatz und innere konsequenz der privatrechtsgeschichte

1. *Der Ansatz.*

Greift man statt wie gewohnt zur zweiten Auflage einmal zur ersten Auflage, so wird man sofort dezidiert begrüβt. Der Erstling weist mit unmittelbarer Frische und gleich im ersten Absatz der Vorrede vom Dezember 1951 den Weg dazu, worum es Wieacker mit diesem Buch ging:

> « Die Pflege der neueren Privatrechtsgeschichte ist eine der wenigen Bereicherungen, die das deutsche Rechtsstudium in den letzten Jahrzehnten erfahren hat. Rechtsgeschichte ist uns Heutigen nicht mehr nur ein Erbteil des ehrwürdigen Enthusiasmus der historischen Rechtsschule oder ein Ausläufer des Historismus, sondern jene Aussage über das Dasein des Rechts in der Tiefe der Vergangenheit, die den forschenden wie den lernenden Juristen davor bewahren kann, ein bloβer Techniker und Routinier zu werden, der den lebendigen Geist des Rechts den Befehlen rechtsfremder Macht oder den toten Lehrsätzen der Schuldogmatik aufgeopefrt hat. » ([1]3).

Ein Bewältigungsbuch für die « Heutigen » also. Dieser dezidiert einführende Absatz fehlt 1967, er erschien wohl zu zeitgebunden. Aber wie setzt Wieacker an? Man hört keinen offen-metaphysischen oder religiösen *Wiedergesundungs*-Aufruf (wie bei F.v. Hippel, Coing oder E. Wolf u.a.) (6), sieht keine Flucht zurück in eine *Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik* (wie bei Schönfeld 1943 und 1951) oder in eine *Neugründung des Naturrechts* (Coing 1950) oder in einen theologischen Abschied vom vergifteten Rechtsstoff (etwa Schönfeld, *Über die Heiligkeit des Rechts*, 1957) oder eine Flucht nach vorn in neue politische Aktivität (Beispiele für diese denkbare Alternative scheinen zu fehlen). Der leidenschaftliche Historiker und Jurist Wieacker ruft

---

(5) Hg. von D. Simon als *Ausgewählte Schriften*. Band 2: *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, Frankfurt/M. 1983.

(6) Dazu immer noch wesentlich Wieacker selbst in [1]348ff. und [2]586ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vielmehr die ganze « Tiefe der Vergangenheit » auf zur Prüfung der beiden Tendenzen, denen er offenbar die erlittene Aufopferung des Rechts zuschreibt: der Rechtsfremdheit bloßer Macht und der Lebensfremdheit bloßer Schuldogmatik. Die Diagnose zur gerade vor 1945 erlebten Katastrophe auch des Rechts wird darin angedeutet, ihre wissenschaftliche Verarbeitung mit mitreißendem Mut angekündigt. Dieser Ansatz mußte die unmittelbare Vergangenheit in pro und contra, mit ihrer Rechtsfremdheit und Rechtsleugnung und Rechtskrisis ([1]306, 361 u.ö.), einbeziehen und tat dies auch (7). War das eine eigenständige Premiere?

Ein Blick auf vergleichbar großangelegte Vergangenheits- und Gewissenserforschungen läßt erkennen, ob und worin Wieackers Plan und Durchführung eigenständig sind. Die herkömmlichen Musterbücher der *Deutschen Rechtsgeschichte* konnten kaum Anleitung geben. Nur Fehr (1921, zuletzt 1962), Zycha (1937, unverändert 1949), Planitz (1950) und Schwerin (zuletzt 1950) hatten überhaupt die Neuzeit einbezogen. Aber von Macht und Befehl und Recht, von Jurisprudenz und Leben, von Wissenschaft und Wirklichkeit, ist dort kaum die Rede. Mitteis schrieb immerhin ein Programm (8). Zu einer *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* im engeren Sinn gab es so gut wie keine Vorbilder (9), nicht einmal für die Institutionengeschichte. Die Anregungen und Parallelen liegen an anderer Stelle. Man muß Werke wie Welzels *« Naturrecht und materiale Gerechtigkeit »,* zuerst 1950, Engischs « *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* », zuerst 1953, weniger schon Koschakers « *Europa und das römische*

(7) Vgl. [1]306ff. zur Fortentwicklung des bürgerlichen Rechts bis nach 1945, 306f. (allg.), 313 (Erbrecht), 314-316 (Novellen seit 1933, VGB-Entwurf), 324 (Studienordnung 1935), 331f. (Willkürgesetzgebung mit erschlichener Mehrheits-Legitimation), 347 (kollektiv-naturalistisches Rechtsbild; fürchterliche Triumphe des Naturalismus im Recht, das 'dem Volke' nützt).

(8) *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 1947. Dazu nun vor allem GAGNER (wie Fn. 4) 9ff. und durchweg.

(9) Zu nennen wäre der kurze Ueberblick von E. MOLITOR, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 1949. Siehe auch die zeitgenössischen Vergleiche bei Wieacker selbst (17) und in dem Überblicksaufsatz von BADER 1955 (*Die Einheit der Rechtsgeschichte*, in *HistJb* 74, 1955, 620-630, hier nach DERS., *Schriften zur Rechtsgeschichte* I, 1984, 89ff (91ff.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Recht », zuerst 1947, einbeziehen, um vergleichbare Themenstellungen zu finden. Wieacker selbst nennt neben Welzel W. Friedmanns « *Legal Theory* », 2.A. London 1949 (10), als « Muster universalgeschichtlicher Betrachtung dieses einen Grundthemas der europäischen Rechtsgeschichte (sc. der Gestalt und Wirkung von wissenschaftlicher Jurisprudenz)..., deren bedeutendem Entwurf unser Arbeitsplan nahesteht ». 1967 fehlen auch die Hinweise auf Friedmann, der mehrfach als « ausgezeichnet » oder « bemerkenswert » ([1]333, [1]349) herangezogen worden war (11). Ein heute vergleichbares Werk anderer Emigranten wie F. Neumanns « *Die Herrschaft des Gesetzes* » konnte auch der aufgeschlossene Wieacker (12) nicht beiziehen, da es bis 1980 ungedruckt blieb (13).

Nur Wieacker legte also ein Buch vor, das eminente realgeschichtliche Kompetenz und Energie eng verband mit einer auch praktisch-ethischen groβen Fragestellung. Aufgabe und Wirklichkeit von Recht und (rechtsfremder?) Macht, von (toter?) Wissenschaft und lebendigem Geist des Rechts trieben ihn um. Er versuchte tatsächlich, dazu gewissermaβen die Erfahrungen der europäischen Menschheit zu erforschen und zu befragen.

Aber dieser Versuch begann nicht erst 1945, und so gesehen stand Wieacker doch nicht so allein. In seltsam anmutender Verschränkung hatten eine ähnliche Besinnung schon eben die Jahre vor 1945 herausgefordert, die nun zu bewältigen waren. Zum einen hatte überhaupt erst der nationalsozialistische Studienplan von 1935 die Konzeption einer spezifisch neuzeitlichen Rechtsgeschichte und Privatrechtsgeschichte begründet, die als Gegenstück zur bis ins Mittelalter gespannten germanischen Rechtsgeschichte gedacht war (14). Gegenwartsbezogen sollte dieses neue Fach vor allem sein. Das setzte Verständigung über die Gegenwart voraus,

---

(10) Zuerst 1944, 5. A. 1967.

(11) Einer Erklärung dafür kann hier nicht nachgegangen werden.

(12) Vgl. seine Hinweise S. 19 auf sonst bis heute wenig genannte Klassiker wie P. VINOGRADOFF, *Outlines of Historical Jurisprudence* I. II, 1920. 1922.

(13) Siehe die von A. SOLLNER übersetzte und bearbeitete Ausgabe Frankfurt 1980 aus dem englischen Typoskript der Londoner Dissertation von 1936.

(14) Dazu aufschluβreich D. KLIPPEL, *Entstehung und heutige Aufgaben der 'Privatrechtsgeschichte der Neuzeit'*, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte*. K. Kroeschell zum 60. Geburtstag, Frankfurt/M. u. a. 1987, 145-167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deren Charakter sich ja nicht von selbst verstand. Denn was 1931 *Die geistige Situation der Zeit* (Jaspers) (15) war, das war auch 1935 nicht schlankweg entschieden.

Zugleich hatte das nationalsozialistische Programm der völkischen Rechtserneuerung einschneidende Grundsatzbesinnungen notwendig gemacht. Nicht wenige der begabtesten Kenner hatten sich an groβe Inventuren der Rechtsvergangenheit gemacht. Man verhandelte in diesem Sinne Grundfragen wie deutsches und undeutsches Recht, germanisches und römisches und Pandektenrecht, *Altes und neues Schuldrecht* (H. Lange 1934), *Abschied vom BGB* (Schlegelberger 1937), (formal-)liberales und lebendig-völkisches Recht, *Groβe Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* als *Ein Entwicklungsbild unserer Rechtsanschauung* (Erik Wolf 1939), völkische Wissenschaft und traditionelle Geheimrats-Wissenschaft, die *Arten des Rechtsdenkens* (Schmitt 1934) überhaupt, wie *Der andere Zugang zum Naturrecht* (F. Beyerle 1938/39), wie liberales Gesetz und echtes Recht, Beamtenrichtertum und echtes Rechtswahrertum, Recht und Wirklichkeit und Juristen und Volk überhaupt, usw. Das geschah in vielfach bewuβt neuer Wissenschaftsauffassung oft recht parteiisch, aber nicht immer nur in billiger Ideologisierung der Vergangenheit. Als Paradedenker trat wieder einmal C. Schmitt auf. Als er 1943/44 « *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* » in berühmten Vorträgen (16) zu bestimmen suchte, griff er bis auf die römische Rechtswissenschaft zurück (s. Kapitel 2). Er konstatierte eine « motorisierte Gesetzgebung » (17) und eine neue Realität des Gesetzes als vergiftete Waffe (Kap. 4). Er beschwor Savigny als wiederzufindendes « Paradigma » (Kap. 5) und « Die Rechtswissenschaft als letztes Asyl des Rechtsbewuβtseins » (Kap. 6). Und er verwarf von Kirchmanns berühmten Zweifel von 1847/48 kurzerhand als « nihilistisch » (18)

---

(15) So Karl JASPERS berühmter Titel von 1931 (Sammlung Göschen Bd. 1000), 5. A. 1932, Neudruck 1946 u.ö., zuletzt wohl 1978.

(16) Gedruckt erst Frankfurt 1950, 32 Seiten.

(17) Von WIEACKER [1]330 ohne genauen Nachweis verwendet, vgl. aber SCHMITT 18, 30, 32.

(18) SCHMITT 15 mit 21 zu Kirchmann, *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gegenüber einer autonomen « Rechtswissenschaft als der letzten Hüterin der absichtslosen Entstehung und Entwicklung des Rechts » (19). Nicht mehr der Führer hütete also das Recht (20). Ebenfalls 1944 hatte der als besonders begabt gerühmte Strafrechtler und Radbruch-Schüler G.Dahm ein umfänglich historisierendes Grundsatzwerk über « *Deutsches Recht* » vorgelegt, um in der « tiefgreifenden Bewegung seit dem Umbruch des Jahres 1933 » nicht « die geistige Herrschaft zu verlieren » und zu « versuchen, den gegenwärtigen Standort des Rechts zu ermitteln und sich die großen Linien der Entwicklung gegenwärtig zu machen » (21). Stichworte wie « Rechtswissenschaft » und « Rechtsbewußtsein », « geistige Herrschaft », « große Linien », « Gegenwartsbezug » gaben nicht nur hier die Richtung der allgemeinen Aufmerksamkeit an. Selbstverständlich wäre hier viel zu vertiefen und zu präzisieren. Die Andeutung mag aber genügen, um die Lage zu umreißen.

Nimmt man Schönfelds schon erwähnte *Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik* von 1943 hinzu, so überblickt man in etwa die größeren Parallelunternehmungen seit ca. 1943 und hat sich den Blick für Wieackers Beitrag geschärft. Durchweg ging es um Grundfragen des Gegenwartsrechts. Die Aufgabe sah man in geschichtlicher Vergewisserung, die Lösung in einer schwer überschaubaren Mischung von Juristen-Geschichte, Juristen-Philosophie und Juristen-Politik. Der Bereich überkommener Rechtsgeschichte wurde überschritten. Jedenfalls zeugten diese Anstrengungen von tiefgreifender Verunsicherung, von Selbsterforschung und Bilanzierung. Das ist nicht überraschend, aber doch aufschlußreich für die Bedingungen des Textes von 1952, dessen Vorwort im Dezember 1951 geschrieben wurde. Wieackers Antrittsvorlesung von 1939 handelte in diesem Kontext nicht zufällig « Vom römischen Juristen » (22), gerade auch wenn er im letzten Abschnitt fragt, ob dieser Bild des heutigen Juristen, d.h. « des völkischen Rechts lebendige Stimme », sein könne und dies ver-

(19) SCHMITT 30.

(20) Vgl. SCHMITTS Aufsatz « Der Führer schützt das Recht », in *DJZ* 1934, 945.

(21) DAHM, *Deutsches Recht*, Hamburg 1944, Vorwort, 9.

(22) In *Zs. für die ges. Staatswissenschaft* 99 (1939) 440-463, vgl. die Werkbibliographie in *Festschrift Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neint. Parallel ging es ihm 1940 um « Privatrechtsgesetzgebung und politische Grundordnung im römischen Freistaat », 1941 um « Das antike römische Recht und den neuzeitlichen Individualismus » und « Gerechtigkeit und Rechtsanwendung im oberitalienischen Recht des Mittelalters », 1942 um das Erbe Jherings und Windscheids, 1944 um das « Römische Recht und das deutsche Rechtsbewuβtsein » überhaupt (23). Man begegnet in diesen Texten einer ganzen Reihe von wesentlichen Stützen zu der späteren Darstellung von 1952, etwa der intensiven Forderung nach Lebensnähe, dem Vorwurf eines geheimen Bündnisses von Pandektenrecht und politisch-wirtschaftlichem Individualismus als « schwerste Gefahr » (1941, 167), aber auch dem argumentierenden Werten, das mehr zur parteilichen Zeit vor 1945 zu gehören schien (24).

2. *Die innere Konsequenz.*

Diese Zusammenhänge sind gewiβ nicht neu und schon gar nicht für die ältere Generation der « Heutigen ». Es erscheint aber wesentlich, daran zu erinnern, welch einerseits verworrenes, andererseits eigentümlich zeitbedingtes Milieu heschte. Selten vermerkt wird auch die verblüffende Zeitgleichheit und nicht selten Sachberührung mit der Standortsuche deutscher Juristen-Emigranten. Friedmanns *Legal Theory* von 1944 wurde erwähnt. Auch Neumanns *Behemoth* von 1942/1944, Fraenkels *Dual State* von 1940 und Kelsens *General Theory* von 1944 oder sein groβer Aufsatz über *Foundations of Democracy* in *Ethics* 1955 bieten lehrreiche Vergleichspunkte.

Gerade aus diesen Bedingungen und Kontexten entsteht in offenbar folgerichtiger Zuspitzung Wieackers *Privatrechtsgeschichte*

---

(23) In *Die Antike* 16 (1940) 176-205, in *ZsgesStw* 10 (1941) 167-171; ibid. 591-601 (letztere Angabe war jedoch nicht verifizierbar); *R.v. Jhering*. Leipzig 1942; zu WINDSCHEID *Dt. Recht* 1942, 1440-1443; *Das Römische Recht* ..., Leipzig 1944; vgl. die soeben genannte Werkbibliographie, mit Neudrucknachweisen.

(24) Siehe z. B. « Das römische Recht... », nach dem Neuabdruck in DERS., *Gründer und Bewahrer*, Göttingen 1959, 9-42, zur Rezeption als Verwissenschaftlichung, zur Juristenrolle, zum Konflikt von rationaler Staatstechnik und irrationaler Lebensfülle und den expliziten Versuch, den Rezeptions-« Vorgang zu werten » S. 34ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, wie sie 1951/52 mit vollem Titel auftritt. Sie ist seine Antwort zum Lebenswert der Rechtsgeschichte. Erkenntnisinteresse, Fragestellung, Gegenstand, Durchführung und Antworten stehen in selten intensiver Verbindung. Sechs Aspekte scheinen mit in innerer Konsequenz verbunden:

1) Unter dem Stichwort « Geschichte der europäischen Rechtswissenschaft » ([1]3) werden neuzeitliche « Rechtskultur » und Kultur überhaupt bilanziert. « Rechtswissenschaft » interessiert nicht per se, sondern als « Verwissenschaftlichung des Rechtsbetriebes » ([1]3), als irgendwie wissenschaftlich angeleitetes öffentliches Handeln. ([25]).

2) Das methodische Instrumentarium muß umfassend sein und all dies erfassen. Es muß also « sozial-, kultur- und geistesgeschichtlich », ja auch konkret « lokalgeschichtlich », sein ([1]3).

3) Europas Rechtsgeschichte gilt schlichtweg als Einheit schon von Rom, Christentum und Griechenland her. Deutsch-Sein oder anders National-Sein gilt nicht mehr als endgültige Emanzipation davon (18f). Auch die USA gehören so dazu ([1]159 u.ö.).

4) Privatrecht interessiert als pars pro toto von Recht überhaupt, als « der eigentliche Sitz abendländischer Rechtskultur » ([1]7).

5) Historisches Subjekt sind die Juristen als öffentlicher Stand, in ihrem Handeln als verantwortliche Menschen oder als « bloße Techniker » und « Werkzeuge » ([1]3, 14). Explanandum sind nicht Theorie per se und nicht Praxis per se, nicht objektive Gesetzlichkeiten und nicht bloße Schicksale im Zufall der Zeiten, sondern das öffentliche Handeln eines Standes und einer Profession.

6) Inhaltlich interessieren die Lagen und Wirkungen von Recht « unter dem übergeschichtlichen Gesichtspunkt der Rechtsidee und Rechtserfahrung » ([1]8), deutlicher der jeweiligen « Sozialethik » ([26]) und konkreten Gerechtigkeit. Zuletzt zielt dieses Interesse auf die Optionen zwischen liberal und sozial und 'offener Gesellschaft'

([25]) Dies betont D. SIMON sehr treffend in der Einleitung der Methodenschriftenausgabe (wie Fn. 5) — aber das gehört schon zu meinem zweiten Kunstgriff, s. u. im Text unter V. (S. 547ff.).

([26]) Vgl. [1]13, 28f., 38, 69, und durchgehend.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

([2]78), auf den gegenwärtigen sozialethischen Standort, und das heißt « die Wiederherstellung des heute fast zerstörten Rechtsglaubens » ([1]361f.).

Das alles läßt sich heute unschwer aus dem Vorwort und den ersten Seiten ermitteln. Dennoch liest man in den Rezensionen kaum etwas davon (27). Eine Durchsicht klärt einiges. Der europäische Ansatz wird gesehen und begrüßt (28), ähnlich die Standortsuche (29). Aber schon daß Privatrecht als pars pro toto für Recht genommen ist, wird nirgends erwähnt (30). Die Rubrizierung des Buches nach Gegenstand, Methode und historischem Subjekt der Darstellung macht große Schwierigkeiten. Auswärtige Betrachter wie Cardascia und Gilissen finden in dem Buch im wesentlichen nur « äußere Rechtsgeschichte », Klang sieht darin eine Geschichte der Rechtsprechung. Offenbar übergehen die einen die Besonderheit des Bewältigungsengagements, die Wieacker von der Institutionen- und Dogmengeschichte wegführte, die doch « la substance de droit » (Cardascia) ausmache, und legen das Ganze eben in der unveränderten Fachkategorie « äußere Rechtsgeschichte » ab. Klang sieht das Thema des öffentlichen Handelns der Juristen, rubriziert es aber zu eng unter Rechtsprechung. Geschickter sehen besonders Kunkel, von Lasaulx, Caenegem u.a. in Wieackers Buch die Konstituierung eines neuen Fachs oder Buchtyps — aber welches? Negativ ist man sich einig, daß die klassische Dogmengeschichte, ja das wirklich 'positive' historische Recht fehle (bes. Kunkel, v. Lasaulx, Gilissen, van Caenegem). Eine positive Charakteristik von Gegenstand und Methode fällt aber sehr schwer. Meist rettet man sich in das Stichwort 'Geistesgeschichte'. Leider hat es nur negative Präzision etwa in dem Sinne, daß es nicht nur um Rechtssätze, sondern auch um Denken und Geist gehe. Für Wieacker aber geht es zugleich um Geist gegen Ungeist. Positiv genommen führt die Kennzeichnung « geistesgeschichtlich » sogar geradezu irre. Denn es geht nicht einfach um Geistesgeschichte

(27) Vgl. die Nachweise im Anhang.

(28) Von fast allen.

(29) Bes. von Würtenberger, Liermann, Kaden, Ebel, Schmelzeisen, von Lasaulx, Wenzel, Buschmann; ein « Wagnis » nennt dies Kunkel.

(30) Andeutung in der Rez. von KUNKEL 514 in der Fn.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oder Ideengeschichte, sondern um zweierlei in seiner Spannung, nenne man es Geist und Leben, Denken und Handeln, Theorie und Praxis o.ä. Kunkel deutet dies vielleicht an, wenn er schreibt, es handele sich vorwiegend um geistesgeschichtliche Beleuchtung der Denkmethoden und Grundprobleme der verschiedenen Epochen (31). Schultze-von Lasaulx meint es wohl ähnlich, wenn er betont, es gehe um den « Rechtsgeist », in erster Linie um die « Rechtswerte » einer Epoche, die auf dem Wege über eine Geistesgeschichte gesucht würden (32). Andere zitieren treffend, aber ohne die notwendige Erklärung, den Passus über « Geschichte des Rechtsdenkens und seiner Wirkungen » ([1]8). Fast nur van Caenegem bemerkt 1969 weiterführend, Wieacker gehe es um ganz generelles « historical understanding », um « nature and causes of historical development » (33). Immerhin sagt Bader nicht unähnlich, aber in bezeichnend 'deutscher' Wendung und Brechung: « Überall das echte Anliegen des Historikers, die Genesis herauszuarbeiten und geschichtliche Fakten als selbständige geistige Werte zu erfassen » (34). Gewissermaßen lag eine solche Charakteristik auf der Hand, aber nur van Caenegem und Bader scheint es erwähnenswert, während doch ohne diesen Aspekt Wieackers Anspruch und Eigenart unklar bleiben. Mit den häufigen Hinweisen auf die geistige Weite und Höhe der Darstellung ist dazu zu wenig gesagt.

Die Durchsicht ergibt, wie schwer sich die Zeitgenossen mit einer Charakteristik taten. Vermutlich war ihnen im überwiegend metaphysischen Klima der deutschen Nachkriegszeit (35) der Ansatz einerseits zu selbstverständlich, um ihn eigens zu erörtern und zu reflektieren. Andererseits fehlten offenbar vielfach philosophisches Rüstzeug oder die Distanz oder ein Dissens, um den Implikationen dieser *Privatrechtsgeschichte* nachzugehen.

In den historischen und philosophischen Zeitschriften scheint

(31) KUNKEL 511.
(32) SCHULTZE-VON LASAULX, in JZ 1955.
(33) van CAENEGEM 237.
(34) BADER in *HistJb* 1955.
(35) Dazu jetzt umfassend GAGNER (wie Fn. 4), etwa die Zwischenbilanz S. 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

das Buch, dieser Stolz der Rechtshistoriker und gebildeten Juristen, übrigens einfach gar nicht rezensiert worden zu sein (36).

3. *Gegenstand, Methode und historisches Subjekt in ihrem Zusammenhang.*

Für Gegenstand und Methode muß gegenüber alledem betont werden, daß Wieacker Rechtskultur überhaupt bilanzieren will. Daher fällt der vielzitierte, aber erklärungsbedürftige Programmsatz:

> « Wir verstehen Privatrechtsgeschichte der Neuzeit als Geschichte des Rechtsdenkens und seiner Wirkungen auf die Wirklichkeit in der modernen Gesellschaft », aber auch dessen weniger zitierte Fortsetzung: « denn nur so wird sie begriffen als das, was sie wirklich ist: Geschichte schlechthin, gesehen unter dem übergeschichtlichen Gesichtspunkt der Rechtsidee und der Rechtserfahrung » (18).

a) Zum Gegenstand: Den philosophisch spekulativen Einschlag dieser Programmformel hat Gagnér nachgewiesen (37). Läßt man ihn einmal dahinstehen, so bleibt jedenfalls, daß Denken und Wirklichkeit in ihrer Verschränkung und Spannung entscheidendes Thema sein sollen. Als Gegenstand sind weder bloße Denkgeschichte oder Geistesgeschichte, noch bloße Wirklichkeits—, moderner Sozial—, oder Gesellschaftsgeschichte, gewollt. Das erschiene kaum erwähnenswert, wenn « geistesgeschichtlich » nicht die verbreitetste Kennzeichnung des Buches überhaupt wäre, wie sie besonders die erwähnten Rezensionen einführten, und wenn nicht gerade die Verbindung von sog. Denkgeschichte und sog. Wirklichkeitsgeschichte ein heikles methodisch-philosophisches Problem wäre. Stichworte wie Sein und Sollen oder Wissenschaft und Wert dürften genügen.

b) Zur Methode: Der dualen Gegenstandsbestimmung entspricht die plurale Methodenbestimmung. Das Instrumentarium soll gerade nicht nur « geistesgeschichtlich » sein, sondern « so-

---

(36) Vgl.die Liste unten S. 561. Es fehlen vor allem HZ, VSWG, MIÖG. BLANKENHORN in *Das Argument* 1970, findet erwartungsgemäß Idealismus. DENZER in *Zs. für Politik* 1969, lobt im wesentlichen unkritisch.

(37) GAGNER (wie Fn. 4), bes. 20f., 24, 210.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zial—, kultur— und geistesgeschichtlich », zudem bisweilen « lokalgeschichtlich » ([1]3). Von bloßer Ideenverfolgung oder neopositivistischem Objektivismus ist hier keine Spur ([38]). Der Weg zur sog. historischen Sozialwissenschaft, also einer hypothesenbewußten Strukturierung der Geschichte als sozialer Gesamtheit, ist nicht abgeschnitten ([39]).

c) Zum historischen Subjekt: Das erwähnte heikle Problem der Verbindung von Geist und Leben, Denken und Wirklichkeit, beantwortet Wieacker, soweit ich sehe, nicht ausdrücklich. Aber die Antwort steht fast auf jeder Seite des Buches. Sein historisches Subjekt sind durchgehend die Juristen, als historischer Stand und als Profession, als Werkzeug von Zentralisierung und Staatsbildung, aber doch klar als verantwortliche Menschen. Wieacker läßt sie in zahlreichen Lebensbildern auftreten und macht sie überall mit pro und contra verantwortlich. Hier im menschlichen Subjekt kommen also Geist und Leben und Norm und Wirklichkeit zueinander, zuletzt im « Rechtsgewissen » und « Rechtsglauben » ([40]). Verworfen sind damit rein objektive Geschichtsgesetze, bloß materielle Gesetze als « letzte Instanz », bloßes Fatum und blinder Zufall als Geschichtssubjekt. Diese Prämisse wird gemacht. Sie scheint mir fast am wichtigsten. Dadurch wird das Buch zu einem wenigstens für Juristen sympathischen Plädoyer, ja zu einer Apologie des Juristen. Hierher gehört auch der in der zweiten Auflage deutlicher ausgebaute, häufige Hinweis auf das öffentliche Handeln als Thema: Thema sind die Juristen in ihrem « öffentlichen Prestige », ihrer « öffentlichen Wirksamkeit », ihren « öffentlichen Aufgaben », ihrer Befassung mit den « öffentlichen Angelegenheiten » ([41]). Wieacker legt also ein handlungstheoretisches Konzept

---

([38]) Vgl. SENN (wie Fn. 2), der Wieackers Methodensätze zu sehr als Einheit verarbeitet. Man muß diese Texte aus über 40 Jahren doch viel genauer unterscheiden, schon nach ihren Anlässen, und vorsichtiger zusammenführen. GAGNER führt das jetzt vor. Die Kritik als 'idealistisch' bei BLANKENHORN 1970 und WESEL 1974 u.a., vgl. nur SENN 136ff. zur materialistischen Rechtsgeschichte, fordert eine andere Wirklichkeit ein, nicht nur andere Methode.

([39]) Anders SENN (wie Fn. 2).

([40]) Vgl. nur [1]361f. zu Rechtsglaube.

([41]) WIEACKER [1]115, 37, 45, 78, u. durchgehend, vgl. 99, 128, 347, 360, 362. Vgl. [2]82, 92, 114, 188 u.ö.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zugrunde, nicht ein funktionales oder strukturelles — auch dies eine entschiedene Nachkriegsantwort und Bewältigungsempfehlung gegen die bloßen Werkzeug-Juristen, die sich nicht selten nur im Gehorsam gegenüber Geschichtsgesetzen wähnten und wähnen. Kausalitäten interessieren Wieacker nicht per se, wie Caenegem wohl auch nicht meint (42), ebensowenig bloß funktionale Systembetrachtungen. Beide Erklärungstechniken kann Wieacker zwar brillant verwenden, etwa zu den Ursachen der Rezeption oder zum Thema « Historische Bedingungen und Paradigmen supranationaler Rechtsordnungen » (43), aber er bettet sie stets ein in das Wirken konkreter Subjekte. Um einiges vor den modernen Professionalisierungskonzepten hat Wieacker damit Rechtsgeschichte schon stark in deren Sinn verarbeitet (44).

Gegenstand soll also das ganze Recht sein, real und geistig. « Privatrecht » ist schon deswegen für Wieacker pars pro toto. Das hat aber auch eine inhaltliche Note. Denn die Rechtfertigung für das neue Fach liegt ihm in nicht weniger als der Überzeugung, « europäisches und deutsches Privatrechtsdenken » sei « der eigentliche Sitz abendländischer Rechtskultur geworden » (17). Grundsätzlicher ließ sich Privatrecht kaum verankern. Aus dieser Annahme läßt sich auch viel von der Art der Wieackerschen Aufmerksamkeit für Dogmengeschichtliches erklären. Er akzentuiert Grundsatzfragen und —aspekte, Fragen von Freiheit und Gerechtigkeit, von liberal und sozial. Also sieht und betont er in dieser Perspektive die allgemeinen Lehren und sozial relevanten Themen des Privatrechts. Das muß nicht im einzelnen gezeigt werden. Man kann es an allen seinen Epochenbilanzen verfolgen. Grundsatzfernes, allzu 'positives' Detail interessiert folgerichtig nicht. Nicht recht in den Blick kommt ihm das Gewohnheitsrecht, dessen Bedingungen und Chancen historisch wesentlich waren und

(42) Vgl. oben bei Fn. 33.

(43) 1981, jetzt in AS II (wie Fn. 5), ein bes. eindrucksvolles Bsp. Vgl. aber auch *Privatrgeschichte*[1] zum Vorabend der Rezeption (46ff. — beachte die Logik des Bildes: Rezeption als Nacht?), zu den « Grundlagen » des Vernunftsrechtszeitalters (133ff.) u. ö.

(44) Vgl. nur das Heft 1980 Nr. 3 der Zeitschrift « Geschichte und Gesellschaft » *Professionalisierung in historischer Perspektive*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

das vielleicht einen dezidierter Liberalen gereizt hätte. Die Nachkriegsstandortsuche fand hier wohl kein aussichtsreiches Modell mehr. Er denkt auch nicht an eine entschiedene « Wiederherstellung des Privatrechts » wie sie sehr wirkungsträchtig der spätere EWG-Präsident Hallstein 1946 unternahm (45).

Von alledem erhofft sich Wieacker zuletzt und bei rechter Durchführung und Anerkennung nicht ohne berechtigte Hoffnung die « Wiederherstellung des Rechtsglaubens ».

Die innere Konsequenz der *Privatrechtsgeschichte* in ihren sechs Aspekten scheint mir mit diesen Überlegungen hervorzutreten. An der zweiten Auflage fallen dazu keine wesentlichen Änderungen auf. Nur die Sicherheit der Einschätzung der 'sicheren' Rechtskulturgewinne wird hier und da abgeschwächt (46).

V. Das wertungsproblem in der privatrechtsgeschichte

Warum noch ein zweiter Kunstgriff, warum der Griff zu Wieackers Rechtstheorie? Die eingangs erwähnte scharfe (Methoden-)Kritik (47) ist noch nicht ausbedacht. Vom Historiker Wieacker ist der Jurist Wieacker nicht zu trennen. Die nicht leicht voll vereinbaren Fächer hat er souverän beherrscht und integriert. Diesen Reichtum an Kompetenz und Aufgabenbewußtsein mußte er immer erneut bändigen. Wenn seine *Privatrechtsgeschichte* im Kern eine Apologie des richtigen Juristen ist — wie ich es behaupte —, ist sie nicht nur Geschichte, sondern zugleich Bilanz, Wertung, ja methodische Wertung. In der Tat bilanziert und wertet Wieacker jede seiner Epochen und jeden seiner oft liebevoll vorgestellten Juristen bewußt und deutlich nach Gewinn und Verlust (z.B. [1]100, [2]188). Manche mag gerade das stören. Die methodische Legitimation zur Wertung und ihrer Verbindung mit der empirischen Forschung bleibt in seinen geschichtsmethodischen Texten in der

(45) In *JZ* 1946 (April), 1-7. Frankfurter Rektoratsrede, auch separat erschienen. Vgl. Wieacker [1]307ff., 320 (soziales Recht sicherste Aktivposten), 323 (soziales Bodenrecht gehört zu den wenigen sicheren Beiträgen zu einer neuen Rechtskultur).

(46) Vgl. etwa [1]323 zum Bodenrecht mit der ausdrücklichen Einschränkung mit Blick auf die aufkommende Planifikation in [2]553.

(47) Oben bei Fn. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tat eher diffus. Sie läßt sich besser in seiner juristischen Methodentheorie finden.

1. *Volle Historisierung.*

Seine Verbindung von Empirie und Wertung ist nicht inkonsistent, wie man behauptet (48). Als Historiker sammelt Wieacker Wissen zu geschichtlich erfahrenen Rechtslagen, im wesentlichen ohne Objektivismus. Hand in Hand gehen ihm hier, mit Kant zu sprechen, die Werkzeuge der forschenden Vernunft, Begriff und Anschauung. Unter relativ gut ausgewiesener Fragestellung und mit bewußten Begriffen erwägt er den Stoff. Es gibt kaum ein bewußter angelegtes und ausgewiesenes deutsches Rechtsgeschichtsbuch. In Wieackerscher Sprache von 1952: « Erst in diesen Rahmen », d.h. von Fragestellung und Arbeitsbegriffen, « waren die äußeren Erscheinungen einzutragen » (18), d.h. die rechtshistorische Anschauung, soweit passend. Vielleicht ist das etwas wohlwollend gelesen. Spekulative Elemente liegen gewiß vor. Aber jedenfalls werden dann keineswegs Hypothesen generell « positivistisch » durch « Fakten ersetzt » (49). Die vielfältigen sprachlichen Fassungen seiner Forschungspraxis als empirisch, aber auch hermeneutisch, müssen nicht anders verstanden werden. Wieackers unablässige Methodenreflexionen sollen hier auch nicht im ganzen vorgestellt und gar überprüft werden, da Wesentliches dazu gesagt ist (50). Für die Verbindungsfrage sehe ich zwei wichtige Akzente: Es bleibt der Versuch voller, illusionsloser Historisierung. Die Zeit- und Raumgebundenheit aller Erfahrung, alles Seins und Sollens, ist Axiom. Das bedeutet methodisch einerseits eine prinzipiell empirisch-forschende Haltung. Zweitens bedeutet es Skepsis beim Wertpro-

(48) Siehe oben SENN (Fn.2).

(49) So aber SENN 131. Ein schiefes Bild von Positivismus scheint mir hier das Urteil zu leicht zu machen.

(50) Vgl. die Ausgewählten Methodenschriften (wie Fn. 4). Die zu abstrakten Verarbeitungen bei SENN (wie Fn. 2) 81ff. u.ö. befriedigen nicht. Die so seltene Verbindung konkreter und philosophiebewußter Untersuchung bei GAGNER, *Methodik* (wie Fn. 4), ergibt ein ebenso differenziertes wie einleuchtendes Bild. Die Oberflächlichkeit vieler bisheriger Schlagworte wird peinlich bewußt. Unter diesem Vorbehalt stehen auch meine Vereinfachungen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blem, genauer: Skepsis gegenüber einem im Sein irgendwie vorgegebenen oder sich manifestierenden überzeitlichen objektiven Sinn. Freilich führt Wieacker sein entschiedener Wertungs- und Bewältigungsdrang immer wieder in die Versuchung, sich mit Strukturen, Sachlogik u.ä. Objektivismen letztlich idealistischer Abkunft zu helfen (51). Aber er kommt zurück auf Stichworte wie « hermeneutisches Experiment » (52) oder das doppelte Bedürfnis einer « Tatsachenermittlung » und der « Reflexion auf einen (...) übergreifenden Entwicklungszusammenhang » (53). Diese doppelte Perspektive auf Einzelnes und Zusammenhang erscheint legitim und konstitutiv für Wissenschaft, obgleich « Entwicklungszusammenhang » schon etwas objektivistisch klingt.

2. *Sozialethik als begründete Erfahrung.*

Die philosophischen Fesseln und der unruhige Überschuß in so vielen dieser Sätze sollen nicht vergessen werden. Für die Verbindungsfrage interessiert aber ein weiterer methodischer Gehversuch des Forschers und Ethikers Wieacker. Seine mehr oder weniger durchgehaltene Wertskepsis gegen überzeitlichen objektiven Sinn im Sein ist für ihn nicht das letzte Wort. Sie bedeutet ihm nicht schon Skepsis gegen jegliche Sinnerfahrung. Hier kommt der Jurist ins Spiel. Als wertgeübten Juristen interessiert ihn an aller Geschichte auch die je gelebte und erfahrene Sozialethik. Aber, so die entscheidende Frage, wie wäre dieses Wissen methodisch zu erbringen und auszuwerten? Erbracht wird es, kurz gesagt, durch zweierlei: die verantwortungswillige Frage danach und die Suche

(51) Dazu GAGNER, etwa 20f. (zur Aufgabe nach *Prg*[1]8; vgl. dann auch 24, 210), 23f. (zu Rechtsidee, Rechtserfahrung, Sachlogik), 40f. (vergleichende Strukturforschung), 44f. und 80 (doch immer wieder intensive Suche nach dem oft vermißten Inhalt des Naturrechts), 77 (Versuch einer Strukturlehre und Philosophie des Rechts), 80f. (volle Offenheit, Instrumentarium erst aus Gegenständen; Strukturlehre als Kompromiß), 86 (in gewissen Punkten Verdacht eines eigenen Pandektismus), 93 (gewisse Ambivalenz), 99f. (empirische Seite), 207 (in Stellungnahme zu Jhering von transzendentalphilos. Denkschemata gefesselt).

(52) WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, in: *Eranion in honorem G.S. Maridakis, vol. 1,* Athenis 1963, 339-366, hier 365.

(53) WIEACKER, *Gegenwärtiger Stand*, 355.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nach Antworten im Stoff. Historische Sozialethik läßt sich feststellen, auch geronnene Werte gehören zur geschichtlichen Welt.

Die Auswertung als Wertung hängt meist davon ab, welche Rechtsvorstellung man sich macht. Dem Metaphysiker erscheinen die Ordnungen vorgegeben in reiner Vernunft oder in Offenbarung oder in Manifestationen des Wahren und Richtigen. Er erweist sie nur noch in der Vernunft oder am Stoff. Von derart unverfügbaren oder ewigen oder absoluten (Naturrechts-) Sätzen kann Wieacker sich aber nicht überzeugen, sei es in welcher Fassung, einer religiösen, idealistischen, naturalistischen oder philosophisch-anthropologischen. Aber auch mit dem anderen Extrem, dem ehrenwert gehorsamen Formalismus eines Werkzeugs der jeweiligen Macht, will er sich nicht begnügen, und sei es auch in Abwehr der volonté générale einer demokratischen Mehrheit ([1]330f.). Ungerechtes Gesetz und gesetzliches Unrecht sind ihm eine bittere, unwiderlegbare Erfahrung. Bloß abstrakte Wertbekenntnisse genügen ihm ebenfalls nicht; sie werden offenbar zu schnell politisch doktrinär und « weltanschaulich ausgerichtet » ([54]) Was bleibt? Es bleibt die geduldige, immer neue Erwägung der realen Erfahrungen mit dem öffentlichen Handeln der Juristen und der Sozialethik einer Zeit. Diese Erwägung sollte man nicht als kurzschlüssig und beliebig abtun. Jedenfalls geht sie weniger beliebig vor als schlichte Bekenntnisse oder Statements. Denn sie versucht zu begründen, und dies nicht bloß deduktiv aus als feststehend angenommenen Vordersätzen. Sie versucht Begründungen, um zu überzeugen mit nachvollziehbaren, konkreten Geschichten. Sie stellt damit ihre Wertung in die Debatte öffentlichen Handelns. Sie bezieht das verfügbare Erfahrungswissen ein, um konsequent wertbeziehend vor dem Forum der kulturellen Errungenschaften Europas, vor allem der erkämpften Grundfreiheiten und Menschenrechte, Gewinne und Verluste zu verbuchen. So kann Wieacker schließen, es zeige jenseits von « transzendenter Begründung » ein « Urteil der praktischen Vernunft, d.h. einer empirischen Erfahrung, (...) mit vernünftiger Wahrscheinlichkeit (...), daß der Fortbestand dauerhafter Gesellschaften an Existenz und Anerkennung eines willkür-

([54]) Vgl. WIEACKER, *Sittengesetz* (1961), in *AS* II 40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

freien Regelsystems geknüpft ist. Jedenfalls gilt dies für den gegenwärtigen Äon des Planeten » (55). Die späte Formulierung vermittelt passend Wieackers Anspruch und Bescheidenheit, seinen methodischen Ansatz und seine methodische Hemmung. Das alles mag keine philosophisch 'zwingende' Lösung des Wertproblems sein. Aber diese 'Lösung' fällt jedenfalls nicht in stumme Resignation, bloße Intuition, höheren Befehl u.ä. Verfahren. Sie ist vielleicht die beste unter den vielen schlechteren, setzt man den verantwortlichen Menschen als historisches Subjekt voraus.

Es mutet merkwürdig an, daß diese Haltung « Privatideologie » genannt werden kann, und daß daher der eher konservativere Metaphysiker Coing vor der heutigen Methodenkritik besser abschneidet als der liberal-soziale « Positivist » Wieacker. Coing wird honoriert, daß er seine Metaphysik als Methode konsequent und offen vertrete (56). Wieacker werden Opportunismus und geheime « Privatideologie » innerhalb eines « sich nicht ausweisenden Positivismus » vorgeworfen (57). Daß man aber völlig konsistent einerseits nichtobjektivistisch-hypothetisch geschichtlich forschen kann und andererseits die Ergebnisse ohne bloßen Opportunismus wertbeziehend bilanzieren kann, wird nicht gesehen. Die methodische Arbeitsteilung von Forschen und Werten muß nicht — und sollte nicht — in Beziehungslosigkeit enden. Die Juristen haben hier für Wieacker in dem für « die 'Offene Gesellschaft' der Wissenschaften lebensnotwendigen Konzert der Standpunkte die Stimme der Nächstbetroffenen und durch Erfahrung und öffentli-

---

(55) WIEACKER, *Rechtsgewinnung durch EDV* (1978), in *AS* II (wie Fn.5) 179; vgl. dort 184 als weiteres Beispiel zu Lehren aus der Rechtsgeschichte die Abwägung von Richter- und Gesetzesrecht, oder auch AS II 22 in der Fn. und 27 zum christlichen Element. Bspe auch in *AS* II 28ff., 191; *Privatrechtsg.* [1]347.

(56) SENN 131.

(57) SENN 131 und 125, auch 83 mit kaum treffendem Hinweis auf Marcuses generellen Ideologieverdacht gegen sog. voraussetzungslose Wissenschaft. Wieacker läßt keine Zweifel an der Notwendigkeit persönlicher Wertung (im Rechtsgewissen) und verhehlt nirgends seine Fragestellung oder gar die gesellschaftspolitische Funktion. Methodische Trennung von Wissenschaft und Wertung bedeutet ja keineswegs notwendig Beziehungslosigkeit, bei Wieacker im Gegenteil. Daß Wieacker nicht selten zu Objektivismen neigt (s. Fn. 37, 51), ändert daran nichts, solange es nicht durchgehend und prinzipiell wird.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Verantwortung denn wohl auch Nächstberufenen » (58). Es spielt methodisch keine Rolle, ob diese Werterwägung dem geltenden Recht oder historischen Sinnverwirklichungen gilt. Die sittlichen Urteile « sind unabhängig vom historischen Material, auf welches sie bezogen werden » (59). Aber sie können und sollen weder unterbleiben, noch unbegründet sein. In die Kriterien konkreter Gerechtigkeit muß « die Wirklichkeit der unwiderruflichen geschichtlichen Erfahrungen eingegangen sein » (60). Daß man dies nicht mehr als « naturrechtlichen Standpunkt » bezeichnen sollte, erwägt Wieacker mit Recht. Aber sehr bezeichnend will er 1965 dieser Vorstellung von einem in actu « zugleich überwirklichen *und* konkreten Recht » doch « den Ehrennamen Naturrecht nicht vorenthalten, mit dem sich solche Ruhmestaten abendländischer Rechtskultur verbinden und der eine solche Ermutigung für die Suche nach der Gerechtigkeit bleibt » (61). In der Sache bleibt dieses « Naturrecht » methodisch personal, persönliche Entscheidung, « Annäherung » (62). Es wird nicht objektiv gefunden, aber auch nicht rein beliebig gesetzt.

Genau an dieser Stelle kann sich Wissenschaft nützlich machen. Sie tut es, wenn sie so autonom und unparteilich wie möglich, also wenn man will mit Wieacker « rational », die empirisch überprüfbaren Argumente und Argumentelemente bei der Wertung aufweist, beibringt und prüft. In diesem Sinne scheint mir Wieacker so leidenschaftlich gerade auf wissenschaftliche Juristen zu setzen, auf wissenschaftlich angeleitetes öffentliches Handeln. Nicht daß die Rechtswissenschaftler eine Art Physiker der Rechtsgesetze sein könnten. Diese Vorstellung haben heutzutage auch Physiker für ihre Gesetze nicht mehr. Aber normative Gründlichkeit und Klarheit können Rechtswissenschaftler sichern. Für langfristige und empirisch gehaltvolle Analysen hätten sie Zeit. Auch Versachli-

---

(58) WIEACKER, *Szientismus* (1978), in AS II (wie Fn. 5) 121; vgl. das Poppersche Stichwort « Offene Gesellschaft » auch in AS II 23, 150, 190. Die Verbindung zeigt etwa *Privatrechtsgeschichte* 278.

(59) WIEACKER, *Naturrechtsdiskussion* (1965), in AS II 14f.

(60) *Ibid.* 14.

(61) WIEACKER (wie Fn. 59)15. « Suche nach der Gerechtigkeit » dann auch die Überschrift des letzten Abschnitts der *Privatrechtsgeschichte* 2. A.

(62) *Ibid.* 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chung können sie vielfach leisten, da keineswegs immer nur um die Wertungen selbst gestritten wird und da viele Wertungen mit guten Gründen verteidigt werden können, manche sogar im « gegenwärtigen Äon » (Wieacker) so gut wie unbedingt. Im 'Ernstfall' freilich bleiben nur der persönliche Rechtsglaube und das Handeln danach.

Wieackers rechtstheoretische Schriften können also verstehen helfen, daß und wie er die *Privatrechtsgeschichte* gerade auch als Jurist des Jahres 1952 schrieb, daß mit ihr im Kern eine Apologie des richtig verstandenen Juristenberufs geschrieben wurde. Methodenkonfusion und Inkonsistenz findet man dann nicht darin, obwohl freilich Unverträglichkeiten und spekulative Versuchungen nicht zu übersehen sind.

VI. Die Rechtswerte der Privatrechtsgeschichte als Methodenproblem — von Wirklichkeitssinn, Rechtsglaube, Positivismus, Formalismus und Naturalismus.

Auf dem Kölner Rechtshistorikertag 1992 versuchte sich eine Sektion an *Methoden und Forschungspraxis der Rechtsgeschichte.* Es wurde gezeigt, wie Wertungen zu Recht und Leben in der Germanistik nicht nur hier und da zufällig, sondern methodisch durchschlagen in die Konstruktion der Darstellungen (63). Kann man auch bei Wieacker « spekulativen Forscherdrang als Methode » (64) finden? Gagnér hat dazu schon Wesentliches gesagt, mit differenziert positivem Ergebnis (65). Hier soll wenigstens ein Beispielspunkt vermerkt werden, in dem sich Wieackers stark stilisierender und wertbeziehender Ansatz bis heute stark und problematisch auswirkt.

Zu Wieackers wichtigsten Stilisierungen gehört die nach Rationalismus, Positivismus und Formalismus einerseits, entartetem Positivismus, Naturalismus, Lebensnähe, Wirklichkeitssinn, praktischer Anschauung u.ä. andererseits. Das erleichtert ihm sein stetes sympathisches Plädoyer gegen jegliche « Entfremdung » von der

---

(63) Siehe dazu jetzt den Druck in *ZSGerm* 111 (1994) 272-309.

(64) Siehe *ibid.* Rückert, 307-309.

(65) Siehe oben Fn. 37 (bes. auch zur Jhering- und Puchta-Deutung (Gagner 205f., 158).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vollen Wirklichkeit, vom vollen Leben, vom « Tatbestand » ([1]98f. und [2]184f.), besonders der « Entfremdung des Richters vom Tatbestand », gegen « Lebensfremdheit » ([1]130f., 15) überhaupt bei der mittelalterlichen Rechtswissenschaft ([1]38f., 41, 44f.) (66), bei der Bilanz der Rezeption gegenüber « Fluch und Segen der Rationalisierung und der Differenzierung des modernen Lebens » (98-100) und des usus modernus und seiner « Einordnung des deutschen Rechtslebens in die Denkformen des gelehrten Rechts » (115, 118, 127), bei der Würdigung von Grotius (176) wie Pufendorf (186) und Wolff (194), des preußischen ALR und seiner « Anschauung der gegenständlichen Wirklichkeit » (205), wie des AGBG (kritisch 209), der historischen Schule (237, 239, 242, 243), von Windscheid (263), Jhering (267) und Gierke (268), von Pandektenwissenschaft und naturalistischer Kritik und Krise (264f.), von BGB (284, 287f., 291 « Lebensferne ») und ZGB (294), von der Billigung der richterlichen Rechtsfortbildungen nach 1900 (313) bis zur Darstellung und Stellungnahme zum « Niedergang » (317) nach 1933, also der « nationalsozialistischen Rechtserkrankung » (325), und bis zur Kritik des Naturalismus (338f., 344f.) und Kelsens (351). Explizit heißt es dann im « Ausblick » (361), das Thema der « Bedrohung und Wiederherstellung des Rechtsgedankens » beherrsche nicht nur die letzten drei Abschnitte: « In Wahrheit versuchte dieses Buch überall zu zeigen, wie unmittelbar Methode und Auf- und Abstieg der Privatrechtskultur von dem Verhältnis des Rechtsdenkens zur Wirklichkeit und vom Rechtsglauben der Zeitalter bedingt waren » (361).

Teilweise geht Wieacker auch über die gewissermaßen konstruktive Wertung der Zeitalter hinaus zu einer offenen inhaltlichen und konkreten Wertung über, so zur Antinomie (132) des modernen (Obrigkeits-)Staats und seiner Rationalität und Verwissenschaftlichung des Rechts (130f.), so differenziert, aber doch scharf zu Positivismus und Pandektistik (260f.) und ihren Entartungs-« Stufen » (327ff., 272, 317), ihrer Vernachlässigung der Wertfrage (287) und zur Wertblindheit des juristischen Naturalismus (338f., 344f., 347).

Dieses stete Plädoyer zielt auf verantwortlichen Umgang mit

(66) Alle Zitate im folg. Absatz aus der deutlicheren 1. Auflage.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dem Recht, besonders im Blick auf den unverantwortlichen Umgang nach 1933. Weniger bedacht wird, daß auch Wirklichkeitssinn nicht vor Unmoral schützt und mancher Rechtsglaube wenig menschliche Folgen zeitigte. Mancher floh oder verneinte die 'Wirklichkeit' und blieb dabei moralischer als der, der sich in sie versenkte. Die sog. 'Wirklichkeit' verselbständigt sich gerade in der polemischen Fassung als 'Entfremdung' von ihr allzuschnell zum leeren Dogma. Und was den Rechtsglauben betrifft, liefert das Naturrecht in allen seinen Spielarten Belege für oft harte Konsequenzen.

Positivismus und Formalismus macht Wieacker neben dem rohen Naturalismus für Wert-« Vernachlässigung » und « Zusammenbruch der positiven Rechtskultur » verantwortlich ([1]287, 15f. u.ö.). Er nennt das, ausnahmsweise wenig einfühlsam, « Entartung » ([1]327ff., 272, 287), 1952 wie 1967 ([2]558ff. u.ö.), sogar als Überschrift: « Die Entartung des Gesetzespositivismus » ([1]327) bzw. « Die Entartung des Positivismus » ([2]558). Daneben unterscheidet er « legitimen » wissenschaftlichen und « illegitimen » Positivismus ([1]328, [2]562f.), d.h. einen Zustand, in dem schlechthin « ungerechte Gesetze » auftreten. Er behauptet sogar implizit und sehr schief, der Gesetzespositivismus gebe die Möglichkeit ungerechter Gesetze gar nicht zu ([1]327, abgeschwächt in [2]562). Und vor allem konstruiert er die Rechtsgeschichte seit dem frühen 19. Jahrhundert als eine Geschichte von Entartungs-Stufen, d.h. « Stufen (...), die der wissenschaftliche Positivismus bis zur offenbaren Ungerechtigkeit des staatlichen Gesetzesrechts zu durchlaufen hatte » bis zum weiterhin « in der Wirklichkeit unangefochten und schonungslos fortherrschenden Gesetzespositivismus » ([1]327). 1967 schwächt er die Stufen zu « Möglichkeiten » ab und modifiziert den Vorwurf vom Fortherrschen. Jetzt herrscht in der « politischen » Wirklichkeit etwas vor und nunmehr « Positivismus » überhaupt, nicht mehr nur « Gesetzespositivismus ». Die Fronten hatten sich offenbar verschoben. Was 1952 wie ein naturgesetzlicher Stufen-Vorgang klang (« zu durchlaufen hatte »), wird abgeschwächt zu « Möglichkeiten », Dispositionen zur Entartung also. Aber die Entartung wird nun genereller dem « Positivismus », nicht nur dem « Gesetzespositivismus » zugeschrieben. Die sonst gepriesene « Wirklichkeit » zeigt störrische Seiten, 1952 generell, 1967 als

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« politische ». Offenbar ist die Option möglichster Lebensnähe recht schwankend wertfundiert.

« Entartung », gar « Stufen » seit ca. 1800, das erscheint nicht fair gesprochen und gewertet, sondern offenbar zeitbedingt. « Zustände » mit ungerechten Gesetzen, auch schlechthin ungerechten, gemessen am doch nicht so allezeit klaren Maβstab « der europäischen Völkergemeinschaft », korrespondieren weder zwingend noch überwiegend mit juristischem Positivismus. Die Faktorengewichtung, auf der dieses Urteil beruht, ist so fragwürdig wie seine historiographischen und wertenden Konsequenzen, wie die « Stufen » und die « Erkrankungen ». Der Niedergang des rechtsstaatlich-liberalen juristischen Positivismus in Deutschland und der erst geduldete, dann brutale Aufstieg der Diktatur werden mit den Topoi Erkrankung oder Entartung nicht zureichend beschrieben. Auch der Hinweis auf « mangelnde Anstrengungen der Vernunft und des Rechtsgewissens » oder eine « allgemeine Krise » sogar des « Erdballs » ([1]359) weicht ins Allgemeinste aus. Weiter hatten schon die bekannten Differenzierungen zu Positivismus geführt, die Wieacker wenig zuvor bietet ([1]253f.), die Erwägungen zu Mängeln der Gerichts- und Grundrechtsverfassung ([1]272), die Nennung konkreter Schritte zur sog. Illegitimität ([1]330f.) wie Interessentengesetze, Auslieferungen an die Exekutive, Ermöglichung von « Cäsarismus » (d.h. Hitler!, [1]330f.).

Und vor allem: die Verallgemeinerung zu einer Stufen- oder Dispositionslehre eines sog. Positivismus wird davon keineswegs getragen. Ja sie widerspricht Wieackers eigenen, oben gezeigten Prämissen vom menschlich-autonomen Handlungssubjekt. Es verschwindet nun in diesen Stufen und Dispositionen, so daβ der dringende Appell an ein transzendentes Rechtsgewissen es wieder befreien muβ. « Die transzendente Herkunft des Rechtsgewissens ist das einzige unerläβliche(!) Axiom », schreibt er dazu dezidiert, dessen die « Wiederherstellung des Rechtsglaubens bedarf ». Und: « Rechtsgewissen ist vollkommen verstehbar nur(!) als Erscheinung eines überpersönlichen Wertes in der Person. » ([1]355) Mit der Sache kommt die Sprache. Die Sprache der « Erscheinung » verweist auf objektiv-idealistische Prämissen, auf Überpersönliches, auf Unverfügbares. Hier werden sie unentbehrlich für seine Lösung jenseits von jedem sog. Positivismus, den er mit Relativismus

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gleichsetzt, oder Empirismus, den er mit Naturalismus gleichsetzt. Es sind die alten Gegner so vieler 'deutscher Denker'.

Der Glaube an die Rechtlichkeit der Menschen wurde Wieacker also über der NS-Zeit zuschanden; konsequent soll ihn ein wiederzugewinnender Rechtsglaube und zwar ein transzendenter ersetzen. Es erscheint stimmig, daß Wieackers Zurechnungen umso allgemeiner, unpersönlicher und nichtssagender werden, je näher er der Gegenwart kommt. « Erkrankung » und « Entartung » erklären nichts, sie können Fatum so gut sein wie Schuld. Ausgerechnet aus derart vagen Grundbegriffen konstruiert Wieacker seine im Konkreten so brillante neuere Rechtsgeschichte seit 1800. Seine Gewissens-Lösung verdient jeden Respekt und volles Verständnis. Aber ihre Erweiterung zur Geschichtsdeutung, die die Lösung zugleich wieder begründet, überzeugt nicht.

Die Konstruktion stützt auch eine brisante Schuldverschiebung, die nicht übergangen werden kann. Die Schuld für die deutschen 'Unfälle', die « nationalsozialistische Rechtserkrankung », wird vor allem bei den Opfern gesucht, die ihre Moral des « Positivismus » offenbar erfolglos festhielten. Den doch offensichtlich tätigen wirklichen Zerstörern gelten nur knappste Worte, Namen werden nicht genannt. Ein Carl Schmitt wird hier ebenso wenig erwähnt wie ein Hch. Lange oder Siebert oder Larenz usw. Auch 1967 bleiben die Erwähnungen von Schmitt (598 Fn) und Larenz (527, 593) unspezifisch, ja verhüllend. Es wäre 1967 gewiß nicht wenig verlangt gewesen, außer der deutlichen Benennung der « Zustände » auch ihre tätigen Träger zu nennen. Aber es war auch viel geschehen, man war reputiert, und es ging der *Privatrechtsgeschichte* vor allem um Rechtsglaube und Ethik, auch in den Händen der Studenten. In Wieackers Stufen-Lösung scheint etwas wie eine allgemeine Positivisten-Person neben ganz skrupellosen Naturalisten das meiste vom Unglück bewirkt zu haben. Von « moralischem und geistigem Zusammenbruch des Rechtspositivismus » zu sprechen ([1]14, [2]24), erscheint jedenfalls teils unzutreffend, teils schief. Dann hätten Rechtspositivisten wie Kelsen oder Radbruch (und hier auch Neumann) keine Antwort auf Hitler gewußt, und zwar vor 1945. Das gerade Gegenteil liegt nahe und wäre mindestens zu diskutieren. Man hört aber nur die Hälfte von Kelsen und anderen. Man hört nichts von ihren nicht kleinen, und mit ihrem « Positi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vismus » völlig stimmigen, politischen, sittlichen und moralischen Anstrengungen im Kampf gegen die « Erkrankung » in Deutschland. Die Aufgabe und Zerstörung der moralischen und politischen Grundlagen rechtsstaatlicher Gesetzestreue wird man nicht zuerst diesen Positivisten anlasten können und ebensowenig einem Windscheid oder Puchta (67). Denn der entschlossene Kampf so vieler 'lebensnaher' und 'rechtsgläubiger' Juristen gegen Liberalismus als Politik, Individualismus als Moral, Rechtstaat und Verfassungsstaat als Norm und Weimarer Option, die doch einlösbar war (Neumann: Erst einmal Weimar...) (68), und juristischen Positivismus als rechtswissenschaftliches Modell (polemisch: Formalismus) bildet doch einen unübersehbaren, gewichtig aggressiven Faktor vor allem Versagen der 'Positivisten' (69). Diese waren allenfalls in der hemmenden Lage, daß ihnen ihre Moral den unmittelbaren Kampf nicht so schnell empfahl. Die historischen Bedingungen solcher und wirklicher 'Rechtsfremdheit' verdienen weitere Erforschung und Standortsuche. Rüthers und Stolleis sind darin vorangegangen (70). Ist es leichter, ungerechtes Recht zu vermeiden als ungerechte Gesetze? Die Annahme, daß es leichter sei, muß wohl der Forderung nach Rechtsnähe vor Gesetzesnähe zugrunde liegen, aber sie

---

(67) Vgl. für Windscheid MEINE Studie in *Jur. Schulung* 32 (1992) 902-908, für Puchta MEINE Ausführungen in: *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988, 79-85.

(68) Zu dem in mehrerer Hinsicht (für Weimar, Emigration und Bundesrepublik) höchst aufschlußreichen F. Neumann zuletzt J. RUCKERT, *Franz Leopold Neumann (1900-1954) — ein Jurist mit Prinzipien*, in: *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und Deutschland*, hgg. von M. LUTTER, E. C. STIEFEL und M. HOEFLICH, Tübingen 1993, S. 437-474.

(69) Vgl. immer noch K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, zuerst München 1962, gekürzte Fassung 1968 und erneut gekürzt als Taschenbuch 1978; K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin 1975.

(70) Vgl. B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 1968 u.ö., DERS. *Entartetes Recht*, München 1988 u. ö. M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen* Recht, Berlin 1974, und jetzt die schöne Sammlung DESS., Recht im Unrecht, Frankfurt 1994. Aus der allgemeinhistorischen Literatur mochte ich auf die vorzügliche Bilanz von Ch. S. MAIER hinweisen: *Die Gegenwart der Vergangenheit. Geschichte und die nationale Identität der Deutschen*, Frankfurt 1992, zuerst 1988 u.d.T.: *The Unmasterable Past. History, Holocaust, and German National Identity*. Harvard U.P.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ist nicht überprüft. Ist es leichter, aus transzendentem Gewissen und Rechtsglauben Unrecht zu vermeiden als aus bewußter politischer Toleranz? — empirisch und rechtshistorisch kaum bearbeitete Fragen. Sie wären gewiß wichtig und Wieackers Forscherkunst hätte sie voranbringen können. Aber sie kommen kaum auf gegenüber seinen großen Konstruktionen mit Positivismus, Formalismus, Naturalismus und Naturrecht, mit material Gerechtigkeit, Sachlogik, Unverfügbarkeit, Transzendenz usw. Philosophische Suche nach materialer Gerechtigkeit u.ä. fängt hier die empirisch-historischen Fragen gewissermaßen ab.

Nahegelegt wird bei Wieacker also eine Stufung oder wenigstens Disposition von der Artung zur Entartung. Dennoch wird eine gestufte Identität beider Formen angenommen. Das überzeugt nicht. Schon das Bild Art-Entartung ist hier unklar. Ein « entarteter » Positivismus ist jedenfalls kein Positivismus. Die wertvollen Differenzierungen Wieackers zu Positivismus werden so kompromittiert, da mit dieser Wendung doch und irreführend die Kontinuität eines durchgehenden generellen juristischen Positivismus mit verschiedenen Spielarten bis nach 1933 suggeriert wird (71). Neumann, Kelsen, Friedrich u.a. (72), in Deutschland bes. Engisch (73), haben dazu alternative Deutungen und Wertungen vorgelegt. Die Kontinuität selbst ist mehr als fraglich, etwa über 1918 hinaus, das Gewicht anderer Strömungen bloß als periphere Gegner kaum zutreffend bemessen. Neuere europäische Vergleiche könnten hier weiterhelfen. Die von Wieacker u.a. im 'schlimmsten' Kern vorausgesetzte Identität dieser Positivismen wäre ebenso erst zu zeigen wie ihre besondere Disposition für Unrecht. Daß rechtsstaatliche Sicherungen « versagten », wenn sie nicht eher außer Kraft gesetzt

(71) Konkret exemplarisch dazu auch die Ergebnisse von M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, dort 174f. zu Larenz' ähnlicher Sicht.

(72) Siehe oben bei Fn. 24. Für C. J. FRIEDRICH, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, zuerst 1937. Zu ergänzen ist der Ökonom F.A. von HAYEK, *The Road to Serfdom*, dt. Übs. *Der Weg zur Knechtschaft*, Erlenbach 1945 (etwa Kap. 7 über Planwirtschaft und Rechtsstaat), weil er die Bedingungen von rechtsstaatlichem Liberalismus besonders eindringlich und « historisch » empirisch untersucht.

(73) K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953, 2., um ein Nachwort ergänzte Aufl. Heidelberg 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wurden, muß ja nicht vor allem an den Sicherungen liegen. Die handelnden Subjekte des Unglücks nach 1933 müssen die Schuld bei sich selbst suchen, das gilt gerade nach Wieackers Annahmen über historische Subjekte (s.o.), und nicht in der schlichten Entartung eines -ismus.

Wieacker drängt in diesen Stilisierungen und Verallgemeinerungen zur Rechtsgeschichte der neueren Zeit nach ca. 1800 hinein in eine überzeitliche Deutung und Lösung, die Beschreibung und Wertung zur Deckung bringt wie Person und Überperson im transzendenten Rechtsgewissen. Wir kennen bereits Elemente eines spekulativen Drangs bei ihm, einen Drang nach einem « Dasein des Rechts in der Tiefe der Vergangenheit » ([1]3) Ein solcher Drang scheint hier seine historische Konstruktion, Beschreibung und Beurteilung angeleitet oder begründet zu haben. In diesem Sinne gibt es auch bei Wieacker einen spekulativen Forscherdrang als Methode, der die Darstellung wenigstens der neueren Zeit stark durchdringt.

VII. Resümee

Seine Geschichte des Privatrechts schrieb Wieacker also zugleich als Bewältigungsbuch. Die Rolle von Recht und Juristen wird in einer großangelegten Vergangenheitserforschung zugleich zur Gewissenserforschung. Daraus erwächst ihr Ansatz.

Aus diesem bewegenden Ansatz, der feurigen Leidenschaft der Durchführung, der Spannweite des historischen Blicks bis hinein in die jüngste Unglückszeit und der immer bestechenden Sprachkraft gewinnt die Darstellung ihre meisterhafte Originalität.

Ihre innere Konsequenz läßt sich auf sechs Punkte bringen: Wieacker schreibt eine Geschichte nicht bloß des Rechtsdenkens, sondern des wissenschaftlich angeleiteten öffentlichen Juristenhandelns; sein methodisches Instrumentarium wählt er entsprechend breit; Europa gilt per se als Einheit und Rahmen; Privatrecht ist ihm pars pro toto von Recht; historisches Subjekt sind die Juristen, nicht anonyme Prozesse; inhaltlich geht es um die jeweilige Sozialethik zwischen liberal und sozial und einen Rechtsglauben an deren juristische Möglichkeit.

Die Durchführung geschieht in dieser Linie bemerkenswert

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

straff. Freilich sind dabei spekulative Einschläge und Stilisierungen nicht zu übersehen. Das Wertungsproblem geht Wieacker nicht explizit an. Aus seinen rechtstheoretischen Schriften läßt sich aber in wohlwollender Lesart die Position eines optimistischen Skeptizismus entnehmen. Zwingende Lösungen fehlen, aber die Erfahrungen zeigen bei verständiger, wissenschaftlich und öffentlich erwogener Würdigung doch plausible Wege. Das ermöglicht die Apologie eines so verantwortlichen Juristentums. Daneben steht der Rückzug auf ein transzendentes Rechtsgewissen — ohne deutliche theoretische Verbindung. Für die Neuzeit ab ca. 1800 führt ihn der Bewältigungsvorsatz doch eher zu einer spekulativen Stilisierung der Geschichte durch die Vorstellung eines durchgehenden Positivismus und dessen Entartung, die nicht überzeugt, aber höchst intensiv fortwirkt. Weder die historiographischen Folgen für das Geschichtsbild dieser Zeit, noch die wertenden Schlüsse über Schuld und Versagen, die es trägt, scheinen gerechtfertigt.

Bezeichnend für Wieacker bleibt die kühne Intensität, mit der er sich als Historiker und Jurist dem von ihm sog. Niedergang der Rechtskultur stellte und ihm eine Apologie des verantwortlichen Juristen entgegensetzte. Dies ist eine unbestreitbar große und sympathische, ethisch-wissenschaftliche Leistung. So hat es seinen guten Sinn, daß bisher allein Wieacker unter allen deutschen Juristen die Ehre hatte, dreimal im Leben vor dem erhabenen Forum der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe beim BGH aufzutreten — und dies mit rechtshistorischen Botschaften vor höchsten Richtern (74).

Anhang

Im folgenden sind die wohl wichtigsten Rezensionen zur 1. und 2. Auflage zusammengestellt. Ich danke Birgit Schäfer/Frankfurt und dem Verlag Vandenhoeck für wichtige Unterstützung.

I. Rez. zu *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1. Aufl. 1952:
BETTI, in: *Studia et Documenta Hist. et Juris 16 (1952) 291-299.*

(74) Nach der Auszählung der Schriftenreihe zu den Vorträgen. Die Historiker bilden hier ansonsten eine kleine Minderheit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARDASCIA, in: *Annales Univ. Saraviensis* 1 (1952) 409-411.
WESENBERG, in: *Gnomon* 25 (1953) 130-132.
WURTENBERGER in: *Zs. für die ges. Strafrechtswiss.* 75 (1953) 429-432.
LIERMAN, in: *Juristische Rundschau* 18 (1953) 195.
KLANG, in: *Juristische Blätter* 75 (1953) 161 f.
KADEN, in: *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 207 (1953) 163-174.
W. EBEL, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 6 (1953) 855 f.
SCHMELZEISEN, in: *Universitas* 9 (1954) 413 f.
KUNKEL, in: *Zs. der Sav. stiftung Germ. Abt.* 71 (1954) 509-539.
SCHULTZE v. LASAULX, in: *Juristenzeitung* 10 (1955) 430 f.
SCHULTZE v. LASAULX, in: (Rabels) *Zs. f. ausl. u. internat. Privatrecht 20 (1955) 536-542.*
BADER, *Die Einheit der Rechtsgeschichte*, in: *Hist. Jb.* 74 (1955) 620-630, darin 626 zu Wieacker.
GILISSEN, in: *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis* 24 (1956) 84-90.
E. SCHNEIDER, in: *Studium und Praxis* 3 (1958) 28.

II. Rez. zu *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.* Aufl. 1967:
DICKEL, in: *Zs. der Sav. stiftung für Rechtsgeschichte Germ. Abt.* 85 (1968) 457-459.
SCHMELZEISEN, in: *Das Historisch-Politische Buch* 16 (1968) 153 f.
WENZEL, in: *Monatsschrift für Deutsches Recht* 22 (1968) 451.
OGRIS, in: *Juristische Rundschau* 34 (1969) 118 f.
VAN CAENEGEM, in: *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis* 37 (1969) 235-245.
DENZER, in: *Zs. für Politik* 16 (1969) 146f.
E. WILL, in: *Wissenschaftlicher Literatur-Anzeiger* 1968, 67.
D'ORS, in: *Anuario de Hist. del Derecho Espanol* 38 (1968) 786 f.
BUSCHMANN, in: *Der Staat* 1970, 288.
BLANKENHORN, in: *Das Argument. Zs für Philosophie und Sozialwissenschaften* 12 (1970) 774-776.
RABER, in: *Juristische Blätter* (Wien) 94 (1972) 162-164.

III. Zur italienischen Übersetzung 1980:
MENGONI, in: *Quaderni fiorentini* 19 (1981) 315-318.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALDO MAZZACANE

I TEMPI DELLA 'PRIVATRECHTSGESCHICHTE'

1. In uno dei numerosi incontri che ho avuto la fortuna di avere con lui, Franz Wieacker mi disse ad un tratto, con uno di quei sorrisi tanto indifesi, quanto maliziosamente elusivi, ai quali il suo gusto appassionato per un conversare colto ed esuberante aveva abituato ogni interlocutore, che Savigny non era un suo modello e un suo « autore ». Sentiva più congeniale Jhering, per la capacità continua di rimettere in discussione la scienza giuridica contemporanea e le stesse convinzioni proprie, per l'efficacia con cui ritraeva nel balenare di una metafora la condizione del sapere giuridico di fronte ad assetti sociali mutevoli e contraddittori. In Savigny invece Wieacker vedeva come una monumentalità ormai remota, una determinazione intellettuale priva d'incrinature, che la cultura del novecento aveva perduto per sempre.

Riferisco l'episodio — uno dei tanti nella ricca aneddotica fiorita intorno ad un così eccezionale maestro — per la commozione della sua recente scomparsa, ma anche perché lascia trasparire, dietro l'ermetismo con cui amava velare le sue aperture, qualche frammento di un'autobiografia forse immaginaria, ma proprio per questo particolarmente eloquente.

Per un verso infatti sembra paradossale la presa di distanze da Savigny da parte di chi ne aveva sviluppato il metodo storiografico, inclinando a considerare il diritto come un'esperienza spirituale elevata, affidata a una tradizione culturale che può recuperare al presente solo chi vi sappia accertare la nota impressa da ciascuna epoca e da ciascun autore. E il paradosso si accentua, se si considera la vocazione, comune a Savigny e a Wieacker, a comprendere e valutare i conflitti politici solo se ricondotti nell'orizzonte della « scienza », solo se traslitterati nel distaccato linguaggio di un *Fach* accademico. La segnalazione di una simpatia nei confronti di Jhering

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rimanda invece a quella capacità, che certo fu propria anche di Wieacker, di cogliere con tempestività il « segno dei tempi », di avvertirne le tendenze e gli umori, e perciò di ritenere i propri scritti e le proprie posizioni come un « work in progress », un'opera non occasionale né banalmente provvisoria, e neppure disponibile per modifiche di pura convenienza, ma tuttavia « aperta », suscettibile indefinitamente di revisioni e approfondimenti.

Il richiamo a Jhering è però sorprendente, se si pensa al tratto energico con cui questi enunciò le sue « svolte », alla decisione con cui volle sottolineare, anziché smussare, rotture e momenti di passaggio. Wieacker al contrario non ha mai rappresentato se stesso come un uomo di netti rivolgimenti. Nemmeno l'indiscutibile cesura costituita, nella sua vita e nella sua produzione (1), dagli anni del crollo della Germania e del suo tragico spaesamento, è stata da lui mai narrata come una frattura. Su questo punto, anzi, ha sempre preferito tacere, sia di fronte ad attacchi violenti, nel periodo della « contestazione studentesca », sia di fronte a critiche ed insinuazioni da parte di chi non lo amava.

Oggi molte barriere ideologiche sono cadute e molti contrasti si sono attutiti. Il suo silenzio si può dunque considerare senza cedere a prevenzioni: si può interpretare, anziché come reticenza, quale rifiuto delle autocritiche opportunistiche ed al tempo stesso quale consapevolezza di un male la cui enormità è impredicabile. Esistono fatti di una così infinita responsabilità, che il ripudio è altrettanto insensato d'una rivendicazione.

Wieacker ha accettato solo molto tardi di parlare della sua giovanile adesione al nazismo. Lo ha fatto brevemente, alla sua maniera, ovvero riconducendo la questione ad un tema di scienza, ad una dinamica interna al sapere giuridico. Rileggendo nel 1977 per i « Quaderni fiorentini » le sue *Wandlungen der Eigentumsverfassung* del 1935, egli ne riconosceva il carattere immaturo e il condizionamento da parte di una diffusa « illusione » che le forze giunte

(1) Una *Bibliographie Franz Wieacker*, fino al 1977, è nella *Festschrift Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, hg. v. O. Behrends u. A., Göttingen 1978, pp. 489-506. Per un contributo alla sua integrazione e al suo completamento cfr. il penetrante ritratto di D. SIMON, *Franz Wieacker 5. August 1908 — 17. Februar 1994*, in *Rechtshistorisches Journal*, 13 (1994), in partic. pp. 2-5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allora al potere in Germania mirassero « seriamente e responsabilmente ad un ordinamento nuovo e giusto (forse anche « socialistico ») del sistema sociale e del regime del possesso » (2). L'illusione, presto smentita, era sotto gli occhi di tutti. Eppure Wieacker non rinnegava « nemmeno una parola » del suo lavoro. Piuttosto ne rilevava il « pregiudizio concettuale e il dottrinarismo », l'eccessiva polemica contro il positivismo legislativo e il normativismo, addebitato senza distinzioni alla civilistica del tempo. In fin dei conti, più che l'adesione a un partito, del suo saggio lamentava retrospettivamente « l'accademica estraniazione dal mondo », che le vicende a venire avrebbero drammaticamente percosso.

2. La prontezza di Wieacker nell'assorbire e rielaborare ogni spunto esterno senza sacrificare le ragioni ispiratrici dei suoi studi emerge in tutta chiarezza dai lavori dedicati al diritto moderno. La *Privatrechtsgeschichte* appare nel 1952. Nella seconda edizione, del 1967, verrà riscritta e pressoché raddoppiata, tanto da rappresentare un'opera nuova (3). Ma il disegno d'insieme è invariato e le scansioni rimangono sostanzialmente le stesse.

Il suo nucleo concettuale risaliva ancora più indietro nel tempo e si può rintracciare nella conferenza tenuta a Lipsia nel novembre 1943 e in un lungo saggio dell'anno dopo, che può addirittura considerarsi come un primo abbozzo della successiva *Storia*, della quale contiene *in nuce* gli argomenti principali (4). Mai più ristampato, evidentemente perché le ricerche che lo sorreggevano furono superate ben presto dalla preparazione dell'opera, il saggio tuttavia rappresenta una testimonianza eloquente della lunga, meditata gestazione di essa. L'impronta idealistica, la tentazione ricorrente di ancoraggi metafisici e spiritualistici, incontrarono qualche difficoltà

(2) F. Wieacker, '*Wandlungen der Eigentumsverfassung' revisited*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 5-6 (1976-77), t. II, p. 841 ss.

(3) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1952; *id. ibid.* 1967.

(4) *Das römische Recht und der deutsche Rechtsbewußtsein*, Leipzig 1944; poi in *Gründer und Bewahrer,* Göttingen 1959, pp. 9-43; *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft*, in *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944, pp. 195-284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il regime, che ritenne di adottare, sia pure tardivamente, dei goffi provvedimenti censori (5). Ma se il contributo di conoscenza di quel lavoro sull'età dei glossatori o dell'*usus modernus* apparve presto invecchiato, esso resta un documento vivo e precoce del passaggio di un'intera generazione di storici del diritto verso una presa di coscienza dei drammi della condizione tedesca.

Val la pena di soffermarsi sulla conferenza di Lipsia, che ne riassume efficacemente il motivo conduttore. Va detto intanto che l'allargamento del campo d'indagine all'età moderna, fino allora preceduto soltanto da due significative incursioni nell'età umanistica (6), traeva impulso dalla riforma dei piani studio del 1935, adottata in ossequio al programma del partito nazista, notoriamente avverso ai modelli romanistici, e in particolare dalla istituzione di un insegnamento di Storia del diritto privato moderno in sostituzione dei due precedenti Diritto privato romano e Diritto privato tedesco. Nonostante le inevitabili cautele e qualche limitata concessione di linguaggio nei confronti del nazismo (poi eliminata nella ristampa del 1959), la conferenza contestava apertamente la tesi sostenuta in Germania con crescente convinzione a partire dal secolo XIX, con il sorgere e l'affermarsi di « un nuovo sentimento nazionale », che il diritto romano fosse un diritto « straniero », la cui « recezione » aveva causato guasti e storture nella storia tedesca.

Secondo l'autore, la tesi dipendeva dalle visioni preconcette, proprie del positivismo legislativo, al quale sfuggiva la complessità del fenomeno giuridico. Il termine stesso di *recezione* risultava inesatto, configurando un rapporto meccanico tra chi dà e chi riceve ed una assoluta passività di quest'ultimo. In realtà la rinascita del diritto romano era stata un lungo processo creativo della cultura europea, attraverso il medioevo germanico, l'età dei comuni, la costruzione dello Stato moderno. Del resto, un maturo concetto di

---

(5) La copia del lavoro posseduta dalla Biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli « Federico II » reca delle strisce di carta incollate su alcuni passaggi. La lettura in trasparenza rivela che i brani riguardavano la « crisi della giustizia » nel periodo più recente e l'esigenza di « rifondare » la sua definizione.

(6) *Ratschläge für das Studium der Rechte aus dem Wittenberger Humanistenkreis* (1936); e *Einflüβe des Humanismus auf die Rezeption. Eine Studie zu Johannes Apels Dialogus* (1940); entrambi poi in *Gründer und Bewahrer*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia e di popolo insegna che nessun diritto si produce in una realtà se non corrisponde alla costituzione più intima del popolo stesso, se non è proprio delle sue condizioni sociali, politiche, statuali. La « scientificizzazione e razionalizzazione » delle relazioni giuridiche, avvenuta in Europa mediante il ricorso ad una *ratio scripta* desunta dalla elaborazione dell'immenso materiale tramandato dal mondo antico, aveva reso possibile l'edificazione della forma moderna di Stato: una acquisizione irrinunciabile della civiltà europea nella sua ricerca del « benessere » e della « giustizia ».

Come si vede, lo « schizzo » — così lo definiva Wieacker — superava le preoccupazioni che angustiavano nello stesso periodo i romanisti circa le sorti della disciplina in Germania (7) e puntava direttamente a rivendicare il ruolo costitutivo del diritto romano nella formazione della coscienza moderna. L'argomento non era del tutto nuovo. Sotto gli attacchi dei germanisti, i seguaci della scuola storica ed i pandettisti avevano reagito spesso con accenti simili. Ma il discorso svolto da Wieacker nel 1943 e ulteriormente ampliato nel 1944 accennava già a prospettive che emersero poi nei dibattiti del dopoguerra, quando il problema del nuovo fondamento da dare alla storiografia giuridica si collegò con il tema della perduta identità tedesca. La *Privatrechtsgeschichte* prese corpo proprio in rapporto con quei dibattiti, dei quali rappresentò uno degli esiti più compiuti.

3. La catastrofe della Germania segnò indelebilmente le sorti dell'intero paese e lacerò nel profondo le coscienze più avvertite. Karl Jaspers ne fornì una drammatica testimonianza: « Abbiamo perduto quasi tutto: lo Stato, l'economia, le condizioni di sicurezza della nostra esistenza fisica, le norme valide che vincolano tutti, la dignità morale, l'autocoscienza che ci unifica come popolo. È come alla fine della guerra dei Trent'anni, quando Gryphius scriveva: Taccio ora di ciò che è più aspro della morte, / più atroce della peste, del fuoco, della fame: / a noi è strappato anche il tesoro dell'anima » (8).

---

(7) Significative le pessimistiche riflessioni di P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München u. Berlin 1938.

(8) La citazione delle parole di Karl Jaspers, scritte nel presentare il primo numero della rivista « Die Wandlung » (novembre 1945), è tratta da W. SCHULZE,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La crisi d'identità che investì l'intera cultura tedesca colpì fra i primi gli storici. Ad alcuni di essi sembrò che il proprio lavoro, « fra i resti di una Germania divisa », fosse ormai « privo di senso » (9). L'esigenza della ricerca di nuove vie da percorrere, d'una « profonda revisione » dell'immagine tramandata « della nostra storia », per « distinguere » con chiarezza i suoi « valori e disvalori », fu proclamata, fra gli altri, dal patriarca ottantaquattrenne della disciplina, Friedrich Meinecke (10), e da Gerhard Ritter, che richiamò i colleghi, dopo anni di colpevoli distorsioni, a uno sforzo critico per ristabilire l'obiettività scientifica, e con essa « la verità e la giustizia storica » (11).

Le discussioni che ne derivarono coinvolsero anche la storiografia giuridica. Tuttavia essa aveva problemi in gran parte diversi, dipendenti dalla collocazione fra le scienze del diritto, e perciò non poté, o non volle, ripensare il passato recente della Germania. Il tema anzi venne escluso drasticamente dal suo orizzonte, così come da quello di quasi tutti i giuristi. Per molti anni il nazismo non fu oggetto di studi critici. Ispirò una memorialistica ambigua di giudici e funzionari, mentre gli storici del diritto gli riservavano solo accenni indiretti e spesso palesemente elusivi (12). Contro il sentimento di una perdita di significato del proprio operare, essi volsero gli sguardi ai grandi momenti dell'esperienza intellettuale dell'occidente, affidandosi a uno storicismo idealistico non ancora usurato, che a tratti anzi apparve più che mai nuovo e vitale, capace di traghettare con un

---

Deutsche Geschichtswissenschaft nach 1945, München 1989 (= Historiscbe Zeitschrift, Beih. 10), p. 16.

(9) Così si esprimeva Gerhard Oestreich nei suoi ricordi del 1966; cfr. *ivi*, p. 28.

(10) F. MEINECKE, *Die deutsche Katastrophe. Betrachtungen und Erinnerungen* (1946), in *Autobiographische Schriften*, hg. v. E. Kessel, Stuttgart 1969, pp. 323-445.

(11) G. RITTER, *Geschichte als Bildungsmacht. Ein Beitrag zur historisch-politischen Neubesinnung*, Stuttgart 1946.

(12) M. STOLLEIS — D. SIMON, *Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus*., in: *NS- Recht in historischer Perspektive*, München 1981, p. 13 ss. Negli anni successivi si sono moltiplicati gli studi; cfr. R. SCHRODER, *Die Bewältigung des Dritten Reiches durch die Rechtsgeschichte*, in: *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele, Parallelen, Positionen*, HG. V. H. MOHNHAUPT, Frankfurt a. M. 1991, pp. 604-647. Una sintesi è ora offerta da K. KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen 1992, pp. 70-117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viaggio sicuro i dilemmi dell'ora verso l'alveo di civiltà in cui scorrevano i valori perenni del *pensiero* europeo.

4. In effetti, la storiografia giuridica aveva smarrito da tempo le proprie certezze. L'ostilità, o la diffidenza, o il desiderio di colonizzarla a fini propagandistici da parte del regime nazista (13), avevano accentuato le ragioni di crisi, ma al tempo stesso in qualche misura le avevano congelate. Le pressioni contraddittorie che provenivano dall'esterno, la sostanziale marginalità politica, l'arroccamento accademico della disciplina, rallentarono la deriva che aveva già posto in questione il suo statuto teorico e metodologico. Con gli inizi del secolo e l'entrata in vigore del BGB — ma consistenti anticipazioni si erano avute anche prima — il naturale legame con l'elaborazione dogmatica del diritto vigente si era infatti spezzato, o era divenuto quanto meno arduo. La correlativa « Historisierung » del suo metodo, che pure le schiuse fertilissimi campi d'indagine, la aveva attratta nell'orbita dell'erudizione storica, della filologia, della antichistica e della medievistica, ed aveva reso problematico o di maniera il dialogo con i giuristi (14). Attraverso una graduazione di atteggiamenti, veniva messa in discussione da più parti la sua « utilità » per gli scopi pratici del diritto e per l'esercizio delle professioni. Dopo dodici anni di nazionalsocialismo, tutti gli interrogativi rimanevano aperti, e semmai aggravati. Che cosa restava da fare ai giuristi-storici dopo « l'anno zero » della Germania?

Nel 1947 si riunì a Marburg il primo *Rechtshistorikertag* del dopoguerra. Ai congressisti fu distribuito dall'editore Böhlau un saggio di Heinrich Mitteis, che riscosse subito uno straordinario successo (15). « In un momento in cui siamo spinti a riconsiderare il

(13) Vedi più ampiamente i saggi raccolti in *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, hg. v. M. Stolleis u. D. Simon, Tübingen 1989; con la ricca discussione di J. Rückert, *Die Historisierung der Rechtsgeschichte und ihre NS-Charakteristik als Wissenschaft mit Ideologie*, in *Zeitschrift fur neuere Rechtsgeschichte*, 15 (1993), pp. 78-90.

(14) Cfr. D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Gießen 1985; ed ora R. Ogorek, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)*, in: *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, hg. v. D. Simon, Frankfurt a. M. 1994, p. 12 ss.

(15) *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar 1947.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostro patrimonio spirituale — scriveva Mitteis — ad ogni ramo della scienza s'impone l'obbligo di proporre a se stesso e agli altri le proprie ragioni e di rifondare la propria pretesa a un riconoscimento ». L'autore affrontava perciò i quesiti ultimi della disciplina: a quali condizioni essa è possibile? qual'è il suo rilievo per le scienze storiche e per quelle giuridiche? dove risiede il suo « senso e valore » per la vita contemporanea?

Le risposte risultarono quanto mai persuasive: molti vi videro l'annuncio di una rinascita e un concreto programma di lavoro. « La storia del diritto è propriamente la storia del cammino verso la libertà e la coscienza di essa ». Il diritto è « tutela della libertà » e la sua storia mostra come si sia inverato di volta in volta tale pensiero, « come il diritto in ogni tempo si sia opposto all'esercizio sfrenato della forza ». Essa individua « il principio supremo », valido al di là dei tempi, che consiste nella « idea del diritto » come giustizia: la sola capace di dare « senso, valore e scopo ultimo » al diritto stesso. Nella dialettica tra continuità e mutamento, la storia giuridica coglie la forza creatrice che scaturisce dalla eterna tensione tra « essere » e « dover essere », in cui si riassume lo sforzo inesausto dell'umanità verso la piena realizzazione di quella idea, in una lotta costante contro la forza e il potere. Una lunga serie di esempi, tratti dall'antichità, il medioevo e l'età moderna, si incaricava di confermare tali assunti e di illustrare il contributo che il loro approfondimento poteva recare alle indagini degli storici e alla elaborazione dei giuristi.

Il compito che si prospettava per la storiografia giuridica era dunque quello di ripercorrere « l'itinerario della idea di diritto attraverso la storia » e chiarire come, nonostante le ripetute sconfitte, « lo spirito abbia sempre soggiogato la materia ». Concludeva Mitteis: « In tal modo la storia del diritto ci aiuta a sopportare un'epoca che ogni giorno e ogni ora pone davanti alla nostra coscienza le difficoltà e le minacce della nostra esistenza ».

5. Con un tale viatico la corporazione poté ritenersi sufficientemente attrezzata per superare gli « errori » metodologici di un abbraccio con lo storicismo, che la aveva condotta ad un relativismo dei valori, o col positivismo legislativo, che la aveva soffocata nella identificazione di norma e comando. La ripresa del giusnaturalismo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul piano teorico e storiografico, offrì ulteriori elementi per la polemica contro i due nemici da battere nella ricerca di una nuova certezza del diritto (16).

Fu questa, ad esempio, la strada imboccata fin dal 1947 da un germanista come Hans Thieme (17), con distinzioni talvolta assai lucide, talaltra singolarmente oscillanti tra una ricerca di valori sovratemporali e la definizione di una « politicità », storicamente condizionata, insita in ogni diritto. Ma per un romanista come Wieacker il giusnaturalismo, tinto fin troppo frequentemente di coloriture confessionali o vagamente etniche, non poteva esercitare un fascino convincente né sul piano metodologico, né è su quello etico (18). La ricostruzione del diritto e dello Stato doveva invece partire da una presa di coscienza dei fondamenti culturali unitari, delle strutture intellettuali comuni, non degli elementi di divisione, della tradizione europea.

Verso un tale indirizzo si orientarono molte voci. Ritrovare l'Europa parve compito necessario, indipendentemente dalle pressioni degli Alleati e dai pesanti condizionamenti ideologici della imminente « Aera Adenauer ». *Europa und das römische Recht* si intitolava infatti l'opera di Paul Koschaker (19), apparsa anch'essa nel 1947 e dedicata a Salvatore Riccobono, « che nonostante i suoi ottantatre anni ha conservato un giovanile entusiasmo, in virtù della sua sconfinata fiducia nella missione che in questo mondo culturale sconvolto dalle sue fondamenta — e tanto più forse proprio per questo — è ancora oggi riservata al diritto romano ».

L'autore — un antifascista fortunosamente sfuggito alle persecuzioni — vi presentava, più che una dettagliata ricostruzione storica, una lunga meditazione sul concetto di Europa, la sua

---

(16) K. Kuhl, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg*, in: *Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für A. Söllner,* hg. v. G. Köbler u. A., Gieβen 1990, p. 331 ss.; U. Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945*, in: *Rechtswissenschaft*, cit. (nt. 14), p. 145 ss.

(17) *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1947.

(18) Vedi quanto scrisse nel 1965 *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, in: F. Wieacker, *Ausgewählte Schriften*, hg. v. D. Simon, Frankfurt a. M. 1983, Bd. 2, p. 1 ss.

(19) *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. sulla terza ediz. di A. Biscardi, introduz. di F. Calasso, Firenze 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formazione, la sua civiltà. Egli invitava a considerarla come « un fenomeno culturale, una inconfondibile sintesi » di elementi germanici fusi con quelli classici e cristiani, che aveva preso forma via via intorno all'« idea » di Roma e al messaggio del suo diritto. Perciò ripercorreva le fasi principali in cui la « realtà spirituale » costituita dalla tradizione romanistica si era consolidata nell'età medievale e moderna, determinando i tratti specifici dell'esperienza europea: una esperienza di portata « universale », che Koschaker, con l'amarezza e la disillusione del sopravvissuto, riproponeva perché non andasse smarrito il significato profondo degli ideali umanistici. La sua analisi infatti affrontava infine la « crisi » contemporanea del diritto romano — l'ostilità del nazismo nei suoi confronti, le difficoltà presenti — e si concludeva con un « grido d'allarme » e un appello: « se anche fosse giunto il momento, in cui il diritto romano, esaurita la sua missione storica, potesse apparire maturo per essere relegato nella vetrina di un museo, non si deve dimenticare ciò che esso ha rappresentato per il diritto dell'Europa in un periodo storico di 850 anni e ciò che la sua scomparsa significherebbe per i giuristi di tutti i popoli civili ».

6. Tra il 47 e il '52 le riflessioni metodologiche e le sintesi programmatiche di storia del diritto si susseguirono, da Bader a Coing, a Dulckeit, Welzel ed altri ancora [20]. La *Privatrechtsgeschichte* si presentò subito come un'opera che al tempo stesso le comprendeva e le superava. Benché destinata agli specialisti e di lettura non sempre agevole, irrobustita nella seconda edizione da una fitta messe di chiarimenti, aggiunte e nuove informazioni che ne hanno fatto un testo insostituibile di orientamento e di consultazione, essa ha raggiunto in seguito un pubblico molto più vasto e ha trovato un consistente impiego anche nella didattica [21]. La sua efficacia risiede infatti nella pluralità delle prospettive che apre sulla dimensione storica del diritto, fornendone una visione ben definita, ma anche problematica, senza restare impigliata nelle strettoie di un metodologismo privo di riscontri.

---

[20] Cfr. OGOREK, *Rechtsgeschichte*, cit. (nt. 14), p. 37 ss.

[21] Io stesso l'ho adottata per circa dieci anni, con buoni risultati, per i miei corsi di Storia del diritto presso l'Università di Napoli « Federico II ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'intenso impegno sui temi del metodo della disciplina — ai quali Wieacker ha dedicato la sua attenzione forse più d'ogni altro nell'ultimo mezzo secolo (22) — si esprimeva in realtà nella trama stessa del libro, che rielaborava e plasmava i risultati di oltre un secolo di ricerche al fine di offrire una ricostruzione storica « complessiva » della moderna scienza civilistica.

Il capitolo introduttivo sottolineava come si fossero avuti fino allora in Germania « soltanto pochi contributi generali », mentre molte pregevoli indagini restavano frammentarie e disperse, e soprattutto scollegate fra loro (23). Nella voluta « generalità » del discorso era dunque indicata l'originalità dell'« impianto » e del « contenuto » dell'opera. Scorgendo nella « scientificizzazione del pensiero giuridico » l'impulso caratterizzante la storia del diritto moderno, il maggior peso era riservato alla storia della scienza (24): fra le alternative possibili, la scelta cadeva su una « storia del pensiero giuridico e dei suoi effetti sulla realtà della società moderna » [1967: « sull'evoluzione della società e dello Stato nell'età moderna »]. Nella convinzione — enunciata più chiaramente nella seconda edizione — che il compito conoscitivo dello storico del diritto non differisca da quello di ogni altro storico, se non nella elezione quale proprio oggetto di un particolare ambito in cui si dipana la vicenda umana, considerata come un intero, e che pertanto la storia del diritto non sia che una « storia letta nella filigrana dell'esperienza giuridica » (25), Wieacker si proponeva di restituire attraverso quell'ottica la realtà del passato nei suoi molteplici aspetti, sociali, politici, culturali. Era un passato che non tollerava naziona-

(22) Vedi i saggi raccolti nel secondo volume delle *Schriften*, cit. (nt. 18). Ma andrebbero attentamente considerate le recensioni, come giustamente rileva SIMON, *Wieacker*, cit. (nt. 1), p. 30.

(23) Dove non differisca *sostanzialmente* dalla prima edizione, cito in seguito da F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. sulla seconda ediz. di U. Santarelli e S. A. Fusco (= Collana dei Quaderni fiorentini 6-7), Milano 1980.

(24) *Privatrechtsgeschichte* 1952, p. 8. Nella ediz. 1967 (*Storia*, I, p. 4) si rendeva più esplicito l'intento di « approfondire i presupposti culturali e scientifici dell'odierno diritto privato ».

(25) Così nel 1967, lasciando cadere il riferimento del 1952 al « punto di vista sovrastorico della idea di diritto ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

listiche preclusioni: « la storia d'Europa (anche la storia del diritto privato europeo) deve esser vista come una unità in sé, i suoi limitati sviluppi in Germania come un aspetto particolare di questa unità [...] le cui fasi essenziali sono correttamente comprensibili solamente nel contesto europeo ».

Nel '67 le pagine introduttive vennero estese e rimaneggiate rispetto alla prima edizione. La revisione riguardò soprattutto la forma, la maniera di esporre concisa, con uno stile contratto, spesso metaforico ed allusivo. Le tesi di fondo non erano però differenti, salvo la circostanza non trascurabile che venivano espresse in un linguaggio meno proclive verso le formulazioni proprie dell'idealismo e più propenso a raccogliere invece le suggestioni delle scienze sociali. In tal modo anche la nuova stesura, così come l'abbozzo del '44, la redazione del '52 ed i successivi interventi, numerosissimi, su momenti singoli della storia del diritto moderno (26), si disponevano lungo una traiettoria di permanente, lucida e premeditata « provvisorietà ».

In tutti i testi le fasi storiche decisive della civiltà giuridica occidentale erano indicate con sicurezza in quattro grandi periodi, caratterizzati da uno specifico « metodo » della scienza. Le manifestazioni più elevate di consapevolezza teorica e metodologica reclamavano per sé il centro dell'interesse e fissavano i quadri ordinanti della narrazione, concepita come descrizione di « una storia dell'affermarsi di alcune idee nella trama viva del tessuto statuale e sociale » in virtù dell'azione dei giuristi-scienziati. I « tipi strutturali generati dal pensiero scientifico europeo » (27), concernenti il diritto, erano colti nella riscoperta in Italia del *Corpus iuris* giustinianeo e nella nascita conseguente di una giurisprudenza continentale; nella diffusione del diritto romano nell'Europa centro-occidentale con la sua « recezione » in Germania; nella rottura dell'unità del *jus*

(26) Tipici della prontezza con cui Wieacker sapeva cogliere le sensibilità del momento sono i quattro saggi riuniti in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M. 1974; in italiano: *Diritto privato e società industriale*, trad. di G. Liberati, Napoli 1983. Essi infatti replicavano alle polemiche ed alle critiche sollevate nel clima del '68 contro la storiografia giuridica idealistica, per il suo carattere « borghese » e « di classe », e l'incapacità di restituire una storia delle strutture economiche e sociali di cui il diritto è espressione. Vedi in proposito *Arbeitsgruppe « Kritik der bürgerlichen Rechtsgeschichte »*, in *Kritische Justiz*, 1973, p. 109 ss.

(27) 1952: « Die Typen europäischer Geistigkeit » (p. 10).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commune, che dette luogo da un lato all'*usus modernus,* dall'altro alle teorie del giusrazionalismo; infine nella demolizione kantiana dell'intellettualismo giusnaturalistico e nell'affermarsi correlativo del positivismo giuridico e del formalismo moderno attraverso la scuola storica e la pandettistica.

La crisi dell'idea di giustizia, come motore del progresso civile e giuridico, e determinata dal trionfo del positivismo e dalla sua rinuncia a una fondazione etica del diritto, spiegava lo sforzo in atto di trovare possibili « surrogati » e obbligava ancora una volta a muovere alla sua ricerca.

7. Nella parte conclusiva del libro — oggi la più trascurata dai suoi lettori, specialisti e studenti, perché la più « datata » — Wieacker avanzava alcune considerazioni rivolte appunto « alla ricerca della giustizia ». La rassegna delle posizioni in campo, anch'essa rifatta rispetto alla edizione del 1952, che venne ampliata specie nei capitoli dedicati alla scuola storica ed al passaggio tra otto e novecento, alle cadute prodotte dall'affermarsi del positivismo giuridico ed agli indirizzi che avevano tentato di contrastarne il successo, esprimeva più dubbi che sicurezze. Si inoltrava nei ragionamenti diretti a fissare il diritto entro il circuito di « un'etica dei valori », ma non prendeva partito esplicitamente per nessuna delle correnti che animavano il dibattito. L'itinerario da percorrere, per Wieacker, era quello di un coscienzialismo rimesso alla sfera individuale: « Se si vuole trovare una risposta al problema del fondamento trascendente in grado di fornire al diritto una forza metapositiva ed assolutamente vincolante per tutti gli uomini, *non* si dovrà cercare un tale fondamento [...] in verità eterne o nella imperscrutabile volontà del Creatore [...], oppure nelle verità logiche generali di un atto di conoscenza intellettuale o in un'autorità politica o in una tradizione storica o culturale, bensì solamente nella voce della coscienza individuale [...]. Dopo il venir meno delle antiche comuni tradizioni, autorità e convizioni di fede, la giustizia può ormai manifestarsi come verità immanente soltanto nella coscienza giuridica personale » (28).

(28) *Storia*, cit., vol. II, pp. 378-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alla metà degli anni '60, insomma, le riflessioni dell'autore continuavano a chinarsi sui grandi modelli del pensiero giuridico otto e novecentesco: lo storicismo, il naturalismo, l'esigenza attuale di superare definitivamente il positivismo legislativo e scientifico. A suo modo aggiornate, risuonavano ancora le proposte affiorate nel deserto arido del primo dopoguerra: un ritorno alla « responsabilità » soggettiva, alla « coscienza autonoma » degli individui, perché si desse la precedenza alle esigenze morali rispetto a quelle tecniche ed economico-produttive, affinché fosse ristabilito « l'equilibrio tra tecnica e conoscenza morale ».

Con questo messaggio, di timbro neo-kantiano ed esistenzialista, si concludeva la *Privatrechtsgeschichte*, ma non l'operosità di Wieacker. Aggiunte, correzioni, integrazioni, seguirono poi negli anni su dettagli storici e sulla concezione generale del diritto: in particolare, sul ruolo odierno di uno storico del diritto. Nel giugno del '93, a Napoli, in uno degli ultimi suoi interventi pubblici, citò ancora Savigny e Jhering come i « profeti » da riascoltare nella costruzione di un diritto europeo, quale « valore » su cui impegnare le generazioni future.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UMBERTO SANTARELLI

UN ROMANISTA « PELLEGRINO »
Franz Wieacker e la sua *Privatrechtsgeschichte*

1. Le ragioni d'una memoria. — 2. *Si vis perfectus esse, vende quod habes*. — 3. Rinascimenti, recezioni e continuità. Le origini e i precedenti. — 4. *Ingrediar totus, egrediar alius.*

1. *Le ragioni d'una memoria.*

I motivi che possono indurre, oggi e qui (su questi *Quaderni*, voglio dire), a far memoria in qualche modo « ragionata » della *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* di Franz Wieacker non sono tutti identificabili col solo desiderio — pungente, magari, ma alla fine privato — di comporre un epicedio che sia per quanto possibile non indegno di Lui scomparso. Sono, al di là dell'occasione commemorativa (sempre per sua natura un po' labile ed esposta al rischio dell'inflazione retorica), ragioni in sè consistenti che può esser non inutile appuntare ed offrire all'altrui riflessione.

Ragioni soggettive, anzitutto; soggettive, ma forse non del tutto irrilevanti: le ragioni del traduttore. Perché quella, a cui ogni traduttore — se vuol far decentemente il suo ingratissimo mestiere— è costretto, è una lettura molto « densa » ed intensiva, una lettura che chiamerei — col termine illuminante che Betti usò per la storiografia giuridica — « di grado superiore »; e che invero è l'unica che può consentire a chi deve tradurre, non già di trasferire un testo da una lingua ad un'altra (che sarebbe insignificante operazione di modesto facchinaggio), ma di leggere assimilare e poi riscrivere quasi fosse suo il testo che traduce. E fedeltà vera della traduzione è questa: non conservare alla pagina tradotta una sua estrinseca e fastidiosa riconoscibilità (che faccia intravedere, tra le righe del nuovo dettato, il palinsesto dell'originale), ma lasciar felicemente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dimenticare al lettore che d'una traduzione per l'appunto si tratta. Anche solo tentare un'operazione di questo genere (del riuscirvi è quasi certo ch'io non abbia esperienza) è fatica a tratti anche dura e che lascia il segno, ma può essere entusiasmante; un'avventura intellettuale che riesce a contrassegnare di sè un capitolo significativo d'un'intera esperienza di studio.

Eppoi ci sono le ragioni oggettive che, al di là dell'occasione commemorativa del suo Autore, giustificano il far memoria di questa opera: quelle che attengono alla funzione ch'ella ha avuto nella storia del nostro sapere storico-giuridico dalla metà del secolo (la prima edizione tedesca è del 1952) a questa parte. Perché di certo non è temerario affermare che la dignità stessa e lo statuto epistemologico della Storia del Diritto privato *moderno* abbiano avvertito l'effetto promovente (ma forse non sarebbe del tutto temerario dire: *inaugurale*) della comparsa di quest'opera: che, insomma, vi sia un « prima » e un « dopo » Wieacker per quanto riguarda il modo e la prospettiva secondo cui la storia del diritto privato moderno può esser apprezzata e coltivata. Per convincersene basta pensare a quel « topos » — malauguratamente diventato una specie di « classico », che l'ottica spregiudicata del romanista Wieacker mise lucidamente in crisi ma che era stato così caro alla romanistica più « benpensante » — il quale suggeriva come essenziale ed esaustivo d'ogni possibile indagine storica il confronto *omisso medio* tra canoni normativi romani (archetipici, naturalmente) e sistema (o sistemi) dei moderni ordinamenti codificati, un confronto destinato alla ricerca e alla diligente catalogazione di immancabili quanto robuste « radici » che aspettavano solamente d'esser riportate in superficie; ed erano ancora tanto vegete, che per capire al meglio la formazione d'un codice civile moderno (*verbi gratia*, di quello italiano del 1942) poteva esser sufficiente recensire il contributo che i romanisti avevan recato alla sua redazione.

Difficile è dire se nel frattempo di questa vecchia attitudine alla collazione senza intermediari tra antichità romana e attualità codificata tutti si siano fino in fondo liberati: certo si è che quel poco o tanto di « liberazione » che si è potuto avere è in parte non piccola da segnare a merito del Wieacker e della sua *Geschichte*.

Non v'è dubbio che i residuati delle antiche « certezze » sono ancor oggi consistenti; forse c'è ancora da qualche parte chi si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

domanda se questa o quell'*interpretatio* che dei testi giustinianei fecero i *doctores* medievali fosse « corretta » o no; forse in qualcuno sopravvive ancora — spogliata, si capisce, della sua primeva dignità — la vecchia « polemica sul Medioevo » di sapore umanistico e protestante. Ma l'antico incantesimo è definitivamente infranto, e tutti riconoscono la fatuità dei pregiudizi di certo purismo. Così come — tra gli storici dell'esperienza giuridica medievale e moderna — è finito il tempo nel quale si riteneva che l'arduo Medioevo, e non già la più « facile » Età Moderna, fosse il terreno elettivo su cui doveva immancabilmente dar prova di sè ogni giovane di belle speranze ambizioso d'esser cooptato nella confraternita dei dotti: e se di quest'ultima e davvero epocale mutazione si dovesse a qualcuno assegnare uno speciale merito, credo che tra i primissimi si dovrebbe pensare proprio a Wieacker e alla sua *Geschichte.*

2. *Si vis perfectus esse, vende quod habes.*

Sarebbe di certo molto interessante (ma non è possibile farlo ora, quasi *in die obitus*) ricostruire in modo documentato l'itinerario che portò un romanista tanto colto ed intellettualmente così elegante come Franz Wieacker a scelte apparentemente così « scandalose »: ad optare, cioè, per il diritto privato moderno come oggetto d'indagine, non per farne una comparazione tutta estrinseca « da sistema a sistema » con l'archetipo romano (quel tranquillo discorso sulle « *basi romanistiche* » dei sistemi codificati di cui in Italia si appagò per esempio Salvatore Di Marzo o la non meno riposante proposizione di « *problemi generali del diritto attraverso il diritto romano* » di cui dette un saggio, peraltro per più versi interessante, Giuseppe Grosso), ma per capire la vicenda storica dell'esperienza giuridica moderna a partir da se stessa, facendone l'oggetto, se non esclusivo (chè Wieacker non dismise mai la sua veste di romanista « militante »), certamente del tutto autonomo della ricostruzione storica.

Al romanista, ricco delle sue molte e non piccole (nè — si capisce — tutte infondate) sicurezze, era offerto di partire per un'avventura, affascinante certo ma rischiosa; gli era chiesto di permutare un'antica ben coltivata e riposante proprietà con una sorta di povertà volontaria. L'itinerario tutto nuovo da percorrere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c'era, ma l'avviarsi imponeva una previa intuizione geniale. Il « giovane ricco » (ricco davvero: d'un'alta e raffinata cultura di specialista, che era certamente in grado d'appagarlo) avrebbe potuto anche ritrarsi per la sua vecchia e fidata strada, nè qualcuno avrebbe avuto nessuna ragione di rimproverarlo per questo; *quel* romanista invece scelse la via dell'avventura: e fu una fortuna, per lui e per noi.

3. *Rinascimenti, recezioni e continuità. Le origini e i precedenti.*

Lo strumentario di cui Wieacker disponeva quando s'incamminò era quello che tutti maneggiavano; ma in quello strumentario (fatto di parole, di concetti, e fors'anche di pregiudizi) c'era implicita una ben precisa prospettiva storiografica, una coerente collocazione epistemologica di quella specifica disciplina che con buona approssimazione possiamo definire Storia del diritto medievale e moderno (o Storia del diritto « intermedio », per voler restare più saldamente ancorati ai venerati paradigmi d'un tempo).

Basterebbe pensare ai più vistosi e fortunati fra quegli strumenti: a *Rinascimento*, per esempio, o a *Recezione*, o a *Continuità* (ma altri se ne potrebbero aggiungere — forse un po' meno famosi, ma non meno fecondi di « prole » non sempre nobilissima nè alla fine vitale —) e chiedersi se i loro possibili diversi significati siano stati o no in qualche modo « condizionati » dalla riflessione di Wieacker; se ci sia, voglio dire, nella vicenda delle loro mutazioni semantiche una sorta di « punto critico » segnato dalla riflessione del Wieacker qual è consegnata alle pagine della *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Se questo punto critico non può esser individuato, si potrà (e si dovrà) ugualmente dire che Franz Wieacker è stato un grandissimo studioso tra pochissimi suoi pari, ma non che gli si possa segnare a credito un varco epocale.

L'orma di questo maestro appare però chiaramente segnata su quel varco, e ancor oggi nitidamente leggibile. Molte prove lo confermano. Basterebbe pensare al giudizio lucidissimo e nient'affatto « rinascimentale » che dell'opera dei *doctores juris* medievali egli dette (in una pagina della relazione dal titolo *Fortwirkungen der antiken Rechtskulturen in der europäischen Welt* tenuta al primo Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, che formalmente non fa parte della *Geschichte* ma ne dipende in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo evidentissimo): « *so haben die Glossatoren das öffentlihe Leben Europas für immer juridifiziert und rationalisiert* ». Nulla in questo giudizio — che pure riguarda l'opera dei Glossatori — si riferisce ai « materiali » utilizzando i quali quei *doctores* avevano inaugurato un'età nuova i cui effetti son giunti fino a noi; era l'*in sè* dell'operazione culturale (e sostanzialmente nomotetica) la cosa che agli occhi del Wieacker fondamentalmente contava e meritava una diagnosi storica così adeguata: un'operazione « contestualizzata » nel suo tempo, giudicata storicamente per gli effetti che aveva avuto nel tessuto vivo dell'esperienza giuridica, non già in grazia dell'improbabile *Wiedergeburt* d'un organismo normativo morto da più di mezzo millennio. E questo resta vero, anche se non si può del tutto dimenticare il titolo forse non esemplare (lo citavamo or ora: *Fortwirkungen der antiken Rechtskulturen in der europäischen Welt*) che Wieacker dette a questo suo intervento congressuale. Il termine, poi, — assolutamente illuminante — col quale il Wieacker qualificò nella sua *Geschichte* questi *doctores* fu *Konsiliatoren:* che non voleva dire certo autori di *Consilia* e basta; significava ben altro e di più, e soprattutto coniandolo si tentava forse di liberare questi personaggi dall'ombra gelida dell'antica *littera* e di restituirli al circuito vivo e vitale del tempo nel quale vissero. Non credo sia lode esagerata dall'occasione commemorativa affermare che tutto quel che di nuovo e di giudizioso in questi anni si è detto e scritto intorno alla funzione cetuale dei giuristi medievali era contenuto *in nuce* in quel giudizio folgorante.

Qualcosa di simile può valere per quell'infelicissimo termine tralatizio che è *Rezeption:* che vorrebbe spiegar tutto con la sua apparente limpidezza, e tutto invece con la sua meccanicità irrimediabilmente confonde. Intuendone acutamente l'inutilità legata al suo stesso significato etimologico, Wieacker finisce col negare la stessa possibilità che una qualunque « Recezione » sia avvenuta, e risolve il suo discorso nei ben diversi termini d'un'infinitamente più verosimile « *assimilazione* »; invertendo l'angolo della sua osservazione, trasferendolo cioè dall'oggetto della pretesa « recezione » — il « diritto romano » — ai modi e agli esiti del processo di assimilazione, ed insistendo sulla distinzione tra *Früh-* e *Vollrezeption* (anch'essa — a ben guardare — inappagante, ma pur sempre capace di render più verosimile il quadro).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qualcosa di molto analogo vale per il concetto di « *continuità* », che per il Wieacker può avere un significato per lo storico dell'esperienza giuridica se serve a render leggibile un processo vitale di lungo e lunghissimo periodo, e non già se pretende di documentare la mera « conservazione » di « elementi » perfettamente riconoscibili in una loro asserita (ma palesemente improbabile) inalterata « purezza ». Con uno dei suoi soliti guizzi genialmente « interdisciplinari » Wieacker paragona l'idea di continuità, di cui può giovarsi lo storico che voglia studiare gli apporti dell'esperienza giuridica antica alla cultura europea, al modello di « ereditarietà » elaborato dalla biologia moderna che descrive il trasmettersi della vita lungo il corso delle generazioni come una sorta di « processo informativo ». Una volta di più resta vero che le radici hanno un senso e meritano d'essere studiate, non in se stesse ma in funzione dell'organismo vivo della pianta che su di esse si sviluppa. In altri termini, il problema storico vero, al quale il Wieacker della *Privatrechtsgeschichte* si mostra ad ogni pagina attento, non è quello puramente antiquario della recensione di tutti i possibili *precedenti* prossimi e remoti (catalogati i quali si pretende d'aver capito il tutto dell'esperienza giuridica sottoposta a questa sorta di estrinseco inventario « etimologico »), ma piuttosto quello della scoperta delle *origini* condotta proprio attraverso l'accertamento dei nessi reali di continuità genetica. Con Orestano potremmo dire che sono i *complessi di esperienza* che meritano l'attenzione dello storico, quand'egli sappia ricostruirli attraverso l'accertamento — quasi mai agevole, ma sempre indispensabile — della loro vicenda lungo l'asse della diacronia e della complessità sincronica delle loro strutture.

4. *Ingrediar totus, egrediar alius.*

La lezione che un lettore non distratto della *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* può trarre alla fine della sua fatica è propriamente questa: che un romanista insigne e raffinato, senza nulla perdere nè rinnegare del *proprium* più specifico del suo sapere (anzi, mettendo a profitto tutta la sua cultura), ha potuto farsi storico dell'esperienza giuridica moderna, per di più vincendo la vecchia insinuante tentazione di ridurre l'oggetto della sua indagine ad estrema (e alla fine insignificante) appendice d'un'antica ed esemplare vicenda a cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nulla mai nessuno potrebbe aggiungere di veramente nuovo e non sperimentato prima. Questo significa che Wieacker non ha ripercorso a ritroso una strada già fatta mille volte, alla vana ricerca di remoti precedenti che potessero far tranquillamente ripetere la vecchia futilità che da Giustiniano in poi, almeno nell'universo del sapere giuridico privatistico, *nil sub sole novi*. Il romanista Wieacker ha fatto ben altro: ha guardato alla storia del diritto privato moderno come ad oggetto autonomo della sua indagine, e di questa storia ha ricercato le *origini* basso-medievali che a loro volta eran connesse, attraverso la mediazione dell'esperienza altomedievale, con la vicenda dell'antico diritto romano. Ma la ricerca è stata condotta lungo la linea dell'accertamento tutto « sperimentale » delle *continuità* di volta in volta verificabili, e non s'è persa a ricercare « riprove » inutili di antichi pregiudizi.

Scrivendo a uno dei traduttori italiani della sua *Geschichte*, lo stesso Wieacker spiegava così la genesi dell'opera: « *Ich darf zum Schluss noch etwas über die Vorgeschichte des Buchs erzählen. Es ging ursprünglich aus den neu eingereichteten Vorlesungen über* Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte *hervor, die etwa dem Typus der* Storia del diritto italiano *folgten und eine Lücke schlossen die aus der merkwürdigen Arbeitsteilung zwischen 'Romanisten' und 'Germanisten' entstanden war. In der Sache war es — anders als jene* Storia del diritto italiano *— einfach eine Rechtsgeschichte des deutschen ius (commune) nach der Rezeption. Besondere die erste Auflage (1952) trägt noch ganz die Spuren des Mühens und Ringens um eine angemessene Darstellung dieses bei uns bisher nicht so abgegrenzten Gebietes. In der zweitere Auflage (1967) habe ich mich bemüht, diese Spuren zu tilgen, wie denn überhaupt hier jeder Satz und jedes Wort neu überprüft worden ist* ».

Un libro di scuola, dunque; che, inseguendo — per dir così — il formarsi d'una disciplina accademica nuova, mirava a dar conto a un pubblico di discenti della vicenda storica del diritto privato tedesco in Età Moderna, e doveva perciò trovare in quest'àmbito cronologico il proprio « naturale » centro di gravità. Il romanista era stato così chiamato ad uscire dal suo antico terreno d'indagine e di magistero; e per far questo aveva dovuto abituar lo sguardo ad un panorama per lui inconsueto, per rendersi e render ragione del quale anche la sua scienza di romanista poteva tornar grandemente utile,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a condizione però di non travalicare — nel nuovo contesto d'indagine — i limiti propri della sua strumentalità. E proprio qui, in questa non piccola fatica di auto-adeguamento, il giurista Wieacker fu chiamato a dar la prova più alta di sè e del suo sapere: a compiere in sè quella « conversione » che gli consentisse d'uscire dalla sua prospettiva specialistica di romanista per acquisire quella — nuova e diversa — dello storico dell'esperienza giuridica moderna.

Il giudizio sull'esito ultimo di quest'operazione può non esser facilissimo. Di certo si deve dire che la *Geschichte* non appare frutto dell'escursione *extra moenia* fatta da un romanista in cerca di piacevoli *divertissements* che lo ristorassero delle sue severe fatiche. A confrontar fra loro le due edizioni — del 1952 e del 1967 — si constata facilmente che il nucleo originale dell'esposizione didattica fu la vicenda del diritto privato *moderno* (visto, naturalmente, in prospettiva « germanocentrica »: ma di questo ora non giova parlare), e che solo per chiarire le *origini* di questa vicenda l'occhio del didatta Wieacker si spinse all'esperienza giuridica medievale. Il passaggio dalla prima alla seconda edizione mostra chiaramente la linea in sè coerentissima di questo itinerario, che è *ex toto genere suo* quello tipico d'uno storico del diritto *moderno*; diverso — tanto per fare un esempio che sembra istruttivo — da quello seguito dall'Orestano dell'*Introduzione*, approdato allo studio (e all'insegnamento) d'un'esperienza giuridica moderna intesa pur sempre, alla fine, come segmento — « ulteriore », anche se perfettamente autonomo — della « tradizione romanistica » (Grossi lo scrisse, con affettuosa chiarezza, su questi *Quaderni*, 17[1988], 533ss., partic. 544-550).

Senza pretender di confrontare esperienze di ricerca fra loro ovviamente inconfrontabili, e riconoscendo come assolutamente eccezionali i meriti del Wieacker storico del diritto moderno come Grossi riconobbe quelli dell'Orestano giurista senz'aggettivi, si può forse constatare in Wieacker la capacità — derivatagli probabilmente dall'occasione didattica che sostanziò la *Vorgeschichte* della sua fatica — di guardare all'esperienza giuridica dell'Età moderna in una prospettiva diacronica particolarmente corretta (che è merito assai singolare per chi era professionalmente vocato a contemplar le cose da tutt'altro punto di vista). Ma non si può tuttavia dimenticare che lo stesso Wieacker, approfondendo ed ampliando tra le due edizioni le prospettive della sua ricostruzione, dopo avere — nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1952 — ragionato con singolare correttezza terminologica di « *Rezeption der europäischen Rechtswissenschaft in Deutschland* »; nel 1967, pur confermando ed ampliando (pp. 133-141) le considerazioni assolutamente esemplari già svolte nel 1952 (pp. 67-71) a proposito di *Gegenstand der Rezeption*, finì con l'intitolare tutto il suo discorso alla « *Rezeption des römischen Rechts in Deutschland* ». Questione di parole, si capisce, dalla quale può non esser consentito inferire senz'altro visioni storicamente discutibili d'un'intera vicenda (della cui globale consistenza può esser lecito per tutt'altre ragioni discutere); ma che rivela certamente per lo meno una fatica, e può alla fine segnalare un merito in più di chi l'ha saputa durare così utilmente per sè e per noi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALDO SCHIAVONE

IL TESTO E LA STORIA

1. Nella romanistica del Novecento, Franz Wieacker occupa il posto di un gigante solitario. I suoi libri, subito circondati di rispetto e di ammirazione — citarne il più importante diventò ben presto un obbligo ineludibile di ogni bibliografia — sono stati in realtà sempre guardati da lontano, fino a spegnerne la forza e l'originalità in un ricordo sminuzzato e inoffensivo, confinato spesso in una nota a piè di pagina. Si sa bene, del resto: sotto inutili riconoscimenti si può anche restare schiacciati.

È accaduto così che la sua ricerca, quanto più se ne elogiava universalmente la dottrina e l'acume, tanto più rimaneva isolata e senza conseguenze nel panorama dei nostri studi. Essa invitava con passione — un entusiasmo conservatosi intatto attraverso i decenni — a un autentico salto di qualità nella critica delle fonti, e a un nuovo e più profondo rapporto fra teoria e storia giuridica: come dire a rielaborare e meglio definire i due fondamenti dell'indagine moderna sul diritto romano.

Ma purtroppo non è azzardato concludere che, almeno per ora, entrambe le indicazioni — pur importantissime — sono state quasi completamente ignorate. I risultati raggiunti nelle « Textstufen » (1) — sulla cui « provvisorietà » Wieacker amava insistere in modo tutt'altro che formale — non hanno per adesso avuto molto seguito, e soprattutto non sono stati considerati (come avrebbero dovuto) l'indicazione soltanto abbozzata di un cammino ancora da compiere. Si è preferito accantonarli — sia pure costruendovi sotto un piedistallo — e metterli fra parentesi, come se si trattasse degli esiti di un lavoro interamente concluso, al quale più nulla restava da aggiun-

(1) *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, rist. 1975

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gere: la « tesi Wieacker » appunto, cui bisognava pagare un tributo di memoria e di considerazione, nella certezza che ogni cosa dovesse poi rimanere com'era.

I libri hanno davvero i loro destini, che a volte si inseguono e si incrociano in modo sotterraneo, al di là delle apparenze. Anche la « History » di Fritz Schulz (2) — un'opera, certo, assai diversa dalle « Textstufen », anche se molti fili legano i loro autori — ha avuto, a ben guardare, una sorte per molti versi simile. Frutto d'una ricerca a suo modo d'avanguardia, avrebbe potuto finalmente aprire quell'orizzonte sulla storia della giurisprudenza preparato già — fra Otto e Novecento — dai lavori di Lenel, di Ferrini, di Pernice, di Mitteis. E invece, paradossalmente, finì con il precluderlo, favorendo, al posto di una nuova ondata di curiosità e di esplorazioni, una frettolosa canonizzazione dei suoi risultati e della sua impostazione, subito cristallizzati come indiscutibili punti d'arrivo, sui quali sarebbe stato inutile tornare, piuttosto che analizzati come ipotesi da rivedere e discutere, lungo un percorso appena intrapreso.

Certo, Schulz è stato « accolto » dalla romanistica di questo secolo molto più di Wieacker; e la « History » prese nel giro di pochi anni il posto di un libro accettato quasi senza riserve, che ha contribuito a formare almeno tre generazioni di romanisti, dispiegando un'influenza che le « Textstufen » non hanno mai esercitato. Ma al di là della diversità di peso e di ruolo, entrambi i lavori (le « Textstufen » ancora fino ad oggi, la « History » almeno sino alla fine degli anni sessanta) sono stati letti e utilizzati — ciascuno per la sua parte e nella sua posizione — congelandone idee e proposte interpretative in una fissità paralizzante rispetto a quegli approfondimenti e quelle verifiche che sarebbe stato legittimo aspettarsi, e che i loro stessi autori avevano sollecitato.

Perciò, se vogliamo rendere giustizia alle pagine di Wieacker, la prima cosa da fare è smettere di guardarle in rispettosa lontananza, e riportarle nella loro totalità — come meritano — in un circuito di discussioni, di nuove indagini e (perché no?) di polemiche (3).

---

(2) *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, II ed. 1953, ed. tedesca Weimar 1961, tr. it. Firenze 1968.

(3) Aveva cominciato bene, per la verità, L. AMIRANTE, in una importante recen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Possiamo considerare come assunto di fondo delle « Textstufen » l'indicazione che nel ricostruire la cultura giuridica romana, la storia delle forme del pensiero giurisprudenziale si debba legare indissolubilmente alla storia delle forme testuali che lo hanno trasmesso. La peculiarità dell'intreccio trova (per Wieacker) la sua espressione più evidente nel collasso della vicenda intellettuale e scientifica della giurisprudenza « classica » così come si manifesta attraverso la realtà legislativa, amministrativa, forense e giurisdizionale dell'impero tardo antico fra terzo e quarto secolo, sino a Costantino. L'ampiezza della crisi culturale emerge infatti in primo luogo in quanto crisi radicale nella trasmissione dei testi.

Questa impostazione — a considerarla bene (come ci siamo sottratti sinora dal fare) — non era altro che l'esito più maturo e convincente delle metodiche interpolazionistiche, che hanno dominato gli studi di diritto romano nella prima parte di questo secolo. Essa ne rappresentava un punto d'arrivo di grande significato, e ne utilizzava i risultati e le acquisizioni meno caduche ed estremistiche in una prospettiva d'insieme di indubbia suggestione, consentendo una rigenerazione delle problematiche originali: perché spostava il terreno d'indagine da una « critica dei testi » frammentaria, parziale e destoricizzante — dipendente quasi sempre com'era dall'ordine giustinianeo dei materiali studiati e dalla visione metatemporale che suggeriva — a una « storia della tradizione » unitaria e globale, costruita sullo sfondo della rappresentazione d'insieme della cultura giuridica d'una intera epoca.

Era un passo in avanti decisivo; ed è davvero singolare — un paradosso dei nostri studi, a pensarci bene — che la connessione sia sfuggita proprio ai più convinti difensori della bontà dell'interpolazionismo, che avrebbero potuto trovare in Wieacker quella legittimazione teorica e quella impostazione più compiutamente storica che cominciava a mancare sempre di più al loro lavoro.

In effetti, Wieacker riprendeva dalla critica interpolazionistica più avanzata almeno un punto, e fondamentale: l'idea che gli scritti della giurisprudenza del secondo e terzo secolo d.C. — e segnatamente le opere di età severiana — avessero indubitabilmente subito,

---

sione, *Per la storia dei testi giurisprudenziali classici*, in *Labeo*, 7, 1961, pp. 390 ss., rimasta anch'essa senza seguito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima di Giustiniano, rimaneggiamenti pesanti e (in molti casi) sostanziali: che cioè la crisi tardo antica nella trasmissione della letteratura giuridica avesse teso a coincidere con un'età di profonde alterazioni dei testi destinati in qualche modo a resistere e sopravvivere.

Sia chiaro: la dimostrazione che Wieacker offriva di questa tesi, come la ricostruzione di storia culturale e della tradizione manoscritta antica (con le celebri pagine sul passaggio dal rotolo al codice) che la accompagnava era del tutto originale, e aspetta ancora di essere valutata a fondo, e apprezzata in tutte le sue implicazioni. Come era in buona parte innovativa (fatto salvo un riconosciuto debito verso Niedermayer) — e anch'essa tutta ancora da discutere — l'ipotesi che l'età delle alterazioni dovesse concentrarsi per intero fra terzo e quarto secolo, e che dopo ci troveremmo di fronte a una quasi completa stabilizzazione, fino a Giustiniano. Ma il centro della proposta ricostruttiva — con l'opzione di un rimaneggiamento forte dei testi severiani fin dalle prime edizioni « postclassiche » — rimanda dritto al cuore dell'interpolazionismo: proprio come vi rimandava la « History » di Schulz nei capitoli sulla letteratura giuridica di secondo e terzo secolo.

Confesso che quella tesi non mi ha mai persuaso, sin dagli anni del primo timido accostarmi al libro del maestro: e meno che mai mi persuade adesso.

Non è questa l'occasione per un esame ravvicinato: ma credo proprio che uno dei compiti che ci aspettano sarà quello di riuscire a svincolare le indicazioni di Wieacker dall'ipoteca interpolazionistica che ancora le condiziona, e sciogliere un rapporto che in lui, come in Schulz, non era risolto, per poter continuare sulla strada da loro indicata. In altri termini: è certamente vero che nella storia del pensiero giuridico romano le dinamiche della trasmissione testuale si legano in maniera strettissima alle vicende dei contenuti concettuali tramandati. È altrettanto vero che la critica dei testi — lavoro per noi ineludibile: guai a confondere il superamento della caccia alle interpolazioni con l'abbandono dell'esegesi — non ha ormai senso se non inserita ogni volta in una storia completa della tradizione dell'opera di cui ci ocupiamo. Ed è infine vero che le grandi scritture della letteratura giuridica romana si sono trovate per lunghi decenni fra terzo e quarto secolo d.C. — diciamo anche fra l'ultimo Gor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diano e Costantino — come sotto l'ala di un turbine. Ma riconoscere l'insieme di questi elementi — che è merito di Wieacker aver portato alla luce nella loro specifica trama — non deve spingere ad ammettere, come inevitabile corollario, l'esistenza di una fitta rete di alterazioni sostanziali dei testi, di una falsificazione o anche solo di una riscrittura programmatica dei loro contenuti rispetto alle perdute edizioni « classiche ». Ritenerlo è un pregiudizio interpolazionistico, trapiantato da un vecchio mondo di studi nel tessuto vivo delle nuove ricerche.

Mi limiterò ad accennare a un solo esempio: quello dei libri « ad edictum » di Ulpiano (4). Wieacker accetta sostanzialmente l'idea di Schulz (e di Wolff, ma, in questo caso, non di Niedermeyer) che l'autore della « Collatio » abbia avuto tra le mani un testo già ampiamente alterato, frutto di una precoce interpretazione postclassica dell'archetipo ulpianeo. Anche lasciando da parte il problema del rapporto fra il testo usato dall'autore della « Collatio » e quello utilizzato dai compilatori dei « Digesta », questo significa comunque che, dovendo anche credere che la prima edizione postclassica abbia sostituito del tutto, nella trasmissione successiva, l'originale, noi comunque, per quanto risaliamo indietro, non saremmo di fronte che a una versione largamente corrotta.

Ebbene, non esito a dire che questa ricostruzione — che pone in modo definitivo fra noi e l'originaria scrittura di Ulpiano il pesante velo di un rifacimento postclassico — ha basi così deboli e apodittiche da potersi tranquillamente definire senza fondamento. Essa mescola sottilmente ai dati testuali a nostra disposizione un deformante apriorismo classicista, e sovrappone il fantasma di una completa revisione — indimostrabile e puramente congetturale — a un'evidenza che non va oltre l'accertamento dell'esistenza di una riedizione in un clima culturale non favorevole a una rigorosa conservazione dell'originale ricopiato: con la possibilità di errori meccanici, di incomprensioni, forse anche — in qualche punto — di semplificazioni, disordini, riduzioni: ma assolutamente nulla di più.

Del resto, se ci trovassimo di fronte a un rifacimento così drastico come si vorrebbe supporre — a una specie di « normaliz-

(4) *Textstufen*, cit., pp. 231 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zazione » protopostclassica del dettato originario — non ci spiegheremmo come potrebbero essere sopravvissute alla rielaborazione degli editori tante dottrine e prospettive ulpianee certamente non in sintonia con il mondo giuridico fra terzo e quarto secolo, per non parlare delle catene di citazioni da giuristi più antichi (che non esitano a risalire indietro di secoli, sino a Labeone, e talvolta perfino alla giurisprudenza repubblicana), anch'esse del tutto estranea al contesto del diritto romano postseveriano. Come, fuori dei libri « ad edictum », non spiegheremmo — se dovessimo continuare a supporre che la revisione dei testi originali abbia avuto un carattere diffuso e programmatico — la presenza nelle scritture « classiche » dedicate al diritto pubblico o al diritto penale di spunti e fattispecie certamente inattuali nella realtà giuridica pre o post dioclezianea (questa osservazione, bisogna dire, è già in Wieacker: senza però che se ne traggano le debite conclusioni, su di un piano più ampio).

E c'è di più: a una lettura dichiaratamente conservativa — come quella che sto proponendo — spinge un'altra osservazione, anch'essa di carattere molto generale. In realtà, la stessa scelta giustinianea di un grande codice-antologia, e il conseguente lavoro dei commissari addetti ai « Digesta », sarebbe incomprensibile se non partissimo dall'idea che in quegli ambienti doveva esistere la ferma convinzione che le edizioni delle opere giurisprudenziali classiche presenti nelle loro biblioteche, sulle quali si doveva eseguire il lavoro di estrapolazione dei frammenti, erano in grado di mettere in rapporto diretto con il pensiero giurisprudenziale dei secoli d'oro, e non soltanto con tarde e inaffidabili rielaborazioni. I professori di Berito e di Costantinopoli non erano certo dei filologi, nel senso moderno della parola: ma è assai difficile credere che se uno schermo così vincolante come si vorrebbe ritenere li avesse separati dall'oggetto del loro amore antiquario, essi non ne avrebbero avuto in qualche modo coscienza, e questo non li avrebbe spinti a mutare l'orientamento dei loro progetti.

3. Il primo volume della « Römische Rechtsgeschichte », apparso, lungamente atteso, nel 1988 (5) è l'ultima grande fatica di

(5) *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt. Einleitung, Quellenkunde, Frü-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wieacker, e la più importante dedicata al diritto romano, dopo le « Textstufen ». Il suo poderoso disegno offre la più compiuta storia della giurisprudenza arcaica e repubblicana di cui oggi si possa disporre. Gli studiosi che (come chi scrive) si sono misurati in questi anni con quei temi, saggiandone difficoltà e ostacoli, possono ammirare forse meglio di altri la mole di risultati nuovi e di ricostruzioni acute e convincenti, la profondità delle conoscenze, la superba padronanza delle fonti dimostrata dall'autore quasi a ogni pagina. E si è facili profeti nel dire che questo libro rimarrà a lungo nei nostri studi, fra le opere più significative del secolo che si chiude.

Eppure, — ed è così d'altra parte anche nell'altro imponente affresco di Wieacker dedicato alla storia del diritto privato moderno (6) — senti che c'è qualcosa che non torna, rispetto al compimento di una grande storiografia.

È come se lo spessore teorico che orienta la ricerca — sempre robustissimo in Wieacker, e degno della più attenta considerazione — non riuscisse poi, al momento opportuno, a tradursi del tutto in vera narrazione storica. Avverti che rimane ancora un nocciolo che fa resistenza, non elaborato sino in fondo. Come se il nodo per lui giustamente decisivo, stretto fra scienza del diritto e storia del diritto, non fosse capace di dissolversi — come dovrebbe — in autentico racconto, con nulla al di fuori.

I suoi giuristi repubblicani rimangono, nonostante tutto, figure un po' pallide, in un qualche modo spettrali, non completamente reimmerse nel loro tempo; e la descrizione degli ordinamenti costituzionali e normativi continua a mantenere un che di rigido, di astratto; molto al di sopra, per intendersi, della manualistica oggi in circolazione: ma non ancora autentica storiografia, adeguata al suo oggetto e al suo scopo.

Questi rilievi non tolgono niente tuttavia al fatto che la riflessione teorica di Wieacker rimane per tutti noi — al di là delle sue singole proposte — una lezione memorabile. E se oggi possiamo ripetere con ancor maggior convinzione di un tempo che senza una

---

hzeit und Republik, München 1988 (« Handbuch der Altertumswissenschaft », X, 3.1.1).

(6) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, II ed. Göttingen 1967, tr. it. 2 voll., Milano 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forte teoria non si fa storiografia giuridica, ma si ripete solo stancamente una pratica accademica, molto lo dobbiamo ai suoi pensieri: rimasti purtroppo ancora una volta inascoltati.

Devo dire che la conoscenza personale confermava questa impressione di solitudine (quella casa, dolcemente nascosta appena fuori di Göttingen, quasi sino alla fine senza telefono!), nonostante l'affettuosa, filiale premura degli allievi, e primo fra tutti dell'impagabile Behrends.

Ma il relativo isolamento non si trasformò mai in Wieacker in chiusura o disinteresse per l'ambiente intorno a lui. L'attenzione con cui ha seguito fino all'ultimo gli esordi e i primi percorsi dei giovani studiosi è ormai una leggenda della nostra disciplina: come quella delle sue lunghe, preziose lettere, uscite da una vecchia macchina da scrivere e piene d'errori di battitura (precariamente corretti a penna, e non tutti) fino a risultare talvolta di assai ardua interpretazione.

Per molti di noi la gioia di essere stati « scoperti » da lui, di essere entrati a far parte, ancora alle prime armi, delle sue letture, in qualche misura del suo mondo, rimarrà un'emozione indimenticabile.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

FRANZ WIEACKER CIVILISTA

Encallado navío
te entrego mi cancion de despedida.

I. In una non recentissima prefazione alla traduzione italiana di un'opera tanto entusiasmante quanto poco frequentata di Jules Michelet, Lucio Villari aveva modo di ricordare come « la storiografia trionfante, il famigerato storicismo dei von Ranke e dei Mommsen o l'idealismo storicistico che percorre tutto l'Ottocento e che va dal lontano Guizot fino al nostro Croce, non potevano certo accettare le tensioni e le intuizioni di un Michelet... e non può sorprendere quindi che in un famoso bilancio della storiografia moderna fatto dallo storicista tedesco Eduard Fueter nel 1911, Michelet figurasse semplicemente come uno storico « lirico-soggettivo »; ed ancora, che da quel rapporto al quale Michelet rimase sempre fedele « tra ricerca storica, vita spirituale ed educazione dei sentimenti, è nata una concezione della storia e soprattutto del fare storia da parte degli storici che purtroppo noi abbiamo perduto dal momento in cui, già nell'Ottocento, risultò vincente il modello « tedesco » della storiografia; quello, per intenderci, che bada solo ai « fatti », ai « documenti » e che esclude qualsiasi partecipazione umana e psicologica dello storico all'oggetto della sua ricerca » (1). Ora che la voce di Franz Wieacker, che sembrava recare con sè l'amabilità cordiale e la quasi infantile sorpresa, sempre rinnovata, ogni volta che la passione per la ricerca gli faceva, anche in conversazioni ' private ', scoprire nuovi indizi o itinerari, od anche solo spargere a piene mani « spigolature » della sua inesauribile scienza,

(1) L. Villari, *Prefazione* a J. Michelet, *L'étudiant*, trad. it., Bari-Roma, 1988, rispettivamente p. 9 e p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ora che questa voce non può più raggiungerci se non nel ricordo, non soltanto non ritengo di allontanarmi di molto dal vero se — al di là della fondatezza o meno del giudizio appena riportato — lo faccio mio, scorgendo appunto nelle sue pagine un coinvolgimento, anche di scrittura, che assolutamente lo allontana dal paradigma di una storiografia non partecipata. Ma, soprattutto, non posso rifiutarmi alla forza di un ormai lontano ricordo personale, a costo di aprire, appunto, in una tonalità « lirico-soggettiva ». Quando, appena laureato, con una alquanto giovanile ' Unverschämtheit ', ebbi l'idea di rivolgermi direttamente a lui per aiuto — che per coincidenza riguardava una dissertazione su di uno dei suoi temi prediletti anche nell'ambito del diritto civile, il *Vermögensrecht* (« es ist eine tüchtige, wenn auch nicht sehr interessant geschriebene Arbeit ») — fui più che sorpreso, commosso, non solo per la sollecitudine con la quale lo ricevetti, ma per la qualità e cordialità dell'attenzione, espressa in alcune di quelle sue ormai leggendarie missive le quali, per sua esplicita ammissione, che ancor oggi ben comprendo, dovevano costargli non poca fatica (« Und was die ' Kalligraphie ' betriff, ist sie wunderbar: *meine* Handschrift kann nicht einmal ein Landsmann (connazionale) lesen, und die Maschinenschrift, die Sie hier sehen, ist — auf meiner alten ausgedeinten Maschine in Freiburg — auch nicht viel besser »). Per me, al di là della commozione personale, questo tratto di finezza e generosità, mediato da quello strano, affettuoso miscuglio di scrittura a macchina continuamente corretta a mano, dice molto più di tutte le commemorazioni.

E tuttavia, inevitabilmente, la morte e la perdita ci spingono a prolungare l'esorcismo, a rielaborare l'esperienza del lutto o, almeno, a tentare di farlo.

Ma con una cautela particolare. Un commento, una commemorazione — *In Memoriam; Zum Gedächtnis* — a carattere apertamente o nascostamente celebrativo sembrano dialetticamente contenere nel loro seno una finalità opposta, che riguarda piuttosto — come gli antichi ben sapevano, e Yosef Hayim Yerushalmi e Nicole Loraux non mancano di rammemorarci — lo stare insieme di coloro che restano, il fondamento sia di una polis sia di una comunità (scientifica): « Un uomo aveva proposto al grande Temistocle un esercizio mnemonico: « Dammi piuttosto un esercizio per dimenti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

care! » ... Dimenticare insieme è già un fraternizzare » (2). Una commemorazione celebrativa come viatico per l'oblio, dunque. Ma, che si creda alla prosecuzione della (di una nuova) vita dopo la morte o no, quello che invece ci sembra qui decisivo è non abbandonare definitivamente alla morte attuale, mantenere viva davanti a noi la persona che ci ha lasciato, cosa che appare possibile in certa misura solo rovesciando l'uso tradizionale di oblio e ricordo, solo riaprendo appunto ciò che di una persona è (era già) obliato in vita, sia per condizioni di carattere obbiettivo, sia per volontà soggettiva: in una parola, mantenendo fermo l'intento di dialogare con un vivo, con tutte le sue luci ed ombre — e forse anche con un'oscura consapevolezza che tali ombre possano presto, interpellandoci da una diversa, ma analoga realtà, costituire le coordinate di una ' situazione ' che imporrà anche a noi una precisa risposta — piuttosto che partecipare alla costruzione del suo ' monumento '. In questo senso la nostra scelta del titolo non ha alcuna pretesa di definitività e neppure prelude ad una trattazione in qualsiasi modo soddisfacente: essa segnala soltanto, per così dire, quello che ci sembra — ma siamo ormai in buona compagnia (3) — un problema tuttora irrisolto nel dibattito sulla portata della figura e dell'opera di Wieacker, oppure, ancor meglio, quello che ci pare un programma di ricerca — da condurre in una serrata discussione con una serie di testi del Nostro il più delle volte ' menzionati ' (solo) per (meglio) dimenticarli —; programma di ricerca che forse potrebbe, ove condotto a termine senza cautele, appunto, ' celebrative ', gettare nuova luce anche, per tacer d'altro, sulla filigrana della meritatamente celebre *Privatrechtsgeschichte* postbellica: del resto quest'ultimo volume, a tutt'oggi il più universalmente noto e tradotto del Nostro, « nach dem ' Bodenrecht ' von 1938 war... das zweite (und letzte) von Wieacker verfasste Lehrbuch » (4).

---

(2) J. MICHELET, *op. cit.*, *Decima Lezione, 17 febbraio 1848*, p. 153. La corrispondenza della data, per ciò che può valere, mi è saltata agli occhi soltanto (e casualmente) a testo ultimato.

Cfr. D. SIMON, *Franz Wieacker 5. August 1908 - 17 Februar 1994*, in *Rechtshistorisches Journal*, 13 (1994), pp. 1-31.

(3) D. SIMON, *loc. cit.*, p. 17.

(4) *Ibidem*, p. 2; la bibliografia a cui si allude si reperisce nella *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, hrsg.von O. Behrends u.A., Göttingen, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Il programma Franz Wieacker ' come civilista ' è anzitutto reso difficoltoso nel suo perseguimento dallo stato delle fonti o, per esprimerci con maggiore precisione, da una loro ardua reperibilità ' complessiva ', in parte riconducibile, a sua volta, ad una strategia soggettiva che mostra talora contemporaneamente tratti volti all'oblio e(o) alla esplicita od implicita ' presa di distanza '. In generale può dirsi che le pubblicazioni wieackeriane siano molto sparsamente accessibili, spesso anche rieditate con modificazioni e nelle più diverse raccolte: una bibliografia completa a tutt'oggi manca e quella che possediamo — comprendente ben 309 numeri e riferita comunque agli anni che vanno dal 1931 (data della prima pubblicazione di un Wieacker ventitreenne nella sezione romanistica della ZSS) al 1977 — contiene « lacune ed errori e non è all'altezza di soddisfare le esigenze scientifiche » (5). Questa situazione generale, come diremo subito, forse acquista connotati di ancora più accentuata lacunosità in relazione ai contributi civilistici e, in una con la più che rilevante constatazione secondo cui dal 1931 al 1948 — data che segna il raggiungimento del quarantesimo anno d'età — l'attività del Nostro comprende attorno ai novanta contributi, alcuni di rilevanti dimensioni (cioè « già sotto il profilo puramente quantitativo più di quanto alcuni suoi contemporanei abbiano mai pubblicato nel corso della loro intera vita ») (6), induce a individuare appunto nello svolgimento della sua evoluzione scientifica due fasi, una prebellica che prosegue almeno fino al 1944, e l'altra che prende le mosse a partire dal 1948. Ora, uno dei risultati che una analisi senza pregiudiziali delle opere civilistiche del ' primo ' periodo potrebbe conseguire sarebbe forse la messa in discussione o, perlomeno, una più precisa e sfumata problematizzazione di uno schema che di primo acchito sembra avere per sé molte giustificazioni, prima fra tutte quella secondo cui « nach dem Debakel mit der Rechtserneuerung » egli non abbia più composto « grössere zivilistische Arbeiten ...und Begonnenes naheliegendenweise nicht mehr zu Ende geführt » (7).

Per vero in occasione dell'ottantesimo compleanno dell'autore una più che meritoria iniziativa era parsa venir a colmare tale lacuna;

(5) D. SIMON, *loc. ult. cit.*
(6) *Ibidem*, p. 2.
(7) *Ibidem*, p. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ci riferiamo ai *Kleine Juristische Schriften* (1932-1986) (8), che comprendono ventiquattro saggi raccolti dall'*Herausgeber* a coprire un lasso di tempo in apparenza idoneo a rendere plausibile un inizio di superamento dello schema legato soltanto alla « Diskussion der Nachkriegzeit » (9): ma in realtà — come l'indicazione dell'importante *Vorwort* dell'autore ci chiarisce, lasciando altresì supporre un intervento diretto a suggerire almeno alcune scelte altrimenti poco comprensibili o addirittura contenenti qualcosa di « Anstössiges » (10) — anche tale raccolta si segnala per incompletezza, e i vuoti sono particolarmente sensibili per quanto riguarda contributi decisivi in relazione alla trasformazione dell'istituto proprietario, espropriazione, critica delle partizioni tradizionali in tema di sistematica del diritto patrimoniale (testi sostanzialmente successivi al 1933), prospettive quasi tutte però riprese o richiamate implicitamente nei saggi disponibili. È allora evidente che a questo punto bisogna spendere qualche parola sul suo silenzio posteriore alla tragica esperienza nazista e al suo crollo, nella misura in cui una disamina di questo aspetto ci possa fornire qualche indicazione ermeneutica sui testi che si tratta di ' ricollocare '. Altri si sono infatti già confrontati con questa scabrosa questione, talora e inizialmente sotto forma di attacco violento, poi, con minore ' ira et studio ', ravvisandovi da ultimo non già una forma di reticenza, ma anzi un « rifiuto delle autocritiche opportunistiche » — sotto questo profilo, ma quasi solo sotto questa angolazione, come subito avremo occasione di dire, potrebbe valere il richiamo ad altra significativa constatazione in proposito, anch'essa proveniente dal mondo accademico (« Ein Bekenntnis nach 1945 war mir unmöglich, weil die Nazianhänger in der widerlichsten Weise ihren Gesinnungswechsel bekundeten, ich aber mit ihnen nichts gemein hatte ») (11) — e soprattutto una profonda consapevolezza dell'« esistenza di fatti di

(8) F. Wieacker, *Kleine juristische Schriften. Eine Sammlung zivilrechtlicher Beiträge aus den Jahren 1932 bis 1986*, hrsg.von M. Diesselhorst, Göttingen, 1988.

(9) F. Wieacker, *Vorwort*, in F. Wieacker, *Kleine juristische Schriften, cit. (senza indicazione di pagina).*

(10) D. Simon, *loc. cit.*, p. 4.

(11) M. Heidegger, *Brief an Marcuse vom 20. Januar 1948*, in V. Farías, *Heidegger und der Nationalsozialismus. Mit einem Vorwort von J. Habermas*, Frankfurt am Main, 1989, p. 374 (n. 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una così infinita responsabilità » davanti ai quali sarebbe « altrettanto insensato » il ripudio quanto la rivendicazione (12). Ma, come si accennava, non si tratta qui di istituire impossibili raccordi tra la coscienza personale di uno studioso e il nazismo considerato in modo che rischia di diventare troppo metafisico — e di rassomigliare singolarmente alla crociana interpretazione ' parentetica ' (e rimuovente) del fascismo — come manifestazione del male radicale, e neppure di azzardarne un giudizio (13). Per quanto riguarda questa dimensione ' soggettiva ' — e a conchiuderne, crediamo, ai nostri fini ambito e portata — ci basta piuttosto un raffronto ' limitato ' alla dimensione testuale. Come infatti in ogni esercizio dell'oblio è dialetticamente (ci scusiamo per l'uso di un termine discaro a molti, ma qui necessario) implicito (implicato) il richiamo alla memoria ed al ricordo, così anche il silenzio rimanda necessariamente alla parola. E il paragone allora si impone da sè, il paragone cioè — piuttosto che con le estetizzanti, inadeguate e talora querule prese di posizione di un Carl Schmitt (14) — con un altro celebre ' silenzio ': quello di Heidegger (15).

Un paragone reso possibile da due ' insistenze ' esterne. Come è noto, infatti, e per sua esplicita ammissione, Wieacker fu indotto a quella che resta a nostra conoscenza la sua più distesa e minuziosa riconsiderazione delle motivazioni, ma altresì — ed è anche quanto più ci occuperà fra poco — dell'ambiente culturale complessivo e della strumentazione tecnico-dogmatica, che lo condussero dalla giovanile adesione alla collaborazione culturale con il nazismo nella

---

(12) Cfr. in questo stesso numero dei Quaderni, A. MAZZACANE, *I tempi della Privatrechtsgeschichte*, p. 564.

(13) D. SIMON, *loc. cit.*, p. 9: « Wie er damit fertig geworden ist, ein solches System an vorderer Front mitgetragen zu haben, hat er — kaum vorwerfbar — niemals publiziert ».

(14) Vedi C. SCHMITT, *Ex captivitate salus. Erfahrungen mit der Zeit 1945/47*. Köln, 1950 (trad. it., Milano, 1987) e, per un giudizio coincidente, cfr. R. SCHRÖDER, *Die Bewältigung des Dritten Reiches durch die Rechtsgeschichte*, in H. MOHNHAUPT (hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele, Parallelen, Positionen*, Frankfurt am Main, 1991, p. 636.

(15) Oltre il già richiamato saggio di Farías, meritano di essere perlomeno ricordati K. JASPERS, *Notizen zu Martin Heidegger*, hrsg.von H. Saner, München-Zürich, 1989 e P. BOURDIEU, *L'ontologie politique de Martin Heidegger*, Paris, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lotta contro lo stato borghese-liberale di diritto; come è noto, dicevamo, egli fu incoraggiato ed anzi definitivamente convinto, nel 1977, proprio dalla « wiederholte Aufforderung des Herausgebers der ' Quaderni ' » (16). Un brevissimo, ma oltremodo significativo accenno si può trovare, inoltre, nel più recente *Vorwort* del 1988 alle già ricordate *Kleine Juristische Schriften*. I testi di Heidegger sono a loro volta contenuti in un carteggio nel quale il ruolo di promotore spettava ad Herbert Marcuse (17). È più che plausibile ritenere che il senso delle aspettative da entrambi riposte nel 1933 come anno di 'svolta ' fosse comune e che esso sia bene espresso dalle parole di Heidegger — che, tra l'altro, ebbe anch'egli occasione di partecipare ai lavori dell'*Akademie für Deutsches Recht* guidata dall *Reichsjustizkommissar* Hans Frank — (18): come ci pare sottolineato sia da alcune paternità culturali e politiche, in parte ricostruibili a partire dalla ' rivisitazione ' del 1977 e, in parte, non richiamate, sia soprattutto dalla franca ammissione che la *Sozialromantik* quale impulso psicologico sotteso al lavoro del 1935 e culminante, nella prospettiva della critica sociale (od anche ' socialisteggiante '), in proposte e postulati « staatssozialistisch überspannte », fungesse da ideologia schermante e difensiva, in generale nei confronti delle teorie sulla proprietà *realmente* socialiste del diciannovesimo e ventesimo secolo, ma valesse principalmente a differenziare la posizione wieackeriana da altra e più pericolosa dottrina, « und zwar mehr von der marxistischen als von der des west-und mitteleuropäischen Frühsozialismus » (19). Ma le comunanze qui cessano — se si fa astrazione dell'avversione già accennata per palinodie opportunistiche (20). A fronte delle affermazioni quasi irriferibili e comunque insopportabili che Heidegger lascia cadere dalla penna a proposito dello sterminio degli ebrei — ad esprimere una valutazione proprio su tale punto Marcuse direttamente lo chiamava —; a fronte di ciò a stanno, invece, le espressioni di critica esplicita al regime che, se pur

(16) F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung' revisited*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6, p. 841-859, 841.

(17) Cfr. V. Farías, *Heidegger*, cit., p. 372.

(18) *Ibidem*, p. 277 ss.

(19) F. Wieacker, *' Wandlungen der Eigentumsverfassung ' revisited*, cit., p. 851.

(20) *Ibidem*, p. 843 e cfr. *supra* sub nt. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potessero essere ritenute troppo rigorosamente mantenute nella contestualità della questione tecnico-dogmatica e di politica del diritto connessa alla dinamica interna del tema proprietario per ciò che attiene alla sua storicizzazione (e condanna) definitiva, sono tuttavia chiarissime sull'altra tragica questione: « Seine [del Nationalsozialismus] Eigentumsgesetzgebung war — abgesehen von den Konfiskationen, welche *die Unterdrückung und schliesslich Vernichtung unserer jüdischen Mitbürger und der « Staatsfeinde »* zuhnemend begleitete — ebenso opportunistisch oder pragmatisch wie seine Besitzpolitik... » (21). Neppure si può dire, a nostro avviso, che dopo aver, di nuovo con rispettabile chiarezza, sottolineato l'ampiezza e la portata della giovanile « illusione » in una capacità riformatrice, addirittura in senso ' socialistico ' (ovviamente di destra o conservatore, come sappiamo e meglio accenneremo) del regime, principalmente per ciò che potesse concernere la regolamentazione dei rapporti proprietari e lato sensu di diritto patrimoniale — illusione che costituisce un pò l'altra faccia, del resto forse mai fino in fondo riflettuta nella contraddittorietà delle origini culturali, della sua mai abbandonata e veramente reale fede (culminante in una mannianamente ' impolitica ' apologia dei giuristi ' per tutte le stagioni ') (22); neppure si dirà, come accennavano, ch'egli non

---

(21) *Ibidem*, p. 856. Cfr. inoltre ID., *Storia del diritto privato moderno, vol. II, Milano, 1980*, p. 244, nt. 2; dalla lettera di Heidegger già citata (nt. 6) si può invece ricavare quanto segue: « Zu den schweren berechtigten Vorwürfen, die Sie aussprechen « über ein Regime, das Millionen von Juden umgebracht hat, das den Terror zum Normalzustand gemacht hat und alles, was ja wirklich mit dem Begriff Geist und Freiheit u.Wahrheit verbunden war, in sein Gegenteil verkehrt hat », kann ich nur hinzufügen, dass statt ' Juden ' ' Ostdeutsche ' zu stehen hat und dann genauso gilt fur einen der Alliierten, mit dem Unterschied, dass alles, was seit 1945 geschient, der Weltöffentlichkeit bekannt ist, während der blutige Terror der Nazis vor dem deutschen Volk tatsachlich geheimhalten worden ist » (V. FARÍAS, *Heidegger*, cit., pp. 374-375). Se possibile ancora più apertamente in un *Vortrag* tenuto a Brema nel 1949: « Ackerbau ist jetzt motoriesierte Ernährungsindustrie, in Wesen das Selbe wie die Fabrikation von Leichen in Gaskammern und Vernichtungslagern, das Selbe wie die Fabrikation von Wasserstoffbomben » (*Ibidem*, p. 376). Ogni ulteriore commento sulla ' differenza ' ci sembra superfluo.

(22) Cfr. J. RUCKERT, *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen-Franz Wieacker zum Gedächtnis*, in questo *Quaderno*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abbia rinnegato « nemmeno una parola » (23) di quello o degli scritti successivi. Sarebbe far torto alla sua passione — diremmo ricambiata, e non dimentichiamo quanta importanza abbia attribuito al rapporto con la lingua madre proprio in relazione a queste problematiche la sensibilità politica di Hannah Arendt (24) —, una passione sconfinata per lo stile e la lingua, il non tener conto con assoluta fedeltà della sua dizione, e nella sua doppia valenza: « Obwohl sie kein Wort enthält, an das der junge Autor nicht glaubte (*wie sie denn auch ihre Gedankengänge zum Teil in späteren, vielleicht reiferen Veröffentlichungen fortsetzen*), und obwohl ihr Inhalt ergibt, dass sie nach Absicht und Wirkung die Unterdrückungen, und Rechtsbrüche des Regimes in seinem weiterem Fortgang nicht ermutigen konnte, muss der Vf. ihr heute doch die Illusion vorhalten... » (25). Già alla nota quattro del saggio di ' rivisitazione ' troviamo un tentativo di quasi spasmodica differenziazione linguistica (« Hierhin die Bevorzugung von ' Gemeinschaft ' statt ' Gesellschaft ' (im Sinn der bekannten Unterscheidung von Tönnies, jedoch nicht: ' Volksgemeinschaft '); ' Volk ', ' Volksordnung ' (auch in der Weimarer Zeit allgemeine Terminologie), ' völkisch ' (jedoch nicht: ' Volksgenosse ') ») (26), che ci pare renda preventivamente ragione del perchè — in un modo che, come si è accennato, è stato giudicato ' anstössig ', forse con eccessivo rigore — nella riedizione dei lavori civilistici, ovvero in particolare nella ripubblicazione di un successivo saggio del 1941, « Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung », pensato, come risulta dal sottotitolo, quale contributo all'altra importante questione sistematica che non solo in quegli anni gli stava a cuore, la « critica alla distinzione tra diritto delle obbligazioni e diritti reali », tutte le volte che i termini appena citati ricorrono (stavolta però anche ' volksgenossisch '; inoltre pure un, in apparenza, più innocente « aus dem

(23) Così, in diverso contesto problematico, intende A. MAZZACANE, *I tempi*, cit., p. 565.

(24) Cfr. H. ARENDT, *Was Bleibt? Es bleibt die Muttersprache* (1964), in H. ARENDT, *La lingua materna. La condizione umana e il pensiero plurale*, a cura di A. Dal Lago, Milano, 1993, p. 25 ss.

(25) F. WIEACKER, *op. ult. cit.*, pp. 841-842.

(26) *Ibidem*, p. 843, nt., 4; sul significato politico-' culturale ' del c.d. pensiero *völkisch* cfr. P. BOURDIEU, *L'ontologie*, cit., p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Leben », si trova sostituito con « aus der Praxis »), vengono sottolineati ed ' estraneati ' mediante interventi, sempre dichiarati, o sostitutivi o modificativi (virgolettandoli): anche questa ci sembra una forma di non larvata presa di distanza (27).

III. Ma non sono gli aspetti soggettivi della questione, o non solo essi, che pesano su quella che a noi pare una necessarissima riapertura del ' dossier ' del Wieacker ' privatista '. Facevamo prima riferimento ad una più corretta (nei limiti del possibile) ' collocazione ' culturale perlomeno dei *tre* saggi fondamentali del periodo in esame, che, come cercheremo di accennare in chiusura, è imprescindibile se si voglia realmente procedere non soltanto — come sinora è stato, certo legittimamente, tentato — ad una loro valutazione ' sincronica ' nella ricostruzione del diritto e delle dottrine giuridiche naziste (28) —, ma piuttosto e, vorremmo aggiungere, soprattutto, ad una loro lettura *diacronica* nel quadro di una complessiva biografia intellettuale del Nostro, che tuttavia intenda porsi, altresì, come contributo ad una riconsiderazione delle linee di continuità e di rottura che attraversano, a livello europeo, la formazione del diritto privato contemporaneo, sullo sfondo di una interpretazione della fase storica coinvolta non già puramente e semplicemente sulla falsariga della tesi-Vansittart, ma, al contrario, sulla base di una più approfondita riflessione dei nessi che sussistono tra ' socializzazione ' occidentale, « capitalismo organizzato » (Hilferding), « (doppio o policratico) stato totale » (Fraenkel, Neumann) e ' modernizzazione ' *völkisch* (Götz Aly, Susanne Heim, Karl-Heinz Roth) (29).

Potremo, rapidissimamente in questa sede, procedere solo per

---

(27) Cfr. F. WIEACKER, *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht*, in ID., *Kleine juristische Schriften*, cit., pp. 245, 253, 259.

(28) Cfr. perlomeno M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformel im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974; I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, Munchen, 1980^2, spec. pp. 36 ss., 137 ss.; per una ricostruzione concisa ma comprensiva, e per la principale letteratura sui singoli istituti del diritto privato cfr. da ultimo K. KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, spec. pp. 83 ss.

(29) Cfr. M. BURLEIGH-W. WIPPERMANN, *The Racial State. Germany 1933-1945*, trad. it., Milano, 1992, p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sollecitazioni intuitive e per accenni (nonostante che nel linguaggio accademico specie tedesco il termine ' rapsodico ' non conservi il senso positivo o neutro che gli pertiene nel campo musicale, bisognerà rammentare che anche le rapsodie hanno una struttura).

Un primo gruppo di ascendenti culturali presenti nel saggio « Wandlungen der Eigentumsverfassung » ed anche lucidamente rimessi in questione nella loro sociologica determinatezza nella riflessione del 1977, è particolarmente rilevante per comprendere una sintomatica debolezza di fondo nell'approccio dogmatico, tutt'altro che occultata, ma mai probabilmente superata neppure nelle opere successive. Una debolezza che assume una coloritura peculiare — che andrebbe indagata più in profondità nei suoi risvolti sul piano ' costruttivo ' — laddove la si riconsideri in rapporto alla prospettiva di radicale messa in questione del modello pandettistico — caratteristica della c.d. *Kieler Schule* (30) —, allo scopo di raggiungere una concettualizzazione pienamente congruente ai processi di modernizzazione agraria e di funzionalizzazione dell'istituto; una concettualizzazione che avrebbe ambito forse muoversi sul piano del ' pensiero giuridico dell'ordinamento concreto ' e, comunque, non poteva che tendere ad una pluralizzazione e concretizzazione della nozione in interessante parallelismo anche temporale con le acquisizioni della dottrina italiana (Finzi, Pugliatti) (31): ormai « nicht eine Rechtsperson das Grundstück[hat] », dato che per Wieacker il fondo « come porzione ideale dell'intera superficie terrestre » possiede una sua autonoma « individualità », ma è piuttosto così, che « das Grundstück hat vielmer einen Eigentümer; es es braucht seine Verwalter », il proprietario è concepito, insomma, come organo o ' funzionario ' del fondo (32). Wieacker comprende infatti la sua analisi come culminazione tra l'altro di quella linea di pensiero di storicismo economico, talora venata di quel tipico socialismo con-

(30) Sulla *Kieler Schule* vedi K. Kroeschell, *Geschichte*, cit., pp. 83-85 e ivi ulteriore letteratura.

(31) Cfr. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in Id., *Il Dominio e le Cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 603 ss. (con riferimento alle relazioni al congresso nazionale di diritto agrario del 1935).

(32) F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg, 1935, p. 46 ss.; 60-61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servatore ed iperstatalista ' da cattedra ', che prende le mosse — oltre che da assai improbabili riferimenti a Proudhon, giustificabili peraltro sia sotto il profilo dell'attenzione alla questione contadina, sia in vista della ricerca di padri nobili per una ' terza via ' alternativa sia al liberalismo che al marxismo (33) — dal precursore della via tedesca al socialismo, il ' ricardiano ' Rodbertus (34), per ricomprendere poi autori come Wagner e Sombart, e simili, sui quali già per tempo s'erano, non per caso, appuntati gli strali del nostro Luigi Einaudi: « Io seguiterò a non studiare ed a non citare i Wagner, gli Schmoller ed i Sombart; ma non perché siano tedeschi, sibbene perché, a parer mio, scrissero cose di poco conto e fecero dell'economia e della storia economica di quart'ordine » (35).

La conseguenza sarà una troppo abbreviata identificazione di « divisione funzionale del dominio fondiario », visione germanistica e prospettiva « economica », che lo condurrà appunto, per usare le sue parole, a una « *eigentümliche Verengung der ökonomischen Sicht*, die allenfalls die Kategorien der Produktionsmittel und des persönlichen Eigentums unterscheidet, *aber die allgemeine Grösse ' Kapital ' nicht wahrnimmt* » (36), costringendolo a rimanere nei binari di una dogmatica privatistica caratterizzata da un ontologismo obbiettivistico, anche sul piano delle singole partizioni sistematiche. Con una qualche motivazione Reinhard Höhn, — che, a dire di quello Schmitt pur da lui in modo talora abbietto avversato « se non fosse stato per il Terzo Reich, sarebbe diventato un ottimo studioso » (37) —, nella sua veste di fanatico sostenitore della più estremistica ortodossia nazista, potè rimproverare al saggio wieackeriano di muoversi soltanto apparentemente nell'alveo di una « konkrete Gemeinschaftordnung mit Leben und Substanz », ma di offrire invece, in realtà, « immer noch eine normative Regelung »; e proprio nell'assetto *sistematico e metodologico* del testo, a suo dire, emergeva in

---

(33) F. WIEACKER, *' Wandlungen der Eigentumsverfassung ' revisited*, cit., p. 844 ss.

(34) Su di lui si veda almeno G. STAVENHAGEN, *Geschichte der Wirtschaftstheorie*, Göttingen, 1969[4], p. 138 ss.

(35) L. EINAUDI, *Germanofili e Anglofili* (1916), in ID., *Gli ideali di un economista*, Firenze, 1921, p. 152.

(36) F. WIEACKER, *op. ult. cit.*, p. 852.

(37) Su Reinhard Höhn cfr. J. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, trad. it., Bologna, 1989, p. 273 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo particolarmente evidente tale ' difetto ': « das Material soll dabei so geordnet werden, « dass sich Rechtsregeln ergeben, deren vollzug eine gerechte Sachgüterzuteilung sichert ». *Wieacker gelangt so zu einem neuen, wenn auch aufgelockerten Normativsystem* » (38).

Ma un'altra opzione ideale — prima di riprendere quest'ultima importante suggestione su di un Wieacker sin dai suoi primi passi fondamentalmente legato ad una metodologia tale da farne un critico innovatore, ma tutt'altro che eversivo, e quindi alla fin fine pur sempre un sostenitore del ' sistema inteso in senso normativo ' — vale la pena di essere ricordata, da un lato perché essa è ' obliata ' nel testo del 1977, ma ha un ruolo forse più rilevante di quel che non sembri per l'esatta individuazione del ' luogo ' a partire dal quale si sviluppa la sua attività in quegli anni. Alludo alla circostanza, a quanto mi consta intelligentemente, ma in modo veramente ' fuggitivo ', segnalata dal solo Bernd Rüthers (39), secondo cui almeno un elemento decisivo della costruzione ' funzionalistica ' del concetto di proprietà fondiaria da noi sopra riportata è stato da Wieacker ricavato, quasi letteralmente sotto il profilo dell'ispirazione culturale, dalle impostazioni in tema di ' spazio ' e teoria territoriale di uno dei più celebri mentori e teorici della c.d. ' Rivoluzione conservatrice ' nel periodo weimariano, quel *Möeller van den Bruck*, autore del ' Der preussische Stil' (1916) e del ' Das dritte Reich ' (1923^{I}, 1931^{4}), che doveva poi togliersi la vita nel 1924 (40): « Der Raum ist ubergeordnet. — Im Raum begibt sich erst die Zeit — der Raum ist selbstherrlich. Wir können uns immer nur erhalten, was räumlich ist, niemals was zeitlich ist » (41). Culturalmente si potrebbe perciò

---

(38) R. Hohn, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, Hamburg, 1935, p. 69.

(39) B. Rüthers, *Die unbegrentze Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt al Main, 1973, p. 355, nt. 27.

(40) Su Möeller van den Bruck si può ancora consultare — per un'inquadratura molto partecipe (e perciò appunto assai interessante sotto il profilo della storia delle mentalità), naturalmente perché chiaramente ' orientata ' — la monografia di A. Romualdi, *Correnti politiche ed ideologiche della destra tedesca, dal 1918 al 1932*, Roma-Anzio, 1981; ma vedi da ultimo, con qualche maggiore pretesa di scientificità, S. Breuer, *Anatomie der Konservativen Revolution*, trad. it.: *La Rivoluzione Conservatrice. Il pensiero di destra nella Germania di Weimar*, Roma, 1995, *passim*.

(41) F. Wieacker, *Wandlungen* (1935), cit., p. 55 con rferimento, per l'appunto, al volume dal titolo *Das Dritte Reich* (in particolare al capitolo dedicato alla *Reaktion*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concludere — conclusione forse avvalorata ancor più dai legami in generale intrattenuti in questi ambienti col pensiero di Weber, l'altro vero autore « alla mano » del Nostro, che lo richiama più volte nelle *Wandlungen* ed anche altrimenti — per la conferma dell'indiretta indicazione dallo stesso Wieacker fornitaci (laddove segnalava alcuni termini come d'uso comune in età Weimariana), secondo cui le sue posizioni possono con più verosimiglianza essere ricondotte ad una tarda fioritura dei circoli ' neo-conservatori ', nella loro versione protestantica, piccolo-borghese e di funzionariato statale, di fatto sempre oscillanti, come lo stesso Möeller, tra ' autonomia dei privati ' e un antiliberalistico e romanticheggiante « capitalismo degli imprenditori », culminante in un vero e proprio « Socialismo di stato » (42). Del resto la stessa casa editrice delle *Wandlungen* e di *Eigentum und Enteignung* (insieme a Werner Weber, e sempre nel 1935), ovvero la *Hanseatische Verlaganstalt*, era notoriamente e inizialmente vicina al gruppo neo-conservatore (43).

IV. Nel già più volte richiamato *Vorwort* del 1988, apprendiamo dalla ' viva voce ' del Nostro che « in dieser Lage — ovverosia, visto che la appassionata discussione scientifica del dopoguerra non è stata in grado di fornire ad una dogmatica dal canto suo non senza fondamento ' resa insicura ' nei suoi metodi convenzionali, un accettabile consenso metodologico, ma solo una quantità di nuovi modelli — hat der Herausgeber alle, aber auch nur die Stücke aufgenommen, deren *Methodik* der Autor noch heute zustimmen würde » (44).

Come risulta evidente ad una anche rapida scorsa dell'indice dei 24 saggi raccolti, siamo di fronte ad una ulteriore prova della, perlomeno ' formale ', coerenza di un atteggiamento che va di nuovo molto vicino al ' rinnegamento '. Non solo non è infatti ricompreso il saggio di ' rivisitazione ' del '77, che è sì accessibile in questi stessi Quaderni, seppure in un volume pressochè esaurito, e che comunque non sarebbe stato affatto sconsigliabile riproporre ad un pubblico tedesco in un quadro organico, ma — oltre, com'è a questo

(42) S. BREUER, *Rivoluzione conservatrice*, cit., pp. 42 ss. 44.
(43) A. ROMUALDI, *Correnti*, cit., p. 28.
(44) F. WIEACKER, *Vorwort*, cit., in ID., *Kleine juristische Schriften*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto chiaro, l'assenza del referente immediato delle *Wandlungen*, nonché dell'altro importantissimo saggio sull'*Enteignung* — neppure quello che a mio parere è forse in assoluto il contributo originale di una qualche ampiezza più rilevante composto da Wieacker prima della fine della guerra, il « *Zum System des deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge* » (1941) (45). Questa esclusione appare inoltre — sempre che appunto non la si legga nell'ottica da noi segnalata, e ben al di là di una mera ed esteriore non congruenza con le posizioni ' esclusivamente ' metodologiche assunte successivamente (ragionamento questo che potrebbe quasi allo stesso titolo valere per il saggio di ' preludio ' del medesimo anno), come una chiara, seppur implicita, forma di disconoscimento, anche se soggettivamente fondato — alquanto ' misteriosa ', posto che non ha a che fare con l'*assoluta* eliminazione di tutti i saggi antecedenti al 1948 (visto che ne sono accolti sei, recensioni comprese), e visto altresì che il saggio surricordato sulla critica della dicotomia diritti reali/diritti di obbligazione vi preludeva direttamente (46).

Altre gravi lacune — a loro volta, tuttavia, e a ulteriore dimostrazione che sotto il profilo sostanziale è il tema della *continuità* che può e deve essere sollevato e scientificamente sviscerato, esse sono parzialmente recuperate da una discreta presenza in nota, o sono ' recuperabili ' tramite l'imponente apparato di rinvii della II[a] edizione della *Privatrechtsgeschichte* (1967) (nuovo ' indizio' dell'importanza della questione) — sono rappresentate inoltre dalla mancata ripubblicazione dell'intervento wieackeriano sul lavoro di G. Haupt « *Uber faktische Vertragsverhältnisse* » *(1941)*, nella ZAkDR del 1943, « *damals* weithin zustimmend »; ma *ancor oggi* affrontando il tema del rapporto tra dichiarazione di volontà e comportamento social-tipico come fonte autonoma di obbligazioni, il Nostro non sembra scorgere in quello che nel 1961 (e, in forza del tenore letterale della sua prefazione, ancora nel 1988) definiva « dieser grosse Wurf, dessen Werden wir persönlich miterlebt haben », al di là di quell'atteggiamento, talora certo non privo di rassegnazione, di

(45) Opera stampata stavolta a Leipzig, laddove Wieacker risultava ormai « professor der Rechte ».

(46) Si tratta del saggio richiamato sopra *sub* nt. 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una dogmatica giuridica ciò nonostante « fedele alla realtà » e quindi incapace di velarsi il viso di fronte ai fenomeni strutturali « der zunehmenden Entpersönlichung und Kollektivierung des menschlichen Dasein » — il lavoro di Haupt, com'è noto, prendeva le mosse dagli svolgimenti relativi alla società di fatto e ai rapporti di lavoro di fatto, ma, come Wieacker medesimo sottolinea, era in realtà originato da un movente scientifico che si proponeva scopi più ambiziosi, nel sistematizzare i dati « die sich gegen die übliche Unterstellung des Parteiwillens auflehnten »; fino a giungere, difatti, in particolare nel campo dei *Massenverträge*, e « damit im lebenswichtigen Bereich der Daseinvorsorge », ad una completa rottura con la dottrina tradizionale del negozio giuridico e della dichiarazione di volontà, in una parola e più in profondità, a una destrutturazione anche della categoria del contratto, realizzata dalla pretesa di una « völlige Aufhebung des auf einer Willenseinigung der Beteiligten beruhenden Vertrages » e di una sua sostituzione « durch einen neuen, auf die Willenseinigung verzichtenden Tatbestand » (H. Lehmann nel 1943, ferocemente ironizzando, preconizzava il compimento del ' logico ' passo successivo e si chiedeva quanto dunque si sarebbe dovuto attendere per la scoperta della figura « des *faktischen Delikts* » (47) —; il Nostro, dicevamo, al di là degli elementi segnalati, ai quali poteva aggiungere semmai la consapevolezza ' vissuta ' (ma anche qui il richiamo all'esperienza ' economica ' seppur soggettivizzata dell'autore recensito rimane forse troppo ' ontologicamente ' scontato o, il che è lo stesso, troppo lontano da un reale confronto con il pensiero economico inteso in senso stretto) di un pericolo « der Kraft-und Rationalitätsverluste der individuellen Nichtigkeitsfolge in der modernen Verkehrswirtschaft », non sembra scorgere « per quanto consta alla mia personale esperienza l'entrata in gioco di influssi ideologici di altro genere » (48). Un'analoga sfuggente situazione sembra caratterizzare anche la genesi dell'importante saggio sulla teoria della persona giuridica, apparso — è forse il caso di notarlo — nel 1973 nella *Festschrift* per Ernst

---

(47) Cfr. H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 1982, pp. 72-73.

(48) F. WIEACKER, *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten* (1961), in ID., *Kleinere juristische Schriften*, cit., pp. 119-139, 119-120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rudolf Huber, pubblicata a cura dello stesso Wieacker, di Ernst Forsthoff (al quale, per inciso, risaliva la' paternità' pubblicistica della *Daseivorsorge* statale, probabilmente sotto il profilo terminologico e problematico mutuata dal lessico heideggeriano), nonché del già ricordato Werner Weber (49). Ancora nel 1967 nella sezione dedicata allo ' sviluppo del diritto civile tedesco ' nel XX secolo della *Privatrechtsgeschichte* e concernente la giurisprudenza civile delle corti superiori e la sua capacità di aggiornare mediante un diritto ' vivente ' il sistema e i contenuti del BGB, Wieacker aveva affermato: la « corretta caratterizzazione della cosiddetta persona giuridica del diritto privato (sotto cui va ricondotta l'« associazione » nel senso dei §§ 21-53 BGB) » che sarebbe definibile con riferimento alla disciplina privatistica « delle *unioni* di persone organizzate corporativamente » (nel senso del tradizionale concetto di *Genossenschaft*; ma non si tratta appunto di tradizione in tutte le sue ascendenze sottratta a contestazione) (50) « è stata completamente oscurata sia dalla teoria della finzione che dal suo opposto, la teoria della reale *personalità* associativa » (51). Tale affermazione si appoggiava al medesimo riferimento (AcP, 147, 1941, 304-314) che viene ripreso adesso — con l'ulteriore chiarificazione del rimando alla valutazione dei lavori di Hans-Julius Wolff, *Organschaft und Juristische Staatperson I*: *Juristische Person und Staatperson* (1933) e, appunto, Werner Weber (*Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts* (1940) — in via preliminare, ma certo di nuovo tutt'altro che concettualmente periferica (nonostante che i richiami alla letteratura del periodo sostanzino, ma in modo pervasivo, quasi esclusivamente il reticolo delle note), s'esso valeva già ad incarnare una prima, seppure forse soltanto accennata, versione del modello perseguito ora con maggiormente apprezzabile completezza

(49) F. Wieacker, *Zur Theorie der Juristischen Person* (1975), *ibidem*, pp. 313 ss.

(50) Particolarmente critico sui vari ' recuperi ' wiackeriani della comprensione organicistica della società di stampo gierkiano, nonostante il chiaro collegamento di quest'ultima con la sua (di Gierke) impostazione « national-konservative », anzi esplicitamente antidemocratica, il saggio di Joerges richiamato più sotto *sub* nt. 53 (*ivi*, p. 332, nt. 73).

(51) F. Wieacker, *Storia*, cit., p. 246, e nt. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(« ...wo 304 ff.das hier verfolgte Modell angedeutet ist ») (52). E si potrebbe continuare.

Avevamo, all'inizio di un purtroppo breve percorso, sul quale immaginavamo di incamminarci insieme al Nostro — se dobbiamo ripeterlo, nell'integralità del suo itinerario —, parlato a più riprese di « programma di ricerca » e di ' usi dell'oblio '; ciò poteva avvenire — paradossalmente, come quasi sempre paradossali si rivelerebbero le vie della storia, se lo storico affinasse maggiormente la sua sensibilità — mediante la per più versi unilaterale accentuazione della disamina di *alcuni* indizi e segni sparsi ' ai margini ' del sentiero che si voleva interrotto. Così significativamente — in una recentissima e peraltro assai pregevole ricostruzione complessiva della vicenda della scienza del diritto privato nella Repubblica di Bonn (53) — ci si dedica, pur se in modo ovviamente sintetico, all'analisi di quello che viene definito « das sozialethische Privatrecht Franz Wieackers », partendo da una generale e giusta osservazione secondo cui il riferimento al « nationales Element » inteso come risultante « geschichtlicher, analytisch nicht durchdringbarer und politisch nicht beherrscherbarer Bestimmungsgründe des Rechts », emergerebbe in modo evidente e talora « irritante » in autori che erano stati partecipi della *Rechtserneuerung* nazionalsocialista e che poi avrebbero dovuto chiarire quali fondamenti e motivazioni « für ihre Abkehr vom Formalrecht Bestand haben sollten ». Altrettanto innegabile appare la successiva constatazione, che introduce anzi un fuggevole richiamo alla questione non solo (e tutt'altro che) soggettiva del *perdurare* al di là di cesure di carattere temporale-epocale di qualcosa di più che mere ' formule ' tecnico-dogmatiche: « Solche Klärungen finden sich selten. Statt dessen *setzte* sich der Durchgriff auf « Lebensverhältnisse », auf « deren innewohnenden Sinn und gleichsam eigenständige Ordnung » *fort*, auch wenn diese Verhältnisse nun nicht mehr Ordnungen » hiessen, sondern als « Natur der Sache » ausgewiesen wurden. *Nach wie vor* konnte man « wesenseigentümliche soziale Strukturen », « Treupflichten », « faktische

(52) F. WIEACKER, *Zur Theorie*, cit., p. 314, nt. 4.

(53) CH. JOERGES, *Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat*, in D. SIMON, (hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt am Main, 1994, p. 311 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vertragsverhältnisse » zur Grundlage rechtsdogmatischer Konstruktionen erklären, Gedankenübungen, die offenbar so vertraut waren, dass sie vielfach einfach gedankenlos [thema demonstradum] tradiert und übernommen wurden » (54). Tutto molto vero e molto plausibile; ma non si può successivamente — questa volta sì in modo quasi inconsapevole (55) — enucleare un saggio della produzione wiackeriana risalente al 1953, per imputargli anzitutto di non avervi per nulla rammemorato la critica anti-liberale del NS alla pandettistica e al BGB, e, secondariamente la connessa e decisiva circostanza, secondo cui la sua parola-chiave « Sozialmodell », che dovrebbe esprimere la mediazione del diritto positivo con la realtà sociale, la cultura e la storia, gli ha consentito ' soltanto ' una ricostruzione in qualità di storico, « aber [hat er] nicht positiv so expliziert, dass sich nachvollziehen liesse, wie ein der Gegenwart angemessenes Alternativmodell zu gewinnen sei » (56). Oramai sappiamo invece dall'accumulo di molteplici, sparsi, certo talora sfuggenti ' indici ' (le ' spie ' tanto care al paradigma indiziario di un Morelli riattualizzato da Ginzburg) che ad entrambe le questioni è *possibile* (e pertanto vale la pena di approfondire la pista che così eventualmente si aprirebbe) dare un'altra risposta (o anche, riformulare in modo diverso e necessariamente più sottile, vista la delicatezza della materia, la domanda): da un lato, c'è ed è ricostruibile una articolata presa di distanza soggettiva, che talora assume anche forme disconoscitive particolarmente incisive, culminate nella recente quasi-censura implicita alla ripubblicazione di saggi pur fondamentali, proprio rispetto alla questione della critica anti-liberale del diritto privato, presa di distanza che, tuttavia, non si manifesta, su tutti i punti (anche se i livelli vengono in momenti diversi altrimenti denominati), come di rinnegamento radicale: « Una conseguenza naturale e spiacevole di tali mancanze od errori

(54) CH. JOERGES, *Die Wissenschaft*, cit., p. 331.

(55) Cfr. infatti il rapporto di continuità espressamente istituito da Wieacker nel già più volte rammemorato saggio di ' rivisitazione ' tra il lavoro sulla proprietà fondiaria del 1935 e il testo più utilizzato da Joerges (*Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbüchern und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1952; poi ripreso insieme agli altri saggi indicati in quel contesto — QF 5/6 (1976/1977) t. II, p. 841, nt. 2 — in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* del 1974).

(56) CH. JOERGES, *loc. cit.*, p. 331-332.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è stata di compromettere per un certo tempo dopo il 1945 anche legittime considerazioni critiche sulla dogmatica o sulla sistematica... È questo ad es. il caso della discussione sul fondamento dell'« Allgemeiner Teil », sulla funzione sociale della proprietà dei suoli, sull'abuso del diritto, sul negozio astratto di trasferimento della proprietà o sulla limitata capacità della persona giuridica; o anche il caso della risistemazione delle materie civilistiche o commercialistiche nell'ordinamento degli studi giuridici del 1935 » (57).

In secondo luogo — ma a questo proposito si tratterebbe sia di superare l'ostacolo rappresentato dal livello raggiunto dal ' rinnegamento ' soggettivo dell'autore, non sempre coerente — da ultimo con richiamo al ' metodo ' — rispetto alle sue (se non andiamo errati) abbastanza costanti valutazioni ' contenutistiche ', sia, e soprattutto, la ' censura ' soggettiva degli storici-lettori dei testi wieackeriani, un ' blocco ' che vorrei definire come ' sincronico ' o ' contestuale ': in una parola, o si studia il periodo nazista, e allora il Nostro rappresenta ' una voce ' giovanile ' dal coro ' (lo stesso vale a maggiore ragione se si affronti, in quel determinato momento, la ricostruzione storica di *un* istituto del diritto privato), oppure lo si affronta come civilista, e allora vale il riferimento (quasi) solo al *Nachkriegszeit* —; in secondo luogo, si diceva, sarebbe invece possibile individuare *in positivo* (ovviamente secondo l'esigenza avanzata correttamente in astratto da C. Joerges, ciò che non coinvolge in alcun modo la successiva legittimità di un giudizio valutativo sul modello così ricostruito) il *Sozialmodell* ' alternativo ', perché rappresenta un lavoro « dass sich nachvollziehen liesse », ovvero la ritessitura dei legami fra i testi. Una tessitura che, se si vuole, potrebbe svilupparsi mediante una *provvisoria* (nella misura, cioè, in cui serva a superare sul punto il blocco problematico della storiografia) ' epoché ' della stessa questione della ' continuità ' che tale tipo di lettura propone, dato che essa potrebbe essere facilmente fraintesa per una qualche ricerca di continuità o ricorsività di tipo ideologico; si tratterebbe invece — solo per intendersi, userei in questa prima istanza l'espressione ' storia interna ' o addirittura ' positivistica ' (dei testi) — esclusivamente di *sapere* concretamente

(57) F. WIEACKER, *Storia*, cit., p. 245, in nt. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quali testi richiamano *quali altri e come* ovvero, anche, di prendere ' alla lettera ' la tesi del Nostro e ' vedere ' a quali conseguenze inizialmente conduce: « Con queste riserve è possibile affermare... che una parte notevole dei lavori di riforma nel settore del diritto civile e commerciale, portati avanti dalla « Accademia per il diritto tedesco » e dalle sue commissioni, grazie all'atteggiamento obbiettivo tenuto da teorici e pratici in esse impegnati, hanno condotto a risultati positivi ed utili — per quanto imbarazzanti possano essere a volte per il lettore odierno adattamenti tattici o ingenui alla terminologia e all'ideologia nazionalsocialiste » ([58]). Allora, anzitutto — lasciar esistere questo ' ipotetico ' (ancora da costruire) lettore odierno, e ... lasciarlo leggere.

Se la nostra intuizione è corretta — e la qualità e talora la tenuta tecnico-giuridica che i contributi mostr(er)an(n)o ancora in gran parte a tale lettura, parrebbe confermarlo — e se, quindi, è possibile adesso una analisi *diacronica* di *tutta* la produzione civilistica wieackeriana — in forza anche di quella sua tendenza dinamica interna verso un nuovo, anche se « aufgelockerten Normativsystem » — allora è da qui che bisogna ripartire.

Tuttavia — per ricordare un luogo topico della critica di Platone prima, di Artaud poi, alla scrittura come (assenza di) corpo — non posso terminare questo ricordo, concepito però piuttosto come corpo a corpo con un vivo (anche, ma soltanto anche, con la sua scrittura), se non tornando alle parole vive e personali dell'inizio e riprendendo in mano le ultime righe di quella sua lettera. Sono parole su delle parole e sulla passione che le parole possono suscitare. Gliele affido di nuovo come lieve saluto.

« Einer zu grossen Neigung zur barocken, allzu nuancierten Wahle der Wörter, zu einem gesuchten Stil (ricercato) bin ich mir für meine Persona, in meiner eigenen Sprache bewusst; sie erschwert übrigens dem Ausländer die Lektüre meiner Sachen. Aber sie beruht gewiss nicht auf Affektiertheit oder Snobismus, sondern auf dem Streben nach der genauen, treffenden Nuance, auch den sfumature — und ich denke, in jeder Sprache wird ein sensibler Intellektueller nicht anders empfinden und in die gleiche Versuchung kommen ».

([58]) *Ibidem*, p. 244, in nt. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

PATRICK NERHOT, *La verité en histoire et le metier d'historien - Réflexions à partir de 'La France des lumières', Daniel Roche, Fayard, 1993* 11

LA DIMENSIONE GIURIDICA

MICHAEL STOLLEIS, *La réception de Bodin en Allemagne* 141

VICTOR TAU ANZOATEGUI, *Fragmento de una cultura jurídica desaparecida - Un manuscrito del español Vidania sobre derecho natural* (1712) 157

CARLOS PETIT, *La prensa en la Universidad: Rafael Ureña y la 'Revista de ciencias jurìdicas y sociales' (1918-1936)* 199

JOSE M. PORTILLO, *La historia del primer constitucionalismo español. Proyecto de investigaciòn* 303

LETTURE

J. BARRIENTOS - GRANDON, *La cultura jurídica en la Nueva España* (J. L. Soberanes Fernández) 377

G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952* (P. Barile) 378

V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf* (M. Bazzoli) 382

J. HELLNER, *Rättsteori. En Introduktion* (C. Peterson) 388

B. LEONI, *La libertà e la legge* (D. Zolo) 394

M. MARTINEZ NEIRA, *Una Reforma ilustrada para Madrid*; ID., *Revoluciòn y fiscalidad municipal* (S. Mannoni) 398

L. MOSCATI, *In materia d'acque. Tra diritto comune e codificazione albertina* (M. Caravale) 401

Privatrecht und Iherings evolutionäres Rechtsdenken (A. Mazzacane) 405

F. C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842* (P. Caroni) 410

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A PROPOSITO DI ...

BARTOLOME CLAVERO, *Tutela administrativa o dialogos con Tocqueville (a propòsito de 'Une et indivisible' de Mannoni, 'Sovrano tutore' de Mannori, y un curso mìo)* 417

PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)* 469

PAOLO GROSSI, *Omaggio a un 'classico' della didattica giuridica universitaria (a proposito della trentesimasesta edizione delle 'Istituzioni di diritto civile' di Alberto Trabucchi)* 477

LUCA MANNORI, *Genesi dello Stato e storia giuridica (a proposito di 'Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna').* 485

JOAQUIN VARELA SUANZES, *Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal (a propòsito del libro de* R. L. BLANCO VALDES, *El valòr de la Constituciòn)* . . 507

RAGGUAGLI FIORENTINI

ATTIVITA DEL 'CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO' 1994-95 527

Per Franz Wieacker

JOACHIM RUCKERT, *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen - Franz Wieacker zum Gedächtnis* 531

ALDO MAZZACANE, *I tempi della 'Privatrechtsgeschichte'* 563

UMBERTO SANTARELLI, *Un romanista 'pellegrino' - Franz Wieacker e la sua 'Privatrechtsgeschichte'* 577

ALDO SCHIAVONE, *Il testo e la storia* 587

PAOLO CAPPELLINI, *Franz Wieacker civilista* 595

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del ventiquattresimo "Quaderno"

Patrick NERHOT
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Ferrara

Michael STOLLEIS
Ord. Professor für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte - Universität Frankfurt am Main - *Direktor* des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Victor TAU ANZOÁTEGUI
Catedrático de Historia del derecho argentino - Universidad de Buenos Aires

Carlos PETIT
Catedrático de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Barcelona

José M. PORTILLO
Titular de Historia contemporánea - Universidad del País Vasco

José L. SOBERANES FERNÁNDEZ
Director del Instituto de investigaciones jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Paolo BARILE
Prof. Emerito di Diritto costituzionale - Università di Firenze

Maurizio BAZZOLI
Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche - Università di Milano

Claes PETERSON
Ord. Professor für Rechtsgeschichte - Universität Stockholm

Danilo ZOLO
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Firenze

Stefano MANNONI
Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Mario CARAVALE
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma I

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pio CARONI
Prof. Ordinario di Storia del diritto e diritto privato svizzero - Università di Berna

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Luca MANNORI
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Firenze

Joaquín VARELA SUANZES
Catedrático de Derecho constitucional - Universidad de Oviedo

Joachim RÜCKERT
Ord. Professor für Juristische Zeitgeschichte und Zivilrecht - Universität Frankfurt am Main

Umberto SANTARELLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Aldo SCHIAVONE
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Firenze

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano