QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

25

(1996)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

(con una 'lettera aperta' al Ministro Berlinguer sulla autonomia universitaria)

I. I 'Quaderni fiorentini' compiono venticinque anni.

Nelle umane convenzioni è costume di ritenere rilevante la data d'un venticinquennio trascorso e di festeggiarla adeguatamente. Alieni da esibizioni trionfalistiche e diffidenti verso durate e scadenze formali, festeggiamo in cuor nostro una simile data, guardando alla sostanza culturale che ha ricolmato e legittimato il nostro venticinquennio, alla vita della nostra Rivista.

Di questa vita ci piace di constatare, più che l'ormai lungo distendersi nel tempo — il quale, come sanno bene i giuristi, può portare soltanto all'insoddisfacente strumento dell'usucapione —, una continua, effettiva densità culturale: la Rivista ha vissuto senza forzosi artificii, perché le esigenze che la sollecitarono nell'ormai lontano 1971 non hanno mai mancato di rigenerarsi e, quindi, di sorreggerla. Diremmo di più: è facile prevedere che si rigenereranno di continuo anche in futuro e probabilmente con maggiore intensità.

Infatti, oggi, a venticinque anni di distanza dal primo volume, una sola è la promessa per la quale si è mancato di fronte al nostro lettore: gli avevamo assicurato un'alternanza pressoché rigorosa di numeri a contenuto eterogeneo con quelli a contenuto monografico, ed è franco ammettere che, soprattutto negli ultimi anni, non l'abbiamo osservata. Preme tuttavia segnalarne il motivo: abbiamo avuto una tale offerta di collaborazione scientifica da farci optare senza perplessità per l'organizzazione di 'Quaderni' miscellanei al solo fine di non rinunciare a contributi spesso di notevolissima qualità.

Di ciò il Redattore esprime gratitudine a tutti gli insigni Autori — italiani e non — che hanno onorato i 'Quaderni' affidando al nostro foglio il frutto delle proprie fatiche scientifiche. E per ciò il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Redattore non può che esprimere un festevole sentimento di gioia guardando a ritroso la folta sequela di volumi.

Non è, però, una gioia piena, anzi venata da un motivo di schiettissima amarezza. In quest'anno 1996, e precisamente il 14 febbraio, una aberrante e nefanda mano assassina sottraeva alla comunità internazionale degli studiosi, nel colmo d'una operosità gremita di futuro e proiettata nel futuro, la personalità primeggiante di Francisco Tomás y Valiente, cattedràtico di Storia del diritto nella Università Autonoma di Madrid, nella quale era rientrato dopo una permanenza di ben dodici anni — dal 1980 al 1992 — nel *Tribunal Costitucional* del Regno di Spagna, dapprima come *Magistrado* e poi come Presidente.

A questo grande amico del Centro e dei 'Quaderni', a questo nostro Collaboratore illustre, sarà dedicata una intera sezione del prossimo volume della Rivista, con un tributo collettivo che indagherà i diversi e molteplici apporti da Lui dati nell'àmbito degli studi giuridici. In calce a questo volume il lettore troverà un mio omaggio personale alla sua memoria; mi par tuttavia doveroso che se ne parli brevemente anche nella presente 'pagina introduttiva' così come abbiam sempre fatto per i collaboratori più prestigiosi dei 'Quaderni'.

II. Tra me e Francisco Tomás y Valiente v'era un'amicizia confidente, piena, totale: il rapporto, nato sul piano della stima intellettuale e della considerazione scientifica, era spontaneamente calato sul terreno dei sentimenti profondi, quelli che si rádicano nello spirito e contribuiscono ad affinarlo. Non però del mio amico Francisco, dell'uomo Tomás, parlerò; non posso e non debbo. Anche se Lui non è più tra i vivi, questa amicizia la serberò intatta nel cuore per tutto lo svolgersi dei miei giorni terreni e la serberò gelosamente come una ricchezza segreta a cui attingere perennemente, in un colloquio che la morte non riesce a spengere ma che la dimensione meta-fisica rende ancora più intenso nel rapporto purissimo liberato dalla carnalità del tempo e dello spazio. Non posso parlarne, perché l'animo non cessa di essere turbato e il discorso sarebbe facile preda dell'emozione; non debbo, perché un'amicizia è tessuto irriferibile di intuizioni e di convinzioni che una notizia potrebbe solo immiserire.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Parlerò invece dello studioso, che fu grande e significativo, e che ha lasciato una traccia rilevante nella storiografia giuridica spagnola. Studioso, giacché — accanto alle molte e ragguardevoli funzioni pubbliche da Lui svolte con spiccata autorevolezza — egli fu e sempre restò, per tutta la sua vita, soprattutto uomo di studi; a tal punto che seppe e volle rinunciare — nel 1993 — alla onorevole proposta di ricoprire la carica di Ministro della Giustizia al solo fine di ritornare ai non dimenticati e anzi prediletti corsi universitarii.

Il suo tratto saliente — come scrivo distesamente nel saggio in fondo al volume —, quel tratto che me lo faceva amare e ammirare senza riserve, era il primato in lui dell'uomo di cultura, il primato liberante della cultura su dimensioni unilaterali e partigiane. Se pienezza culturale significa un compiuto possesso di strumenti che consentono al soggetto una indefettibile capacità critica e quindi una perfetta autonomia intellettuale, questa fu veramente sua. Incapace di restare vittima di umori, emozioni, interessi deteriori, nella sua superiorità di personaggio intellettualmente libero, fu sempre alieno da imporre suoi monologhi all'interlocutore, a qualsiasi interlocutore, e fu soprattutto uomo di dialogo. Un dialogo fatto di rispetto dell'altro, di ascolto per l'altro; atteggiamento di primazía culturale intessuto di quella umiltà per la quale si poneva allo stesso livello dell'altro, in comunione spirituale con l'altro. Amava — e faceva sua — la virtù accomunante della cultura; diffidava del vizio disgregante connesso inevitabilmente all'ideologia, ad ogni ideologia.

La sua posizione peculiare — ben espressa, somaticamente, da uno sguardo intenso e sereno — era quella dell'ascolto. Credeva nella pluralità delle verità, era convinto che esse fossero disseminate sparsamente; era convinto di essere portatore soltanto di una verità — di ciò che lui chiamava 'un fragmento de verdad' — e di doversi pertanto porre in confronto con quei frammenti che sicuramente erano nell'interlocutore e, perché no?, nell'avversario. Da qui, il suo prestigio indiscusso, al di sopra di ogni schieramento (ideologico, di scuola, di partito); da qui la singolare ricchezza del suo messaggio intellettuale, con una varia tastiera di competenze ma soprattutto una straordinaria finezza di approccio critico.

Il suo contributo alla storia del diritto si segnala per un carattere intimamente innovatore. Innanzi tutto, sul piano epistemologico. Forte di una consapevolezza acquisita meditando le più provvedute

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riflessioni metodologiche del Novecento (letture insolite in uno storico del diritto!!), munito di una visione non formalistica del diritto come dimensione d'una (e, quindi, in stretta connessione a una) civiltà storica, convinto — dopo le lezioni del materialismo storico e della scuola delle 'Annales', — che è sterile pensare a una astratta storia accadimentale ed è invece provvido percorrere i sentieri di diverse e concrete storie speciali (fra cui quella giuridica), egli riuscì con successo a mettere in luce la rilevanza di quest'ultima come bagaglio indispensabile sia per il giurista sia per il generico storico.

La storia del diritto lasciava la frustrante situazione di inutile creatura ermafrodita per divenire fondazione indispensabile del sapere giuridico e storico. Per il giurista e per lo storico veniva a costituire, anzi, una sorta di salvataggio culturale, garantendo al primo l'aggancio effettivo con quella civiltà di cui il diritto si poneva realtà speculare, al secondo la conoscenza di un assetto concreto della società rivelatore di suoi aspetti vitali. Lo storico del diritto, nell'ottica di Tomás, lasciava la psicologia frustrante di giurista mancato, di storico incompiuto, per acquisire una coscienza nuova del suo ruolo proprio sul piano epistemologico. In particolare per quanto attiene agli studi giuridici, veniva a costituire una vera e propria disciplina centrale — al centro cioè d'una Facoltà di Giurisprudenza — come quella che dà la coscienza critica di radici, itinerari, direzioni, miserie del diritto vigente (punto minimo — quest'ultimo — d'una lunga linea ininterrotta); che, più d'ogni altra, dà al giurista il senso dell'unità dell'esperienza giuridica, troppo spesso frastagliata dal cultore del diritto positivo a seconda delle sue competenze specifiche.

Su di un terreno più propriamente legato alla situazione spagnola, v'è stata grazie a Tomás una innovazione profonda: facendo spicco su una storiografia tradizionalmente legata a indagini sulla civiltà giuridica medievale e addirittura proto-medievale, egli indicò per primo il territorio del 'moderno' come spazio privilegiato per le analisi dello storico-giurista, avviando lui stesso (insieme a un nutrito numero di allievi) ricerche ampie e complesse, che, soprattutto dopo la sua lunga vicenda di *magistrado constitucional*, si sono spinte sempre più avanti nel tempo fino alla piena età contemporanea dove passato e presente si fondono. Temi prediletti: gli assetti istituzionali

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'antico regime (assumendo come istituto chiave la 'venta de oficios públicos'), il rapporto fra potere politico e governo della cosa economica (con uno sguardo costante al rivelatore istituto della 'desamortización', da Carlo III in poi strumento prezioso di intervento della monarchia assoluta), il diritto e il processo penali (con una attenzione vigile alla tortura come mezzo di prova processuale).

Come risulta dalla sua ricchissima bibliografia (1), si tratta di un complesso imponente di monografie e di saggi (grandi e piccoli) che forniscono un contributo cospicuo alla migliore conoscenza della storia del diritto spagnolo moderno. È da segnalare infine, come tratto tipizzante dello studioso, la sua crescente attenzione per la storia costituzionale spagnola e la storia del costituzionalismo europeo, con un progetto — ohimè! tragicamente interrotto — di redazione di uno specifico 'Manual' e di creazione di uno specifico 'corso' in seno alla Università Autonoma di Madrid.

Di fronte a questo progetto interrotto, di fronte a questa vita innaturalmente troncata, tutta la redazione dei 'Quaderni fiorentini' si raccoglie commossa e con dolore nel ricordo del grande amico scomparso.

III. Ma la vita continua, e impone che la si guardi attentamente in tutto il suo svolgersi di fatti grandi e piccoli, di vicende durevoli ed episodiche. Né possiamo esímercene rifugiandoci con sufficienza nella cittadella sicura della nostra serena riflessione scientifica, giacché non poche volte la sicurezza di quella cittadella e la serenità di quella riflessione sono state messe a repentaglio — quando non violate e distrutte — da scelte insipienti dei detentori di pubblici poteri e dai condizionamenti che su di esse si proiettavano dall'esterno. È il motivo per il quale, nella precedente 'pagina introduttiva', ritenni di occuparmi delle cure (chiamiamole così!!) del legislatore nazionale verso gli assetti didattici della Università italiana, ed è il motivo per il quale ritorno oggi sui rapporti fra pubblici poteri ed Università redigendo una sorta di breve ma

(1) Che si può contemplare in tutta la sua ricchezza in calce al volume di Bartolomé CLAVERO, *Tomás y Valiente - Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996, (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 47), p. 361 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

serrata 'lettera aperta' al Ministro della pubblica istruzione e della ricerca scientifica Luigi Berlinguer.

Il Redattore dei 'Quaderni' non ha mai approvato il malvezzo dei tanti grafòmani che, in Italia, imperversano quotidianamente con lettere a pubbliche autorità o a direttori di giornali. Se oggi anch'egli vi si adegua, non è per conformismo ma perché ritiene di dover gridare sui tetti una verità sgradita in un momento folto di scelte fondamentali e greve, pertanto, di conseguenze rilevantissime per il futuro dell'Università italiana. Forse questa 'pagina introduttiva', scritta a metà settembre 1996, vedrà la luce quando Governo e Parlamento avranno già, bene o male, provveduto, ma è, in ogni caso, giusto che il disagio dell'Università prenda forma e diventi voce e scrittura e rampogna contro inadempimenti e guastazioni accumulatisi per tanti anni fino ad oggi.

La verità sgradita, quella che i nostri politici non vorrebbero udire, concerne l'autonomia dell'Università, o, per meglio dire, la natura e qualità di una siffatta autonomia. Che quest'ultima parola ricorra spesso in recenti provvedimenti legislativi, che di essa parli e scriva a scialo lo stesso Ministro Berlinguer, è un fatto indiscutibile. Ma non è di esercitazioni nominalistiche né di concessioni graziose (cioè *ex gratia Principis*) che l'Università può contentarsi. La verità che va urlata è che l'autonomia universitaria ha una natura costituzionale, si rádica e si fonda nella Costituzione del 1948. Si dirà: ma mette veramente conto di scrivere questo con tanta enfasi nella nota prefazionale d'una Rivista scientifica, quando ciascun cittadino può leggerla segnata limpidamente (anche se con dizione infelice) nell'art. 33 della carta costituzionale?

Ce n'è bisogno, e molto, perché quella autonomia, più che segnata, è sepolta nelle pieghe della carta del '48 e, se viene riesumata di tanto in tanto, lo è su un piano puramente nominale e senza trarne le debite conseguenze. La verità che va urlata è che la nostra autonomia, se è costituzionale, non trae la sua origine e legittimazione da una volontà del Parlamento o dalla lungimiranza di un Ministro, ma da un supremo atto potestativo del popolo sovrano; la nostra, in altre parole, è una autonomia che alligna nel profondo della società civile, ben più in là e al di sopra di quella cristallizzazione della società che è lo Stato; appartiene cioè al ristretto novero di quei valori che il popolo sovrano, per il tramite dei costituenti, ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posto come direttiva e limite ai poteri dello Stato. Né si tratta di una proposizione unicamente teorica.

Mi spiego. Fino ad oggi, il volto di questa autonomia trovava il suo disegno in atti legislativi ed amministrativi. Erano i poteri legislativo ed esecutivo che si assumevano il compito di fissarne i contenuti, strumentalizzando il più delle volte l'oggetto della loro attenzione e prescindendo troppo spesso da un atteggiamento serenamente culturale. Ciò, più che attuazione della nostra autonomia costituzionale, ha significato violazione di questa.

Autonomia, infatti, implica innanzi tutto autogoverno, possibilità e capacità di autogoverno. Il cómpito dei poteri legislativo ed esecutivo deve restringersi a mettere in grado l'Università di autogovernarsi, di esprimere dal suo seno un organo che, senza le pesanti interferenze ministeriali che si sono verificate in questi ultimi decenni, governi il complesso e peculiarissimo mondo universitario. L'accostamento che viene subito alla mente è a quanto avviene per l'ordine giudiziario mediante il 'Consiglio superiore della magistratura'. Fino ad oggi, invece, la via percorsa aveva ed ha una direzione esattamente opposta.

Si dirà: e il 'Consiglio universitario nazionale', che non è organo di fascista memoria ma nato abbastanza recentemente, trenta anni dopo la Costituzione? Io ebbi l'onore di far parte, come membro elettivo, della prima e della seconda tornata del Consiglio, e ricordo ancora l'esigenza — che affiorava in giovani e bollenti consiglieri — di vedere nel CUN un organo di autogoverno universitario; e ricordo che noi del Comitato giuridico fummo incaricati dalla Presidenza di disegnarne, sulla scorta dei testi normativi, una veritiera fisionomia istituzionale. Ricordo anche il risultato delle nostre indagini: il CUN era sostanzialmente restato un organo di consulenza del Ministro (suo presidente formale ieri come oggi), era — né più né meno — l'erede del vecchio 'Consiglio superiore della pubblica istruzione'.

Il salto di qualità — più che auspicabile, doveroso, dopo il chiaro dettato costituzionale — non c'era assolutamente stato. Io parlo degli anni subito dopo il 1979, ma la situazione è a tutt'oggi immutata, e — anzi — si sente nell'aria ventilare propositi di ridurre ancor più lo spazio di azione del Consiglio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al Ministro Berlinguer — che è docente universitario, che è stato per anni Rettore di un Ateneo — io vorrei semplicemente domandare: quando giungerà l'ora di tradurre in realtà l'art. 33 della Costituzione del '48? Ma tradurlo effettivamente; non concedendo schegge di autonomia finanziaria e didattica ai singoli atenei, ma mettendo in grado la grande realtà dell'Università italiana di autogovernarsi. Certo, il Ministro dovrà spogliarsi di parecchi suoi gelosi poteri (per esempio, il bando di concorsi per il personale docente, fino ad oggi formidabile strumento nelle sue mani), ma sarà il solo modo per essere coerenti con la volontà del costituente italiano, sarà il solo modo per rendere l'Università italiana effettivamente e non nominalmente autonoma.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHAEL STOLLEIS

DE REGNO RECTE INSTITUENDO ET ADMINISTRANDO
Eine unbekannte Disputation von Johannes Althusius (*)

In den letzten Jahren ist die Erforschung der rechtswissenschaftlichen Dissertationen und Disputationen der frühen Neuzeit in erfreulicher Weise vorangekommen (1). Besondere Verdienste haben dabei Karl Mommsen und Werner Kundert (2), Filippo Ranieri (3), Robert Feenstra und Margreet Ahsmann erworben (4).

(*) Überarbeitete Fassung eines Beitrags in: Wolfenbütteler Beiträge, Bd. 7, hrsgg. v. PAUL RAABE, Frankfurt, 1987, 167-173.

(1) E. HORN, *Die Disputationen und Promotionen an den deutschen Universitäten vornehmlich seit dem 16. Jahrhundert*, 1893; *ders. Kolleg und Honorar*, in *Ein: Beitrag zur Verfassungsgeschichte der deutschen Universitäten*, München 1897; G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Untersuchungen zur Autorschaft von Disputationen im Zeitalter der Aufklärung,* 1970 (Sächs. Akademie d. Wiss. Phil. Hist. Kl. Bd. 114); W. ALLWEIS, *Von der Disputation zur Dissertation. Das Promotionswesen in Deutschland vom Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert*, in: R. JUNG-P. KAEGBEIN (Hrsg.), *Dissertationen in Wissenschaft und Bibliotheken*, 1979.

(2) K. MOMMSEN, *Auf dem Weg zur Staatssouveränität. Staatliche Grundbegriffe in Basler juristischen Doktordisputationen des 17. und 18. Jahrhunderts*, Bern 1970; *ders*. Katalog der Basler juristischen Disputationen 1558-1818. Aus dem Nachl. hrsgg. v. W. KUNDERT (Ius Commune Sonderh. 9), 1978; W. KUNDERT, *Katalog der Helmstedter juristischen Disputationen, Programme und Reden*, 1574-1810, 1984.

(3) F. RANIERI, *Juristische Universitätsdisputationen im 17*. und 18. *Jahrhundert.* Zur Analyse des deutschen Autoren- und Händlermarktes, in: E. V. HEYEN (Hrsg.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, 1986; *ders*. (Hrsg.), Juristische Dissertationen deutscher Universitäten 17.- 18. Jahrhundert, 2 Bde, 1986 (hierzu krit. M. AHSMANN, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis LV* (1987) 412-421).

(4) M. AHSMANN, *Collegia en Colleges. Juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit* 1575-1630 in het bijzonder het disputeren, Groningen 1990; M. AHSMANN-R. FEENSTRA, *Bibliografie van hoogleraren in de Rechten aan de Leids Universiteit tot 1811*, Amsterdam - Oxford - New York 1984; R. FEENSTRA, *De Franeker juridische faculteit in nationaal en internationaal perspectief*, in: G. TH. JENSMA (Hrsg.), Universiteit te

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letztere hat in einer kleinen Studie von 1993 gezeigt, wie solche Disputationen an niederländischen und deutschen Universitäten abliefen (5).

Angesichts der Massenhaftigkeit des Materials, von der die bisher in Frankfurt publizierten vier Bände eines Repertoriums einen Begriff geben (6), muß man annehmen, daß bisher nur Teile bekannt und von diesen wiederum nur Bruchteile wirklich bearbeitet sind. Viele Dissertationen — auch von berühmten Verfassern, schlummern also in Universitätsbibliotheken oder Antiquariaten. Es war deshalb keine Sensation, aber doch ein erfreulicher Fund, daß 1986 bei der systematischen Suche nach Disputationen « ex iure publico » im alten handschriftlichen Katalog der Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel eine Disputation unter dem Namen Hugo Pelletarius auftauchte, die sich bei genauerer Betrachtung als eine Arbeit von Johannes Althusius identifizieren ließ.

Die 1973 erschienene Althusius-Bibliographie verzeichnet in Bd. I (Nr. 1-54) die Werke von Johannes Althusius (1557-1638) (7). Darunter findet sich eine Gruppe von Dissertationen und kleineren Schriften (Nr. 34-53), die ihre Entstehung durchweg der Lehrtätigkeit von Althusius an der Hohen Schule in Herborn verdankt. Für die achtzehn Jahre (1586-1604), die er dort gelehrt hat, sind vierzehn Disputationen unter seinem Vorsitz nicht viel, auch wenn Herborn zu den kleinen Hochschulen zählte (8). Die zeitweise

---

Franeker 1585-1811, Bijdragen tot de geschiedenis van de Friese Hogeschool, Leeuwarden 1985.

(5) M. AHSMANN, *Teaching in collegia: the organization of disputationes at Universities in the Netherlands and in Germany during the 16th and 17th centuries*, in: Università in Europa. Atti del Convegno Internazionale di Studi Milazzo 28 Settembre-2 Ottobre 1993, a cura di A. ROMANO, 1995, 99-114.

(6) F. RANIERI (Hrsg.), *Repertorium der Juristen im Alten Reich*, Buchstaben A, C, D und E, Frankfurt 1987-1991. Der Buchstabe B ist inzwischen vervollständigt. Eine in Kürze erscheinende CD-ROM wird das gesamte bisher erschlossene Material erfassen.

(7) Althusius-Bibliographie, hg. v. H.U. SCUPIN-U. SCHEUNER, bearb. v. D. WYDUCKEL, 2 Bde, Berlin 1973, 1-9.

(8) H. GRÜN, *Politische Diskussionen an der Hohen Schule Herborn während ihrer Blütezeit*, in: Jahrb. d. Hess. kirchengesch. Vereinigung (Festschr. L. CLEMM) 14 (1963) 261-277. Umfassend nunmehr G. MENK, *Die Hohe Schule Herborn in ihrer Frühzeit*, 1584-1660, Wiesbaden 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Verlegung der Hochschule nach Siegen sowie Althusius' kurze Lehrtätigkeit in Burgsteinfurt mochten hier zu Unterbrechungen geführt haben. Dennoch bleibt die Zahl der Studenten, die bei ihm ihre Disputation absolvierten, auffällig gering (9). Die Vermutung liegt deshalb nahe, einige Arbeiten könnten verschollen sein. Dies umso mehr, als damals die Publikation eines groβen Werkes häufig durch eine Reihe von Disputationen vorbereitet wurde.

Die genannte Disputation war unter dem Namen des Respondenten verborgen: « *Disputatio Politica de Regno recte instituendo et administrando* » (10), 75 teilweise kommentierte Thesen, die von dem Studenten Hugo Pelletarius (Peltzer, Pelser) aus Aachen 1602 verteidigt werden sollten. Die Thesen sind ohne Monats-und Tagesangabe bei Christoph Corvinus gedruckt, jenem Drucker, der ein Jahr später auch die Erstausgabe der *Politica* herausbrachte (11).

Pelletarius war 1596 in das Herborner Pädagogicum aufgenommen worden und wechselte 1601 auf die Hohe Schule. Nach Abschluβ seines Studiums wurde er Rat beim Herzog von Kleve (12). Sein Vater gleichen Namens war Syndicus der Stadt Hanau unter dem Landesherrn Graf Philipp-Ludwig von Hanau und Rineck (13). Ihnen beiden, sowie den Hanauer « consules », also

---

(9) G. Zedler-H. Sommer (Hg.), *Die Matrikel der Hohen Schule und des Paedagogicums zu Herborn*, Wiesbaden 1908, 711 (Verzeichnis der Respondenten, nicht vollständig). Vgl. dazu den wichtigen Hinweis von G. Menk, Nass. Annalen 86 (1975) 288: « Dies dürften jedoch bei weitem noch nicht alle bei Althusius disputierten und auch gedruckten Dissertationen sein ».

(10) Sign. 83.5 Jur. 4.

(11) H. Schlosser, *Der Herborner Buchdruck und die Geschichte der Wissenschaften*, in: Nass. Heimatbl. 23 (1922) 10-17; G. Richter, *Theophil Caesar. Drucker am Gymnasium illustre Arnoldinum zu (Burg-) Steinfurt*, Nieuwkoop 1967; G. Menk (Anm. 8), 160-163.

(12) Aus dieser Zeit H. Pelletarius, *Miscellanea schemata de variis materiis iuris civilis*, Frankfurt 1613.

(13) Hugo Pelletarius d.Ä., geb. um 1557 in Aachen, gest. im September 1627 in Hanau. Er war 1600-1625 Stadtsyndikus der Neustadt Hanau. Ein Porträt in E.J. Zimmermann, *Hanau Stadt und Land*, 2.Aufl. Hanau 1919 (Neudruck 1978). Zu ihm H. Bott, *Gründung und Anfänge der Neustadt Hanau 1596-1620*, Bd.1 (1970), Bd.2 (1971). Für liebenswürdige Auskünfte danke ich Monika Rademacher (Stadtarchiv Hanau) und Dr. Reinhard Dietrich (Hanau).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wohl den Kollegen des Vaters, ist die Disputation gewidmet. Ein lateinisches Gedicht eines Theologiestudenten beschließt das Ganze.

Die 75 Thesen verdienen deshalb Beachtung, weil sie zwei in der Althusius-Forschung immer wieder erörterte zentrale Fragen der *Politica* vor deren Erscheinen behandeln: die Vertragslehre (I) und das Widerstandsrecht gegen eine tyrannische Obrigkeit (II). Zu beiden Fragen entwickelte Althusius eine « ebenso originelle wie gedanken-und themenreiche Konzeption » (H. Dreitzel), die Widerspruch erregte und sowohl seine Abweisung in der lutherischen und katholischen Staatstheorie des 17. Jahrhunderts wie seinen späten Ruhm seit der « Wiederentdeckung » durch Otto von Gierke (1880) begründete (14).

I. Die Argumentation der Thesen folgt dem von Pierre Ramée (1515-1572) in seiner « Dialectique » von 1555 eingeführten und von Althusius uneingeschränkt akzeptierten dichotomischen Verfahren (15). Nach dem aristotelischen Auftakt, der Mensch sei ein politisches Wesen, ein « animal politicum », das wegen seiner Natur nach Gemeinschaft strebe, wird die Entstehung von Ehen, Familien, Gruppen und größeren Einheiten, die sich schließlich zum Gemeinwesen zusammenschließen, angedeutet. Der Zusammenschluß jener Einheiten wird durch ein ausdrückliches oder stillschweigendes « vinculum communionis » gebildet (Th. 1-5). Diesem Gemeinwesen liegt ein Vertrag zugrunde — genauer: drei miteinander verbundene, parallele Verträge. Zunächst ein Vertrag zwischen den einzelnen Gliedern, die hier « cives », « membra », « indigenae », « regnicolae » oder « filii regni » genannt werden. Durch diesen Vertrag wird die für alle notwendige Existenzbasis, vor allem der gemeinsame Rechtsboden geschaffen. Letzterer besteht aus den « Jura regni », die sich wiederum aufteilen in die « Grundgesetze » (leges fundamentales), die nur im Einvernehmen

(14) P.J. WINTERS, *Johannes Althusius*, in: M. STOLLEIS (Hrsg.), *Staatsdenker in der frühen Neuzeit*, 3.Aufl. München 1995, 29-51.

(15) W.J. ONG, *Ramus. Method, and the Decay of Dialogue. From the Art of Discourse of the Art of Reason*, Cambridge (Mass.) 1958; E. SELLBERG, *Filosofin och nyttan, I: Petrus Ramus och ramismen, Göteborg 1979; N. BRUYE'RE, Methode et dialectique dans l'oeuvre de la Rameé*, Paris 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aller errichtet und geändert werden können (16), sowie in die « Majestätsrechte » (jura majestatis), die den Kern souveräner Herrschaft ausmachen. Bodin, der allein sechsmal zitiert wird, ist verarbeitet (17). Althusius nennt in den Thesen 17-27 sechs Majestätsrechte (Gesetzgebung, Landeshoheit, Kriegs-und Friedenshoheit, Steuerhoheit, Personalhoheit, Strafhoheit), wobei die Landeshoheit, das « jus territorii », ihrerseits noch einmal in einzelne Positionen aufgefächert wird (Th. 19-23). Althusius zählt hierzu Recht und Pflicht der Obrigkeit, die öffentliche Sicherheit und sicheres Geleit aufrecht zu erhalten, weiter das Recht der Aufsicht über die Religionsausübung und das Recht, ein Konzil einzuberufen, Universitäten zu gründen, Handel und Wandel zu regulieren sowie Geld zu prägen.

Dem Grundvertrag folgt der darauf aufbauende Vertrag zur Einsetzung der Obrigkeit, also der Vertrag « inter populum universum & magistratum illius summum » (Th. 28-44). Er wird nicht vom Volk direkt, sondern von dessen Repräsentanten mit der Obrigkeit geschlossen (18). Diese Repräsentanten « schaffen » die Obrigkeit durch Wahl und Einsetzung, sie verpflichten sie bei der Wahl durch Eid auf den Vertragsinhalt und sie vollziehen die Inauguration. Das Volk seinerseits verspricht Treue und Gehorsam, freilich unter dem Vorbehalt, daβ die Herrschaft vertragsgetreu ausgeübt werde (Th.44).

Neben diesem Vertrag steht ein dritter, für das reformierte Staatsdenken typischer Vertrag, der Bund Gottes mit dem erwähl-

---

(16) H. MOHNHAUPT, *Die Lehre von der « Lex Fundamentalis » und die Hausgesetzgebung der europäischen Dynastien*, in: J. KUNISCH (Hg.), *Der dynastische Fürstenstaat*, Berlin 1982, 3 ff.; M. STOLLEIS, *Condere leges et interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung im 17. Jahrhundert*, in: ders. *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, Frankfurt 1990.

(17) H.U. SCUPIN, *Der Begriff der Souveränität bei J. Althusius und Jean Bodin*, in, Der Staat 4 (1965) 1-26. — Daβ *Bodin* von *Althusius* nur « in erstaunlich geringem Umfang » verwendet worden sei (H. DREITZEL, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat*, Wiesbaden 1970, 146), bestätigt sich hier nicht.

(18) Zu der von *Althusius* vertretenen Repräsentationslehre *Winters* (Anm.14), 42 ff. sowie vor allem H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis zum 19. Jh.*, Berlin 1974, 355-374.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ten Volk (19). « Vertragsschließender » ist auf der einen Seite Gott, auf der anderen das durch seine Repräsentanten handelnde Volk und die Obrigkeit, beide gemeinsam für die Vertragserfüllung haftend. Volk und Obrigkeit versprechen Unterwerfung unter Gottes Willen, rechten Gottesdienst und Frömmigkeit, kurz die Annahme der Rolle als « Volk Gottes » (Th. 47). Gott seinerseits verspricht, sich dem gehorsamen Volk gnädig zu erweisen, das ungehorsame Volk aber streng zu bestrafen.

Bei Althusius wird das Volk, das seiner weltlichen und geistlichen Obrigkeit gegenübersteht, durch herausgehobene Vertrauenspersonen, die Ephoren oder Optimaten, handlungsfähig gemacht. Die Ephoren bilden ein Element der Machtbalance gegenüber der Obrigkeit (20), aber auch der Kontinuität der Staatsführung. Als Einzelpersonen, so Althusius, sind sie der Obrigkeit unterworfen, als Kollegium jedoch ihr übergeordnet; denn sie waren früher als die Obrigkeit, ebenso wie das Prinzip der Volkssouveränität als Rechtsgrund allem obrigkeitlichen (abgeleiteten) Herrschaftsrecht vorgelagert ist. Anders als später bei Hobbes, der die Volkssouveränität im Unterwerfungsvertrag ohne Rest auflöst und zum Verschwinden bringt, um ihre revolutionäre Zurückrufung zu verhindern, ist sie bei Althusius nicht nur gedanklich, sondern auch institutionell durch die Ephoren präsent. Obrigkeit und Ephoren stehen sich folglich in einem Balanceverhältnis gegenüber, zumal wenn die Ephoren in Art eines « Oberhauses » die Obrigkeit bei ihrer Amtsführung beobachten und maßregeln und dabei das Recht haben sollen, in « schwierigen Angelegenheiten » ein Veto einzulegen. « Sine horum consilio », heißt es, « in arduis negotiis ad summam Reipubl. pertinentibus magistratui nihil decernendum vel agendum » (Th. 53).

II. Der zweite Hauptteil der Schrift (Th. 57-75) begründet und begrenzt das Widerstandsrecht gegen die ungerechte Obrig-

(19) G. OESTREICH, *Die Idee des religiösen Bundes und die Lehre vom Staatsvertrag*, in: *ders. Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlin 1969, 157 ff.

(20) WINTERS (Anm. 14), 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

keit [21]. Ungerecht wird sie, wenn sie die vertraglich fixierten Schranken überschreitet. Dann ist sie, obwohl einst im legitimen Verfahren eingesetzt, « tyrannisch » geworden. Erst recht gilt als Tyrann, wer — ohne jemals rechtmäßige Obrigkeit gewesen zu sein — von außen in das Gemeinwesen einbricht und dort Leben, Güter und Rechte der Bürger bedroht. Er darf als öffentlicher Feind bekämpft werden; Rechtsbeziehungen bestehen zu ihm nicht.

Die zentralen Fragen stellen sich dagegen bei dem Tyrannen, der den obrigkeitlichen Rechtstitel formal noch innehat, sich aber in Worten und Taten nicht mehr als gerechte Obrigkeit erweist, sei es in weltlichen, sei es in geistlichen Sachen. Althusius schränkt hier das Widerstandsrecht dreifach ein. Es soll nur gegeben sein, wenn der Rechtsbruch offenbar ist und vor aller Augen liegt, weil anders nicht über Abwehrmaßnahmen beraten und beschlossen werden kann (a). Zweitens muß die Obrigkeit vor jedem Einschreiten von ihrem Tun abgemahnt werden (b), so daß das Widerstandsrecht erst dann gegeben ist, wenn die Obrigkeit trotz der Mahnung auf ihrem Standpunkt besteht. Drittens gibt es eine Rangfolge der einzusetzenden Mittel. Erst wenn alle anderen Möglichkeiten zur Bewältigung der Krise ausgeschöpft sind, darf das Widerstandsrecht einsetzen. Würde man es früher zulassen, sagt Althusius, dann wäre das Heilmittel schlimmer als die Krankheit. Andererseits darf aber nicht zu lange gezögert werden; denn die Übel haben es an sich, daß sie wachsen und dann immer größere Abwehrkräfte verbrauchen (Th. 66). Schließlich müssen die von den Ephoren eingesetzten Abwehrmittel gegen die tyrannische Obrigkeit auf einer Skala, die vom schlichten Wort bis zum letzten Mittel der Tötung reicht, der jeweiligen Verletzungshandlung angepaßt werden. Damit gilt gewissermaßen ein Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Lösung von Staatskrisen. Solange die milderen Mittel ausreichen, dürfen die schärferen nicht verwendet werden.

Die Rechtfertigung des auf diese Weise eingegrenzten und in vorsichtige Balance mit den Herrschaftsrechten der Obrigkeit gebrachten Widerstandsrechts nimmt die restlichen Thesen (69-74) in Anspruch. Fünf Rechtfertigungsgründe werden angeführt: Die bei

---

[21] CH. LINK, *Jus resistendi*, in: SCHEUERMANN-WEILER-WINKLER (Hg.), *Convivium utriusque iuris*, Festschr. A. Dordett, Wien 1976, 55 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vertragsschluß eingebrachte Bedingung gerechter Herrschaft ist weggefallen (1), einer ungerechten Herrschaft zu gehorchen, ist selbst unrechtes Tun (2), unrecht zu herrschen, ist eine Verletzung des mit Gott geschlossenen Vertrages (3), der Herrschaftsvertrag gibt ein Recht zur Schadensabwehr wie jeder zivilrechtliche Vertrag (4) und der Herrscher fällt durch unrechte Handlungen ipso iure zurück auf die Stufe des Privatmanns, gegen den man sich wehren darf (5).

Die wichtigste Einschränkung des Widerstandsrechts wird allerdings erst am Ende deutlich, wenn sie sich auch als konsequente Fortsetzung der Repräsentationslehre darstellt: den Untertanen kommt wie in der lutherischen Staatslehre kein Widerstandsrecht zu, sie müssen vielmehr still halten und das Joch des Tyrannen tragen. Seinem Dienst können sie sich zwar entziehen und sich weigern, Gottes Gebot zu verletzen. Im übrigen bleibt aber nur das Recht zur Flucht, gewöhnlich etwas moderater « ius emigrandi » genannt. Die Verantwortung liegt also bei den Ephoren. Sie haben die Vertragsverletzung festzustellen, haben gegen die tyrannische Obrigkeit einzuschreiten, notfalls durch Anwerbung eines Heeres und durch Suche nach Verbündeten. Auf ihnen ruht die theoretische Konstruktion.

Die eigentliche Schwäche des von Althusius vertretenen Repräsentations-, Vertrags-und Widerstandsmodells liegt denn auch nicht, wie vom 17. Jahrhundert an gesagt wurde, in ihrem revolutionären, die Kräfte der Volkssouveränität entfesselnden Charakter. Dazu ist sie, ganz im Gegenteil, viel zu miβtrauisch gegenüber dem Volk, dazu sind die Kautelen gegen eine ungeordnete Absetzung der Obrigkeit zu stark. Der theoretisch schwache Punkt ist vielmehr die « recta institutio ephorum ». Sie bleibt weitgehend ungeklärt. Ein Gegengewicht gegen die Machtstellung der Ephoren gibt es kaum, auβer daβ sie alt und angesehen, also Patrizier sein sollen. Ob die Ephoren vom Volk gewählt werden, und wenn ja, nach welchem Modus, ob sie sich selbst durch Option ergänzen, ob ihre Zahl variabel ist, ob sie ihrerseits abgesetzt werden können, dies alles wird zwar erörtert, aber nicht konsequent entschieden. Daβ auch Ephoren für die Versuchungen der Macht anfällig und « tyrannisch » werden könnten, wird nicht zum Thema gemacht. Althusius sah hierin kein Problem, weil seine Staatstheorie in einer Weise, die heute in einem säkularisierten Umfeld kaum noch verständlich zu machen ist, von theologischen Bindungen bestimmt

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wird. Sein Volk ist das alttestamentarische Gottesvolk. Die Ephoren nehmen, indem sie es repräsentieren, an dessen geistlicher Qualität teil (22). Das ihnen entgegengebrachte Vertrauen enthält mindestens auch eine religiöse Komponente und kann deshalb auch nicht in der Weise mit kritischen Maβstäben gemessen werden, wie dies bei der weltlichen Obrigkeit (summus magistratus) der Fall ist.

III. Die Thesen von 1602 und die « Politica » von 1603 weichen inhaltlich nicht voneinander ab. Die wichtigsten Parallelen zu dem hier vorgestellten kleinen Werk finden sich in den Kapiteln 1, 18-20 und 38 der « Politica », meist in wörtlicher Fassung. Insofern ist die Disputation von 1602 eindeutig eine Vor-oder Begleitstufe zum Hauptwerk, zumal angenommen werden muβ, daβ Althusius nach den damaligen Gepflogenheiten die Thesen selbst verfaβt hat, so daβ dem Kandidaten nur die Last des Vortrags und der Verteidigung in der Diskussion zukam.

Die gleiche Übereinstimmung findet man in den knappen Literaturhinweisen und kommentierenden Bemerkungen, die — unterschiedlich lang — etwa der Hälfte der Thesen angefügt sind. Althusius zitiert mit Vorliebe das Alte Testament, die antiken Klassiker (allerdings nicht Tacitus!), spanische Spätscholastiker, die Juristen Bartolus, Cujacius und Donellus, die Monarchomachen, Kommentare zur Goldenen Bulle (Sleidanus) sowie Praktiker des Reichskammergerichts (A. Gail), auβerdem die ihm nahestehenden Autoren Calvin, Danaeus, Bodin und Lipsius, am Rande auch den « Antimachiavell » von Innocent Gentillet, Vincenzo Castellano und den Polen A.F.Modrevius. An einer auf das Militär bezogenen Stelle (Th. 67) taucht neben den Autoritäten Lipsius und Heinrich von Rantzau (*Commentarius Bellicus*, 1595) sogar der verfemte Machiavelli auf, allerdings nur der Verfasser der *Discorsi*. — Auch dieser souveräne Umgang mit den Quellen, den Hugo Pelletarius nicht in einem Studienjahr erlernt haben dürfte, spricht deutlich für die Verfasserschaft von Althusius.

---

(22) Ebenso bei LAMBERTUS-DANAEUS, *Politices Christianae Libri septem*, Genf 1596, VI, 3, der die Wahl der Obrigkeit den « pii viri » anvertraut. Hierzu F. GOEDEKING, *Die « Politik » des Lambertus Danaeus, Johannes Althusius und Bartholomäus Keckermann*, theol. Diss. Heidelberg 1972.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DISPUTATIO POLITICA
De
REGNO RECTE
INSTITUENDO ET
ADMINISTRANDO:

Quam
VOLENTE DEO TRINUNO
Praeside

CLARISSIMO ET CONSULTISSIMO VIRO
DN. JOHANNE ALTHUSIO J. U. D. ET
in illustri schola Nassovica, quae est Herbornae,
Professore, praeceptore suo honorando,
publice defendere conabitur.

HUGO PELLETARIUS AQUISGRANENSIS

HERBORNAE NASSOVIORUM
Ex officina Christophori Corvini.

ANNO 1602.

(A cura di MERIO SCATTOLA)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Illustri et generoso Romani Imperii Comiti et Domino, Dn. Philippo-Ludovico Comiti in Hanaw et Rineck, etc. Domino in Mintzenberg, Domino suo clementissimo:

nec non

amplissimis, prudentissimis, omnique autoritate praestantissimis Dominis Consulibus totique Senatui novae et bene constitutae Reipublicae Hanovicae, Dominis suis submisse colendis:

et

clarissimo consultissimoque viro Dn. Hugoni Pelletario, J. U. L. ejusdem Reipublicae Syndico, patri suo omni observantiae genere colendo:

Theses hasce suas Politicas debitae observantiae ergo submisse

inscribit atque offert

H. P. Respondens.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DE REGNO RECTE INSTITUENDO ET ADMINISTRANDO DISPUTATIO POLITICA

Thesis I.

Homo est animal *a.* politicum, quod natura ad societatis studium fertur. Hoc ipsi Deus primum in prima creatione *b.* indidit, inditum postea humana necessitas et misera hominis post lapsum conditio auxit.

a. *Aristot. 1. Pol. c. 2. b.* in integritatis statu igitur etiam futura erat Respublica, *Danaeus lib. 1. polit. Christ. c. 4.*

II.

Prima hominis cum homine societas coepit a conjugio *a.*, ex quo postea ortae familiae, collegia, pagi, oppida, universitates, civitates *b.* societatem hominum constituerunt: cui societati, quem meliorem inter se et aequiorem cernebant, *c.* praefecerunt rectorem, in quem summam potestatem contulerunt, seque illi postea certis legibus et conditionibus subjecerunt *d.* Hinc ejusmodi societas dicta est Respublica.

a. *Gen. 1. v. 27. 28.; c. 2. v. 18. 22. et seqq.* b. *arg. Gen. 10. 10. in fin.; Num. 1. v. 44. 45.* c. a recta ratione igitur, non a tyrannide coepit prima hominum consociatio, et hominis in hominem imperio, *Senec. epist. 91.; Andr. Fricius lib. 1. de Repub. c. 9. in princip.; Diss. Bodin. lib. 1. de Repub. c. 6.* d. *late Covarru. pract. quaest. c. 1. nu. 2. 4.* Contraria est Anarchia, quae damnanda, *arg. Rom. 13.; Judic. 21. v. 25.; Judae 8.*

III.

Politia igitur sive Respublica est corpus constans familiis, collegiis, pagis, oppidis et civitatibus pluribus certo communionis vinculo inter se invicem colligatis et conjunctis.

IV.

Communio illa est operarum et rerum ad usum vitae humanae necessariarum ab indigenis et regnicolis collatarum participatio, *arg. Genes. c. 34. v. 9. et seqq.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V.

Vinculum communionis est tacitum vel expressum pactum, quo regnicolae se ad praestationem mutuam, seu rerum et operarum communicationem mutuam obligant *a*., quietae et tranquillae vitae degendae caussa cum omni pietate et honestate *b.*

a. *Exod. 23. v. 4. 5.; Plutarch. de civil. administr. ad Trajan.* Tunc, *ait*, Respublica est optima et felicissima, cum magistratus et cives conferunt omnia sua ad salutem Reipublicae vel commodum, neque praetermittunt quidquam, vel quenquam aspernantur, qui Reipublicae prodesse possit. Quo spectat et illud Apostoli *1. Cor. 10. v. 24.; c. 12. v. 25. 26.; Philip. 2. v. 4.* et quod dicitur *Ecclesiastis 4. v. 4. 5. 6. 7. 8. ubi Junius notat, et quod in l. servus 7. de serv. export.; l. 3. ut vim. de just. et jur.* b. *1. Tim. 2. v. 2.; Luc. 1. v. 74. 75.*

VI.

Pactum ejusmodi est duplex: Civile, vel Religiosum.

VII.

Civile est, quo se indigenae ad vitae hujus usum et consortium utilia et necessaria invicem communicanda et conferenda obligant.

VIII.

Civile hoc pactum est duplex: Primum inter singula membra totius corporis Reipublicae. Alterum inter populum universum et magistratum illius summum.

IX.

Pactum inter singula membra regni est, quo inter se singuli ad politeuma constituendum, et socialem vitam secundum easdem leges commode degendam consentiunt.

X.

Politeuma est jus civitatis seu Reipublicae omnibus civibus et membris Reipublicae commune *a.* Unde cives κοινωνητοὶ *b.*, indi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genae, regnicolae, filii regni dicuntur *c.*, quibus opponuntur extranei et peregrini *d.*

a. *arg. Gen. 34. v. 9. 10. et seqq. 21. 22. et 23.* b. *Gell. lib. 12. c. 12.* c. *Ephes. 2. v. 19.; Act. 22. v. 27. 28.; cap. 17. v. 21.* d. *Matth. 17. v. 25. 26.; Levit. 19. v. 33.; Exod. 12. v. 48.; Johan. 4. v. 9.*

XI.

Politeuma hoc consistit in κοινωνίᾳ et κοινοπραξία seu communicatione rerum, operarum, et juris ejusdem.

XII.

Res a populo universo in communionem collatae appellantur bona regni, res publicae seu populi, quae variae et diversae sunt, uti tributa, indictiones, contributiones, vectigalia, canon, stipendia, mulctae, bona caduca, vacantia, bona publicata et in fiscum redacta, res quaevis publicae aliae, *de quibus Jurisconsulti.*

XIII.

Operae et ministeria a populo collata vocantur officia et munera ad societatem hominum colendam necessaria; quae sunt honorifica vel sordida: quorum illa circa animum hominis disciplina, religione et virtutibus imbuendum versantur; haec vero circa corpus et vitam hanc sustentandam et juvandam occupantur.

XIV.

Jura regni sunt ejusdem leges fundamentales et jura majestatis.

XV.

Leges fundamentales regni sunt, quibus regnum et Respublica tanquam fundamento innititur ex consensu et communi approbatione et sanctione populi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Leges fundamentales Imperii Romani vid. in Constit. Imperii. *Sleidan. lib. 1. comment. adde Act. 22. v. 25. et seqq.* Regni Gallici sunt lex Salica et similes. Imperii Judaici leges fundamentales erant de XII. tribubus conservandis, de rege ex tribu Juda eligendo, de non alienandis bonis extra tribum, et plures aliae.

XVI.

Majestatis jura sunt, in quibus αὐτονομία, amplitudo, magnitudo et autoritas regni consistit, et sine quibus esse nequit ullum regnum.

XVII.

Ex juribus majestatis primum est potestas leges, juri tamen naturali vel legi morali non contrarias, ferendi, interpretandi et abrogandi, prout necessitas et utilitas Reipublicae exigit.

XVIII.

Secundum est jus territorii, seu jus et potestas terrendi, arcendi, vel depellendi alios ex finibus agrorum regni *a.*, vel contra alios in jus civitatis vel Reipublicae recipiendi *b.*, vocatur alias dioecesis, districtus, porta, terra Reipublicae seu regni.

a. *l. pupillus 239. §. 2. de verb. signif.; Gen. 26. v. 16. 27. et seqq.; Num. 20. v. 17. et seqq.; c. 21. v. 21. et seqq.; Deut. 2. v. 27. 28.* b. *Gen. 34. v. 21.; 1. Sam. 27. v. 6. 7.* Tales apud Judaeos fuerunt proselyti. *Sigon. lib. 1. de Repub. Hebraeor. c. 6.*

XIX.

Huc pertinet etiam jus securitatis publicae, seu salvi conductus (quem vocant) in territorio suo concedendi, et publicae securitatis praestandae *a.*, quod jus commeatus et remeatus alibi dicitur *b.*

a. *Act. 23. v. 10. 23. 24.; Gen. 12. v. ult.; c. 26. v. 11.; c. 33. v. 15.; Deut. d. c. 2. v. 27. 28.; Num. 21. v. 21. 22.; c. 20. v. 17.* b. *l. relegati 4. in fin. D. de poen.; l. si quis 16. C. de decurion.; tit. C. de commeat. lib. 12.; l. 9. C. de proxim. sacror. scrin. ubi Cujac.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XX.

Nec non jus et potestas religionis sacris literis approbatae in suo territorio promulgandae et exercendae *a.*, et concilii oecumenici seu generalis convocandi *b.*

a. *Euseb. in vit. Constant. lib. 4.; Theodor. eccles. histor. lib. 1. c. 9.; Ruffin. lib. 2. c. 1.; 2. Chron. 34. v. 8. 33.; c. 31.; 2. Reg. c. 10. per tot.; c. 18. v. 4. 5.; c. 23. v. 4. et seqq.; Jos. 22. v. 13. et seqq.; Dan. 3. v. 96. et seqq.; P. Martyr. 1. Sam. 28.; Socrat. hist. eccles. lib. 1. c. 9.* b. *1. Machab. 14. v. 44.; 2. Machab. 4. v. 21.; 2. Chron. 10. v. 1. et seqq.; Jos. 23. v. 2.; c. 24. v. 1.; Judic. 20. v. 1. 8.*

XXI.

Quo refero etiam jus fundandi aperiendique scholam in territorio suo, et habendi Synagogam, in qua bonarum artium Professores et Doctores publici docent, et brabeja et honores suis auditoribus distribuunt, insignia Magisterii, Licentiae, Doctoratus, ut vocant *a.*, item jus idiomatis et linguae cujusdam praescribendae *b.*

a. *Vid. Cujac. in l. universos 15. C. de decurion.; Petr. Greg. lib. 18. de Repub. c. 5. 6. et seq.; tot. tit. C. de dignitat.; arg. Dan. 5. v. 7. 29.* b. *P. Greg. lib. 15. de Repub. c. 3.; arg. l. decreta 48. D. de re judic.*

XXII.

Item jus commerciorum et contractuum et negotiationum publicarum, quarum usus et exercitium in territorio superioris ex ejusdem praescripto et permissione pendet.

Gen. 34. v. 21. et seqq.; c. 42. v. 34.; tit. C. de commerc. et mercat.; tit. C. de nundin. et mercat.; tit. C. de monopol.

XXIII.

Huc pertinet et jus monetae cudendae et signandae in materia electa cum certo pondere, charactere et forma publica et magistratus inscriptione, imagine, valore quoque et functione decreta et adsignata, ut hoc modo hominum commerciis et necessitati succurratur.

Pet. Gregor. lib. 36. syntagm. c. 2.; l. 1. de contrah. empt.; tit. C. de veter. num. potest.; tit. C. de pond. et aur. illat.; 1. Machab. 15. v. 6.; Matth. 22. v. 19. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XXIV.

Tertium jus majestatis est jus belli ex justa caussa indicendi et gerendi *a.*, vel pacem ineundi, et munita loca in sua potestate habendi.

a. *Judic. 11. v. 8. 10. 11. et seqq.; c. 20.; 1. Reg. 20. v. 7. 8.; Proverb. 24. v. 6. ubi Georg. Remus; l. 3. D. ad l. Jul. majest.; Novell. 85. tit. de pace tenend.; tit. C. ut arm. usus inscio.; P. Greg. lib. 11. de Rep. c. 14. et lib. 9. c. 1.; Bocer. de jur. bell. c. 4.; Geil. lib. 1. de pac. pub.*

XXV.

Quartum est jus collectas imponendi indigenis, tributa, vectigalia, contributiones, indictiones, necessitate et utilitate Reipublicae postulante, imperandi et exigendi.

Rom. 13. v. 6. 7.; Matth. 22. v. 21.; Exod. 30. v. 11. et seqq.; Pet. Greg. lib. 3. de Repub. c. 3.

XXVI.

Quintum est magistratus intermedii constituendi *a.*, et extremae provocationis *b.*

a. *P. Greg. lib. 9. de Repub. c. 1. nu. 35. et seqq.; Exod. 18. v. 21. et seqq.; Deut. 1. v. 15.* b. *Bodin. lib. 2. de Republ. c. 10.; Greg. d. loc. nu. 36. et seqq.; Deuter. d. c. 1. v. 17.; Exod. d. c. 18. v. 22. 26.; Act. 25. v. 11. 12.*

XXVII.

Sextum est jus delinquentes pro ratione maleficii commissi capitaliter puniendi, coërcendi, mulctandi vel castigandi, competens in subditorum improborum vitam, corpora, famam, vel bona.

Joh. 19. v. 10. 11.; Rom. 13. v. 4.; Dan. 2. v. 5. 12.; P. Greg. d. lib. 9. de Rep. c. 1. Jus vero intelligitur hic, non quod ex libidine et tyrannide, sed quod secundum praescripta legum usurpatur; unde Magistratus potestatem non habet impunitatem commissi criminis concedendi. *Deut. 13. v. 8.; c. 19. v. 13.; vid. Pet. Martyr. 1. Reg. 20.; Danae. lib. 6. pol. Christ. c. 3.; Diss. Bodin. 1. de Rep. c. 10.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XXVIII.

Alterum civile pactum, quod inter universum populum et magistratum intercedit, est, quo optimates et officiarii regni populum repraesentantes, Magistratum legitime constituunt, ut secundum leges regnum administret ad salutem et utilitatem subditorum, obsequium et fidem illi ideo promittentium.

1. Sam. 8. v. 4. 5.; c. 10. v. 17. 18. 19. et seqq.; Covarru. pract. quaest. c. 1. nu. 2. 3. 4.

XXIX.

De hoc pacto inter Magistratum summum et subditum populum exempla et praecepta sacra *a.* et profana exstant *b.*

a. *Deut. 17. v. 14. et seqq.; Judic. c. 8. 22. 23.; c. 9. 6.; c. 11. 2. 10. 12. 13.; 2. Sam. 5. v. 3.; 2. Reg. 11. v. 17.; 2. Chron. 23. v. 3.; 1. Chron. 11. v. 3.* b. tale pactum inter Cyrum regem et Persas intercessisse, autor est Xenophon *lib. 8. Cyripaed.* inter senatum populumque Romanum et Caesares, *Halicarnass. lib. 1. et 2.; Livius in histor. Rom.* hodie inter Electores Imperii Germanici et Caesarem. *Sleidan. lib. 1. et 2. comment.; Bulla Caroli 4.* inter status seu ordines regni Gallici, Polonici, Anglici, Scotici, Danici, Suedici, Hispanici, Aragonici, Lusitanici, Belgici, et reges illorum regnorum, ut constat ex annalibus horum populorum et regnorum.

XXX.

Obligatio ex hoc pacto duplex oritur: Magistratus scilicet, et populi.

XXXI.

Magistratus obligatio est, qua ille se populo regni administrationem offerenti per susceptionem ejusdem obligat.

XXXII.

Hujus igitur conventionis duo sunt membra: commissio scilicet regni, et ejusdem susceptio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XXXIII.

Commissio regni fit a magnatibus populum repraesentantibus et duobus actibus absolvitur: Electione scilicet, et Inauguratione.

XXXIV.

Electio est, qua Ephori seu magnates populi secundum leges et jura magistratum suo suffragio eligunt, eique regni curam et administrationem offerunt et demandant.

XXXV.

Leges et jura regni de Magistratu eligendo sunt vel a Deo lata *a.*, vel in regno, communi suffragio populi aut consuetudine et more regionis recepta *b.*

a. talis fuit lex apud Judaeos, de rege ex tribu Judae et Davidis stirpe eligendo, *Deut. 17. v. 15.; 2. Chron. 20. v. 5.* de spuriis ab omni munere publico excludendis, *Deut. 23. v. 2.; Judic. 11. v. 3. 4. et seqq. b.* ita prudenter hodie apud Germanos receptum, ne alius qui non Germanus eligatur Imperator. *Bulla Caroli 4.; Sleidan. lib. 1. comment. sub anno 1519.* Quorundam populorum leges et statuta sunt de rege eligendo ex praedecessoris heredibus et familia mascula, vel qualicunque, qui ex jure successionis rex sit: vel ex quibusvis aliis idoneis et probatis, vel ex sortitione ex pluribus certis, uno vel pluribus eligendo. Hic quaeritur, an recte foeminae quandoque regni fiant capaces? Affirmatur. Non enim pugnat γυναικοκρατία cum verbo Dei vel recta ratione. *Judic. 4. v. 4. et seqq.; Danae. lib. 6. pol. Christ. c. 3.; Lips. lib. 2. pol. c. 3.; P. Greg. lib. 7. de Repub. c. 11. prolixe in utramque partem disputat; Diss. Bodin. lib. 6. de Repub. c. 5.; And. Fricius lib. 1. de Republ. c. 21.; Casus et alii.*

XXXVI.

Porro ex demandata regni administratione, Magistratus electus et inauguratus fit jurium, negotiorum et bonorum regni sive populi nudus administrator et dispensator ex mandato populi generali constitutus, et personarum et rerum suorum subditorum defensor et protector. Cujus autoritas et potestas, ut a populo incepit *a.*, sic ab eodem pendet *b.* Non recte igitur Magistratus bonorum et jurium regni proprietarius et usufructuarius dicitur *c.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a. *Judic. c. 8. 22.; c. 9. 6.; c. 11. 2. 10. 12. 13.; Covar. pract. quaest. c. 1. nu. 2. 3. 4.* b. *l. 1. D. de constit. prin.* Magistratus moritur et alius alii succedit, populus numquam. *l. proponebatur 76. de jud.; l. qui res 98. §. ult. de solut.; l. nemo 54. de reg. jur.* c. *vid. Gen. 47. v. 18. et seqq.; 1. Reg. 21.; 2. Sam. 24. v. 24.; l. venditor. 13. §. 1. D. commun. praed.; l. 39. cum servus. §. ult. de leg. 1.; l. universi. et l. seqq. C. de fund. patrim.* Ideo recte dixit Hadrianus Caesar, se sic gesturum principatum, ut sciat rem populi esse, non suam, sicut tutor res pupillares administrat. Ideo jurat Caesar electus, se nihil eorum, quae ad imperium Romanum pertinent, alienaturum, distracturum vel oppigneraturum; si quid vero recuperet, aut acquirat viribus publicis, Imperio, non sibi, quaesitum iri. Ita observari in omnibus Europae regnis, testatur Jun. Brutus *in vindic. contr. tyrann. adde Hottoman. quaest. illust. 1.; Covarr. pract. quaest. c. 4.; Gabriel. lib. 3. tit. de jur. quaesit. non toll.; Boss. tit. de principe et priv. ejus. nu. 290. per c. 1. §. praeterea.; de prohib. feud. alienat. per Freder.; Pet. Greg. lib. 26. de Repub. c. 1. et seqq.* Quod vero dicitur mundi dominus, *l. deprecatio 9. D. ad l. Rhod. de jact.* id secundum Senecam *lib. 7. de benef. c. 5.* ita accipiendum est, regem omnia imperio et administratione, singulos dominio possidere. *Cujac. libris observat. c. 30. in fin.*

XXXVII.

Finis demandatae hujus administrationis est, ut Magistratus secundum leges regnum administret, exercitium verae religionis et cultus divini instituat *a.*, juste jus dicat, contra omnem impietatem aboleat et coërceat, contra vim et injuriam populum defendat *b.*, praemio bonos, poena malos afficiat *c.*, et denique quasi Deo loco in his terris sit *d.*

a. Primaria enim cura religionis introducendae et conservandae penes Magistratum est, *Jesa. 49. v. 23.; c. 60. v. 10.* Unde custos est tam primae, quam secundae tabulae decalogi, et criminum contra utramque commissorum vindex justissimus. Bella etiam pro religione suscipere potest, idque susceptae jam, defendendae potius, quam novae imperandae caussa. Persuaderi hic homines praestat, quam armis et minis cogi. b. *1. Sam. 8. v. 5. 20.; Jerem. 22. v. 3.; Psal. 101.; Aristot. 1. polit. c. 11.; Cic. lib. 1. offic.* c. *Rom. 13. v. 3.; Deut. 1. v. 16.; Prover. 16. v. 12. 13. d.* hinc Magistratus dicti Dii in S. Scriptura, *Psal. 82. v. 6.; Job. 10. v. 34. 35.; Exod. 21. v. 6.* et ministri Dei, *Rom. d. c. 13. v. 4. 6.*

XXXVIII.

Legibus vero ex utraque tabula decalogi *a.* naturalibus *b.* imo et civilibus regni et majestatis *c.* Magistratus in administratione sua alligatus est, ut ad illas tanquam ad cynosuram et regulam omnia subditorum negotia referat, et secundum illas regnum administret *d.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a. *Deut. 17. v. 18. 19.; Jos. 1. v. 7. 8.; 2. Reg. 23. v. 2. 3.; l. digna vox 4. C. de legib.* b. *c. scelus 21. caus. 2. quaest. 1.; l. filius 15. de condit. institut.; arg. l. ubi pugnantia 188. §. 1. de reg. jur.; §. penul. Inst. de jur. nat. gent.; Antimachiavell. lib. 1. theor. 1. pag. (mihi) 36. et seqq. c.* quas populus et optimates praescribunt, et in quas Magistratus in inauguratione juravit. Unde sequitur, magistratum non esse legibus generalibus solutum. *d. l. 4. C. legib.; l. 3. C. de testam.; l. 23. D. de leg. 3. §. ult.; Inst. quib. mod. testam infirm.; arg. tit. quod quisque jur. in al. statuit, eodem et ipse utatur.; l. 6. D. de admin. rer. ad civit. pertinent.* nec etiam civilibus. Ratio est, quia hae leges exstructae sunt ex naturalibus. *Diss. Dd. vulgo per l. 31. D. de legib.* qui leges fingunt, mere civiles, quibus principem solutum dicunt. Sed ejusmodi leges mere civiles, quae nihil prorsus ex jure naturae habent, revera nullae sunt; et si sint, nec juris, nec legis nomen merebuntur, sed merae erunt injuriae, nisi forte sint solennes quaedam leges, vel speciales, quae ad subditos proprie spectant, vel quae certis personis praescriptae sunt. *d. l. 3. C. de testam.; Coras. lib. 2. Miscell. c. 25. num. 5.; Donell. lib. 1. comm. c. 17.* Politici hic distinguunt inter leges superioris, paris et inferioris: et superioris Magistratus legibus principem teneri, paris vero et inferioris solutum esse docent. *P. Greg. lib. 7. de Repub. c. 20. n. 5.* Non recte. Nam si superioris legibus tenetur, jam non est summus magistratus, sed inferior aliquis, de quo nobis hic non est sermo. De parium et inferiorum legibus frustra quaeritur; istae enim principi non sunt positae, cur igitur illis se subjiceret? An vero poenariis legibus solutus sit summus Magistratus, quaeritur? Affirmatur. Idque non obligationis, sed executionis respectu, quia si deliquerit (at non contra leges fundamentales) non punitur. *Interpp. Graeci ad l. 31. D. de legib.; Cujac. lib. 26. observ. c. 35.; vid. infra thes. 74. lit. b.* Quid vero dicendum de jure illo regio *1. Sam. 8. v. 10. et seqq.*? Non pii, sed tyrannico et gentilium regum more imperaturi regis jus ibi describitur a Samuele, talem enim Regem petebant Israëlitae, *d. c. 8. v. 5.; Pet. Martyr. ibid.; Pet. Gregor. lib. 9. de Repub. c. 1. nu. 5. et seqq. d.* Unde exsecutor, custos et minister legis Magistratus dicitur, qui nihil nisi lege jubente faciat vel omittat.

XXXIX.

Bona publica et res regni Magistratus jubetur dispensare et administrare in eos usus, quos ei lex praescribit, usus nimirum Reipublicae, in Ecclesiae et Reipublicae ministrorum sustentationem, in mensam, victum et amictum decentem, in refectionem et instaurationem arcium, pontium, murorum, vallorum, aedium publicarum, in defensionem et conservationem Reipublicae et regni et c. *a.* Et quod reliquum est, in aerario regni reponet *b.*

a. *Rom. 13. v. 6.; Calvin. lib. 4. Instit. c. 20. sect. 13.* b. *l. 2. §. jus 8. de administr. rer. ad civit. pertin.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XL.

Personarum singularum subditarum corpora et res et famam jubetur defendere contra omnem vim et injuriam, et contra horum integritatem et incolumitatem procurare et conservare, quo commode, tranquille et pie vivere possint. *Senec. ad Polyb.*

XLI.

Inauguratio Magistratus est, qua ille a magnatibus Dei nomine invocato, proclamatur magistratus, et traditione et oblatione symbolorum consuetorum, quibus regni administratio repraesentatur, in possessionem administrationis regni inducitur et mittitur, et salutatur Magistratus summus *a.* Vocatur investitura, unctio Magistratus.

a. *1. Sam. 10. v. 24.; 1. Reg. 1. v. 39. 40.; 2. Reg. 11. v. 12.; 2. Chron. 23. v. 11.* Non recte vero in inauguratione populo pecunia spargi solet. Profusio enim quaedam est, non munificentia: at mittere populo munera, eaque habito respectu dignorum et indignorum distribuere praestat. *2. Sam. 6. v. 19.; Vincent. Castell. lib. 3. de offic. reg. c. 16.*

XLII.

Symbola ejusmodi pro regni cujusque arbitrio et consuetudine varia sunt, plerumque vero corona, pileus, diadema, sceptrum, gladius, hasta, pomum, liber federis et legis, claves, securis, et virgarum fasces, baculus, vestitus purpureus, holosericus, regius, et si qua sunt similia *a.* A qua inauguratione regni tempus computatur.

a. De variis ritibus et formulis creandi vel investiendi magistratus, *vid. Alexand. ab Alex. lib. 1. gen. dier. c. 28.; P. Greg. lib. 7. de Rep. c. 20.; Bullam Car. 4.; 2. Reg. 11. 12.; Esth. 6. v. 7. et seqq.; 1. Sam. 10. v. 1.; c. 16. v. 14.; 1. Chron. 29. v. 22. et seqq.*

XLIII.

Talis est regni commissio: Susceptio ejusdem est, qua Magistratus sibi commissam regni administrationem, ea lege et conditione, qua oblata et data est, sub juramento praestito suscipit.

Exempla historiae et annales populorum totius Europae copiose praebent.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XLIV.

Sequitur populi obligatio, qua populus per suos officiarios vicissim Magistratui, administrationem regni demandatam suscipienti et juste imperanti, seu officium suum facienti promittit fidem et obsequium *a.*, et quaecunque ad regni administrationem illi necessaria sunt futura *b.*, sed sub conditione tacita vel expressa, si juste et pie imperaturus est *c.*

a. *Jos. 1. v. 16. 17. 18.; 2. Sam. 16. v. 18.* de turpi conditione vid. *1. Sam. 11. v. 2.; 1. Macchab. 1. v. 43. et seqq.* de dura, *Jos. 9. v. 25. b.* hinc magistratus innumeros oculos et aures, longas manus, celerrimos pedes habere dicitur, quod quasi populus universus ei suos oculos, aures, vires et facultates in Reipublicae usum adcommodat. Unde ille potens, robustus, dives, prudens, et multarum rerum conscius dicitur, *2. Sam. 14. v. 18.; c. 18. v. 13.; Eccles. c. 10.* Contra vero, cum haec omnia populus a magistratu aufert, fit ille privatus, par reliquis hominibus. *c.* Nam impia imperanti non obediendum, *Act. 4. v. 19; Ecclesiast. 8. v. 1.*

XLV.

Tantum de pacto Civili. Sequitur de Religioso inter Deum et populum et magistratum illius intercedente, quo interroganti sacerdoti seu ministro verbi Deum repraesentanti, magistratus et populus universus fidem et obsequium Deo tanquam Domino suo, a quo regnum acceperunt *a.*, et cui rationem reddere tenentur, promittunt, et jurant in ejus legem, et Ecclesiae regnique Dei conservationem et in omnia media ad hunc scopum ducentia *b.*

a. *Dan. 2. v. 21; c. 5. 18.* b. Exempla sacra sunt *Jos. 24.; 2. Reg. 11. v. 17.; 2. Chron. 23. v. 16.; 1. Sam. 12. v. 13. 14. 15.; 2. Reg. 23. v. 3.* Profana peti possunt ex eo, quod magistratus profani et ethnici regnum suum Deo acceptum tulerunt, *Prover. 10. c. 8. 51.; 2. Chron. 9. v. 8.; Dan. d. c. 2. v. 21.; Jesa. c. 45.* quibus adde *Judic. c. 5. 13.; c. 15. 11.; 2. Petr. c. 2. 19.; Num. c. 27. 16. 17.; Johan. c. 19.; Judic. c. 2. 18. 19.* Ita hodie principes in titulis suis scribunt, Von Gottes gnaden Keyser, König, Hertzog, Fürst, etc. Hinc et solium regis, Dei solium dicitur. *2. Chron. d. c. 9. v. 8.* et populus, Dei populus et hereditas, *1. Sam. 10. v. 1.; 2. Sam. 6. v. 21.; 2. Reg. 20. v. 5.* Magistratus vero istius hereditatis dominicae administrator, dux, pastor, et minister dicitur.

XLVI.

Ergo in hoc pacto magistratus et populus sunt quasi duo rei promittendi ex una eademque caussa voluntate mutua conjunctim

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obligati, et aequaliter in solidum in continenti, ita ut ab unoquoque in solidum tanquam principali reo promissum peti possit *a.*

a. *l. pen. D. de duob. reis stipul.*

XLVII.

Factum et caussa, ad quam obligatur magistratus et populus, est, ut universi et singuli Deum agnoscant superiorem et dominum suum, curent ut Deus a singulis pure colatur, et ipse templum suum et regnum in medio eorum perpetuo habeat, atque populus et magistratus Dei sit populus *a.*, Deus contra in hoc pacto promittit, se huic obedienti populo Deum futurum benignum, inobedienti vero severum et justum poenae exactorem *b.*

a. *2. Chron. 6. v. 16. et seqq.; c. 23. v. 16.; c. 15. v. 12. 13. 14. 15.; Jos. c. 1.; 1. Reg. 2. v. 3. 4.; 2. Reg. 11. v. 17.* Hinc liber legis tempore Josiae regis repertus, vocatur liber federis Domini. *2. Reg. 23. v. 2.* in quo jus regis descriptum erat, *1. Sam. 10. v. 25.* b. *1. Sam. 12. v. 15. et seqq.; c. 13. v. 13. 14.; c. 15. v. 26.; 1. Reg. 11. v. 33.; Deut. c. 28.*

XLVIII.

Unde constat, rupti pacti hujus religiosi vindicem esse Deum *a.*, etiam quando alteruter, magistratus vel populus, illud violat. Tenetur enim alter correus alterius culpam praestare, et peccatis alterius communicat *b.*, si peccantem et violantem correum suum hoc pactum non continet in officio, et illi se opponendo resistit, eumque impedit *c.*

a. *1. Sam. 12. v. 17. 27.* b. *2. Sam. 21. v. 1. 4. 5. et seqq.; c. 24. v. 1. 2. 15. 17.; Jerem. 15. v. 4.* c. *Judic. c. 20.; Jos. 22. v. 15. et seqq.* adeo autem, ut etiam magistratus mandata contra hoc pactum religiosum non sint curanda, *Act. 4. v. 19.; 1. Reg. 18. v. 13.; Dan. 3. v. 16. 17. 18.; Exod. 1. v. 15. 16. 17.*

XLIX.

Haec de trium generum conventionibus et pactis, quibus vinculum communionis, quod dixi, constituitur a populo, magistratu et sacerdotibus, tribus diversis et distinctis Reipublicae statibus et

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordinibus, quorum duo priores seculares, postremus ecclesiasticus, sine quibus regnum sive Respublica nulla consistere potest.

2. Sam. 9. v. 2. 3. 4.; 1. Reg. 4. v. 2. et seqq.; 2. Chron. 19. v. 5. 6. et seqq.; 1. Chronic. c. 9. et 23. et seqq. capitib.

L.

Sed nec hi tres diversi ordines suis ministris et officiariis in bene constituta Republica carere possunt. Populi officiarii et ministri sunt Ephori seu Optimates: Magistratus officiarii sunt palatini vel praesides: Ecclesiae officiarii sunt ministri verbi et censores, seniores, presbyteri, diaconi, de quibus Theologi.

1. Chron. 24. 25. 26. 27.; Exod. 18. v. 21. 22.; 2. Sam. c. 1.; c. 8. in fin.; c. 20. v. 24. et 25. 26.; Esth. 1. v. 10. 13. 14.

LI.

Ephori seu Optimates sunt, quibus a populo est demandata cura et negotium, ut repraesentent populum *a.*, ejusque jure et potestate utantur, et omnibus modis provideant et curent, ne Respublica vel Ecclesia quid detrimenti capiat privatis studiis, odiis, facto vel omissione et cessatione magistratus. Vocantur ab aliis patritii, seniores, ordines, status, primores regni, officiarii, pacti inter magistratum et populum initi vindices, custodes et defensores, in quo populus suum jus et potestatem transtulit.

a. *arg. l. aliud est 160. §. 1. de reg. jur.; l. mortuo 22. D. de fidejussorib.; Jos. c. 24.*

LII.

Ephori hi a populo publicam autoritatem et potestatem cohibendi, corrigendi et removendi magistratus violantis pactum cum Deo vel populo initum, et usum gladii muneris sibi injuncti expediendi caussa acceperunt, ad magistratum summum in officio continendum, et ab eodem populo exautorantur.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LIII.

Quam ob caussam universi hi Ephori populi, magistratu sunt superiores, singuli vero isto inferiores *a.*, et illius quasi ὁμότιμοι, quibus prius quam magistratui Respublica concredita et commissa est a populo *b.* Ideo sine horum consilio in arduis negotiis ad summam Reipublicae pertinentibus magistratui nihil decernendum vel agendum *c.*

a. *1. Sam. 14. v. 45. 46.; Jerem. 38. v. 19.* Sic synodus, concilium, capitulum, universitas superior est Episcopo, Pontifice, actore et syndico suo. *b.* Quod igitur in tales Ephoros est collatum, hoc postea regi dari non potuit. Rex primas tenet, optimates secundas partes, et quilibet suas distinctas suo loco et tempore. c. *1. Chronic. 13. v. 1. et seqq.; 1. Reg. 8. v. 1. 2. et seqq.; c. 20. v. 7. 8.; Esth. 1. v. 13. 14. et seqq.; Proverb. 24. v. 6.* Neque tamen ob hanc autoritatem magnatum magistratus summi potestas minuitur, sed potius confirmatur et augetur, quia jam aliena ope sustinetur, et ab interitu vindicatur, quae alias culpa et negligentia propria paulatim interiret.

LIV.

Optimates ejusmodi et officiarii populi sunt vel generales, vel speciales.

LV.

Generales sunt, quibus totius regni et omnium provinciarum ejus tutela, cura et inspectio est demandata, ut sunt electores Imperii, parlamentum, senatus Imperii, consiliarii regni, syndici, cancellarius regni, et similes *a.*

a. Tales in regno Judaico fuerunt 70. seniores, *Num. 11. v. 16.; Deut. 27. v. 1.; Jud. 21. v. 16.; Jos. 24. v. 1.* Speciales vero duces tribuum singularum, item judices et praefecti singularum urbium, *Jos. 23. v. 2.; Num. c. 1.; Sigon. lib. 6. de Repub. Hebraeor. c. 4.* In Imperio Romano olim generales erant, senatores Romani, tribunus celerum, praefectus urbi, consules, praetores, praefectus praetorio. Speciales vero, praesides provinciarum, *Livius, Halicarnass. et Rosinus in antiquitat. Roman.* In regno Galliae Ephori generales sunt, major palatii, qui hodie comes stabuli dicitur, Marescallus, Amiralis, magnus referendarius, quaestores, et similes a senatu Lutetiano recepti. Speciales sunt pares curiae, vasalli, nobiles et comites, duces a provinciis regni sibi demandatis nominati. *Jun. Brutus de vindic. cont. tyran. quaest. 3. et historici Imperii Gallicani.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LVI.

Speciales sunt, qui regionis vel partis certae cujusdam regni tutelam et curam susceperunt, quales sunt Duces, Marchiones, Comites, Barones, castellani, nobiles, imperiales civitates, et similes.

Vid. aur. bullam Caroli IIII. et Constitut. Imperii.

LVII.

Horum ergo optimatum officium est, tyrannidi magistratus summi obviam ire, eamque impedire. Sed ordine hic videndum est, 1. quinam. 2. cujus. 3. quando. 4. quomodo. 5. quousque et quamdiu. 6. quo jure id possint.

Bossius tract. de principe et privileg. ejus. nu. 55. et seqq. per alleg. ibid.

LVIII.

I. Impedire jure possunt et tenentur optimates regni universi et singuli pro virili *a.* Sunt enim inter se correi, quorum singuli alterius correi fraude, perjurio, dolo, cessatione, culpa non liberantur sua obligatione, caeteris scilicet perfide cessantibus, colludentibus, conniventibus vel Rempublicam perdentibus, vel periclitantem deserentibus *b.* Sed tamen speciales Ephori, eam regni partem cujus tutela et cura ipsis est commissa defendentes, ulterius non obligantur.

a. Hi enim cum ex jussu et consensu populi jus creandi magistratum habeant, etiam potestatem eum judicandi et removendi habent, *Ursin. lib. 2. dispos. ult.; Diss. Bodin. lib. 2. de Repub. c. 4.* b. *Judic. 5. v. 16.* objicitur ignavia Ephoris cessantibus. Sicut et contutori imputatur factum administrantis et gerentis tutoris, dolus vel culpa tutelae non divisae: sicut tutor suum contutorem suspectum facere tenetur, et correus de correi culpa tenetur.

LIX.

II. Obviam vero ire debent magistratui summo illi, qui cum summus magistratus videri velit et dici, tyrannus tamen est, absque titulo, vel exercitio tyrannus.

Bart. in tract. de tyran. num. 12.; Jun. Brut. in vindic. contra tyran. quaest. 3.; Boss. tit. de princ. et privileg. ejus nu. 55. et seqq.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LX.

Tyrannus absque titulo est, qui Rempublicam sibi non commissam, vi, vel malis artibus *a.*, sine ullo justo vel electionis, vel successionis titulo invadit, sine consensu populi *b.*

a. ut qui desidia, ignavia, luxu magistratus abutens, illum deliciis et voluptatibus inescat, et ad se regiam autoritatem et potestatem transfert, nudum nomen regi relinquens. *b.* talis fuit Abimelech, *Judic. 9.* Athalia regina, *2. Reg. 11.; 2. Chron. 23.; Jun. Brut. d. loc. quaest. 3.*

LXI.

Tyrannus exercitio est, qui, postquam legitime constitutus magistratus est, degenerat *a.*, nihil eorum praestans, quae in se recepit in pacto utroque cum populo et cum Deo inito *b.*

a. qualis non protinus censendus est, quando in aliqua tantum officii et gubernationis parte lapsus est. Homines eos esse cogitandum est, unde vel optimi in officio quandoque languent, nec tamen ideo ut tyranni habendi sunt vel tractandi, *2. Sam. c. 11. et ult.; 1. Reg. 11.; vid. Calvin. lib. 4. Instit. c. 20. sect. 24. et seqq. b.* talis est, qui Rempublicam et Ecclesiam vastat, turbat: cultum Dei abolet, vel profanat: vel, quae Dei sunt affectans, sibi vindicat et usurpat: qui res regni in privatum usum convertit: vel in perniciem publicam profundit, dissipat, alienat, minuit, dilapidat: qui leges regni fundamentales violat, mutat, tollit: qui opes subditorum exhaurit, omnia in fiscum convertens, et sanguinem populi usque ad deliquium eliciens: qui hostis est suorum subditorum, primores regni, dolo, fraude vel vi opprimit: aliosque viros graves, justos, innocentes odio prosequitur: qui ad populi mores corrumpendos ganeas, popinas, lupanaria, ludosve alios inhonestos instituit: qui factiones et dissidia inter subditos serit, alit, fovet: qui seminaria virtutum gymnasia, ludos literarios abolet, negligit: qui neque justitiae, neque pietatis rationem habet ullam: qui abutitur juribus majestatis et potestate sua a populo accepta: et in summa, qui totis viribus ad statum Reipublicae et leges regni fundamentales evertendas, quantum in ipso est, enititur. *Vide P. Greg. lib. 6. de Repub. c. 18. nu. 20.; Bodin. lib. 2. c. 4.; Bart. de tyran. nu. 28.; Jun. Brut. in vindic. quaest. 3. et autorem libelli de jur. magistrat. in subdit.; Calvin. d. lib. 4. c. 20. sect. 31.; Boss. d. num. 55. et seqq.*

LXII.

III. Tum autem obluctandum magistratui, quando tyrannis illius, qui tyrannus exercitio est, 1. nota. 2. obfirmata. 3. alia remedia non adsunt.

Aegid. Boss. tit. de princ. et privileg. ejus. nu. 55. et seqq. per alleg. ibid.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LXIII.

Nota et cognita ut fiat tyrannis ejusmodi, necesse est, ut optimates regni concilium indicant, et generalem omnium ordinum populi conventum cogant, in eoque tyranni opera examinanda proponant et dijudicanda.

LXIV.

Obfirmata tyrannis dicitur, quando saepius ab optimatibus sine fructu et emendatione admonitus, a tyrannide tamen non desistit.

LXV.

Alia media reprimendae et coërcendae tyrannidis omnia prius sint frustra tentata semel, ne morbo ipso remedia pericolosiora exsistant: non solum enim hic, quid liceat, sed et quid expediat, explorandum est.

LXVI.

Observandum tamen hic, quando periculum est in mora, malum vero ingravescit, et vires adquirit: statim tyranno obviam ire licere: ne morbus per moram curatu fiat difficilis.

LXVII.

IV. Obsistendum est tyranno verbis vel facto. Verbis, quando verbis tantum Dei cultum violat, et Rempublicam oppugnat: vi et armis, quando armata manu et vi externa tyrannidem exercet: et tum licebit exercitum conscribere ex regnicolis, confederatis amicis, vel aliis *a.*

a. non sunt tamen suspecti [*scil.* suscepti], qui forte inclinant in partes tyranni. Ex saniore etiam et potiore populi parte conscribantur, diligentiores, et ad belligerandum aptiores, non tardiores, *Valerius Maximus lib. 6. c. 3.* et si fieri potest, domestici potius, quam extranei seu mercenarii, *Machiavell. lib. 2. disput. c. 20.; Lips. lib. 5. polit. c. 9. 10.; Ranzovius lib. 1. comment. belli. c. 11.* Domesticus enim miles cognita belli suscipiendi aequitate, fortius et felicius pugnabit pro salute patriae.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LXVIII.

V. Tamdiu obluctandum est, quamdiu durat tyrannis, quousque verbis, facto, dolo vel arte oppugnat Rempublicam, et pacto inito contraria facit, loquitur vel agit, adeo ut ejusmodi tyrannum ab officio removere, administratione demandata privare, imo etiam, si aliter contra vim se defendere non possunt, interficere, et alium in ejus locum substituere possint.

LXIX.

VI. Juris hujus resistendi tyrannis, eosque removendi rationes sunt hae. Prima sumitur ex natura pacti inter magistratum et populum initi, ex quo magistratus pure est obligatus ad juste et pie imperandum, secundum sibi praescriptas leges, utramque nimirum decalogi tabulam et leges regni. Populus vero conditionaliter obligatus est ad obtemperandum, si nimirum juste et pie imperaturus est, qua conditione deficiente, populus amplius non est obligatus ad obedientiam.

LXX.

Secunda ratio est, quod supra terminos tributae jurisdictionis, vel extra potestatem suam imperanti, et fines suos excedenti impune non paretur.

LXXI.

Tertia ratio est, quod Dei caussa et obligatio tanquam potior in populi et magistratus pacto tacite a subditis semper dicatur excepta. Deo igitur tanquam utriusque et regis et populi superiori et domino ut obedientia praestetur, magistratui tyranno, Dei solium et jus affectanti, vel illi bellum inferenti, est resistendum, ad exercitium nimirum pietatis, cultus divini, justitiae retinendum, et charitatem erga proximum exercendam, et regnum Dei inter nos et in regno nostro conservandum, et denique ad civilem societatem inter homines constituendam, et ad posteros propagandam.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LXXII.

Quarta est, quod inter populum et magistratum non sit major obligatio, quam inter parentes et liberos: libertos, servos, clientes et patronum dominum: quam inter virum et uxorem, dominum et vasallum: quos tamen omnes proditorie, nefarie et impie agentes monere, cohibere et impedire jure concessum est.

Arg. l. minime 35. D. de religios. et sumpt. fun.; arg. Matth. c. 10. v. 37.; c. 5. v. 29. 30. et text. notab. Luc. c. 14. 26.

LXXIII.

Quinta est, quod tyrannus contra pactum cum populo initum faciens, ipso jure amittat omnem potestatem, et fiat privatus, contra quem ubi vim intulerit, se defendere licet, et quem, vitam et bona et jus populi tyrannice invadentem repellere, et periculum amoliri et avertere licet cuilibet etiam privato.

Ursin. lib. 2. dispos. 42. et seqq. consentiunt plerique juris civilis interpretes.

LXXIV.

Exempla passim cum in sacris literis *a.*, tum in historiis profanis *b.* sunt obvia.

a. *Judic. c. 4.; c. 20.; 2. Sam. c. 18.; 2. Reg. 11.* b. *vid. Valer. Max. lib. 6. c. 3.* Ita Tarquinius e regno ejectus est, ita Nero, Vitellius, Caligula et plures alii Caesares Romani, ita Childericus, Sigibertus, Theodoricus, Dagobertus et Ludovicus 11. Galliae Reges Imperio suo per regni proceres privati sunt: ita quidam Reges Anglici, Hispanici, et c. regno pulsi ob nimiam tyrannidem leguntur. *Vide Jun. Brut. in vindic. quaest. 3.*

LXXV.

Hactenus de officio et potestate optimatum. Quid vero de subditis et privatis ex populo sentiendum est? Plane hi, quando tyrannus est exercitio, quia non habent usum et jus gladii, neque eo utentur *a.*, sed quiescent, et injuriam patientes jugum tyranni ferent *b.*, modo non tyrannidis ministri esse cogantur, vel quidquam facere, quod Deo contrarium. Tunc enim fugient in alium locum *c.* Itaque

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jussum optimatum, etiam unius, opem et arma illorum inclamantis ad tyrannum corrigendum exspectabunt. At tyranno absque titulo regnum invadenti resistere et possunt et debent.

a. *Matth. 26. v. 52.; Rom. 13.; 1. Sam. 26. v. 9.* b. *1. Pet. 2. v. 18.; arg. Jerem. 27. v. 8.; Baruch. 1. v. 11.; Eccles. 10. v. 1. ubi Remus.* Hinc *Livius lib. 3.* dixit: Scutum potius quam gladium subditis in tyrannos esse sumendum. *Lips. 6. polit. c. 5.* Atque eatenus summus magistratus legibus poenariis solutus est: quia ut maxime ipsum populus constituerit, tamen eundem judicandi vel puniendi non habet potestatem, sed soli optimates. *c.* Obedientia enim hic non resistendo, sed fugiendo est declinanda, *Matth. 10. v. 23.; 2. Chron. 11. v. 13. 14.; Ursin. lib. 2. dispos. 42.; Calvin. lib. 4. Instit. c. 20. sect. 23.* d. *2. Reg. c. 11.; 2. Chron. 23.; Judic. c. 9.* Est enim hic tyrannus alienus, cui populus nullo jurejurando vel jure obligatus est, unde ei tanquam privato et aggressori vim inferenti recte a quovis Reipublicae cive resistitur, *l. 3. de just. et jur.; l. 4. in prin. ad l. Aquil.; Bodin. lib. 2. de Rep. c. 5.*

FINIS.

Pietate, morumque dexteritate politissimo, nec non politioris literaturae laudatissimo juveni, Dn. Hugoni Pelletario Aquisgranensi LL. studioso, populari, socio et amico suo carissimo, ponebat Emondus Emondi Bedburensis, SS. Theologiae studiosus.

Non gens, non regio, non urbs, animalia non sunt
Legibus orba suis, stant ordine singula firmo.
Praesidet hic unus populis REX *atque* MONARCHA;
Illos PATRICII *patriae moderantur aviti;*
Delectatque alios dominans PLEBS, *nescia juris*
BELLUA *multorum capitum; sic forma quibusdam*
Mista placet cum principe praesit ut unus et alter
Acres judiciis. Imo ordine coelica gaudent!

Rex Lydiae Croesus consortem sumserat olim
Imperii fratrem, cui quidam Lydius illud:
O Rex, non mundus radiantes unicus unquam
Ferre duos potuit soles! sic Lydia Reges
Nescit ferre duos. Lydii memorabile dictum!

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Magnus Alexander Darii consortia Regis
Respuit, et Darii renuit bis millia (donum)
Quinque talentorum, quibus affectare parabat
Par Asiae Imperium. O Magni nobile factum!

Ut scite docuit Lydii sententia ditem
Croesum, quod tenuem capiat Respublica fructum
Unica principibus si sit subjecta duobus;
Sic monuit fortem Macedo Rex rite Darium,
Uni sufficiat quod princeps unicus orbi.

Quin etiam brutis placet ordo animantibus iste.
Cujus apes praebent exemplum nobile nobis.
De quibus Historicus memorat (res digna relatu)
Plinius, in medio dominari qui decoratus
Summa prae reliquis sit majestate, Monarcham
Quem venerantur, amant, observant atque tuentur.

Mirificeque colunt, stipatoresque sequuntur
Quo volat et revolat. Nec longe exempla petantur,
En caput humani, quo caetera membra reguntur
Corporis. Imo hominem mens totum sola gubernat!

Hic igitur nobis placeat vetus ordo, vetusti
Quem Syrii, Persae, Graeci, (gens prisca) probarunt,
Quem rerum domini Romani nunc adamarunt,
Quemque modis variis animalia bruta sequuntur,
Denique quem ratio, mens et natura tuentur.

Sed superest tandem nitens ope numinis alma
Intrepidus tueare tuum conamine fausto
Hoc studium patriae, spes o fidissima nostrae!
Perge serenatam jamdudum fronte serena
Spem decorare novo feliciter uberioris
Ingenii partu, quo tandem jure βραβεῖον
Eximium referas. En praemia digna labore!

FINIS.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MERIO SCATTOLA

NOTA BIBLIOGRAFICA

Per rendere più agevole la lettura della *Disputatio politica de regno recte instituendo* vengono qui chiariti i riferimenti bibliografici presenti nel testo. Per ciascun autore citato vengono inoltre fornite alcune essenziali informazioni biografiche e una succinta scelta di titoli indicativi dei suoi interessi e delle sue posizioni. Gli autori sono disposti in ordine alfabetico secondo la forma nella quale ricorrono per la prima volta nella dissertazione, mentre la voce valida per l'ordinamento viene segnalata in grassetto. I numeri tra parentesi indicano i paragrafi nei quali i rispettivi titoli si trovano citati. Non vengono ovviamente presi in considerazione rinvii ad opere o a scrittori palesemente noti.

Antimachiavell. lib. 1. theor. 1. pag. (mihi) 36. et seqq. (38)

Innocent Gentillet, *Commentarium de regno aut quovis principatu recte et tranquille administrando, libri tres [...]. Adversus Nicholam Machiavellum*, [Genevae], 1577, trad. lat. di *Discours sur les moyens de bien gouverner [...] contre Nicolas Machiauel*, [Genève], 1576.

Vita: Vienne (Isère) ca. 1532 — Ginevra 1588; avvocato a Grenoble e a Vienne; 1562 ministro della chiesa riformata; 1568-1578 soggiorno a Ginevra; 1578 ritorno nel Delfinato; 1582-1585 presidente della Chambre de l'Edit; 1585 ritiro a Ginevra. *Dict. de biogr. franç.*, 15, 1092; *Arch. biogr. franç.*, 445, 435-451.

Opere: *Examen concilii Tridentini, in quo demonstratur in multis articulis hoc concilium antiquis conciliis et canonibus regiaeque autoritati contrarium esse*, Genevae, 1586; *Apologia pro Christianis Gallis religionis evangelicae, seu reformatae [...]*, [Genevae], 1588.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alexand. ab Alex. lib. 1. gen. dier. c. 28. (42)

Alessandro di Alessandri, *Genialium dierum libri sex varia ac recondita eruditione referti [...]*, Romae, 1522.

Vita: Napoli 1461 — Roma 1523; allievo di Francesco Filelfo, Niccolò Perotto e Domizio Calderino; attivo come giureconsulto a Napoli; *protonotarius* del regno di Napoli e abate del monastero dell'ordine di S. Basilio a Carbona, Basilicata. *Diz. biogr. d. ital.*, 27, 294-334; *Arch. biogr. ital.*, 27, 295-334.

Opere: *Dissertationes quatuor de rebus admirabilibus, quae in Italia nuper contigere, id est, de somniis [...] de umbrarum figuris [...] de illusionibus malorum daemonum [...] de quibusdam aedibus, quae Romae infames sunt ob frequentissimos lemures et terrificas immagines, quas author ipse [...] expertus est*, [Romae?], [1525?].

Bartol. in tract. de tyran. num. 12. (59, 61)

Bartolus a Saxoferrato, *Tractatus de tyranno*, in Diego Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il « De tyranno » di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati « De Guelphis et Gebellinis », « De regimine civitatis » e « De tyranno »*, Firenze, 1983, pp. 173-213.

Vita: Sassoferrato 1314 — Perugia 1357; 1352 *doctor iuris*; assessore a Todi fino al 1356; professore di diritto a Pisa e Perugia; ambasciatore della città di Perugia presso l'imperatore Carlo IV. *Diz. biogr. d. ital.*, 6, 640-669; *Arch. biogr. ital.*, 115, 169-208.

Opere: *Opera quae nunc exstant omnia [...]*, ed. Simon Schardius, Basileae, 1588-1589, tt. 1-5.

Bocer. de jur. bell. c. 4. (24)

Heinrich Bocerus, *De iure pugnae, hoc est, belli et duelli, tractatus methodicus*, Tubingae, 1591.

Vita: Salzkotten (Turingia) 1561 — Tubinga 1630; studi giuridici a Marburgo con Vigelius, a Helmstedt con Borcholdt, a Heidelberg e Strasburgo; professore a Tubinga dal 1585; dal 1595 cattedra di diritto feudale e criminale. *Allg. Deutsch. Biogr.*, 2, 759 s.; *Deutsch. Biogr. Arch.*, 111, 301-321.

Opere: *Tractatus de regalibus [...]*, Tubingae, 1608; *De jure monetarum tractatus novus [...]*, Tubingae, 1614; *Commentarius in Justiniani imperatoris librum I. institutionum juris, singulari diligentia ante annos 24. adornatus, nuper recognitus [...]*, Tubingae, 1618.

Diß. **Bodin.** lib. 1. de Repub. c. 6. (2, 26, 27, 35, 58, 61, 74)

Jean Bodin, *De republica libri sex, latine ab auctore redditi [...]*, Lugduni et Parisiis, 1586, trad. lat. con modif. di *Les Six livres de la Republique [...]*, Paris, 1576.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vita: Angers 1530 — Laon 1596; studi giuridici ad Angers e Tolosa; 1548 professore di diritto a Tolosa; a Parigi nel 1555 e 1561; 1575 professore a Laon; procuratore del re e deputato agli stati di Blois; 1581 accompagna il duca d'Angiò in Inghilterra; è tra i promotori della Lega, ma riconosce subito Enrico IV di Borbone come legittimo re di Francia. *Dict. de biogr. franç.*, 6, 758 s.; *Arch. biogr. franç.*, 114, 115-192.

Opere: *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, Parisiis, 1566; *De la demonomanie des sorciers*, Paris, 1580; *Universae naturae theatrum. In quo rerum omnium effectrices causae, et fines contemplantur [...]*, Lugduni, 1596.

Boß. tit de principe et privat. ejus. nu. 290. per c. 1. §. praeterea. (36, 57, 59, 61, 62)

Egidio Bossi, *De principe et eius privilegiis*, in Egidio Bossi, *Practica et tractatus varii*, Basileae, 1578.

Vita: Milano 1488-1546; iscritto al collegio dei giureconsulti milanesi nel 1518; decurione e podestà di Novara; nominato tra i senatori milanesi da Carlo V; tra i compilatori delle nuove costituzioni del Ducato di Milano approvate nel 1541; i *Tractatus varii* sono la sua opera principale. *Diz. biogr. d. ital.*, 13, 299 s.; *Arch. biogr. ital.*, 192, 199 s.

Junius **Brutus** in vindic. contra tyrann. (36, 55, 59, 60, 61, 74)

Hubert Languet [ps. Stephanus Junius Brutus], *Vindiciae contra tyrannos: sive, de principis in populum, populique in principem, legitima potestate*, Edimburgi [?], 1579. L'opera viene anche attribuita a Philipp de Mornay o viene interpretata come frutto della collaborazione tra i due autori.

Vita: Vitteaux (Borgogna) 1518 — Anversa 1581; diplomatico convertito alla Riforma da Melantone; rappresentante del principe elettore di Sassonia in Francia e presso l'imperatore; a servizio presso il principe Guglielmo d'Oranien; si ritira ad Anversa nel 1579. Hoefer, *Nouv. biogr. génér.*, 29, 435-441; *Arch. biogr. franç.*, 595, 119-194.

Opere: *Historica descriptio susceptae a Caesarea maiestate executionis contra S. Rom. Imperij rebelles [...]*, [s. l.], 1568; *Arcana seculi decimi sexti. H. Langueti [...] epistolae secretae ad principem suum Augustum, Sax-Ducem [...]*, ed. J.P. Ludovicus, Halae Hermundurorum, 1699.

Calvin. lib. 4. Instit. c. 20. sect. 13. (39, 61, 61, 74)

Jean Calvin, *Christianae religionis institutio, totam fere pietatis summam, et quicquid est in doctrina salutis cognitu necessarium complectens [...]*, Basileae, 1536.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bulla **Caroli 4.** (29, 35, 42, 56)

Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV. [...], hrsg. v. Karl Zeumer, Weimar, 1908, rist. Hildesheim, 1972.

Si tratta della *Bulla aurea* concessa dall'imperatore Carlo IV nel 1347, che viene considerata il documento fondamentale del diritto pubblico del Sacro Romano Impero. *Handwört. z. deutsch. Rechtsgesch.*, 1, 1739-1746.

Vincent. **Castell.** lib. 3. de offic. reg. c. 16. (41)

Vincenzo Castellani, *De officio regis libri IIII.*, Marpurgi, 1597.

Vita: Reforzate presso Fossombrone 1528-1601; studio del diritto a Padova; 1558 pubblico docente a Fossombrone; letterato e poeta latino, autore di orazioni e opere erudite rimaste inedite; presente al Concilio di Trento; protetto dalla famiglia ducale urbinate dei Della Rovere; 1585-1590 reggente del colleggio di Montalto di Bologna. *Diz. biogr. d. ital.*, 21, 638 s.; *Arch. biogr. ital.*, 269, 105-107.

Opere: *De bello Melitensi historia*, Pisauri, 1566.

Casus (35)

John Case, *Sphaera civitatis; hoc est, reipublicae recte ac pie secundum leges administrandae ratio [...]*, Oxoniae, 1588.

Vita: Woodstock ? — Oxford 1600: 1568 studi al St. John College di Oxford; 1572 *fellow* del *college*; di orientamento cattolico rimane ai margini della vita universitaria; insegna logica e filosofia, commentando Aristotele; 1589 *doctor medicinae* e canonico di Salisbury. Stephen, *Dict. of Nation. Biogr.*, 9, 262 s.; *Brit. Biogr. Arch.*, 208, 3-25.

Opere: *Summa veterum interpretum in universam dialecticam Aristotelis*, Londini, 1584; *Speculum moralium quaestionum in universam ethicen Aristotelis*, Oxoniae, 1585; *Lapis philosophicus seu commentarius in 8. libr. phys. Aristot. in quo arcana physiologiae examinantur*, Oxoniae, [1599].

Constit. Imperii (15, 56)

Noe Meurer, *Thesaurus iuris Caesarei, et constitutionum Imperij Germanici: Das ist: Keyserliche Chur und Fürsten. Auch ansehenlicher Graven und fürnemmer freyer Reichs Stätt, Recht, Gewonheiten und Ubung [...]*, Franckfort am Mayn, 1586.

Nel XVI secolo le costituzioni imperiali venivano pubblicate anche come appendice al *Corpus iuris*.

Cfr. sotto Freder., de prohib. feud. alienat.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Coras. lib. 2. Miscell. c. 25. num. 5. (38)

Jean de Coras, *Miscellaneorum iuris civilis, libri septem, uno in hac editione addito [...]*, Coloniae Agrippinae, 1590.

Vita: Realmont (Tarn) 1515 — Tolosa 1572; studi a Tolosa, Cahors, Orleans, Padova; cattedra di diritto a Tolosa, dove si segnala come innovatore ed entra in conflitto con il capitolo; 1544 Valence; verso il 1550 è a Ferrara; dal 1553 consigliere al parlamento di Tolosa; calvinista fervente, partecipa attivamente alle guerre di religione come cancelliere del regno di Navarra e sostenitore del principe di Condé; 1561 condannato come eretico ad Albi; 1565 nuovamente con Condé e a La Rochelle; 1572 condannato a morte in contumacia a Tolosa, viene arrestato e ucciso. *Dict. de biogr. franç.*, IX, 588 s.; *Arch. biogr. franç.*, 250, 37-98.

Opere: *In titulum pandectarum de iustitia et iure, ac sequentes legum, iuris, magistratuumque titulos Commentarij [...]*, Lugduni, 1560; *In aliquot titulos, et legum capita, [...] commentarij [...]*, Lugduni, 1563-1567, tt. 1-3; *De iuris arte liber, quatuor partibus conclusus*, in Jean de Coras e Joachim Hopper, *Tractatus de iuris arte duorum clarissimorum iurisconsultorum, Ioannis Corasii, et Ioachimi Hopperi [...]*, Coloniae Agrippinae, 1582, pp. 1-292.

Covarru. pract. quaest. c. 1. nu. 2. 4. (2, 28, 36, 36)

Diego de Covarrubias y Leyva, *Practicarum quaestionum liber unus [...]*, Venetiis, 1558.

Vita: Toledo 1512 — Madrid 1577; studio del diritto canonico a Granada; giudice a Burgos e consigliere a Granada; partecipa al Concilio di Trento; vescovo di Segovia e presidente del consiglio di Castiglia. *Jöcher*, I, 2148 s.; *Arch. biogr. de Esp., Port. e Iberoamer.*, 243, 174-237.

Opere: *Variarum ex iure pontificio, regio, et Caesareo resolutionum libri III. [...]*, Salmanticae, 1552; *Regulae, peccatum. De regulis iuris lib. 6. [...]*, Salmanticae, 1554; *Clementinae. Si furiosus. De omicidio, relectio [...]*, Salmanticae, 1554.

l. 9. C[odicis] de proxim. sacror. scrin. ubi **Cujac.** (19, 21)

Jacques Cujas, *Commentarij ad tres postremos libros codicis Dn. Iustiniani [...]*, Coloniae Agrippinae, 1577.

Vita: Tolosa 1520 — Bourges 1590, uno dei maggiori rappresentanti della scuola francese del diritto nella seconda metà del Cinquecento; studi a Tolosa; 1547 primi corsi privati nei quali interpreta le leggi secondo l'uso moderno dei popoli; 1555 Cahors; 1555 professore a Bourges per intervento del cancelliere del regno Michele de L'Hospital; 1566 chiamato a Torino, che abbandona per l'intolleranza antiprotestante; 1570 Valence: tra i suoi studenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche J.C. Scaliger e J.A. de Thou; dal 1576 fino alla morte a Bourges, uno dei centri più importanti della cultura ugonotta. Stintzing, *Gesch. der Deutsch. Rechtswissen.*, 1, 375-377; *Dict. de biogr. franç.*, 9, 1362-1364.

Opere: *De feudis libri V. [...]*, Lugduni, 1566; *Novellarum costitutionum imp. Iustiniani expositio [...]*, Coloniae Agrippinae, 1570; *Paratitla in libros IX. codicis Iustiniani repetitae praelectionis*, Parisiis, 1579; *De ratione docendi iuris oratio [...]*, Argentorati, 1585.

Cujac. libris observat. c. 30. in fin. (36, 38)

Jacques Cujas, *Observationum et emendationum libri XXVIII. Quorum quatuor posteriores nunquam antehac in lucem fuerunt editi*, in *Opera, quae de iure fecit, et edi voluit. Ab ipso auctore postremum recognita et libris quibusdam aucta. In tomos quatuor distincta [...]*, Francofurti, 1595, t. 4, coll. 1-655.

Cfr. sopra Cujac., l. 9. C[odicis] der proxim. sacror. scrin.

Danaeus lib. 1. polit. Christ. c. 4. (1, 27, 35)

Lambert Daneau, *Politices Christianae libri septem*, [Genevae], 1596

Vita: Beaugency-sur-Loire ca. 1530 — Castres 1593; uno dei più importanti rappresentanti del calvinismo ortodosso del XVI secolo; nato da genitori cattolici, 1552-1556 studio della giurisprudenza ad Orleans; 1560 e 1574-1581 soggiorni a Ginevra, dove insegna teologia e ottiene la cittadinanza; 1581-1582 professore a Leida, che deve abbandonare per la sua intransigente difesa dell'autonomia della chiesa; in seguito professore a Gand, Orthez, Lescar e Castres. *Realencyk. für protest. Theol. u. Kirche*, 4, 440 s.; *Arch. biogr. franç.*, 277, 69-119.

Opere: *Tractatus de Antichristo [...]*, Genevae, 1576; *Physice Christiana, sive de rerum creatarum origine, et usu disputatio [...]*, Genevae, 1580; *Commentariorum [...] in prophetas minores tomus primus et secundus [...]*, Genevae, 1586; *Politicorum aphorismorum silva, ex optimis quibusque tum Graecis, tum Latinis scriptoribus [...] collecta*, Lugduni Batavorum, 1591.

Diss. Dd. vulgo per l. 31 D. de legib. (38)

L'indicazione può essere interpretata in diversi modi:
« Dissensiones Dominorum vulgo per legem 31. Digestorum de legibus »: nel qual caso bisogna supporre che Althusius avesse a disposizione manoscritti delle *Dissensiones dominorum*, pubblicate a stampa solo nel XIX secolo. Cfr. Gustav Haenel (cur.), *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834, rist. Aalen, 1964, che sul tema sono tra l'altro molto parche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Dissertationes Dominorum vulgo per legem 31. Digestorum de legibus »: dove sarebbero da intendere le dissertazioni o i commenti più diffusi a *Digestum*, I, 3, 31, eventualmente riuniti in sillogi private.
« Dissentiunt Domini vulgo per legem 31. Digestorum de legibus »: con cui si dà notizia di una generica discussione sulla legge in questione.
In ogni caso non si tratta di una vera indicazione bibliografica, ma di una constatazione il cui contenuto, qualsiasi sia la soluzione adottata, è di per sé evidente: su *Digesto*, I, 1, 31 regna tradizionalmente un grande disaccordo.

Cfr. sotto Interpr. Graeci ad l. 31. D. de legib.

Donell. lib. 1. comm. c. 17. (38)

Hugues Doneau, *Commentarii de iure civili [...]*, Francofurti, 1589, tt. 1-5.

Vita: Chalon-sur-Saône 1527 — Altdorf 1591; 1544 studio del diritto a Bourges con Douaren; adesione al calvinismo; 1559-1572 professore a Orleans e a Bourges, dove si distingue per il rifiuto dei metodi di Bartolo e per un'esposizione più dogmatica di quella di Cujas; 1572 lascia Bourges dopo la notte di S. Bartolomeo per rifugiarsi a Lione e a Ginevra; 1572-1579 a Heidelberg su invito di Federico III; deve abbandonare il Palatinato quando si rifiuta di sottoscrivere la formula di concordia imposta dal nuovo conte palatino, Ludovico VI; 1579-1581 Leida; 1587 Altdorf, dove riscuote un successo maggiore di quello goduto in patria. *Dict. de biogr. franç.*, 11, 514; *Allg. Deutsch. Biogr.*, 5, 331 s.

Opere: *In titulum de usuris in pandectis et sequentem commentarius [...]*, Lugduni, 1558; *Ad legem Iustiniani de sententiis [...]*, Lutetiae Parisiorum, 1561; *Commentarii ad titulum digestorum de verborum obligationibus [...]*, Francofurti, 1577; *Commentarii ad titulos digestorum [...] de rebus creditis [...]*, Antverpiae, 1582.

Euseb. in vit. Constant. lib. 4. (20)

Eusebius Pamphili, *Über das Leben Constantins*, in Eusebius, *Werke*, ed. Ivar A. Heikel, Leipzig, 1902, Bd. 1, pp. 1-148.

Vita: Palestina? 275/280 — Cesarea 339; vescovo di Cesarea dopo il 313; coinvolto nelle dispute sull'arianesimo, ebbe un ruolo decisivo nel concilio di Nicea e nelle polemiche contro Eustazio ed Atanasio. *Relig. in Gesch. u. Gegenw.*, 2, 739 s.; *Theol. Realenzyk.*, 10, 537-543.

Opere: *Chronicorum libri duo*, ed. gr. ed armen. A. Schoene, Berolini, 1875; *Die Kirchengeschichte und die lateinische Über-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

setzung des Rufinus, in Eusebius, *Werke*, ed. gr. Eduard Schwarz, ed. lat. Theodor Mommsen, Leipzig, 1903-1909, Bd. 1-3.

Cfr. sotto Ruffin.

de prohib. feud. alienat. per **Freder.** (36)

Fridericus I. S.R.I., *De prohibita feudi alienatione per Fridericum*, (1154), in *Constitutiones feudorum. De iis qui feudum dare possunt, et qui non: et qualiter adquiratur et retineatur* [i.e. *Libri feudorum]*, lib. 2, tit. 55, in *Novellarum constitutionum D. N. Iustiniani principis, quae exstant, et ut exstant, volumen. Appositi sunt item canones sanctorum apostolorum per Clementem in unum congesti. Gregorio Haloandro interprete. Accesserunt et haec: feudorum libri duo, constitutiones Lotharij, Conradi, Friderici secundi, et Henrici Imp. De pace Constantiae facta inter Fridericum Impera. et Henricum filium*, Parisiis, 1552, ff. 356 v.-357 v.

Andr. **Fricius** lib. 1. de Repub. c. 9. in princip. (2, 35)

Andrzej Frycz Modrzewski, *Commentariorum de republica emendanda libri quinque*, Basiliae, 1554.

Vita: 1534 a Wittenberg; 1537 a Norimberga; segretario del re di Polonia Sigismondo Augusto verso il 1550; convertito alla religione protestante; professa posizioni antitrinitarie ed ireniche. *Jöcher*, 3, 566 e *Adelung*, 4, 1831-1833; *Deutsch. Biogr. Arch.*, 849, 364-366.

Opere: *Libri tres [...], de peccato originis [...], de libero hominis arbitrio [...], de providentia, et praedestinatione Dei aeterna. Eiusdem, de mediatore, libri III. [...]*, [Basileae], 1562; *Sylvae quatuor. I. De tribus personis et una essentia Dei [...] II. De necessitate conventus habendi ad sedandas religionis controversias [...] III. De Iesu Christo filio Dei [...] IV. De homousio [...]*, [Cracoviae], 1590.

Gabriel. lib. 3. tit. de jur. quaesit. non toll. (36)

Antonio Gabrielli, *Communes conclusiones [...] in septem libros distributae [...]*, Venetiis, 1570.

Vita: ? — Roma 1555; giureconsulto romano, ricoprì la carica di avvocato del fisco e della camera papale. *Jöcher*, 2, 819; *Arch. biogr. ital.*, 442, 325 s.

Opere: *De secundis nuptis*, Ingolstadii, 1658.

Geil. lib. 1. de pac. pub. (24)

Andreas von Gail, *De pace publica, et eius violatoribus [...]*, Coloniae Agrippinae, 1586, (1. ed. 1578).

Vita: Colonia 1525-1587; studi giuridici a Lovanio, Orleans e Bologna; 1555 assessore presso il *Reichskammergericht* di Spira e cancelliere del principe elettore di Colonia; 1567 consigliere impe-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riale di Ferdinando II, incaricato di diverse missioni diplomatiche; 1571 referendario del *Reichshofrat*. *Allg. Deutsch. Biogr.*, 8, 307-310; *Deutsch. Biogr. Arch*. 366, 194-196.

Opere: *Practicarum observationum tam ad processum judiciarium praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium libri duo. De pace publica et proscriptis, sive bannitis imperii libri duo. De manuum injectionibus, sive arrestis imperii tractatus*, Coloniae Agrippinae, 1578.

Gell. lib. 12. c. 12. (10)

Aulus Gellius, *Noctium Atticarum libri XX.*, ed. M. Hertz et C. Hosius, Lipsiae, 1903.

Petr. **Greg.** lib. 18. de Repub. c. 5. 6. et seqq. (21, 21, 24, 25, 26, 26, 27, 35, 36, 38, 38, 42, 61)

Pierre Gregoire, *De republica libri sex et viginti [...]*, [Ponte ad Montionem], 1596.

Vita: Tolosa ca. 1540 — Pont-à-Mousson 1617; 1570 professore di diritto a Cahors e in seguito a Tolosa; 1582 regio professore di diritto civile e canonico a Pont-à-Mousson; 1585-1587 conflitto con l'ordine dei gesuiti per il controllo della facoltà di giurisprudenza. *Arch. biogr. franç.*, 476, 454-456; *Dict. de biogr. franç.*, 6, 1143 s.

Opere: *Syntaxes artis mirabilis [...]*, Lugduni, 1575-1581; *De iuris arte, methodo et praeceptis*, Lugduni, 1580; *Praeludia optimi iurisconsulti, probique magistratus [...]*, Lugduni, 1583; *Universi juris methodus parva et compendiosa*, Francofurti, 1590.

Petr. **Gregor.** libr. 36. syntagm. c. 2. (23)

Pierre Gregoire, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerumpublicarum praecipuarum in tres partes digestum*, Lugduni, 1582.

Cfr. sopra Petr. Greg. de Repub.

Halicarnass. lib. 1. et 2. (29, 55)

Dionysius Halicarnassensis, *Antiquitatum Romanarum quae supersunt*, ed. C. Jacoby, Lipsiae, 1885-1925, tt. 1-15.

Historici Imperii Gallicani (55)

Si intendono gli storici del regno di Francia e i sostenitori delle libertà franco-galliche.

Jean Du Tillet, *Chronicon de regibus Francorum, a Faramundo usque ad Franciscum primum [...]*, Lutetiae, 1551; Gregorius Turonicus, *Historiae Francorum libri decem [...]*, Parisiis, 1561; François

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hotman, *Francogallia*, [Genevae], 1573; Ètienne Forcadel, *De Gallorum imperio et philosophia libri VII.*, [Genevae], 1595.

Hotoman. quaest. illust. 1. (36)

François Hotman, *Quaestionum illustrium liber [...]*, [Genevae], 1573.

Vita: Parigi 1524 — Basilea 1590; 1539 conversione al calvinismo; dal 1546 professore di diritto a Parigi; 1550 fuga a Lione e Ginevra; professore di *humaniora* a Losanna; 1560 consigliere del conte palatino; ambasciatore palatino presso il re di Navarra e il principe di Condé; 1560-1563 ripetuti incarichi diplomatici presso i principi tedeschi e francesi per consolidare le alleanze ugonotte; 1567 succede a Cujas sulla cattedra di diritto di Bourges; nominato storico del regno dal cancelliere Michel de L'Hospital; 1572 fuga a Ginevra dopo la notte di S. Bartolomeo; ultimi anni di vita tra Ginevra e Basilea. *Dict. de biogr. franç.*, 17, 1309 s.; *Arch. biogr. franç.*, 521, 246-340.

Opere: *De legibus populi Romani liber*, Basileae, 1557; *Commentariorum iuris civilis libri X. [...]*, Basileae, 1562; *Dialecticae institutionis libri IIII.*, [Genevae], 1573; *De feudis commentatio tripertita: sive est, disputatio de jure feudali. Commentarius in usus feudorum. Dictionarium verborum feudalium*, Lugduni, 1573.

Cfr. sopra Historici Imperii Gallicani.

Interp. Graeci ad l. 31. D. de legib. (38)

Si tratta della famosa legge di Ulpianus, *Digestum*, I, 3, 31: « Princeps legibus solutus est: Augusta autem, licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent. »

I commenti greci cui si fa qui riferimento possono essere la silloge dei *basilika* di Leunclavius oppure una delle raccolte bizantine pubblicate nel XVI secolo, per esempio, quella di Teofilo:
LX. librorum Βασικιλῶν, *id est universi iuris Romani, auctoritate principum Rom. Graecam in linguam traducti, ecloga sive synopsis [...] nunc edita per Ioan. Leunclaium [...]*, ed. Johannes Leunclavius, Basileae, 1575.
Theophilus Antecessor, Ἰνστιτοῦτα Θεοφίλου Ἀντικήνσωρος. *Institutiones iuris civilis, in Graecam linguam per Theophilum Antecessorem olim traductae ac fusissime planissimeque explicatae, nunc vero primo in lucem restitutae et recognitae, cura et studio Viglii Zuichemi*, ed. Viglius Zuichemus von Aytta, Basileae, 1534.
Le edizioni di testi bizantini pubblicate nel Cinquecento vengono ricordate da Douglas J. Osler, « Homer dethroned », in *Rechtshistorisches Journal*, 13, 1994, pp. 202-205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Va tuttavia osservato che si potrebbe trattare anche di una citazione indiretta da Cujas, *Observationes*, XXVI, 35, menzionato immediatamente dopo, il cui testo recita: « Solutus est legibus caducariis, fateor, solutus poenariis, ut ex Graecis ibidem [scil. *Observationes*, XV, 30] adnotavi ».

De **jure** magistrat. in subdit. (61)

Theodore de Bèze, *De iure magistratuum in subditos; et officio subditorum erga magistratus [...]*, Lugduni, 1576; 1. ed. franc. *Du droit des magistrats sur leurs subiets [...]*, [Genève], 1574.

Vita: 1519 Vezelay (Borgogna) — 1605 Ginevra; studi giuridici a Bourges e Orleans; promettenti risultati nella poesia umanistica; 1548 conversione al calvinismo ed emigrazione a Ginevra; missioni diplomatiche in Francia e in Germania; 1549-1558 professore di greco a Losanna; dal 1559 rettore dello studio di Ginevra; 1564-1589 ispiratore della vita religiosa e politica di Ginevra dopo la morte di Calvino. *Relig. in Gesch. u. Gegenw.*, 1, 117; *Theol. Realenzyk.*, 5, 765-774.

Opere: *De haereticis a civili magistratu puniendis libellus [...]*, [Genevae], 1554; *Confessio Christianae fidei et collatio cum papisticis haeresibus [...]*, [Genevae], 1560; *Histoire de la vie et mort de feu M. Jean Calvin*, in Jean Calvin, *Commentaires de M. Jean Calvin sur le livre de Josué, avec une préface de Théodore de Bèze, contenant en brief l'histoire de la vie et mort d'iceluy*, Genève, 1564; *Icones, id est verae imagines virorum doctrina simul et pietate illustrium [...]*, [Genevae], 1580.

Ecclesiastis 4. v. 4. 5. 6. 7. 8. ubi **Junius** notat (5)

François DuJon e Immanuel Tremellius (trad. e comm.), *Testamenti veteris biblia sacra, sive libri canonici priscae Judaeorum ecclesiae a Deo traditi, Latini recens ex Hebraeo facti, scholiis illustr., ab Immanuele Tremellio et Francisco Junio [...]*, Francofurti ad Moenum, 1576-1579.

Vita: Bourges 1545 — Leida 1602; 1562 conversione al calvinismo, Ginevra, studio della teologia; 1565 pastore ad Anversa, da cui fugge all'arrivo degli spagnoli; 1566 cattedra di teologia a Heidelberg; 1573 incaricato con il suocero, Immanuel Tremellius, di tradurre la Bibbia per i riformati; 1592 richiamato in Francia da Enrico IV per svolgere missioni diplomatiche in Germania; negli ultimi anni insegna a Leida. *Dict. de biogr. franç.*, 12, 48 s.; *Arch. biogr. franç.*, 347, 357-428 e 1058, 392.

Opere: *Grammatica Hebraeae linguae*, Francofurti, 1580; *Catholicae doctrinae de natura hominis iacentis in peccato et gratiae Dei ex peccato evocantis [...] collatio*, Lugduni Batavorum, 1592; *Eireni-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cum de pace ecclesiae catholicae inter Christianos, Lugduni Batavorum, 1593; *De politiae Mosis observatione: quid in populo Dei observari, quid non observari ex ea oporteat, postquam gratia et veritas per Christum facta est [...]*, Lugduni Batavorum, 1593.

Lips. lib. 2. pol. c. 3. (35, 67, 74)

Justus Lipsius, *Politicorum sive civilis doctrinae libri sex*, Lugduni Batavorum, 1589.

Vita: Overyssche (Brabante) 1547 — Lovanio 1606; 1576-1578 professore di storia a Jena e a Lovanio; 1578-1590 dopo la conversione al calvinismo si trasferisce a Leida; riconvertitosi al cattolicesimo, ritorna a Lovanio; è tra i fondatori del neostoicismo e del tacitismo. Van der Aa, *Biogr. woordenb. der Nederl.*, 4, 156-160; *Allg. Deutsch. Biogr.*, 18, 741-745.

Opere: *De constantia libri duo [...]*, Antwerpiae, 1584; *De cruce libri tres [...]*, Antwerpiae, 1593; *Epistolarum selectarum centuriae VIII. [...]*, Avenione, 1603, tt. 1-2; *Manuductionis ad stoicam philosophiam libri tres [...]*, Antwerpiae, 1603.

Machiavell. lib. 2. disput. c. 20. (67)

Si intende evidentemente il capitolo 20 del secondo libro dei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Venezia, 1531: « Quale pericolo porti quel principe o quella republica che si vale della milizia mercenaria ».

Petr. Martyr. 1. Reg. 20. (27)

Pietro Martire Vermigli, *Melachim id est regum libri duo: posteriores cum commentarijs Petri Martyris Vermilii et Ioannis Wolphii Tigurini*, Tiguri, 1571.

Vita: Firenze 1500 — Zurigo 1563; monaco agostiniano, attivo come predicatore dal 1526; a Napoli viene a contatto con il circolo di Juan de Valdes, che gli fa conoscere gli scritti di Erasmo, Zwingli e Bucero; dal 1541 priore di San Frediano a Lucca, dove legge la Bibbia secondo le dottrine dei riformatori; 1542 indagini dell'Inquisizione e fuga; Zurigo, Basilea, Strasburgo, dove è attivo nell'università; 1547 professore di teologia a Oxford; partecipa con Bullinger alla redazione della *Confessio Helvetica posterior*. *Realencyk. für prot. Theol. u. Kirche*, 20, 550-552; *Relig. in Gesch. u. Gegenw.*, 6, 1361 s.

Opere: *Defensio doctrinae veteris et apostolicae de sacrosanto eucharistiae sacramento [...]*, [Tiguri], [1559]; *In epistolam S. Pauli apostoli ad Rom. [...] commentarii*, Basileae, 1559; *Dialogus de utraque in Christo natura [...]*, Tiguri, 1575; *In Aristotelis Ethicorum*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[...] librum primum [...] commentarius [...], [s. l.], 1582; *Loci communes [...]*, ed. R. Massonius, Londini, 1576.

Petr. Martyr. 1. Sam. 28. (20, 38)

Pietro Martire Vermigli, *In duos libros Samuelis prophetae qui vulgo priores libri regum appellantur [...] commentarii [...]*, ed. Josias Simler, Tiguri, 1575.

Cfr. sopra Petr. Martyr. 1. Reg. 20.

Plutarch. de civil. administr. ad Trajan. (5)

Plutarchus Chaeronensis, *Πολιτικὰ παραγγέλματα [Praecepta gerendae reipublicae]*, ed. Jean-Claude Carrière, in *Oeuvres morales*, Paris, 1984, pp. 73-146.

La dedica « ad Traianum » è dovuta ad una contaminazione con i lacerti apocrifi contenuti nei libri 5-8 del *Policraticus* di Giovanni da Salisbury. Cfr. *Institutio Trajani. Epistola ad Trajanum*, in Plutarchus Chaeronensis, *Moralia. Vol. VII.: Plutarchi fragmenta vera et spuria [...]*, ed. Gregorius N. Bernardakis, Lipsiae, 1896, pp. 183-193.

Ranzovius lib. 1. comment. bell. c. 11. (67)

Heinrich Rantzau, *Commentarius bellicus [...] praecepta, consilia et strategemata pugnae terrestris ac navalis, ex variis [...] collecta scriptis complectens [...]*, Francofurti, 1595.

Vita: Steinburg bei Itzenhohe (Holstein) 1526-1598; studio a Wittenberg in casa di Lutero; soggiorno di sette anni alla corte di Carlo V; dal 1556 vicario del re danese nello Schleswig-Holstein; partecipa alla conquista danese del Dithmarschen. *Allg. Deutsch. Biogr.*, 27, 278 s.

Opere: ps. Cilicius Cimber, *Belli Dithmarsici ab inclyto Daniae rege Friderico II. et illust. Holsatiae ducibus, Johanne et Adolpho fratribus, gesti, anno p. Ch. n. M.D.LIX. vera descriptio, duobus libris comprehensa*, Basileae, 1570; *Catalogus imperatorum, regum ac principum qui astrologicam artem amarunt, ornarunt et exercurernt [...]*, Antverpiae, 1580; *De somniis, eorumque eventibus liber [...]*, Rostochii, 1591; *Methodo apodemica seu peregrinandi perlustrandique regiones, urbes et arces ratio [...]*, ed. Albertus Mejerus, Lipsiae, 1588.

Eccles. 10. v. 1. ubi **Remus** (75)

Georg Rem, *In Solomonis ecclesiasten, qui de vanitate rerum, et adipiscendo summo bono, spicilegium alterum [...]*, Sigenae Nassoviorum, 1596.

Vita: Augusta 1561 — Altdorf 1624; giurista, filologo, storico e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poeta; sostenitore del conte palatino Federico IV; 1600 consulente della città di Norimberga; 1624 vicecancelliere dell'università di Altdorf e consigliere personale del duca Augusto di Braunschweig-Lüneburg. *Jöcher*, 3, 2008 s. e *Adelung*, 6, 1786-1790; *Deutsch. Biogr. Arch.*, 1021, 331-347.
Opere: *Exercitationum genialium farrago*, Augustae Vindelicorum, 1583; *S. evangelistarum Matthaei, Marchi, Lucae et Johannis, demonstrationes [...]*, Basileae, 1588; *D. Karuli V. Imp. PP. Aug. Invictiss. Sacriq. Imperii Romani ordinum leges capitales. A Georgio Remo paraphrasi expositae, et scholiis auctae [...]*, Herbornae Nassoviorum, 1594; *Dissertatio epistolica de manuscripto quodam, quod Georg. Remus sub titulo: Ἡ ἀριστοπολιτεῖα sive de optimo rei publicae statu [...] quondam conscripsit [...] ad Sig. Jac. Apinum [...]*, ed. Jakob Brucker, Augustae Vindelicorum, 1724.

Proverb. 24. v. 6. ubi Georg. **Remus** (24)

Georg Rem, *Vir pius et sapiens. Hoc est in Solomonis regis παροιμιῶν librum, post aliorum messes spicilegium primum*, Sigenae Nassoviorum, 1596.

Cfr. sopra Remus, Eccles.

Rosinus in antiquit. Roman. (55)

Johannes Rosinus, *Romanarum antiquitatum libri decem, ex variis scriptoribus [...] collecti*, Basileae, 1583.

Vita: Eisenach 1551 — Naumburg 1616; nato da famiglia legata al circolo di Matthias Flacius Illyricus; studio a Jena; 1575 *conrector* del *Gymnasium poeticum* di Ratisbona; 1586 pastore a Wickerstedt in Sassonia-Weimar; 1592 predicatore a Naumburg. *Allg. Deutsch. Biogr.*, 29, 237-239; *Deutsch. Biogr. Arch.*, 1056, 212-215.

Opere: Johann Wigand, *Vera historia de succino Borussico. De alce Borussica. Et de herbis in Borussia nascentibus. Item de sale creatura Dei saluberrima, consideratio methodica et theologica [...]*, ed. Johannes Rosinus, Ienae, 1590; Martin Luther, *Antiturcica Lutheri: das ist, Vom Kriege und Gebet wider den Türcken [...]*, ed. Johannes Rosinus, Leipzig, 1594; *Exempla pietatis illustris: hoc est, vita trium Saxoniae ducum, principum electorum [...] Fridericis tertii sapientis, Joannis constantis, et Joannis Friderici magnanimi [...]*, Jenae, 1602.

Ruffin. lib. 2. c. 1. (20)

Rufinus [Aquileiensis], *Historiae ecclesiasticae libri X. et XI.*, ed. Theodor Mommsen, in Eusebius, *Die Kirchengeschichte*, Leipzig, 1908, Bd. 2, pp. 957-1040.

La storia della chiesa dei primi secoli era nota nel Cinquecento attraverso una serie di raccolte latine, tra le quali anche una di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Beatus Rhenanus: *Autores historiae ecclesiasticae. Eusebij Pamphili Caesariensis libri IX. Ruffino interprete. Ruffini presbyteri Aquileiensis, libri II. Omnia recognita ad antiqua exemplaria latina per Beatum Rhenanum. Item ex Theodorito episcopo Cyrensi, Sozomeno, et Socrate Constantinopolitano libri XII. versi ab Epiphanio Scholastico adbreviati per Cassiodorum Senatorem unde illis Tripartitae historiae vocabulum. Omnia recognita ad antiqua exemplaria latina per Beatum Rhenanum. His accedit Nicephori ecclesiastica historia, incerto interprete. Victoris episcopi libri III. de ecclesiastica historia. Theodoriti libri V. nuper ab Ioachimo Camerario latinitate donati*, Basileae, 1544, e attraverso una traduzione tedesca: *Chronica der alten Christlichen Kirchen auß Eusebio, Ruffino, Sozomeno, Theodoreto, Tertulliano, Cypriano, und Plinio [...]*, trad. ted. Kaspar Hedio, Straßburg, 1530.
Vita: Concordia 345 — Messina 410; battezzato nel 371, amicizia con San Girolamo; 372 ad Alessandria con Santa Melania Maggiore, studio della filosofia sotto Didimo e Serapione; 377 a Gerusalemme; controversia con San Girolamo circa l'esegesi di Origene; 397 ritorno in Italia; traduzione del Περὶ ἀρχῶν di Origene e divulgazione dei padri orientali; versione latina della storia ecclesiastica di Eusebio, che viene continuata con due libri. *Realencyk. für prot. Theol. u. Kirche*, 17, 197-201; *Relig. in Gesch. u. Gegenw.*, 4, 2133 s.
Opere: *Commentarius in symbolum Apostolorum*, ed. Carolus A. Heurtley, Oxonii, 1916; *Historia monachorum sive de vita sanctorum patrum*, ed. Eva Schulz-Flügel, Berlin, 1990.

Seneca lib. 7. de benef. c. 5. (36)

Lucius Annaeus Seneca, *Libri de beneficiis et de clementia*, ed. M.C. Gertz, Berolini, 1867.

Senec. epist. 91. (2)

Lucius Annaeus Seneca, *Ad Lucilium epistolae morales*, ed. Leighton Durham Reynolds, Oxonii, 1966, tt. 1-2.

Senec. ad Polyb. (40)

Lucius Annaeus Seneca, *Ad Polybium de consolatione*, ed. René Waltz, 4. ed., Paris, 1961.

Sigon. lib. 1. de Republ. Hebraeor. c. 6. (18, 55)

Carlo Sigonio, *De republica Hebraeorum libri VII. [...]* Bononia, 1582.

Vita: Modena 1523/1524 — Bologna 1584; studio del greco e della medicina a Bologna; 1544 professore di greco a Modena; 1552 cattedra di *humaniora* a Venezia; 1560 cattedra di retorica a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Padova; violente polemiche con il collega di ateneo Francesco Robortelli; passaggio a Bologna. *Jöcher*, 4, 577-579; *Arch. biogr. ital.*, 912, 381-438.

Opere: *De antiquo jure civium Romanorum libri duo [...]*, Venetiis, 1560; *De republica Atheniensium libri IV. [...]*, Venetiis, 1565; *Historiarum de regno Italiae libri XV. [...]*, Bononiae, 1574; *Historiarum de occidentali imperio libri XX. [...]*, Bononiae, 1574.

Sleidan. lib. 1. et 2. comment. (15, 29, 35)

Johannes Sleidanus, *De statu religionis et reipublicae Carolo Quinto Caesare commentarii [...]*, Argentorati, 1555.

Vita: Schleiden (Eifel) 1506 — Strasburgo 1556; studi giuridici a Parigi e Orleans; 1536 direttore del ginnasio di Strasburgo; 1542 professore di diritto a Strasburgo; 1545 storiografo ufficiale della Lega di Smalcalda; svolge diversi incarichi diplomatici per la città di Strasburgo. *Allg. Deutsch. Biogr.* 34, 454-461; *Deutsch. Biogr. Arch.*, 1190, 64-66.

Opere: ps. Baptista Lasdenus, *Oration an alle Churfürsten, Fürsten und Stände: Von des Bapstumbs auffkommen und abnemen [...]*, [Straßburg], 1541; *Summa doctrinae Platonis de republ. et legibus*, in Claude de Seyssel, *De republica Galliae et regum officijs libri duo [...]*, Argentorati, 1548, [ff. 8]; ps. Baptista Lasdenus, *Oration an Keiserliche Maiestat Von dem, das yetzige Religionshandel kein menschlich sonder Gottes werck und wunderthat seye*, Nürmberg, 1554; *De quatuor summis imperiis, libri tres [...]*, Argentorati, 1555.

Socrat. hist. eccles. lib. 1. c. 9. (20)

Socrates Scholasticus, *Kirchengeschichte*, ed. Günther Christian Hansen, Berlin, 1995.

Cfr. sopra Ruffin.

Vita: Costantinopoli 379-440?; grammatico, giurista, autore di una storia della chiesa che continua quella di Eusebio fino all'imperatore Teodosio II (379-439); la sua esposizione risulta vicina alle posizioni dei novaziani. *Realencyk. für prot. Theol. u. Kirche*, 18, 481-486; *Relig. in Gesch. u. Gegenw.*, 6, 127 s.

Theodor. eccles. histor. lib. 1. c. 9. (20)

Theodoretus Cyrrhensis, *Kirchengeschichte*, ed. Lèon Parmentier, Leipzig, 1911.

Cfr. sopra Ruffin.

Vita: Antiochia 393/394 — Cyrrhus 457/458; discepolo di Giovanni Crisostomo; 423 vescovo di Cyrrhus sull'Eufrate; 431 coinvolto nelle dispute tra eutichiani e nestoriani; 449 deposto e successivamente reintegrato nella gerarchia ecclesiastica. *Realen-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cyk. für prot. Theol. u. Kirche, 19, 609-615; *Relig. in Gesch. u. Gegenw.*, 6, 749 s.

Opere: *Opera omnia*, in *Patrologiae cursus completus*, ed. J.-P. Migne, Lutetiae Parisiorum, 1864, tt. 1-5; *Correspondence*, ed. Yvan Azéma, Paris, 1955; *Therapeutique de maladies hellenique*, ed. Pierre Cannivet, Paris, 1958; *Eranistes*, ed. Gerard H. Ettlinger, Oxford, 1975.

Ursin. lib. 2. dispos. ult. (58, 73, 75)

Zacharias Ursinus, *Exercitationum liber secundus [...]*, Neustadii Palatinorum, 1590.

Vita: Breslavia 1534 — Neustadt an der Weinstraße (Palatinato) 1583; 1550-1558 studi a Wittenberg; 1559 prende posizione a favore della dottrina eucaristica di Calvino; 1560 entra in contatto a Zurigo con Pietro Martire Vermigli; 1561 professore di teologia dogmatica a Heidelberg; 1562-1563 su incarico di Federico III compone, con Kaspar Olevian, il catechismo del Palatinato, la più famosa opera del calvinismo tedesco; 1576 licenziato dal nuovo principe palatino Ludovico VI; 1577 professore al *Casimirianum* fondato a Neustadt an der Haardt/an der Weinstraße da Johann Casimir, figlio di Federico III. *Allg. Deutsch. Biogr.*, 39, 369-372; *Realencyk. für protest. Theol. u. Kirche*, 20, 349-353.

Opere: *Doctrinae Christianae compendium*, Genevae, 1584; *Tractationum theologicarum volumen primum [et secundum] [...]*, ed. Johannes Ursinus [in realtà Johann Jungnitz], Neustadii, 1587-1589; *Explicationum catecheticarum [...] asbolutum opus [...]*, ed. David Pareus, Neostadii Palatinorum, 1593; *Opera theologica [...] partim antehac non edita [...], partim ex Germanica in Latinam linguam [...] conversa [...]*, ed. Quirinus Reuter, Heidelbergae, 1612.

Valerius Maximus lib. 6. c. 3. (67, 74)

Valerius Maximus, *Factorum et dictorum memorabilium libri novem [...]*, ed. Carolus Kempf, Lipsiae, 1888, rist. Stutgardiae, 1982.

Xenophon lib. 8. Cyripaed. (29)

Xenophon, *Institutio Cyri*, ed. W. Gemoll e J. Peters, Lipsiae, 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIUSEPPE DUSO

UNA PRIMA ESPOSIZIONE DEL PENSIERO POLITICO DI ALTHUSIUS: LA DOTTRINA DEL PATTO E LA COSTITUZIONE DEL REGNO (*)

1. La *Disputatio politica* « *De regno* » nello sviluppo del pensiero di Althusius. — 2. L'elemento associativo e la politicità naturale dell'uomo. — 3. La dottrina del patto. — 4. Il patto costitutivo della repubblica e gli *jura majestatis*. — 5. Il patto tra il popolo e il sommo magistrato. — 6. Gli Efori e il problema della rappresentanza. — 7. Il tiranno e il diritto di resistenza.

1. *La* Disputatio politica « De regno » *nello sviluppo del pensiero di Althusius.*

Molto spesso gli studi sul pensiero politico di Althusius hanno come punto di riferimento la terza edizione della *Politica*, che è di più facile reperimento, sia nella sua veste originale, risalente al 1614, sia nelle ristampe novecentesche, da quella famosa del Friedrich a quella più recente offerta da Scientia Verlag (1). Tale scelta è giusti-

---

(*) L'elaborazione di questo saggio non sarebbe stata possibile senza utilizzare il ricchissimo patrimonio di testi politici del Cinque- e Seicento della Herzog August Bibliothek di Wolfenbüttel. Ringrazio perciò vivamente gli organi di direzione della Biblioteca per avere agevolato la ricerca con un soggiorno di studio.

(1) J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta atque exemplis sacris & profanis illustrata,* Herborn 1614, rist. an., Scientia Verlag, Aalen 1981[2]. La prima edizione è del 1603, sempre presso l'editore Corvinus di Herborn; tra le due si ha l'edizione di Groningae 1610 (pubblicata anche ad Arnheim). D'ora in poi mi riferirò alla prima edizione (indicata con *Pol A*, capitoli, e numeri delle pagine), che sarà principalmente tenuta presente a causa della vicinanza anche temporale con la *Disputatio* in questione, e in alcuni casi alla terza edizione, che costituisce la versione definitiva (citata con *Pol C,* capitoli, e numeri, che in questo caso non sono delle pagine ma riguardano la divisione della materia). Ricordo che la seconda edizione risente già dell'esperienza dell'attività politica svolta ad Emden e contiene le innovazioni fondamentali; essa sta alla base della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficata da più ragioni: questa è infatti la versione che rimase inalterata nelle successive edizioni, e nello stesso tempo in essa si assestano e si completano i mutamenti e gli ampliamenti, che già si erano avuti nella seconda edizione del 1610. È in queste due edizioni che si può riscontrare la ricaduta nella dottrina della pratica di *syndicus*, da Althusius esercitata a Emden a partire dal 1604 (2). Ciò non ha importanza nella direzione della verifica di un vago rapporto tra teoria e prassi politica, ma piuttosto in quella della constatazione del progressivo aumento dello spessore « costituzionale » (3) che la dottrina politica di Althusius viene progressivamente ad assumere. Anche se queste ragioni raccomandano lo studio della terza edizione, tuttavia appare necessario un lavoro di scavo sullo sviluppo del pensiero althusiano per il quale appare ancora insufficiente quanto gli studi offrono in relazione alle notevoli modifiche esistenti tra la prima edizione del 1603 e le due successive. Basti pensare al fatto che in queste ultime viene quasi a raddoppiarsi il numero delle pagine, appaiono capitoli nuovi come quelli dedicati al governo della città, alla provincia e al tiranno (4), ed è esplicitamente espressa la consapevolezza di avere prodotto un'opera nuova, per quanto attiene non solo alla forma e al metodo, ma anche al senso sistematico

---

terza edizione (gli stessi sono i capitoli e pressochè uguale è anche il testo), nella quale tuttavia, oltre alla divisione della materia in numeri o paragrafi, che consentono di premettere ad ogni capitolo l'indice, sono stati introdotti alcuni completamenti ed un aumento delle indicazioni bibliografiche.

(2) Su ciò si veda H. ANTHOLZ, *Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden,* Aurich 1955; una recente critica all'ottica interpretativa del lavoro di Antholz è quella di C. MALANDRINO, *Il Syndicat di Johannes Althusius a Emden. La ricerca*, « Il pensiero politico », XXVIII (1995), n. 3, pp. 359-383.

(3) Naturalmente il termine è da prendere con consapevolezza storico-concettuale, e dunque non certo in relazione al significato moderno del termine, ma in quello etimologico, che segnala la pluralità e le differenze proprie delle consociazioni, le quali, come parti, *costituiscono* appunto quell'intero che è il regno o la repubblica. Sull'approccio al termine di *Verfassung* cfr. O. BRUNNER, *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte,* Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1968^2; tr. it. parziale a cura di P. Schiera, Vita e Pensiero, Milano 1970, sp. il saggio: *Il moderno concetto di costituzione e la storia costituzionale del medioevo.*

(4) Nel cap. XXXVIII di *Pol C,* a questo proposito, si riprende e si amplia nella forma di una trattazione autonoma quanto nella prima edizione della *Politica* e nella stessa *Disputatio* costituisce materia del diritto di resistenza, da cui discende uno tra i compiti fondamentali degli Efori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che viene ad assumere la scienza o arte politica (5) in relazione ai saperi confinanti, come il diritto, l'etica e la teologia (6).

Nella direzione di una più attenta ricerca dello sviluppo e delle modificazioni del pensiero di Althusius è allora da accogliere con grande interesse il ritrovamento, avvenuto qualche anno fa nella Herzog August Bibliothek di Wolfenbüttel da parte di Michael Stolleis, di una dissertazione di carattere politico sul tema « *de regno recte instituendo & administrando* », difesa da Hugo Pelletarius sotto la presidenza di Althusius, e pubblicata a Herborn nel 1602 (7). Con essa si acquisisce un nuovo materiale importante per la ricostruzione del modo in cui si è formato e ha preso una sua sistemazione il pensiero politico althusiano. Ci troviamo infatti di fronte ad una prima schematica esposizione di buona parte della materia della prima edizione della *Politica,* apparsa a distanza di un solo anno presso lo stesso editore Corvinus. Fino a questo ritrovamento ben pochi erano gli elementi disponibili per la ricostruzione della formazione del pensiero politico althusiano, anche perché le altre dissertazioni di cui si è a conoscenza sono in gran parte dedicate a

---

(5) La questione se la politica sia scienza, arte o prudenza, spesso in riferimento agli *habitus* intellettuali aristotelici, è quasi un tema canonico delle politiche del primo Seicento; su ciò si veda l'ampia disamina compiuta da M. SCATTOLA nella sua ricerca, *Imperium virtutis. Idee della politica nell'età moderna*, di prossima pubblicazione. Althusius parla sia di « scienza » che di « arte », e ciò potrebbe sembrare una incongruenza se egli si collocasse in modo rigido all'interno dello schema aristotelico: mi sembra invece che per intendere queste denominazioni della politica non solo sia da tener presente il concetto di scienza pratica, nei confronti del quale si assiste ad una rottura quando nel Seicento nasce la *nuova scienza politica*, ma ancor più il superamento della distinzione di scienza teoretica e scienza pratica che si ha nell'ambito della tradizione ramistica, nella quale l'arte diviene sistema dei principi, dei canoni propri di ogni disciplina. Da questo punto di vista allora l'arte non si contrappone alla scienza e alla prudenza, come sembra accadere nell'ambito della teoria aristotelica degli abiti intellettuali; cfr. su ciò W. SCHMIDT-BIGGEMANN, *Topica universalis. Eine Modellgeschichte humanistischer und barocker Wissenschaft*, Hamburg, Felix Meiner, 1983.

(6) Cfr. la *Prefazione* dedicata agli illustri ordini della Frigia, che compare ugualmente nella II e nella III edizione.

(7) *Disputatio politica De regno recte instituendo & administrando, quam... præside Johanne Althusio...in illustri schola Nassovica, quae est Herbornæ ...publicè defendere conabitur Hugo Pelletarius Aquisgranensis,* Herbornæ Nassoviorum, ex officina Christophori Corvini, 1602.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problemi giuridici (8). La convinzione di Stolleis che si tratti di un testo da attribuire ad Althusius, secondo un'usanza ricorrente, che, per la promozione, spesso richiedeva al « respondens » la prestazione orale della difesa delle tesi e non il lavoro scritto di stesura delle tesi stesse, non mi pare possa essere contestato. Molti esempi, come è noto, si hanno in questo periodo di opere, anche riguardanti la politica, che consistono nella raccolta da parte del professore e

---

(8) Cfr. la *Althusius-Bibliographie. Bibliographie zur politischen Ideengeschichte und Staatslehre, zum Staatsrecht und zur Verfassungsgeschichte des 16. bis 18. Jahrhunderts,* hrsg. H.U. Scupin und U. Scheuner, bearb. W.Wyduckel, 2 Bd., Berlin 1973. Qualche elemento politico si ha nella *Disputatio (Theses philosophicae)* di Robert Howie-Hovaeus, discussa il 25 marzo 1587, sotto la presidenza di Althusius (un esemplare si trova all'University Library di Glasgow). In questa *disputatio* si ha una elencazione della varie parti della filosofia, definita « omnium artium cognitio ». Accanto alle tesi che determinano la retorica, la logica, l'aritmetica, la geometria, la fisica, l'etica, l'economica, abbiamo anche quelle che organizzano la materia della politica. Le tesi di questa *Disputatio* sono assai più scarne, asseverative e meno argomentate di quelle contenute nella *Disputatio politica De regno,* venendo in tal modo a testimoniare con ancora più evidenza che la prova del candidato al titolo di *Doctor* o di *Magister artium* consisteva non tanto nella stesura del testo, quanto piuttosto nella prova orale in cui le tesi venivano sostenute e dimostrate (cfr. W. ALLWEISS, *Von der Disputation zur Dissertation*, in R. JUNG und P. KAEGBEIN (hrsg.), *Dissertationen in Wissenschaft und Bibliotheken,* K.G. Saur, München-NewYork-London-Paris 1979, pp. 13-28 e inoltre la bibliografia citata nel saggio di M. Stolleis contenuto in questo numero di « Quaderni Fiorentini »). Per quanto riguarda la politica le dieci tesi, che occupano una mezza pagina, sono ben poca cosa e appaiono assai rozze, come giustamente sostiene Gerhard MENK (*Die Hohe Schule Herborn in ihrer Frühzeit (1584-1660),* Wiesbaden, Selbstverlag der Historischen Kommission für Nassau, 1981, p. 259). Ma si può forse dire anche di più; e cioè che, siano in questo caso di Hovaeus o di Althusius, queste tesi sembrano o poco significative, o addirittura lontane dal contesto di pensiero che caratterizza la *Politica methodice digesta*. Ancora generica appare l'indicazione della prima tesi ("Respub. nihil aliud est quam familiarum & collegiorum sub unum & idem imperium subjecta multitudo ») e poco significative per lo sviluppo del pensiero di Althusius sono pure l'indicazione che la forma di *potestas* migliore e più consona alla natura è quella regia, specie se fondata sulla stirpe e non sulla elezione (tesi n. 4), come l'affermazione della disuguaglianza naturale tra gli uomini, che da una parte comporta l'opposizione ad una uguale distibuzione dei beni, dall'altra conduce al giudizio che è contrario alla giustizia cercare nella repubblica una « equalitatem & paritatem popularem ». Non significativa e generica è anche la tesi dedicata al tiranno (n. 8). Mi pare che non si possa qui ritrovare un primo nucleo, sia pur scarno ed essenziale, del pensiero politico di Althusius, quale prenderà forma sistematicamente nella posteriore *Politica*, la quale del resto — e ciò è da tener presente — è posteriore di ben sedici anni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sotto il suo nome, delle *disputationes* difese appunto dagli studenti. Queste tesi vengono in questi casi a coprire in modo articolato e spesso pressoché sistematico la materia attribuita alla politica (9).

Ogni dubbio al proposito svanisce se si confronta il testo della *Disputatio* con la prima edizione della *Politica* di Althusius. Si può infatti notare che quasi tutte le tesi si ritrovano nel testo di Althusius, non approssimativamente, in quanto sono contenuti gli stessi temi, ma con veri e propri calchi letterali e spesso con le stesse indicazioni

---

(9) Per indicare solo due esempi si può ricordare l'opera politica, costituita tutta di dissertazioni, di Philipp Heinrich von Hoen, che ha insegnato a Herborn e segue in buona parte le teorie di Althusius, soprattutto per quel che riguarda il diritto di resistenza e la figura degli Efori (*Philippi Hoenonii Liber primus disputationum politicarum*, in *Libri duo disputationum: prior politicarum methodice digestarum: posterior juridicarum ad selectas aliquot Pandectarum materias,* Herbornae Nassoviorum, 1608); e inoltre le raccolte di *disputationes* di Christoph Besold, *Collegii Politici, Classis prima; Reipublicae naturam & constitutionem absolvens*, Tubingae, Typis Ioh. Alexandri Celli, 1614 e *Collegii Politici, Classis posterior; De Republica in omnibus partibus gubernanda* (stesso editore ed anno), che diventano, con poche varianti e aggiunte i capitoli dell'opera politica *Politicorum libri duo*, Francofurti, in Bibliopolio Joh. Alexandri Celli, 1620, che non contiene più il riferimento alle *disputationes* e ai *respondentes*. Non si può tuttavia, per quanto riguarda il problema del vero autore delle disputazioni, riferirsi ad una regola fissa che risolva tutti i casi. Karl Mommsen (*Auf dem Wege zur Staatssouveränität. Staatliche Grundbegriffe in Basler juristischen Doktordisputationen des 17. und 18. Jahrhunderts,* Francke Verlag, Bern 1970), nell'esame delle disputazioni politiche di Basilea, arriva a conclusioni opposte esaminando alcune *disputationes* degli anni Venti del Seicento, in particolare quella di Remigius Faesch, « *De foederibus ex iure publico deprompta* », che esclude, contro Althusius (p. 195) che vengano annoverati tra i patti quelli che danno luogo ad una *unio* tra regni e province attraverso leggi fondamentali, perchè in questo modo nasce un corpo politico nuovo (patti cioè si danno quando i soggetti restano diversi e autonomi tra loro). Nove anni dopo, sotto la presidenza di Faesch, divenuto docente, Gabriel Harsdörffer discute una dissertazione sullo stesso tema che è siglata solo R e non A & R (si dovrebbe intendere cioè *Respondens* e non *Autor* e *Respondens*). Si dovrebbe concludere che lo scritto è del preside Faesch. Ma in realtà — sostiene il Mommsen — le tesi sono diverse e le concezioni del maestro sono viste in modo unilaterale. Si può notare anche una serie di lacune per quel che riguarda l'indicazione delle fonti e degli autori rilevanti: l'autore, che in questo caso sarebbe lo studente, cita solo ciò che egli stesso ha letto. Il Mommsen conclude che, contro l'idea prevalente che il *Praeses* sia in realtà solitamente l'autore, sulla base dell'esame delle Disputazioni di Basilea si deve dire il contrario, che è lo studente a scrivere ciò che ha imparato dal *Praeses*; egli aggiunge tuttavia che non si può dedurre da ciò una regola generale che valga per tutte le *disputationes* (pp. 205-206). Una tale situazione non mi pare infatti si possa sostenere per il *De regno* in questione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bibliografiche (anche se incrementate). Molte sono le tesi, anche di notevole estensione, presenti come brani del testo della *Politica* senza alcun cambiamento; a volte si ha la sola variazione di un termine, o l'aggiunta di un sinonimo, o di un rafforzativo (10). In alcuni casi poi avviene la cosa più ovvia, se si pensa che nella *Disputatio* è contenuta, nella forma schematica e abbreviata, la materia che sarà più articolata e sistematizzata in un'opera organica di quasi cinquecento pagine: in questo caso cioè il testo della dissertazione è chiaramente ravvisabile nella prima edizione della *Politica*, ma è smembrato e completato con ampliamenti e aggiunte. Naturalmente l'andamento del discorso nell'opera successiva è a volte diverso, per cui le tesi non sono riprese con lo stesso ordine, e in alcuni casi — ad esempio in quello degli *jura majestati*s — la materia trova una diversa sistemazione, e ciò comporta una serie maggiore di variazioni. Anche in tal caso tuttavia le tesi sono riconoscibili nel testo, a volte con variazioni, ma a volte, anche qui, con una ripetizione letterale (11).

Il confronto dunque tra la stesura delle tesi della *Disputatio De regno* e la *Politica* posteriore di un anno, portano alla conclusione

---

(10) Si veda come esemplificazione quanto avviene per le tesi dedicate al diritto di resistenza e perciò al comportamento degli Efori in rapporto al tiranno. Delle 18 tesi (da LVIII a LXXV) tutte (meno la LXXIV, che non è una vera tesi, ma la semplice indicazione di esempi, che si ritrovano, ampliati, anche nel testo successivo) sono presenti in *Pol A*, quasi tutte con calco letterale perfetto, o a volta con l'aggiunta di un vocabolo. Ad esempio, di quelle dedicate alle ragioni che motivano la resistenza al tiranno (LXVIII-LXXIII), che pur si trovano in *Pol A* in posizione reciproca diversa e all'interno di un ampliamento della tematica, abbiamo la seguente situazione: la LXVIII è riportata integralmente nel cap. XIV di *Pol A* dedicato agli Efori, a p. 160, con la sola sostituzione del termine « obluctandum » con « resistendum ». La tesi LXIX da « Prima sumitur », con l'aggiunta di « ratio », è ripetuta letteralmente (p. 146). Lo stesso vale per la LXX, con il solo mutamento di « secunda » in « altera » (p. 146). La tesi LXXI è ripetuta letteralmente con la sola aggiunta dei termini « et prior & antiquior », dopo di « potior » e di « posteriori » dopo di « pacto ». Letteralmente è ripresa anche la tesi LXXII (p. 147), e la LXXIII (sempre a p. 147) con la sola aggiunta di « et ipsa fundamenta reipub. convellens », dopo « faciens ». Anche le varie parti della tesi LXXV sono riprese con notevoli integrazioni nelle pp. 160-162. Altre indicazioni sulla forma in cui le tesi sono recepite in *Pol A* saranno date nelle note seguenti.

(11) Infatti delle dodici tesi dedicate agli *jura majestatis* (dalla XIV alla XXVII) quattro sono riprese in modo letterale, cinque con alcune varianti; la XXVII, sul diritto di punizione, è ripresa in modo molto articolato (si veda su ciò la nota 58).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Althusius teneva di fronte la *Disputatio* mentre scriveva la *Politica*, e la riprendeva alla lettera, come si può fare con un testo proprio (o in ogni caso con un testo che si condivide pienamente). Anche l'organicità, la complessità della materia e la ricchezza dei riferimenti bibliografici mostrano, come giustamente ha osservato Stolleis, una maturità di pensiero e una ricchezza di letture non attribuibili ad uno studente, bensì a colui che stava accingendosi a stendere — o, presumibilmente, stava già stendendo — una elaborazione della politica con uno spirito nuovo e sistematico, che intendeva andare ben oltre l'uso contemporaneo di trattare tale tematica. È da ricordare infatti che proprio con la *Politica* di Althusius del 1603 e con il contemporaneo *Doctrinae & vitae politicae methodicum ac breve systema* di Otto Casmann (Francofurti 1603), inizia in Germania quel fiorire di trattazioni sistematiche della politica che caratterizza i primi venti anni del Seicento, ad opera soprattutto di giuristi e filosofi riformati calvinisti. In queste opere non si ha tanto l'inizio di una scienza politica in senso nuovo da un punto di vista dell'apparato concettuale, come avverrà con il giusnaturalismo di Hobbes e quello a lui successivo, quanto piuttosto un'organizzazione delle tematiche politiche che mostra un legame evidente con la tradizione precedente di filosofia pratica. Tuttavia si tende a superare una trattazione della materia legata alla forma della biografia politica, o alla educazione del principe, o a quella trattazione occasionale, limitata e non organica che si ha all'interno di discipline come la teologia, la filosofia e la giurisprudenza (12).

La *Disputatio De regno* (13) va allora considerata, per quanto

(12) Cfr. la *Praefatio* a *Pol A.* Sui tipi di trattazione della politica precedenti ai trattati sistematici cfr. di M. Scattola, oltre alla monografia citata, anche *Geschichte der politischen Bibliographie als Geschichte der politischen Theorie*, in « Wolfenbütteler Notizien zur Buchgeschichte », 20 (1995), Heft 1, pp. 1-37. L'indicazione del legame di questi trattati con la tradizione non contiene certo un giudizio di valore e non ha un carattere negativo. Le letture che ravvisano in Althusius un antesignano della moderna scienza politica vengono a fraintendere il contenuto del suo pensiero e a perdere quel contesto complesso che lo rendono importante per la nostra riflessione, in un tempo in cui la crisi dei concetti politici moderni sembra compiuta. Rimando, per lo sviluppo dell'ottica di questo approccio, ai miei precedenti scritti e recensioni sul tema della politica althusiana citati nelle note successive.

(13) Si pensi alla dottrina della *majestas* del popolo, dottrina seguita soprattutto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riguarda i suoi contenuti di dottrina politica, in questo contesto, che, dal punto di vista più generale, può essere considerato quello della nascita delle trattazioni sistematiche della politica, e da un punto di vista più ristretto, quello concernente lo sviluppo dello stesso pensiero di Althusius, che nell'ambito tedesco del primo Seicento può per alcuni tratti essere inteso come esemplare, per altri mostra invece una sua posizione specifica spesso avversata. Nell'esame del pensiero politico della *Disputatio* è allora da tener presente soprattutto la prima edizione della *Politica*, e inoltre le fonti che sono citate nelle annotazioni che accompagnano le tesi. Questo rapporto con le fonti appare assai significativo, se è vero che ci troviamo di fronte alla stesura di un primo nucleo, o di una parte rilevante, sia pure in forma schematica, della *Politica.* Le citazioni, pur essendo numerose, sono tuttavia di gran lunga più scarne ed essenziali di quelle che si hanno nell'opera successiva, e permettono dunque di intendere con maggiore evidenza quali siano gli elementi e gli autori ai quali Althusius attribuisce maggiore importanza e attenzione sin dal primo concepimento della propria dottrina politica (14).

Nella prospettiva di un confronto con la prima edizione della *Politica* si può tentare di ridurre la trattazione a schema, secondo lo

---

nell'insegnamento posteriore di Herborn (si ricordi von Hoen e Alsted), ma spesso avversata da contemporanei e da autorevoli pensatori posteriori, quali ad esempio Hermann CONRING (*Dissertatio de Autoribus politicis,* in *Opera*, ed. Goebel, Braunschweig 1730, vol I, p. 31), o si pensi alla indicazione della associazione o *consociatio* come oggetto della politica, anzichè la *civitas*, o la *respublica*, secondo l'uso più diffuso.

(14) È tuttavia da osservare che il tema delle fonti non è da affrontare a partire da un'ottica moderna. Il rimando cioè non ha il senso immediato della adesione alle dottrine degli autori citati, ma risente dell'uso del tempo di mostrare la conoscenza delle opere e di un patrimonio comune. Anche le numerose citazioni delle Sacre Scritture, che sono copiosamente presenti, anche in rapporto alle fonti profane, nella stessa *Disputatio*, non hanno, a mio avviso, rilevanza nella direzione di una fondazione religiosa e teologica della politica (importanza prevalente al fondamento rivelato conferisce H. JANSSEN, *Die Bibel als Grundlage der politischen Theorie des Johannes Althusius*, Peter Lang, Frankfurt a. M. 1992, che considera rafforzarsi l'uso del rimando alle Sacre Scritture nella terza edizione della *Politica*). Forse esse hanno piuttosto il senso di un riferimento a quell'elemento religioso che fa parte dell'*ethos* concreto del mondo che Althusius ha presente. Sul problema delle fonti non sacre della *Politica* è da tener presente P. J. WINTERS, *Die Politik des Althusius und ihre zeitgenössischen Quellen,* Verlag Rombach, Freiburg i.B. 1963 (in seguito cit. *Quelle*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stile che Althusius ha avuto nelle diverse edizioni dell'opera, che inizia con uno « *Schema politicæ* » (nella seconda e terza edizione), o con una « *Tabula artis politicæ* » (nella prima). Ci si accorge subito — come ha notato Stolleis — che in questo caso viene ad avere una rilevanza particolare il tema del patto, perché quasi tutta la trattazione è scandita dal duplice patto, quello civile (che a sua volta si divide in quello tra i membri della repubblica o del regno e in quello tra il popolo e il sommo magistrato) e quello religioso con Dio: tale dottrina del patto serve dunque a organizzare la materia dell'intero scritto. Uno schema della trattazione della *Disputatio* ed un confronto con la *Tabula* di *Pol A* ci mostra che gran parte della tematica della successiva *Politica* è qui già presente e indicata. Nelle prime cinque tesi infatti, in una forma assai contratta e non adeguata alla formulazione della teoria della *consociatio* che si ha in *Pol A* (15), sono indicate le diverse forme associative che stanno alla base del regno presenti nella prima tavola di *Pol A* (*Politicæ proposita est consociatio*), anche se non vi è la distinzione, che non è ancora propria dell'ottica della *Disputatio* tra consociazione semplice particolare e consociazione universale. Le tesi riferentisi al patto civile tra i membri del regno aprono la trattazione degli *jura regni* e *jura majestatis* che si hanno nella seconda tavola (A) di *Pol A,* mentre la materia della terza tavola (B) dedicata ai *munera,* è contratta nelle tesi XII e XIII. Alla quarta tavola di *Pol A*, dedicata alla *Costitutio ministrorum Reipublicae*, corrisponde nella *Disputatio* in parte, per quel che riguarda il sommo magistrato, la materia trattata sotto la partizione determinata dal patto tra il sommo magistrato e il popolo (tesi XXVIII-XLIV), in parte, per quel che riguarda gli Efori, la materia che segue la teoria del patto e si occupa appunto degli Efori o ottimati e delle forme di magistratura (tesi XLIX-LVI).

Si può dunque notare che gran parte dei temi presenti nelle tavole, di ispirazione ramistica, che aprono la *Politica* si ritrova, a

(15) È per altro da ricordare, come è detto nel testo, che il tema della *Disputatio* non è la politica, ma il regno, e dunque le prime tesi riguardano in realtà il legame consociativo in quanto tale, ma sono introduttive alla trattazione del regno. Anche il *vinculum communionis* della tesi V è ripreso in *Pol A,* cap. VI (« promissio tacita vel expressa de communicandis rebus ») proprio all'inizio della trattazione delle leggi fondamentali e degli *jura majestatis*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volte con alcuni spostamenti, nelle tesi della *Disputatio*. Se si guarda complessivamente allo sviluppo del pensiero politico di Althusius e, in quest'ottica si inserisce anche lo scritto sul *De regno*, ciò che maggiormente colpisce è un progressivo aumento dello spessore *costituzionale* del pensiero di Althusius, cioè della comprensione della complessa dimensione della società, costituita di parti che hanno valenza politica e si esprimono nell'intero del regno o repubblica (16). Da questo punto di vista *Pol C,* attraverso l'aumento dei capitoli riguardanti la città e l'introduzione dei capitoli riguardanti la provincia, che implicano il problema degli ordini e delle corporazioni con la relativa determinazione del senso e dei modi della rappresentanza, rivela in rapporto a *Pol A* una maturazione dell'ottica con cui si guarda alla forma complessa della società . Questo senso *costituzionale* mi sembra presente, anche se in forma ancora iniziale, nelle tesi della *Disputatio*. Qui infatti si indicano le varie forme associative che sono alla base del regno, e la repubblica appare come un corpo costituito di parti diverse, di associazioni, che sono i veri suoi membri; tuttavia l'associazione in quanto tale non appare oggetto della politica, né sono presenti le distinzioni tra le consociazioni particolari e quella universale e tra le private e le pubbliche, come elementi di una teoria politica della consociazione. A questo proposito è tuttavia da osservare, non solo che ci troviamo di fronte a una *disputatio,* cioè ad un testo che doveva servire alla prova orale dello studente e non ad un'opera organica e sistematica, ma anche che la *Disputatio* in questione non ha come tema « la politica » (come lo avrà l'opera successiva), bensì il regno (il titolo è infatti: *De regno recte instituendo e conservando*), il quale, nell'ottica della *Politica*, è solo una parte, anche se la più rilevante e comprensiva della trattazione. Uno spostamento di ottica può essere dovuto dunque, oltre che alla maturazione della riflessione, anche alla

(16) Non mi sembra essere il maggior senso giusnaturalistico a contraddistinguere la terza edizione della *Politica* in rapporto alla prima, come vuole il Behnen, che tende a vedere tale senso giusnaturalistico come semplice copertura ideologica di un modo autoritario e verticistico di intendere la politica (M. BEHNEN, *Herrscherbild und Herrschaftstechnik in der « Politica » des Johannes Althusius*, « Zeitschrift für Historische Forschung », XI (1984), pp. 417-472, sp. p. 419).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

determinazione del tema, che nell'opera successiva appare più consono all'impostazione complessiva e originale della dottrina di Althusius.

2. *L'elemento associativo e la politicità naturale dell'uomo.*

Anche se non è la *consociatio* come tale ad essere tema della trattazione, ma il regno o la repubblica, o quella che successivamente sarà chiamata « consociazione simbiotica universale », tuttavia il senso della politicità dell'uomo e il significato dell'*imperium* emergono subito nelle prime tesi, che introducono il tema fornendo alcuni elementi generali, alcuni principi, che occuperanno il primo capitolo delle successive edizioni della *Politica*. Il riferimento all'orizzonte aristotelico, in cui viene affermata la naturale politicità dell'uomo, appare nella forma più diretta all'inizio della prima tesi, quasi a dare la sua impronta alla trattazione: « Homo est animal politicum »; e in questo caso *politicum* riprende direttamente il termine greco senza la mediazione della terminologia latina secondo cui la radice greca *polis* è resa con *civitas,* cosicché il termine politico è reso con *civilis* (17). La naturale politicità dell'uomo prende il suo autentico significato nel momento in cui non si ravvisa il fondamento della politica nella malvagità dell'uomo, che, nell'ambito della cultura cristiana, è segnata dal peccato originale. Non è la *natura lapsa* a richiedere l'esercizio di un potere e di una forza tesa ad impedire che gli uomini si arrechino vicendevolmente danno; la politicità inerisce piuttosto all'uomo sin dalla creazione. La natura dell'elemento politico non consiste allora nell'esorcizzare il male reciproco

(17) Nelle successive edizioni della *Politica* ci si riferisce a questo proposito alla posizione aristotelica o dicendo: « Planè homo naturâ suâ est animal gregabile, ad societatem cum aliis hominibus colendam natum » (*Pol A,* I, p. 4; *Pol C, I, 24);* oppure: « Qua ratione manifestum est, civitatem, id est, civilem societatem, naturâ consistere, hominemque naturâ esse civile animal, eamque consociationem sensim appetere » (*Pol A*, I, p. 6; *Pol C*, I, 33). Quest'ultima citazione è presa letteralmente da Diego Covarruvias (con l'eliminazione del termine *causam* e la sostituzione di *consocietatem* con *consociationem*, secondo il linguaggio tipico della *Politica*), che riprende a sua volta Cicerone e Aristotele (cito dall'edizione: Didacus COVARRUVIAS a Leyva*, Practicarum quaestionum liber unus,* in *Opera omnia*, Lugduni 1661, cap. I, num. 2, tenendo presente l'edizione pubblicata apud Heredes Hieronimi Scoti, Venetiis 1581).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e il conflitto, ma si esprime anche in una situazione di prima creazione, in cui non è ipotizzato il conflitto reciproco tra gli uomini (18).

Per il senso di questa apertura delle tesi politiche appare assai significativo il rimando al calvinista Lambert Daneau e alla sua *Politica cristiana* (19), il cui contesto di pensiero appare vicino in alcuni punti essenziali a quello di Althusius, come pure spesso la terminologia (20). Significativa è appunto l'indicazione di questo

---

(18) Dal momento che la comprensione di un tale ambito di pensiero, *altro* dal moderno, richiede la consapevolezza e il superamento dei concetti che sono sedimentati nel nostro modo di pensare, è da ricordare che con il moderno giusnaturalismo, o la *nuova scienza politica*, lo specifico della politicità sta nel potere — nella sovranità in senso moderno — e nel suo uso, e che esso è razionalmente richiesto e giustificato in base alla necessità di esorcizzare la conflittualità esistente per natura, o meglio esistente in un ipotetico *status* privo di *societa*s e dunque del potere politico che la caratterizza e che la rende possibile. L'elemento della conflittualità diviene allora presupposto necessario per la deduzione della forma ordinata della *societas civilis*. Una concezione dell'*imperium* nel senso della sovranità moderna, come mezzo unico per la realizzazione della *societas*, si ha, a differenza che in Althusius, in un autore come Pufendorf, che appare condizionato dal modo di intendere la politica inaugurato da Hobbes: cfr. il mio « *Consociatio* » *in Althusius e* « *socialitas* » *in Pufendorf: alle origini del concetto moderno di società,* « Filosofia politica » 1996, n.1 pp. 5-31. Per quanto riguarda l'esplicitazione e il chiarimento della logica dei concetti politici che nascono, o che si modificano radicalmente, nell'ambito della dottrina del patto sociale propria del moderno giusnaturalismo — logica alla quale i riferimenti qui contenuti sono solo allusivi e schematici — rimando a G. Duso (a cura), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano 1993², in particolare all'introduzione, *Patto sociale e forma politica*, pp. 7-49.

(19) Lambertus Danaeus, *Politices Christianae libri septem*, Eustathius Vignon, [Genevae] 1596. Come è stato detto, se è interessante esaminare quali sono gli autori e i contesti di pensiero che sono tenuti presenti in questa prima trattazione della tematica politica althusiana, si è tuttavia costretti a cercare di cogliere il significato effettivo del rimando che troviamo nel testo; non è infatti la semplice presenza o la ricorrenza di un autore o di un'opera politica ad essere di per sé indicativa della sua rilevanza per il pensiero di Althusius. Pierre Gregoire, il Tolosano, è di gran lunga l'autore più citato nella *Disputatio*, specialmente a proposito degli *jura majestatis*, così come è citatissimo nella *Politica*; la sua opera *De republica* (*De Republica libri sex & viginti, editio Germaniae nova,* Ex Officina Paltheniana, 1597) ha avuto grande influenza in Germania, ed è probabilmente così citata da Althusius a causa della sua autorità nella sistemazione della materia politica. Tuttavia in essa si manifesta una concezione della politica che mi sembra meno vicina a quella althusiana di quanto non lo sia quella di Daneau, citato solo tre volte nella *Disputatio*.

(20) Si veda ad esempio l'uso ricorrente del termine *sommo magistrato* (il cap. III del libro VI tratta « *De summo magistratu pio & Christiano, & illius iure* »), del resto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autore come punto di riferimento in relazione alla naturale politicità degli uomini. Nel capitolo IV del primo libro infatti Daneau si oppone alla tesi secondo cui nello stato di innocenza non ci sarebbe stata necessità della politica e dunque di regni e repubbliche, e che l'*imperium politicum* sarebbe stato necessario solo a seguito del peccato. Il ragionamento segue il modo aristotelico di intendere l'ambito dell'*oikos* e quello politico, con le relative forme di governo. Infatti Daneau, ravvisando nelle stesse Sacre Scritture il riconoscimento della società domestica con il relativo *imperium,* ne conclude la necessità dell'ambito politico con le relative funzioni di governo, per lo stesso fatto della pluralità delle famiglie; infatti è politico quell'*imperium* che si estende al di là della sfera dell'*oikos*, ad una realtà cioè comprendente più famiglie. L'insieme di più famiglie implica un ordine ulteriore e diverso, che richiede una funzione di guida e coordinamento non più « economica » (naturalmente nel senso che il termine ha nel contesto della antica *oeconomica*) ma *politica* (21). Prima del peccato la bontà degli uomini avrebbe bensì richiesto una dominazione più lieve e moderata, ed un *imperium* giustissimo e santissimo, ma tuttavia non avrebbe escluso l'*imperium* politico, necessario in quanto sono riunite realtà e aggregazioni diverse. Tale ragionamento giunge alla conclusione che anche nel « ceto » degli angeli esistono *politia* e *ordo* (22).

Tale questione è più rilevante di quanto possa sembrare, perché è la natura della politica e conseguentemente quella dell'*imperium* che vengono qui messe in questione. Ciò che caratterizza quest'ultimo non è il monopolio — con il relativo esercizio — della forza tipico del *potere politico* in senso moderno, bensì la funzione di *governo*, prendendo questo termine nel senso della guida e dire-

---

diffuso tra i monarcomachi (cfr. Théodore DE BÈZE, *Du droit des magistrats sur leur subiets*, [Genève], 1574, p. 9, dove il magistrato è chiamato in latino *Summus magistratus*, e in francese *souverain;* cfr. l'edizione latina, citata da Althusius, *De iure magistratum in subditos*, Lugdunii, 1576), come quello, meno diffuso di *consociatio*, che è centrale nella *Politica* di Althusius (cfr. *Politices Christianae,* lib. I, cap. III, pp. 22-24, dove il riferimento è alla *prima consociatio* tra gli uomini, esattamente come nella annotazione della seconda tesi, dove per altro, a questo proposito, non è citato Daneau, ma lo sono Seneca, Andrzej Frycz Modrzewski e Bodin).

(21) Cfr. DANAEUS, *Politices Christianae*, lib. I, cap. IV, p. 34.

(22) *Idem*, p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione, che sono necessarie a causa delle differenze esistenti tra gli uomini, differenze che cessano di essere pensate nel contesto moderno in cui il politico si concentra attorno all'elemento del potere e si basa su un orizzonte di uguaglianza tra gli uomini (23). Contro i seguaci di Machiavelli e i fautori della tirannide, Daneau, seguendo la tradizione aristotelica, distingue due generi di dominio assai diversi tra loro, quello economico e quello politico: mentre il primo è prodotto dalla natura, il secondo abbisogna del *suffragio* e del *consenso* degli uomini. Nell'ambito politico non c'è quell'azione di comando a senso unico che proviene dal padre o capo famiglia, nei confronti della moglie, dei figli e dei servi, ma si ha piuttosto una certa « æqualitas aut certè æquabilitas », che unisce insieme i superiori con gli inferiori: perciò è necessario il consenso, la collaborazione, la partecipazione dei governati (24). Questo rimando alla distinzione aristotelica (25) tra scienza economica e scienza politica mette in luce il significato dell'*imperium* politico, che implica il governo su liberi, ed affronta insieme una questione che sarà rilevante anche per le successive tesi della *Disputatio*, questione che, nel testo di Daneau, è posta assieme a quella della politica nello stato di innocenza, già all'inizio del cap. IV, citato da Althusius: se cioè abbiano una priorità, per quanto riguarda il tempo e la natura, i re o i sudditi, cioè il popolo. La risposta di Daneau, come quella di tutti i monarcomachi e dello stesso Althusius, come apparirà subito chiaro, è nettamente quella della priorità dei sudditi, che comporta la rilevanza del ruolo del patto posto alla base della costituzione del regno o repubblica.

La tematica del patto è centrale nella *Disputatio* ed è appaesata in un modo di intendere la politica che implica una duplice dimensione, quella della comunione e del vincolo comune tra i membri, e quella della direzione e del governo. Questa duplice dimensione che

---

(23) Per questo modo di intendere il termine di *governo* e per la sua differenza dal concetto moderno di *potere*, come pure per lo stretto legame che esiste tra il pensare la naturalità della società tra gli uomini e l'altrettanto naturale funzione di guida e di governo, si veda il mio *Fine del governo e nascita del potere,* « Filosofia politica », VI (1992), n. 3, pp. 429-462, per quanto riguarda Althusius pp. 436-443.

(24) DANAEUS, *Politices Christianae*, lib. I, cap. IV, p. 40.

(25) *Idem*, pp. 38-39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si esprime con totale chiarezza nella terza edizione della *Politica* (26), appare già nelle prime tesi del *De regno.* La *politia* o *respublica* è possibile in quanto si dà comunanza di beni e di opere tra i suoi membri, in quanto cioè c'è qualcosa che li accomuna: *res-publica* indica appunto ciò che è a tutti comune. I membri sono qui famiglie, collegi, villaggi e città, secondo una progressione di aggregazione che ha una sua manifestazione illustre nella *Politica* aristotelica e si basa sulla concezione che la *polis* è per natura. D'altra parte si ha *respublica* quando questo corpo si costituisce in modo unitario mediante una *summa potestas,* una funzione di governo che è affidata a colui che è il migliore e il più giusto (27). La *res-publica* è dunque innanzitutto letteralmente *res populi*, come dice il detto ciceroniano ripreso da Daneau e dallo stesso Althusius nella sua *Politica* (28): implica comunione e consenso ed è ciò che accomuna i suoi membri. Ma proprio per la diversità di questi membri e per il loro significato politico, la società pluralisticamente composta ha bisogno di una funzione unificante, che si esprime in un rettore, nel sommo magistrato. Quest'ultimo esprime l'*arché,* la guida, l'elemento ordinante questa società costituita da membri differenti: è un *unum* a cui le altre parti si rapportano, non un *unum* che riassume in sé tutti i membri mediante la rappresentanza dell'istanza sovrana del corpo politico intero. In quest'ultimo caso — quello della *sovranità moderna* — l'ordine ha il significato della sottomissione di tutti al potere che è anche di tutti, cioè di tutto il corpo politico. Invece l'*anarchia,* che viene condannata nella *Disputatio* (tesi II), non ha il significato della mancanza di un *potere* che *crei ordine* attraverso un rapporto formale di comando-obbedienza, quanto piutto-

---

(26) Cfr. *Pol C*, I, 10, dove si afferma la duplicità della legge simbiotica, che da una parte implica la direzione (*directio*) e il governo (*gubernatio)* della vita sociale, e dall'altra la comunione di cose, di vita e di opere tra i simbiotici.

(27) Cfr. le tesi II e III.

(28) Cfr. Danaeus, *Politices Christianae*, lib. I, cap. II, p. 11 e cap. III, p. 20, dove il detto di Cicerone è ripreso dal *De civitate Dei* di Agostino e suona: « *Respublica est res populi. Populus autem est non omnis coetus multitudinis: sed coetus iuris consensu, & utilitatis communione sociatus* ». Questo stesso passo si ritrova in una posizione di rilievo in *Pol C,* I, 7, senza l'iniziale « *Respublica est res populi* » e con riferimento diretto a Cicerone.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sto quello della mancanza appunto di *arché*, di guida, di coordinamento, e dunque di *ordine tra le parti del corpo politico.*

La necessità di una direzione e di un governo sulla base della naturalità della società si ha anche in un altro autore, che si trova presente fin dalla seconda tesi, e cioè lo spagnolo Covarruvias. Il patrimonio teorico della scuola di Salamanca, come è noto, è costantemente presente nella *Politica* di Althusius, e ciò ha fatto nascere l'interpretazione che autori come Covarruvias e Vasquez costituiscano la fonte principale d'ispirazione del pensiero politico di Althusius, che apparirebbe perciò come un loro seguace (29). Pur non condividendo tale conclusione ed essendo convinti della originalità e del maggiore spessore « costituzionale » del pensiero politico di Althusius, si deve peraltro notare la presenza di Covarruvias anche tra le prime fonti della *Disputatio*, e in punti strategici, quali quello della seconda tesi appunto o della XXXVI, dedicata al rapporto tra il popolo e il sommo magistrato. Ciò avviene anche nella seconda tesi, che richiama le *Practicae quaestiones* di Covarruvias, in cui l'indicazione della necessità della *temporalis potestas* e della figura del principe è intrecciata alla ripresa delle affermazioni aristoteliche della naturale socialità dell'uomo (30). Nello stesso testo di Covarruvias abbiamo anche l'affermazione che tale necessario rettore della repubblica non può essere istituito da altri che dalla stessa repubblica: solo così il suo governo è giusto e privo di tirannide (31).

Le due dimensioni, della comunità di vita e di beni e del

---

(29) Questa la nota tesi di E. REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca*, C. F. Müller, Karlsruhe 1955, ripreso per la parte dedicata agli autori spagnoli, da WINTERS, *Quelle* cit..

(30) Si veda, in COVARRUVIAS, *Practicarum quaestionum*, cap. I, num. 2 (quello cioè citato nella seconda tesi), oltre alla citazione di Aristotele ricordata nella nota 17, anche la famosa affermazione aristotelica della maggior socialità dell'uomo in rapporto agli animali che conducono vita di gruppo, quali le api, le formiche, le gru, (citazione ripresa anche questa da Althusius in *Pol A*, I, p. 6, con riferimento diretto a Covarruvias).

(31) « Huius verò ciuilis societatis, & reipublicæ rector ab alio, quàm ab ipsamet republica constitui non potest iustè, & absque tyrannide ». Ben altra è la convinzione espressa da Bodin, che è pure citato nella stessa annotazione alla seconda tesi. Infatti nel *De republica libri sex*, (Lugduni et Parisiis 1586), lib. I, cap. VI, egli esprime la convinzione contraria a quella della seconda tesi di Althusius: la repubblica cioè non nasce dalla retta ragione, quanto piuttosto ha origine dalla forza e dalla violenza, e proprio la violenza diffusa rende necessario l'*imperium* politico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

governo, sono entrambe costituenti la politica: politico è dunque l'elemento associativo e soggetti politici rimangono quei membri che affidano la *potestas* al governante, come si chiarirà nelle tesi dedicate al rapporto tra popolo e sommo magistrato, e come è già anticipato in queste tesi introduttive, dove si dice che colui che è insignito della *summa potestas* è soggetto a leggi e a condizioni che il popolo, cioè tutti i membri della repubblica insieme, determina. Tutte e due queste dimensioni trovano una loro modalità costitutiva nel *patto*, fatto questo che indica subito come la naturalità della politica, sia nel senso della dimensione associativa, sia in quella del governo, non escluda l'espressione della volontà dei membri che si associano, ma al contrario essenzialmente la implichi. Si tratta infatti non di una naturalità meccanica, ma della naturalità che è propria dell'uomo e che ne esprime perciò l'essenza razionale e volitiva.

3. *La dottrina del patto.*

Come si è detto, la figura del patto è in questa *Disputatio* dominante e serve ad organizzare tutta la trattazione. Abbiamo un patto religioso, tra Dio, il sommo magistrato e il popolo, e un patto civile, che si scinde a sua volta in due: un primo patto tra i membri del regno, e un secondo patto tra il popolo e il sommo magistrato. Anche le parti successive, che trattano degli Efori, del rapporto con il sommo magistrato (tesi XLIX-LVII) e della loro funzione in relazione al diritto di resistenza attribuito al popolo nel caso di un governo tirannico (LVIII-LXXV), dipendono dalla struttura che il regno e la sua amministrazione vengono ad assumere a partire dai patti che lo costituiscono. Certo la figura del patto, nelle sue diverse forme, è presente anche nella successiva *Politica*, ma non ha, da un punto di vista descrittivo e strutturale, la rilevanza che ha nella *Disputatio*. In questa si è di fronte ad una vera e propria dottrina del patto, che appare consona al modo di intendere la politica e la struttura della repubblica, come pure al modo di intendere l'azione di governo come amministrazione. Tuttavia la rilevanza del patto non comporta, a differenza di quanto ritiene Gierke (32), la vi-

(32) O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien,* Berlin 1880. (tr. it. parziale, Einaudi, Torino 1974).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cinanza del pensiero di Althusius alle teorie contrattualistiche del moderno giusnaturalismo, che modificherà radicalmente, a partire da Hobbes, il modo di intendere la politica e lo stesso significato del termine *respublica*, sulla base della concezione dell'unico potere politico in cui consiste la sovranità (33). L'esame della teoria del patto contenuta nella *Disputatio* chiarirà la differenza del pensiero di Althusius in rapporto a quello della moderna sovranità. Ci si può però innanzitutto chiedere il perché di tale rilevanza del patto e quale ne siano le fonti.

Se ci si interroga sul clima culturale in cui si elabora questa teoria del patto, non si può non ricordare l'insegnamento teologico di Herborn. Caspar Olevian fa della categoria del patto, già rilevante negli stessi Zwigli, Melantone e Calvino, una categoria centrale della teologia riformata (34). Ma negli stessi anni dell'insegnamento di Althusius nella *Hohe Schule* di Herborn si ha l'insegnamento di Matthias Martinius, che attorno al patto organizza l'insegnamento teologico, come mostrano diffusamente le più tarde opere di Brema (35) e, ancor prima, il suo *Memoriale biblicum,* pubblicato a

---

(33) Sulla differenza tra il contesto di pensiero althusiano e quello delle teorie contrattualistiche che iniziano con Hobbes, cfr. l'Introduzione a *Il contratto sociale* cit., sp. pp. 13-21. Nel quadro del moderno contrattualismo la *respublica* non è più ciò che è comune ai membri che la costituiscono e che hanno un ruolo politico, ma crea il dualismo tipico della moderna rappresentanza e un divario incolmabile tra l'espressione di volontà politica o pubblica e l'ambito privato in cui i singoli agiscono: essa non è allora ciò che *accomuna*, ma proprio ciò che tutela l'autonomia e l'isolamento degli individui.

(34) Si ricordi la sua opera *De substantia foederis gratuiti inter Deum et electos,* che dà luogo ad una edizione in lingua tedesca accorciata e semplificata, destinata a una più vasta diffusione: *Der Gnadenbund Gottes* / erklaret in den Artikeln unsers allgemeynen/ ungezweifelten Christlichen Glauben/ und in den angehengten zeichen und siegeln / welche man die H. Sakramente nennet, durch Cristhoff Raben, Herborn 1590. Si veda su ciò l'informato volume di MENK, *Die Hohe Schule Herborn* cit., p. 231-234. Un confronto tra le dottrine di Olevian e quelle di Althusius è tentato da H. H. EBER, *Die politische Theorie Caspar Olevians und des Johannes Althusius,* nel volume collettaneo *Konsoziation und Konsens. Grundlage des modernen Föderalismus in der politischen Theorie,* hrsg. G. Duso, W. Krawietz, D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlin 1997, che raccoglie gli atti del convegno su Althusius e il federalismo, tenutosi ad Herborn nel 1988.

(35) Matthias MARTINIUS, *De federis naturae et gratiae signaculis quinque tractatus; quorum est de Arbore vitae I. Circumcisione II. Paschate III. Baptismo IV. Coena domini V,* Braemæ, Typis Thomæ Villeriani, 1618.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Herborn nello stesso anno della *Politica* e presso lo stesso editore Corvinus. In quest'opera si può vedere come la figura del patto venga a coprire tutta la storia del rapporto di Dio con l'uomo e tutto l'arco delle Sacre Scritture. Infatti è il *foedus* a definire il rapporto di Dio con l'uomo: « Fedus est pactum Dei cum hominibus, quo Deus se Deum eorum fore promittit, & illos ut foederatos in populum suum assumit » (36). E se *vetus fedus* è quello della natura, stipulato già con la creazione e proclamato con la legge del Decalogo, anche la storia della salvezza, che si apre con il Cristo e con il nuovo testamento, si esprime con un nuovo patto, patto della grazia, dell'amore e della misericordia (37).

In rapporto all'uso della figura del patto nel *De regno* la teologia federale, che trova anche a Herborn la sua espressione, suggerisce alcune riflessioni. Innanzitutto è da sottolineare l'estensione che viene ad avere in essa la figura del patto, in misura tale da non indicare un particolare atto o l'espressione di una particolare volontà, ma il significato stesso del rapporto tra gli uomini e Dio, e dunque della vita e delle azioni degli uomini nell'ambito della storia della salvezza. Inoltre questo uso del termine *patto* è significativo per comprendere la natura che esso viene ad assumere in questo contesto. Il patto non è cioè un atto che sia fondato e prenda il suo valore dalla volontà delle parti contraenti. Non è cioè l'espressione di volontà degli uomini che entrano nel patto ad essere fondante il rapporto. Essere federati significa essere *eletti* e dunque anche essere scelti. Nella storia della salvezza è certo implicata la volontà degli uomini: essi non si salvano contro la loro volontà, ma ciò non avviene *sul fondamento* della loro volontà, quanto piuttosto su quello della misericordia e della grazia divina. Insomma la volontà dei federati si inserisce in una realtà oggettiva, della legge prima e della misericordia poi, che non dipende da essa: la volontà non è

(36) Matthias MARTINIUS, *Memoriale biblicum*, Corvinus, Herborn 1603, p. 14, I (rispettivamente la pagina e la numerazione che si ha nel testo).

(37) « Fedus novum est, quod ex mera misericordia cum peccatoribus Deus pepigit, nempe omnibus electis »: in esso è promessa la remissione dei peccati. I federati, cioè gli eletti, promettono fede e pietà: « Hinc patet, federatos, (id est electos) repromittere quidem fidem & pietatem, quód credituri sint remissionem peccatorum, & Spiritui sancto legem inscripturo obedituri: verúm non ex propris viribus, (quae nullæ sunt) sed ex Dei gratia præstandam » (p. 15, VI).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metro e misura, non è fondamento di validità, non esprime l'assolutezza dei soggetti.

La figura teologica del patto stipulato tra Dio e l'uomo è rilevante per le teorie politiche a cavallo tra Cinque- e Seicento, e ciò in una duplice direzione: da una parte in quanto esso pone l'elemento religioso al centro della stessa amministrazione e della vita politica, in una sintesi che prende il suo avvio dal pensiero di Calvino; dall'altra in quanto esso rivela l'ambito complessivo in cui il patto più propriamente politico tra gli uomini assume validità e vincola, al di là di una qualche forza o potere esterno che possa costituire una sicura garanzia. I contraenti il patto non sono depositari di una volontà che da loro soli dipenda, ma sono soggetti a una legge che li sovrasta e a cui debbono obbedire, che non è peraltro a loro esterna, ma consona alla loro stessa natura. Il patto tra gli uomini, in quanto rivolto al futuro, è sempre esposto al rischio del tradimento, contro cui l'unica garanzia è il rapporto di fede con Dio. Il contratto sociale del moderno giusnaturalismo si costruisce invece in modo tale da eliminare questo rischio e il timore del futuro, in quanto con il patto nasce una forza immane, cioè quella spada che diviene garante del fatto che i singoli, ormai disarmati dopo la costituzione della società, restino fedeli ai patti. Al contrario, attraverso i patti di cui si parla in queste prime politiche del Seicento, la forza fisica rimane nelle mani dei diversi gruppi di uomini e la fede in Dio resta una disarmata garanzia.

Il patto tra Dio, il sommo magistrato e il popolo impone anche nella *Disputatio* l'obbligo di servire Dio e di difendere la vera religione, obbligo che si riflette anche nei due patti civili, i quali non sono svincolati dall'orizzonte religioso. Ciò avviene anche nei testi dei monarcomachi, in particolare in quelle *Vindiciae contra tyrannos*, la cui la trattazione del duplice patto, religioso e civile, appare consonante con il pensiero espresso nelle tesi del *De regno*. Tale vicinanza appare anche nella concezione conseguente al primo patto, che ravvisa nel re, secondo i modi tipici del calvinismo, il vassallo del Re dei re, cioè di Dio (38). Anche Althusius riprende questa immagine e ricorda come, benché il sommo magistrato riceva

(38) Cfr. Stephanus Junius BRUTUS, *Vindiciae contra tyrannos, prima quaestio*, Edimburgi 1597, p. 10; si veda anche la recente bella traduzione italiana a cura di S.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal popolo la sua *potestas*, questo trasferimento non abbia tuttavia nella volontà del popolo un fondamento assoluto, ma solo un tramite, perché in ultima istanza, è da Dio che i magistrati tutti ricevono il regno (39). Il patto religioso non si colloca accanto a quello civile come un altro patto particolare, ma sta alla base anche di quello civile e determina l'orizzonte in cui quello si inserisce. Nella *Politica* le tesi della *Disputatio* relative al patto religioso (XLV-XLVIII) sono accolte e ripetute letteralmente, con lievissime varianti o aggiunte, e così pure sono riprese le indicazioni delle fonti, costituite dalle Sacre Scritture (40). Il contesto è quello del capitolo riguardante l'amministrazione ecclesiastica, che non costituisce tuttavia un capitolo a sé stante, che riguardi le autorità ecclesiastiche, ma fa parte della amministrazione complessiva del regno. Proprio dal patto religioso infatti dipende il dovere del sommo magistrato di difendere la vera religione, di prendere i provvedimenti necessari a definire e promulgare la dottrina della fede, ad aprire e a curare le scuole (41). È da ricordare che per Althusius l'oggetto della dottrina

---

Testoni Binetti, La Rosa, Torino 1994, in questo caso p. 19. Sul duplice patto si veda l'*Introduzione* della curatrice, sp. pp. XVI-XXIII.

(39) « Porro summi magistratus omnes, ideo, quod tanquam vasalli à Deo regnum suum accipiunt » (*Pol A*, XXIII, p.305). Anche nella *tertia quaestio* delle *Vindiciae*, quando si inizia il discorso riguardante la dipendenza dell'elezione del re dal popolo, si ricorda che « è Dio che istituisce i re, che li sceglie, che dà loro i regni » (p. 76; tr. it. p. 72; per la presenza di tale concezione in Ursinus cfr. nota 114).

(40) Cfr. *Pol A*, XXIII, pp. 302, 306, 307, 308.

(41) Se si tiene presente l'ambiente di Herborn, non si può non ricordare l'insegnamento di Zepper, la cui dottrina riguardante la costituzione della chiesa sembra rilevante per la *Politica* di Althusius, specialmente per quanto riguarda l'elemento collegiale proprio dei concili. A proposito del magistrato civile Zepper indica il dovere della cura delle cose ecclesiastiche (pp. 552 e ss.) e distingue l'ufficio civile del magistrato da quello religioso del ministro: il magistrato cristiano appare sottoposto al ministro da un punto di vista spirituale, non da quello civile (cfr. Wilhelm Zepper, *De politia ecclesiastica, sive Forma, ac ratio administrandi, et gubernandi regni Christi*, Herbornae, Corvinus, 1595, pp. 552 e ss.). In rapporto al contesto del pensiero politico di Althusius è significativo il fatto che in Zepper il magistrato abbia il compito di indire i sinodi contro la pretesa papale, ma ciò non comporti un suo ruolo decisivo (« non decisivam sed deliberativam...vocem habebit »; p. 479): essi rispondono infatti all'esigenza di una autoamministrazione di tipo collegiale (su ciò si veda Menk, D*ie Hohe Schule* cit., p. 239 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica è la simbiosi giusta e santa, e in questa è centrale l'elemento religioso (42).

La vicinanza tra l'impostazione della teoria dei patti che si ha nel *De Regno* con la dottrina del duplice patto, quello religioso e quello civile, che è diffusa tra i monarcomachi e i libelli rivoluzionari ugonotti (43), è confermata dalla presenza nelle tesi di indicazioni di

---

(42) Tale presenza dell'elemento religioso rimane non spiegata nelle interpretazioni che tendono a leggere la *Politica* di Althusius come un'opera « scientifica e laica », magari ravvisandovi un modo democratico di intendere l'esercizio del potere politico. Essa, d'altra parte, non comporta una concezione teologicamente fondata della politica, perchè la struttura politica che viene delineata è razionalmente comprensibile e giustificabile, come pure tutti quegli elementi per i quali Althusius (come del resto gli altri calvinisti) ravvisa indicazioni e insegnamenti nelle Sacre Scritture. Anche il Decalogo è visto come un rafforzamento di quanto anche la ragione naturale ci dice. Non c'è allora nella *Politica* né obbedienza a imperscrutabili e rivelati ordini di Dio, né una struttura di tipo teocratico o monocratico.

(43) È singolare che Q. Skinner, nel capitolo dedicato al diritto di resisteza e ai libelli ugonotti del suo libro, ora in traduzione italiana, *Le origini del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 1989, p. 488, sostenga che, a differenza di costoro, Althusius, come Buchanan, mantiene il silenzio sul patto religioso: ciò sorprende, poichè la presenza del patto religioso si ha oltre che nel *De regno* anche in *Pol A*, come si è detto, nel cap. XXIII, e nel corrispondente cap. XXVIII di *Pol C.* Forse a Skinner è sfuggita una presenza così evidente del patto con Dio, come pure il suo ruolo, in quanto è guidato da una interpretazione che, appoggiandosi a Gierke, e leggendo in modo troppo immediato l'introduzione di *Pol C* e l'intenzione, ivi proclamata, di cogliere lo specifico della politica distinguendolo dagli elemeni teologici e giuridici, tende a ravvisare nella *Politica* di Althusius una « concezione puramente secolare della società » che apre la via a una visione « moderna » della politica. Riconoscere la presenza e la funzione del patto religioso non significa per altro, come si è appena ricordato, proporre una interpretazione di tipo teocratico o di fondazione teologica della politica, perché la dottrina di Althusius ha un suo svolgimento razionale, che tende a cogliere nella sua essenza la realtà della vita sociale tra gli uomini, realtà che si può intendere come realtà etica, in quanto comprende quei rapporti reali che costituiscono la vita dei singoli all'interno dei quali la religione svolge un ruolo importante. Le interpretazioni che intendono il pensiero di Althusius sulla base dell'idea della pura razionalità della politica, e perciò anche della sua laicità, mostrano, a mio avviso, la loro debolezza non tanto nell'indicazione della razionalità della tessitura della *Politica,* quanto piuttosto nell'intendere tale razionalità come scientifica in senso moderno, basantesi sulla sua coerenza e autosufficienza, e in quanto tale escludente l'elemento religioso, che in questo contesto figura come non razionale. La politica di Althusius sarebbe allora, più che una riflessione filosofica sulla realtà dei rapporti umani che si trova di fronte, la costruzione di un modello, di una forma, chiamata magari « federale » in contrapposizione allo Stato e alla sua sovranità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riguardanti non solo le *Vindiciae*, ma anche l'opera di Hotman (44) e de Bèze, opere tutte che risultano significative per il modo di intendere il rapporto tra popolo e sommo magistrato. Tuttavia nella *Disputatio* è il patto civile, anziché quello religioso, come nelle *Vindiciae*, a sdoppiarsi, ragione per cui abbiamo un primo patto che indica il modo in cui si costituisce la repubblica, mediante l'azione dei membri del regno e dunque della pluralità di soggetti collettivi che costituiscono il popolo, il quale certo non è una totalità indifferenziata di individui. Tale differenza mi pare vada nella direzione, anche se nelle tesi, come si è detto, in forma ancora iniziale, della maggior complessità costituzionale che caratterizza la dottrina politica di Althusius tra quelle del primo Seicento.

4. *Il patto costitutivo della repubblica e gli* jura majestatis.

L'importanza del primo patto civile sta dunque innanzitutto nel chiarire il significato dell'elemento comunitario e nel dare il senso della costituzione plurale e complessa del popolo: natura composita del popolo che deve essere tenuta presente quando ci si riferisce all'*universus populus* a proposito del secondo patto civile, quello comune anche al contesto culturale dei monarcomachi. In secondo luogo la costituzione del corpo della repubblica è determinante nell'attribuzione degli *jura majestatis* al regno o al popolo intero, di contro alla tendenza prevalente, secondo la quale di *majestas* e dei suoi attributi si parlava in relazione alla figura del principe.

Per quel che riguarda il primo aspetto si può notare che è all'interno della trattazione del primo patto civile che l'affermazione della naturalità della società e della natura politica dell'uomo prende il suo significato. Se infatti la *respublica* viene a costituire l'orizzonte

---

Ben diversa è l'ottica interpretativa se si intende la razionalità non nel senso della costruzione della forma, del modello, nella sua semplicità geometrica, quanto piuttosto alla luce dell'antica *politiké episteme,* e nella direzione di una razionalità pratica che comprende la realtà dei rapporti umani, nei quali, al tempo di Althusius, il riferimento alla religione e ai testi sacri rivestiva una rilevanza particolare.

(44) È citata (cfr. tesi XXXVI) non la famosa *Francogallia,* che era peraltro molto probabilmente già conosciuta da Althusius, quanto piuttosto il *Quaestionum illustrium liber*, [Genevae] 1573 (cito dalla tertia editio, Lugduni, apud Antonium de Harsy, 1579).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di completezza e autosufficienza del corpo politico, che nell'orizzonte aristotelico era proprio della *polis*, ora si può intendere il senso della naturalità di questa dimensione sociale. Ciò non significa certo spontaneità o immediatezza: la dimensione che permette una vita comunitaria autosufficiente è razionalmente necessaria e risponde alla natura dell'uomo, ma, proprio perciò, richiede lo studio, l'intelligenza, la volontà, lo sforzo per mettere insieme e fare convivere realtà che comportano tra di loro differenze. La naturalità non esclude allora che la volontà abbia una funzione costitutiva — al contrario, ciò è proprio della natura dell'uomo. Ma, a differenza che nel giusnaturalismo successivo, non si tratta qui di una volontà che abbia valore fondante, in quanto si muove in uno spazio vuoto ed è *creatrice* di ordine, dal momento che ordine non c'è per natura; piuttosto si tratta del ruolo della volontà in un *cosmos* che ha un suo ordine, anche se un ordine che non esclude la possibilità e la presenza del male, di violenza e di conflitti. Il *politeuma*, in cui si dà la dimensione della comunanza di vita (*koinonia*) e di opere (*koinopraxia*), richiede, fin dall'inizio, la tensione da parte dei singoli membri nella direzione di una vita comune e dunque una dimensione di partecipazione e di consenso. Di ciò è espressivo il patto, che sancisce la pluralità e la valenza politica dei soggetti che lo stipulano. Tale pluralità non viene cancellata dall'unità del regno che con il patto si costituisce: il popolo rimane infatti una realtà composita, che implica la presenza della differenza e della pluralità dei suoi membri (45), i quali mantengono anche dopo il patto una loro espressione politica. Tali membri non sono i singoli, ma realtà

(45) Tale significato del popolo, presente nel *De regno*, viene accentuato progressivamente in *Pol A*, dove spesso il termine *populus* viene precisato con un « seu membra regni », o in *Pol C*, dove il termine *regnum* è specificato con un sinonimo quale *corpora consociata* (cfr., come uno tra gli esempi, XIX, 25), o il termine *populus* è accompagnato da un « seu corpus consociatarum universitatum » (XIX, 72). Che il patto abbia in questo contesto la funzione di sancire l'esistenza dei soggetti che lo precedono e lo stipulano, di contro al carattere fondativo del successivo giusnaturalismo, in cui non c'è *trasferimento* di potere politico, quanto piuttosto la sua creazione, in quanto potere del soggetto collettivo, è bene evidenziato da W. KERSTING, nel suo saggio *Vertrag*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch- sozialen Sprache in Deutschland,* Klett-Cotta, Stuttgart 1990, Bd.VI, sp. pp. 910 ss. Sul tema, dello stesso KERSTING si veda *La dottrina del duplice contratto nel diritto naturale tedesco*, « Filosofia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

associate, cioè quelle famiglie, villaggi e città (poi le provincie) che si riuniscono con un vincolo reciproco (46). I singoli individui non sono *privati* della dimensione politica, ma questa loro politicità non consiste nell'autonomia della loro singolarità, quanto piuttosto nella partecipazione alla realtà associativa in cui vivono, a seconda del loro *status* e delle loro qualità (47). Il primo patto, che costituisce il regno, è una scommessa sul futuro che comporta un continuo lavorio per fare convivere le differenze, mantenendo sempre necessaria ed essenziale la dimensione del *consenso.*

Il patto tra i membri del regno apre la trattazione dei *bona regni*, che nella *Disputatio* sono appena elencati (48), e degli *jura regni*, che qui si distinguono, come in *Pol A,* in *leges fundamentales* e *jura majestatis.* Grande importanza hanno le leggi fondamentali del regno, che determinano le regole all'interno delle quali si deve muovere l'azione di governo del sommo magistrato per non essere tirannica, e sanciscono i vincoli che condizionano la stessa attività legislatrice. In esse si manifesta la volontà del popolo: infatti esse implicano il consenso, l'approvazione e la sanzione del popolo (49). Come si è appena detto, il popolo è l'insieme dei membri che danno

---

politica », VIII (1994), pp. 409-440, e *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1994.

(46) Non smentisce tale impostazione il riferimento, che si ha nella tesi X, a *omnes cives* e *membra Reipublicae,* per cui si usano i nomi di *indigenae, regnicolae, filii regni.* Tale tesi è infatti ripresa in *Pol A*, VI, p. 55, e segue l'affermazione che il corpo politico (appunto il regno o repubblica) è costituita « ex pluribus universitatibus, tanquam membris » e che « membra huius corporis voco, non singulos homines, prout in particulari consociatione, sed familias, collegia, opida [sic] & civitates plures ».

(47) Non si dà allora qui il dilemma moderno tra dimensione della totalità, della società politica, e dimensione dell'individuo con la sua libertà, perchè nessuna di queste due dimensioni ha realtà né è, in questo contesto, pensabile. Nell'ambito dello stesso pensiero moderno tale dilemma può essere invocato solo se non si ha presente che l'unità del corpo politico con il suo potere sovrano e la sfera degli individui con i loro diritti ed autonomia non sono aspetti confliggenti, ma gli ingredienti della stessa costruzione logica: sono dunque tra loro indisgiungibili.

(48) Tale elenco è ripreso, con qualche variazione, in *Dicaeologicae libri tres*, Herbornae Nassoviorum, apud Christophorum Corvinum, 1617, lib. I, cap. 32.

(49) Cfr. la tesi XV, ripresa pressoché letteralmente in *Pol A*, VI, p. 58. Le leggi fondamentali rimangono importanti anche in *Pol C,* anche se non compaiono nello *Schema politicæ*; basti pensare che la prima e più importante forma di tirannide consiste nella violazione, mutamento o abolizione delle leggi fondamentali da parte del sommo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luogo al regno, e dunque le leggi fondamentali, che richiedono il consenso e l'approvazione di questo popolo costituito di parti, sono legate alla complessa costituzione del regno e alla necessità che i membri e le parti del regno siano mantenute e rispettate in quanto costitutive del corpo politico.

Ma è la trattazione degli *jura majestatis* nell'ambito del patto costitutivo della repubblica a conferire alla dottrina di Althusius, già nella *Disputatio*, una torsione particolare e a dare alla *majestas* un carattere specifico. Quando si ravvisa nel peso conferito da Althusius alla *majestas* un aspetto autoritario della sua dottrina, tutta accentrata sul problema della *Herrschaft* (50), si rischia da una parte di essere condizionati dal concetto moderno di sovranità determinata dal potere e dal monopolio della forza, e dall'altra di accogliere troppo immediatamente le riprese del neostoicismo di Lipsius, che riguardano in Althusius il problema della psicologia del principe e del popolo, inteso come massa, moltitudine o *vulgus*, oppure le avvertenze utili per un agire prudente del governante, piuttosto che il problema dell'assetto delle forze politiche (51). Bisogna poi tener

---

magistrato (*Pol C,* XXXVIII, 6). In tal modo infatti non ci si attiene alla costituzione del regno e alla dimensione politica dei membri che lo compongono.

(50) Così Michael BEHNEN, *Herrscherbild und Herrschaftstechnik* cit. p. 419, riferendosi alla *Prefazione* di *Pol A*; l'interpretazione del Behnen ravvisa in Althusius una teoria della *Herrschaft*, che da un lato sarebbe influenzata dal neostoicismo di Lipsius e dall'altro utilizzerebbe i teorici della ragion di stato dando luogo ad una propria dottrina, nella quale al posto della ragion di Stato verrebbe posto il Decalogo.

(51) A ragione il Behnen vede ripresi nella *Politica* di Althusius l'opera di Justus Lipsius (*Politicorum sivis civilis doctrinae libri sex*, Lugduni Batavorum, 1589), per i *topoi* riguardanti il popolo e i suoi vizi, l'esecuzione della legge, e la *virtus* o *prudentia civilis* necessaria a colui che governa, ma ciò non comporta una assimilazione tra le concezioni politiche dei due autori, ne può fare dimenticare l'organizzazione « costituzionale » della politica di Althusius. La *majestas* di cui parla Lipsius (lib. II, cap. XVI) è qualità del principe ed è il corrispettivo nel principe dell'*auctoritas*, che è definita « impressa subditis, sive et exteris, opinio reverens de rege eiusque statu. Constat ex admiratione & metu » (lib. IV, cap. IX), e dunque riguarda — quasi in una considerazione di psicologia politica — il modo in cui i sudditi vivono il rapporto di inferiorità e di ubbidienza nei confronti del principe. Ben altro è quella *majestas* che compete al regno e dunque al popolo nei sui membri riuniti, di cui si parla nella *Politica* e già nel *De regno*. Anche il modo in cui Althusius nella *Politica* (già nella ed. del 1603) tratta dei vizi del popolo mostra l'influenza del testo di Lipsius, come pure è ripresa da quest'ultimo (in *Pol A*, XVIII, p. 241) l'indicazione del triplice modo in cui il magistrato deve conoscere la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presente che la materia trattata sotto il primo patto civile, contenuta nella tavola sulla *universalis consociatio* di *Pol A* (*leges fundamentales e jura majestatis*), corrisponde nello *Schema politicæ* di *Pol C* a quella parte della tabella riferentesi alla *universalis consociatio* che riguarda la « *symbiotica communio universalis* » (l'altra parte è quella della amministrazione dello *jus universale*) (52). Non è allora la dimensione del potere, tipica della moderna sovranità ciò che è qui in questione — nella medesima dimensione del potere mi pare poi che non si possa intendere nemmeno l'amministrazione —, ma il risultato del patto tra i membri del regno, del loro mettersi in comune. In *Pol A*, VI i diritti del regno sono così definiti: « iura regni, sunt secundùm quae ex communi placito vita socialis, inter membra regni ejusdem in territorio illius instituitur & regitur » (p. 57); e poi si prosegue: « Ejusmodi iura regni, non singulis civibus et subditis regni competunt, quoad usum & proprietatem, sed universis; sicuti quod universitati debetur, singulis non debetur »; e si conclude dicendo che la proprietà dei diritti appartiene ai membri congiunti, che ne dispongono nel comune consenso. Questo capitolo VI, il primo dedicato agli *jura majestatis*, si apre con la definizione della *respublica* e della sua costituzione, che vede alla base un vincolo fondamentale costituito dal consenso, dalla fede data e ricevuta e dalla promessa relativa alla comunicazione dei beni e delle opere, all'*auxilium et consilium* in rapporto a quanto è utile per la vita sociale. La dimensione della *majestas,* che certo comporterà amministrazione e governo e dunque anche comando (53), risulta allora

natura del popolo per ben governarlo (cfr. Lipsius, *Politicorum,* l. IV, cap. V). Tuttavia il popolo di cui qui si parla è la massa, l'insieme dei sudditi, il *vulgus,* la *plebs,* non quel popolo che, organizzato attraverso i suoi rappresentanti, gli Efori, detiene i diritti del regno, elegge il magistrato e ne controlla l'agire politico, fino a poterlo deporre e sostituire: quest'ultima nozione di popolo non si dissolve nella descrizione dei comportamenti che gli uomini hanno in una dimensione di massa, ma indica una realtà organizzata e costituita, capace di espressione e di azione. La presenza di due concetti diversi di popolo nel lessico althusiano è messa in luce anche da WINTERS, *Quelle*, p. 218.

(52) Cfr. le tavole riportate in *Appendice* a questo articolo.

(53) I diritti di maestà sono legati a poteri, a *potestates*, come è evidente nella trattazione di *Pol A*. In *Pol C,* IX viene chiaramente e in un unico contesto chiarita l'identificazione tra *jura majestatis, majestas*, e *summa potestas*. Infatti, da una parte lo *jus regni*, che in IX, 13 è chiamato *jus majestatis*, *hoc est, majoris status, seu potestatis*, è detto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legata alla dimensione della comunione di beni e di opere e alla pluralità e differenza dei membri che si uniscono nel corpo della repubblica.

Ciò che caratterizza la trattazione della *Disputatio* è il fatto che la *majestas*, con i diritti che la contraddistinguono, non è caratteristica da attribuire al principe, come avviene nella letteratura contemporanea o precedente ad Althusius. I trattati riguardanti la *majestas* tra fine Cinquecento e primo Seicento si riferiscono alla figura del principe o dell'imperatore. Ciò avviene anche, ed è singolare notarlo, nelle stesse fonti citate a proposito degli *jura majestatis.* Basti tener presente non solo ovviamente Bodin, ma lo stesso Gregoire, che risulta per questa materia di gran lunga l'autore più citato. In costoro gli *jura majestatis* sono attribuiti al principe, e caratterizzano la sua figura (54), e ciò vale anche quando la *majestas* non è intesa come virtù o qualità del principe, ma ha un carattere più

« potestas universalis imperandi [...] quæ aliam superiorem, vel parem, aut sociam non agnoscit » (e dunque è *summa*), e dall'altra si dice che « hoc supremum jurisdictionis universalis jus, est forma & substantialis essentia majestatis ». È il capitolo in cui Althusius si oppone al modo di Bodin di intendere la *summa potestas legibus soluta* e, una volta precisatone il senso non assoluto, dice che tale *potestas* è tuttavia da attribuire non al re, ma all'intero corpo dell'associazione generale (IX, 22).

(54) Ciò vale naturalmente per Bodin, a cui la tesi XXVI rimanda per il diritto di eleggere i magistrati intermedi e la tesi XXVII per il diritto di punire i delinquenti (le due indicazioni rimandano al cap. 10 del I libro della *Repubblica*, anche se erroneamente nella prima indicazione si ha lib. II, cap. 10). Infatti la concezione della sovranità elaborata nella *Repubblica* porta Bodin, a differenza di quanto può avvenire nella *Methodus*, ad attribuire al principe quegli *jura* che si riassumono nel diritto di dare le leggi ai sudditi anche senza il loro consenso. Ma ciò vale anche per il Tolosano; si veda ad esempio il cap. 1 del lib. IX del *De Republica*, citato più volte da Althusius. Il libro IX è dedicato alla *regia potestas*, e il primo capitolo tratta *de iuribus quibusdam insignoribus regiae potestatis* e parla dei diritti regali, della necessità che il re si comporti secondo le leggi per non essere tiranno, delle regalie e di ciò che spetta alla *potestas* del re che è assoluta (*potestas regia vel absoluta*: cfr. lib. IX, cap. I, num. 40). Anche in lib. III, cap. IV, num. 6, Gregoire ricorda che nessuno ignora che le cose che sono dette pubbliche appartengono al popolo, ma che attraverso la *lex regia* ogni diritto e potestà è stata dal popolo trasferita al re, al quale perciò spettano ora i diritti. Tutti gli *iura majestatis,* che sono poi quelli indicati nella loro essenzialità nel *De regno* (perciò forse, oltre che per la notorietà e importanza acquisite dal Tolosano, questi è così spesso citato nelle tesi politiche in questione) sono chiaramente attribuiti alla figura del principe. Ben altra è l'impostazione del *De regno* sulla *majestas,* e ciò conferma il fatto che la frequenza delle citazioni non comporta immediatamente una vicinaza teorica con l'autore citato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico, come avviene in Bodin o nel *De majestate politica* di Jakob Bornitz che sarà citato nelle più tarde edizioni della *Politica* (55). In Althusius invece essa riguarda il regno e l'intero popolo che si è formato con il patto, mediante il quale le diverse associazioni divengono membra dello stesso corpo politico. Anche per questa concezione si può trovare vicinanza ai monarcomachi, e in particolare alle *Vindiciae*, in cui i principali diritti di sovranità non sono attribuiti al re, ma al popolo rappresentato dai magistrati inferiori (56).

L'attribuzione al popolo degli *jura majestatis* è ripreso in *Pol A,* anche attraverso esplicitazioni quali: « in potestate populi est jus... », oppure « in potestate populi et regnicolarum... », o infine « potestas ... ad populum pertinet » (57). Tuttavia nella prima edizione della *Politica* si può notare una riorganizzazione sistematica degli *jura majestatis.* Anche qui non si può dire che le tesi non siano presenti: in realtà sono riprese tutte meno una, a volte alla lettera, e spesso con variazioni (58). È assente la tesi XVIII, che riguarda lo *jus territorii*,

---

(55) Cfr. Jakob Bornitz, *De majestate politica et summo imperio eiusque functionibus,* in *Tractatus duo*, Lipsiae, apud Henningum Grosium seniorem, 1610. Qui la *majestas* coincide con la *summa potestas* e viene così definita (p. 5) : « Majestas politica est summa in Rep. universim imperandi potestas. Cujus esse est summam esse, atque universaliter imperare. Summa est, quod superiorem aut parem sibi non agnoscat ».

(56) Anche de Bèze afferma (*Du droit des magistrats,* p. 21) che i magistrati inferiori « non dipendono propriamente dal sovrano, ma dalla sovranità »; difatti permangono nella loro funzione anche dopo la morte del re. Essi allora, che sono i magistrati del regno e non del re, devono fare ricorso agli *estats* (nella ed. latina: agli « ordines ») che sono stati loro affidati.

(57) Così in *Pol A,* VIII, pp. 78-79; è tuttavia da notare che tali espressioni accompagnano in genere gli *jura ad socialis vitae commoda procuranda*, mentre ciò non avviene a proposito dello *Jus ad disciplinae publicae externae custodiam pertinens* (cfr. ad es. *Pol A*, VII, p. 68).

(58) La tesi XVI è ripresa alla lettera in *Pol A*, VI, p. 59, la XVII, con qualche variazione in VII, p. 66; la XIX alla lettera a p. 70; la XX con variazioni a pp. 60-61 (dove sono riprese anche le indicazioni bibliografiche); la XXI con variazione e ampliamenti a p. 61 ss.; la XXII nel cap. VIII, p. 77; la XXIII con variazioni a p. 78; la XXIV, sullo *jus belli*, letteralmente a p. 71 (anche le indicazioni bibliografiche sono riprese, con l'aggiunta, per quanto riguarda le fonti profane, del cap. 10 del I dei *Sei libri sulla repubblica* di Bodin); la XXVII, con qualche variazione, a pp. 68-69. Il contenuto della XXV dà luogo invece a una lunga trattazione dedicata alla raccolta di contributi, cioè alla *collatio regni ordinaria* e *extraordinaria*, nei capitoli VIII, IX e X. Lo stesso dicasi della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché in effetti questo scompare come diritto particolare posto accanto agli altri. La variazione di alcune delle tesi è legata alla diversa sistemazione che viene a prendere la materia. Mentre infatti nella *Disputatio* i diritti sono elencati in un'unica successione, senza suddivisioni, in *Pol A* essi sono trattati all'interno di una serie di distinzioni, che da una parte rispondono maggiormente al procedimento ramistico della tabella e dall'altra organizzano in modo più sistematico la materia. La prima scansione riguarda i diritti ecclesiastici, che comprendono il diritto di religione e quello di aprire scuole (59), a cui si aggiunge quello dell'esercizio del culto divino. I diritti civili si dividono a loro volta in quelli riguardanti la *externa disciplina conservanda* e in quelli che sono rivolti ai *commoda socialis vitæ procuranda.*

Come si può notare scompare allora lo *jus territorii*, che nella *Disputatio* comprende il diritto di sicurezza pubblica, quelli di religione e dell'apertura delle scuole (che abbiamo visto annoverati tra i diritti ecclesiastici) e quelli relativi ai commerci e al coniare moneta, che sono annoverati tra i diritti relativi alle utilità e interessi (*commoda*) sociali. Il territorio in realtà è un elemento primario per definire l'ambito in cui i diritti sono tali e si esercitano. All'inizio della descrizione degli *jura majestatis* in *Pol A* si dice infatti: « territorium, de quo in definitione, est hic universitas agrorum, inter fines paciscentium membrorum Reipub. in qua jura regni exercentur, sitorum » (60).

Naturalmente questi diritti comportano una *potestas* e abbisognano di una persona per essere posti in atto: si pensi ad esempio al diritto di dichiarare guerra o di concludere la pace. Sarà nelle parti successive che si chiariranno i modi e le persone che eserciteranno

---

XXVI: infatti la *tabula* A di *Pol A,* per quanto riguarda la costituzione dei ministri della repubblica, rimanda alla tavola C, che contiene tutta la materia relativa agli Efori e al sommo magistrato.

(59) Cfr. le tavole poste in *Appendice* a questo articolo. L'attribuzione del diritto relativo l'apertura delle scuole all'ambito dei diritti ecclesiastici (il che non significa alle autorità ecclesiastiche) mostra la rilevanza della religione nell'organizzazione della politica ed è rivelativo della necessità che il magistrato si occupi delle materie religiose e collabori con le autorità ecclesiastiche, necessità che è indicata anche nel *De politia ecclesiastica* di Wilhelm Zepper.

(60) *Pol A,* VI, p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

queste *potestates.* La trattazione degli *jura majestatis* tende per ora a mostrare che questi diritti appartengono al regno, al popolo nella sua totalità e non sono di pertinenza immediata del principe. Althusius è già avviato per quella strada che farà ritenere pericolose le sue teorie e gli attirerà le critiche dei contemporanei. Il ruolo predominante attribuito al popolo emerge nella descrizione del secondo patto civile, quello appunto tra popolo e sommo magistrato.

5. *Il patto tra il popolo e il sommo magistrato.*

La teoria che ravvisa in una forma pattizia il rapporto tra popolo e principe è in realtà radicata nella cultura che sta a cavallo tra l'età feudale e la prima età moderna. La tradizione degli *Herrschaftsverträge* è indice di quel pluralismo che caratterizza la società medievale e feudale, nella quale l'omogeneità e l'assolutezza che comporta il moderno concetto di sovranità è impensabile (61). È con questo patto che si conferma la priorità del popolo, la sua proprietà della *majestas* e quella superiorità nei confronti del principe che si manifesta nel diritto di giudicarlo e anche di avversarlo con le armi e deporlo.

Può sembrare strano che solo Covarruvias sia citato, come fonte profana nella tesi che apre la trattazione di questo secondo patto civile, e non altri autori o opere, nelle quali la tematica del patto appare con maggiore evidenza ed esplicitezza, come ad esempio le *Vindiciae*. C'è tuttavia da tener presente che altre fonti sono citate nelle tesi successive, soprattutto la XXXV, la XXXVI e la XXXVIII, che appaiono rilevanti per intendere l'impostazione complessiva della dottrina politica del *De regno.* Covarruvias è in ogni caso un autore tenuto particolarmente presente nella *Disputatio*. Nella sua opera l'affermazione che è della repubblica la potestà di eleggere i

(61) Cfr W. Näf, *Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag*, in « Schweitzer Baiträge zur allgemeinen Geschichte », 7 (1949), pp. 26-52 e G. Oestreich, *Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde. Die « Regierungsformen » des 17. Jahrhunderts als konstitutionelle Instrumente*, in *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, hrsg. R. Vierhaus, Göttingen 1977, pp. 229-252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suoi re o principi (62) è precisata e rafforzata da quella che ravvisa nel consenso del popolo il fondamento dell'attività governativa del re. E ciò sia nel caso che ci si trovi di fronte a una elezione vera e propria, in cui il popolo fa la sua scelta, sia che ci si trovi in una situazione in cui leggi scritte o consuetudine prevedono una successione ereditaria. Anche in questo caso l'accettazione e il consenso del popolo sono la vera base della funzione regale (63). Tale consenso è fondamentale anche nel *De regno* e nella successiva *Politica* di Althusius, e si esprime attraverso gli atti della *electio* (tesi XXXIV) e della *inauguratio,* in cui si ha l'incoronazione o unzione del magistrato (tesi XLI).

Se la figura del patto anche in questo caso sancisce la politicità delle due parti contraenti e l'importanza dell'espressione della loro volontà, tuttavia non è inteso in modo tale da conferire alla stessa volontà un valore assoluto. Il patto avviene infatti nel quadro disegnato dalle leggi fondamentali, a proposito delle quali il suffragio popolare è posto accanto alla consuetudine e ai costumi del luogo (tesi XXXV) (64). Il richiamo alle leggi fondamentali e alle

---

(62) Cfr. COVARRUVIAS, *Practicarum quaestionum,* cap. I, num.2: « Ergo quaelibet Respublica diuinitùs naturæ lumine erudita ciuilem potestatem, quam habet, potest, & debet in alium, uel alios transferre, qui Regum, Principum, Consulum, aut aliorum magistratuum titulis ipsius communitatis regimen suscipiant » (citato letteralmente in *Pol C*, XVIII, 20; ciò è sottolineato da Winters, *Quelle* cit., p. 66, per affermare l'importanza del riferimento ai pensatori spagnoli).

(63) Cfr. COVARRUVIAS, *Practicarum quaestionum*, cap. I, num 4. In questo stesso testo si ha un'importante osservazione sul modo in cui il popolo compie questi atti, con un significativo rimando a quel Lupold von Bebenburg, che ha un posto rilevante nella storia del concetto di rappresentanza (su ciò cfr. nota 86).

(64) Quando si parla di leggi non si intendono allora semplicemente le decisioni dell'autorità deputata che diventano appunto comando e legge, ma ci si riferisce ad una realtà complessa e anche a quel tacito consentire che si esprime nella consuetudine e nei costumi. Tutto ciò ha a che vedere con quella che chiamerei *l'eticità complessiva* che caratterizza la realtà sociale. Sul modo non formale di intendere la legge nel medioevo e sul valore della consuetudine, che dunque non può essere dalla legge rigorosamente separata, è da tener presente la lezione di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale,* Laterza, Bari 1995. Nei confronti del modo in cui si è portati ad intendere la legge, in quanto si è condizionati dalla accezione moderna della stessa, la differenza della concezione propria della lunga tradizione precedente alla modernità può essere illuminata se si pensa che in essa (Aristotele, Marsilio, Althusius, per toccare solo tre momenti fondamentali, che pur hanno tra loro differenze sostanziali) l'ideale dell'autorità politica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consuetudini e costumi è rilevante per intendere il significato e la natura, fin dalla sua origine, dell'*imperium* del principe, che consiste aristotelicamente in un *governo nell'ambito delle leggi*. Ancora è illuminante tener presenti le fonti, anche se può sembrare strano che di fronte a un tema così rilevante, queste siano in gran parte richiamate in relazione al problema particolare riguardante la possibilità e la convenienza per le donne di assurgere al regno. Per tale tema sono citati Daneau, Lipsius, Gregoire, Bodin, Frycz Modrewski, Case. Ma non si può non ricordare a questo proposito, accanto al libro VI, cap. 3 della *Politica cristiana* di Daneau qui indicato e dedicato alla non assolutezza della *potestas* del principe, il cap. IV del libro I, in cui si afferma la priorità dei sudditi sul re, sia per quanto riguarda la natura che il tempo: i re sono infatti per i sudditi e non i sudditi per i re (65). In questo contesto Danaeus afferma che nessun regno e nessuna repubblica fu costituita se non sulla base di un patto tra i sudditi e il loro futuro principe, sulla base del quale il principe è vincolato dalle convenzioni sancite con giuramento, come pure dalle leggi fondamentali del regno (66).

è costituito dal *governo secondo le leggi*. Il moderno concetto di potere invece (all'interno del quale il governo prende un significato diverso e inferiore, quello espresso dalla denominazione di *potere esecutivo*) si caratterizza proprio mediante la sovrana potestà di fare le leggi, di esprimere come comando la volontà del popolo, la cui bontà non è legata a criteri ad essa esterni, ma coincide con l'espressione della volontà generale, con il suo *prendere forma*.

(65) « Ex quibus iam apparet reges à subditis, non autem subditos à regibus creatos » e inoltre, « subditos esse suis regibus tempore naturáque priores. Unde non regum caussa subditos nasci, sed reges commodis subditorum inseruire debere » (*Politices Christianae,* lib. I, cap. IV, p. 41). Tale concetto della priorità del popolo (di popolo e non di sudditi parla in questo caso Althusius) per tempo e natura è ripreso, con rimando a Danaeus, in *Pol A,* XIV, p. 133 (*Pol C,* XVIII, 8), e inoltre in XV, p. 168, dove si aggiunge che da ciò consegue che « il popolo può essere senza magistrato, il magistrato invece non può esistere senza il popolo ».

(66) *Ibid.* pp. 41-43. Mi sembra significativo il fatto che Daneau insista sul termine di *sudditi*, quando vuole affermare la priorità del popolo nei confronti del principe: sudditi sono chiamati anche coloro che eleggono il futuro principe, con una certa incoerenza, in quanto essi diventano *sudditi* solo *dopo* che il designato è divenuto principe. Tale uso mi sembra legato all'idea che nel diventare sudditi i membri del popolo non si spogliano della loro priorità e superiorità. In altri termini non c'è qui quel dualismo radicale che si crea tra il popolo sovrano del contrattualismo moderno, che può esprimersi solo attraverso il suo rappresentante, e la natura di suddito che qualsiasi individuo del popolo ha in quanto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La natura della *potestas* conferita per volontà del popolo al sommo magistrato è chiarita nella tesi XXXVI, dove si ricorda che quest'ultimo è istituito con un contratto di mandato per difendere e proteggere le persone e i beni dei sudditi. Il potere di cui dispone è precisato dal termine di « amministrazione », che indica come non sia sua proprietà ciò che amministra, ma appunto del popolo, come del popolo sono quei diritti di maestà, che in parte diventano attuali anche mediante il governo del sommo magistrato; *in parte*, perché, come si vedrà, il magistrato non è indipendente e sciolto da ogni vincolo nelle sue decisioni e scelte riguardanti il bene della repubblica. Tale aspetto, fondamentale per l'assetto delle forze politiche quali sono pensate nel *De regno,* è sottolineato dalla precisazione che il conferimento dell'autorità al sommo magistrato non costituisce un passaggio che privi il popolo di ogni *potestas*: esso è piuttosto segno di un rapporto permanente. La *potestas* rimane infatti in possesso del popolo, e l'autorità del sommo magistrato, come ha inizio dal popolo, così continua a dipendere da esso. Ciò ha un significato non solo ideale, ma anche reale, in quanto il popolo resta soggetto capace di controllare e di agire *accanto* e *contro* il sommo magistrato. Si può allora intendere in modo determinato la ripresa della nota concezione del magistrato come « *nudus administrator* » e non come proprietario e nemmeno come usufruttuario dei beni e dei diritti del regno (67).

---

privato. È interessante anche l'osservazione che Daneau fa in relazione a coloro che considerano il re svincolato dalle leggi fondamentali in base al fatto che si dice avere il popolo romano concessa ogni *potestas* e *imperium* al suo principe. Daneau di contro afferma che con la *lex regia* (spesso richiamata nel contesto di queste dottrine sulla politica) il popolo romano ha concesso l'*imperium* all'imperatore per passare da un governo democratico a uno regio, non a uno tirannico. Natura della monarchia è di essere paterna e clemente e di avere un *imperium aequum* e non più ampio di quello precedente della democrazia. Viene qui citato anche Aristotele (*Politica*, lib. 7, cap. 2), che negherebbe che si possa interpretare la potestà concessa come un libero dominio (*de libero dominatu*), mediante l'attribuzione di un *imperium tyrannicum*. Si comprende allora che, in questo contesto, tirannico è un *imperium* legato alla sola volontà del principe, e cioè un *imperium* che non si esercita all'interno delle leggi, le quali non sono le decisioni della volontà sovrana, i comandi che si determinano come leggi, bensì le leggi fondamentali e tutto ciò che riguarda la *costituzione* della repubblica.

(67) Si vedano tra le altre fonti le *Vindiciae, Tertia quaestio*, p. 150 (nella ed. it. cit. p. 125).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ancora una volta è interessante rivolgersi ai riferimenti bibliografici che accompagnano la tesi, per intendere come si ponga nei loro confronti il testo della *Disputatio.* Accanto allo Junius Brutus delle *Vindiciae* è citato un altro monarcomaco, François Hotman, che distingue le proprietà private del principe dalle cose del fisco e dalle cose pubbliche, patrimonio del popolo, che i re non hanno il diritto di alienare senza « populi & subiectorum suorum consilium et consensus » (68). È citato anche Covarruvias, il quale sostiene che rimane al popolo *illud naturale ius* di costituire il rettore di cui manca. E ciò varrebbe anche se non ci fosse alcuna legge umana come prova, perché il popolo « iure naturali potestatem habet costituendi sibi magistratus » (69). Inoltre è richiamato il trattato sul principe di

(68) Cfr. *Quaestionum illustrium liber*, [Genevae] 1573; cito dalla tertia editio, Lugduni, apud Antonium de Harsy, 1579, *Quaestio prima,* p. 9; qui per altro il magistrato è detto non proprietario ma usufruttuario del regno, mentre nella tesi XXXVI, come nelle *Vindiciae*, si dice che non è nemmeno usufruttuario. Di Hotman è da tener presente anche la famosa *Francogallia,* [Genevae] 1573, che qui non è nominata. Di questa opera, spesso citata nella *Politica*, mi pare siano da ricordare almeno alcuni elementi (ho consultato l'edizione *Francogallia,* Francofurti, apud heredes Andreae Wecheli, 1586): innanzitutto la concezione espressa nel cap. XIX, « De summa inter regem et regnum differentia », secondo la quale il re ha con il regno lo stesso rapporto (*eadem ratio*) che ha il padre con la famiglia, il tutore con il pupillo, il curatore con l'adolescente, il *gubernator* con la nave, il pastore con il gregge, l'imperatore con l'esercito. E tale rapporto non sta certo nel fatto che il pupillo sia costituito per il tutore, la nave per il timoniere, il gregge per il pastore, l'esercito per l'imperatore, ma al contrario gli ultimi sono stati istituiti per quelli, cioè non il popolo per il re, ma il re a causa del popolo. E infatti « potest enim populus sine Rege esse, veluti qui optimatum aut suo ipsius consilio paret, itemque in interregno. At sine populo ne fingi quidem cogitando rex potest: non magis quam pastor sine grege ». Inoltre (cap. XXV « Regem Francogallia non infinitam in suo regno dominationem habere, sed certo iure certisque legibus circumscriptam »), a proposito delle tematiche che concernono in realtà gli *jura majestatis, in primis* quello di fare le leggi e incidere con queste nella stessa costituzione della repubblica, si ripete il ritornello che il re non può prendere decisioni « senza l'autorità del concilio ». Ciò vale anche per la possibilità di disporre e di alienare il regno, o prendere decisioni sulla successione, esautorare i magistrati, mutare la moneta ecc., insomma per quegli *jura majestatis* di cui parla anche Althusius: questi non sono di pertinenza del re se non con l'autorità del concilio: dunque non sono alienati nemmeno dopo che il concilio ha affidato la potestà regia al re. È insomma l'azione dell'organo conciliare che rappresenta il popolo (anche « senato » e « parlamento » nel cap. XXVII, a proposito del Delfinato) che è invocata da Hotman come necessaria accanto al re per garantirne l'autorità.

(69) COVARRUVIAS, *Practicarum quaestionum,* cap. IV, num. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Egidio Bossi, a proposito del fatto che il principe non può alienare i suoi sudditi (70). Anche in questo caso di minor rilievo al fine di intendere la fonte dei rapporti politici che emergono nella tesi mi sembra la citazione del libro XXVI del *De Republica* del Tolosano, che riguarda i modi e le cause, per le quali si abbandona il principato, sia questo abbandono spontaneo da parte del principe o sia esso dovuto ad una deposizione.

Più importante e vicino sembra piuttosto ancora il pensiero di Daneau (nel luogo citato nella tesi precedente) e il modo in cui in esso è raffigurato il « sommo magistrato pio e cristiano », come pure il suo diritto. Qui infatti il *summus magistratus* è bensì definito in relazione alla somma autorità che riveste » (71), tuttavia questa autorità non è né assoluta né svincolata dalla volontà del popolo, che continua ad esprimersi nella forma collegiale (72). Nel ragionamento di Daneau non è solo rilevante la negazione della *potestas absoluta* del principe, ma, ancor di più, la negazione — fatta sulla scorta sia dei teologi cristiani, sia di quel Platone che è tenuto particolarmente presente (73) — della *potestas absoluta* in quanto tale. È infatti

---

(70) Aegidius Bossius, *De principe et eius priuilegis*; mi riferisco all'edizione: *Practica et Tractatus varii*, Basileae, Henricpetri, 1578, num. 290; nel num. seguente tuttavia diversa sembra essere la *potestas* dell'imperatore a causa della sua *plenitudo majestatis.* Nelle tesi relative alla tirannide la *Disputatio* rimanda spesso ai num. 55 e ss., che riguardano appunto il diritto di opporsi al principe che si comporta tirannicamente.

(71) « Magistratus summus in genere est is, ad quem belli, & pacis constituendae summa potestas, supremáque ratio spectat, & qui de utróque leges condit, cùique ab aliis omnibus eiusdem Reip. magistratibus ratio sui muneris reddenda est » (*Politices Christianae,* lib. VI, cap. III, p. 389).

(72) Il magistrato infatti ha la *potestas* di *condere novas leges*; ma in verità (*verùm*) egli può sia emanare leggi nuove, sia mutare le vecchie « non ex sua unius sententia », ma « ex communi concilij publici & sibi adiuncti sententia » (*Idem*, p. 404). E continua dicendo che « leges autem Regni fundamentales tollere, aut immutare ex sua unius, vel etiam Publici illius concilij sibi additi sententia nequaquam potest sed duntaxat ex ordinum omnium Regni legitimè conuocatorum expresso, & libero consensu ». Dunque la potestà che il principe riceve dal concilio non è sufficiente affinché sulle cose importanti, inerenti agli *iura regni*, egli decida da solo: egli non è svincolato dal controllo e dalla collaborazione del concilio e dunque della rappresentanza collegiale del popolo (su questa linea, come si è ricordato, sono anche le *Vindiciae contra tyrannos*).

(73) *Politices Christianae,* lib. VI, cap. III, pp. 406-407. È da ricordare che alla fine di ogni libro si trova una serie di aforismi ricavati dalle Sacre Scritture (*ex verbo Dei decerpti*) e da scrittori profani (*ex scriptoribus extraneis, id est, non sacris decerpti*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denunciato l'errore di quei giuristi che affermano derivare la *absoluta potestas* del principe dal popolo, il quale, dopo averla originariamente posseduta, l'ha a lui trasferita; in realtà il principe ha ricevuto la sua *potestas* dal popolo, ma essa non è assoluta, perché nemmeno il popolo ha mai avuto una *potestas absoluta*, dal momento che questa è in contrasto con la parola di Dio, con la ragione e anche con la *æquitas*. Ciò è recepito dal contesto del pensiero althusiano, la cui critica a Bodin non comporta un semplice capovolgimento, secondo cui si rivendica al popolo quella sovranità che dal francese viene attribuita al principe. È proprio un tale concetto di sovranità che non vi è in Althusius, per il quale, anche nelle più tarde edizioni della *Politica*, l'assolutezza del potere appare estranea al modo stesso in cui è pensata la società (74).

---

o *excerpti*). I riferimenti ai testi sacri rientrano nei canoni di questi trattati di politica: si viene a costituire in tal modo una raccolta di passi, che da una parte diviene utilizzabile e disponibile mediando il rapporto diretto con le fonti, e dall'altra costituisce anche una mediazione tra il contesto a cui fanno riferimento i testi sacri e quello, per molti aspetti ben diverso, della società cetuale che si ha tra i secoli XVI e XVII. In relazione al libro VI, a cui qui ci si riferisce, gli aforismi sul magistrato, per quel che riguarda le fonti profane, sono in gran parte ricavati da Platone, anche quello che afferma che nessun magistrato è esentato dalla necessità di rendere ragione del suo ufficio alla Repubblica (p. 472). È da notare che, almeno per quanto riguarda questo libro, appaiono più significativi, da un punto di vista della struttura politica, gli aforismi tratti dalla Bibbia di quelli ricavati dai testi profani. È anche da sottolineare il fatto che gli aforismi sul sommo magistrato trattano degli « ordini » del regno, indicando così i modi e i vincoli dell'azione del magistrato e conferendo nello stesso tempo determinazione e articolazione al termine « popolo ». Alcuni aforismi sui magistrati minori che riguardano la resistenza contro il tiranno appaiono assai vicini alle tesi del *De regno* e a quanto dice la *Politica* sul comportamento degli Efori e dei cittadini contro il tiranno.

(74) Cfr. *Pol C,* XIX, 10. La stessa sovranità di Bodin trova per altro una serie di vincoli — come ricordo più avanti nel testo — anche se non ha di fronte momenti istituzionali di controllo e di possibile opposizione. Su questo tema è da vedere D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Cedam, Padova, 1992. Per il rapporto di Althusius con Bodin sono da tener presenti i lavori di H.U. Scupin, in particolare *Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin*, « Der Staat », 1965, n. 1, pp. 1-26 e *Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Theorien von Gesellschaft und Staat des Johannes Althusius und des Jean Bodin*, in *Politische Theorie des Johannes Althusius*, hrsg. K.W. Dahm, W. Krawietz, D. Wyduckel, Duncker & Humblot, Berlin 1988 (per la discussione di questo denso volume collettaneo rimando alla mia nota *Althusius*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella *Disputatio* si affronta esplicitamente il problema dell'assolutezza della *potestas* del principe, come avverrà anche nelle diverse edizioni della *Politica* in polemica con la dottrina di Bodin. La tesi XXXVIII, dopo aver affermato che il principe è tenuto ad osservare non solo le leggi divine e naturali (cosa affermata dallo stesso Bodin), ma anche quelle *civiles regni & majestatis* — che, come abbiamo visto, non dipendono dalla volontà del magistrato, non esprimono un suo comando — e dopo aver citato l'*Antimachiavelli* di Innocent Gentillet, che vede la *potestas absoluta* in ogni caso vincolata dalle leggi fondamentali del regno oltre che dalle leggi divine e naturali (75), conduce una polemica non direttamente contro Bodin, ma contro la posizione di Gregoire, per molti aspetti a Bodin vicina (76). La critica alla tripartizione che il Tolosano compie tra leggi superiori, pari e inferiori — in quanto se sottoposto a leggi superiori il sommo magistrato non sarebbe più tale, mentre leggi pari o inferiori non essendo poste per il principe nemmeno lo vincolerebbero — tende a mettere in crisi tale distinzione, che serve in realtà a Gregoire per affermare — in accordo con Bodin — la

---

pensatore per una società postmoderna?, « Filosofia politica », IV (1990), n. 1, pp. 163-175).

(75) Cfr. *Commentariorum de regno aut quovis Principatu recte & tranquillè administrando, libri tres* [...] *Adversus Nicholam Machiavellum*, [Genf], 1577, p. 36; questa è l'edizione a cui ci si riferisce nella *Disputatio*, come si può riscontrare dall'indicazione della pagina (« mihi 36 »); la prima edizione francese, è invece *Discours sur les moyens de bien gouverner* [...] *contre Nicolas Machiauel*, [Genève] 1576. Accanto a tale *potestas soluta* indicata dai giuristi, l'*Antimachiavelli*, pone anche la *potestas civilis*, che ammorbidisce la prima e guida il principe a una condotta secondo prudenza. È da ricordare, in relazione al contesto del pensiero politico delle tesi che stiamo esaminando, che nell'*Antimachiavelli* vi è il riferimento alla storia della Francia e ai commentari di Philippus Cominaeus, nella direzione dell'affermazione dell'importanza degli stati generali (*Concilium ordinum*) e della necessità della loro consultazione. Tale riferimento è utilizzato contro i governanti della Francia del tempo, che sostengono essere delitto di lesa maestà il mantenimento degli stati generali: in realtà è vero il contrario, cioè la loro abolizione — così si sostiene (p. 41) — è delitto di lesa maestà, perchè comporta la distruzione del regno. In tal modo la *majestas* è attribuita al regno e gli stati risultano fondamentali per l'esercizio dei diritti di sovranità.

(76) Sui rapporti tra il Tolosano e Bodin e sulle differenze d'impostazione, si veda, oltre a L. GAMBINO, *Il De Republica di Pierre Gregoire. Ordine politico e monarchia nella Francia di fine Cinquecento*, Giuffré, Milano 1978, D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità* cit., spec. I cap. VIII e IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottomissione del principe alle leggi divine e naturali, ma non a quelle civili (77).

Essendo popolo e sommo magistrato i soggetti contraenti il patto, nel quale si affida a quest'ultimo l'amministrazione del regno, tutti e due contraggono un'obbligazione: non solo il magistrato è vincolato dalle leggi e legato al consenso del popolo, ma anche il popolo, che ha promesso *fides et obsequium,* deve obbedire ai comandi e all'azione di governo del magistrato (tesi XLIV) (78). Il patto consiste in una promessa che riguarda il futuro, una promessa sancita dal giuramento (79), la quale, come si è detto, si dà all'interno di un impegno che riguarda la vita giusta e santa e la difesa della vera religione: esso trova perciò nel patto con Dio il suo fondamento, da cui non è disgiungibile (80). Ma se il tradimento di quest'ultimo patto trova come vendicatore Dio (81) e non un'autorità terrena superiore

---

(77) Cfr. GREGOIRE, *De Republica*, lib.VII, cap. 20, n. 5. Si ricordi per altro che lo stesso Gregoire, pur affermando la mutabilità delle leggi civili, di diritto positivo, tuttavia manifesta molte cautele: queste devono essere mutate con prudenza, quando è necessario ed è utile alla repubblica, e solo da coloro a cui è data la *potestas* di farlo, altrimenti si ha tirannide (lib. VII, cap. XX, num. 4). La non assolutezza della *potestas* del principe è affermata anche dal commentario di Donellus (ho consultato l'edizione Hugonius Donellus, *Commentariorum de iure civili libri viginti octo,* Andreae Wecheli heredes, Francofurti 1596), che nel cap. XVII del lib. I, il cui titolo inizia con « *Omnes legibus parere debere, etiam principem* », contrasta l'idea che con la *lex regia* il principe sia stato sciolto da ogni vincolo da parte del popolo romano, in quanto quest'ultimo, proprio con la *lex regia* è alla base della stessa costituzione dell'autorità del principe.

(78) Anche tale obbligazione è ripetuta, con la ripresa della parte finale della tesi, in *Pol A*, XV, p. 190.

(79) Di giuramento si parla espressamente in *Pol A*, XV, p. 168. Sulla problematica del giuramento e della sua secolarizzazione si veda P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna 1992.

(80) Che l'elemento religioso sia contenuto nel patto civile lo si può intendere anche tenendo presente che l'obbligazione del popolo è condizionata al fatto che l'*imperium* esercitato dal sommo magistrato sia non solo *giusto*, ma anche *pio* (nella *Politica* si parlerà continuamente di simbiosi « pia e giusta », o « santa, giusta e confortevole »). Il modo di comportarsi in relazione alla vera religione è uno degli elementi fondamentali per giudicare il governo del sommo magistrato e la sua eventuale tirannide. Insomma non solo il patto civile è finalizzato a una vita comune del popolo in cui la religione ha un posto rilevante, ma esprime una promessa per il futuro per la quale Dio è testimone e in ultima istanza destinatario.

(81) « Unde constat, rupti pacti hujus religiosi vindex esse Deum » (tesi XLVIII); tale concetto è ripreso in *Pol A*, XXIII, p. 308.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle parti, chi sarà allora a giudicare che il patto tra popolo e sommo magistrato è stato tradito? La risposta della *Disputatio* è decisa e priva di dubbi. Come risulta chiaro da quanto è stato fin qui detto, e anche dalle ultime tesi riguardanti gli Efori e il problema costituito dal tiranno, è il popolo a potere e dovere giudicare il comportamento del sommo magistrato e a decidere se egli non si è attenuto alle condizioni del patto.

Se si riflette su ciò si può comprendere come non sia risolutivo l'uso della terminologia canonica relativa alle teorie contrattuali, che fa riferimento al « patto di associazione » e al « patto di sottomissione »; tale distinzione rischia di essere addirittura fuorviante se viene adoperata indifferentemente nella descrizione degli *Herrschaftsverträge* — dei patti tra i rappresentanti del popolo e il re — e in quella della sottomissione che si determina nell'ambito delle teorie del moderno contratto sociale. Nelle teorie contrattualistiche moderne infatti, a causa dell'uguaglianza degli individui su cui si fonda la costruzione, la sottomissione che si ha nei confronti del sovrano è pensabile solo in quanto quest'ultimo è rappresentante, cioè è *attore* delle azioni di cui tutti sono *autori*. Si tratta perciò di una sottomissione alla volontà di tutto il corpo politico, espressa dal rappresentante legislatore, che tutti gli individui hanno voluto: dunque, in ultima analisi, di una sottomissione alla propria volontà. Dimensione orizzontale dell'uguaglianza delle volontà individuali e dimensione verticale del comando che si fa legge sono strettamente congiunte, come parti della stessa costruzione teorica che fonda la sovranità moderna. Ma proprio a causa di questa logica, che ha come fondamento le volontà individuali e l'uguaglianza degli individui — paradossalmente e tuttavia del tutto conseguentemente — la sottomissione è *assoluta*, in quanto è quella rappresentativa del sovrano (o del rappresentante la sovranità del popolo) l'unica dimensione in cui emerge la volontà pubblica, politica, e cioè del popolo (82). Nel contesto althusiano la

(82) Mi riferisco, con questa schematica descrizione, non solo a Hobbes, la cui dialettica di *autore-attore* è decisiva per la storia del pensiero politico successivo e della rappresentanza moderna, ma anche a quel Kant che esprime in modo chiaro questa rappresentativa dimensione del popolo nella *Metafisica dei costumi* (I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Ak. Aus., VI, pp. 318 ss.; tr. it. *La metafisica dei*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

situazione è radicalmente altra. C'è sottomissione nei confronti del magistrato — proprio a lui e non attraverso lui a se stessi, dal momento che egli è *autore* responsabile delle sue azioni —: infatti il popolo promette obbedienza e il secondo patto civile è chiamato patto di soggezione (*subjectionis & imperii*) (83). Ciononostante il popolo non è espropriato della sua *potestas*, e, nella sua collettività, rimane superiore al sommo magistrato. Tale superiorità ha un significato effettivo e non ideale: il che vuol dire che la volontà della *respublica*, e cioè del popolo intero, non è espressa dal sommo magistrato, che pure svolge un'azione di governo (che è la *sua* azione e non quella del popolo), ma si esprime *accanto*, di fronte e anche *contro* di lui. È infatti il popolo a decidere se il magistrato si attiene al patto o lo tradisce, a costituire perciò la grandezza politica più rilevante (84).

Se ci si chiede come mai si dia questa diversità della dimensione del popolo nei confronti dello scenario moderno del patto sociale — o, in altri termini, come sia possibile che il popolo sia soggetto politico, in quanto conclude il patto, e rimanga tale, in quanto è capace di controllare e destituire il sommo magistrato, mi pare si debba rispondere, ancora una volta, che ciò è possibile solo in quanto il popolo è qui una *realtà costituita, composta di parti diverse*, i membri appunto del regno, e non la *totalità degli individui uguali.* In quest'ultimo caso non sarebbe possibile altra costruzione del corpo politico se non quella che si ottiene attraverso il concetto moderno di sovranità; una costruzione dunque che passa conseguentemente attraverso il dualismo della rappresentanza moderna come rappresentanza della totalità del corpo politico. Tale pluralismo di corpi e di parti si esprime attraverso un'altra forma di rappresentanza, quella che nella *Disputatio* è presente già nella tesi che nomina il secondo patto civile: questo è

---

costumi, tr. it. G. Vidari, riv. N. Merker, Laterza, Bari 1983, pp. 148 ss.) e su questa base nega il diritto di resistenza (cfr. su ciò G. Duso, *Logica e aporie della rappresentanza tra Kant e Fichte*, « Filosofia politica », I (1987), n. 1, sp. pp. 37-38).

(83) Così esplicitamente in *Pol A*, XV, p. 168, e in *Pol C*, XIX, 6.

(84) È naturalmente sempre da ricordare che l'elemento fondamentale non è la volontà del popolo in quanto tale, quanto piuttosto la sua reale possibilità di riconoscere un ordine, che non dipende dalla sua decisione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

infatti concluso tra popolo e magistrato, ma il popolo che lo conclude consiste in realtà negli « optimates & officiarii regni populum repræsentantes ».

Si possono a questo proposito ricordare due autori citati nel *De regno*. Innanzitutto Covarruvias, che in riferimento alla rivendicazione del primato del popolo cita il diritto romano e parla del trasferimento della *potestas* dal popolo ai re, ai consoli, e dopo agli imperatori, ma in realtà ha presente il sistema tedesco dei principi elettori e riprende la tradizione imperiale e conciliare e la dimensione rappresentativa da questa implicata (85). È infatti citato quel Lupold von Bebenburg, che sarà presente in punti importanti della successiva *Politica* e che costituisce una tappa significativa della storia del concetto di rappresentanza (86). Inoltre è da ricordare

(85) Cfr. il più volte citato cap. I, num. 4 delle *Practicarum quaestionum.* Su ciò si veda anche REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer* cit., p. 125.

(86) COVARRUVIAS, nelle *Practicarum quaestionum*, cap. I, num. 4, più volte citato nella *Disputatio*, si riferisce al cap. VI del trattato di Lupold von Bebenburg, pubblicato per la prima volta nel 1508 (ho consultato l'ed. *Tractatus de iuribus regni et imperii Romanorum*, editus à Lupoldo de Bebenburg, Argentorati, 1603), a proposito della quarta conclusione, relativa al fatto che il fondamento della regalità dell'imperatore sta nell'elezione, in cui si manifesta la rappresentatività dei principi elettori. In questo capitolo Lupold sostiene che i principi eleggono il re e imperatore non in quanto singoli, ma in quanto riuniti nel collegio, e nel caso di discordanza, come succede in ogni *universitas*, la decisione avviene a maggioranza e vale per tutta l'*universitas.* Ma è rilevante anche il cap. V, dove si afferma che è sul fondamento dell'elezione che l'imperatore è tale e può « iura & bona regni & imperij...administrare ». Come ripete anche Covarruvias, per diritto delle genti, un popolo privo di re ha il diritto di eleggere il proprio re, e lo fa attraverso i propri rappresentanti, quali sono ad esempio i principi elettori, i quali « populum repraesentant ». Hasso HOFMANN, nella sua fondamentale storia della rappresentanza (*Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, ora nella II ed., Duncker & Humblot, Berlin 1990, pp. 228-235) conferisce importanza a tale posizione di Lupold, e sottolinea la contestualità del principio di maggioranza con il carattere corporativo del collegio dei principi, e questo con la funzione rappresentativa del collegio. Il carattere rappresentativo fa sì che i principi non abbiano un proprio, individuale *Machtbefügnis*, ma agiscano come rappresentanti « vice et auctoritate universitatis ». Tale concezione della rappresentanza è certo lontana dalla concezione moderna che considera i rappresentanti come investiti di un pieno potere (*bevollmächtigt*), e perciò Hofmann non condivide la tesi di Otto von GIERKE (*Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* cit., pp. 211, 213, 215), che attribuisce a questa assemblea rappresentativa, quasi fosse una *Vertretung* di tutti, un legame con un *Wahlmandat* (al modo di un'associazione moderna). Qui si ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancora Daneau, nel quale l'elemento conciliare viene posto in primo piano, in quanto accompagna con aiuto e collaborazione, oltre che con controllo, l'agire del principe; ed è da tener presente che questi organi collegiali si riferiscono alla pluralità dei membri del regno, a quegli *universi regni ordines* a cui spetta il giudizio sul sommo magistrato, quando va al di là delle sue funzioni o non esercita il suo ufficio (87). Non solo è rilevante in questo contesto l'affermazione della funzione degli organi collegiali che aiutano e controllano il principe, ma anche il fatto che tali organi sono espressione della pluralità e diversità delle parti del regno.

6. *Gli Efori e il problema della rappresentanza.*

Non è questo il luogo per porre a tema nella sua estensione e complessità il problema della rappresentanza nel pensiero politico di Althusius. Mi sembra sia da condividere la tesi di Hasso Hofmann, che ravvisa nella *Politica* una duplice rappresentanza (88), una di tipo identitario, propria degli organi collegiali, a tutti i livelli, e quella del rettore della associazione: tale duplicità si manifesta per quanto

---

piuttosto il concetto corporativo della *pars pro toto.* In Lupold si assiste poi al rafforzamento del carattere rappresentativo dei principi elettori facendone rappresentanti di rappresentanti, cioè di tutti i principi e degli altri ottimati che rappresentavano tradizionalmente il popolo (rappresentano infatti *omnes principes et alii repraesentantes populi*). Althusius riprende il trattato di Lupold von Bebenburg in *Pol C*, XIX 26 (cita il cap. V insieme a COVARRUVIAS, *Practicarum quaestionum,* cap. I, num. 4, a proposito del contratto di mandato e specificamente del fatto che la elezione del sommo magistrato spetta alla consociazione universale) e inoltre in XIX, 28 (sono citati i cap. III e VI) e 101. Anche in *Pol A*, cap. XV, p. 140 Althusius si riferisce a Lupold e a Covarruvias in relazione all'elezione dell'imperatore da parte dei sette principi elettori, sottolineando, come Covarruvias, che tale diritto di elezione riguarda non i singoli, ma il collegio. Questa associazione di Covarruvias a Lupold può dunque essere segno del tramite della prima conoscenza e dell'interesse althusiano per la concezione rappresentativa di Lupold.

(87) DANAEUS, *Politices Christianae*, VI, 3, p. 413.

(88) Cfr., oltre a *Repräsentation* cit., H. HOFMANN, *Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit. Zur Frage des Repräsentativprinzips in der « Politik » des Johannes Althusius*, in *Politische Theorie des Johannes Althusius* cit., pp. 513-542; lo stesso saggio è anche in H. HOFMANN, *Recht, Politik, Verfassung,* Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1986, pp. 1-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riguarda la consociazione generale negli Efori e nel sommo magistrato, ma si riproduce a tutti i livelli consociativi che troviamo nella *Politica*, dove sempre si ha un rettore, cioè una persona che ha il compito della *direzione e del governo* dell'associazione, compito necessario in una situazione in cui sono assieme persone e gruppi caratterizzati dalla differenza reciproca, e un organo collegiale, che aiuta, consiglia, controlla. L'azione di colui che governa non è pensabile senza la *collaborazione,* la *partecipazione* e il *consenso* dell'organo collegiale; ragione per cui il governo e la guida sono spesso intesi come un lavoro di coordinamento, come risulta nella trattazione dell'amministrazione della provincia che si ha nella terza edizione della *Politica*, dove il prefetto non può far nulla senza l'accordo degli ordini provinciali, e spesso si adopera per riportare a concordia le volontà in caso di dissenso (89). Nelle edizioni della *Politica* tuttavia il problema appare complesso. Innanzitutto la trattazione degli Efori e del sommo magistrato è preceduta da quella della forma dell'amministrazione in generale, nella quale non è sempre agevole distinguere le diverse funzioni. Inoltre le stesse persone possono in diversi casi rivestire i due ruoli, quello di governo e quello della rappresentanza conciliare, come avviene nel caso degli Efori speciali (duchi, principi, baroni, marchesi, ma anche città imperiali), i quali, pur partecipando alla rappresentanza collegiale, nel loro territorio hanno un ruolo di governo (90); essi sembrano dipendere per il conferimento della *potestas* e dell'*officium* e anche per la loro perdita allo stesso modo dal popolo (91). Infine anche le espressioni linguistiche che dovrebbero identificare in

(89) Si veda ad esempio *Pol C,* VIII, 50 e 67. Hofmann identifica le due forme di rappresentanza come una rappresentanza « teatrale-cerimoniale », propria del sommo magistrato, e una rappresentanza di tipo *identitario,* propria degli Efori (*Repräsentation in der Staatslehre* cit., pp. 524 ss.). Di una *doppelte Repräsentation* parla anche WINTERS, *Quelle*, pp. 233 e ss., in particolare 237, ravvisando a tutti i livelli appunto la presenza di un *Vorsteher*, che guida e coordina, e di un organo collegiale che collabora e controlla.

(90) Cfr. *Pol C,* XVIII, 111; Althusius tuttavia specifica che i due ruoli, anche quando sono svolti dalla stessa persona, sono diversi (XVIII, 90): la superiorità nei confronti del sommo magistrato gli Efori la manifestano solo nell'opera collegiale che svolgono nel regno, non certo nel governo del loro territorio.

(91) Cfr. *Pol C,* XIX, 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo diverso le due forme di rappresentanza appaiono a volte usate indistintamente (92).

Nel *De regno* la trattazione appare a questo proposito scandita in modo più netto (tesi XLIX). In relazione ai soggetti che abbiamo visto intervenire nei tre patti, sono identificati tre stati e ordini: il popolo, il sommo magistrato e i sacerdoti (che intervengono nel patto religioso). E quel popolo a cui sono attribuiti i diritti del regno appare agire e manifestare la sua volontà attraverso i suoi *officiarii* e *ministri,* che sono gli Efori, i quali hanno la cura e il compito di rappresentare il popolo. A loro infatti è stata originariamente *concredita* e *commissa* la *respublica* prima del trasferimento della *potestas* al sommo magistrato. Ciò non ha il significato che alla base della rappresentanza degli Efori ci sia una elezione, anche se in seguito questa è una eventualità prevista (93) (in ogni caso non si tratta certo dell'espressione delle volontà dei singoli che si ha nel concetto moderno di elezione), o un mandato. L'aspetto determinante è il *consenso* del popolo, che, ancora una volta, non si riduce ad un'espressione formale di volontà, ma può consistere nei costumi, nelle consuetudini, nel sentirsi all'interno di un *ethos* comune, nel sentirsi partecipi dello stesso gruppo e associazione, della sua natura e dei suoi interessi. Vincolati dal patto con Dio i rappresentanti sono soprattutto rappresentanti di quell'unico signore assoluto che è Dio e sono, come abbiamo visto, vincolati non dalle volontà dei singoli, ma dalle tavole del Decalogo, che danno prime regole fondamentali di comportamento, regole in ogni caso che non sono norme astratte

(92) Infatti, se in alcuni casi si ha una espressione diversa per il sommo magistrato, di cui si dice (in *Pol A*, XV, p. 189 e in *Pol C*, XIX, 98) che « *repraesentat personam* totius regni et omnium subditorum », e per gli Efori, che (*Pol A,* XV, p. 168 e *Pol C*, XIX, 18) sono detti *totum populum repraesentantes*, e dunque si trovano distinte le due espressioni, dense di significato, *populum repraesentare* e *personam populi repraesentare* o *gerere* (su cui ferma l'attenzione Hofmann), in altri casi (ad es. in *Pol C*, XVIII, 26), le due espressioni sono avvicinate e attribuite insieme a amministratori e rettori (è tuttavia da ricordare che ci troviamo qui nella parte del capitolo che tratta degli amministratori in genere, prima della distinzione delle due specie degli Efori e del sommo magistrato).

(93) Anche se già in *Pol A,* XIV, p. 140 l'elezione è una delle modalità di costituzione degli Efori, non è però l'unica né è determinante. In ogni caso non si tratta di voto espresso da tutti gli individui della associazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che risolvano di volta in volta il problema dell'agire (94). Tali leggi divine non sono disgiunte da una realtà complessiva — delle leggi naturali, del buon diritto antico, degli *exempla* illustri, del problema, proprio della filosofia pratica, del bene e del giusto —, realtà che non dipende dalla volontà del rappresentante né da quella dei rappresentati, e all'interno della quale sola si dà l'agire concreto.

Non sono allora le volontà dei singoli uomini ad essere rappresentate, nel qual caso — in quello cioè in cui alla scomparsa del *cosmos* sopra indicato, corrisponda la volontà come unico fondamento dell'azione — occorrerebbe certo, per la legittimità del rappresentante (95), l'espressione della volontà dei singoli che danno un mandato, un incarico alla rappresentanza. Ma nel contesto di cui ci occupiamo non c'è un ruolo politico dei singoli *in quanto tali*, cioè intesi nell'autonomia dell'espressione della loro volontà, sciolta dai rapporti nei quali gli individui trovano costituita la loro realtà. La rappresentanza degli Efori comporta la presenza delle parti costituenti la repubblica, dei membri del regno: non si tratta allora di rappresentare un *unicum* che è il popolo accanto agli altri due ordini, magistrato e sacerdoti: il popolo non è un intero formato da infiniti indistinti membri; ma suoi membri sono le associazioni, che nelle più tarde edizioni della *Politica*, saranno chiamate private e pubbliche. La costituzione degli Efori, avvenga questa per elezione oppure no, richiede il consenso e la partecipazione del popolo nelle diverse cerchie in cui è diviso e organizzato (96). Sono i diversi membri del regno ad essere rappresentati nell'intero. La rappresentanza degli Efori ha allora il significato della presenza di queste parti del popolo nell'azione del rappresentante: sono i membri stessi che

---

(94) Cfr. per questa idea della rappresentanza che non è rappresentanza delle volontà degli uomini, ma innanzitutto di Dio, di cui gli amministratori sono ministri, WINTERS, *Quelle,* p. 236.

(95) Concetto tutto moderno questo della legittimazione del potere e dunque dell'azione del rappresentante, mediante l'espressione della volontà degli individui, che così giustificano, per la propria convenienza e difesa, uno scarto che non ha la sua base nella natura degli uomini (cfr. su ciò H. HOFMANN, *Legitimation und Rechtsgeltung*, Duncker & Humblot, Berlin 1977, sp. pp. 13 ss.). Per le implicazioni teoretiche del concetto di rappresentanza e per la discussione della bibliografia relativa, rimando al mio *La rappresentanza: un problema di filosofia politica,* Franco Angeli, Milano 1988.

(96) Cfr. ad es. *Pol A*, XIV, p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partecipano, con la loro realtà, dignità e bisogni, alla vita comune della *respublica*. Perciò l'affidamento originario che gli Efori hanno della cura della repubblica, fa sì che tutto il popolo, nelle sue parti, sia considerato partecipe delle loro azioni, sia considerato fare ciò che essi fanno (97). È un legame oggettivo, una stessa appartenenza, e non la volontaria espressione di un mandato che sta alla base della rappresentanza degli Efori, che appare perciò diversa da quella del sommo magistrato e non ad essa omogenea ad essa semplicemente precedente, in quanto ci sarebbe un primo affidamento di *potestas* agli Efori, i quali a loro volta l'affiderebbero, a nome del popolo, al sommo magistrato. Quest'ultimo *governa il popolo, ma non è il popolo*: le sue azioni sono sue e non del popolo, e si trova sempre di fronte la collaborazione e il controllo del popolo attraverso l'organo collegiale degli Efori (98).

Si può del resto comprendere che essendo il popolo realtà complessa costituita di parti, di diverse associazioni, che a loro volta si associano insieme in un intero, esso si esprima non attraverso una volontà singola, ma solo attraverso una forma collegiale, in cui le diverse parti sono presenti e partecipi. L'idea che Marsilio da Padova intende riprendere da Aristotele, che il tutto è superiore alle parti, e molti uomini vedono meglio di uno solo, idea che serve a Marsilio per attribuire la potestà di fare leggi all'intero corpo dei cittadini, o meglio alla sua *valencior pars* (99), sembra qui rivivere

---

(97) Così in *Pol A*, XIV, p. 139: « Hisce ephoris populus se credidit, suasque actiones omnes in eos transtulit, ita ut quod hi faciunt, totus populus facere videatur ».

(98) Perciò non condivido su questo punto la tesi dell'interessante libro di Th. Hüglin, *Sozietaler Föderalismus. Die politische Theorie des Johannes Althusius,* De Gruyter, Berlin-New York 1991, che ravvisa nella politica di Althusius un'unica struttura di rappresentanza, mediante la quale il potere è organizzato ed esercitato dal basso (per la discussione dell'interpretazione di Hüglin rimando alla mia nota, *Althusius e l'idea federalista*, in « Quaderni Fiorentini », 21 (1992), pp. 611-622).

(99) Cfr. Marsilio da Padova, *Defensor pacis. Diccio prima*, cap. XIXIV. È da ricordare che anche in Marsilio noi ci troviamo di fronte a una realtà politica complessa e ad una nozione di *universitas civium*, che non coincide certo con quella della totalità dei cittadini propria del moderno concetto di democrazia, ma ha piuttosto a che fare con una realtà corporata, dove *la parte vale per il tutto*, e per *un tutto composto di parti differenti* (in tale espressione il termine parte ha un significato diverso, a seconda che venga usato per le parti del tutto, della città, o invece per quella *valencior pars*, che non è una parte tra le altre, ma appunto vale per il tutto, in quanto è composta da coloro che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adattandosi ad una realtà come quella cetuale della Germania del primo Seicento, realtà su cui Althusius appunto riflette (100), che è assai diversa da quella della *polis* greca.

Il popolo, come intero e nelle sue parti, si manifesta allora sempre mediante l'organo collegiale, che a tutti i livelli associativi si mostrerà, nella successiva *Politica, superiore* a colui che governa e dirige l'associazione, il quale ha tuttavia, proprio per il compito che gli è stato affidato, una *potestas* nei confronti della quale i membri della associazione sono sottoposti. Ciò è espresso nella *Disputatio* in relazione al suo oggetto, cioè il regno. A questo livello sono gli Efori superiori al sommo magistrato; non in quanto singoli, ma nella loro collegialità, dal momento che in questo modo si esprime quel popolo che detiene gli *jura majestatis* (101). È interessante riflettere sul fatto

---

per stato, qualità e capacità, appartenendo alle diverse parti della città, appunto le esprimono e le fanno partecipare all'attività comune).

(100) Il problema non è quello di vedere se e quanto Althusius sia *condizionato* dalla realtà del suo tempo: ciò si può fare se si pensa che l'impianto e il disegno della *Politica* sia quello della scienza politica moderna, cioè di una costruzione razionale che trova in se stessa la sua coerenza e la sua validità, e se si ritiene che le categorie di « descrittivo » e « normativo » abbiano validità universale ed esauriscano il modo di porsi nei confronti della realtà. Tali categorie, prodotto di una determinata e recente costruzione teorica, mi sembrano invece inadeguate a comprendere il tipo di razionalità che caratterizza il pensiero althusiano, come anche quello aristotelico, sulla politica. La concezione che l'uomo è animale politico e che la società civile è *per natura* esclude la sensatezza della *costruzione* di un modello politico razionale, e comporta invece la necessità che il pensiero politico sia un riflettere sulle forme associative che realmente si danno. Tale riflessione non è per altro « descrizione », ma appunto *pensiero* della natura, del concetto, del problema che in tale realtà si manifesta e dunque della direzione dell'agire dell'uomo in tale realtà.

(101) Da quanto è stato detto ben si comprende che tale *majestas* del popolo non ha niente a che vedere con la moderna sovranità popolare — alla cui origine sta il concetto moderno di sovranità quale si presenta con Hobbes — e con la assolutezza della volontà su cui questa si basa. Non concordo perciò con quelle interpretazioni che vedono in Althusius un precursore di Rousseau, a partire da quelle, che hanno diversi accenti e sfumature, di GIERKE (*Althusius* cit.), VAUGHAN (*The political writings of Jean Rousseau,* Cambridge University Press, Cambridge 1915) e DERATHÉ (*Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Vrin, Paris 1988², I ed. 1950, ora in tr. it., Il Mulino, Bologna 1993). In apporto a tale modo di vedere è da affermare che solo azzerando il contesto in cui sono pensati da Althusius il popolo e la sua *majestas*, può nascere il concetto moderno di sovranità, che sta, nonostante il richiamo agli antichi, al centro della costruzione teorica del *Contrat social* di Rousseau.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che la superiorità del popolo si esprime nella forma del collegio, del concilio e non nella funzione di guida, di capo, che è pure necessaria perché ci sia repubblica. Non è attraverso la figura di colui che governa, anche nel caso in cui si pensi a un governo del popolo — secondo l'antica formula delle tre forme di governo, monarchica, aristocratica e democratica — che si manifesta la *majestas* del popolo, la sua superiorità e la garanzia che deriva dalla partecipazione di tutte le parti della repubblica alla cosa pubblica, quanto piuttosto attraverso l'organo conciliare, che consiglia, partecipa, controlla (102).

Proprio in quanto il popolo è costituito di parti, ma nello stesso tempo è anche un intero, e ha un sommo magistrato, principe, re, imperatore, che lo guida, gli Efori si dividono in generali, a cui è affidata la cura e l'ispezione dell'intero regno e di tutte le sue provincie, e in speciali, che hanno la cura di singole provincie e territori (tesi LV e LVI). È già qui evidente il caso prospettato sopra, di Efori cioè, che nel loro territorio hanno la funzione del governo. Non è in questa funzione di governanti che essi manifestano il popolo — infatti in quanto tali, come si vedrà nella *Politica*, essi hanno di fronte a loro organi collegiali di aiuto consiglio e controllo, che rappresentano il popolo —, ma in quella di membri dell'organo collegiale del regno, che istituisce, coadiuva e controlla il sommo magistrato. Questa loro partecipazione viene ad essere una mediazione necessaria anche per i loro territori e per gli uomini e i gruppi che in essi vivono, infatti i membri e le parti del regno sono *membri*

---

(102) Per questo non è la democrazia come forma di governo che risolve il problema della presenza e della vita politica del popolo, perché, anche quando la forma di governo è democratica, essa rimane sempre in mano a pochi: anche in questo caso è la presenza del popolo mediante gli organi collegiali a garantire la partecipazione dei diversi membri del popolo, e il controllo dell'azione di governo (in questa concezione *il popolo partecipa, non governa*). Perciò Althusius sostiene una costituzione mista, in cui l'elemento monarchico del magistrato, quello aristocratico degli Efori e quello democratico del popolo sono tutti necessari (ho sviluppato tale tema in *Fine del governo e nascita del potere* cit., p. 442). Ben diversa appare la concezione del Tolosano, che ravvisa (*De Republica,* lib. IX, cap. I, num. 14) la *suprema potestas* come pertinente al popolo nel caso dell'*imperium* democratico; in Althusius invece la *summa potestas* e gli *jura majestatis* sono di proprietà del popolo intero, *qualsiasi* sia la forma di governo della repubblica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e *parti*, e cioè sono tali solo nell'intero del regno, che essi costituiscono. In ciò si può ravvisare la concezione *federalistica* di Althusius, nella quale i singoli uomini sviluppano la loro politicità, a seconda del loro *status*, nelle associazioni in cui vivono e queste associazioni sono soggetti politici, ma non autonomi, *non sovrani*, bensì membri di un intero che comporta per essi uno sforzo continuo di unificazione e mediazione, in cui non è ravvisabile l'unità che caratterizza la *forma politica* dello Stato moderno. È proprio per tale pluralità e per le differenze che caratterizzano tale diversità che è necessario il riferimento ad *unum*, ad una persona che coordina e governa: ciò avviene nel regno, ma anche ad ogni livello della realtà associativa.

La superiorità collegiale degli Efori — e mediante essi del popolo — non consiste dunque in una attività di governo, che richiede una direzione e una responsabilità che sono attribuite al sommo magistrato, nei confronti del quale i singoli membri del regno e dunque anche i singoli Efori sono sudditi. Essa si esprime piuttosto in una collaborazione e in un controllo che risulta chiaramente nel caso limite della tirannide, categoria politica consolidata da una lunga tradizione di pensiero che ha le sue radici nell'antichità.

7. *Il tiranno e il diritto di resistenza.*

Il tema della tirannide, come è abitudine della trattatistica del tempo, occupa gran parte delle tesi del *De regno* (LVII-LXXV), e viene a coprire quasi interamente lo spazio dedicato alle funzioni degli Efori, in quanto è emblematico sia del rapporto che essi hanno con il sommo magistrato, sia del significato che ha il loro rappresentare quel popolo nel quale risiede la *majestas*. Dalla costituzione del regno o *respublica* e dalla funzione che in questa costituzione riveste il patto prende il suo significato nella *Disputatio* il diritto e dovere di resistenza, che si esprime nella opposizione al tiranno. Occorre tuttavia innanzitutto ricordare che ci troviamo nell'ambito di un modo di rapportarsi al problema politico che comporta la possibilità di parlare di « tiranno », in quanto è legato all'idea di un ordine complessivo, divino, naturale, morale e giuridico, che va al di là della volontà degli uomini, e all'idea di un bene comune e di una giustizia che non sono pensabili mediante un rapporto formale di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comando-obbedienza. Alla luce di tale superiore concetto di giustizia è non solo concesso, ma imposto il giudizio sulla virtù e sul contenuto delle azioni e delle scelte di colui che governa, e sul suo rispetto delle leggi e dei soggetti politici che costituiscono quella realtà comune che è la *res publica, res populi.*

È significativo che, nel momento in cui si rompe questa lunga tradizione e si tende a costruire una forma che instauri e garantisca l'ordine, al di là dei diversi giudizi che i singoli uomini possono avere sul bene e sul giusto e al di là del giudizio sul contenuto della legge, la quale è ormai intesa come comando di colui che è legittimato ad esercitare il potere, cada, assieme al diritto di resistenza, anche la possibilità di parlare in senso proprio di « tiranno ». Tirannia non è più una forma degenerata di costituzione, accanto a quella buona, la monarchia, ma il modo in cui i sudditi chiamano il sovrano quando l'esercizio del suo potere non è gradito: si tratta dunque di un'opinione soggettiva, che nessun significato ha per la razionalità e dunque la legittimità dell'ordine politico (103). Per non incorrere in fraintendimenti, in questo caso assai frequenti, bisogna ricordare che l'*assolutezza* che caratterizza la sovranità moderna a partire da Hobbes non è qualcosa di contrario ai diritti dei singoli individui, ma piuttosto il risultato di una costruzione logica, di una consequenzialità rigorosa, che si basa proprio su tali diritti e sulla volontà degli individui. Infatti, come si è già indicato, il potere del sovrano, e in seguito dei rappresentanti della sovranità del popolo, nasce da un patto che è, contemporaneamente, un processo di *autorizzazione, di costituzione dell'autorità*, quello secondo cui tutti si riconoscono *autori* di ciò che, solamente come *attore*, cioè rappresentante, colui che esercita la sovranità farà. Nel momento in cui è scomparso un

(103) Cfr. Th. Hobbes, *De cive*, ed. Molesworth, 1839-45, Vol III, 7, 2, pp. 236-237 (tr. it. a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 1981, pp. 145-146). Consapevolezza della epocalità della nozione di tiranno e della sua non applicabilità in senso proprio alla forma politica moderna, nel momento in cui viene delineato un complesso e interessante spaccato sulle dottrine della tirannia nel Seicento tedesco, si ritrova in M. Scattola, *Il concetto di tirannide nel pensiero politico tedesco della prima età moderna*, « Filosofia politica », X (1996), n. 3. Conseguentemente a questo approccio storico-concettuale la trattazione monografica del tema della tirannide, nel numero in questione di tale rivista, si ferma alle soglie dell'età moderna. Il lavoro di Scattola appare assai utile anche in relazione al tema del presente saggio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cosmos e un ordine a cui è possibile riferirsi, questa volontà degli individui e il suo risultato, cioè la volontà generale espressa dall'attore pubblico, sono l'unico metro della razionalità e della legittimità della costituzione politica.

La tradizione politica che *nomina* invece il tiranno viene da lontano ed ha uno dei momenti rilevanti nella *Politica* di Aristotele, in cui la tirannia appare come una forma degenerata di costituzione. In essa le azioni di chi governa non sono più regolate dalle leggi ma condotte secondo l'arbitrio, non sono più indirizzate al bene comune, bensì al bene personale, e non esprimono più la natura del governo politico come governo di uomini liberi e uguali, ma si ispirano piuttosto al dominio dispotico che il padrone ha sui servi (104). Nella *Disputatio* tale origine ha (in parte, come si vedrà) un suo rilievo, ma ciò a cui ci si riferisce subito è piuttosto la distinzione consolidata nel medioevo tra tiranno *ex defectu tituli* e tiranno *ex parte exercitii* (105), tra colui cioè che è da considerarsi tiranno in quanto non ha titolo per governare — non avendone ricevuto l'incarico e avendo conquistato il regno con la forza e senza il consenso del popolo (tesi LX) —, e colui invece che, pur essendo stato legittimamente costituito magistrato, è da considerarsi tiranno a causa del modo in cui esercita l'*imperium* (tesi LXI). È caratteristico il fatto che diversi degli autori che si occupano della tirannide ravvisino proprio in questo secondo tipo di tirannide quello che pone maggiori problemi e difficoltà (106). Infatti è a questo proposito

---

(104) Cfr. ad es. ARISTOTELE, *Politica,* III, 1279 a 17-22, e IV, 10. È importante notare, in relazione al contesto in cui il termine di *tiranno* ha il suo significato, il vincolo che deriva al re dalle leggi, che lo precedono e sono a lui superiori. Nella forma politica moderna invece il problema della sovranità, o del potere politico, trova la sua più alta espressione nella determinazione della legge: questa coincide infatti con il comando del sovrano, sia questo il sovrano rappresentante di Hobbes o siano invece i rappresentanti del popolo sovrano. Cade allora uno degli elementi fondamentali che permettevano di identificare come tirannica una forma di governo.

(105) Tale distinzione è espressa da Bartolo di Sassoferrato, che è citato, ma anche da Tomaso (Su Bartolo si veda D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano*, che contiene tra l'altro l'edizione critica del trattato « *De tyranno* », Olschki, Città di Castello 1983). Tra gli autori più vicini nel tempo sono citate qui ancora una volta le *Vindiciae.*

(106) Questo è evidente nella *Disputatio* e anche nelle *Vindiciae (tertia quaestio)* ; ma è anche affermato esplicitamente in un altro scritto monarcomaco qui citato, cioè nel *De jure* di de Bèze (nell'ed. francese cit. p. 18), nel *De republica* di Gregoire (lib.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che si mettono a fuoco problemi come quello del soggetto depositario della *majestas*, quello del significato del termine popolo e della sua capacità di agire, e quello del ruolo e dei modi della rappresentanza dell'organo collegiale.

Per quanto riguarda pericolosità e il carattere eversivo delle tesi di Althusius e degli stessi monarcomachi, è da ricordare non solo il carattere mediato, istituzionale e non insurrezionale o popolare in senso moderno che ha il diritto di resistenza (107), ma anche le cautele con cui questo è proposto. Come in de Bèze e Gregoire, viene infatti detto che il diritto di resistenza va esercitato quando la tirannide è nota, confermata, in quanto il tiranno insiste nel suo comportamento al di là di tutti gli avvertimenti e consigli fornitegli, e dopo che sono state tentate tutte le vie d'uscita. Tali cautele vanno nella direzione della preoccupazione che il rimedio non sia peggiore del male (tesi LXII-LXV) : queste preoccupazioni sono diffuse nella trattatistica (108). Ma quello che è invece più importante sottolineare, a proposito della resistenza al tiranno come compito caratteristico e determinante della funzione degli Efori, è il modo in cui è inteso l'assetto costituzionale del regno.

In relazione al problema qui posto del contesto storico in cui è significativo parlare di tiranno, è utile tener presente ancora gli autori a cui la *Disputatio* si riferisce. Se è facilmente comprensibile che siano citati i monarcomachi, e innanzitutto le *Vindiciae*, come pure Zacharias Ursinus, che accompagna gli scritti di carattere teologico e religioso con tesi audaci sulla resistenza armata al magistrato, e ancora il trattato di Egidio Bossi sul *Principe,* in buona parte dedicato all'azione contro il tiranno, oltre naturalmente al classico *De tyranno* di Bartolo di Sassoferrato, che costituisce per tutti una fonte fondamentale, potrebbe a prima vista sorprendere che, senza una critica, siano dedicate a Bodin lo stesso numero di

---

XXVI, cap. VII, num. 7) e nello stesso Bodin, *De republica*, lib. II, cap. IV (tr. it. cit., p. 608).

(107) Si ricordi per quanto riguarda la storia del diritto di resistenza K.Wolzendorf, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt,* Breslau 1916, rist. Scientia Verlag, Aalen 1968, per quanto riguarda Calvino e i monarcomachi, pp. 95 ss., e Althusius, pp.198 ss. Si veda anche il volume collettaneo di A. Kaufmann (Hrsg.) *Widerstandsrecht*, Darmstadt 1972.

(108) Si veda ad es. *Vindiciae, tertia quaestio*, p. 192 (tr. it. p. 156).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

citazioni che si hanno dell'opera monarcomaca apparsa sotto il nome di Junius Brutus. L'affermazione bodiniana della sovranità del principe e la stessa polemica contro tale *absoluta potestas* condotta da Althusius nella *Politica* non devono fare dimenticare che per Bodin il principe è soggetto non solo alle leggi divine e naturali, ma anche alle leggi fondamentali del regno, in quanto da queste dipende la struttura stessa del regno e dunque anche la sua corona. Egualmente la sua opposizione nei confronti della supremazia degli stati va per altro congiunta con l'impossibilità del principe di abolirli, come di alienare il territorio del regno. Perciò anche Bodin, nonostante la sua affermazione della sovranità del re, può ancora parlare di tirannia, descrivere le azioni contro le leggi naturali che differenziano le azioni del tiranno da quelle del re (109), e inoltre riprendere la distinzione classica tra il tiranno che si impadronisce con la forza del regno e il principe che, dopo aver ottenuto legittimamente il regno, diventa, a causa del suo comportamento, tiranno. Nel primo caso Bodin afferma la liceità del tirannicidio; nel caso invece del principe legittimo che diventa tiranno egli ravvisa la resistenza armata come ammissibile là dove non ci sia vera monarchia, come nel caso di Roma quando la sovranità rimaneva nel popolo e nel senato, o nel caso dell'impero tedesco, che è considerato un principato aristocratico, nel quale la maestà imperiale appartiene agli stati.

È ben vero che Bodin tende a criticare l'uso che troppo spesso viene fatto del termine, per censurare il principe severo e anche crudele, il quale è in molti casi più utile alla repubblica di un principe mite e benevolo, la cui bontà, quando non è accompagnata da *prudenza* (che qui ormai va nella direzione del calcolo riguardante l'utilità della repubblica) e viene esercitata contro i malfattori, è assai perniciosa. Ed è soprattutto vero che le citazioni che si hanno nella *Disputatio* e che trovano riscontro nel testo di Bodin non comportano una concezione comune della politica tra i due autori. Basti pensare alla polemica che Althusius condurrà contro Bodin nel capitolo della *Politica* dedicato al tiranno, proprio contro l'affermazione che resistenza non c'è nei confronti della vera monarchia (110):

---

(109) Cfr. *De republica,* lib. II, cap. IV, citato appunto nella tesi LXI.

(110) *Pol C*, XXXVIII, 73 e 124-125, ma già questa polemica è presente in *Pol A*, XIV, p. 163.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale affermazione infatti va contro il modo in cui Althusius intende la *potestas* e l'azione di governo del sommo magistrato, contro il modo di intendere la necessità e la rappresentanza degli Efori, contro la stessa idea che una *absoluta potestas* contraddica la natura dell'uomo e della convivenza nella società, contro il modo di intendere la costituzione della repubblica: in definitiva contro il modo althusiano di intendere la politica. Tuttavia le citazioni della *Disputatio* ci danno una indicazione sul fatto che in Bodin esiste ancora un contesto in cui è possibile parlare di tiranno: il passo decisivo nei confronti della scienza politica e della sovranità moderna non è ancora stato compiuto (111).

Come si è detto, il modo in cui è trattata la tirannide nella *Disputatio* è legato alla struttura della repubblica: è una appendice della dottrina del patto nella sua globalità, che include anche il patto con Dio e il fine di una vita giusta e pia. Infatti tutte le ragioni che motivano il diritto-dovere di resistenza nei confronti del tiranno (112) si basano sul patto e sulla sua natura. Ciò è esplicitamente affermato nella tesi LXIX, dove ci si riferisce all'obbligazione propria del magistrato, che è determinata non solo dalle leggi fondamentali e dalle condizioni espresse nel patto stesso, ma anche dall'impegno (per il quale, ancora una volta non è la volontà fondante) a governare in modo « giusto e pio ». A questo proposito si ricorda la clausola, già espressa, che l'obbligazione del popolo all'obbedienza è condizionata da questo comportamento pio e giusto del principe, al di là del fatto che questa condizione sia espressa o meno e al di fuori della fissazione in norme formali di questo buon comportamento (113).

---

(111) Tema troppo impegnativo questo per poter essere qui affrontato. Dovendo rischiare un'ipotesi, direi che per il compimento del passo decisivo non è ancora sufficiente l'idea di un potere supremo, che in quanto tale non ha controlli e si concentra empiricamente in una persona: questa infatti ha ancora molte cose attorno a sé e sopra di sé. È necessario che tale potere del sovrano si basi sulla funzione fondante della volontà degli individui e sia inteso come *il potere e l'azione di tutti*: è questo l'intreccio di sovranità e rappresentanza che caratterizza la *forma politica moderna*. Solo allora il sovrano rappresentante non avrà più nessuno attorno a sé, né al suo livello pubblico, né al livello inferiore: i sudditi, come privati, sono l'altra faccia del suo potere, che consiste nel loro agire politicamente attraverso di lui.

(112) Ragioni che sono puntualmente riprese in *Pol A* (cfr. nota 9).

(113) Cfr. la tesi XLIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La seconda ragione consiste in un corollario di questa prima: infatti, esistendo questa obbligazione, non è pensabile che il sommo magistrato possa *impunemente* andare al di là del mandato ricevuto e della *potestas* che caratterizza il suo *imperium.* La terza ribadisce il carattere del patto civile, che si costituisce appunto all'interno del patto con Dio, il quale è il vero signore a cui magistrato e popolo devono obbedienza. Viene in questo modo esplicitamente ribadito che il patto non è un mero *contratto*: non solo non c'è scambio e si esprime promessa e fiducia nel futuro, ma anche con il patto, come è evidente nella teologia del *foedus*, si accetta una realtà, che non è solo religiosa, bensì riguarda un'*eticità complessiva* (espressione che vuole indicare sia l'aspetto oggettivo dei rapporti costituenti la realtà dei costumi e delle consuetudini, sia quello soggettivo del comportamento) la quale non dipende dalla mera volontà dei contraenti, non è prodotta da loro. Ciò vale anche per il secondo patto civile, che pur contiene regole e condizioni proprie di un contratto, e che successivamente sarà chiamato *contractus mandati*: anche questo infatti implica le leggi del Decalogo e un comportamento eticamente determinato (114).

Di particolare interesse per intendere lo specifico della conce-

(114) Questo rapporto con Dio, quale fondamento ultimo dell'autorità dei magistrati, è ben evidente anche in Zacharias Ursinus, tenuto molto presente nelle tesi della *Disputatio* relative alla tirannide. Costui infatti nelle sue esercitazioni accademiche (*Exercitationum liber secundus*, Neustadii Palatinorum, Matthaeus Harnisch, 1590, pp. 861-867) tra le ragioni addotte a giustificazione della risposta positiva alla questione posta sul diritto di uso delle armi da parte dei magistrati inferiori contro la tirannide del magistrato superiore, ricorda che entrambi, sia i magistrati minori che quello superiore sono ministri di Dio, e hanno il compito di difendere il popolo oltre che la vera religione. In tutto il ragionamento di Ursinus si può riscontrare l'attribuzione di una funzione omogenea ai magistrati inferiori e a quelli superiori; il magistrato inferiore è infatti chiamato, in rapporto a quello superiore, *socius gubernationis et custodiendae iustitiae.* Si ricorda tuttavia che i magistrati inferiori stanno alla base della costituzione del magistrato superiore e perciò possono anche destituirlo. La terza *ratio* addotta a giustificazione della resistenza armata così recita: « Per quos a Deo costituuntur magistratus, per eosdem tolli possunt, si non desistant grassari contra Deum. Costituuntur autem vel per populi consensum, vel per Senatum, vel per Electores, vel per alios magistratus » (p. 862). È qui significativo il fatto che pur essendo evidenziata la funzione costitutiva dei magistrati inferiori che eleggono il superiore, funzione che comporta anche la possibilità della resistenza e della destituzione, tuttavia essa è intesa come un tramite (*per quos*) di una investitura di *potestas* che trova il suo fondamento in Dio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione althusiana è la quarta ragione (tesi LXXII), nella quale si avvicina l'obbligazione che si contrae nei confronti del sommo magistrato a quella che si ha nell'ambito dell'*oikos,* dicendo che non è maggiore l'obbligazione esistente tra il popolo e il sommo magistrato di quella che si ha nell'ambito domestico. Due sono gli aspetti rilevanti di questa comparazione. Il primo consiste nel fatto che qui Althusius si distacca dalla tradizione politica aristotelica che distingue nettamente il *dominium* che si esercita nell'ambito dell'*oikos* dall'*imperium* politico (115). Tale posizione di Althusius troverà sviluppo nella tematica consociativa della *Politica*: non solo la famiglia e l'ambito dell'*oikos* avranno un loro spazio nella trattazione della *Politica*, ma nella terza edizione, in seguito ad un ampio dibattito apertosi su questo tema nei trattati di politica, spesso riferentisi con maggiore o minore fedeltà alla tradizione aristotelica, si dedicherà la fine di un capitolo alla giustificazione di tale inserimento della famiglia nella scienza o arte politica, contro tutti coloro che collocano la trattazione della famiglia nell'ambito dell'*oeconomica*: infatti se spetta all'*oeconomica* la *peritia administrandi familiam & rem domesticam,* come pure il problema dell'acquisizione dei beni necessari, spetta alla politica occuparsi del problema della simbiosi pia e giusta e del governo dell'associazione simbiotica: e la famiglia è appunto la prima di quelle associazioni, che, *in quanto tali*, sono oggetto della politica (116).

Il secondo aspetto è collegato a questo primo dell'appartenenza alla politica dell'ambito dell'associazione domestica. Si può cioè con sorpresa notare che già nella famiglia abbiamo un diritto di resistenza! Infatti anche ai membri della comunità domestica è rivendicato il diritto (e siamo all'interno di quello che sarà chiamato *jus symbioticum*) di opporsi al comportamento ingiusto di colui che esercita su loro l'*imperium* — ad esempio il padre sui figli o il marito

(115) Tale distinzione si ritrova anche nell'aristotelico John Case, citato anche nel *De regno* (cfr. *Sphaera civitatis; hoc est Reipublicae recte ac pie secundum leges administrandae ratio,* Francofurti 1589, p. 6).

(116) Cfr. *Pol C,* III, 42. Su tale tema intervengono ad es. Keckermann e Arnisaeus (cfr. il mio S*ulla genesi del moderno concetto di società civile* cit., p. 13; su Arnisaeus e su queste politiche è da tener presente l'importante lavoro di H. Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat,* Wiesbaden, Steiner Verlag, 1970).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla moglie — attraverso un crescendo che è descritto dai verbi *monere, cohibere, impedire.* Che la moglie abbia un « diritto di resistenza » nei confronti del marito ci può fare meglio comprendere il significato che ha la *superioritas* e il governo in Althusius. Paradossalmente è proprio il fatto che si riconosca una disuguaglianza tra le persone — che sta alla base del fatto che *imperare* e *regere* siano azioni naturali, come è naturale la società, e dunque del fatto che alcuni siano adatti alla guida e alla direzione dell'associazione — ad implicare un quadro di pensiero tale da rendere impossibile che tale rapporto di *governo* possa essere inteso nei modi di un rapporto formale di comando-obbedienza, secondo il significato della moderna obbligazione politica. La soggezione di chi obbedisce si dà all'interno di un contesto che non annulla il giudizio sul contenuto delle azioni da parte dei governati, che rimangono soggetti politici. Se è vero che l'obbedienza di coloro che sono sottoposti è legata alla funzione di colui che ai vari livelli esercita il governo, tuttavia tale funzione è essa stessa condizionata dalla realtà oggettiva di ciò che è *buono e giusto,* a cui deve sempre rapportarsi e a cui può e deve sempre essere richiamata, anche da parte degli inferiori e dei sottoposti. Tale realtà è superiore a chi governa e a chi è governato, e permette a quest'ultimo di mettere in questione la funzione di governo di colui che non la rispetta. A colui che è soggetto, proprio perché non possiede le qualità per governare e non ne ha l'autorità, resta tuttavia il *diritto* di ritrovarsi giudice di colui a cui è soggetto. Allora l'affermazione della disuguaglianza tra gli uomini non li rende totalmente soggetti ad altri, ma al contrario, è una via per affermare la loro dignità e la loro capacità di interagire, di partecipare (117).

Coerentemente con tutto ciò, la quinta ragione addotta nel *De regno* consiste nel ricordare che colui che si comporta tirannica-

(117) Tale capacità invece è persa quando, sulla base dell'uguaglianza, si fonda una sottomissione che è totale, in quanto è sottomissione alla propria volontà, la quale, pattiziamente, fonda la sovranità del corpo politico. La negazione althusiana dell'uguaglianza non comporta quella della dignità umana delle persone, che si manifesta proprio nella differenza. A questo proposito è interessante notare la distinzione che si ha in *Pol A*, V, p. 54 tra *aequalitas* e *aequabilitas*. Mentre l'*aequabilitas* produce concordia, lasciando ad ogni cittadino il suo diritto, la sua libertà e il suo onore, in ragione della sua dignità e del suo stato, al contrario l'*aequalitas,* eguagliando coloro che sono ineguali, produce *ataxia* e perturbazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente rompe il patto col popolo e perde in tal modo la sua funzione e la sua *potestas*: dunque è lecito difendere la vita, i beni e il diritto del popolo contro questo privato che usa violenza. Naturalmente tale diritto e dovere di resistenza spetta al popolo e a coloro che lo rappresentano, che qui, secondo una tradizione tipica del calvinismo (118), sono chiamati *Efori*: a loro spetta la cura e la difesa del popolo. Ma allora si pone la domanda, ricorrente nella trattatistica sulla resistenza al tiranno, su quale sia la possibilità che hanno i « sudditi e i privati » di resistere al tiranno.

Conseguentemente al modo in cui è inteso il popolo che costituisce il regno, e in accordo con buona parte della trattatistica, la possibilità di resistenza attiva è negata ai privati, che non hanno costituito come singoli il regno e la *potestas* del sommo magistrato, e che non hanno il diritto di spada (119). Se ciò è conseguente alla costituzione del regno e del popolo, proprio per questo non vale per il tiranno che si è con la violenza impadronito del regno: la sua *potestas* infatti non si basa su nessun patto, e dunque egli non ha ricevuto nessuna autorità. Su questo punto Althusius si trova vicino lo stesso Bodin, che a differenza delle remore avanzate da qualche monarcomaco (120), afferma che nel caso della conquista del regno

---

(118) Si ricordi l'affermazione di Calvino, al centro di molte polemiche relative al suo effettivo significato per il diritto di resistenza, sulla possibile esistenza di magistrati, chiamati appunto come a Sparta *efori*, ai quali spetterebbe la difesa del regno (*Christianae religionis Institutio*, Basileae 1536, ad es. IV, 20, 23, 31).

(119) Anche nelle *Vindiciae* si nega la possibilità di resistenza dei privati, ricordando che non hanno il diritto di spada e non sono tenuti a difendere la repubblica coloro che non posson nemmeno difendere se stessi. Si ricorda inoltre che non sono i singoli a istituire il principe, ma l'intero corpo (*tertia quaestio*, p. 210; tr. it. cit., p. 169). Ursinus invece, pur ricordando che né Dio né le leggi hanno posto la spada in mano ai privati e perciò costoro non possono prendere le armi contro il tiranno (*Exercitationum*, p. 863) e devono obbedire senza atti di ribellione (num. 42, pp. 459 e ss.), tuttavia afferma che, quando il tiranno si comporta come un ladro e uno stupratore, è lecito ai singoli difendere la loro vita e quella dei loro congiunti (p. 864).

(120) Nelle stesse *Vindiciae* si afferma che, nel caso l'atto di forza con cui i tiranno si impadronisce del regno sia seguito dall'accettazione del popolo con la conseguente promessa di obbedienza, allora si ha un conferimento di titolo legittimo e perciò bisogna piegarsi al principe, anche se il popolo è stato soggiogato suo malgrado: naturalmente se, per quanto riguarda l'esercizio del potere così acquisito, il suo governo sia giusto e privo di tirannia (*tertia quaestio*, p. 187; tr. it. p. 152). Tale ragionamento è accompagnata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la forza, nemmeno l'atto di accettazione del popolo e degli stati è sufficiente a negare la liceità della resistenza armata, in quanto non ha valore un consenso ottenuto con la forza e con la minaccia (121).

Il parlare di privati e il non riconoscere ai singoli il diritto di un'azione diretta contro il magistrato che diventa tiranno, non deve condurre ad una errata conclusione, quella cioè della separazione di pubblico e privato, separazione nella quale il pubblico rivendica a sé il termine di politico: in tal senso solo i rappresentanti sarebbero soggetti politici, mentre i singoli individui avrebbero per sé uno spazio garantito, ma appunto *privato,* con il senso negativo e privativo che accompagna questo termine. Gli Efori non sono un organo rappresentativo moderno, che solo può sovranamente decidere e agire; essi rappresentano piuttosto le diverse realtà che sono presenti nel regno, realtà nelle quali i vari membri vivono la loro politicità. Gli Efori non sono separati da tali realtà, non ne *decidono* la volontà. È allora significativo, per intendere il significato della *partecipazione* connotante la politicità che si esprime nel *De regno,* il richiamo alla necessità, che gli Efori o ottimati nel caso di tirannide « *regni concilium indicant, & generalem omnium ordinum populi conventum cogant* » (tesi LXIII).

APPENDICE

Si riproducono qui due tavole, rispettivamente della *Tabula artis politicæ* di *Pol A, e dello Schema politicæ* di *Pol C,* relative agli *jura majestatis* (cfr. Note 52 e 59).

---

dall'annotazione di sapore realistico che altrimenti non ci sarebbe regno la cui giurisdizione non potesse essere messa in discussione.

(121) Cfr. BODIN, *De republica*, lib. II, cap. V. È da ricordare che Bodin, anche nel caso del tiranno che legittimamente ha ottenuto il regno, se pone per i sudditi le questioni sopra ricordate, riconosce tuttavia nobile impresa quella di un principe straniero che prende le armi contro un tiranno. Questa idea della liceità di un principe straniero ad intervenire contro il tiranno che opprime il popolo a causa della religione, è affermata in Germania anche da Zacharias Ursinus (« Responsio, quod recte faciant pii Principes, iuvantes cum possunt, etiam alienos subditos, ipsorum opem implorantes, in defensione contra tyrannidem, quae in ipsos propter religionem veram exercetur », in *Exercitationum liber secundus*, num. 47, pp. 170-172).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[POL A]

- A. Universalis consociatio in jurib. regni quæ
  - Leges regni fundamentales
  - Iura majestatis
    - Ecclesiastica c. 6 in
      - Religione sincera recipienda et conservanda
      - Scholis aperiendis
      - Exercitio cultus divini.
    - Civilia de
      - Externa disciplina conservanda: c. 7 per
        - 1. Leges.
        - 2. Distributionem pœnarum & premiorum.
        - 3. Praestationem securitatis publicæ.
        - 4. Belli gestionem.
        - 5. Confœderationem.
      - Commodis socialis vitæ procurandis, in
        - 1. Iure commerciorum } cap. 8
        - 2. Monetæ usu } cap. 8
        - 3. Idiomate linguæ } cap. 8
        - 4. Munerum distributione: vid. lit. B.
        - 5. Privilegiorum dispensatione. c. 12.
        - 6. Mutua defensione.
        - 7. Cura bonorum regni } cap.13
        - 8. Usu comitiorum } cap.13
        - 9. Constitutione ministrorum Reipub. vid. lit. C.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

[POL C]

- A. Universalis major consociatio, quæ consistit in
  - Symbiotica communione universali, quæ est
    - Ecclesiastica, c. 9 de
      - religione sincera recipenda & conservanda
      - de Scholis aperiendis
      - exercitio cultus divini publico
    - secularis,
      - generalis, de generalis legis promulgatione & exsecutione, c. 10.
      - specialis
        - prior de
          - commerciis, moneta, lingua, } cap. 11.
          - numeribus quae
            - realia
              - ordinaria, cap. 12.
              - extra-ordinaria cap. 13.
            - personalia, cap. 14.
          - privilegiorum & regalium concessione, cap. 15.
        - posterior de
          - auxilio in
            - defensione, cap. 16.
            - cura bonorum publicorum, cap. 17.
          - consilio
  - Administratione juris universalis, vide literam B.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JEAN-FRÉDÉRIC SCHAUB

LE TEMPS ET L'ÉTAT: VERS UN NOUVEAU RÉGIME HISTORIOGRAPHIQUE DE L'ANCIEN RÉGIME FRANÇAIS (*)

> Car, pour comprendre combien une vieille femme a pu être jolie, il ne faut pas seulement regarder, mais traduire chaque trait
>
> Marcel Proust

1. Le moment. — 2. L'impasse des périodisations. — 3. Un Moyen Age pressé. — 4. L'Ancien Régime entre deux mondes. — 5. L'histoire passe par le contemporain. — 6. Après la Révolution, l'Ancien Régime. — 7. Le droit de l'histoire du droit. — 8. L'histoire des textes comme histoire culturelle. — 9. Constitution sociale de la politique. — 10. Institution politique de la société.

1. *Le moment.*

Le moment est opportun de regarder le chemin récemment parcouru par les historiens de l'Ancien Régime qui s'intéressent à la politique et à l'Etat. Une triple conjoncture y invite.

Conjoncture historiographique: l'entreprise « Genèse de l'Etat Moderne », pendant une décennie, a symbolisé, sans le monopoliser, le travail d'accumulation première (1). Une *Histoire de la France*, fidèle aux plus féconds des choix scientifiques de l'école dite des *Annales*, le temps long de l'observation, la construction de l'espace, du temps, de la mémoire et des représentations en objets de l'histoire, s'est attelée à réfléchir sur la constitution historique de la

---

(*) Ma gratitude va à Christine Aguilar Adan et Marie-Karine Schaub qui ont eu la patience de relire ce texte et d'en discuter plusieurs aspects.

(1) *L'Etat Moderne: genèse. Bilans et perspectives*, Jean-Philippe Genet éd., Paris, Editions du C.N.R.S., 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

France (2). Des manuels destinés aux étudiants des facultés témoignent de l'ampleur du travail accompli et de sa rapide conversion en matière transmissible (3). Le moment historiographique est d'autant plus intéressant que sur les tables des librairies se pressent des ouvrages riches en analyses sur les phénomènes d'institutionnalisation de la société ancienne, dus aux plumes d'historiens mais aussi de juristes, de philosophes et de littéraires. Limiter l'examen aux livres des seuls historiens reviendrait à passer sous silence une part essentielle de la production intellectuelle française récente.

Conjoncture idéologique, nécessairement équivoque. Le triomphe planétaire des régimes libéraux, pour partie démenti dans les urnes des anciens pays communistes, pour partie contredit par la recherche de nouveaux types de régulation sociale jusque dans l'archaïque panacée familiale, veut s'annexer en bloc le droit (4). L'instrumentalisation du domaine intellectuel du droit par des auteurs qui croient découvrir le vieux thème wilhelmien de l'Etat de droit (5) ne tient aucun compte de la puissance critique déployée par les juristes eux-mêmes face aux artefacts idéologiques bricolés dans les bureaux des gouvernements contemporains (6). En outre, il est paradoxal de constater que l'articulation de l'Etat et du droit demeure entièrement problématique pour les juristes, tandis que

---

(2) André BURGUIÈRE, Jacques REVEL dir., *Histoire de la France*, vol. I, Jacques REVEL dir., *L'espace français*, vol. II, Jacques LE GOFF dir., *L'Etat et les pouvoirs*, vol. III, Jacques JULLIARD dir., *L'Etat et les conflits*, vol. IV, André BURGUIÈRE, *Les formes de la culture*, Paris, Seuil, 1989-1993.

(3) Michèle FOGEL, *L'Etat dans la France Moderne de la fin du XVe siècle au milieu du XVIIIe siècle*, Paris, Hachette, 1992; Joël CORNETTE, *L'affirmation de l'Etat absolu*, Paris, Hachette, 1993; Olivier GUILLOT, Albert RIGAUDIÈRE, Yves SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, Tome II, Des temps féodaux au temps de l'Etat, Paris, Armand Colin, 1994; Robert DESCIMON, Christian JOUHAUD, *La France du premier XVIIe siècle. 1594-1661*, Paris, Belin, 1996.

(4) Sur les malentendus que provoque aujourd'hui le « juridisme sans juristes », voir les remarques acerbes de Pierre LEGENDRE, « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir », *Politix*, 32, 1995, p. 23-44.

(5) Yan THOMAS, « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, 74, 1993, p. 27.

(6) L'ouvrage de Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, a valeur de symptôme polémique de la distance qui sépare les juristes de l'idéologie des droits.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leur consubstantialité est donnée pour acquise par les idéologues (7). De plus, l'objet « Etat » demeure soumis à une forte critique sociologique et anthropologique. Une histoire du droit, débarrassée des impératifs pédagogiques et idéologiques traditionnels des facultés de droit, participe de ce travail d'examen critique (8). En retour, il serait vain de vouloir enrôler la corporation des juristes dans une croisade contre le démontage sociologique de la production des normes (9). Reste que le thème de l'Etat de droit, justement brandi contre les dénis de justice effectifs mais quelque peu frelaté dans le champ universitaire, appelle l'association des juristes au débat général des sciences sociales, plus et mieux que par le passé.

Conjoncture politique et juridique, enfin, car nous vivons avec une intensité croissante les phénomènes de transfert de souveraineté. Les séductions des modèles fédéraux et l'horizon transnational européen imposent une réflexion redoublée sur le couple Etat-Nation comme lieu de définition de l'identité française. Les effets juridiques de la signature du Traité de Maastricht ne sont, en vérité, connus que des spécialistes, tant le débat politique qui avait eu lieu, en France, dans les mois qui ont précédé le référendum de 1992, avait été superficiel et traversé d'arrière-pensées d'appareil (10). Comme le montre Olivier Beaud, sans placer la souveraineté nationale en position de « supraconstitutionnalité », la révision de la Constitution de la Ve République, préalable à la ratification du Traité de l'Union, ne résorbe pas l'atteinte portée par lui à « la souveraineté de l'Etat », suivant les termes employés, dans un premier temps, par le Conseil Constitutionnel (11). L'autonomie, récemment acquise par la Banque de France, a été dénoncée comme

---

(7) Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1992.

(8) Voir surtout les deux livraisons spéciales de *Droits. Revue française de théorie juridique*, n. 15, 1992, n. 16, 1992.

(9) Gunther TEUBNER, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *in Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 171-204.

(10) Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, *op. cit.*, p. 44-57.

(11) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p. 147-149, 457-491.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abandon de souveraineté par l'Etat (12). Naguère, certains idéologues libéraux affirmaient que la réduction de la présence de l'Etat dans la société et l'économie n'affectait en rien l'empire de sa souveraineté, alors qu'en fait la logique marchande qui dictait cette résorption exige que l'Etat s'inhibe, comme en témoignent les décisions de la commission de Bruxelles en matière de subventions aux entreprises nationales considérées comme stratégiques (13).

L'élargissement des conditions de consultation du Conseil Constitutionnel accompagne l'approfondissement de la réflexion sur le statut du contrôle de constitutionnalité dans un système politique qui repose sur l'affirmation du principe de la souveraineté populaire. Il pose, dans le domaine juridique, la question du statut de l'interprétation (14) et, dans le domaine politique, celle de la représentation démocratique (15). Dans un tout domaine, dans l'immédiate actualité politique, le regain supposé du pouvoir des juges face au législateur est analysé, ainsi leur capacité à condamner pénalement les représentants de la volonté populaire. Nous assistons donc à des phénomènes de nature hétérogène mais qui confluent dans le questionnement sur la nature de la souveraineté populaire dans l'Etat contemporain.

Partant, il n'est évidemment pas question d'embrasser ici l'ensemble de ce que le monde universitaire français a pu écrire sur l'Etat dans ses dimensions historiques, après 1992 (16). Depuis lon-

---

(12) Suzanne de BRUNHOFF, « Néolibéralisme et politique économique », *in* Jacques BIDET et Georges LABICA dir., *Libéralisme et Etat de droit*, Paris, Klincksieck, 1992, p. 87-89; sur le débat général que suscite cette nouvelle étape de l'économie politique française voir Eric AESCHIMAN, Pascal RICHÉ, *La guerre de sept ans. Le franc fort 1989-1996*, Paris, Calmann-Lévy, 1996.

(13) Comme le montre Yves DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Fayard, 1992, ce n'est pas seulement la souveraineté des administrations nationales mais aussi les conditions de production de la doctrine juridique qui se trouvent dictées par les stratégies des grands cabinets multinationaux de droit des affaires.

(14) Michel TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 293-315.

(15) Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté du peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995.

(16) Les dimensions de cet article ne me permettent pas non plus, sauf exception, de rendre compte de l'excellence des travaux anglosaxons récents concernant l'Ancien

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gtemps, l'effet d'annonce un peu revanchard du « retour à l'histoire politique », dans une France historienne supposée soumise au *diktat* des *Annales*, s'est essoufflé. La question qui demeure d'actualité est de savoir ce que les historiens ont à nous apprendre de spécifique sur la formation des Etats. Ce qu'à juste titre on demande aux historiens c'est de produire des analyses sur la transformation dans le temps de phénomènes politiques, sociaux, économiques ou culturels. Or, l'évolution des institutions politiques de gouvernement a servi de repère ou de calendrier de référence pour les autres phénomènes étudiés, d'où la difficulté à critiquer le régime chronologique du principal étalon chronologique (17). C'est pourquoi, nous avons choisi d'observer le chemin récemment parcouru à la lumière de ce problème devenu central. Il implique qu'on fasse le point sur la réflexion entreprise sur l'historicité des concepts les plus élémentaires du discours de l'histoire politique et qui sont spontanément tenus pour intangibles. Au-delà des notions, c'est la possibilité même de la construction de certains objets d'enquête dans un passé européen pré-révolutionnaire qui se trouve posé. Il apparaît, de plus en plus nettement, que les historiens ne peuvent mettre leurs idées au clair que par la confrontation des régimes d'historicité implicites dans leur écriture avec d'autres rapports au temps, notamment celui de l'analyse systémique et de l'exégèse juridique, puisqu'il s'agit, au bout du compte, de s'interroger sur l'histoire de l'institutionnalisation de la société à travers le processus de monopolisation de l'autorité par une sphère publique.

2. *L'impasse des périodisations.*

L'histoire de la politique aujourd'hui semble renverser les périodisations. Encore faut-il prendre conscience des hiatus surprenants

---

Régime français. Il est devenu inconcevable de réfléchir sur cette période sans connaître les travaux pionniers de William Beick, David Hickey, Joseph Bergin, David D. Bien, Mark Greengrass, Hilton Root, Gaïl Bossenga, James B. Collins, Sharon Kettering, Richard L. Bonney, Keith Michael Baker, entre tant d'autres.

(17) Voir sur ce point, Jacques Revel, « L'institution et le social », *in* Bernard Lepetit dir., *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*, Paris, Albin Michel, 1995, p. 63-84

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

auxquels la division classique des temps historiques a abouti. Nous avons affaire, en effet, à une situation paradoxale. Le lecteur peut demeurer perplexe face à la juxtaposition d'un Moyen Age précocement national-bureaucratique avec une Epoque Moderne religieuse et féodale et une Epoque Contemporaine (ou post-révolutionnaire) traversée de fantômes archaïques ou travaillée de résistances face à l'installation d'un nouveau système social. La compartimentation en périodes, ou en spécialités universitaires, démontre sa pleine nocivité dans le domaine de l'histoire de l'Etat. Bien-sûr, c'est à dessein que nous accusons les traits, puisqu'en définitive il est nécessaire de lier ensemble les époques, dans l'exercice pédagogique. Mais c'est alors bien souvent en fonction d'un paradigme modernisateur, le plus enclin à identifier le passé avec l'expérience contemporaine. L'attitude des historiens, sur ce point, s'inscrit dans un vieux débat qui opposait, il y a encore une quarantaine d'années, juristes et sociologues. Présentant la critique de la sociologie du droit, telle qu'elle s'était constituée de Tarde à Gurvitch, Georges Ripert notait: « ils ont dénoncé le statisme du droit pour défendre l'idée d'une évolution nécessaire. Pour l'affirmer ils ont éclairé ce qui change et caché ce qui demeure » (18). Ce grief peut bien être adressé aux historiens en un double sens. En effet, le fractionnement en périodes se constitue en machine à repérer les changements au détriment des continuités mais échoue précisément sur ce point essentiel. Non seulement ces fractures du discours de l'histoire sont des cottes mal taillées mais encore elles sont incapables, par elles-mêmes, d'éviter les confusions et projections téléologiques qu'on désigne sous le terme générique (et un peu vague) d'anachronismes.

En voulant isoler un Moyen Age clos par une Epoque Moderne, on en vient, en fait, à moderniser les temps médiévaux, alors que l'hypothèse infiniment féconde d'un long Moyen Age qui viendrait s'évanouir aux pieds de Louis-Philippe est celle qui permet d'évaluer les distances qui séparent différentes configurations sociopolitiques et socioculturelles. Ainsi, Karl Ferdinand Werner pose que l'Etat des origines, Rome, ne disparaît jamais complètement en se christianisant et invite à considérer l'évolution de la chrétienté sur le

(18) Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temps long. C'est pourquoi, il dessine une chronologie extrêmement tardive de l'avènement de l'Etat, entendu en un sens moderne: « Cette unité de la période chrétienne, y compris les « Temps Modernes », peut choquer ceux qui font commencer l'Etat avec le *stato* italien ou le *staat* néerlandais du XVe siècle — avec les bases théoriques de la doctrine de la souveraineté de Jean Bodin — avec ses principes plus pratiques dans la *ragione di stato* de Machiavel et la Raison d'Etat du XVIIe siècle. Sans vouloir nier l'importance de ces étapes vers une nouvelle théorie et pratique de l'Etat, nous leur refusons, en effet, le caractère de barrières d'idées et d'époques qu'elles n'ont pas eu en leur temps, mais qu'une vue rétrospective leur a donné », ces scansions sont faiblement explicatives parce que « dans le monde de Dieu, il n'y a pas de pouvoir humain absolu. Ce n'est que la Révolution qui l'a rendu possible, tout en le liant à la volonté générale » (19). L'historien des premiers temps médiévaux s'indigne, à juste titre, de la légèreté avec laquelle on liquide, à l'aube des Temps Modernes historiographiques, l'origine romaine et biblique de l'Occident européen.

A l'extrême opposé, le patron dessiné par Joseph Strayer d'une « origine médiévale de l'Etat moderne », postule une différence entre temps médiévaux et modernité mais réalise un télescopage complet des réalités politiques médiévales, modernes et même contemporaines. L'entreprise « Genèse de l'Etat moderne » aura eu l'immense mérite d'explorer, jusqu'à l'épuiser, ce qu'on nous permettra d'appeler le paradigme Strayer. Si l'on en juge par un récent article de Jean-Philippe Genet, après cette Odyssée collective, avec toute la sagacité accumulée, le retour se solde par une identité à soi des voyageurs (20). La construction territoriale autour des couronnes, la reconnaissance de la légitimité fiscale et l'intériorisation par le peuple de l'autorité des princes cristallisent le procès d'émergence de l'Etat moderne vers 1260-1360. Ces phénomènes s'inscrivent

(19) Karl Ferdinand WERNER, « L'historien et la notion d'Etat », *Comptes-rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 1994, p. 709-721. Sur l'impossibilité de traduire le *stato* par Etat, voir Michel SENELLART, *Les arts de gouverner. Du* regimen *médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995, p. 211-212.

(20) Jean-Philippe GENET, « Introduction. Wich State rises? », *Historical Research*, vol. LXV, n. 157, june 1992, p. 119-133.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dans une chronologie ou plutôt une sédimentation culturelle, bien plus longue, celle qui forme l'intelligence occidentale des phénomènes institutionnels, de l'Empire romain à l'âge contemporain. Ainsi l'auteur reconstruit-il, en le validant, le paradigme de départ. Mais, comme il l'indique, c'est véritablement le statut législateur du monarque qui fait basculer la société politique médiévale du côté de l'Etat moderne. Deux questions restent alors ouvertes: l'une particulière, sur le caractère révolutionnaire et tardif de la construction juridique par Jean Bodin d'une souveraineté fondée sur le monopole d'édiction du droit positif, l'autre générale, sur le statut de la loi dans l'ensemble des instruments normatifs avant la Codification (21). L'interrogation devient: si l'on admet que l'aspiration au positivisme juridique de Jean Bodin et le décisionnisme de Hobbes constituent une véritable rupture culturelle en Occident, quelle était donc cette structure politique dont ils divorcent? Jean-Philippe Genet, en repérant tout ce qui « pave le chemin » qui mène à l'Etat se situe tout entier du côté d'une conception accumulative de l'étaticité et, par là même, prête le flanc aux critiques, notamment celles des juristes, qui pourraient lui être opposées sur le terrain qu'il a choisi: la datation de l'Etat.

Dans la perspective d'une histoire de l'Etat, la première question devrait être celle-ci: la souveraineté a-t-elle été réalisée par un processus multiséculaire d'accumulation des forces et des droits-entre les mains de l'institution gouvernementale? L'analyse du roi-guerrier qu'offre Joël Cornette (22) ou celle du roi bourreau de Robert Muchembled s'inscrivent dans une telle visée (23). Dépassant la problématique controuvée du poids de l'Etat dans la société française d'Ancien Régime, les deux auteurs s'attachent à construire la dialectique de l'affirmation de l'autorité royale et de l'intériorisation du procès de civilisation par les sujets du roi. Cependant, leur point de départ consiste à tenir l'exercice de la guerre et celui de la justice pénale comme attributs d'une souverai-

(21) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 130.

(22) Joël CORNETTE, *Le roi de guerre*, *op. cit.*

(23) Robert MUCHEMBLED, *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus. XVe-XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin, 1992; voir également la livraison de la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes* 1995/2, consacrée à l'histoire de la justice criminelle.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neté déjà-là avant que d'être absolutisée. Ce point de fuite aveugle fait l'objet, dans le débat actuel, d'une critique tard venue. Michael Stolleis appelle au renversement de la perspective telle que l'avait dessinée Meinecke: « La simple présupposition de l'"Etat" », plus exactement: l'absolutisation de l'Etat national de puissance tacitement effectuée par Meinecke, demande aujourd'hui à être rectifiée. L'« essence de la raison d'Etat suppose une essence de l'Etat » qui, en ce sens, n'est rien de plus qu'une mystification antihistorique de la « théorie générale de l'Etat » (24). Ce qui, traduit en termes français, signifie que l'histoire politique-institutionnelle française, contemporaine de Meinecke, fonctionne comme une illustration de l'oeuvre de Carré de Malberg.

Or, il convient de s'interroger sur la possibilité de recourir au concept de souveraineté, au sens étatique moderne, en amont de la monopolisation de l'édiction du droit positif. Lorsqu'elle énumère, par une liste analytique, adéquate à son objet médiéval, les prérogatives du roi de France, Marie-Thérèse Caron adopte l'ordre suivant: 1) pouvoir judiciaire, 2) défense de la paix publique, 3) droit de garenne, 4) service militaire dû au roi, 5) ordonnances du roi, 6) monnaie du roi (25). La position du droit d'édicter la loi en fin de discours révèle tacitement ce qui sépare la suréminence de l'institution royale médiévale de la souveraineté dont Jean Bodin construit scientifiquement le devoir-être. Juridiquement, l'affirmation de la souveraineté ne peut être présentée sous la forme d'une somme de prérogatives progressivement attribuées à une même institution, empereur, roi ou cité (26). Yan Thomas expose les règles de l'analyse juridique de la souveraineté en termes nets: « A la différence de la majesté, la souveraineté de l'Etat est étrangère à l'idée quantitative, parce qu'elle n'est autre que la formule de son unité et de son autonomie. Il n'y a pas plus de sens à la jauger qu'il n'y en aurait à établir une échelle de l'identité à l'intérieur de

(24) Michael STOLLEIS, « L'idée de la raison d'Etat de Friedrich Meinecke et la recherche actuelle », *in* Christian LAZZERI, Dominique REYNIÉ dir., *Le pouvoir de la raison d'Etat*, Paris, P.U.F., 1992, p. 15-16.

(25) Marie-Thérèse CARON, *Noblesse et pouvoir royal en France. XIIIe-XVIe siècle*, Paris, Armand Colin, 1994, p. 41-43.

(26) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 20, 43, 142-143.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'identité d'un sujet » (27). La formule permet de mesurer tout l'écart qui s'installe entre l'esthétique transcendantale des historiens happés par un temps en perpétuel mouvement et celle d'un juriste qui récuse la soumission à une temporalité construite d'avance et donnée comme neutre (28). Notons d'emblée que ce clivage essentiel traverse le monde des historiens comme celui des juristes si nous raisonnons en termes purement institutionnels (faculté des Lettres contre faculté de Droit). L'histoire politique pourrait, dans sa défense, se présenter comme une phénoménologie par opposition à l'ontologie dogmatique des juristes. La science juridique aurait alors beau jeu de se situer sur le registre de la précision conceptuelle, seule base saine à partir de laquelle les ruptures culturelles majeures sont sûrement identifiables.

3. *Un Moyen Age pressé.*

Le discours de l'histoire est donc renvoyé à sa propre construction du temps historique. Il arrive, au pire, que l'identification du lieu d'où parle l'historien (de la société, de la politique ou des institutions) avec celui qu'il pense reconstruire, est affaire de plume, usage d'images, métaphores convenues, comparaisons implicites. On s'étonne, par exemple, de voir le traumatisme de la fin de la Guerre de Cent Ans décrit en termes qui furent ceux de Jean Giraudoux ou d'Emmanuel Berl à l'été 1940: « Le redressement national suppose la reconquête du sens communautaire », « Il faut, avant toute chose, que les Français reconnaissent leurs fautes » (29). Forte est la tentation de lire Jean Juvénal des Ursins à travers Bertrand de Jouvenel... Ce qui est en cause ici, c'est évidemment la dimension nationale supposée des phénomènes évoqués. Car si l'appel à une reconquête militaire s'impose à la couronne, ou si le

(27) Yan THOMAS, « L'institution de la majesté », *Revue de Synthèse*, IVe s., 3-4, juil.-déc. 1991, p. 336.

(28) Voir la remarque de John G. POCOCK: « Rigoureusement interprétée, une théorie de la souveraineté rend non nécessaire le recours au passé », citée par Robert DESCIMON, Alain GUÉRY, « Un Etat des temps modernes? », *in* André BURGUIÈRE, Jacques REVEL dir., *Histoire de la France*, vol. II, Jacques LE GOFF dir., *op. cit.*, p. 231.

(29) Jacques KRYNEN, *L'Empire du roi*, *op. cit.*, p. 337, 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sentiment que les malheurs du temps ont partie liée avec les péchés afflige les croyants, de quels « Français » (Armagnacs, Bourguignons, Franciliens?) de quelle nation nous parle-t-on? Ailleurs, nous trouverons un Philippe Le Bel gaullien: « la volonté de Philippe Le Bel de dialoguer directement avec le pays » (30). Ces quelques indices saisis dans l'impensé d'une écriture savante désignent les points de résistance les plus forts, parce que ce sont ceux qui structurent notre mémoire civique. Une mise à plat de l'ensemble de l'interprétation positiviste universitaire du passé français, pour l'essentiel laissée intacte par l'historiographie socio-économique triomphante, s'est imposée. Tout se passe comme si la critique interne du synopsis politique, le plus suspect parce que le mieux assimilable, venait en fin de parcours, en cette fin de siècle. La grande histoire politique, en devenant elle-même objet d'histoire, nous aide à chercher de nouvelles marques. Cette histoire, appuyée sur une expertise documentaire, fonctionne d'abord comme une histoire officielle (31). C'est ce que suggère François Hartog: « L' « histoire » de Lavisse est, dans son principe, de la mémoire (républicaine) promue à la dignité d'histoire » (32). Sans doute est-ce également le cas de celle des héritiers de Lavisse. Le constat est évident, cela ne signifie pas pour autant qu'on accepte d'en tirer toutes les conséquences épistémologiques.

C'est ainsi que la description de l'avancée de l'Etat peine à se dégager de son modèle contemporain (33). Pourquoi répète-t-on partout que l'affirmation de l'autonomie du roi de France par rapport à l'Empereur, constitue une étape décisive dans la formation de l'étaticité française, si ce n'est parce que l'accession à la souveraineté nationale est, dans cette optique, supposée inscrite dans le

---

(30) Olivier GUILLOT, Albert RIGAUDIÈRE, Yves SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, *op. cit.*, p. 181.

(31) Paul OURLIAC, « La féodalité et son histoire », *Revue historique de droit français et étranger*, 73/1, 1995, p. 1-21.

(32) François HARTOG, « Comment écrire l'histoire de France? » *Annales. Histoires, Sciences Sociales*, 1995, p. 1219-1236. Sur le militantisme républicain des historiens de la IIIe République, mise au point de Gérard Noiriel, « Naissance du métier d'historien », *Genèses. Sciences Sociales et Histoire*, 1, 1990, p. 90-112.

(33) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 31.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

brocard *Rex Franciae est Imperator in regno suo* (34)? Veut-on dire par là que le Saint Empire, parce qu'il embrassait trop de nations, n'était pas en mesure de produire culturellement la territorialisation de l'autorité? Si tel n'est pas le cas, c'est donc que l'affirmation du fait national est à la fois le fruit et la clef d'interprétation des phénomènes institutionnels publics. Ainsi, d'après Jacques Krynen, Nicole Oresme puisqu'il critique le manque d'opérativité de la dogmatique juridique dans la défense des droits du roi devient, de ce fait, le père des sciences politiques. Mais on ne saurait comprendre ce choix intellectuel sans tenir compte de la « conscience nationale » d'Oresme (35). Partant, l'élaboration d'une pensée définie comme politique (par opposition à la dogmatique juridique) est réputée solidaire de l'affirmation nationale. Cela revient également à déterminer la datation de la genèse de l'Etat par l'émergence du sentiment national. De ce point de vue, le paradigme Strayer ne manque pas de cohérence. C'est pourquoi, il n'est pas rare de trouver l'évocation d'une « opinion publique » médiévale, à laquelle la propagande royale est censée s'adresser et dont le *feedback*, notamment lors des Etats Généraux, contribue à la constitution politique du royaume de France (36). La recherche d'une genèse s'apparente alors à celle d'un code génétique qui, reconstruit *a posteriori*, contient l'intégralité des éléments d'arrivée.

Le point de départ est connu: désagrégation impériale, brutalité normande, éparpillement féodo-vassalique, perpétuelle soumission à l'Eglise quant au spirituel. Sur ces bases ou ces décombres, se construit l'Etat ou, plus exactement, l'Etat non advenu fournit la clef d'interprétation de ce qui change autour de la dynastie capétienne, au long des siècles (37). Cette procédure actualise deux visions du temps qui imprègnent en général, c'est à-dire indépendamment de la production d'un discours critique sur les régimes d'historicité, la

(34) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 117 et sq.

(35) Jacques KRYNEN, *L'Empire du roi*, *op. cit.*, p. 115, 331.

(36) Jacques KRYNEN, *L'Empire du roi*, *op. cit.*, p. 336; Olivier GUILLOT, Albert RIGAUDIÈRE, Yves SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, *op. cit.*, p. 43, 83, 87.

(37) Sur le caractère trompeur de la continuité de l'institution monarchique, voir Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 23 et Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culture occidentale: le cycle, le progrès. La conception cyclique de l'histoire, plus archaïque que la progressive mais pas plus téléologique, sous-tend, par exemple, le propos de Marcel David sur la souveraineté des rois de France. A propos de l'adoption, autour du XIIIe siècle, de la notion de *potestas regalis* pour décrire le pouvoir du *Rex Francorum*, l'auteur évoque « tel roi, notamment celui de France, dès lors qu'il eut récupéré l'essentiel de ses prérogatives spécifiques », « le roi capétien, de son côté, au fur et à mesure de sa récupération des droits régaliens », « le laborieux processus de régénération et de gestation de la souveraineté non encore parvenue à maturité » (38). Est-ce à dire que l'affirmation de la souveraineté procède d'un triple procès de gestation, de résurrection et de maturation? Est-ce à dire que les temps obscurs marqueraient un *hiatus* entre deux monarchies étatiques sur le sol de France? Dans ce cas, quel est donc le référent implicite vers lequel tendent Philippe Auguste et Saint Louis? L'empire de Charlemagne, la France déjà-là de Clovis que le trône et l'autel commémorent cette année à Reims, la Gaule préfectorale en son autel lyonnais? En elle-même, la possibilité de repérer des situations historiques comparables, à plusieurs siècles de distance, ne doit pas être bannie du laboratoire des historiens. On ne peut, en effet, poser l'existence d'un long Moyen Age et s'interdire de construire des analogies diachroniques. Ce mouvement de rejet de la violence armée conduit par le parti Politique à la fin du XVIe siècle, sur un mode néostoïcien (39), pourrait être lu à la lumière de ce qu'avait été, en son temps, le grand élan ecclésiastique de la Paix de Dieu, au XIe siècle. Dans les deux cas, ne s'agissait-il pas de contrer les effets ravageurs d'un « système [qui] intégrait l'ensemble de la société dans un processus de violence prédatrice » (40)? Dans les deux cas, la réponse, jamais laïque, passait par l'intériorisation d'une discipline et d'une spiritualité, puis

(38) Marcel David, *La souveraineté du peuple*, Paris, P.U.F., 1996, p. 30, 34, 35.

(39) Denis Crouzet, « Les fondements idéologiques de la royauté d'Henri IV », *Henri IV et la reconstruction du royaume*, Actes du colloque Pau-Nérac, 14-17 septembre 1989, Pau, J & D Editions, 1990, p. 165-194; Michel Senellart, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 235.

(40) Joël Cornette, *Le roi de guerre. Essai sur la souveraineté dans la France du Grand Siècle*, Paris, Payot, 1994, p. 72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

par l'exaltation de l'institution monarchique. Mais un tel rapprochement ne permet assurément pas de valider une conception cyclique de l'histoire.

Après le cycle, la longue ou lente marche, image mosaïque ou maoïste, récemment sollicitée pour dessiner l'émergence de l'Etat (41). Dans l'écriture même de l'ouvrage dirigé par Albert Rigaudière on est frappé par l'usage surabondant de l'adverbe temporel lentement et de ses déclinaisons adjectives ou substantives. Ce recours de plume traduit les hésitations des auteurs à affirmer l'assomption prématurée des phénomènes dont ils pistent les traces. Témoignant d'une connaissance admirable de l'histoire politique et sociale du Moyen Age Occidental, le texte évite, par le recours aux amortisseurs temporels, de se trouver en porte-à-faux par rapport à sa propre démonstration. Soit un exemple qui nous semble refléter cet embarras du temps: « (..) le XIIIe siècle constitue un véritable tournant dans l'histoire du gouvernement monarchique médiéval. Certes, les anciennes structures ne disparaissent pas pour autant, mais la profonde évolution qu'elles subissent fait qu'elles apparaissent de moins en moins comme la chose du prince. A l'image de la couronne qui symbolise désormais un Etat n'appartenant plus au roi, le gouvernement échappe lentement à la mouvance personnelle du prince. Selon l'idéal politique du temps, il ne doit être rien d'autre que l'instrument d'un pouvoir dépatrimonialisé et dépersonnalisé » (42). Les adverbes *désormais* et *lentement* semblent s'annuler logiquement puisque dans le mouvement même de la phrase les phénomènes politiques sont tenus pour effectués et en cours d'effectuation. La mue semble entièrement aboutie mais préserve la peau antérieure. Au delà de l'analyse purement verbale, on ne peut que s'interroger sur la réalité de cette *dépatrimonialisation* et de cette *dépersonnalisation* du pouvoir au Moyen Age. Si ces phénomènes se réalisent si tôt, qu'ont donc apporté les Temps modernes à la formation de l'Etat?

---

(41) Olivier GUILLOT, Albert RIGAUDIÈRE, Yves SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, *op.cit.*, p. 54.

(42) Olivier GUILLOT, Albert RIGAUDIÈRE, Yves SASSIER, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, *op. cit.*, p. 145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *L'Ancien Régime, entre deux mondes.*

L'embarras chronologique affecte non moins les développements consacrés à l'Epoque moderne. En plusieurs points de son grand livre sur le « roi de guerre », Joël Cornette rencontre la difficulté. Si, comme il le fait, l'on traduit l'expression *auctoritas principis*, dans le contexte de la *Somme Théologique* de Thomas d'Aquin, par l'expression « autorité suprême de l'Etat », cela signifie, là aussi, que dès le XIIIe siècle tout est dit (43). L'auteur saisit le XVIIe siècle français en croisant deux problèmes essentiels. Il montre l'importance cruciale du procès de pacification interne, de mise en discipline de la société dans le fracas des armes dirigées par le roi. En même temps, à travers une fine analyse iconographique, il montre, comment l'identification du roi à l'exercice guerrier et sa participation à la culture héroïque nobiliaire, dégage symboliquement et réellement un espace politique des bureaux, des gris spécialistes qui, en marge de l'exaltation du roi de gloire, incarnent, à leur façon, la continuité de l'Etat. Cornette essaie de faire la démonstration de la rationalisation de la société politique par le biais qui, du moins en apparence, s'en éloigne le plus: le règne de la violence guerrière, la fascination pour la mort. Sa démarche débouche, semble-t-il, sur un paradoxe (44). La trajectoire du XVIIe siècle fait passer le roi de guerre de la présence d'Henri IV sous les murs de Paris, pendant le siège de 1590, au renoncement de Louis XIV, en 1693, de retourner sur les champs de bataille. En 1635, Richelieu démontre la nécessité d'éloigner Louis XIII des théâtres d'opérations car il juge indispensable de le placer « hors du champ des forces de la mort » (45). Cette attitude manifeste une rupture par rapport à la culture féodale, celle du compagnonnage militaire du roi avec ses nobles. Mais au-delà, d'après Joël Cornette, Richelieu « témoigne bien de cette inflexion de l'Etat royal: sa dépersonnalisation, sa décorporalisation sont inséparables d'une évolution néces-

(43) Joël CORNETTE, *Le roi de guerre*, *op. cit.*, p. 125.

(44) Joël CORNETTE, *Le roi de guerre*, *op. cit.*, p. 201-202.

(45) Sur les relations entre sacralité de la monarchie et fascination pour la mort: Denis CROUZET, « Désir de mort et puissance absolue de Charles VIII à Henri IV », *Revue de Synthèse*, IVe s., 3-4, juil.-déc. 1991, p. 423-441.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

saire vers l'abstraction, l'objectivation de la chose publique, isolée des contingences et de l'accident, délivrée en même temps des contraintes et des obligations liées aux relations interpersonnelles (..) . Comment avancer que la décorporalisation de l'Etat royal est déjà en place, si le moyen adéquat pour préserver l'Etat des contingences consiste précisément à protéger le corps physique du roi? Il se peut que l'abstraction désirée soit encore prématurée. La pente naturelle qui nous conduit vers l'Etat, le nôtre, tire tout le discours en avant de lui-même. Ainsi la guerre de Trente Ans, qualifiée de conflit interétatique est-elle décrite, par la même plume, comme un « système autorégulé de pouvoir et de violence, géré par des entreprises concurrentes et privées, largement indépendantes du contrôle des Etats » (46). Comment des Etats souverains laisseraient-ils la place à un tel système?

L'ambiguïté du propos ne saurait être levée qu'au prix d'un choix. Il s'agirait, en effet, de savoir si la demande de discipline militaire est, en essence, un vecteur d'étatisation de la société du fait qu'elle émane de l'instance étatique déjà constituée (version classique de l'histoire politique), ou bien si le procès de mise en discipline, au sens que lui donne Oestreich, comme laboratoire (47) de sociabilité, crée les conditions socioculturelles de réception de l'innovation juridique et administrative qu'apportent les temps nouveaux (version rénovée de l'histoire sociale). A défaut de trancher entre deux perspectives difficilement compatibles, on se heurte à l'embarras de la datation des phénomènes analysés.

Cette gêne est aussi celle d'Alain Guéry lorsqu'il avance que son triptyque « bien commun/utilité publique/commun profit » *fonde* l'Etat et en *émane* (48). Comment construire ce rapport dialectique, alors même que, comme le montre l'auteur, les affaires privées et les fonctions publiques ne sont pas rigoureusement séparables? Ce qui nous est devenu si difficile à comprendre c'est que l'invocation de l'utilité publique ait pu ne pas renvoyer à

(46) Joël CORNETTE, *Le roi de guerre*, *op. cit.*, p. 71.

(47) Sabina LORIGA, *Soldats: un laboratoire disciplinaire. L'armée piémontaise au XVIIIe siècle*, Paris, Mentha, 1991.

(48) Alain GUÉRY, « L'Etat. L'outil du bien commun », *in* Pierre NORA dir., *Les lieux de mémoire*, tome III, Les France, vol. 3, Paris, Gallimard, 1992, p. 828.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'affirmation d'une quelconque souveraineté à l'âge, médiéval, du roi de justice (49). Spécialiste de l'histoire des finances et de la Finance, Alain Guéry montre que, jusqu'au XVIIIe siècle, « la nomenclature des dépenses générales de la monarchie relève plus de la magnificence du prince que des dépenses destinées à satisfaire un bien public tel que nous le concevons aujourd'hui ». Par là même, « le roi semble être plus un roi donneur et guerrier, un *big man* au sens des ethnologues » et c'est un monarque qui subventionne savants et lettrés, bureaux et Académies (50). Là encore, nous voyons comment la difficile modernisation de l'institution monarchique ouvre un espace tardif et latéral à l'expertise qui, en s'affirmant, interdit jusqu'à la Révolution que le roi soit identifié au bien commun (51). Dans ces conditions, l'exposé historique de l'évolution du sens du bien commun ne peut faire de l'Etat un préalable logique. Ce qu'on a coutume de désigner comme l'école néo-cérémonialiste américaine, notamment autour de Ralph Giesey et de Sarah Hanley, a cru pouvoir déceler dans les grandes cérémonies de la monarchie, funérailles et lits de justice en particulier, l'expression d'une constitutionnalité de la royauté. Cette analyse a été très profondément critiquée par Alain Boureau et Alain Guéry (52). Leur réponse consiste à démontrer la nécessité d'une forte contextualisation sociopolitique de chacune des cérémonies effectivement organisée, tant l'investissement de sens que les acteurs et spectateurs accordent à chacune d'entre elles peut varier. De plus, l'un et l'autre insistent sur l'aspect le plus essentiel de l'exaltation sacrale du roi qui demeure son enracinement profond

(49) Michel Senellart, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 142.

(50) Alain Guéry, « L'Etat. L'outil du bien commun », art. cit., p. 836.

(51) Denis Richet, « La monarchie au travail sur elle-même? » *De la Réforme à la Révolution. Etudes sur la France moderne*, Paris, Aubier Montaigne, 1991, p. 425-450.

(52) Alain Boureau, « Les cérémonies royales françaises entre performance juridique et compétence liturgique », Annales E.S.C., 1991, p. 1253-1264; Alain Guéry, « Principe monarchique ou Roi Très Chrétien? Les funérailles des rois de Fance », *Revue de Synthèse*, IVe s., 3-4, juil.-déc. 1991, p. 443-454; Alain Boureau, « Ritualité politique et modernité monarchique », *in* Neithard Bulst, Robert Descimon, Alain Guerreau dir., *L'Etat ou le roi. Les fondations de la modernité monarchique en France (XIVe XVIIe siècles)*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 1996, p. 9-25; Alain Guéry, « Le roi est Dieu, le roi et Dieu », *ibid.*, p. 27-47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dans la spiritualité et la liturgie chrétiennes. Il y a, en effet, quelque paradoxe à vouloir embarquer des manifestations si éminemment imprégnées de sacré dans le mouvement de laïcisation de l'institution politique qui sert de vecteur commode à l'histoire téléologique de la modernité politique. On se plaît à remarquer que leurs deux derniers articles sont publiés dans un recueil intitulé « L'Etat ou le roi », titre qui hésite à placer l'institution monarchique et l'Etat en situation d'alternative ou d'équivalence.

5. *L'histoire passe à l'intérieur du contemporain.*

Au terme du spectre chronologie, on retrouve toutes les ambiguïtés de l'objet « histoire contemporaine ». Il ne s'agit pas d'une découverte, en effet, car il eût suffit qu'on prît garde à certaines des traces que nous avait laissées le XIXe siècle, pour ne pas céder à la pente naturelle de l'histoire institutionnelle à rationalité bureaucratique. De Charles Seignobos à Maurice Agulhon, les historiens de la politique ont su décrire et analyser tout ce qui, dans les pratiques de l'administration ou du militantisme, démentait la trop belle transparence d'expressions telles que « sens de l'Etat », « fonctionnement républicain des institutions ». Il suffit de prendre cette page où Seignobos montre que, sous la présidence de Grévy, la direction politique et administrative de la République ne garantit pas l'exercice effectif du pouvoir dans la société, ne serait-ce que parce que « les petites gens dans toute la France savaient qu'on obtenait une faveur ou une tolérance en s'adressant aux conservateurs plus facilement que par l'entremise des républicains » (53). Songeons à la chronologie « ethnographique » que propose Maurice Agulhon à propos de la politisation de la société française. L'historien des sociabilités politiques affirme que tout un monde bascule au mi-temps du XXe siècle, tandis que l'organisation sociale et imaginaire des masses du premier XXe siècle s'enracine encore fortement dans une période qui embrasse Lumières et Révolutions (54). Comme le

(53) Charles SEIGNOBOS, *L'évolution de la IIIe République (18751914)*, *in* Ernest LAVISSE, *Histoire de France Contemporaine*, Paris, Hachette, 1921, p. 55-56.

(54) Maurice AGULHON, *Histoire vagabonde*, vol. I, *Ethnologie et politique dans la France contemporaine*, Paris, Gallimard, 1988, p. 11-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suggère Pierre Rosanvallon, les promesses de la citoyenneté seraient tenues dans le mouvement de réalisation mutuelle de l'assurance sociale à l'échelle de l'ensemble de la société et par la direction politique de l'économie (55). L'affermissement idéologique de l'individualisme apparaît en même temps comme le fruit d'une socialisation croissante par les systèmes de sécurité et par la production d'un droit social (56). En fin de parcours, de nos jours, l'adhésion étendue au libéralisme idéologique serait alors à la fois le fruit du succès et de la banqueroute du *Welfare-State*. En ce tournant du siècle, l'Etat et son administration auront donc porté le social à sa lisibilité maximale et réflexive.

Marcel Gauchet analyse la complexité théorique de l'avènement de l'individu dans le feu des débats fondateurs du libéralisme français. Il note que « c'est assez abusivement qu'on a durci l'opposition entre la prétendue cohérence bourgeoise ou l'orthodoxie libérale de 89 et l'esprit social ou populaire de 93 ». En effet, « la société qui se pense et qui se pose produite par les individus n'est-elle pas vouée à buter sur cette autre vérité d'elle-même qu'il lui appartient de produire les individus, en veillant à la préservation (ou au développement) de leur indépendance? » (57). L'histoire contemporaine de la politique n'est-elle pas, du coup, celle de la construction sociale et institutionnelle de l'autonomie individuelle? Marcel Gauchet de conclure: « A la société d'instituer l'autonomie que la nature justifie et promet, mais ne garantit pas. La prise en charge collective de la protection ou de la formation des personnes représente l'envers incontournable de leur déliaison et de leur valorisation singulière » (58). Quel individualisme serait, en effet, supportable, dans l'espace où les anciennes solidarités ayant disparu, la solidarité nationale n'a pas engendré son administration

(55) Pierre ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, coll. Points Histoire, 1990, p. 184-195.

(56) Antoine GARAPON, « L'idée de droit social: Georges Gurvitch », *in* Pierre BOURETZ dir., *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, p. 215-228.

(57) Marcel GAUCHET, *La révolution des Droits de l'Homme*, Paris, Gallimard, 1989, p. 99.

(58) Marcel GAUCHET, *La révolution des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 100.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des affaires communes (59)? De ce point de vue, il est toute une part de notre histoire, hâtivement ou universitairement qualifiée de contemporaine, qui semble plus loin de nous que toutes les étoiles. Car le « Léviathan démocratique » dont parle Pierre Rosanvallon se trouve au croisement de l'exercice du Suffrage Universel Direct, de l'impôt sur le revenu et du feu nucléaire. Il n'est donc pas le modèle à partir duquel nous puissions interpréter ne serait-ce que la politique du XIXe siècle.

Le roman, symptôme du XIXe siècle plutôt que document, nous permet tout de même d'emprunter des raccourcis (60). Balzac est un homme de l'ancien temps: « La loi de l'intérêt général, qui engendre le Patriotisme, est immédiatement détruite par la loi de l'intérêt particulier, qu'elle autorise, et qui engendre l'Egoïsme. Il n'y a de solide et de durable que ce qui est naturel, et la chose naturelle en politique est la famille. La Famille doit être le point de départ de toutes les institutions » (61). Le romancier ultra, partisan de l'instauration d'un majorat à la française, en deuil du droit d'aînesse, partageait ainsi avec Jules Michelet, historien républicain, la conviction que la fission révolutionnaire s'était opérée dans la famille (62). Les deux écrivains, sans doute passionnés de politique, surent inverser les priorités et percevoir que l'analyse de pratiques sociales les plus cellulaires donnaient la clef de l'évolution politique qu'ils vivaient (63). *Les Paysans* de Balzac offre un tableau saisissant des relations de pouvoir dans une campagne bourguignonne vers 1820-1830. On y voit comment la paysannerie privée de terres vit de

---

(59) Denis SALAS, « Droit et institution: Léon Duguit et Maurice Hauriou », *in* Pierre BOURETZ dir., *La Force du droit, op. cit.,* p. 193-214.

(60) Maurice AGULHON, « Monsieur Homais, ou le militantisme », *Histoire vagabonde*, vol. III, *La politique en France d'hier à aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 1996, p. 43-60.

(61) Honoré DE BALZAC, *Le Curé de village*, Bibliothèque de la Pléiade, *La comédie humaine*, vol. IX, Paris, Gallimard, 1978, p. 824.

(62) Jules MICHELET, *Cours au Collège de France*, vol. II, Paris, Gallimard, 1995, p. 281.

(63) Voir Jean-Fabien SPITZ, « L' Etat et la famille », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 16, 1992, p. 59-70. Pour une interprétation qui fait appel à l'appareil conceptuel de la psychanalyse: Lynn HUNT, *Le roman familial de la Révolution française* [1992], Paris, Albin Michel, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

multiples infractions que l'usage a converties en « droit » (64). On constate que les transgressions pénales ne sauraient être réprimées: « (..) la résistance, au cas où elle aurait eu lieu, jetait le gouvernement dans de grands embarras. (..) on ne pouvait pas guillotiner toute une commune » (65). Tout comme il est exclu que la Justice passe dans une terre aussi misérable que le Dauphiné de Louis-Philippe (66). Cette absence de l'Etat judiciaire et policier est compensée par la persistance d'une confusion de l'intérêt privé et de l'exercice des charges publiques. C'est ainsi que le héros positif du roman promet à son garde-chasse, en échange de sa fidélité, une perception fiscale dans le canton, à obtenir auprès du ministre des Finances, sien ami (67). L'indistinction des sphères privée et publique est la clef de déroulement de toute l'intrigue du roman. L'exercice de Balzac est d'autant plus instructif qu'il saisit les rapports de pouvoir et les constitutions de réseaux sur l'ensemble de leur arborescence, depuis le niveau ministériel ou législatif jusqu'aux nuisances fatales qu'un garde champêtre peut faire subir, sur le terrain, à l'adversaire. Au niveau intermédiaire, l'auteur montre comment un ancien intendant de grand domaine devenu bourgeois et maire de la Ville-aux-Fayes, fédère les groupes et familles d'intérêts locaux, se fait bâtir une demeure particulière qui, par sa splendeur, apparaît comme le principal édifice public de la ville, tandis que la sous-préfecture est logée dans un « chenil » (68). Une telle société ressemble à celle que le préfet républicain de 1879 devait rencontrer, selon Seignobos: « L'esprit de cette ville commerçante était si bien connu au gouvernement que l'on avait mis pour sous-préfet un homme d'esprit conciliant (..) un de ces gens habitués aux transactions, familiarisés avec les exigences de tous les gouvernements, et que les Puritains, qui font pis, appellent des gens corrompus » (69). La fonction préfectorale se trouve donc analysée

(64) Honoré DE BALZAC, *Les Paysans*, *in* Bibliothèque de la Pléiade, *La comédie humaine*, vol. IX, Paris, Gallimard, 1978, p. 92.

(65) Honoré DE BALZAC, *Les Paysans*, *op. cit.*, p. 317.

(66) Honoré DE BALZAC, *Le Curé de village*, *op. cit.*, p. 708.

(67) Honoré DE BALZAC, *Les Paysans*, *op. cit.*, p. 150.

(68) Honoré DE BALZAC, *Les Paysans*, *op. cit.*, p. 305.

(69) Honoré DE BALZAC, *Les Paysans*, *op. cit.*, p. 306.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en termes transactionnels. Souvenons-nous également de l'amertume de Lucien Leuwen, envoyé spécial du Ministre de l'Intérieur de Louis-Philippe à Blois, découvrant qu'à quelques lieues de Paris l'autorité de son Ministre s'évanouissait (70).

Il a fallu qu'un compatriote de Fenimore Cooper, Eugen Weber (71), révèle au public français l'irréductible « barbarie » de la paysannerie, c'est-à-dire sa difficile « réduction à la francité », pourtant affirmée avec force par Honoré de Balzac, Emile Zola ou Joris-Karl Huysmans, en regard de l'image catéchétique du *Tour de France de deux Enfants* (72). Notre éducation, il est vrai, fut dirigée par Ferdinand Buisson et non par des littérateurs réactionnaires, pornographes ou snobs. Cette étrangeté intérieure, si tôt repérée, se manifeste fortement par un décalage opiniâtre entre pratiques et norme officielle. Le partisan retardataire du majorat à la française pouvait bien tempêter depuis son expérience notariale: l'atomisation des terres, des patrimoines et des familles qu'il prophétisait, penché sur le Code Civil, ne s'est pas produite et, lorsque les partages successoraux nouveaux ont été appliqués, ce ne fut pas sur un mode apocalyptique (73).

6. *Après la Révolution, l'Ancien Régime.*

Deux types de continuité ont été repérés. Une lecture volontariste de *L'Ancien Régime et la Révolution* d'Alexis de Tocqueville grossit l'héritage absolutiste de la dynamique révolutionnaire et, du même coup, enracine les institutions nouvelles dans une tradition séculaire. En réduisant l'effet de rupture, l'histoire politique tend à

---

(70) STENDHAL, *Lucien Leuwen*, Oeuvres romanesques, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1952, vol. I, p. 1195-1197.

(71) Eugen WEBER, *La fin des terroirs*, Paris, Fayard, 1980.

(72) Jacques et Mona OZOUF, « *Le Tour de France par deux enfants*. Le petit livre rouge de la République », *in* Pierre NORA dir., *Les lieux de mémoire*, tome I, *La République*, Paris, Gallimard, 1984, p. 291-321.

(73) Bernard DEROUET, « Le partage des frères. Héritage masculin et reproduction sociale en Franche-Comté aux XVIIIe et XIXe siècles », *Annales E.S.C.*, 1993, p. 453-474; « Territoire et parenté. Pour une mise en perspective de la communauté rurale et des formes de reproduction familiale », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1995, p. 645-686.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identifier rétroactivement en amont de la Révolution les éléments annonciateurs de son oeuvre. Du fait de cette même réduction, la critique sociale et anthropologique traque tout ce qui dans le monde de l'individualisme fait rejouer des structures anciennes, imperméables à la Codification. Est-ce à dire que la Révolution française aurait été un événement superficiel? Si l'on mesure bien « ce sentiment si puissant d'une cassure dans la continuité du temps (..) » que décrit François Furet, la réponse ne peut pas être affirmative (74). La radicalité de l'innovation institutionnelle, la profondeur des déchirures de la société interdisent de s'attarder sur une hypothèse de travail qui renvoie, sans doute, à l'opposition dépassée entre politique de superficie et société de haute plongée. Une formule empruntée à un observateur externe, parce qu'espagnol, et proche, parce que Professeur de droit administratif, Eduardo García de Enterría permet de poser le problème. Dans son ouvrage consacré à *La langue des droits*, l'auteur évalue ainsi l'ampleur du changement: « La vieja y rígida estructura social fue rasgada de un solo golpe y en su lugar apareció la imagen de una sociedad ideal, libre, fluida y abierta » (75). Comment une structure sociale peut-elle donc être remplacée par l'image d'une société? Cette béance logique est peut-être la piste que nous devons suivre. En effet, la substitution d'un système par la représentation d'un autre système inaugure l'autonomie de l'exercice de la politique par rapport au pur jeu des oppositions sociales. Cette médiation d'un type nouveau, plus que son contenu particulier, est sans doute ce qui modifie le plus nettement le cours de la vie en société.

Ici, les analyses de Catherine Larrère sur la construction de l'objet économique dans la pensée physiocrate nous fournit des indications essentielles. Sa réflexion rapporte la pensée des mercantilistes et des physiocrates à la culture du droit naturel où se trouve leur terreau. Elle évite ainsi de les interpréter à la lumière de Jean-Baptiste Say, comme c'est si souvent le cas. On ne peut imputer à Quesnay ou Turgot le travail de désorganicisation qu'entraîne la

---

(74) François Furet, « L'Ancien Régime et la Révolution », *in* Pierre Nora dir., *Les lieux de mémoire*, tome III, *Les France*, vol. I, p. 107-139.

(75) Eduardo García Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Révolution: « Par sa conception de la nation, comme par sa théorie du despotisme légal, la doctrine physiocratique sort du schéma libéral, tel qu'il est défini par M. Foucault: la société, en effet, y absorbe le gouvernement » (76). C'est donc la Révolution qui met fin à cet état fusionnel. On comprend alors pourquoi, de son côté, Marcel Gauchet avance que le concept d'Etat n'est pleinement formé, en France, qu'au XIXe siècle (77). Une telle assertion traduit toute la distance (logique et chronologique) qui sépare la rhétorique politique déployée depuis l'époque de Richelieu de l'assomption de la souveraineté comme forme d'institution politique de la société. De ce point de vue, le livre classique de François Furet, *Penser la Révolution française*, demeure décisif (78). Son actualité ne réside plus dans l'interprétation qu'il présente de la période ou dans la bataille qu'il y livre contre Albert Soboul. Son objet n'est pas l'autonomie de la politique pendant la Révolution mais la conquête de l'autonomie par la politique en tant que spécificité de la Révolution française. En d'autres termes, le legs de la Révolution aux Français serait de communiquer à l'ensemble de la société la conviction que les conflits sociaux doivent trouver des solutions politiques (79). Si l'hypothèse est féconde, on se trouve en situation d'observer avec des instruments neufs les décalages manifestes entre déclarations publiques de principes, oeuvre législative, réceptions contrastées des nouvelles propositions idéologiques, pratiques civiques, militantes et privées. Cette armature intellectuelle aurait dû être celle de l'histoire politique, si celle-ci n'avait pas été confisquée par les parlementaires et les ministres du premier XIXe siècle, puis placée au service de l'administration (80). Il a fallu attendre longtemps pour que, suivant en cela l'exemple de Maurice Agulhon, l'histoire politique trouve la force de plonger un regard réflexif sur

---

(76) Catherine LARRÈRE, *L'invention de l'économie au XVIIIe siècle*, Paris, P.U.F., 1992, p. 245.

(77) Marcel GAUCHET, « L'Etat au miroir de la raison d'Etat: la France et la chrétienté », *in* Yves-Charles Zarka dir., *Raison et déraison d'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p. 203.

(78) François FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1974.

(79) François FURET, « L'Ancien Régime et la Révolution », art. cit..

(80) Voir sur ce point Pierre FAVRE, *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sa situation historique, c'est-à-dire sur la détermination historique qui l'enchaîne à la rupture révolutionnaire elle-même. Faute de cet exercice, il est impossible de critiquer de l'intérieur le marqueur chronologique de l'Etat. Comme le manifestent plusieurs auteurs, le temps est venu de s'affranchir d'équations trop profondément ancrées dans la mémoire pédagogique et civique.

Si la spécificité de la Révolution française réside dans la conjonction de l'action politique et de son commentaire doctrinal dans le mouvement d'instauration d'un espace public, alors l'observation d'un déphasage entre production des normes et des pratiques devient un biais réducteur. En effet, tandis que le débat politique et la fabrication institutionnelle s'emballent, le système juridique, tout comme l'anthropologie familiale, connaît un rythme de transformation plus lent. Ou, pour dire les choses en termes négatifs, le volontarisme politique ne saurait faire table rase que de lui-même. Si continuité il y a, de part et d'autre de la Révolution, ce n'est précisément pas dans le domaine politique qui subit cette transformation fondamentale qu'est la venue à l'existence, selon une modalité, une autonomie, complètement inédite. On ne saurait trop insister sur la radicalité politique des événements de l'été 1789 (81).

Cependant, même dans le domaine de l'action politique, les piliers théoriques du nouveau cours des choses telles la représentation législative de la volonté générale ou la mise de l'Etat au service du bien collectif, sont investis, faussés, manipulés. Même si la Révolution affirme la venue à l'autonomie de la politique, les chercheurs en sciences sociales ne sont pas tenus de s'enfermer dans son univers de représentations. Le champ demeure pleinement ouvert pour une critique sociologique de l'exercice de la politique et pour une anthropologie de la politique contemporaine (82). Comme le montre Marc Abélès, les ethnologues, dans leur démarche analytique, ne sauraient séparer « le politique, le social et le symbolique » (83). Par le refus méthodologique d'opérer une scission qui est celle à laquelle aspire une pure théorie politique, l'anthropologue

(81) Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 46.

(82) Marc Abélès, *Anthropologie de l'Etat*, Paris, Armand Colin, 1990, p. 95-105.

(83) Marc Abélès, *« Anthropologie politique de la modernité »*, *L'homme*, 121, 1992, p. 15-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ouvre trois pistes fondamentales. D'une part, il accorde une place importante à l'étude des « temporalités qui donnent toute son épaisseur au présent ». Il s'intéresse au rejeu, dans l'action politique, de phénomènes sociaux et culturels anciens, parfois peut-être archaïques, que la droite politique masque, sans les effacer, de la conscience des personnes ou des groupes. D'autre part, l'interrogation porte, depuis l'anthropologie, sur la découpe disciplinaire de l'histoire et de la théorie politiques: l'Etat est-il l'objet spécifique ou privilégié de la réflexion sur les rapports politiques (84)? Ne convient-il pas de se demander si « le fait que l'Etat soit devenu le lieu du politique est le produit d'un processus historique et par conséquent correspond à une époque éphémère » (85)? Cette suggestion est fondamentale pour les historiens de l'Epoque moderne car elle justifie une démarche d'analyse politique des sociétés d'Ancien Régime, sans que celle-ci soit tenue par la chronologie classique de la montée de l'Etat. Enfin, l'approche que propose Abélès implique que l'on considère les institutions comme des lieux ouverts et qu'on n'accorde pas foi à l'image légitimatrice de fixité et de clôture qu'elles donnent d'elles-mêmes (86).

Il n'existe aucune raison, si ce n'est idéologique, de freiner l'analyse critique de l'affirmation par l'institution politique de son autonomie ou de sa spécificité. Le regard d'une ethnologue sur les énarques suggère que la scolarité à l'E.N.A. (Ecole Nationale d'Administration) « ne serait qu'une mise en statut pour placer l'individu dans un groupe qui, en qualité d'élite institutionnelle, jouit d'avantages lui permettant de se propulser dans tous les champs du pouvoir » (87). L'idéologie du « service public » s'inscrirait ainsi dans un système de promotion dans lequel servir le public revient aussi à se servir de lui. La critique de cette idéologie n'est pas le fruit d'un sociologisme réducteur et agressif, si l'on en juge par la critique non moins sévère qu'adressent les juristes à

(84) Marc ABÉLÈS, *Anthropologie de l'Etat*, *op. cit.*, p. 79-94

(85) Marc ABÉLÈS, *« Anthropologie politique de la modernité »*, art. cit., p. 23.

(86) Marc ABÉLÈS, *« Pour une anthropologie des institutions »*, *L'homme*, 135, 1995, p. 65-85.

(87) Irène BELLIER, *« Regards d'une ethnologue sur les énarques »*, *L'homme*, 121, 1992, p. 103-127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'administration « managériale » de la société par les hommes du service public. Si l'on songe que le « sacre du citoyen » est le fruit d'un long apprentissage politique et social, ou encore que la question des « élites » dans le régime démocratique demeure entièrement ouverte après la fondation révolutionnaire, c'est-à-dire que la patrimonialisation de l'autorité résiste aux tempêtes les plus violentes (88), on ne doit guère s'étonner de ce qu'une sociologie du soupçon débusque, sous les professions de foi publique, l'intérêt privé ou dessine les mécanismes d'inclusion dans une « noblesse d'Etat ».

7. *Le droit de l'histoire du droit.*

Peut-on dire pour autant que rien ne change dans l'institution d'un pôle public ou, ce qui revient au même, qu'il est impossible de construire l'Etat comme objet d'histoire? Que devient notre Ancien Régime, coincé entre un Moyen Age impatient et une Epoque contemporaine paresseuse? L'échec de l'histoire politique, tôt diagnostiqué et confirmé, tient sans doute à ce que cette historiographie prend sa méthode pour son objet. Mais la production intellectuelle récente semble indiquer qu'un renouveau s'est opéré. Le divorce d'avec l'histoire politico-institutionnelle passe par trois démarches combinables. Demander à l'histoire du droit plus de droit et moins d'histoire; construire une herméneutique des textes anciens qui permette de sortir de l'alternative indécidable entre le fondu-enchaîné de l'évolutionnisme et la discontinuité glacée des *epistemai*; aborder l'histoire de l'Etat d'abord comme une institutionnalisation de la société plutôt que comme une sociographie des institutions.

Les historiens de la société comme ceux des institutions semblent rétifs aux analyses des juristes selon deux modalités: l'une tient à l'imputation d'indifférence normative aux réalités sociales, l'autre à la suspension du temps qu'implique l'observation du droit comme système logique. Sur le premier point, nous savons combien l'opposition, terme à terme, des faits et des normes, projette dans le raisonnement de l'historien un schéma d'appréhension des traces du

(88) Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, *op. cit.*, p. 143.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passé rigoureusement positiviste (89). En outre l'adoption arbitraire d'une préférence pour le droit public ancien par rapport au droit privé dans la construction historique de l'objet politique est une décision d'historien. Ce choix institue dans le discours des historiens une sorte d'hypernormativité qui n'a pas la consistance de la norme supérieure mais bien l'inconsistance de l'idéologie politique. Mais, c'est le second point, le rapport au temps, qui nous occupe, à présent. L'analyse systémique du droit, comme celle des grandes mythologies mondiales ou comme le commentaire exégétique des systèmes philosophiques de la culture occidentale, ignore ou minimise les phénomènes de contemporanéité et ne place pas la recherche des coïncidences chronologiques au coeur de sa méthode. C'est à coup sûr s'attirer les foudres des historiens, arbitres des convenances synchroniques. Tandis que les juristes feraient fonctionner hors contexte socio-économique ou socio-politique des notions plus fragiles, parce que notions, que les faits sociaux, les historiens auraient en charge de faire opérer les concepts en leur temps, c'est-à-dire en fonction du moment où l'on désire les saisir.

Ce schéma mérite d'être entièrement revu. Prenons l'exemple du livre d'Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat* (90). Il remarque d'abord la démission des juristes en France lorsqu'il s'agit de construire une doctrine de l'Etat, alors que les historiens et sociologues semblent si diserts sur la question (91). On ne saurait aborder le problème du lien (nécessaire?) entre Etat et souveraineté qu'en rendant à ces notions toute « leur densité historique, dogmatique et systématique » (92). En historien du droit, Beaud appelle à distinguer des types de sources qu'on ne peut amalgamer sans risque. Ainsi ce qu'il qualifie de « pamphlets politiques », c'est-à-dire le genre des miroirs du Prince, ne sauraient être tenus pour une production de droit positif (93). Cela signifie que l'objet d'attention n'est pas poli-

---

(89) Simona CERRUTI, « Normes et pratiques ou de la légitimité de leur opposition », *in* Bernard LEPETIT, *Les formes de l'expérience*, *op. cit.*, p. 127-149.

(90) O*p. cit.*, à la note 12.

(91) Olivier BEAUD, « Ouverture: l'honneur perdu de l'Etat? », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 15, 1992, p. 3-10.

(92) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 13.

(93) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 39-41. Sur le genre des

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tique, ce qui reviendrait à admettre d'emblée que l'Etat n'est qu'une institution soumise, dans sa définition, à un composé de rapports de forces et d'idéologies, mais bien juridique (94). La définition de la souveraineté comme monopolisation de l'édiction du droit positif constitue une révolution juridique (95). Partant, l'oeuvre de Jean Bodin peut faire l'objet de deux lectures. Si l'on tient le jurisconsulte pour un apologiste de l'absolutisme, on l'inscrit dans un mouvement où il suit Terrevermeille et précède Cardin Le Bret. Son précipité politique, lié sans aucun doute au chaos des Guerres de Religion, est communément interprété comme une étape dans l'histoire de la formation d'une idéologie (96). Cependant, le pari de Beaud est autre. Il s'agit de montrer que la fondation conceptuelle de la souveraineté que réalise Jean Bodin est une théorie générale de l'Etat, et qu'en ce sens elle nous est contemporaine: « Cette interprétation, en partie anachronique, conduit à mettre en valeur la loy comme acte de création du droit et comme norme juridique suprême (..). A cet égard, l'émergence de la souveraineté témoigne d'une révolution dans l'histoire du droit qui est l'émergence de la positivité du droit (..) » (97). L'anachronisme revendiqué, pour être pleinement convaincant, appelle une suspension de jugement sur la datation de l'Etat. Sans doute, l'unilatéralité de la loy a pour corollaire le principe de l'obéissance préalable et la déchéance des Etats Généraux et provinciaux au XVIIe siècle paraît y répondre. Cependant, l'initiative de la convocation de 1789 indique que le principe auquel Bodin ouvre la voie, n'est réalisé que par la Révolution française (98).

Dans le domaine administratif, l'auteur éclaire le renversement qu'opère Bodin dans la définition des fonctions publiques par un « éclairage rétrospectif », c'est-à-dire à partir de la théorie, de droit

---

miroirs voir l'étude exhaustive de Jacques KRYNEN, *L'empire du roi*, *op. cit.* et Isabelle FLANDROIS, *L'institution du Prince au début du XVIIe siècle*, Paris, P.U.F., 1992.

(94) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 243.

(95) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 136.

(96) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 83.

(97) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 51, 55, 69.

(98) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 73, 100, 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

public, de la compétence (99). Le mandat accordé par le souverain au commissaire participe au procès d'institutionnalisation de l'extraordinaire. C'est précisément ce qui fait de l'action commissariale une anomalie politique et une source de conflits au XVIIe siècle. Reste entier le problème de l'office puisque, nous le savons, les compagnies d'officiers continuent d'exister jusqu'à la nuit du 4 août (100). Pour Bodin, la question consiste à savoir si une personne peut posséder, « comme une chose », une puissance de commandement (101). La réponse consiste à dissocier l'office de l'officier, c'est-à-dire à considérer que la puissance déléguée demeure tout entière propriété de l'Etat. D'un côté, le Magistrat détient une compétence mais, d'un autre côté, le titre qui lui est conféré pour l'exercer ne lui appartient pas. Les Magistrats, parmi lesquels doit aussi figurer le roi, sont alors usufruitiers de leur office (102). L'acte unilatéral de délégation l'emporte sur les prétentions des officiers à aliéner leur charge et permet d'extraire la théorie de la compétence du raisonnement privatiste dans lequel le marché social des dignités la tenait confinée. L'éclairage rétrospectif est nécessaire pour comprendre la portée de la théorie bodinienne car son auteur, en tant qu'il exerce les fonctions d'un jurisconsulte de son temps, n'opère pas la césure complète entre l'office et la personne. Il eût fallu pour cela qu'il se prononçât clairement sur le devenir des officiers à la fin de chaque règne. Les liens sociaux tissés entre le monde de l'office et l'institution monarchique étaient sans doute trop puissants pour qu'une théorie de l'impersonnalité absolue de la puissance publique s'imposât (103). C'est sans doute pourquoi la thèse d'Olivier Beaud, dans la radicalité de sa présentation de l'oeuvre Bodin comme répondant à son projet de fondation totale et scientifique de la souveraineté, n'emportera que partiellement la conviction d'autres commentateurs.

---

(99) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 163.

(100) David D. BIEN, « Les offices, les corps et le crédit d'Etat: l'utilisation des privilèges sous l'Ancien Régime », *Annales E.S.C.*, 1988, p. 379-404.

(101) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 177 *sq*.

(102) Robert DESCIMON, « La royauté française entre féodalité et sacerdoce. Roi seigneur ou roi magistrat? », *Revue de Synthèse*, IVe s., 3-4, juil.-déc. 1991, p. 455-473.

(103) Robert DESCIMON, Alain GUÉRY, « Un Etat des temps modernes? », art. cit., p. 257-266.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le savoir-faire et le sens de l'équité que les Magistrats détiennent, leur capacité à interpréter la loy du souverain, ne sont pas les seules limites à l'expansion d'une puissance publique purement volontaire. Jean Bodin examine, en effet, la question des lois fondamentales, essentielle pour l'institution monarchique. Il en reconnaît deux: la loi salique qui vaut pour la monarchie royale, l'inaliénabilité de la couronne qui vaut pour tout Etat. Dans les deux cas, il s'agit de normes qui portent sur les rapports entre le « Prince et les estats », la première pour affermir le caractère dynastique de l'institution royale, la seconde pour fixer les conditions matérielles de l'exercice du pouvoir royal (104). Ces deux dispositions ne peuvent être invoquées comme articles d'une « constitution coutumière » que l'absolutisme aurait dénaturée depuis le règne personnel de Louis XIV, cependant elles jouent un rôle important dans le travail d'impersonnalisation de l'autorité publique (105). Le dégagement embryonnaire d'un droit du public ne prend pourtant un sens étatique qu'à travers la théorie de la souveraineté. Les historiens manquent doublement l'objet s'ils croient pouvoir tenir la théorie de Bodin comme un témoignage réfléchissant de son temps ou comme une idéologie politique insérée dans une pragmatique politique de l'exaltation de l'absolutisme (106). Olivier Beaud affirme qu'il ne s'agit ni d'une chose ni de l'autre.

Nous avons ainsi affaire à une situation paradoxale. Au nom d'une approche systémique des *Six livres de la République*, Olivier Beaud assume pleinement le recours au système juridique contemporain comme outil d'analyse d'un texte juridique ancien. Mais, en même temps, il fixe des bornes chronologiques avec une netteté dont les historiens de la politique ne semblent plus capables. La fin du XVIe siècle et le premier XVIIe siècle seraient le moment d'une révolution intellectuelle, la Révolution française en articulant volonté générale et théorie de la souveraineté marquerait une deuxième fracture fondamentale. De son côté, le calendrier de l'histoire

(104) Robert DESCIMON, Alain GUÉRY, « Un Etat des temps modernes? », art. cit., p. 231.

(105) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 180-183.

(106) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 133 sq., 196; Robert DESCIMON, Alain GUÉRY, « Un Etat des temps modernes? » , art. cit., p. 239.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politique inventait un temps unique, homogène et linéaire, et se trouvait, à tout moment, à la merci de la plus pâle critique sociologique ou anthropologique. Il marquait un temps dont l'artificieuse simplicité se révèle, à l'usage, d'une extrême fragilité. Les durées culturelles, sociales et institutionnelles, en fait, se chevauchent selon des régimes de développement qu'il faut accepter d'identifier et de combiner. Le primat accordé, dans la recherche juridique, à l'analyse systémique contre la mise en scène chronologique répond à l'incapacité de l'histoire de la politique à rendre compte de l'historicité du social et du caractère structurant des grandes innovations normatives dans la culture occidentale.

Non sans ironie, Michel Senellart accepte d'assumer une sorte de suspension d'assignation chronologique dans l'étude des textes. C'est ainsi qu'il montre comment, en Allemagne au XVIIe siècle, Clapmar est en situation d'exalter un non-être. Celui-ci, en effet, cherche à « renforcer des structures étatiques encore inexistantes. La raison d'Etat clapmarienne (..) ne présuppose pas l'existence de l'Etat; elle vise à en instaurer les conditions. Raison d'étatisation plutôt que raison d'étatisme, si l'on peut oser cette formule » (107). Analysant l'anti-Machiavel, en Italie et en Allemagne, Marcel Gauchet emprunte un sentier analogue: « La théorie de la raison d'Etat, c'est la pensée de l'Etat du dehors, là où il n'existe pas, à la lumière de ce que son affirmation effective tend à détruire » (108). Comme le souligne Robert Damien, à propos de Gabriel Naudé, la littérature de la raison d'Etat en pointant Machiavel n'effleure même pas la question de l'Etat car elle ne perçoit pas que la rupture essentielle est passée ailleurs (109). Sans s'inscrire dans une conception téléologique de l'histoire, on peut ainsi avancer qu'une visée théorique permettait d'imaginer ce que serait la monopolisation par le souverain du pouvoir de commandement par la loi, alors même que la société politique n'avait pas produit, à proprement parler, un Etat. Une telle façon d'aborder la question des structures politiques de

(107) Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 270.

(108) Marcel GAUCHET, « L'Etat au miroir de la raison d'Etat: la France et la chrétienté », art. cit., p. 224.

(109) Robert DAMIEN, *Bibliothèque et Etat. Naissance d'une raison politique dans la France du XVIIe siècle*, Paris, P.U.F., 1995, p. 229.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'Ancien Régime assume les tensions que provoque son développement paradoxal et la fragilité qu'on pourrait lui reprocher depuis une histoire politique si sûre des ses conclusions qu'elle ne perçoit pas qu'elles sont identiques à ses prémisses.

8. *L'histoire des textes comme histoire culturelle.*

On ne saurait sérieusement aborder la question de la genèse de l'Etat en s'arrimant au couple « le mot/la chose » (110). Les occurrences précoces des syntagmes *status reipublicae* ou *status regni* sont des indices faibles, si ce qu'on cherche à élucider ce sont les conditions d'institutionnalisation de la société sous la forme d'une opposition entre sphère publique détentrice du monopole de création de normes et société civile. Prises mot à mot, les deux expressions latines peuvent désigner l'agencement ordonné des corps socio-politiques qui composent la *respublica*, sans aucune imputation d'étaticité, au sens moderne. La réflexion conceptuelle s'écarte donc du fétichisme philologique. Jean-Claude Perrot trouve les mots justes pour décrire une manière pleinement historienne de faire de l'histoire intellectuelle: « La permanence des mots occulte spontanément les dérives et quelquefois les ruptures de concepts. La suite de ces moments disparus dans le savoir est invisible aussi longtemps qu'elle n'est pas mise à l'épreuve de « réactifs » sémantiques et historiques (..) la méthode analytique est puissante quand elle n'est pas affadie en une réécriture standard des théories anciennes » (111). Ce dont souffre précisément l'histoire de la politique c'est de la standardisation que l'expérience civique contemporaine imprime à l'écriture de l'histoire. Le respect du standard conduit à fondre en un mouvement continu de progrès l'ensemble des événements culturels et sociaux comme une « frise » de préau d'école (112). Les ruptures radicales apparaissent comme l'avers de l'origine, aussi mystérieuses, aussi peu opératoires; le flux

(110) Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 35.

(111) Jean-Claude Perrot, « Quelques préliminaires à l'intelligence des textes économiques », *Une histoire intellectuelle de l'économie politique (XVIIe-XVIIIe siècle)*, Paris, E.H.E.S.S., 1992, p. 7-60.

(112) Bernard Lepetit, « Le présent de l'histoire », *in* Bernard Lepetit dir., *Les formes de l'expérience*, *op. cit.*, p. 296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

continu et homogène des changements interdit de percevoir avec précision les môles de résistance, de diversifier les durées. Dans l'entre-deux, Michel Senellart propose d'aborder autrement l'histoire de la formation des concepts politiques.

Pour décrire sa méthode, l'auteur emprunte son langage d'abord au vocabulaire de la mécanique des fluides: « L'écoulement laminaire s'effectue par un glissement de couche de fluide les unes sur les autres, avec des effets de viscosité, alors que le régime turbulent est caractérisé par la formation de systèmes tourbillonaires, les vitesses variant de façon aléatoire » (113). Il s'agit de saisir les changements lents, aussi bien que les accélérations, sans jamais négliger les liens qu'ils continuent d'entretenir avec les états passés du développement. Il s'agit pour l'historien de la politique de ne se laisser prendre, méthodologiquement, ni par les définitions figées des genres de textes (une littérature politique?) ni par les chronologies habituelles. Il montre ainsi comment le tournant réaliste que la *Somme Théologique* imprime au genre des miroirs affecte la culture médiévale comme un « glissement de terrain » pas comme un « fracture qui sépare et engloutit » (114). Il ne s'agit pas ici de défendre une conception très abstraite de l'histoire mais d'éprouver une méthode. Michel Senellart montre qu'on manque l'objet lorsqu'on n'attribue aux termes que le statut d'« enveloppe d'un contenu idéologique » (115). Il montre ainsi comment, même si la doctrine de Thomas d'Aquin relève pleinement de la tradition religieuse médiévale, le fait qu'elle construise le problème de l'exercice du pouvoir à travers les catégories de l'expérience la place en position d'initiatrice d'un mouvement dans lequel s'inscrit l'invention de Machiavel. Inversement, le secrétaire florentin réactive une culture antique en la débarrassant de la traduction chrétienne-humaniste qu'en donna la réception médiévale mais sans produire une théorie de la souveraineté. L'analyse de textes menée de cette façon agit comme une expérimentation, jeu sur les variables conceptuelles rendues à leurs dispositifs discursifs. Cela revient à contester les bornes symboliques, ou les interprétations convenues,

(113) Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 46.
(114) Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 159.
(115) Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 175-176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de l'histoire des idées. Accordant un grand prix, nous l'avons vu, à la production textuelle de Clapmar, Michel Senellart s'en justifie par la nécessité de saisir l'usage stratégiques des concepts politiques à la fois dans un champ discursif et dans l'action politique (116).

Contre les facilités d'une histoire intellectuelle qui s'organise linéairement comme une chronique de l'émergence d'idées, une première réponse est apportée par la socio-histoire des pratiques culturelles. Les travaux menés par Christian Jouhaud ont montré qu'on ne saurait sérieusement mettre à jour la culture politique d'une époque sans tenter de reconstituer le champ littéraire dans lequel s'écrivent, s'impriment, se diffusent, se censurent, se lisent ou s'ignorent les textes (117). Deux lignes de recherche doivent être croisées pour assurer le degré de contextualisation nécessaire à une interprétation assurée des textes. D'une part, on ne saurait passer sous silence le processus socio-politique de formation du métier d'écrivain (118). La dépendance des auteurs à l'égard de leurs patrons et commanditaires, l'incertitude même qui caractérise le statut intellectuel d'auteur, doivent être mises en lumière (119). D'autre part, il est indispensable d'identifier les modalités de réception de ces textes (120). En particulier, de même que le livre peut être étudié comme objet, de même sa diffusion peut être expliquée comme action politique. Ces propositions d'analyse, loin d'enfermer l'histoire intellectuelle dans les bornes réputées étroites d'une sociologie des carrières littéraires, renvoient à l'analyse des modes politiques d'exercice de l'autorité. En effet, ce dont il s'agit c'est bien de

---

(116) Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 268.

(117) Dossier « Littérature et histoire », présenté par Christian JOUHAUD, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1994, n. 2. Une synthèse de ses propositions dans Robert DESCIMON, Christian JOUHAUD, *La France du premier XVIIe siècle.*, *op. cit.*, p. 125-149; voir également, Roger CHARTIER, *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Le Seuil, 1990.

(118) Christian JOUHAUD, « Histoire et histoire littéraire: naissance de l'écrivain », *Annales E.S.C.*, 1988, p. 849-866.

(119) Christian JOUHAUD, Hélène MERLIN, « Mécènes, patrons et clients. Les médiations textuelles comme pratiques clientélaires au XVIIe siècle », *Terrain*, 21, 1993, p. 47-62.

(120) Sur l'usage de Jauss dans l'écriture de l'histoire intellectuelle, voir: Christophe PROCHASSON, « Héritages et trahisons: la réception des oeuvres », *Mil Neuf Cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 12, 1994, p. 5-17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

montrer que le métier d'écrivain s'est constitué à partir de la tentative de monopolisation des carrières littéraires par la couronne. De plus, c'est faire un mauvais procès à l'histoire socioculturelle que de lui imputer une insensibilité aux contenus des textes ainsi contextualisés. Christian Jouhaud décortique les mécanismes de création fictive de Richelieu comme incarnation de l'acte gouvernemental par ses clients-écrivains, en inversant le rapport réalité/représentation tel qu'en usent ceux-là mêmes qui redoutent la réduction du génie à une interaction dans le champ littéraire (121).

Le domaine littéraire rencontre celui de la politique, non seulement sur le plan méthodologique, tant la théorie et la critique littéraire sont d'irremplaçables instructeurs sur le chemin de l'herméneutique historique, mais aussi autour du thème de l'émergence du public. Entre la définition scientifique de la souveraineté que formule Jean Bodin et la fondation de la souveraineté nationale que réalise la Révolution française, un Ancien Régime est là qui mue, évolue, comme un immense *chantier*, en modelant une sphère du public (122). Hélène Merlin expose que le chemin qui conduit aux définitions tranchantes de l'opuscule *Qu'est-ce que les Lumières?* de Kant passe par la constitution d'« un lien contractuel et consensuel du public et du particulier — de l'Etat et du for intérieur » (123). Puisque c'est de contrat qu'il s'agit ici, on ne peut donc faire l'économie de l'histoire de la partie contractante qu'est la société française au temps des monarques dits absolus. Si l'on admet que l'érection d'une monarchie sacrale et absolue constitue une réponse à cette « blessure narcissique » fondamentale que représente la déchirure du corps mystique de la République, alors il faut s'interroger sur les conditions sociales de possibilité de la monopolisation du pouvoir de commandement en un pôle public (124). Si la prétention de l'institution monarchique au monopole des « cérémonies de l'information », pour reprendre l'expression de Michèle

(121) Christian JOUHAUD, *La main de Richelieu ou le pouvoir cardinal*, Paris, Gallimard, 1991.

(122) Hélène MERLIN, *Public et littérature en France au XVIIe siècle*, Paris, Les Belles Lettres, 1994, p. 102.

(123) Hélène MERLIN, *Public et littérature en France au XVIIe siècle*, *op. cit.*, p. 98.

(124) Hélène MERLIN, *Public et littérature en France au XVIIe siècle*, *op. cit.*, p. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fogel, s'affirme avec les Guerres de Religion, cette absorption de l'émission culturelle ne s'est pas réalisée immédiatement, pas plus que la société ne s'est convertie *ipso facto* en un non-lieu. Pas plus que la souveraineté des premiers Bourbon n'obéit à la partition de Bodin, la société n'a attendu l'essoufflement du règne de Louis XV pour former un espace public. L'objet d'Hélène Merlin, sans doute apparaîtra-t-il paradoxal, consiste à montrer comment la culture du clacissisme louisquatorzien exerce une propédeutique de la publicité, à partir de laquelle la société sans visage des lendemains de la guerre civile se représente, face au pouvoir royal.

Ainsi, s'il est opportun de comprendre comment l'Etat naissant institue le social, définit les hiérarchies, garantit la sphère de l'intimité, il n'est pas moins indispensable de saisir comment les acteurs sociaux se représentent leur situation et leur statut, intériorisent la nouvelle distribution de la légitimité, investissent les hiérarchies. Bernard Lepetit, remarquant que l'histoire « partage trop souvent, comme spontanément, le point de vue de l'Etat », invite les chercheurs à comprendre comment « les acteurs, sans mémoire, rappellent dans un continuel présent, en reproduisant des normes ou en légitimant des positions, un héritage auquel ils restent aveugles. Pris entre l'immédiateté des ajustements et la monotonie des principes de légitimation, le système doit être éprouvé au contact de situations de crise et de réélaboration des conventions, quand la remise en cause des principes anciens de légitimation et l'absence (ou la multiplicité) des références possibles s'opposent à l'ajustement durable des conduites » (125). Dans ce qui n'est rien moins qu'une définition de l'histoire sociale, Lepetit désigne ce qui ne peut être absent d'une histoire de la politique, à moins de sacrifier précisément toute intelligence du temps qui passe. Il invite donc, à comprendre à la fois comment le déploiement normatif s'accommode de la fin d'une société traditionnellement donnée pour un être vivant unitaire et comment les acteurs, dans leurs pratiques quotidiennes, éprouvent de nouvelles manières de faire société. Cet examen en partie double appelle l'abandon de la problématique de la réduction de la résistance périphérique par l'institution centrale et

(125) Bernard LEPETIT, « Le présent de l'histoire », art. cit., p. 283.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fonde la réflexion sur l'institution sociale d'une centralité à la fois commune et extérieure, le tiers monarchique introuvable. Face au défi de l'histoire sociale, pour les historiens de la politique le problème est alors posé en deux temps. D'une part, il est nécessaire de comprendre comment l'Etat comme horizon théorique, comme représentation symbolique, comme appareil professionnel a été socialement investi ou, ce qui revient au même, comment les acteurs ont appris, à tâtons, que leurs appétits et leurs conflits pouvaient trouver traduction sur l'écran de l'Etat. D'autre part, on doit saisir de quelle façon l'autorité de la couronne, son pouvoir de police, finit par déloger le système juridique hérité de sa position de commandement. La réponse se trouve peut-être du côté de la capacité du pôle monarchique à rendre lisible une société que la fin de la république chrétienne a rendue littéralement illisible.

9. *Constitution sociale de la politique.*

L'histoire politique de l'Ancien Régime s'écrit dans une tension entre l'urgence de l'institution politique d'une société qui a cessé d'être une Eglise et la nécessité de construire l'Etat avec les corps sociaux qui demeurent détenteurs d'autorité publique. Robert Damien, prenant prétexte de son étude sur Naudé, formule deux propositions: « Seul l'Etat (et donc la science qui le pense comme la politique qui l'effectue) peut mettre fin à la guerre des religions et des normes coutumières ou notabiliaires qui se disputent la primauté d'accès et de détention de l'universel et menacent de ce fait l'ordre d'une société politique », plus loin « La raison d'Etat qu'un conseiller sans privilèges ni qualités s'efforce de produire, c'est déjà la fin des privilèges et bientôt la destruction de la société d'ordres » (126). Ce diagnostic, ou plutôt ce pronostic (ici, *bientôt* a remplacé *lentement*), appelle deux commentaires. D'une part lier l'affirmation de l'Etat à la fin de la société d'ordres revient, au sens littéral, à dater l'avènement de l'Etat de la nuit du 4 août 1789. D'autre part, ce « conseiller sans privilèges ni qualité », secrétaire

(126) Robert DAMIEN, *Bibliothèque et Etat. Naissance d'une raison politique dans la France du XVIIe siècle*, *op. cit.*, p. 233 et 238.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de l'ombre ou bibliothécaire, demeure exceptionnel: pour l'essentiel, être conseiller demeure un privilège ou une fonction attachée à un privilège, tout au long de l'Ancien Régime.

Le mouvement par lequel s'institue l'espace public permet à l'échelle des individus de clore une sphère de l'intimité, à l'échelle collective d'identifier la puissance souveraine d'un Etat. De même que le sujet individuel semble naître de la scission de son existence publique et de sa vie privée, de même l'avènement de l'Etat impose la scission entre sa permanence générale et les régimes ou institutions particuliers qui lui donnent forme. Ce fractionnement met fin à l'âge fusionnel où le roi et les trois ordres incarnaient ensemble le public (127). On sait depuis Ernst Kantorowicz, que la double nature du roi est la condition symbolique et juridique de la définition de l'Etat. La séparation entre une dignité et son titulaire, est une étape essentielle dans le procès d'abstraction de la fonction et la garantie de sa permanence institutionnelle. Nul mieux que Marcel Proust, n'a su l'exprimer: « La fille de cuisine était une personne morale, une institution permanente à qui des attributions invariables assuraient une sorte de continuité et d'identité, à travers la succession des formes passagères en lesquelles elle s'incarnait: car nous n'eûmes jamais la même deux ans de suite » (128). Dans la bourgeoisie de Combray, la fille de cuisine ne meurt donc jamais. La dialectique des dignités et de leur titulaire ne saurait être limitée au cas du roi bicorporel, à moins de passer à côté de ce qui dans l'institution royale fonctionne comme représentation de la république (129). La progressive abstraction de l'exercice des fonctions publiques ne peut être adéquatement analysée qu'à partir de leur patrimonialisation, c'est-à-dire à travers l'étude des logiques socio-politiques qui commandent leur investissement par les personnes et les familles (130).

---

(127) Hélène Merlin, *Public et littérature en France au XVIIe siècle*, *op. cit.*, p. 73, 104-105.

(128) Marcel Proust, *Du côté de chez Swann*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 1988, p. 79.

(129) Régis Bertrand, « Des adieux à Marseille à « Adieu Marseille! ». Les obsèques des échevins et maires de Marseille morts en exercice depuis le XVIIe siècle », *Terrain*, 15, p. 65-76.

(130) Robert Descimon, Christian Jouhaud, *La France du premier XVIIe siècle.*, *op. cit.*, p. 188-195.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Encore ne faut-il pas affecter le phénomène de patrimonialisation des dignités d'un coefficient — négatif? — d'archaïsme. Dans ses recherches sur la vénalité des offices, Robert Descimon a réfléchi à rebours de nos préjugés civiques contemporains. Avec la création des Parties Casuelles, la légalisation de la vénalité des charges a fait sortir, au travers de l'abstraction monétaire, la désignation aux charges de l'orbite domestique de la fidélité à la personne du roi (131). En négatif, l'Etat serait alors la garantie de solidité d'un ensemble de titres de créance détenu par le monde social de l'office. Ce processus favorise l'autonomie du monde l'office par rapport aux formes traditionnelles de distribution des responsabilités et, du même coup, fait fonctionner la Magistrature comme un corps capable de maîtriser ses procédures de recrutement, en marge de la grâce royale. Cette modernisation traduit cependant l'impuissance du fisc royal à croître en tant que puissance publique. En effet, le recours extraordinaire à la vente d'offices participe du phénomène imparable de confusion de l'impôt royal et du crédit particulier. Le système fisco-financier, décrit par Françoise Bayard et Daniel Dessert, a rendu impossible, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, l'accession politique de l'impôt royal au statut d'institution publique (132).

Etudiant le cas de la bourgeoisie parisienne sous l'Ancien Régime, Robert Descimon peut reconstruire, à une échelle d'observation extrêmement fine, la façon dont l'autonomie corporative se perpétue en se donnant à l'institution monarchique. En effet, « la logique des corps territoriaux n'est sans doute pas différente de celle des corps de métiers: elle se crée au travers de conflits de faible intensité qui manifestent une culture hiérarchique et holiste » (133). Le procès de constitution de la communauté bourgeoise, la police qui se définit à travers les usages du port d'armes,

---

(131) Robert DESCIMON, *Présentation* de Michel de l'Hospital, *Discours pour la majorité de Charles IX et trois autres discours*, Douai, Imprimerie Nationale, 1993, p. 31.

(132) Alain GUÉRY, « Raison financière et raison politique d'Ancien Régime », *La pensée politique*, 2, 1994, p. 229-241.

(133) Robert DESCIMON, « Milice bourgeoise et identité citadine à Paris au temps de la Ligue », *Annales E.S.C.*, 1993, p. 885-906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relèvent d'une « autopoïèse » normative et culturelle (134). Celle-ci s'inscrit dans un double registre d'exclusion sociale à l'égard du peuple, des métiers mécaniques et tendanciellement des marchands, ainsi que de l'exclusive juridictionnelle à l'égard du roi et de ses gens. Il s'agit donc, dans un premier temps du moins, d'une construction d'identité politique au travers d'un procès de civilisation et de hiérarchisation sociale qui n'est pas impulsé depuis la cour, même si le cérémoniel municipal emprunte ses figures de plus en plus nettement au modèle esthétique de la monarchie. Le corps de ville entretient avec le roi des relations complexes. La grâce du monarque et sa justice interviennent dans les affaires de ville moins comme une juridiction et patronage généraux qu'à travers le canal particulier des clientèles. Mais en même temps, les finances de la monarchie sont intéressées aux affaires de la municipalité à travers les émissions des rentes de l'Hôtel de Ville. L'exercice de charges est le mécanisme qui assure la fermeture oligarchique du Corps de Ville, en même temps que le trafic des offices vénaux alimente les finances de la municipalité. C'est ainsi qu' « avant Louis XIV, bien plus que l'action de l'Etat, ce sont les logiques sociales à l'oeuvre dans le corps de ville qui expliquent la restriction du champ des élections ». L'ancien droit de bourgeoisie perd de son attrait, tandis que les différents corps d'officiers de ville, de lettrés non magistrats ou de marchands, s'essayaient à conserver leur rang et leur place dans l'espace politique urbain. C'était là perdre la référence autonome de la Ville comme horizon et comme arbitre au profit de l'institution monarchique. Reste que, dans l'évolution politique du gouvernement urbain de Paris, l'affirmation d'une identité finit par tourner à vide lorsque la monarchie aura absorbé, avec son consentement, l'officialité urbaine.

Autrement dit: « loin d'avoir domestiqué des puissances hostiles (féodales, ecclésiastiques, communales), la monarchie se construisit au fur et à mesure que se construisaient et qu'elle construisait d'autres pouvoirs. Ces constructions simultanées formaient le substrat de l'Etat, elles constituaient la structure politique du *regnum*,

(134) Robert Descimon, « Le corps de ville et les élections échevinales à Paris aux XVIe et XVIIe siècles. Codification coutumière et pratiques sociales », *Histoire. Economie. Société*, 1994, 3, p. 507-530.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensé en termes organicistes et corporatifs » (135). L'historiographie politique a longtemps accéléré le mouvement et dissout les corps à la place des rois qui ne l'avaient pas fait, parce qu'elle a expliqué le concept d'absolutisme en partant, à juste titre, du brocard médiéval mais en supposant que la souveraineté législative du roi, au sens de Bodin, était chose faite, ou ce qui revient au même, qu'il existait un système de droit public entièrement constitué. Cette interprétation est paradoxale, venant d'historiens de la politique, dans la mesure où, les révolutions juridiques imputées n'ayant pas été accomplies, c'est justement d'une analyse politique critique que l'absolutisme autoproclamé des rois de France aurait dû faire l'objet.

Dans le même temps, comme y insiste Robert Descimon, la constitution historique d'une territorialisation de l'autorité monarchique, puisant dans le droit domanial son arsenal politique et réglementaire, permet de saisir comment se constitue un espace du roi à la fois public et permanent (136). La cristallisation d'une loi fondamentale du royaume autour de l'inaliénabilité ne renvoie pas aux registres de théologie morale hérités du Moyen Age. Autrement dit, cette prédéfinition des conditions de déploiement de l'absolutisme participe du travail de production d'une sphère publique spécifique sans pour autant mobiliser l'antique arsenal moral. S'il donne les premiers éléments de ce qui se convertirait tardivement en un droit public, il ne procède pas à l'expulsion des universités détentrices de charges hors d'un droit public encore embryonnaire. Comme le suggère Christian Lavialle (137), l'histoire

---

(135) Robert DESCIMON, « Le corps de ville et les élections échevinales à Paris aux XVIe et XVIIe siècles. Codification coutumière et pratiques sociales », art. cit.

(136) Robert DESCIMON, « Les fonctions de la métaphore du mariage politique du roi et de la république. France, XVe-XVIIIe siècle », *Annales E.S.C.*, 1992, p. 1127-1147; Robert DESCIMON, « L'union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité. La construction d'une loi fondamentale aux XVIe et XVIIe siècles », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 22, 1995, p. 79-90. Voir également Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 185186.

(137) Christian LAVIALLE, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 15, 1992, p. 19-31; sur la nécessité de construire une anthropologie de l'espace antérieur au XVIIIe siècle, c'est-à-dire antérieure à la cartographie et à l'esthétique transcendentale voir: Alain GUERREAU, « Quelques caractères spécifiques de l'espace

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la constitution du territoire doit être saisie, en creux, à partir du système féodal qui traduisait tout support territorial en réseau de fidélités, par quoi il est impossible de parler de territoire ou de royaume français féodal (138). Le roi médiéval ne saurait alors être considéré comme sommet de la pyramide des fidélités et, en même temps, extérieur à celle-ci: « Derrière cet écheveau de contrats et alliances, le roi, en fait, n'était pas un tiers réel de par le caractère symbolique de sa fonction: il renvoyait l'image du système en permettant à chacun de se situer par rapport à celui-ci ». Le synopsis de l'Ancien Régime, vu du côté du pôle monarchique, est précisément le travail d'institution du roi comme tiers. Cette opération qui commence à aboutir à la toute fin du XVIIe siècle, passe par le triomphe idéologique de l'immortalité du roi et l'affirmation juridique de l'inaliénabilité du domaine. Dès lors que le roi devient propriétaire d'une partie des terres du royaume, comme l'institution qui constitue juridiquement le territoire, il se dégage, du même coup, un espace ou domaine public qui ne relève plus des aléas de la possession, de l'échange ou du rapport de forces. Dans l'un et l'autre cas, on voit bien que l'affranchissement du roi par rapport aux liens personnels passe par un travail de conquête politique et appelle un surcroît de sacralité: « Le principe qui inspirait l'inaliénabilité était avant tout métaphysique: 'l'idée d'un domaine qui est attaché à l'essence d'un être', reliant le fisc royal au monde des choses quasi sacrées et pensant le *dominium* du roi comme celui de Dieu » (139).

Les Guerres de Religion ont brisé le miroir où la république se réfléchissait tout uniment comme Etat et société, comme Eglise enfin (140). La recherche hâtive d'un droit public ancien, géniteur

---

féodal européen », *in* Neithard BULST, Robert DESCIMON, Alain GUERREAU dir., *L'Etat ou le roi. Les fondations de la modernité monarchique en France (XIVe-XVIIe siècles)* , *op. cit.*, p. 85-101.

(138) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 122.

(139) Marie-France RENAUX ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de la propriéte*, Genève, Droz, 1987, p. 62-63, cité par Robert DESCIMON, « L'union au domaine royal et le principe d'inaliénabilité »..., art. cit., p. 86.

(140) Sur la fragmentation du social comme hypothèse féconde et trop négligée, notamment celle des « sphères séparées de consommation », voir Giovanni LÉVI, « Comportements, ressources, procès: avant la « révolution de la consommation », *in* Jacques

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

du contemporain, a trop longtemps mobilisé le regard sur une hypothétique mise en tutelle de la société par la police royale. Ce faisant, on s'interdisait de comprendre comment l'administration de la couronne avait fini par incarner et monopoliser le public. Or, il est possible de faire partir la réflexion de la constitution sociale des identités corporatives en tant qu'elles en appellent à l'institution monarchique comme garante de leur système de reproduction, ce qui permet de voir que si l'administration des gens a été rendue possible ce fut également par l'investissement social des institutions monarchiques disponibles et offertes à la manipulation. De même que l'émergence de l'individualité subjective comme résultat du déclin de la logique de corps pouvait être saisie à travers la scission qui s'opère, de bas en haut de la hiérarchie institutionnelle, entre les charges et leurs détenteurs. Faute de ces opérations, c'est-à-dire dans la recherche fantastique d'un droit public ancienne manière, c'est précisément la datation des phénomènes historiques qu'on s'interdit d'atteindre jamais. La fascination pour le secret de cabinet ou les « mystères de l'Etat » procède fondamentalement d'un découpage qui transfère tout contenu politique dans le pôle monarchique, et vide par conséquent la société de toute densité politique. C'était sans doute confondre le point d'arrivée avec le point de départ, dans une belle indifférence au temps qui passe. Or le détour par les mystères de la société, permet d'analyser de quelle façon l'institution de la monarchie en essayant de les dissiper a créé les conditions d'acceptation d'une administration universelle des personnes et des choses.

10. *Institution politique de la société.*

Si la recherche par l'identification globale de l'administration moderne semble vouée à l'échec, en revanche une réflexion parcellisée sur l'apparition de modalités neuves d'appréhension de la société dans l'orbite de l'institution monarchique peut se révéler féconde. Il s'agit alors de repérer de nouvelles manières de faire à

Revel dir., *Jeux d'échelles. La micro-analyse à l'expérience*, Paris, Gallimard-Seuil, 1996, p. 187-207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'intérieur de la société qui auraient en commun de poser le pouvoir royal comme extérieur ou supérieur au commerce ordinaire des gens. L'exaltation de l'autorité du monarque passe à la fois par sa divinisation et par la réduction de la société à une immanence d'autant mieux maîtrisable qu'elle est mieux connue. Le projet de bibliothèque idéale de Gabriel Naudé a valeur de symptôme de la crédibilité du projet de maîtrise savante des phénomènes sociaux et politiques (141). Robert Damien résume ainsi le problème: « La bibliographie prétend donc répondre au nouveau besoin de connaissances qui commande le rationalisme pratique du prince nouveau: besoin d'informations, d'investigations. (..) l'usage bibliothécaire des livres témoigne que ce savoir n'est pas une propriété ou le loisir d'un privilège, mais métier d'une compétence et argument d'une élite sociale nouvelle appelée à se substituer aux légitimations du sang ou de la grâce: l'administration du savoir » (142). On le voit bien le propos est double. Non seulement, l'institution monarchique tend à concentrer en elle toute grâce et toute légitimité, mais encore sa position démiurgique loin de produire une représentation magique du monde social la convertit en protectrice des arts, technique et connaissances capables de rendre compte le plus exactement possible des caractères immanents de la société qu'elle domine. Si la divinité disponible est enfermée dans l'institution royale, c'est sur le mode de la production d'un discours technicien que la présence au monde de la royauté s'opère (143).

Trois exemples ont été récemment étudiés: l'art de l'ingénieur, la statistique, la censure. Hélène Vérin a retracé la logique du corps professionnel des ingénieurs tel qu'il s'est développé en France, depuis les *engignours* de la fin du Moyen Age confrontés au double défi de l'artillerie et de la nécessité de techniques de fortification et

---

(141) Jacques Revel, « Entre deux mondes: la bibliothèque de Gabriel Naudé », *in* Marc Baratin et Christian Jacob dir. *Le pouvoir des bibliothèques. La mémoire des livres en Occident*, Paris, Albin Michel, 1996, p. 243-250; Jérôme Delatour, Thierry Sarmant, « La charge de bibliothécaire du roi aux XVIIe et XVIIIe siècles », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 152, 1994, p. 465-502.

(142) Robert Damien, *Bibliothèque et Etat. Naissance d'une raison politique dans la France du XVIIe siècle*, *op. cit.*, p. 217.

(143) Voir l'analyse que présente Marie-France Renoux-Zagamé, « Domat: du jugement de Dieu à l'esprit des lois », *Le Débat*, 74, mars-avril 1993, p. 54-68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de sape nouvelles, aux ingénieurs sortis des académies militaires de la fin de l'Ancien Régime, et aux auxiliaires de l'industrie naissante issus des Grandes Ecoles instituées ou refondées par la Révolution Française (144). La présence de ces techniciens dans la société et leur importance croissante marquent l'émergence de manières de penser qui s'écartent de la spéculation lettrée, sans pourtant se réduire à l'application mécanique de savoir-faire artisanaux (145). Le soupçon demeure longtemps puissant, fondé sur la lecture de Thomas d'Aquin ou de Jean de Salisbury, car la roture demeure impliquée par l'exercice des arts mécaniques (146). L'auteur nous découvre les enjeux culturels de l'affirmation sociale de cette profession en cours d'institutionnalisation. Sans doute l'art de l'ingénieur « est la capacité d'imaginer la combinaison des moyens qui permettront de parvenir à un but » et « C'est bien dans ce trait particulier à l'engin qu'on peut saisir comment cette habilité peut tourner en tromperie; un but visé, on imagine des procédés pour l'atteindre, en se donnant la liberté de concevoir plusieurs possibles » (147). On voit bien comment cet art spécifique peut mettre en pratique des rationalités fondées sur l'observation des contraintes physiques, l'assimilation des techniques disponibles et éprouvées, et développe des stratégies qui consistent à ruser avec la matière de façon originale en chaque circonstance. Cependant, la diffusion écrite de l'art des ingénieurs se soumet aux impératifs de dignité qui sont ceux de la rhétorique de l'imprimé. En effet, la littérature des ingénieurs ne saurait se présenter comme la reproduction de patrons, par exemple de fortifications, inapplicables tels quels en deux sites distincts, d'où la nécessité de construire des modèles fondés sur l'expérience et sur la projection idéale de types parfaits (148). C'est pourquoi les plans, notamment ceux qui sont présentés au Prince, participent d'une rhétorique d'exaltation de la grandeur du patron royal et de la vision

(144) Hélène VÉRIN, *La gloire des ingénieurs. L'intelligence technique du XVIe au XVIIIe siècle*, Paris, Albin Michel, 1993.

(145) Sur la distinction entre prudence médiévale et savoir technique voir: Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 179.

(146) Hélène VÉRIN, *La gloire des ingénieurs*, *op. cit.*, p. 70.

(147) Hélène VÉRIN, *La gloire des ingénieurs*, *op. cit.*, p. 37.

(148) Hélène VÉRIN, *La gloire des ingénieurs*, *op. cit.*, p. 136-140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

largement utopique d'une nature et d'une société réduites à la perfection de la figure géométrique (149). Ainsi les ingénieurs s'expriment-ils, soumettent-ils leurs plans et leurs projets à l'attention de leurs lecteurs, selon des registres toujours empreints de rhétorique commune à d'autres genres et en même temps définissent un art qui pose un rapport entre spéculation, modélisation et résolution pratique (matérielle) des problèmes sans équivalent.

L'affirmation de l'art des ingénieurs concerne l'histoire de l'Etat à l'Epoque Moderne par la tentation de l'analogie entre leur savoir-faire et la quête d'une technicisation de l'exercice de la politique (150). Mais le rapprochement pourrait sembler arbitraire, après tout l'expérience contemporaine nous a bien enseigné que la compétence technologique s'accommode aisément d'idéologies radicalement antirationalistes. Hélène Vérin montre bien comment, à l'aube des Temps modernes, la profession d'ingénieur se constitue comme réponse à l'» universelle contrariété » qui affecte l'Europe Occidentale, c'est-à-dire à la guerre généralisée et au désordre politique. L'efficacité effarante de l'artillerie dans la bataille bouleverse les équilibres politiques, c'est pourquoi la balistique et la polyorcétique se convertissent en techniques étroitement liées à l'expression même de la puissance. Dans le royaume de France, la présence d'ingénieurs italiens au XVIe siècle est vécue comme l'effet du choix du roi. Ainsi l'arrivée de l'ingénieur dans les places fortes, à l'occasion d'une tournée d'inspection est vécue sur le même mode que la présence d'un percepteur (151). L'auteur met à nu la complexité des relations qui s'établissent entre l'ingénieur, son patron, les notables et magistrats urbains des places qu'ils doivent fortifier, voire avec ses commanditaires militaires immédiats. Les combinaisons et les compromis passés sont d'une extrême complexité. La participation de l'ingénieur à l'entreprise de fortification peut prendre des formes extrêmement diverses: en somme les projets sont adoptés et réalisés à la suite d'une négociation qui implique les notables locaux, le roi et son ingénieur, légitimité urbaine, monarchique et technique. On remarquera que cette

(149) Hélène Vérin, *La gloire des ingénieurs*, *op. cit.*, p. 91, 239-240.
(150) Robert Damien, *Bibliothèque et Etat*, *op. cit.*, p. 244.
(151) Hélène Vérin, *La gloire des ingénieurs*, *op. cit.*, p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trinité semble reproduire, terme à terme, celle que Marie-Vic Ozouf construit à propos de la négociation qui aboutit au dessin de la cartographie administrative des départements français: les notables locaux, les cartographes et la Constituante (152).

Joël Cornette analyse finement la mise en scène versaillaise de la maîtrise royale du territoire à travers la fabrication des « plans-reliefs » de Louvois: « L'ensemble des plans-reliefs participe à ce qui pourrait être défini comme la « mémoire de l'Etat ». Nous entendons par là une série de documents articulés sur un dispositif, aptes à constituer une science auxiliaire du pouvoir et de la domination du prince (..) » (153). Plus généralement, la construction politique des frontières vers l'extérieur et la découverte intérieure d'une territorialité de l'autorité royale sont désormais décrits comme des phénomènes de lente acculturation qui impliquent le savoir des ingénieurs cartographes, le volontarisme administratif du titulaire de la couronne et l'intériorisation embryonnaire d'une perception officielle du territoire par les populations qui l'habitent (154). Au XVIIIe siècle, la cartographie, réalisée par les ingénieurs des mines de France participe de l'effort d'unification administrative. En outre, le statut régalien des sous-sols fait de la science minière une savoir de la couronne par excellence. Hélène Vérin signale que l'Ecole des Mines engendre un esprit de corps au service du royaume et produit un sens propre du public. Elle évoque: « l'assimilation qui (..) est faite entre l'intérêt du public, qui est aussi celui du roi, l'unité du

---

(152) Marie-Vic Ozouf-Marignier, « De l'universalisme constituant aux intérêts locaux: le débat sur la formation des départements en France (1789-1790) », *Annales E.S.C.*, nov.-déc. 1987, n. 6, p. 1193-1213; Marie-Vic Ozouf-Marignier, *La représentation du territoire français à la fin du XVIIIe siècle d'après les travaux sur la formation des départements*, Paris, Editions de l'E.H.E.S.S., 1989

(153) Joël Cornette, *Le roi de guerre*, *op. cit.*, p. 167-170.

(154) Jean Boutier, Alain Dewerpe, Daniel Nordman, *Un tour de France royal. Le voyage de Charles IX (1564-1566)* , Paris, Aubier Montaigne, 1984; Daniel Nordman, « Des limites d'Etat aux frontières nationales », *in* Pierre Nora dir., *Les Lieux de mémoire*, tome II, La Nation, Paris, 1986, p. 35-61; Daniel Nordman, Jacques Revel, « La formation de l'espace français », *Histoire de la France*, vol. 1, *op. cit.*, p. 31-169; Daniel Nordman, « Droits historiques et construction géographique de l'espace français », *in* Neithard Bulst, Robert Descimon, Alain Guerreau dir., *L'Etat ou le roi. Les fondations de la modernité monarchique en France (XIVe-XVIIe siècles)* , *op. cit.*, p. 103-112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

territoire et l'unification des techniques d'exploitation, condition de leur perfectionnement » (155). Si l'intérêt du roi est identifié à celui du public c'est alors aussi parce qu'une certaine publicité est accordée à ce savoir du territoire: c'est le temps qui sépare l'interdiction *Projet de dixme royale* de Vauban de la diffusion de l'*Administration des Finances de la France* de Necker. Reste que l'administration royale apparaît comme la principale productrice de standards de représentation des espaces et des populations. Ici, la démarche la plus riche consiste à éclairer les progrès de nouvelles techniques de domination à la lumière de l'évolution des sciences mais, en retour, à produire une sociologie politique de l'invention scientifique (156).

Eric Brian remarque qu'avec l'institution de l'Académie des Sciences, tendant au monopole de publication des innovations, les *cursus honorum* de savants deviennent comparables à ceux des magistrats et des théologiens. Géomètres et physiciens reçoivent l'onction royale en même temps qu'ils donnent un contenu scientifique à la culture officielle. Partant, Eric Brian s'efforce de démonter le mécanisme d'homologie par lequel la transformation des activités scientifiques et la mise en place d'une politique administrative nouvelle convergent fortement dans la France de la fin du XVIIIe siècle (157). Il étudie le cas de Condorcet. L'auteur montre comment l'oeuvre et l'action de Turgot et de d'Alembert, les fonctions de secrétaire de l'Académie des Sciences et la fréquentation du cercle philosophique de Julie de Lespinasse dessinent le champ où se situe Condorcet, au croisement de la spéculation mathématique et de la réflexion sur les conditions d'exercice de la politique (158). La trajectoire remarquable de Condorcet, soumise à une analyse sociologique rigoureuse, se dessine en ce siècle qui a défini des priorités indissociablement administratives et mathématiques. C'est le cas du dénombrement des population, impératif de bonne police du

(155) Hélène Verin, *La gloire des ingénieurs*., *op. cit.*, p. 207.

(156) Eric Brian, « Le livre des sciences est-il écrit dans la langue des historiens? », *in* Bernard Lepetit, *Les Formes de l'expérience*, *op. cit.*, p. 85-98.

(157) Eric Brian, *La mesure de l'Etat. Administrateurs et géomètres au XVIIIe siècle*, Paris, Albin Michel, coll. L'évolution de l'humanité, 1994.

(158) *Ibid*., p. 193-200, 299-309.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

royaume et ensemble redoutable de problèmes arithmétiques. La question consiste à comprendre l'impulsion de cet « essor de l'arithmétique politique en France vers 1750-1760 » (159). A travers l'exemple des intendants réformateurs, observés dans leur dialogue constant avec, d'une part, les géomètres tenus par leur appartenance à l'Académie, d'autre part, les auteurs des traités d'économie politique, moins astreints à une logique de corps, Eric Brian fait la démonstration de l'amorce d'un processus d'autonomisation de l'Etat par rapport à la monarchie (160). Le mouvement, d'après Mario Bagioli, avait même commencé dès la fin du XVIIe siècle lorsque le travail des savants échappe aux strictes relations de patronage princier direct pour rendre compte à une « *persona ficta* corporative » (161).

En amont, comme l'indique Joël Cornette, c'est-à-dire avant la période colbertienne, il se peut que le discours technique de l'alchimie ait, lui aussi, tissé des liens de complicité avec l'institution monarchique (162). En effet, le savoir-faire du laboratoire de distillation met en scène un rapport « laïc » à la matière, comparable, en son domaine, à l'appel à une technicisation de l'exercice de l'autorité politique. En même temps, la même technique et les mêmes acteurs, par analogie, produisent un modèle dans lequel, comme pour l'Etat, vérité et secret (ou mystère) ont partie liée. Par un tour radicalement sociologique, Cornette évoque l'hypothèse d'une substitution de fonction de l'alchimie par la physique moderne, au milieu du XVIIe siècle, auprès de la monarchie. L'Académie des Sciences de Louis XIV serait venue remplacer les cornues financées par Catherine de Médicis. Dans un cas comme dans l'autre, c'est la production d'une culture détachée, au moins pour partie, de l'héritage théologique et scolastique médiéval qui est en jeu. La couronne qui puise pourtant dans les sermons de Bossuet les racines spirituelles de sa légitimité

---

(159) *Ibid.*, p. 171.

(160) Sur ce point voir également: D. RICHET, « La monarchie au travail sur elle-même? », *De la Réforme à la Révolution. Etudes sur la France Moderne*, Paris, Aubier, 1991, p. 425-450.

(161) Mario BAGIOLI, « Le prince et les savants. La civilité scientifique au 17e siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1995, p. 1417-1453.

(162) Joël CORNETTE, « L'alchimiste, le prince et le géomètre », *Revue de Synthèse*, IVe s., 3-4, juil.-déc. 1991, p. 475-505.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veut pouvoir penser les modes d'exercice de sa police, à partir d'un ordre technicien en gestation.

Dernier domaine dans lequel on peut observer des mutations décisives, vers le milieu du XVIIIe siècle, la diffusion du livre et sa censure. L'explosion du volume de la circulation des livres imprimés concerne directement l'Etat, sous le rapport de la répression des textes hétérodoxes mais aussi en tant qu'elle accélère le procès de formation d'un public qui finit par s'arroger le droit de juger de toutes les opinions. Barbara de Negroni propose une analyse en partie double de la censure au temps de Louis XV (163). Du côté de la prescription, elle retrouve les définitions normatives de tout ce qui, en matière de publications, s'écarte des convenances définies par la monarchie, la magistrature, l'épiscopat et les universités. Elle inventorie donc les méthodes, les ruses, de la censure au miroir de celles de la fraude. L'auteur analyse en détail les mises en scènes spectaculaires de la répression mais aussi la cosmétique rhétorique permettant d'établir un compromis entre censeur, auteur et libraire. Du côté des enjeux institutionnels, elle montre bien comment les différentes autorités qui s'autorisent à exercer la censure sont traversées par les conflits qui sont ceux des principales puissances politiques du moment (164). On voit ainsi comment le Parlement utilise le droit de censure pour organiser à grandes pompes la condamnation d'ouvrages teintés d'ultramontanisme, au moment de la lutte contre la faction jésuite (165). Le Conseil du roi est souvent embarrassé par les affaires de censure car l'existence d'un livre interdit sur ordre du roi montre qu'il existe dans la société des voix discordantes capables de se faire entendre et que l'évidence de l'excellence de la monarchie est ternie. De plus, la majesté royale peut se trouver impliquée dans des tactiques de séduction, dans des relations de patronage intellectuel, qu'elle doit assumer essentielle-

---

(163) Barbara de NEGRONI, *Lectures interdites. Le travail des censeurs au XVIIIe siècle. 1723-1774*, Paris, Albin Michel, 1995.

(164) Barbara de NEGRONI, *Lectures interdites*, *op. cit.*, p. 78. Sur ce point, la problématique de Barbara de Negroni rejoint celle qu'a fortement définie Francisco BETHENCOURT, *L'Inquisition à l'Epoque Moderne. Espagne, Portugal, Italie, XVe-XIXe siècle*, Paris, Fayard, 1995.

(165) Barbara de NEGRONI, *OP. CIT.*, P. 106-162.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment parce que le système du privilège la place en situation de décision sur la diffusion de tout écrit imprimé (166). Ainsi la nécessité de maîtriser ou, à tout le moins d'identifier, l'ensemble de la diffusion du livre crée les conditions d'une sorte de dialogue, sur la place publique, entre le roi et le monde complexe des auteurs et libraires, à mille lieues de l'idéal des mystères de l'Etat.

Ainsi l'on constate, dans des domaines assez dissemblables, l'accélération d'un procès de dévoilement de la société par des agents placés au service du roi. Plusieurs chercheurs ont su montrer combien cette activité produisait ou, à tout le moins transformait, les phénomènes dont elle était censée rendre compte. Christian Jouhaud explique comment le rapport des intendants de la deuxième moitié du XVIIe siècle convertit une émotion communale en affaire d'Etat, comme si l'agitation antifiscale la plus menue relevait de la lèse-majesté, alors que le traitement coutumier, la négociation discrète du règlement des différends pouvait l'emporter dans le même type d'affaires quelques décennies auparavant (167). Dans une perspective voisine, Arlette Farge analyse la façon dont les mouchards, que le Lieutenant Général de Police entretient à Paris au XVIIIe siècle, mettent au jour aux propos dissonants courant les rues et, par là, leur confèrent cohérence discursive et idéologique (168). Le haussement de la rumeur informe au rang d'opinion politique dissidente, à travers les « gazetins » des mouches, contribue activement à l'assomption d'un espace public de discussion. Jay M. Smith résume avec précision le mécanisme d'institution simultanée des domaine privé et public dans le travail d'observation des officiers de la fin de l'Ancien Régime: « (..) they would constitute society by rendering it visible for the King. From a modern vantage point, one can easily see that this view of the relationship between governor (s) and governed foreshadowed both the later separation

---

(166) Roger CHARTIER, « Le prince, la bibliothèque et la dédicace », *in* Marc BARATIN et Christian JACOB dir., *Le pouvoir des bibliothèques....*, *op. cit.*, p. 204-223.

(167) Christian JOUHAUD, « Révoltes et contestations d'Ancien Régime », *in* André BURGUIÈRE et Jacques REVEL dir., *Histoire de la France*, vol. III, Jacques JULLIARD dir., *L'Etat et les conflits*, *op. cit.*, p. 17-99.

(168) Arlette FARGE, *Dire et mal dire. L'opinion publique au XVIIIe siècle*, Paris, Seuil, 1992; voir également, Arlette FARGE et Jacques REVEL, *Logiques de la foule. L'affaire des enlèvements d'enfants, 1750*, Paris, Hachette, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of public and private spheres and the development of more pervasive methods of State control » (169). Dans ce mouvement c'est moins une souveraineté définie en termes mystiques qui émerge que la combinaison du retrait de la personne du roi, la mise en avant des corps de spécialistes et de transparence de la société vis-à-vis d'elle même assurée par ses derniers. La visibilité atteinte par la société favorise la séparation d'avec les agents du bien commun (170). Car la diffusion culturelle d'un nouveau rapport au monde matériel, à travers les pratiques techniciennes et les débats savants, en s'affranchissant de l'antique cosmologie aristotélico-thomiste cessait aussi de reconnaître la paternité sacrale d'un roi, d'autant plus chargé de symboles que l'administration des choses lui échappait. L'Etat policier pointait dans l'ombre de la monarchie.

* * *

Le dévoilement de la société s'accomplit dans le travail de mise en tutelle des corps sociaux par les professionnels de la police. De la civilité érasmienne à l'ordre citoyen du XIXe siècle, les médiations politiques sont donc venues acculturer les comportements particuliers et collectifs. Pendant la même période, en dépit de la patrimonialisation des charges publiques, la césure entre dignité et titulaire ménage un retrait dans l'intimité et une survie transpersonnelle des fonctions. L'étude de ces phénomènes dessine l'histoire de la formation du domaine public, à rebours de ce que proposait traditionnellement l'histoire de la politique. En effet, il ne s'agit plus de vérifier, sur le terrain des pratiques, l'application volontariste d'une rationalisation des manifestations d'autorité, contenue dans l'idée d'absolutisme. Une telle démarche revient à analyser un système à partir des représentations de lui-même qu'il produit sans prise de distance critique. L'âge moderne, celui que la Révolution désigna comme l'Ancien Régime, est désormais examiné à partir des tensions qu'engendra l'impossibilité de reconstruire la société sur le modèle de l'Eglise médiévale. Les usages sociaux anciens n'avaient pourtant

(169) Jay M. SMITH, « 'Our Sovereign's Gaze': Kings, Nobles and State Formation *in* Seventeenth-Century France », *French Historical Studies*, 18-2, 1993, p. 396-415.

(170) Michel SENELLART, *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pas disparu avec l'effacement de l'antique idéal. Ainsi les formulations radicales de Bodin et Hobbes sur l'unité et l'exclusivité du pôle détenteur de l'autorité, la découverte par Spinoza du caractère illimité du droit à opiner, et la nécessité de restaurer le lien social pour garantir la liberté des individus formulée par l'Encyclopédie, apparaissent dans une société encore féodale et religieuse qui peine à passer.

L'impératif historien de datation paraît alors réalisable, tandis que le tempo marqué par l'idéologie émanant des institutions de la monarchie passe du rang de cadre chronologique à celui d'objet et d'hypothèse testable. Si une analogie nous était permise, nous réfléchirions à la question du temps de l'histoire politique en vis à vis de l'espace de l'histoire sociale. De même que celle-ci trouve un nouveau souffle à travers la réflexion sur la variation des échelles d'observation, sur un registre qui tient à la fois de l'optique et de la cartographie (171), de même l'histoire politique de l'Etat doit être repensée à partir du problème de la datation. Il faut alors accepter de renverser du tout au tout le rapport qui lie la politique à la chronologie dans l'écriture de l'histoire. Les grandes dates de la chronique princière ou militaire ne sont plus présentées comme un cadre d'intelligibilité ou comme le marqueur à partir duquel les phénomènes sociaux et culturels peuvent être situés, les uns par rapport aux autres, dans le temps. Car cela revient à poser la politique en situation d'extériorité, structurelle et intemporelle, par rapport aux sociétés étudiées. Or, nous l'avons vu, le travail de l'Ancien Régime finissant est désormais analysé comme le processus de venue à la lumière de la politique comme médiation nouvelle des relations sociales ou, ce qui revient au même, comme le moment de définition d'une sphère de la publicité face à l'absorption de l'ensemble des rapports institutionnels par la Monarchie ou, ce qui revient encore au même, la possibilité de scinder le droit en deux hémisphères, l'une privée, l'autre publique. Cette histoire de l'Etat est moins attachée à récrire l'histoire des « coups d'Etat » qu'à comprendre la possibilité de formulation d'une théorie -aléatoire- des coups d'Etat, moins soucieuse de reprendre le récit de la « prise

(171) Jacques REVEL, « Micro-analyse et construction du social », *in* Jacques REVEL dir. *Jeux d'échelles*, *op. cit.*, p. 15-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

du pouvoir par Louis XIV » que d'établir les conditions quotidiennes de manifestation et d'efficacité de l'autorité royale, voire d'appropriation des institutions disponibles par les acteurs sociaux. Pour ce faire, il apparaît nécessaire de jouer sur plusieurs temporalités. Sur ce type d'objets ou de terrains, il devient possible de dessiner des lignes d'évolution aux rythmes divers. On ne peut faire l'économie de l'analyse systémique des dispositions juridiques qui fixent les règles de l'exercice du pouvoir. Certains historiens du droit récusent le calendrier politique de l'histoire officielle, plus enclins qu'ils sont à voir durer les effets structuraux d'une modalité de production des normes, plus décidés aussi lorsqu'il s'agit d'identifier les ruptures majeures. Ici la netteté des définitions s'est révélée indispensable. Les juristes travaillent dans la longue durée du droit, du romanisme à la « révolution de l'interprète », mais, en même temps, il nous avertissent qu'un Etat ne peut être « un peu » souverain ou l'individu « un peu » sujet de droit. L'Ancien Régime, de ce point de vue, fut le théâtre de basculements majeurs dans le domaine de l'architecture normative, virtuelle puis réelle, de la société. La virtualité logique décrite par le juriste n'est pas indifférence à des contextes sociaux mais outil de l'analyse interne du système juridique (172). En ce sens, la réflexion sur le droit revendique une temporalité spécifique, alors que l'histoire traditionnelle de la construction de l'Etat bascule tout entière du côté de la virtualité mais en se gardant bien de le dire. De même, l'histoire sociale de l'intériorisation de la contrainte ou de la mise en discipline peut dessiner une évolution, extinction des guerres privées, alphabétisation, mobilité géographique des populations, déchristianisation populaire, perte de références corporatives, autant de phénomènes qu'on ne saurait ni rapporter à l'application d'un programme de gouvernement, ni présenter sous une forme linéaire. La longue durée des grandes définitions normatives coïncide avec la longue durée de l'institutionnalisation du social, au moins sur ce point qu'elles récusent le temps sans durée de l'histoire politique et font de l'Etat l'objet de l'enquête et non la catégorie à partir de laquelle sont étudiés les phénomènes institutionnels.

---

(172) Michel Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales E.S.C.*, 1992, p. 1171-1183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOSÉ M. PORTILLO VALDÉS

LOS LÍMITES DE LA MONARQUÍA. CATECISMO DE ESTADO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN ESPAÑA A FINALES DEL SIGLO XVIII (1)

1. Planteamiento: historiografía de la *monarquía católica* y augurios de la *nación católica*. — 2. Los males de *Cosmosia* y la tierra bendita de los *Ayparchontes*. — 3. Monarquía y catecismo de Estado. — 4. Derechos y deberes: atisbo de la nación católica.

1. *Planteamiento.*

España, la monarquía española, era una monarquía católica (2). Aunque una concepción de esta monarquía como *nación española* puede apreciarse desde las décadas primeras del setecientos y aunque llegue a adquirir en determinados discursos, que iremos viendo, un sentido también político en las décadas finales de esa misma centuria (3), la monarquía española, España, continuará siendo hasta su crisis constitucional de 1808-1812 una monarquía católica. En el trabajo que acabamos de referir y en otros más recientes el profesor Fernández Albaladejo ha establecido en este dato uno de los fundamentos esenciales para la comprensión de la España moderna y de

(1) Las referencias textuales históricas las realizo actualizando la ortografía para facilitar su lectura, aunque mantengo, por lo que pudieran tener de significativas, las asignaciones de mayúsculas. Los subrayados son siempre originales.

(2) Cfr. P. Fernández Albaladejo, *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, 1992 cap. I « Imperio y Monarquía ».

(3) Cfr. P. Alvarez de Miranda, *Palabras e ideas: el léxico de la ilustración temprana en España (1680-1760)*, Madrid, 1992; J. Fernández Sebastián, « España, monarquía y nación. Cuatro concepciones de la comunidad política española entre el Antiguo Régimen y la Revolución liberal », *Studia Historica* (Historia Contemporánea), 12, 1994; del mismo, « L'Idée d'Espagne au XVIIIe siècle: l'avenement de la nation », en *Nation et République. Les éléments d'un débat*, Marsella, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su concepción constitucional basada en una matriz católica que se anteponía a otra más propiamente política entendida como mediación y comunicación reglada entre el príncipe y los estamentos que exigía una comprensión de la dimensión civil que los fundamentos mismos de la monarquía católica dejan fuera literalmente de su horizonte (4). La monarquía de España, de este modo y si se me permite el juego de palabras, se articulaba políticamente de un modo antipolítico. Su política era ante todo teología, una determinada teología sobre la que se pensaba, como información primera, su naturaleza política. Su razón teológica se fortalecerá así en la misma medida que sus institutos más propiamente políticos se devaluarán y perderán entidad (5).

Se presenta así una comprensión de la España moderna que parece ya desde sus momentos más formativos destacarse de una tradición civil. En una condensada exposición el profesor J.A. Pardos ha rastreado los momentos inaugurales de una bifurcación hispana respecto de un humanismo civil hacia mediados del siglo XV en la formación de un discurso que, frente a la idea de virtudes ciudadanas — que no dejó entonces de comparecer y plantearse en Castilla — centra la idea de una sóla virtud residente en la cabeza de la monarquía y comunicada a los súbditos. Mediante una utilización pertinente de un discurso eclesiológico y de un juego conceptual entre *complicación* y *explicación*, se estaba cerrando probablemente entonces una vía política de comprensión de la república del reino con la idea de una monarquía que cifraba en su confesionalidad su unidad y universalidad y que excluía de este modo un trato político y una presencia cívica en los súbditos para nuclearlo en el príncipe, en la cabeza de la república (6). Se trata, para el espacio hispano, especialmente para el castellano, de una auténtico momento funda-

---

(4) Recientemente lo ha sistematizado en « Católicos antes que ciudadanos: Gestación de una "Política española" en los comienzos de la Edad Moderna » (inédito que cito de la versión mecanografiada porvisional por amabilidad del autor).

(5) Que no casualmente había sido ya preocupación habitual del profesor Fernández Albaladejo: cfr. Los trabajos ahora recopilados en sus *Fragmentos* citados (II « Monarquía y Cortes »).

(6) J.A. PARDOS, « Virtud complicada », en C. CONTINISIO y C. MOZZARELLI (eds.), *Repubblica e virtù. Pensiero politico e Monarchia Cattolica fra XVI e XVII secolo*, Roma, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cional que, sabemos también ahora gracias a la investigación desarrollada por el profesor J.M. Iñurritegui, tiene su continuidad en la consolidación de un discurso teológico católico empeñado en la comprensión de la dimensión política de la república desde su fundamento teológico y no desde la prioridad, precisamente, de la política. Que el pensamiento teológico político jesuítico desarrollado en la monarquía católica en las décadas finales del siglo XVI reduzca la virtud a concepto puramente teologal ya puede ser indicativo de que el discurso apuntaba más a una matriz extraña a la dimensión cívico política que en otras latitudes conocía desarrollo y difusión (7). La « razón católica » lo era ante todo de la religión a cuyo servicio estaban Estado y Monarquía y se postulaba para el área católica hispana frente a una idea desarrollada y arraigada también en ambiente católico — y por ello, se advirtió entonces, más perniciosa que encontraba en la *politique*, en la mediación puramente civil, la llave de la superación del conflicto confesional y una forma de existencia política (8).

Dentro de esa misma escuela formada en torno al Departamento de Historia Moderna de la Universidad Autónoma de Madrid, el profesor J. Viejo ha avanzado en diversas publicaciones (9) la idea de la consolidación, a mediados del siglo XVII, de una cosmovisión católica que reducía la política a la conveniencia de una república

---

(7) J.M. Iñurritegui, *La gracia y la república. El lenguaje político de la teología católica y el « Príncipe cristiano » de Pedro de Ribadeneyra*, Madrid (Tesis Doctoral), 1995.

(8) Cfr. J.M. Iñurritegui, « Antonio de Herrera y Tordesillas: Historia y discurso político en monarquía católica » en C. Continisio y C. Mozzarelli (eds.), *Repubblica e virtù*, cit.

(9) En el mismo volumen ya citado en nota anterior, « "Grocio católico". Ramos del Manzano y la posición hispana en la Guerra de Devolución »; « El sueño de Nabucodonosor. Religión y política en la monarquía católica a mediados del siglo XVII », *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, 84, 1994; « El Barón de Lisola, la defensa de la monarquía católica y la Paz de Westfalia », *Annali di Storia Moderna e Contemporanea*, 1, 1995; « *Contra políticos ateístas*. Razón católica y monarquía hispánica en la segunda mitad del siglo XVII », así como su ponencia en el I Congreso de Historia Moderna, Alicante, 1996 (inéditos que manejo en versión mecanografiada por gentileza del autor). Todo ello es 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

que, por definirse católica y al servicio primero de Dios, desconecta del *turning point* de la cultura política europea que simultáneamente se consolidaba en torno a la paz de Westfalia. Una cita referida por el profesor Viejo y tomada de los *Discursos espirituales* de Palafox y Mendoza (1641) puede ser perfectamente ilustrativa del signo de esta *Weltanschuung* católica: « Una patria tenemos y esa es Cristo; no hay más que una Nación, y esa es Cristianos ». La auténtica ley fundamental de la monarquía no era así una política sino la misma religión; las guerras de la monarquía, todas también de religión y la razón excelsa de su conservación y aumento no la de Estado — propia de políticos ateístas — sino Dios, único dueño patrimonial de los reinos.

Podemos apreciar en toda esta labor historiográfica reciente una reinterpretación del significado profundo de la monarquía católica, de la España moderna, que se ha tomado en serio su calificativo y a su través ha rastreado y sabido fijar una identidad religiosa antes que política, o por lo primero sustancialmente extraña a lo segundo. En ella el príncipe jugaría siempre un papel más identificado con el del *Padre económico* que con la idea del monarca como *status* político que debía políticamente establecer sus conexiones y comunicaciones con otras fomas de estar, otros estados de su Estado.

Sabemos ya por tanto que su definición, como padre, debía contenerse y explicitarse más en unas referencias teológicas que políticas (10) y que las relaciones de esta segunda especie no eran ni primordiales ni necesarias para la comprensión de la monarquía. Sabemos menos acerca de la incidencia que en esta cosmovisión católica de la monarquía tuvo el cambio dinástico y la guerra de Sucesión, aunque sobre eso también se espera fruto en esta misma escuela de Madrid que ya avanza la hipótesis de una reconducción de la política filipina en función de los problemas de conciencia del príncipe resolubles únicamente en términos de religión y en juntas de teológos (11).

---

(10) No es casual que referencia constante de toda esta labor de rastreo haya sido la obra de B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991.

(11) Hay, como digo, adelanto: I. M. VICENT, « Felipe V y la Monarquía Católica durante la Guerra de Sucesión: una cuestión de "estilo " », *Espacio, Tiempo y Forma.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Me ha parecido oportuno rendir esta rápida cuenta de una reinterpretación historiográfica de la monarquía católica, de la España moderna, para poder ubicar mejor el sentido de las páginas que siguen. Mejor situada habrá de quedar si también tenemos presente que no es sino en el contexto de la crisis constitucional de 1808-1812 que en España se produce una recuperación de la política en sentido fuerte, esto es, de una comprensión de la capacidad política de un sujeto nacional que no por ello pierde su identidad católica. La conocida disposición de confesión de fe que la *Constitución política de la monarquía española* de 1812 realiza en su artículo 12 (12) adquiere, a la luz de esta relectura de los fundamentos más íntimos de la monarquía tradicional, considerable valor añadido. Que una *nación católica* venga a sustituir a una *monarquía católica* no es un mero juego de palabras sino que encierra un valor conceptual que permite dar cuenta de la trascendencia del cambio constitucional operado con este experimento gaditano de 1812. Con la religión nacional, la nación adquiría también una relevancia política inusitada en el espacio católico hispano (13) y así lo pudo constatar la primera historia constitucional, que entonces también nace, conectando este 1812 con los momentos previos a aquella operación que la historiografía vista nos refiere, producida desde mediados del siglo XV, de despolitización y constitución de un monarquía católica con su subsiguiente correlato en la pérdida efectiva de un entramado político desde las primeras décadas del siglo XVI.

Este *revival* de la política que se produjo en el contexto de la crisis de indepedencia de 1808 y el debate constitucional que provocó, no surgió, sin embargo, sólo del frío antipolítico de la monarquía católica. Sus fundamentos, los de la monarquía, seguían efectivamente activos sin detectarse a lo largo del siglo XVIII, entre

---

Revista de la Facultad de Geografía e Historia (UNED), 7, 1994. Para la interpretación general del momento histórico cfr. P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos*, cit. III « Cambio dinástico. Monarquía y crisis de la constitución tradicional ».

(12) « La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra ».

(13) Para más desarrollos de esta idea remito a J.M. PORTILLO, « La historia del primer constitucionalismo español. Proyecto de investigación », *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanta « reforma ilustrada », variación sustancial en su estructura interna que permita pensar en una reactivación de comunicación política en ella. Uno de los principales promotores de la operación constitucional de 1812, Agustín de Argüelles, no dejará de referirse en su análisis de tal revolución (14), a la ocasión perdida que había significado la guerra de Sucesión para la nación y su relevancia política en la monarquía mediante el instituto parlamentario de las Cortes. Si confiamos en la interpretación que durante la crisis constitucional de 1808-1812 se realizó de este período de *gobierno ilustrado* del setecientos, la cuestión que permitiría discriminar entre éste y la más propiamente dicha *revolución* radicaba en la recuperación de la política para la nación española. El *gobierno activo* de los reformistas ilustrados, reducido a pura reforma de los instrumentos de gobierno de la corte, no había llegado a producir el necesario reordenamiento constitucional que otorgara a la nación su debida presencia política. La prueba más efectiva de ello, para aquellos protagonistas de la *reforma constitucional* de Cádiz, estaba en la permanente ausencia institucional de mecanismos de intervención de este sujeto, en el aletargamiento secular y nunca roto de las Cortes.

El hecho es, sin embargo, que entre los reinados de Carlos III y Carlos IV en la monarquía se estaban ya detectando movimientos de gran interés y envergadura suficiente para la articulación de discursos políticos que posteriormente se mostrarían bien activos durante la crisis constitucional de 1808-1812. Dentro siempre de los márgenes culturales que imponía la cosmovisión católica, desde los años setenta y, más intensamente, desde los ochenta del setecientos es posible detectar un realineamiento cultural que insistía en la necesidad de hallar un fundamento propiamente político al ordenamiento de la monarquía. En el contexto europeo de las tres últimas décadas del XVIII se entendía que ésta precisaba de una definición más política y constitucional, que una confianza exclusiva en su definición como proyecto religioso no podía culturalmente soste-

(14) A. DE ARGÜELLES, *Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes generales y extraordinarias desde que se instalaron en la Isla de Leon el día 24 de setiembre de 1810, hasta que cerraron en Cádiz sus sesiones en 14 del propio mes de 1813* (1835), Madrid, 1865

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nerse. Una antigua constitución castellana, unas *leyes fundamentales del Reino de Castilla* se rastrearon entonces con intencionalidad directamente política. Contemporáneamente, durante los años ochenta y con un epicentro indiscutible en la publicación periódica *El Censor*, otras operaciones de reconducción cultural de la cosmovisión católica tuvieron lugar. Con todo ello ya la monarquía pudo empezar a imaginarse de un modo menos ignorante respecto de un fundamento político, aunque continuara centrándose siempre en el entorno de un monarca y una corte que políticamente seguían exclusivizando la escena. Se empezaban a apreciar los límites de la monarquía y a atisbarse los horizontes más amplios de la nación.

El impacto que en la monarquía católica tuvo la revolución de Francia, con su regicidio y formulación de gobierno republicano, fue contundente. En el momento más delicado de esta operación, en 1792, se produjo también un cambio de equipo de gobierno determinante con la sustitución del conde de Floridablanca por Manuel de Godoy y el nada despreciable tránsito del conde de Aranda. Aflora en ese contexto un discurso que, tanto desde una reordenación de los fundamentos teológicos como desde una reconceptualización de la monarquía y el príncipe católicos, trata de reconstruir los fundamentos de un orden que si ya no puede ser ni decirse el tradicional de la monarquía católica, trató al menos de recuperar su identidad. Su empeño será ahora revalorizar la monarquía y su régimen y ofrecer un catecismo de Estado a los vasallos católicos enfrentados al peligro de una cultura revolucionaria y republicana que ha cortado amarras con la historia y la cultura de la Europa católica en un reino de esta confesión. Se advertirá en los escritos que configuran esta operación que el peligro también estaba en el interior de la misma monarquía católica, en la misma España. Efectivamente, aquella otra valoración más política de la monarquía que se había adivinado en los ochenta podrá permitir en los noventa una más decidida (aunque mucho menos consentida por un contexto nada propicio) apuesta *politique* que conocerá también, aunque sin consecuencia efectiva, sus conatos de revolución. Lo relevante no serán el par de episodios de esta especie que se producen en 1795 — conspiraciones de Picornell y Malaspina — sino que tras ello se estaban importando y adaptando culturas políticas — el interés por Mably habla por sí solo como veremos — que podían

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servir de fundamento para la construcción de discursos políticos que, sin alejarse de una cosmovisión católica, reintrodujeran la capacitación política de la nación como factor decisivo. La *nación católica* aparecía así en un horizonte incierto aún.

La tesis que trataré de sostener en estas páginas afirma que en estos dos núcleos discursivos, el que reconstruía el ideal de monarquía católica y el que barruntaba la presencia política de la nación católica, se fraguaba el gran debate constitucional que confluye en la crisis de independencia y el experimento gaditano con la afirmación de una soberanía esencialmente residente en la nación. Afirma también que tras una y otra opción — que, como se verá, admiten notables diversidades internas — se esconde una concepción también diversa del significado más o menos estatalista del régimen monárquico. Siendo supuesto de ambas la monarquía como régimen de gobierno, los discursos que podemos denominar reconstructivos de una idea de monarquía católica apuntan a una idea más *estatalista* de la misma, más interesados en una reconstrucción de un solo centro de actividad política. Se reelaboraba para ello una idea de un príncipe católico como complicado centro de virtudes políticas capaces de difundirse por un espacio social totalmente despolitizado. Contrariamente, la idea fuerte de la nación como sujeto político elaboró una idea del régimen monárquico más trufado de republicanismo, de intervención política de una virtud del ciudadano católico con la consiguiente recuperación histórica de sus instituciones efectivas para ello. Estado y nación adquirían, en ese contexto y ese espacio cronóligico que confluye en 1812, un valor muy determinado para los discursos que optaban por una u otra concepción profunda del proceso que se estaba operando.

El empeño de estas páginas es servir de guía en su recorrido, o mejor, servirse de unas guías que son textos, para mostrar un proceso que requiere, sin duda, más sosegado estudio. Propongo para este recorrido arrancar de una primera toma de contacto con las novedades de los años ochenta para lo que *El Censor* — la publicación periódica por excelencia de la ilustración española de esa década como queda dicho — puede indicarnos perfectamente el rastro. Deberemos luego iniciar un segundo recorrido que nos muestre la reconstrucción de un discurso antipolítico desde la perspectiva y el horizonte cerrado de la monarquía católica. Podrá

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

así valorarse mejor también el tercer itinerario que propongo de rastreo de una idea políticamente activa de la nación en vísperas de su eclosión definitiva en la crisis de 1808.

2. *Los males de Cosmosia y la tierra bendita de los Ayparchontes*

Nuestro primer recorrido, como se ha advertido, toma como guía *El Censor*. Es sabido que este periódico — publicado intermitentemente entre 1781 y 1787 — fue obra colectiva, aunque sus editores oficiales fueran Luis García del Cañuelo y Luis Pereira. Gestado seguramente en el entorno de la tertulia de la condesa de Montijo, el periódico se convirtió en una especie de guía para los « espíritus inquietos » de la década de los ochenta (15) por lo que aquí se propone una lectura del mismo con la intención únicamente de detectar en sus páginas los signos de una cultura ilustrada por lo que afectaba a una comprensión de la monarquía y su orden social interno.

Como era habitual en este tipo de literatura dieciochesca, *El Censor* utilizó más la descripción de la imaginación que la de la realidad para este tipo de incursiones más arriesgadas, aunque con ello no estuviera sino conduciendo al lector al contraste de una realidad perfectamente operativa y a una discusión sobre la misma. Dos territorios imaginarios, dos utopías, sirven aquí de escenario a nuestro censor, una Cosmosia más universal y una tierra de los Ayparchontes más cercana a una realidad que al lector del periódico le resultaría sin duda mucho más familiar. Las *Cartas de Cosmosia* hacen su debut en el discurso 89, escrito en enero de 1786, figurándose remitidas por un corresponsal parisino que ya había ofrecido anteriormente una geografía filosófica de la Europa del momento (16). Cosmosia es el mundo de los años ochenta del setecientos, es un universo humano y moral que se describe en estas cartas. De ella

(15) Cfr. A. Elorza, *La ideología liberal en la ilustración española*, Madrid, 1970 cap. IX; M.D. Sáiz, *Historia del periodismo en España* vol. I, Madrid, cap. VIII; P. Demerson, *La condesa de Montijo, una mujer al servicio de las luces*, Madrid, 1976; J.M. Caso, « —El Censor—, ¿periódico de Carlos III? », estudio que acompaña a la edición facsimilar que manejo de *El Censor*, Oviedo, 1989.

(16) En el discurso 45. Las referencias a este periódico las hago entre paréntesis

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no interesa tanto su geografía física (17), cuanto su situación moral. Es la exploración que interesa al geógrafo ilustrado de la Cosmosia, único modo también de entender políticamente a esta compleja tierra.

La constatación primera que hace su observador y descriptor tiene ya esta dimensión: « La contemplación del admirable y estupendo orden en que ve colocados y dispuestos por la sabia y la omnipotente mano de su Hacedor todos los demás seres puramente físicos, no sirve sino para hacerle percibir más bien y para que más y más resalte a sus ojos este imponderable desorden en que se han constituido a sí mismos los seres dotados de razón y libertad en la Cosmosia » (89, 159). El problema mayor de los habitantes de este mundo cosmosiano que el ojo crítico del censor detecta estaba en un desajuste de orden moral.

Entre las « leyes de la armonía del orden de la hermosura » establecidas por la voluntad infalible del « Hacedor » y las que regían la conducta y relaciones de sus habitantes existía una perniciosa falta de sintonía. « He aquí, explicaba una carta sucesiva, por qué el mundo moral esta hecho un caos en la Cosmosia: por qué los cosmosianos son tan infelices todos. Por qué ésta es la causa que les hace no querer usar de su libertad, su razón y las demás facultades con que su Criador les ha dotado para ordenarse o ajustar todos sus movimientos y acciones a las leyes que les conducirían a su felicidad » (90, 400). Cosmosia estaba corrompida por un desajuste moral producto de la perversión producida en los atributos morales primeros de razón y libertad, con la consiguiente repercusión en la pérdida de perspectiva sobre el bien y el mal. El diagnóstico ilustrado detectaba ahí el origen de una infelicidad que parecía estructural, en un error en sus ideas morales: « ¡Mirad qué ideas estas de libertad y de Dios, que tienen los Filósofos de Cosmosia! Ha

---

en el texto con remisión a discurso y página y siempre de la edición facsimilar anotada supra.

(17) La que interesa es sumaria: « Yo no tengo noticia de otra, que una de las Islas (no de las mayores) del mar Etéreo; la cual tiene la particularidad de que mirada desde la Selene, que es la isla más vecina, parece despedir luz, y que se mueve y navega como una nave empavesada por medio de dicho mar. Está situada entre los grados 1 y 360 de longitud y 1 y 90 de latitud austral y meridional. Pasa por ella el meridiano de París y la divide en dos partes perfectamente iguales » (89, 157).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ya siglos que no han cesado de disputar sobre estas cosas, sin adelantar más que caer de un error en otro error, a cual más absurdo » (90, 394). El error y la mentira, frente al orden y la verdad, se adueñaban de aquella tierra maldita sin que la luz de la razón y la libertad produjeran allí su efecto: « Este Sol vivificante... haría producir al mundo moral toda suerte de virtudes: la felicidad crecería por todas partes y la Cosmosia vendría a ser un paraíso. Pero el desorden (como os dije) mantenido por el engaño y la mentira, reproduce y aumenta la mentira y el engaño, que levantando espesas y opacas nieblas, no dejan penetrar hasta esta tierra los rayos de este Sol benéfico » (101, 615).

La desconexión que se apreciaba generalizada en Cosmosia entre un orden natural ajustado a la ley divina del « Hacedor » y un orden moral corrompido por errores y mentiras, se percibía especialmente virulenta y dañina en aquella parte de la misma « cuyos pueblos se creen los más virtuosos e ilustrados ». Tampoco interesa aquí una geografía física que se despacha sin dejar al lector duda para su situación ([18]), sino el resultado de ese desajuste esencial. Un primer efecto era la falta de compromiso directo de los cosmosianos en la búsqueda de su propia felicidad a través de una utilización autónoma de libertad y razón, de la capacidad que se suponía natural de hallar la verdad y felicidad. El sorprendido ilustrado se había ya preguntado: « ¿es creíble que la naturaleza misma haya enseñado a los hombres a hacer aquel uso de sus facultades necesario para hacerse grandes Matemáticos en cuanto lo requiere la conservación o la vida de su cuerpo y que no haría igualmente de todos los Cosmosianos filósofos perfectísimos en cuanto les fuese preciso para su felicidad, que es la vida del alma? » (90, 402). Era el caso así que la incapacitación de los cosmosianos para una intervención en el orden político de búsqueda de felicidad no derivaba de una disfunción de naturaleza primariamente política sino moral, de una errónea adecuación a una moral universal contenida en una ley natural que les parecía extraña.

([18]) « Esta parte es la más pequeña de las cuatro en que los Geógrafos Cosmosianos dividen a la Cosmosia... se halla situada al Norte de un Lago muy grande, el cual se extiende de Oriente a Poniente y tiene una estrecha comunicación con el Occeáno Atlántico » (106, 706)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El segundo efecto de este desajuste moral se detectaba en una repercusión sociológica. La « portentosa e increíble desigualdad que se admira en estos pueblos, los más virtuosos e ilustrados de la Cosmosia, entre unos mismos hombres, entre unos ciudadanos y otros » era el más visible resultado de la perversión del « orden establecido por el Autor del orden moral » (107, 716-718). La consecuencia para esta Europa de Cosmosia era la de un orden social antinatural por no estar fundamentado en un principio compatible con esa « razón universal », que el ilustrado corresponsal comprendía como criterio moral básico. Que el orden social estuviera determinado por una configuración histórica de *status* plurales adjudicados no en función de una virtud social actualmente probada, sino de determinaciones históricas incontrolables para la razón, causaba la mayor admiración del geógrafo moral de la Cosmosia: « Es esta cualidad, o no sé cómo la llame, una de las monstruosidades mayores que se han formado, y de la que me será por tanto imposible haceros formar alguna idea » (106, 708). Lo que admiraba más es que ese espurio criterio, tan mal compadecido con una idea de virtud social, pudiera llevar aparejada también una distribución de la riqueza que la hacía disfrutable sólo a costa de la pobreza y sin repercusión, por tanto, en el beneficio público que la debiera justificar.

Era así que las cartas de Cosmosia descubrían la raíz del problema social derivado de la falta de libertad — cualidad moral primera — en el estanco de la riqueza, en la falla existente en la relación entre el cosmosiano (el hombre europeo) y la riqueza. El propio censor receptor de estas cartas se vió precisado a aclarar en una nota esta observación de su corresponsal de Cosmosia, determinando ya de qué realidad se estaba realmente tratando: « si no hubiese el estanco de las riquezas, esto es, si todos pudiesen enajenar y adquirir toda suerte de derechos o de bienes, no podría ninguno conservar una misma cantidad de riquezas sin o aumentar la masa común de ellas, o hacer pasar las de otro a su poder y, por consiguiente, en ambos casos con utilidad de los demás » (107, 723). La desnaturalización de la propiedad mediante una confusión entre estado histórico de la persona y riqueza era, de este modo, fundamento de una ausencia de virtud y de una dependencia que envilecía

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al cosmosiano (19). La virtud era ajena a un mundo en el que la riqueza se tenía sin adquirise, era *status* y no producto: « Como aquí el rico nace rico, no se hace, del mismo modo el honrado nace honrado, y no adquiere la honra, o la gloria por sus obras » (107, 735). Una cualidad social histórica no vinculada a una razón natural era la que en la Europa cosmosiana se interponía entre el hombre y la virtud afectando plenamente a una concepción de la ciudadanía que no podía sustentarse sobre una base que incomunicaba la riqueza y, con ella, a los cosmosianos: « Pone en fin entre hombre y hombre, entre Ciudadano y Ciudadano una diferencia mayor sin duda que la que se conocía en las naciones antiguas de nuestro mundo entre el libre y el esclavo » (106, 713).

En el pensamiento crítico del censor no sólo de la fabulosa Cosmosia podían predicarse tales errores morales con sus perniciosos resultados sociales y políticos. Otro recurso habitual de la literatura ilustrada, el viajero extraeuropeo que refiere impresiones, es también utilizado por *El Censor* con fines descriptivos, ahora directamente de España. Describiendo el viajero marroquí por España a su corresponsal Abu-Taleb su gobierno monárquico, le apercibía de la naturaleza monárquica en la que el príncipe gobernaba « no por voluntades momentáneas y particulares como nuestros Príncipes Mahometanos sino por leyes permanentes y generales ». Y, sin embargo, la paradoja estaba en que esto que aparentemente podía resultar ya descriptivo de un régimen, no era exactamente así pues su gobierno, su régimen y forma, no respondía a las categorías politicas usualmente manejadas. Si los regímenes monárquico, aristocrático, democrático o despótico se caracterizaban por una diferente disposición respecto de una « potestad de hacer leyes », ésta « en España ni se halla en el Pueblo, ni en algún cuerpo que lo represente, ni en los Nobles, ni en el Príncipe; en una pabra: falta absolutamente » (65, 298). La razón de esta paradoja radicaba, también ahora, en un principio prepolítico de información antinatural, contraria a esa « moral universal » que era el referente constante y que quedaba traducida en un orden social construído

(19) « Viven no sólo envilecidos por la ignorancia, y por la carencia de toda virtud, sino por la dependencia más servil en que se hallan de los poseedores de las riquezas estancadas, particularmente de los fondos » (107, 732).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sobre una « cualidad » no virtuosa. La gestión política de la legislación y la ley no eran posibles donde un error moral estaba afectando de raíz a todo su ordenamiento socio político. La virtud que podía construirlo únicamente podía resultar de una naturalización de las relaciones y proporciones sociales: « Pero vendrá un día que rectifique el desorden con que en este mundo están repartidos los bienes de fortuna y que coloque a cada uno en el puesto que le corresponde según su mérito. Triunfará entonces la virtud hoy despreciada y oprimida y el vicio que hoy triunfa será abatido » (76, 160).

Las reflexiones que sobre el desorden constitucional de Cosmosia, de Europa y de España realizaban las páginas del *Censor* formaban parte de un más amplio debate, durante los años ochenta especialmente, que contenía una importante carga de profundidad para una reflexión más amplia sobre el gobierno de la monarquía. Sin cuestionarse en ningún momento el régimen monárquico, se estaban empezando sin embargo a atisbar ya los límites de la monarquía católica y la necesidad de su reformulación política aun sin revolución que la trastornara. Uno de los ilustrados más activos en estos momentos finales de la deácada de los ochenta y que se hallaba así mismo tras la empresa editorial del *Censor*, Gaspar Mechor de Jovellanos, maduraba en esos mismos años una reflexión de hondo calado y considerable repercusión tanto entonces como durante el siglo siguiente. Desde 1787 tenía el encargo formal de la Sociedad Económica Matritense de redactar un informe sobre la ley agraria, esto es, sobre la intervención que la decadencia de la agricultura requería a la monarquía también, y ante todo, en su mismo beneficio. En el seno de la Matritense la intervención de Francisco de Cabarrús, Juan Sempere y el propio Jovellanos logró orientar la demanda original de informe hacia cuestiones de mucha mayor envergadura como privilegios, falta de libertad en la propiedad y vinculaciones y mayorazgos: todo aquello que en Cosmosia estaba reflejando el desajuste moral de base y su repercusión sociológica.

Tardó Jovellanos en escribir un informe que no estuvo disponible hasta abril de 1794 y que se imprimría en 1795. Durante estos años trabajaba el voluminoso expediente remitido desde el Consejo de Castilla, consultaba la doctrina, leía y releía la literatura ilustrada europea que más le interesaba para su reflexión destacando las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuatro veces que repasó entonces *La riqueza de las naciones* de Adam Smith y la lectura de los *Discursos políticos* de David Hume (20) y ofrecía finalmente un texto al que, confesaría el autor, determinaba no sólo su más personal pensamiento al respecto sino también el talante del instituto que habría de hacerlo suyo. Ya ha notado B. Clavero la importancia que este informe tuvo para la formación de una cultura liberal del derecho de propiedad que aflorará en el debate constitucional de 1810-1812 con su adopción como texto de primer orden por las Cortes (21).

Efectivamente, el informe de la Sociedad Matritense que redactara Jovellanos condensaba una antropología ilustrada de la propiedad fundamentada en el interés de unos individuos dotados de un derecho a la misma. Derecho que no sólo era concebido para su funcionamiento en medio natural sino principalmente como cemento de un orden social. Derecho consignado ciertamente « en las leyes eternas de la naturaleza » y en « las leyes primitivas del derecho social » que daba sentido moral a un interés sagrado y social, natural y civil. Era el contundente principio que amparaba una reflexión y una propuesta que apuntaban más que a una *ley agraria* a una abolición que el príncipe, « arquitecto civil », debería promover para una adecuación de este principio de orden social a la ley natural. Era la « remoción de estorbos » que decía el informe: « Es visto por estas reflexiones, tomadas de la sencilla observación de la naturaleza humana y de su progreso en el estado social, que el oficio de los reyes respecto de una y otra propiedad no debe ser excitar ni dirigir, sino solamente proteger el interés de sus agentes, naturalmente activo y bien dirigido a su objeto » (22). No tenía aquí sentido enfangarse en una reflexión sobre la jurisprudencia de acumulación

(20) Cfr. J. Varela, *Jovellanos*, Madrid, 1988; N. Glendinning, « Jovellanos. Leyendo el código del universo » y G. Sánchez Espinosa, « Gaspar Melchor de Jovellanos. Un paradigma de lectura ilustrada » ambos en *El libro ilustrado. Jovellanos lector y educador*, Madrid, 1994. Para la gestación del informe cfr. G. Anes, *La Ley Agraria*, Madrid, 1995 y L. Domergue, *Jovellanos a la Société Économique des Amis du Pays de Madrid (1778-1795)*, Toulouse, 1971 cap. II.

(21) B. Clavero, « Propiedad como libertad: declaración primera de derecho », en su *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991.

(22) Cito de G.M. de Jovellanos, *Espectáculos y diversiones públicas. Informe sobre la ley agraria*, ed. de J. Lage, Madrid, 1983 p. 157.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

histórica por su misma desconexión de ese principio moral centrado en la ley natural. Tal jurisprudencia, que « se ha reducido entre nosotros, así como en otros pueblos de Europa, a un puñado de máximas de justicia recogidas del derecho romano y acomodadas a todas las naciones », era, sin duda, « principio de todos los errores políticos que han consagrado las leyes agrarias » (23). Esas eran, en rigor, las únicas *leyes agrarias* existentes y posibles.

Afectadas por una desajustada adecuación a los fundamentos de la ley natural y de la moral, debían sustituirse no por nuevas leyes agrarias sino por una economía social, « ciencia que se puede decir de este siglo, y acaso de nuestra época » y que utilizaba conceptos y lenguaje diversos a aquellos de la errónea jurisprudencia. Su principio lo detectaba el informe totalmente al margen de ésta: « Un principio de justicia natural y de derecho social, anterior a toda ley y a toda costumbre, y superior a una y a otra, clama contra la vergonzosa violación de la propiedad individual » (24). Una jurisprudencia histórica barbarizada por el derecho feudal debía ceder a una jurisprudencia natural que contenía las claves de un orden moral (25).

Estaba expresándose así en el *Informe* un registro idéntico al que difundía *El Censor* desde sus imaginarias correspondencias. Era una conciencia que se mostraba activa. El mismo Jovellanos, ya por su cuenta y riesgo, la denotaba en unas *Reflexiones* fechadas en Gijón en 1791 sobre el Real decreto de 18 de agosto de 1790 sobre explotación de minas de carbón. Insistía allí exclusivamente en el punto determinante del derecho de propiedad de las minas que tan de cerca tocaba a su patria asturiana y sobre el que ya había evacuado previamente un informe. Que el aludido Real Decreto no explicitara y asumiera la lógica de un derecho del propietario de la mina, era lo que ciertamente le preocupa por confundir una libertad

---

(23) *Ibid*, 163.

(24) *Ibid,* 163 y 177.

(25) Cfr. Para calibrar el beneficio de las lecturas de Jovellanos en este punto crucial de su argumentación K. Haakonsen, « Jurisprudence and politics in Adam Smith » en K. HAAKONSEN (ed.), *Traditions of liberalism. Essays on Jhon Locke, Adam Smith and Jhon Stuart Mill*, Camberra, 1988 y, del mismo, « Natural jurisprudence in Scottish enligthenment: Summary of an interpretation » en N. MACCORMICK y Z. BANKOWSKI, *Enlightenment, rights and revolutions*, Aberdeen, 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generalizada para el laboreo del filón descubierto pasando por encima de la más esencial libertad de la propiedad del dueño del terreno: « Esta libertad ofende directamente los derechos de la propiedad, entre los cuales es el primero y acaso el más estimable la facultad de disponer libre y exclusivamente de la cosa poseída, dándole el destino más acomodado a las ideas y proporciones del dueño » (26). Ya en su informe previo — de abril de 1789 — había establecido que « el derecho » sobre las minas y su beneficio « pertenecerá exclusivamente a los propietarios de las tierras » y más concretamente a quienes tuvieran sobre ellas el dominio eminente, dueños reales, y no a un dominio útil, « dueños superficiarios » (27).

Se encerraba aquí también no sólo el mensaje económico de promoción del interés del agente, sino también el moral de ese mismo dato. La legislación no producida sobre el principio de razón natural que habría conllevado una afirmación primaria del derecho del propietario, tendría su efecto social y moralmente pernicioso al fomentar « el más duro monopolio » y la reproducción de la desigualdad y desproporción que caracterizaba aquel desajuste que se venía denunciando. Una preocupación similar por estos efectos la había estado transmitiendo *El Censor* desde principios de los ochenta. En boca de un turista inglés, precisamente inglés, denunciaba la exacerbación de lo que luego se percibiría como mal generalizado de Cosmosia y especialmente de la parte que se tenía como « más ilustrada y virtuosa ». « Pero yo — se leía en la carta aludida — creo que la causa de la caída de España nace principalmente de la manera en que están repartidas las tierras en esta Península » con una consecuencia social y, así, moral: « Los dueños feudales, o enfiteúticos cobran de los Colonos cánones muy exhorbitantes, y los tienen bajo una opresión que no les permite jamás levantar cabeza... Opresión ciertamente la más dura y aún la más perjudicial al bien general de la nación » (22, 342). Era, advertía el

(26) *Reflexiones sobre el Real Decreto de 18 de agosto de 1790, y demostración de la necesidad de derogarle en la parte que limita el derecho y la libertad de los propietarios en el cultivo de las minas de carbón de piedra* (Gijón, 10 de mayo de 1791) en *Obras de Don Melchor Gaspar de Jovellanos*, BAE, Tomo L, Madrid, 1952 (ed. de C. Nocedal).

(27) *Informe sobre el beneficio del carbón de piedra y utilidad de su comercio*, en *Obras*, L, 163.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turista inglés, una segregación del colono respecto de la propiedad, un monopolio de la misma debido a una posición histórica adquirida respecto a ella por determinados miembros de la nación, lo que producía el mal moral y político. Su solución no podía estar, como en el *Informe*, sino en un replanteamiento de tal relación: « El remedio, pues, está reducido a este solo artículo: *propiedad de los Colonos y moderación de las cargas*. Entonces se verían nacer el amor a la agricultura, la abundancia en las cosechas, la población suficiente, número bastante de hombres para ejercer las artes, espíritus libres y atrevidos para formar proyectos de Comercio; en una palabra, la prosperidad general de esta Nación » (22, 346). En una evolución de la propiedad que rompiera amarras con un sistema que contenía en sí mismo, en la forma de propiedad y su repercusión social más que en las leyes, el germen de la dependencia y la corrupción subsiguiente se hallaba una solución a la vista del ilustrado (28). La ilustración española venía así en esta década percibiendo y denunciando un mal esencial de la constitución interna en una relación social establecida sobre principios erróneos deducidos, a su vez, de una deajustada comprensión de la dimensión moral de la propiedad.

La relación social no estaba construída sobre un principio congeniado con la razón natural, sino sobre un error histórico consagrando un mal esencial que repercutía a su vez sobre el « bien de la Nación », esto es, sobre el orden interno mismo de la monarquía. Dos ejemplos pueden ilustrar el ambiente. En 1783 y en la Real Sociedad Económica de los Amigos del País de Segovia un joven oficial de artillería, Vicente Alcalá Galiano, presentaba un discurso sobre economía política (29). Un supuesto se da por sentado en su discurso: « Así como los Hombres para asegurar su libertad renunciaron a su natural independencia y se sujetaron a las Leyes políticas,

(28) Lecturas de donde obtener esta información, como estamos viendo, no faltaron. Cfr. C.J. BERRY, *« Adam Smith: Commerce, Liberty and Modernity »* en P. GILMOUR (ed.), *Philosophers of the enlightenment*, Edimburgo, 1990.

(29) V. ALCALÁ GALIANO, *Sobre la economia politica* en *Actas y memorias de la Real Sociedad Económica de los Amigos del País de la Provincia de Segovia*, I, Segovia, 1785. Cito de V. ALCALÁ GALIANO, *Sobre la economía política y los impuestos*, (ed. de J.M. Vallés), Segovia, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que deben sobre todo cuidar de aquella, así también renunciaron a la comunidad natural de bienes y se sujetaron a Leyes civiles, que establecen el sagrado derecho de propiedad ».

Supuesto que surte efectos en el mensaje que contenía el discurso de aquel joven oficial, « republicano en teórica, aunque en la práctica fiel y reverente servidor de su soberano » y lector ya de Adam Smith cuando su obra aún no estaba difundida en España (30). Era un supuesto que se vulgarizaba ya entre los *literati* españoles más cercanos a una nueva sesibilidad política. Desde Vergara, en 1788 Valentín de Foronda daba consejos a un supuesto amigo al que suponía dueño de un principado o alguna isla virgen en la que poder establecer desde sus comienzos un ordenamiento conveniente. Al comenzar su correspondencia ya le advierte: « politicaré, filosofaré, atacaré a una gran parte de la masa de preocupaciones que son el origen de las desgracias de los hombres », y comienza por lo más esencial: « Lo primero que aconsejo a Vmd. es que reconcentre toda su atención para penetrarse de la verdad importante que *los derechos de propiedad, libertad, seguridad e igualdad son los cuatro manantiales de la felicidad de todos los Estados* ». Y le aclara: « Por derecho de *propiedad* entiendo aquella prerrogativa concedida al hombre por el Autor de la naturaleza de ser dueño de su persona, de su industria, de sus talentos y de los frutos que logre de sus tareas » (31).

No resultaba evidentemente sencillo, en el contexto en que estas novedades se estaban vulgarizando culturalmente entre los ilustrados españoles, alterar ese orden interno de la monarquía católica que el ilustrado veía afectado por un desenfoque original de orden moral

---

(30) La referencia se extrae de A. ALCALÁ GALIANO, *Memorias de Don Antonio Alcalá Galiano, publicadas por su hijo*, Madrid, 1886 y que refiere en su estudio preliminar junto a otras noticias biográficas de interés J.M. Vallés en la edición referida supra.

(31) V. DE FORONDA, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía-política y sobre las leyes criminales*. Se publican originalmente en el *Espíritu de los mejores diarios literarios que se publican en Europa* entre 1788 y 1790 y posteriormente en dos tomos en Madrid en 1789-1794. Cito de la edición facsimilar de la de Pamplona de 1821 (Vitoria, 1994) con estudio preliminar de J.M. Barrenechea, quien ya había dedicado atención monográfica al ilustrrado alavés, *Valentín de Foronda, reformador y economista ilustrado*, Vitoria, 1984. Las referncias del texto citado en p. 1, 4 y 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y repercusión social, traducido principalmente en una errónea comprensión de la relación entre « agente del interés » y propiedad. Tal orden, con todo lo que suponía, se mostraba ciertamente coriáceo a la penetración de la lógica de una cultura diversa de la propiedad, de las relaciones sociales y de su traducción política. El ejemplo del intento de crear un Banco Nacional resulta enormemente ilustrativo al respecto no logrando, desde su puesta en marcha en 1782, escapar a la lógica más propia de la monarquía del orden corporativo y la cultura católica. Concebido como un instrumento del « gobierno activo » capaz de contrarrestar el monoplio corporativo de los Cinco Gremios, el proyecto deriva sin embargo por la misma vía corporativa de funcionamiento en régimen de privilegio que no encajaba muy bien con la lógica de la asociación del « interés » con la propiedad y el propietario. La posibilidad abierta inmediatamente, en 1783, de colocar en acciones del Banco patrimonios vinculados lo insertaba dentro de una antropología y una economía corporativa y la vocación *nacional* anunciada en su creación se fue así quedando reducida a una participación societaria, pero no *social* en las ganancias bancarias (32).

El ejemplo también de la reforma de los mayorazgos planteada en torno a las Cortes de 1789 convocadas para la jura del futuro Fernando VII, es pertinente con su derivación hacia mecanismos que permitieran un engarce de la diversificación de actividades económicas en la lógica feudal del régimen de propiedad (33).

Tenemos así una ilustración capaz de olfatear y diagnosticar « el mal » de España y la Cosmosia entera en una falta de libertad de la propiedad y los desajustes que conllevaba en el « orden interno » de la monarquía y, por otra parte, una realidad que se cerraba a cualquier entendimiento alternativo a la cultura católico corporativa

---

(32) Cfr. M. ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo* Régimen, Madrid, 1982 y para la interpretación que aquí interesa C. Petit, « Signos financieros y cosas mercantiles o los descubiertos de la ilustración cambiaria », en V. PIERGIOVANNI (ed.), *The growth of the bank as institution and the development of money-business law*, Berlín, 1993 de donde tomo las ideas sintetizadas en el texto. Para establecer comparaciones con proyectos coetáneos cfr. M. ALBERTONE, *Moneta e politica in Francia. Dalla cassa di sconto agli assegnati (1776-1792)*, Bolonia, 1992,

(33) Cfr. B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Madrid, 1989 cap. XIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradicional. El paradigma de la paradoja lo representó el propio promotor y director del Banco de San Carlos, Francisco Cabarrús, quien combatía en primera línea del debate intelectual sobre la propiedad y su necesario régimen de libertad natural a la vez que constituía mayorazgo sobre sus propiedades, incluídas las muebles que no precisamente trasformó en acciones del propio Banco (34). La cuestión radicaba en que todo ello, los males ocasionados por una idea « bárbara » de la propiedad y su repercusión social a través de la desigualdad, la dependencia, la pobreza, el lujo y el escaso fomento comercial e industrial, tenían un origen moral que constituía un problema de mucho más complicada superación. No era materia meramente económica, ni asunto sólo explicable desde un análisis sociológico. No era tan siquiera una cuestión primariamente política. Era todo ello, economía, sociología y política por ser antes cuestión moral.

En este nivel, en los errores morales de fondo, era donde el debate ilustrado estaba también centrando preferentemente su atención. No era gratuita la advertencia que el mismo *Censor* hacía de la naturaleza de sus cartas de Cosmosia como « especie de ensayo moral » (90, 386). Más concretamente, y pues en una cultura católica se seguía moviendo todo ello, la discusión había de plantearse en la interpretación de una determinada moral evangélica, única infalible para el medio. Nuestra lectura de guía para este rastreo, *El Censor*, introducía la cuestión en uno de sus primeros discursos mediante la representación exacta del error moral en el personaje de Eusebio. Aparentemente se trataba de un prototipo de acoplamiento a una vida moralmente correcta, « es, en fin, un hombre que no tiene por dónde el diablo le hiera ». El problema de Eusebio, del tipo social que en él se representa, esa sin embargo el de la misma conducta moral que lo informa. « No ejerce la Agricultura », sino que cobra las rentas de sus colonos con independencia de la « abundancia o escasez de las cosechas »; « Tampoco ejerce el comercio », con lo que se asegura respecto de los males de « la usura, de la mala fe, de la mentira en los contratos »; « No ha abrazado la profesión de la Milicia », lo que le aleja de la vida licensiosa; tampoco, en fin, ha

(34) Cfr. C. Petit, *op. cit.*, p. 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realizado estudio o carrera que le faculte para « empleo en la República ». En su dimensión doméstica, delega la educación de sus hijos en institutos eclesiásticos y el gobierno de su casa en su confesor. Su preocupación por la filosofía y la lectura es nula y su obligación religiosa la salda con misas y limosnas.

El problema que comunicaba al lector Eusebio no era el de una desmesurada riqueza o el de una distinción social en sí mismos, sino el del fundamento moral de todo ello y su erróneo distanciamiento del criterio moral de la ley evangélica: « Una vida ociosa, e inútil a los demás hombres es la cosa más opuesta al carácter de un verdadero Cristiano y a la Moral Evangélica ». La reunión en pocas manos de « los fondos del estado » — reflexionará uno de los últimos discursos del periódico — no constituía en sí el problema social que un discurso más radical de signo neorepublicano había venido afirmando, especialmente en los escritos de Mably que este discurso discute. « No es el lujo — concluye — la causa de nuestros males, sino la ociosidad que le acompaña » (132, 12). No era la riqueza, y sí la segregación de un compromiso moral con el público lo que el discurso trataba de establecer como raíz del mal (35). « Trabajar en servicio del Público, en utilidad de sus conciudadanos, sacrificar su reposo y sus conveniencias a la República cuanto sea menester para que, a pesar de las riquezas que uno posee, nada tenga la propia suerte de envidiable aun del más pobre ciudadano que no lo sea por su culpa, es el verdadero modo de cumplir esta obligación tan capital y tan inculcada en el Evangelio » (4, 69).

El déficit de la ilustración española, uno de los temas recurrentes y capitales del periódico que nos conduce por esta década, no se creía residir precisamente así en « los adelantamientos » científicos o técnicos que la historiografía posteriormente ha fijado más como tema del debate ilustrado, influida por el debate presente entonces sobre las aportaciones de España a la cultura occidental. Todo ello podía ser un efecto, pero no una causa. El corresponsal y visitante marroquí, a quien ya conocemos, lo certificaba al comunicar a Abu-Taleb que los progresos de aquella especie estaban fuera de

(35) Comparativamente cfr. A. FITZGIBBONS, *Adam Smith's system of liberty, wealth and virtue. The moral and political foundations of The Wealth of Nations*, Oxford, 1995 cap. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duda en la España del setecientos ([36]). La carencia estaba más bien en un conocimiento moral, en una verdadera y auténtica interpretación de la natural, que era, en esta cultura, la evangélica. « Pero esto — el progreso de sus « conocimientos » — se ha de entender exceptuando la primera y principal de las ciencias, la que nos enseña el camino del Paraíso. Cuánta es su sabiduría en las otras, tanta es en ella su ignorancia. No es esto porque no haya muy buenas cosas en sus Autores de Moral, pero son unas luces pasajeras, a que suceden bien presto las tinieblas » (87, 330). Este desenfoque era el fundamento primero de una desconsideración de la auténtica virtud y una errónea apreciación del vicio. En términos de virtud y vicio, conceptos morales, estaba la explicación que el ilustrado censor encontraba para explicar esa anómala situación de la constitución social española. « Considera tú ahora, Abu-Taleb, si es posible que un pueblo tenga por virtud lo que castiga, ni por vicio lo que premia » (87, 338).

Es por ello que el proyecto que encierra *El Censor* tiene por uno de sus objetivos primeros una redefinifición de la moral católica, de las reglas morales acordes con la « religión verdadera » que la nación católica por excelencia estaba tan malinterpretando. « España, dicen, es el centro de la Religión, aquí es donde el Cristianismo se ha mantenido en toda su pureza, aquí donde triunfa la Religión Católica » y, sin embargo, se preguntaba el censor: « ¿Mas quién, examinando de cerca y sin preocupación aquellos mismos que tenemos por ajustados los reconocería por Discípulos de Jesucristo? » (94, 484). Era un problema general a la Cosmosia que en España, por su naturaleza católica, se agigantaba al estarse confundiendo los términos más íntimos de su mensaje moral. Una monarquía dotada de un principio religioso « puro y exento de vicios », estaba padeciendo las consecuencias sociales y políticas de la « disminución de sus verdades ». Su problema mayor residía ahí, en el ámbito moral que discrimanaba verdad y mentira: « La misma verdad que, por decirlo así, se las halaga, que los sacaría de las miserias en que los tiene

([36]) Lo que también tiene su valor en una introspección nacional que relaizaba la ilustración española, cfr. J. Torrecilla, « La luz de la nación en las *Cartas Marruecas* » en F. La Rubia y J. Torrecilla (eds.), *Razón, tradición y modernidad: re-visión de la ilustración hispánica*, Madrid, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sumergidos el engaño y la mentira de los otros, que los restituiría en sus derechos usurpados, que haría respetar su calidad de hombres y los levantaría del asombroso envilecimiento en que yacen; esta misma verdad la tienen por falsedad y por error » (101, 624).

Eran los errores esenciales que afectaban al ordenamiento, al político de la monarquía y al social de la nación. « Ningunos errores, pues, más contrarios al Estado que los de Religión »; « no hay error contra la moral cristiana que no sea pernicioso a la República » (116, 908-9). Máximas éstas que se iban estableciendo para denunciar más consecuentemente en aquella cultura una situación social en la que la auténtica virtud del ciudadano católico no podía aflorar. La asignación a una actividad o a un origen de descalificación social, la asimilación familiar y no individual de la condición de las personas eran el efecto de esta distorsión moral. Que se tuviera como ley fundamental de la misma monarquía católica, en el mismo rango que las leyes de sucesión, la confusión entre el estado de la persona y su condición política o su aislamiento social podía explicarse como consecuencia de una histórica confusión moral, una distorsión del mensaje evangélico que podía servir para fundamentar ciertos privilegios, pero que no tenían por qué constituir información sustancial del orden interno de la monarquía católica. « Estas son nuestras leyes — se concluye audazmente en este mismo artículo — y lo demás son establecimientos de Gremios y Cuerpos particulares, tan inconsecuentes con ellas como lo es que quien puede ser Presidente de Castilla no pueda ser Sastre, Albeitar, Platero, Abogado, Doctor de una Universidad, etc. » (116, 915). Ninguna condición extrasocial podía moralmente privar « de los derechos que les da el ser Ciudadanos, el ser Cristianos, el ser hombres ». Repárese — pues tendrá su continuidad en el pensamiento liberal católico español — que no es que se estuviera proponiendo exactamente una concordancia entre la moral católica y una igualdad natural, pues las condiciones de ciudadano, crisitiano y hombre marcaban determinantemente también el sujeto que tenía en mente este discurso ilustrado. Su relevancia estaba en la concepción de una condición, de un *status* social que se asignaba no por condición histórica o familiar, sino por virtud socialmente adquirida mediante el trabajo o el « servicio al público ».

Si cabía remedio a tal estado de cosas, el censor la imaginaba ante todo en una corrección moral que debía partir de un recono-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cimiento de infalibilidad de un código católico natural: « los únicos medios de que Dios se ha valido para comunicarnos su voluntad son la razón y la revelación », únicos metros infalibles para el cálculo moral e interpretación de la « Ley divina » (86, 319). Eran los principios que la utopía sí permitía contemplar aplicados en la bendita tierra de los Ayparchontes. Mediante el habitual recurso del náufrago austral que descubre paraísos perdidos, presentaba *El Censor* una tierra sumamente fértil y gobernada por una monarquía « en el fondo bastante parecida a la nuestra ». Era la España ideal del ilustrado y de ella le llamaban la atención ante todo dos cosas: su legislación social y su disciplina eclesiástica. Reflejaban la realidad que podía obtenerse aplicando los principios de una correcta moral cristiana a una monarquía católica.

Por su régimen monárquico los Ayparchontes precisaban de una nobleza, aunque no significara ello que su estructura social estuviera determinada por algún princpio que no se basara en el « mérito acreditado ». Una sabia legislación social requería que generacionalmente se hiciera una comprobación del mérito, del « servicio a la patria » que justificara la continuidad de la distinción y el honor, más hallá de un principio hereditario que quedaba bastante apocado. Esa misma legislación consentía el tránsito, por el mismo medio de la virtud probada, de otras clases (artesanos, labradores y comerciantes que formaban la de los plebeyos) a la nobleza que resultaba así auténtica distinción *social*. Era la misma razón, esta anteposición de la virtud social al « mérito presunto », que limitaba las vinculaciones. Un principio del « derecho social » que reclamaba Jovellanos en su *Informe* sobre la ley agraria estaba presente en el razonamiento exhibido por Zeblitz, el Ayparchonte que muestra y explica su régimen al náufrago ilustrado. No se anteponía un criterio hereditario familiar, sino un principio de utilidad social. El Ayparchonte quedaba así admirado y perplejo al saber de la ausencia de correspondencia en España entre *status* y servicio a la república. « Mas que la nobleza sea hereditaria de manera que siempre vaya en aumento y jamás en disminución; que esté ligada de tal modo a ciertas familias que por ningún caso pueda extinguirse en ellas. Esto es, vuelvo a decirlo, lo que no veo ni comprendo por dónde sea ni necesario ni conveniente » (63, 261).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La conveniencia de la nobleza, la única que los ilustrados Ayparchontes concebían, era la de la república. Que la monarquía la requiriera como una de las señas de identidad de su régimen no debía significar que se convirtiera en una carga para la república y su felicidad. La conveniencia de la monarquía y el orden de la república se podían asociar.

La venturosa monarquía de los Ayparchontes mostraba al lector la posibilidad de combinar un principio republicano de dimensión civil del individuo con la existencia de un orden social diferenciado y honorable, fruto del mismo mérito civil y limitadamente trasmisible — como el patrimonio mismo — en el linaje histórico de la familia. La adecuación de la distinción social a estos principios íntimamente vinculados con el compromiso civil de las personas no era, por otra parte, más que la traducción a la utopía ilustrada del mismo principio moral que se venía estableciendo en sus discursos y el único modo de pensar un orden social que no reprodujera hasta el infinito « una constante opresión de la Plebe » y « un sumo descrédito de la Nobleza » (63, 264).

Otra seña esencial de identidad de esta monarquía ayparchóntica era, como en la española, su dimensión religiosa que requería de una organización eclesiástica como parte también del orden mismo monárquico. « Los *Ayparchontes* son en extremo amantes de su Religión... Y, por lo que toca a la moral, es bastante conforme a los dictámenes de la razón » (75, 131). Sus sacerdotes, sin embargo, no constituían estado diferenciado más que a los efectos del servicio religioso, sus leyes « no sólo no les conceden jurisdicción ni autoridad alguna coactiva, pero ni aún los eximen en ningún caso de la de los magistrados ». Su dimensión era otra distinta de la civil estando su función ligada a la persuasión, amonestación, instrucción y celebración. Su competencia se reducía a los fieles y sus decisiones no podían tener efectos más allá: « no lleva consigo la pérdida de ninguno de cuantos derechos competen al ciudadano » (75, 136). De hecho, los Ayparchontes ya habían experimentado también una corrupción del templo por una errónea concepción del servicio político a la religión con la consecuencia « de un respeto servil fundado en el temor » a los *tosbloyses*, sus sacerdotes. Sólo la mano firme de un príncipe pudo reducir a su estricta dimensión religiosa a un sacerdocio que había devenido ya más estamento social. « Vió

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que si las riquezas de los *Tosbloyses* eran perjudiciales al Estado, lo eran infinitamente más a la religión » (75, 147). Era todo un programa (37).

Dentro de una especialidad literaria bastante concurrida en aquellos años (38) , con sus utopías e imaginaciones, desde Cosmosia o desde la tierra de los Ayparchontes, mediante correspondencia inglesa o marroquí, *El Censor* estaba acercando al lector ilustrado a una reinterpretación del orden interno de la monarquía desde una concepción moral católica en sintonía con la que entendía natural y divina. Ahí, como ya se ha planteado, residía para esta ilustración española el problema esencial de los « males », ése constituía su auténtico atraso más que un escaso desarrollo industrial o comercial o, incluso, una determinada forma política. O, como también ya se ha planteado, todo ello era un efecto de la causa moral primera y podía recibir tratamiento más adecuado superada aquella falla. La apertura a un comercio complejo no debía venir a golpe de reforma únicamente fiscal y aduanera sino ante todo del concepto mismo de riqueza, de su consideracón moral como efecto de una virtud del trabajo. Del mismo modo, el progreso en la industria vendría no tanto de una introducción desde el extranjero de unos conocimientos técnicos, sino ante todo de una valoración del trabajo como virtud social y del ocio como vicio no indicativo de rango y honor. Para ello es que se hacía necesaria una reconversión ante todo moral de la monarquía y la república. Se trataba, en suma, como determinada literatura ilustrada moderada del gusto de esta española proponía, de conciliar el progreso de la sociedad comercial con el desarrollo de virtudes capaces de domesticar pasiones y continuar vinculando al individuo a un orden político (39).

La misma traducción política de todo ello sería una consecuencia natural. No es, significativamente, la política tema que se halle

---

(37) Que en la ilustración católica europea no se dejaba de fomentar, cfr. M. GOLDIE, « The Scottish Catholic enlightenment », *Journal of Brittish Studies*, 30, 1, 1991.

(38) Cfr. El epígrafe firmado por P. Alvarez de Miranda sobre literatura de viajes y utópica en G. CARNERO (ed.) y V. GARCÍA DE LA CONCHA (dir.), *Historia de la literatura española. Siglo XVIII* (vol. II), Madrid, 1995.

(39) Cfr. R.B. SHER, *Church and university in the Scottish enlightenment. The moderate literati of Edinburgh*, Princeton, 1985 p. 187 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

directamente presente en los 167 discursos del *Censor*, como no lo era tampoco en el *Informe* de Jovellanos. Pero el orden que en ellos se está imaginando y proponiendo sí contenía sus derivaciones de esta especie. Vimos que desde Cosmosia se nos decía ya que una antropología y concepción moral diversas habría de hacer « de todos los Cosmosianos filósofos perfectísimos en cuanto les fuese preciso para su felicidad, que es la vida de su alma » (90, 402). Resultado de una habilitación plena del hombre social para la búsqueda de su felicidad lo era también la de su capacidad para formar instituciones de intervención política. La monarquía bien ordenada de los Ayparchontes las tenía en un « Consejo supremo de la nación » formado por su nobleza virtuosa, lo mismo que sus sacerdotes disponían de sus « juntas » en las que participaban todos ellos para la fijación de su disciplina interna. Como digo, no es que esta dimensión política, esta tradución representativa de los ciudadanos capacitados por su misma razón y libertad sea tema recurrente ni principal de los discursos que nos están guiando en esta exploración de Cosmosia, Europa, España y la tierra de los Ayparchontes. Pero la implicación parecía venir de su propia lógica.

Ocuría lo mismo con el *Informe* que Jovellanos preparara para la Sociedad Matritense sobre la ley agraria. No era epígrafe siquiera, pero se mencionan en lugares oportunos « juntas provinciales » y « ayuntamientos » con capacidad de intevención, bajo dirección del príncipe-arquitecto, en lo que pudiera afectar a los « intereses » de los « agentes » (40). Reflexionando al final de su texto sobre la « falta de celo público » advertía que éste derivaba de la falta de un entramado institucional que implicara a los individuos con intereses en la gestión económica de sus propios espacios comunitarios: « Ni ¿cómo se puede esperar celo público cuando se cortan todas las relaciones de afección, de interés, de decoro, que la razón y la política misma establecen entre el todo y sus partes, entre la comunidad y sus miembros? ». En un contexto diverso que asumiera « el sagrado derecho de propiedad » y la libertad de él derivada,

(40) « ¿No será mejor oír los clamores de los particualres, de las comunidades, de los magistrados públicos reunidos contra un sistema tan contrario a los sagrados derechos de la propiedad y libertad de los ciudadanos? », G.M. de JOVELLANOS, *Informe*, ed. cit. p. 189.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

podría también entenderse mejor esta repercusión política en espacios comunitarios: « fórmense juntas provinciales, compuestas de propietarios, de eclesiásticos, de miembros de las sociedades económicas, y vuestra alteza verá cómo renace en las provncias el celo que parece desterrado de ellas » (41).

Sin llegarse a abrir en estos años un decidido frente político que integrara en el discurso la idea de una representación nacional, sí se estaba apuntando una suerte de relación política entre el príncipe y sus súbditos, que no era poca novedad en la monarquía católica. El discurso sobre economía política de Vicente Alcalá Galiano que referíamos antes, asumía este principio comunicativo desde su compatibilidad con el régimen monárquico. « En fecto Señores, es absolutamente necesaria la más perfecta comunicación entre todos lo Miembros que componen cualquier República » cuya resultante había de ser una « voluntad general » que constituía « la verdadera voluntad de este Cuerpo Político como un Ser moral y completo », la regla y norma de la comunicación interna en la república. De aquí no se derivaba un principio de intervención política del cuerpo nacional, innecesario en el régimen monárquico. « En él — explicaba el joven ilustrado — la voluntad del Soberano se considera como la voluntad positiva de todos en general, y de cada uno en particular », lo que se traducía en una competencia exclusiva en la « Potestad Legislativa » (42). Es, no obstante, significativo el alcance que esta ecuación entre voluntad general, como principio de comunicación interna de la república, y potestad legislativa del príncipe, como dirección de la sociedad, podía adquirir. Con ella el soberano asumía un compromiso respecto de la « igualdad natural de los Hombres », el fomento de la virtud, la honra y el beneficio común. Se trataba, en régimen monárquico, de un poder absoluto « sólo para tener proporción y medios con que dirigir las acciones y voluntades de todos los Miembros del Cuerpo Político al beneficio común » (43).

No era así incongruente que este príncipe ilustrado, el « arquitecto » y « director » de la sociedad, se sirviera de los propios

(41) G.M. DE JOVELLANOS, *op. cit.*, 169 y 325.
(42) V. ALCALÁ GALIANO, *Sobre la economía política*, cit. 229-231.
(43) *Ibid.* 233 y 253.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciudadanos para la gestión de espacios económicos más cercanos a sus propias comunidades. Su discurso posterior sobre los tributos contendrá la propuesta de una « Junta Provincial » para la gestión de tributos compuesta por intendentes, contadores, administradores « y de otros cuatro o seis sujetos a lo menos nombrados por el Público » (44) . Un principio de compromiso civil se atisbaba así para su ejercicio por ciudadanos en el ámbito comunitario más cercano a sus mismos intereses. Podía descubrirse ahí el espacio de una *sociedad civil* y su discurso en la monarquía (45).

España era una monarquía y el principio de dirección y arquitectura política no se situaba más que en su príncipe. La virtud ciudadana, el compromiso civil de los súbditos, podía sin embargo realizarse y desenvolverse en un espacio local y provincial, en sus repúblicas locales. Ejemplos de latitudes no muy lejanas no faltaban (46) y la idea aquí se difundía: « La España es una monarquía pura... pero contiene en su seno una infinidad de Repúblicas, que hacen el objeto de nuestro Discurso », el de otro joven ilustrado — José Agustín Ibáñez de la Rentería — ante la pionera Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (47). La idea estaba ahí, en el descubrimiento de un ámbito local que posibilitaba la combinación de un régimen monárquico con una figuración republicana del espacio local de desenvolvimiento del ciudadano. No era idea que pudiera pasar desapercibida y así lo detectó la censura previa de

---

(44) V. ALCALÁ GALIANO, *Sobre la necesidad y justicia de los tributos, fondos de donde deben sacarse y medios de recaudarlos*, en la ed. cit. p. 344.

(45) Y habría aquí que conocer mejor la fortuna de Adam Ferguson, del que sabemos era lectura predilecta de estos ilustrados. Un paradigma para el estudio de los problemas que puede plantear su traducción ilustrada con noticias de interés para nuestro propósito en F. OZ-SALZBERGER, *Translating the enlightenment. Scottish civic discourse in eighteenth-century Germany*, Oxford, 1995 cap. 6.

(46) Cfr. B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milán, 1991 cap. III y L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milán, 1994 p. 450 ss.

(47) J.A. IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *Discurso sobre el Gobierno Municipal* en *Discursos que Don Joseph Ibáñez de la Rentería presentó a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País en sus Juntas generales de los años de 1780, 81 y 83*, Madrid, 1790. Cito de la edición de J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, *La ilustración política*, Bilbao, 1994 a cuyo estudio preliminar me remito para un correcto encuadre del autor y la obra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estos discursos en la Real Academia de la Historia, aconsejando al autor « que para nombrar a los Pueblos de España y su gobierno municipal, se abstenga de llamarlos Repúblicas y Gobierno Republicano, ni hacer comparaciones del Gobierno municipal con el Gobierno Soberano de las Repúblicas » (48).

Era por ello el ciudadano un sujeto a educar, precisado de catequesis ciudadana. Pensaba Alcalá Galiano « que si semejante al Catecismo se hiciese un librito en que con claridad se expusieran las obligaciones principales del Hombre en sociedad y le aprendiesen los Niños de memoria y con reflexión en su infancia, crecería considerablemente el número de los Ciudadanos honrados y virtuosos » (49).

Para la educación de este « buen Ciudadano » reclamaba también Ibáñez de la Rentería la formación de una « Cartilla de elementos de Política Municipal » (50). En la educación para un correcto desenvolvimiento en la república local y no en « despojar de facultades en todo lo posible a los individuos de los Ayuntamientos » estaba la clave. Se confiaba con ello en una capacitación ciudadana para un gobierno de la república local que el discurso de Ibáñez de la Rentería se tomaba muy en serio. Su concepción es de unos auténticos cuerpos políticos locales funcionando en el seno de una monarquía cuyo príncipe dirigiría. La reflexión llevaba a este punto de inserción en la monarquía de unas primeras formas y modos de intervención ciudadana.

Benito Ramón de Hermida, regente de la Audiencia de Sevilla y posteriormente diputado en las Cortes de Cádiz donde defenderá posiciones similares sin llegar a evolucionar hacia una idea más cercana al concepto político de la nación, lo proclamaba también ante otra Real Soceidad Económica, en este caso la de Sevilla. Con un ojo puesto en Inglaterra y otro en el Guadalquivir y su intenso comercio, comenzaba por denunciar un estado de cosas en el que el ciudadano se estaba quedando circunscrito a una función meramente mercantil, a un proceso de búsqueda de un « lucro privado, a la oscura ganancia de unos particulares, al sórdido mecanismo de

(48) El texto de la censura lo reproduce J. Fernández Sebastián en la ed. cit. p. 259-264.

(49) *Sobre la economía política,* cit. 239-240.

(50) *Sobre el gobierno municipal*, cit. 196.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comprar barato y vender caro ». Faltaba esa otra dimensión de la ciudadanía, el « espíritu Público », el acercamiento entre monarca y vasallo. Los medios estaban ahí, a la vista, para el fomento de esta función pública del ciudadano en monarquía: « Diputados, Síndicos Personeros, Sociedades Económicas son otros tantos órganos del Pueblo autorizados por la Ley para exponer sin reserva cuanto importe a su beneficio; otras tantas barreras con que el Soberano ciñe, digámoslo así, su poder a los sagrados términos del bien público para que Dios lo condeció a los Reyes ». El peligro estaba en que no se hiciera uso de estos medios sin producir « feliz unión » entre monarca y pueblo, en que los ciudadanos se « apartan de la República » con lo que « el amor de la Patria y el espíritu social continuan perdiendo su energía ». Entonces habría de ocurrir que al príncipe no quedara más vía que la del gobierno disociado del público, « que el dócil cetro pueda trocarse algún día en duro hierro, no quedando otro apoyo al Jefe de la Nación para sostenerla como debe ». Era « la enfermedad más peligrosa de la libertad civil » (51).

Las « repúblicas locales » adquirían así su relevancia y valor como centros de ejercicio de una actividad ciudadana en la monarquía. La identidad política de estas repúblicas locales se obtenía de un proceso de formación de sus instituciones de gobierno « dejando libertad al concepto público », aun sin caer en los errores de una democracia. La « confianza pública » era el factor de identificación entre público y gobierno local. También se apreciaba tal identidad política en unas ordenanzas municipales que se entendían como constitución local, como « ley particular relativa a las circunstancias del pueblo » y ley que debería no confiarse a una memoria incierta, sino fijarse con intervención para ello ciudadana. Como constitución local, « corresponde a sus vecinos el examinarlas y establecer en consecuencia aquellas reglas que sean más conducentes » (52). Se identificaba, en fin, el cuerpo político local, la república municipal, en sus oficios y emblemas. Con todo ello se descubría un medio en

(51) B.R. DE HERMIDA, *Discurso politíco que en la junta general de la Sociedad Patriótica de Sevilla pronunció su director y Regente de la Real Audiencia*, Sevilla, s.f. (aunque fechado en 23 de noviembre de 1787). Las referencias del texto en p. XIII, XXXIV y XXXV.

(52) IBÁÑEZ DE LA RENTERÍA, *op. cit.*, p. 205-206.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el que, con régimen monárquico, la virtud podía activarse políticamente. La virtud, en la monarquía católica, comenzaba a atisbarse como un principio socialmente practicable y no acaparada por el príncipe como centro exclusivo de la misma (53). Sin llegarse a plantear soluciones parlamentarias, esta ilustración católica española estaba perfectamente percibiendo los riesgos que podía conllevar el desarrollo de la monarquía en el contexto de un mundo comercial si no se producía un replanteamiento moral que permitiera a su vez desarrollar sociológicamente al ciudadano católico (54). Desde una teología católica asumida como principio básico de explicación de un orden esencial, no se estaría produciendo una ruptura que permitiera reflexionar autónomamente sobre el orden político ni sobre un principio de autoridad natural como autoridad necesaria en la sociedad humana, pero sí se estaban integrando factores que facilitaban una relectura del orden interno de la monarquía en perspectiva más política (55).

Entre geografías utópicas, discursos e informes en la ilustración española de la década de los años ochenta del setecientos se estaba madurando una concepción diversa del orden interno de la monarquía que no se reducía a la dimensión de las reformas del « gobierno activo ». Partía de un replanteamiento moral para arribar a una concepción sociológica diversa y abrir espacios de una actividad

---

(53) « Pues he aquí el principio fundamental de todo género de gobierno: la virtud; esto es, el amor a la justicia, a las leyes, a la patria que las conserva y protege, recompensando con el premio que trae consigo », *Discurso sobre las formas de gobierno* (1783), en la ed.cit. p. 189.

(54) Aunque el rastreo y estudio deberá hacerse más sitemáticamente, para posibles aprehensiones que estuviera haciendo esta literatura cfr. D. WINCH, « Adam Smith: Scottish moral philosopher as political economist », en *The Historical Journal*, 35, 1, 1992; R.B. Sher, « Professors of virtue: the social history of the Edinburgh moral philosophy chair in the eighteenth century », en M.A. STEWART (ed.), *Studies in the philosophy of the Scottish enlightenment*, Oxford, 1990; J.Pocock, « Political thought in the English-speaking Atlantic, 1760-1790 » en, del mismo (ed.), *The varieties of British political thought, 1500-1800*, Cambridge, 1993; R.S. SMITH, « La *Riqueza de las naciones* en España e Hispanoamérica, 1780-1830 » *Revista de Economía Política*, VIII, 3, 1957.

(55) Y aquí también habría que realizar exploración comparativa. Cfr. I. Hont, « Commercial society and political theory in the eighteenth century: the problem of authority in David Hume and Adam Smith » en W. MELCHING y W. VELEMA, *Main trends in cultural history. Ten essays*, Amsterdam-Atlanta, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

política inusitada en su contexto. Llegaba así más allá de una mera búsqueda de una definición del orden interno de la monarquía, de unas « leyes fundamentales » de la misma que la identificaran constitucionalmente (56), aunque no se produjera formulación de un principio político de intervención del cuerpo nacional. Se estaban oteando, simplemente, los límites de la monarquía.

3. *Monarquía y catecismo de Estado*

Desde la muerte en 1788 de Carlos III se producen en la monarquía española acontecimientos que determinan estrechamente la evolución de su orden interno hasta la guerra de la Independencia y el cambio constitucional de 1808. Son tres décadas decisivas en las que el modelo báscio de referencia, la monarquía católica, irá derivando hacia su extinción e irá surgiendo y afirmándose sobre la base de la doble crisis de 1808, de independencia y constitucional, un nuevo régimen monárquico construído sobre la idea de la nación católica. Es un tiempo marcado por la aparición, al comienzo del nuevo reinado, de la revolución en Europa y por su enfrentamiento con ella tras la radicalización republicana.

La revolución es factor que desde entonces se convierte, por su contundencia, en elemento definidor de la política interna de la monarquía y de los debates sobre su orden (57) y la actitud ante ella de la monarquía española está poderosamente presente, como es bien sabido, en el cambio ministerial que se prouce en 1792. El paso al frente de la primera secretaría de Estado, entre febrero y noviembre de ese año, del conde de Aranda y su sustitución entonces por Manuel de Godoy tenía sin duda mucho que ver con las preferencias

---

(56) Es el sentido del *Discurso Preliminar* con que Ignacio Jordán de Asso y Miguel De Manuel presentan su edición del Fuero Viejo de Castilla, convencidos de haber hallado al fin un punto de referencia jurídico autentificado por la intervención soberana para Castilla y la monarquía. Cfr. en I.J. DE ASSO y M. DE MANUEL, *El Fuero Viejo de Castilla, sacado y comprobado con el ejemplar de la misma obra que existe en la Real Biblioteca de esta Cortes y con otros Mss*, Madrid, 1771.

(57) Cfr. E. LA PARRA, *La alianza de Godoy con los revolucionarios (España y Francia a fines del siglo XVIII)*, Madrid, 1994; J.R. AYMES (ed.), *España y la revolución francesa*, Barcelona, 1989 y, del mismo, *La guerra de España contra la revolución francesa*, Alicante, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

personales de la pareja reinante, especialmente de María Luisa de Parma, pero vino a significar ante todo una opción de importante calado político (58).

Habiendo sido criado políticamente a la sombra del grupo de Aranda, Godoy representó desde 1792 una concepción de la monarquía mucho más cercana a la idea del « gobierno activo » y ministerial. Sin ser extraño a la « necesidad de reformas » y promocionando ideas audaces en ese sentido como la publicación del *Informe sobre la ley agraria*, su proyecto político se distanciaba de la idea avalada por Aranda y su grupo de la conveniencia de limitación del poder real e introducción de instancias políticas con capacidad efectiva de control como el Consejo de Estado, que implicaba una recuperación política de la nobleza o, incluso, la convocatoria de Cortes (59). No creo que esto convirtiera entonces a unos y otros, partidarios de Godoy o del « partido aragonés » o « aristocrático », en progresistas o retrógados por negar en un caso o promover en el otro un *revivial* político de la nobleza (60). Pienso que la dimensión del debate se situa en otros términos que tienen más que ver con una concepción o no de la monarquía como espacio de relaciones políticas. El planteamiento que, entre 1792 y 1798, aplica Godoy desde la secretaría de Estado y posteriormente desde su constante y omnipresente influencia en la corte y el ministerio, responde a una primacía de la idea de Estado de contenido y vocación dedididamente antipolíticos o, si se prefiere, de ausencia de mediaciones políticas con institutos representativos de cualquier especie. Lo poco que sabemos aún del planteamiento defendido desde los amplios círculos de la nobleza cercanos al « partido aristocrático » parece apuntar a una concepción más política de la monarquía y de la posición ocupada en ella por el monarca. No deja de ser significativa

---

(58) Cfr. para su biografía D. Hilt, *The troubled trinity. Godoy and the Spanish monarchs*, Alabama, 1987.

(59) Cfr. R. Olaechea y J. Ferrer Benimelli, *El conde de Aranda (mito y realidad de un político aragonés)*, Zaragoza, 1978 II, 46 y ss y 117 y ss.

(60) Para esta interpretación cfr. C. Morange, « El conde de Montijo: apuntes para su biografía y reflexiones en torno al "partido" aristocrático en la crisis del Antiguo Régimen » en, del mismo, *Siete calas en la crisis del Antiguo Régimen español y un planfeto clandestino de 1800*, Alicante, 1990 y E. La Parra, *La alianza de Godoy*, cit. p. 109 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la convergencia, aparente al menos, en algunos sonados episodios de oposición a Godoy de personajes vinculados a este grupo con otros mucho más radicales en sus proyectos.

Adquiere su sentido en ese contexto, determinado por el contacto con la revolución y la llegada de Godoy a la primera secretaría de Estado, el rearme que se produce contemporáneamente contra el discurso ilustrado que se había venido abriendo camino y asentándo en la década precedente. Si desde las páginas del *Censor* y otros textos hemos percibido la insistencia en una necesaria reconversión del discurso moral de la monarquía como requisito previo para la reformulación de su orden, se tratará ahora de reconstruir frente a ello y frente al trastoque histórico de la revolucón, un discurso de redefinición de la monarquía como régimen propiamente católico. En ese proceso, como se verá, se reutilizaron materiales provenientes de la tradición teológico política católica, ante todo la idea motriz de que la religión constituía el auténtico principio del orden monárquico español. Sin embargo, en esta circunstancia de crisis de una cultura básica de referencia y de alteración histórica provocada por una filosofía « antireligiosa », la operación requirió también el desarrollo de una idea « estatal » de la monarquía. En ello residió su novedad, en la apuesta por una reconstrucción de la idea del príncipe católico centrada en su capacidad estatal, de centro exclusivo de la política en la monarquía. La comprensión del príncipe católico como acumulador de la capaidad de gestión de lo político implicó también la reconceptualización de un « vasallo fiel » como sujeto sólo de una obligación de obediencia religiosa y política. Ausente en este planteamiento cualquier idea de capacitación de mediación política fuera del príncipe, su discurso se implicó en una vocación estatal netamente antipolítica. Concibiendo un « pueblo cristiano » despolitizado se aceptará una comprensión « estatal » del príncipe católico quedando fuera de su horizonte cualquier idea política de la nación. Todo ello configura un tronco discursivo que tendrá diversos desarrollos y que llegará plenamente vigente a los debates contituyentes de 1810-1812, enfrentando entonces esa idea de la nación católica políticamente capacitada que, desde un linaje teológico político divergente, arriba también a ese debate y se impone.

Aunque, como comprobaremos, esta reelaboración de un discurso católico antipolítico no se inicia en los noventa, es entonces

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuando adquiere una más precisa formulación como reconstrucción de una idea de monarquía católica centrada en dos frentes esenciales. Por una parte, una fijación del problema filosófico y teológico creado por la « nueva filosofía » y la recolocación de las piezas de una teología católica para la comprensión del « orden universal » que dotara a su vez de sentido a la monarquía en el mundo católico.

Por otra, una reconstrucción de la idea misma de monarquía ante el impacto que había supuesto la profunda reflexión sobre las formas de gobierno y que, lo hemos visto, había llegado a integrarse en España en una combinación de virtud ciudadana en el indiscutido continente del régimen monárquico. Frente al inconfundible aroma republicano de algunas interpretaciones del gobierno de la monarquía, se hacía necesario reelaborar un discurso que centrara aquella exclusividad política del príncipe y excluyera cualquier atisbo de presencia en ese ámbito de la nación. De entre la relativamente amplia producción que las prensas españolas, y el apoyo oficial, dan a la luz durante estos años para contruibuir a esta operación, especial relevancia para guiar una incursión en ella tienen dos obras que ya desde sus títulos resumen el sentido de la misma. Se trata del *Catecismo de Estado* de Joaquín Lorenzo Villanueva y de *La Monarquía* de Clemente de Peñalosa y Zúñiga (61).

De Peñalosa y Zúñiga sabemos bien poco. Era, cuando escribió la obra que aquí nos interesa, canónigo en Valencia y socio de algunas sociedades de Amigos del País, entre ellas de la Bascongada,

---

(61) J.L. Villanueva, *Catecismo de Estado según los principios de la Religión*, Madrid, 1793; C. Penalosa y Zúniga, *La monarquía*, s.l. s.f. De esta última obra hay edición registrada en Madrid, 1793 que plantea algún problema. Tanto J. Herrero, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, Madrid, 1988 p. 129 como S. Scandellari, « El concepto de soberanía en la literatura política española de finales del siglo XVIII: "La Monarquía" de Peñalosa y Zúñiga », *Trienio* 16, 1991, indican que la obra debió escribirse y publicarse por primera vez sin fecha ni pié de imprenta antes de 1788 debido a la dedicatoria a Carlos III que se contiene en un grabado de la primera página. Sin embargo, si esa impresión de la obra de Peñalosa es la que yo manejo (y creo que sí por la descripción que ofrecen ambos) el grabado aludido está fechado en 1792 en letra minúscula al pié del mismo, por lo que no creo que pueda ser anterior la fecha de esta primera y extraña edición. Por otra parte, esto se confirma por el expediente de su edición en el que consta la presentación de la obra en marzo de 1792. El expediente en Archivo Histórico Nacional (AHN), Estado, 3245.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y concibió su obra « considerando los rápidos progresos que hace en los hombres la moderna filosofia; este nombre especioso con que se quiere encubrir la maldad, la fuerza de opiniones extrañas, y la libre independencia que ofende y abate las potestades legítimas » (62). Le sirvió además su edición de excusa para fijar durante algunos años su residencia en la corte, lo que podría explicar también esa primera confusa edición. Mejor concocido es J.L. Villanueva por su futuro protagonismo en Cádiz defendiendo posiciones antangónicas a las de su *Catecismo*. La evolución teológica e ideológica de Villanueva, marcada por la distancia que existe entre la obra que aquí nos servirá de guía y *El tomista en las Cortes* (63), no es todavía lo suficientemente conocida aunque seguramente mantiene puntos de conexión interesantes en una concepción fuerte de la soberanía y su manejo (64).

Ambos textos se conciben en una operación teológico filosófica frente a la « moderna filosofía » y como contraataque ante una idea antropológica que ésta ha ido estableciendo. Peñalosa lo avisaba en la introducción de su libro señalando que la política debía pensarse no desde el supuesto de un hombre capaz de la perfección moral, sino de « almas que están siempre prontas a abusar de las leyes y el orden ». Almas más que hombres y sometidas a un desorden intrínseco fomentado por las pasiones propias de su condición. Por ello no se podía enfrentar el estudio de materias políticas desde la confianza en la razón, pues sus verdades, concluía, a diferencia de la verdad matemática, « son independientes de la humana demostración ». La política se vinculaba a unos principios esenciales que se situaban fuera del alcance de una razón estrictamente humana y se identificaban con fundamentos de orden moral y religioso, de dogmas que podían guiar mejor que los supuestos lógicos de la « nueva filosofía ». Hobbes, Bayle o el mismo Maquiavelo habían partido por tanto en sus sistemas de unas « nociones vagas, oscuras

(62) Así se expresa en su solicitud de licencia de impresión en el expediente citado supra.

(63) J.L. VILLANUEVA, *Las angélicas fuentes o el tomista en las Córtes*, Cádiz, 1811 (segunda parte de 1813).

(64) Cfr. El estudio preliminar de M. ARTOLA a *Memorias del tiempo de Fernando VII* (vol. II), Madrid, 1957.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y parciales sobre el principio, la naturaleza y la extensión de los derechos esenciales del hombre y de los que gobiernan » (65).

Sin embargo, no todo el peligro provenía de la « nueva filosofía » y sus sistemas morales. También una teología católica que erróneamente podía llevar a asimilar al pensamiento católico errores morales del nuevo filosofismo aceptando una diferenciación interna de la naturaleza humana. Del trastorno europeo eran responsables « al menos en nuestra Península » no sólo los « libertinos » y « herejes » — que históricamente ya lo eran — sino un enemigo interior: « quien lo ha hecho son principalmente los nuevos teólogos ». Era, efectivamente, para Villanueva un motivo teológico, una disputa de esa especie la que le motivaba a presentar su *Catecismo de Estado*. La cuestión teológica tenía de este modo su traducción directamente política: « Pues esto que aún lloramos en la moral se ha visto palpablemente en la política. Este empeño de separar la razón de la Religión, y el hombre Cristiano del ciudadano, ha producido un nuevo sistema de derecho público que no conocieron los Santos Padres ». Además de las sonoras mayúsculas y minúsculas que Villanueva asigna, sus palabras eran elocuentes por sí mismas y denunciaban una cierta interpretación teológica que podía llevar la confusión del católico hasta concebir que « no está la plenitud de la política en los Libros sagrados » o que la inferioridad del súbdito respecto al príncipe en la « sociedad civil » respondía a un principio de « constitución legal » y no de religión, « como si hablara a los Chinos » (66). La polémica la provocaba el jesuita Lorenzo Hervás y Panduro y su *Historia de la vida del hombre*, inspirada en la obra del abate Berruyer, donde Villanueva creía ver estas especies teológicas que podían conducir a una relativización de la potestad soberana del príncipe, aquí en beneficio de la disidencia jesuítica (67).

Ante ello se percibía la necesidad de reformular un principio

---

(65) Peñalosa, 3, 7 y 9. Las referencias a las obras aludidas de Peñalosa o Villanueva se refieren siempre a los libros y ediciones citados supra.

(66) Referencias todas de su extenso prólogo, III, VI, VII.

(67) L. Hervás y Panduro, *Historia de la vida del hombre*, Madrid, 1789; Isaac José Berruyer, *Historia del pueblo de Dios desde su origen hasta el nacimiento del Mesías, sacada solamente de los libros santos*, Madrid, 1751-1754. Datos biográficos sobre Hervás, aunque no aclara la cuestión de la posición teológica que aquí interesaría más, en J.I. Moreno, *Hervás y Panduro, ilustrado español*, Cuenca, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teológico que sirviera de fundamento religioso al orden político, que indicara al vasallo católico la obligación religiosa respecto de la « constitución del Estado ». Pero, adviértase, el fundamento de esta constitución del Estado debía basarse en un principio teológico, en la correción de errores a ese nivel, « en el orden inviolable de la ley eterna ». Una razón religiosa del orden se superponía y afirmaba por encima de una naturaleza y comprensión política del mismo. Primacía que se confirma en este *Catecismo* como premisa: « Lo que la política pretende por medio de la coacción la Religión lo hace con la caridad, las leyes que atemorizan al ciudadano las ama el Cristiano. Al orden público podrá autorizarle la política, invariable no le hace sino la Religión ». Siguiendo con su deliberado resalte de conceptos mediante mayúsculas, el texto establecía como fundamentos del orden político de una monarquía católica valores estrictamente religiosos: fe, caridad y conciencia. La negación de la comunicación política entre el pueblo y el príncipe no era más que una consecuencia de la misma lógica: « Por donde la Religión no mira al Príncipe como Ministro de la sociedad, sino de sólo Dios » (68). Filosofía, « falsa filosofía », y religión, « Religión verdadera », tenían respuestas distintas para la cuestión del orden de la monarquía y la sociedad de los hombres.

Las tenían, más principalmente, para la concepción esencial del hombre. Manejaban antropologías divergentes que llevaban a conclusiones diferenciadas respecto de aquel « orden esencial » que tanto preocupaba también a los ilustrados católicos como hemos visto. Villanueva hallaba en el catecismo la forma más conveniente para dar explicación cumplida de una cuestión que no entendía inducida tanto desde la política como de la religión. Se trataba de explicar en primer lugar el origen de la potestad, no sólo desde la que podía adquirir forma política, mera subespecie, sino de la potestad de fundamento religioso que respondía a ese « orden universal » y que daba cuenta tanto del origen de la sociedad conyugal como de la civil, manifestaciones ambas de un imperativo divino de asociación humana. Ni una ni otra se presentaban como efecto racional de impulsos, sentimientos o voluntades humanas,

(68) *Ibid*, XV, XXII y XXIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sino como partes de un « orden eterno e inmutable » determinado por Dios. La sociedad civil por ello, explicaba el catecismo, no podía entenderse en su origen « como una junta de hombres congregados por convención o pacto ». Supuesto erróneo de la « falsa filosofía » que también había querido hallar en la atracción y la « inclinación puramente brutal » el origen del primer agregado social de la familia. La catequesis debía tener claros sus arranques: « La Religión dice que esta sociedad es una junta de hombres congregados según la ley eterna de Dios, en virtud de la cual la cabeza tiene poder y autoridad para mandar y los demás miembros necesidad de respetarla y de sujetarse a ella » (69). Poder y autoridad frente a necesidad no dejaban resquicio posible a una intervención de la voluntad.

La concepción de entrada de un vasallaje generalizado del género humano cimentaba también la idea del monárquico como único régimen posible para el gobierno de los hombres por ser reflejo de aquel orden universal que se nos viene refiriendo. No se trataba de una opción, de una elección que el filósofo político pudiera razonar y explicar; era tan sólo el producto de una revelación, método exclusivo de su conocimiento. De ahí la necesidad de que esta reelaboración de la concepción católica del orden partiera de unos presupuestos teológicos que condujeran a unos principios esenciales del orden político de la monarquía.

Estamos en la década de los noventa del siglo XVIII y a ello se dedica esta amplia catequesis del Estado de Villanueva mostrando un consciente autismo respecto de la filosofía política ilustrada. Su fuente de reflexión es el evangleio donde no descubre el catequista hombre natural, pacto ni hombre civil. No existe allí tránsito de estado del hombre, de uno natural a otro civil, que pudiera servir de base para explicación del orden poítico. El Evangelio proveía de material teológico y el *Catecismo* pregunta: « ¿Pues para el gobierno de las cosas humanas no bastaba jurisdicción de origen humano? ». Para responder el catequista: « El hombre por el pecado perdió todo dominio y potestad sobre las cosas humanas » (70). Sirve esta afirmación de razón principal que anula la idea de una contraposición

(69) *Ibid*, 92.
(70) *Ibid*, 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entre hombre natural y hombre civil para establecer otra que contempla al hombre desordenado y redimido.

Entre desorden y orden, entre pecado y redención, no mediaba lógicamente un acto de voluntad y un efecto de pacto, sino el don de la gracia. La única determinación humana concebible para el catecismo que leemos fue la de Adán, y sirvió para corromper la naturaleza del hombre. A éste, continua enseñando el texto, acompañaba desde entonces el estigma del pecado que resultaba factor decisivo para la explicación teológica que se pretendía ofrecer del orden político humano. No es que otra teología más vinculada a las posiciones antes vistas o a otras más liberales no concibieran también una determinación de la naturaleza humana en el pecado, pero la concepción antropológica que aquí resulta no admite así la idea de un hombre naturalmente dotado de derechos y libertad que se transfieran a un orden social y civil de seguridad. Era error propio de una filosofía moderna llevada por su afán de explicar política sin religión e incapaz, por tanto, de percatarse de que únicamente el hombre del « estado de inocencia » había sido dotado de derechos, pero era especie irremediablemente perdida y sustituida por un hombre en « estado de pecado » que de por sí, por su condición, « ya no tiene derecho sino al castigo, a su ruina y aniquilación » (71).

Se trataba de un presupuesto sobre el que trabajaba este discurso antipolítico frente a una idea proveniente de una filosofía del derecho natural. Juan Pablo Forner lo había utilizado conscientemente frente a ella en una conocida defensa de una « vía española » a la ilustración. En la segunda parte de su *Oración apologética*, dedicada a exponer los fundamentos filosóficos de la « ciencia española », asumía esta dicotomía establecida entre inocencia y pecado con sus efectos: « La depravación, empero, del linaje humano sustituyó necesariamente convenciones y leyes arbitrarias a las naturales... Lo diré sin recelo. La Legislación civil y la Religión revelada fueron los antídotos con que ocurrieron la prudencia y la Providencia a estas necesidades de la moral angustiada ». El tránsito no estaba en un estado civil que superara el natural asegurando derechos y libertad, sino en una reparación: « Sociedad pervertida,

(71) *Ibid*, 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

religión pervertida pedían sociedad y religión que destruyesen el vicio introducido en una y otra » (72). Razón fundamental manejada por una filosofía teológica de la monarquía católica que Antonio Javier Pérez y López había querido también sistematizar anteriormente en un nuevo sistema filosófico de inspiración evangélica: « sólo hay un orden necesario, eterno e inmutable que enseña la Metafísica, evidencia la Física, muestra la Moral y canoniza nuestra Santa Religión ». Desde sus principios, y no desde los de los sistemas filosóficos modernos, podía en exclusiva el hombre adquirir conocimiento de tal orden: « La existencia de Dios infinitamente perfecto, su soberana providencia, la inmortalidad del alma, la caída del género humano y su redención y también las penas o premios inmortales son las basas de la Moral evangélica, y son igualmente de la natural y de su orden de suerte que quitada cualquiera de ellas todo se confundiría en la línea moral y política » (73).

Antropología católica que, lejos de una idea del buen salvaje o del hombre que habitaba un mundo en el que « todo era América », concebía únicamente un ser desnudo de derechos y subsistente sólo « por pura misericordia de Dios » (74). Situación en la que tampoco una voluntad propia sino la gracia divina podía redimir y reordenar, lo que tenía su consecuencia y efectos en los atributos humanos, especialmente de su libertad y derechos. Estos últimos no podían ser nunca « los que considera la filosofía en el estado de la naturaleza pura... sino los que considera la Religión en estado de la naturaleza arruinada por Adán y reparada por Cristo » (75). Los derechos que mediante la gracia había podido recuperar el hombre eran de una especie sobrenatural, no derechos naturales. No podía decirse siquiera que le pertenecieran pues no se reflexionaba sobre la base de una idea de naturaleza, sino de naturaleza corrompida, esto es,

---

(72) J.P. Forner, *Oración apologética por la España y su mérito literario: para que sirva de exornación al discurso leído por el abate Denina en la Academia de Ciencias de Berlín respondiendo a la cuestión ¿Qué se debe a España?*, Madrid, 1786 (ed. facsimilar Valencia, 1992) p. 87-89.

(73) A.J. Pérez y López, *Principios del orden esencial de la naturaleza, establecidos por fundamento de la moral y política y por prueba de la religión. Nuevo sistema filosófico*, Madrid, 1785 p. 11 y 146.

(74) Villanueva, 10.

(75) *Ibid*, 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precisada de intervención divina para su redención y, por tanto, con efectos no propiamente naturales. La asociación del hombre a unos derechos naturales quedaba fuera del horizonte de este discurso.

En la idea de pecado, y no en la de libertad, estaba el núcleo de esta reflexión católica. Si la filosofía moderna había llegado a concebir aquella libertad natural como condición primera del hombre y sus derechos naturales como atributos del mismo, no era sino por el error básico de haber escindido la filosofía del derecho natural del fundamento religioso. Joaquín Marín, catedrático de Derecho Natural, tras hacer un recorrido por esta filosofía moderna, había detectado la falla de esa desconexión en la que insistía la reacción teológica católica: « Así fundado el tirano reino de la razón ya no consultan para derivar el Derecho Natural a los libros Sagrados, desprecian los Santos Padres, los Teólogos, los Escolásticos y Jurisconsultos fiados en una seire de raciocinios que cada cual se esmera en ordenar con más artificio ». El resultado no podía ser sino una idea falsa de la naturaleza del hombre y del origen de su orden social pensados exlusivamente desde una dimensión humana: « El principio de obligación y todos los derechos los colocan en los pactos y convenciones, desconociendo la moralidad, torpeza o rectitud intrínseca en las cosas que las hace ser en sí buenas o malas, independientemente de los humanos institutos » (76). Ausencia de libertad por la presencia del pecado que determinaba al hombre y con él también a la sociedad humana en el orden político.

Nuestro catecismo recordaba estos efectos. El hombre inocente y ordenado que no precisaba de más señor que Dios para el cumplimiento efectivo de sus designios, mantenimiento del orden universal y cumplimiento de la ley eterna, había dado paso al hombre desordenado moralmente que no formaba sociedad con los demás hombres por acto de voluntad ni convención pactada, sino por la condición misma de su segunda naturaleza. « En Adán pecó su posteridad. El pecado vino a ser en el hombre como una segunda naturaleza. La naturaleza sana enfermó, la ordenada se trastornó. Esta naturaleza es el humano linaje » que precisaba, a diferencia del

(76) J. MARÍN, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid, 1776 p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hombre inocente, « sujetarse al señorío de otro fuera de Dios » (77). Pecado y origen de la potestad humana estaban de este modo íntimamente unidos.

Disputando años después con el abate Gregoire por el ataque de éste contra la Inquisición española, tendrá Villanueva ocasión de señalar directamente en « J.J. Rousseau y su larga familia » el desenfoque en la concepción de la naturaleza humana, « no contando con el destrozo y estrago verdadero del pecado original », lo que llevaba al error de tomar « la pura naturaleza como exacta medida de las prerrogativas y derechos del hombre actualmente existente ». Considerar la existencia de un « hombre natural » era escindirlo « de sus actuales cualidades y relaciones », dividirlo « de sí mismo », equivocar una naturaleza y con ello una condición que determinaba su existencia social y política.

El factor de la gracia no introducía tampoco una condición diversa en el hombre respecto de la obligación, no suponía redención de la libertad: « que así como en lo espiritual no hizo a los hombres de siervos libres, sino de malos siervos buenos siervos, así en lo civil no restableció en los hombres la superioridad y la independencia, mas enderezó en este orden el concierto que destruyeron las pasiones humanas ». La gracia restaurativa del orden no suponía en esta teología consecuencia política de libertad, sino mera reintroducción de un orden para salvación del alma. La dimensión humana de la persona no se veía así afectada en el sentido de recuperación de un estado pleno de inocencia. « De suerte — concluía Villanueva en esta carta — que ni la igualdad de los hombres en el vicio de la naturaleza que viene de Adán, ni la igualdad en la reparación que viene de Cristo son títulos capaces de turbar el orden político ni la subordinación del pueblo a la pública potestad a que Dios le ha sujetado » (78). La única libertad predica-

---

(77) Villanueva, 22.

(78) LORENZO ASTENGO (seudónimo de J.L. Villanueva formado con su segundo nombre y su segundo apellido), *Cartas de un presbítero español sobre la carta del ciudadano Gregoire, obispo de Blois, al señor Arzobispo de Burgos Inquisidor general de España*, Madrid, 1798 p. 125 y 130. No he hallado reflejo de esta polémica en la biografía de R.F. NECHELES, *The Abbé Grégoire, 1787-1831. The odyssey of an egalitarian*, Connecticut, 1971.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ble del hombre para esta antropología católica era una libertad evangélica que no consistía en aptitud para la generación social o para la determinación del ordenamiento político, sino en la obligación y obediencia del precepto divino. En un encendido texto de título expresivo, Antonio Vila y Camps ya había recordado al vasallo católico cuál era su especie de libertad frente a lo que la filosofía revolucionaria pudiera estar ofreciendo: « La libertad evangélica no consiste sino en querer y poder agradar al Señor y hacer libre y voluntariamente su santísima voluntad... los fieles, pues, somos libres para hacer todo el bien que podamos y nuestro albedrío lo tenemos para hacer con merecimiento lo que Dios nos manda » (79). Ese era, y no el pacto, el origen de la potestad, de la sujección o — como aquí se le denomina — del « vasallaje de otro ». No tenía por tanto nada que ver la creación del orden político con el beneficio de unos derechos y su salvaguardia en el sistema social.

Donde la filosofía moderna del derecho natural suponía libertad, este discurso teológico católico sustituía obligación no creada ni consentida por el hombre por no tener un origen natural sino, precisamente, derivado de un desorden. Pérez y López ya había explicado que el derecho (« *yo tengo derecho para esto o para aquello* ») no era sino efecto de la obligación ordenada por Dios. Era así que resultaba perfecto sólo el derecho « que a cada uno asiste para el cumplimiento de sus obligaciones naturales » (80). De hecho, al tratar en esta misma obra de la introducción de los dominios entre los hombres, en lo que se insiste no es en el derecho del individuo a la propiedad, sino en la obligación que crea en la propia persona y en los demás; no en la soberanía del individuo sobre su patrimonio, cuanto en la necesidad del mismo para el cumplimiento de una obligación superior respecto del orden familiar y social (81). El *Catecismo* confirmaba la impresión: « La Religión prueba de un

(79) A. Vila y Camps, *El vasallo instruido en las principales obligaciones que debe a su legítimo monarca: obra sumamente importante, en la que por las autoridades de la Divina Escritura, Santos Padres, Concilios y Sagrados Cánones, se manifiesta la debida sumisión, respeto, amor y fidelidad que todos los vasallos deben a su legítimo Soberano, y a los Ministros que en su Real Nombre están encargados del gobierno de sus respectivos Reinos y Provincias*, Madrid, 1792 p. 64.

(80) Pérez y López, *op. cit.*, p. 64-65.

(81) *Ibid.*, p. 154 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo invencible que el hombre por el pecado perdió el derecho de propiedad sobre todas las cosas ». Respecto de la propiedad el hombre no poseía derecho, sino obligación de una « recta administración », incluida en ella el ejercicio de la caridad y beneficencia.

El resultado era que, desde esta perspectiva teológica, el orden estable de la sociedad debía entenderse como parte de un engrenaje más complejo de un orden universal al que se podía acceder únicamente mediante la gracia de Cristo que, ya lo recordaba el catecismo que nos guía, no creaba un hombre libre sino un siervo bueno. La encarnación del Verbo se convierte por lo tanto en un momento decisivo para la restauración de un orden que incluye también el social y político. Es un momento teológico de trascendencia política. En la « unión del Verbo eterno a la naturaleza humana », aclaraba Pérez López, « se verifica el restablecimiento del orden esencial del Universo y de los demás órdenes y se encuentra el remedio del género humano » (82) con lo que no intervenia capacidad ni libertad del hombre que resultaba definitivamente incapacitado políticamente: « Tampoco son los hombres libres para constituir la potestad pública » (83). Libertad existía sólo « en la caridad que ama el orden de Dios, aun en los que abusan de su libertad » (84) y no en capacidad política de determinar un orden que no era, como recuerda insistentemente esta teología, sino parte de un orden mayor al que la sociedad de los hombres y sus formas de gobierno se adecuaban por un efecto redentor y no constitutivo.

La subordinación, la existencia de « varios estados, profesiones oficios y diferentes condiciones » en el orden doméstico o en el civil y político era el reflejo sin más de ese orden universal inaccesible al hombre (85).

Como los demás órdenes, el político era de institución divina, « voluntad y providencia de Dios » y no contrato, creación de los hombres. Tanto calado tenía el supuesto teológico que, en realidad, para este discurso católico el modo de generación efectiva de la potestad y forma de gobierno no tenía relevancia, pues no configu-

(82) *Ibid*, XXV.
(83) *Ibid*, 176.
(84) Villanueva, 43.
(85) Vila y Camps, *op. cit.*, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raba propiamente un momento político relacionado con la independencia y capacidad autodeterminativa que la falsa filosofía había venido descubriendo en el tránsito de un estado natural a otro civil. Por la misma concepción de esta antropología católica, que no concebía al hombre sino como pecador redimido por la gracia, no cabía siquiera la noción de una obligación de naturaleza política respecto de un establecimiento público. Por su condición, la obligación del hombre cristiano redimido era puramente moral y religiosa, efecto de una *caritas* y no de un *pactum*. « Es muy importante — razonaba Vila y Camps — que los vasallos entiendan y sepan que esta obediencia ha de ser *por Dios* o, como habla San Pablo, *en conciencia*, es decir, que esta obediencia ha de ser no servil ni baja... sino filial, interior y eficaz » (86). La razón la ofrecía el catecismo de Villanueva al explicar que la designación del príncipe o la definición de la forma de gobierno no eran actos propiamente políticos sino « derecho privativo de la divinidad » y, por ello, no conferían en sí mismos una autoridad que procedía sólo del común « origen de la potestad » (87).

Estas demarcaciones establecidas respecto de la filosofía moderna implicaban también una concepción monolítica de la potestad. La doméstica y la pública se diferenciaban en sus dimensiones, pero no en su naturaleza pues gobernaban ambas espacios esenciales para el orden trascendente universal. La potestad que diríamos política no tenía así naturaleza propiamente tal, era potestad paternal también de una amplia familia cristiana incapacitada para una actuación política. La ecuación entre la potestad familiar del padre de familia y la del príncipe era exacta y fundamentada sólo en religión y era ahí, en esta concepción no politica de la potestad del príncipe, donde este discurso situaba el fundamento de la obediencia, cualquiera que fuese su actuación. La « bondad o maldad de los soberanos », sentenciaba Vila y Camps, no podía « recaer sobre su potestad », no era cuestión sujeta a consideración ni valoración humana (88).

Más aún, la sociedad no era en sí un proyecto sino un medio

(86) *Ibid*, 64.
(87) Villanueva, 123 y 125.
(88) VILA Y CAMPS, *op. cit.*, 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para el cumplimiento de una obligación más primaria y esencial. « Conforme se ha expuesto — concluía Pérez y López — nuestro principal bien, obligación y derecho es la Religión verdadera y el conocimiento de la verdad ». Por ello el monarca católico se debía a la defensa de la misma, incluso quitando la vida a « los falsos apóstoles de la impiedad y el error » (89). La « obligación en conciencia a las legítimas potestades » se estaba postulando en este discurso teológico católico como un princpio antipolítico de orden, como un fundamento pura y exclusivamente religioso que situaba al ordenamiento fuera del alcance de una filosofía política. Las « Potestades superiores » no eran poderes políticos y no generaban obligación política. Vila y Camps así lo afirmaba en sentencia que podía suscribirse más difusamente por cualquiera de los reconstructores del ideal del príncipe católico: « Así es, pues aun al presente muchos viven persuadidos que todas — las potestades — son meramente políticas o civiles y que, por más que falten a ellas, en nada se agravan sus conciencias... como si la obediencia, sumisión y respeto que debemos tener a los Príncipes y soberanos de la tierra no fuese un verdadero precepto de nuestra Santa Religión, que nos obliga a ello en conciencia » (90).

Desde una reconstrucción teológica se estaba en condición de reelaborar también un discurso centrado en una idea del régimen monárquico desde perspectiva cerradamente católica. Peñalosa no duda en asignar este título a la obra que, en estos conflictivos años, más sitemáticamente se dedicó a esta labor desde una proclamada determinación antirepublicana. Si Villanueva ofrecía el fundamento teológico, Peñalosa reconstruía el ideal del príncipe católico para una monarquía de finales del setecientos. Asumiendo los mismos presupuestos teológico morales que la literatura católica vista estaba replanteando, *La Monarquía* reelabora un modelo en el que el príncipe se constituye en el centro exclusivo de la política y tutor del orden civil interno. Pero junto a estos componentes más o menos presentes en la literatura tradicional relativa a la concepción del príncipe católico, el libro de Peñalosa contiene la aportación de una lectura de la monarquía como la forma moderna de régimen político

(89) Pérez y López, *cit.* 111 y Villanueva, 247 y 249.
(90) Vila y Camps, *cit.* Introducción sin paginar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frente a la antigüedad e inadaptación de la república a las condiciones de la civilización compleja. Marca sin duda de la época, la obra que nos guiará por esta reelaboración antipolítica del régimen monárquico entroncaba perfectamente con una ilustración conservadora que había venido desarrollando un discurso basado en la incompatibilidad entre una sociedad comercial compleja y abierta con un ideal republicano. *La Monarquía* podría tenerse por su versión católica (91).

La estructura misma de la obra denota su concepción de fondo. Está centrada en la idea de monarquía y dividida en tres momentos de reflexión: los caracteres esenciales del régimen monárquico, su traducción civil y su dimensión política. Es ilustrativo comprobar que la segunda de estas secciones lleva por título « Caracteres de la Monarquía relativos a la Nación » y la tercera « Monarquía considerada relativamente al Soberano ». Estaba así de entrada indicándose que libertad, propiedad, justicia, honores y cultura eran materias puramente civiles sin una dimensión política de la que propiamente carecía la nación, en tanto que la sucesión, la capacidad legislativa, las leyes de la monarquía y la virtud componían un universo político dominado exclusivamente por el príncipe « absoluto ».

Anunciaba esta estructura ya la idea de una relación no política entre una nación meramente civil y un soberano absolutamente político que podremos comprobar recorriendo su explicación de ambos momentos, civil y político, de la monarquía.

El primer atributo de la dimensión civil de la monarquía, que es la nación, es la libertad. Podría ser una entrada prometedora aunque rápidamente se advierte que se trata de un comienzo intencionadamente dirigido contra el significado que este concepto estaba adquiriendo en otros discursos ilustrados. Se trataba, sin disimulos, de combatir un ideal republicano revalorizado en la filosofía política del setecientos. « Es de admirar — sienta en las primeras páginas de esta

---

(91) Cfr. J. POCOCK, *« Conservative enlightenment and democratic revolutions: the American and French cases in British perspective »*, *Government and Opposition*, 24, 1, 1989 esp. 83 y 90-91; M.M. GOLDSMITH, *« Liberty, virtue, and the rule of law, 1689-1770 »* en D. WOOTTON, *Republicanism, liberty and commercial society, 1649-1776*, Stanford, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sección — que los hombres se hayan dejado conmover con tanta ligereza a vista de la libertad decantada de los Pueblos de la antigüedad que fueron ciertamente más indóciles que libres y más esclavos que felices » (92). La de los antiguos era una libertad no gratuita, que tenía sus requerimientos.

Concretamente, « la absurda libertad de los griegos » estaba fundamentada sobre « el precio de la pobreza, el olvido de los intereses y el descanso, el deseo de gloria, el amor a la patria y cuantas virtudes dictan la moderación y la probidad ». Eran las condiciones ineludibles de existencia de una libertad republicana pervertida en el momento en que la sociedad entró en contacto con el oro y las comodidades. Eran requerimentos que difícilmente podría aceptar el hombre moderno, ni siquiera en los regímenes republicanos actuales. « ¿Habrá Republicano que quiera vivir desnudo, pobre y ensayándose continuamente en la lucha con el hambre y la inclemencia por ofrecer a la patria el sacrificio de su persona? » (93). Holanda, Venecia o la Inglaterra de Cromwell eran los ejemplos vivos de una libertad « que desde lejos embelesa pero que en acercándose pierde toda su ilusión » (94).

Frente a ello, la libertad era atributo que únicamente podía realizarse en las monarquías. La especie de libertad, entiéndase, que precisaba el mundo moderno y que estaba basada en las ideas de orden y dominio de pasiones. Era una libertad más civilizada, « más suave, más sostenida y más propia del hombre » (95) en la que una noción de representación como atributo de la libertad política no tenía sentido. La concurrencia en la formación de la ley, expresión de esa libertad que falsamente la nueva filosofía proponía como piedra angular de su concepto de libertad, tenía en realidad un efecto contrario al romper la armonía social y el orden que eran la identidad misma de la libertad. La libertad estaba así en el orden y no en la representación. En la lógica de la monarquía que aquí se

(92) Peñalosa, 197. Las referencias a esta obra que nos ha de guiar en este recorrido de nuestro estudio las realizo también directamente de la página de la edición citada anteriormente y sobre la que ya he ofrecido explicación.

(93) Peñalosa, 197 y 202.

(94) *Ibid,* 212.

(95) *Ibid*, 215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proponía, la libertad se pensaba desde un supuesto diverso al de su dimensión politica: « La palabra libertad ¿no significa en general la idea de poder, según las leyes, disponer de nosotros mismos y de cuanto nos pertenece? ». Se entendía que esta concepción de la libertad como regularidad legal constituía un activo de la monarquía y tales eran, precisamente, los « bienes estrechamente prohibidos en la Constitución Popular porque se contrarían al espíritu rígido de la economía y moderación tan necesarias en este gobierno » (96). La libertad se contemplaba y explicaba como orden que permite el desenvolvimiento social de un hombre que no precisa capacidad de mediación política para ejercer su libertad.

Este razonamiento que vinculaba la monarquía y su régimen a formas superiores de civilización frente a la república como antigualla, se percibe en el análisis que se realiza de las formas de propiedad. Conviene advertir de entrada que el planteamiento general de Peñalosa está también informado por una idea teológica de los estadios evolutivos del hombre en la que la aparición de la ciudad y la destrucción de las sociedades patriarcales meramente domésticas obedece a una perversión de la naturaleza humana (97). Contando con este dato asumido como premisa, lo significativo de la obra de Peñalosa es, sin embargo, su identificación de la monarquía con la modernidad, lo que encuentra en la evolución de la relación entre hombre y propiedad una de sus evidencias. En su análisis de la propiedad, efectivamente, se vincula estrechamente la ausencia de un concepto fuerte de vinculación entre individuo y patrimonio con las formas más simples de civilización. La rudeza repulicana respondería de este modo a unas formas sociopolíticas capaces de cortocircuitar tal relación, mientras que la civilización, el desarrollo de la vida urbana y el comercio, la diversificación de la propiedad y la formación de patrimonios, hacían necesario el régimen monárquico. La república antigua, como la moderna, requería de sus ciudadanos una identidad tan absoluta con la patria que dificultaba el desarrollo de intereses propietarios individuales. Era « esfuerzo superior al

(96) *Ibid*, 218-219.

(97) « Así el primer fraticida, que igualmente fue el primer trasgresor de la autoridad paternal, aborrecido de sus semejantes y obligado a buscar un asilo, fabricó la primera Ciudad », *ibid*, 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hombre que no es héroe » (98) , esto es, el hombre moderno. Nadie ya estaba dispuesto a ser espartano (99).

El régimen monárquico ofrecía la contrapartida necesaria para este sujeto: « Es necesario convenir en que la monarquía busca al hombre como es en sí mismo ». Quería con ello significarse que en él podía hallar realización un moderado fomento de intereses y amor propio. Su supuesto no era el de un « héroe de virtudes », sino el de un « sujeto pasional », el de un « alma dominada por pasiones » que encontraba en la expresión del interés y el amor propio un moderado mecanismo de contención y orden. La monarquía se ofrecía como régimen en que el « Administrador prudente » puede introducir orden, civilización, cultura y arte mediante el control y ordenamiento de pasiones, intereses y honores.

Era un motivo habitual en la ilustración conservadora la idea de que las almas corruptas y apasionadas precisaban de un régimen monárquico que las ordenadara y dirigiera. Haciendo profuso uso de motivos de un lenguaje que trataba de combatir, Juan Pablo Forner razonaba la exclusiva validez del régimen monárquico para el gobierno del hombre moderno. Las « almas decrépitas » de los hombres resultaban responsables de un deterioro público que sólo la monarquía podía corregir: « No lo dudemos, Señores, los males y atrasos que padezcamos no estarán nunca en nuestros Monarcas, sino en la mezquindad y decrepitud de nuestros corazones » (100). La vinculación en esta literatura conservadora entre el progreso de la civilización y el desarrollo de atributos meramente civiles en el gusto, la conversación y el trato con su efecto disciplinador sobre las pasiones, daba como resultado un modelo sociológico y político cerradamente antirepublicano (101).

El discurso trabado por Peñalosa lograba presentar una dimen-

---

(98) *Ibid*, 223.

(99) Para este debate durante el setecientos cfr. M. VIROLI, *For love of country. An essay on patriotism and nationalism*, Oxford, 1995 cap. 3.

(100) J.P. FORNER, *Amor de la patria*, Sevilla, s.f. p. XLII-III. Se trata de un discurso pronunciado ante la junta general pública que celebró la Real Sociedad Economica de Sevilla el día 23 de noviembre de 1794.

(101) Conectando también con otras tradiciones de la ilustración europea. Cfr. E.J. HUNDERT, *The enlightenments Fable. Bernard de Mandeville and the discovery of society*, Cambridge, 1994 cap. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sión civil de la monarquía como único régimen posible en las sociedades complejas y comerciales pobladas de sujetos productores de riquezas y bienes y no de hombres virtuosos. La función en este ámbito de la monarquía radicaba en el control precisamente de los peligros y amenazas de esta sociedad moderna. Era el mecanismo que, mediante la distribución de honores y la promoción del amor propio, podía, por ejemplo, contener los excesos del lujo. Un « lujo de comodidad » conveniente al orden social complejo por « conceder a los hombres la decencia y comodidad que exije el decoro de su clase en la Sociedad », podía en la monarquía discriminarse de un « lujo de capricho » que « siempre es injusto y desordenado » (102). Del mismo modo era el régimen conveniente para contener los peligros de la introducción de una economía diversificada en la que debían combinarse las cosas que tenían « un precio real » de las que « dependían de la opnión ». No otro era el supuesto sobre el que había que trabajar, el de una sociedad que comerciaba, trataba y se comunicaba con un universo expansivo y, por ello peligroso. Una sociedad « de acciones menos penosas pero más bellas; de virtudes no tan heroicas pero más dulces; de servicios menos peligrosos pero que dan frutos a las generaciones presentes y venideras; en fin, de obras menos ponderadas pero más constantes en producir el bien, la comodidad y la abundancia » (103). Sólo la monarquía, la especie antipolítica de monarquía que describe Peñalosa, podía gestionar este ámbito civil y sus peligros (104).

Presentando un sistema económico y político, Francisco Javier Peñaranda y Castañeda, realizaba una reflexión similar referida a la monarquía española. De un repaso a los factores determinantes de su historia moderna extraía dos datos esenciales: las expulsiones de judíos y musulmanes y el descubrimiento de América. El primero de estos hechos había facilitado el requisito esencial de la monarquía católica « en la más acrisolada preservación de una fe pura... felicidad a que debe ceder todo interés y consideracón por el bien espiritual ». Resuelto el problema esencial de la preservación de la

(102) Peñalosa, 234 y 237.

(103) *Ibid*, 245.

(104) Cfr. Para fijar el debate ilustrado al respecto C.J. BERRY, *The idea of luxury. A conceptual and historical investigation*, Cambridge, 1994 cap. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

religión, aun con el precio del « notable atraso de la agricultura y de su industria », la monarquía podía ser también régimen propicio para obtención de resultados materiales del segundo factor comercial de desarrollo de la España moderna. « Fomentar la agricultura, las Artes y el Comercio; nivelarles en justa proporción; economizar dispendios; civilizar las costumbres en verdadera sociedad y no perjudicar los derechos son los principios de todo buen orden y prosperidad temporal en lo político » (105). Con la salvaguardia del régimen monárquico ya se podían practicar mecanismos de promoción de interés personal y distinción social propios de estas sociedades. Una de sus máximas de gobierno proclamaba entonces sin encontrarlo problemático: « El dinero, los aplausos y el premio son resortes activos del ingenio. Libertad e interés hacen prodigios » (106).

Este « hombre tal y como es » que nos decía Peñalosa estaba, por tanto, capacitado para operar en la sociedad pero, al mismo tiempo, inhabilitado para una actividad política. Lo debía estar porque su contacto con la política no hacía sino trasladar a este delicado ámbito, que le era extraño y desconocido, las pasiones que poblaban su alma. Unicamente la monarquía, esto es, un principio de orden que no dependía de la opinión, se entendía sistema blindado respecto de esa perniciosa repercusión de la auténtica naturaleza humana en la política. La existencia de un sistema de representación que permitiera a la sociedad mediar en el negocio político tenía exactamente el mismo efecto que el que se producía en la sociedad misma con el precio de las cosas irreales, aquellas que estaban en comercio, con su sujección a la opinión. Si esto era propio de los negocios mercantiles de los hombres, todo parecía indicar en esta concepción antipolítica que el mismo resultado se obtuviera para la representación y la política. La ventaja de la monarquía a este respecto estaba precisamente en que introducía un

(105) F.J. Peñaranda y Castañeda, *Resolución universal sobre el sistema económico y político más conveniente a España. Demostración del gobierno y medios adecuados para su perpetua felicidad. Creación permanente de fondos auxiliares, con utilidad de todo el cuerpo nacional. Reglas oportunas e instrucciones oportunas para su establecimiento y perfección*, Madrid, 1789 (aunque fechada la dedicatoria en febrero de 1787) p. 29 y 35.

(106) *Ibid*, 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio distinto en el negocio político marcando una diferencia radical entre su gestor — el príncipe absoluto — y el pueblo. « En una Monarquía — concuía Peñalosa — hay una distancia tan grande del vasallo al Príncipe, que no puede unirse su soberanía ni humillarse confundiéndose con aquellas que estrechan a los Ciudadanos entre sí » (107).

La confianza la depositaba este planteamiento más en el reglamento que en la representación, más en la gestión exclusiva de lo político por el príncipe que en cualquier forma de habilitación política de los ciudadanos. Otra máxima de Peñaranda lo recordaba: « Todo reglamento que tiene por objeto la ventaja general, es en sí mismo uno de los fundamentos de la libertad natural y política. Éstas no consisten en practicar lo que se quiere, sino en hacer lo que se debe querer. La Nación más rica es la más libre » (108). De la idea fuerte de la política moderna que venía asociando la virtud a la intervención ciudadana en el ámbito político, Peñalosa obtenía una lectura interesada que le ratificaba en su concepto antipolítico. La virtud republicana, aquella contenida en un « amor a la República que igualmente halla en sí mismo el hombre ínfimo como el supremo », no estaba sustentada en « motivos reflexivos ni ideas especulativas », sino que era tan sólo « cualidad negativa ». El orden requería, por el contrario, una « virtud positiva, raciocinada y fuerte » para superación de pasiones del alma humana, virtud que únicamente podía hallarse en el monarca, « freno que contiene » (109). El reglamento del monarca, su monopolio de una función política de intervención legislativa, era el mecanismo ideal para activación de esa « virtud positiva ». En la idea más radicalmente antipolítica de la sociedad que desarrolla Peñalosa, la ausencia de una « virtud positiva » fuera de la esfera del príncipe se compensaba con el « premio » que permitía al soberano mantener una conveniente distinción social. Cumplía su función meramente social sin contaminar el ámbito exclusivo de la política: « En las Monarquías es mayor el número de premios, más conformes a los deseos del

(107) Peñalosa, 265-66.
(108) PEÑARANDA, *Resolución universal*, cit. 41.
(109) Peñalosa, 273-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hombre y es menos temible la elevación del Ciudadano » (110). En monarquía, el premio permitía una mayor cercanía al servicio del príncipe, pero no particpación en su exclusivo negocio político.

Se podía incluso jugar y coquetear con el concepto fuerte del amor a la patria. El mismo Peñalosa lo había venido haciendo anteriormente. En su elogio del conde de Baños ante la Real Sociedad Bascongada destacaba sus valores con un lenguaje provocador: « Un concocimiento sólido de sus obligaciones naturales, las ideas claras de la justicia y de la sociabilidad, el amor a la patria, el entusiasmo de la virtud, la ambición de ser bueno a sus semejantes, fueron objetos de su contemplación » (111). Juan Pablo Forner titulaba directamente así, *Amor de la Patria*, su discurso ante la Real Sociedad Económica de Sevilla. Hallaba en él al « Genio Tutelar de las Naciones », el requisito para la subsistencia de la misma sociedad. Y, sin embargo, la traducción que de todo ello se hacía, el resultado del coqueteo, no conducía a la conclusión que el lector pudiera esperar: « Y no creais, Señores, que este don excelente, basa primordial de la prosperidad de los Estados, no puede hallar cabida ni producir efectos eficaces en ciertos géneros de Gobierno, donde el pueblo, destinado sólo a obedecer, no alcanza a desplegar otro vigor que el que le comunica el impulso emanado de la Soberanía ». Esa, concluía Forner, era idea interesadamente reestablecida por « los últimos Heresiarcas de la Política » (112). Él la reducía a un papel activo de la Sociedades Económicas en el ámbito de la educación, « el mayor depósito de que puede desprenderse un gobierno para ponerlo en manos de los súbditos » (113), sin referencia ya a una actividad más comprometida con la dimensión política del ciudadano en su república local.

Esta dimensión puramente civil y extraña a la política de la nación, de la sociedad de los hombres, era, para esta literatura

---

(110) Peñalosa, 304.

(111) C. Peñalosa, *Elogio del excelentísimo Señor Don Joachin Manrique de Zúñiga, Osorio, etc. Conde de Baños, etc. Grande de primera clase, etc. que presentó á la Sociedad Bascongada en su Junta General del año 1784, celebrada en Bilbao*, Madrid, 1784 p. 14-15.

(112) J.P. Forner, *Amor de la Patria*, cit. XXIV-V y XXXII.

(113) *Ibid*, LIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

católica conservadora, el factor más decisivo de civilización. El ejemplo desarrollado por Peñalosa de la evolución de las artes, la literatura y la filosofía en la antigüedad romana es toda una proclama. Hallaba en la edad republicana las condiciones para una « rústica simplicidad » opuesta a cualquier progreso civil de la filosofía y el arte. Constituía un medio hostil a la ilustración: « Una República que se lisonjeaba de conservar entre sus Ciudadanos una igualdad civil, nacida de la igualdad natural; que atribuía a este orden los éxitos felices de sus armas y que temía la mayor ilustración como ofensiva, insistió vigorosamente en apagar las luces con que los Griegos cautivos a su dominación empezaron a alumbrar el Imperio ». La retórica y la filosofía lejos de encontrar fomento en el régimen republicano de Roma eran desterradas « como perturbadoras del orden establecido ». La influencia de la retórica y la filosofía griegas, el desarrollo del gusto y la comunicación que con Carneades, Diógenes y Critolao llegaban, se había constituído en corrosivo de la mediocridad y rusticidad, en « ruina de la ignorancia » que Catón, el virtuoso Catón, tenía por « necesaria para mantener los principos de aquella Constitución ». La relación entre la difuminación de la virtud republicana, la introducción del régimen monárquico y el desarrollo de la literatura y la filosofía en su medio civil no podía ser más elocuente para Peñalosa: « Desde la muerte de Catón empezaron las ciencias a tomar sin dificultad ni impedimento un esplendor libre y nuevo y, por los mismos pasos que se adelantaban, se iba preparando la monarquía Romana como obra de la razón culta ». Ésta, la monarquía, era el medio de desarrollo y máximo esplendor de esa ilustración filosófica y literaria: « ... del fondo de esta Monarquía es de donde veo salir una edad coronada de Sabios superiores y más adelantados a los Griegos ».

Similar conclusión podía ofrecer la reflexión sobre la historia moderna. Renacimiento y desarrollo de la monarquía se asociaban para demostrarlo. « Desde la edad de Carlos V empezaron a crecer en España el gusto, el idioma, la crítica y buena sabiduría ». La consolidación del régimen monárquico puro de Luis XIV también coincidía en esta interpretación con « una asombrosa revolución en las ideas del espíritu humano que civiliza las costumbres, el gusto y la delicadeza », generando el medio para la aparición de « talentos que en otras Constituciones hubieran sido desatendidos y estériles ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La república históricamente era modelo hostil a todo ello, no generaba las condiciones de su desenvolvimiento. El gusto en ella, por la determinación pública y dedicación política del ciudadano, no encontraba posibilidad de asentarse. La monarquía, al contrario, reduciendo al hombre a su dimensión estrictamente civil y radicalmente antipolítica, consentía el beneficio de su desarrollo con la « dulcificación de pasiones », « aumento de la sociabilidad » y « mutua comunicación ». Tratando, pues, de la nación — de la dimensión civil de la monarquía — era el lugar para esta consideración sobre su capacidad civilizadora. « Por eso — se concluía — tratamos este objeto con oportunidad entre aquellos que debemos considerar, y mucho más porque el gusto de las bellas artes produce y aumenta el gusto de la industria, de las fábricas y el comercio » (114). Era una concepción de la capacidad civilizadora de las bellas artes en régimen monárquico que desde la teoría literaria se estaba en esos momentos valorando y asimilando. Agustín García de Arrieta en la introducción con la que presentaba en 1797 su traducción de Batteux lo reivindicaba al señalar que un fomento de las bellas letras tenía el efecto de promocionar en el hombre los « maravillosos efectos » del gusto, la armonía, la dulzura y el orden consiguiendo un ser « apacible, humano, equitativo, circunspecto, comedido, exacto, amable, hombre de bien y buen ciudadano ». Todo ello recomendaba la conveniencia de la traducción de una reflexión filosófica sobre las bellas letras (115).

Todo este razonamiento viene así pivotando sobre una comprensión estrictamente civil de la nación, de la monarquía en su dimensión no política en los términos de Peñalosa. El supuesto antropológico del hombre desordenado y el alma presa de pasiones, que se compartía con una teología católica conservadora, implicaba

---

(114) Peñalosa, 339-360.

(115) C. Batteux, *Principios filosóficos de la literatura o curso razonado de bellas letras y de bellas artes*, Madrid, 1797. El interés por la cuestión lleva poco después a José Luis Munárriz a traducir las lecciones Hugo Blair, traducción en la que participa también García de Arrieta: H. Blair, *Lecciones sobre la retorica y las bellas letras*, Madrid, 1798. De la relevancia de esta recepción en el sentido que aquí interesa no se ocupa la reciente *Historia de literatura española*, cit. Cfr. D. Gordon, *Citizens without sovereignty. Equality and sociability in French thought, 1670-1789*, Princeton, 1994 cap. 2 y R.B. Sher, *Church and university*, cit. cap. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esta reducción antipolítica de la sociedad. Que la misma condición humana incapacitara para una actividad politica, que los sistemas republicanos hubieran demostrado sus perniciosos efectos, no invalidaba sin embargo, como muestra Peñalosa, una inserción de esa sociedad, así domesticada con la monarquía, en un proceso civilizador y en un mundo moderno y comercial. La condición era, ya se sabe, que los atributos propiamente políticos se circunscribieran a un espacio dominado por la presencia del monarca. Era éste el momento de considerar a la monarquía con relación a la soberanía.

El primer carácter de la monarquía a este respecto era evidentemente « que el poder legislador sea absoluto » dirigiéndose así al centro del debate ilustrado sobre la capacidad y participación de la nación en la soberanía legislativa. « Llamo absoluto aquel poder que no separa la autoridad legislativa de la persona del Monarca, quien también la tiene para mandar la ejecución de las leyes que dio ordenadas al bien común de los hombres » (116). La existencia de un « Jefe de la Nación » que aglutinara en su entorno esta cualidad política, aconsejada por la misma naturaleza corrupta y pasional del alma humana precisada de redención y orden, era el único medio de evitar que en la legislación « tuviera influjo el interés y las intenciones personales » como « único móvil del Estado ». La misma razón que podía hacer aconsejable el funcionamiento de estos principios en una sociedad comercial y abierta sometidos a la disciplina social de la monarquía, los convertía en dañosos en su contacto con la política (117). De este modo atributo únicamente del príncipe era la libertad política y de la nación beneficio la seguridad. « El Rey necesita una autoridad completa, libre e independiente... Una autoridad que pueda servirla sin restricción, sin contradicción, sin respetos humildes... Una autoridad pronta, poderosa y activa que obre sin obstáculos ». Ningún mecanismo de reparto, control y vigilancia del poder era previsible desde esta perspectiva.

A la nación, a la parte sabia y prudente de ella, quedaba una vía de comunicación no política, radicalmente antipolítica, en el consejo y la persuasión. Los « ruegos » y las « lágrimas » pero no una representación propia del cuerpo nacional, se justificaban como

(116) *Ibid*, 392.
(117) *Ibid*, 395.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

medio de comunicación entre el príncipe político y la nación echando mano convenientemente de principios que la teología conservadora católica conocía bien. « Ésta ha sido siempre la doctrina segura de la Religión — se afirma en este punto — que liga a obligaciones esenciales la conciencia ». Sobre su base se predicaba del monarca, así absoluto, una suficiencia respecto de las leyes, incluidas aquellas que « son parte colectiva de la Constitución ». Constituía la negación más contundente de cualquier presencia política de la comunidad, incluso en los momentos fundacionales del régimen político y su extrañamiento más absoluto respecto de las leyes fundamentales. El dominio político del príncipe en este núcleo duro del orden político era total: « Aun cuando la ley nueva se opusiese con manifiesta y evidente contradicción a las leyes constitucionales del Estado, no puede servirles de pretexto para arrogarse los vasallos el poder de anularla ». De otro modo, continua el razonamiento, « ofenderían la misma Constitución » monárquica derivándose en ellos « un derecho positivo de impedir », es decir, un derecho político. En tal caso, se concluye, « no quedaría de Monarquía en la Constitución más que el nombre » (118).

La obligación resultante de este planteamiento tiene pues fundamentos extraños a la política, aunque en cultura católica se pudiera perfectamente defender su mayor operatividad. « Este sentimiento con que la mayor parte de la Nación confiesa que el Príncipe enmendaría las cosas si las supiera, supone en ella una obediencia como por *instinto* y por virtud ». Puede verse a dónde había ido a parar la virtud, al polo de la obediencia y la obligación no política, a una asimilación que otros textos hacen también con una « confianza del Público » que dependía no de su participación en instituciones representativas, sino de la « conducta y sabiduría de los ministros » y la « conservación y aumento de las riquezas » de unos súbditos (119). Entre príncipe y público no había definitivamente comunicación de especie política sino « esencial conexión » del interés del primero con el del segundo basado en la « feliz independencia del Monarca » (120). Lo esencial de este plantea-

(118) *Ibid*, 406-7.
(119) PEÑARANDA, *Resolución universal*, cit. 45 y 47.
(120) Peñalosa, 410.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miento es la segregación efectiva que prevé entre ley y opinión como fundamento del orden. A partir de ahí ya pueden tener cabida los lugares más habituales del discurso conservador de la imagen del pueblo como menor, del monarca como padre económico y de la ley como traducción de un orden universal que repara el desorden de las almas apasionadas (121). Relación política entre todo ello no la había.

4. *Derechos y deberes: atisbo de la nación católica.*

La reelaboración del discurso católico antipolítico que hemos visto llevarse a cabo en torno a los primeros cinco años de la década de los noventa no se produjo gratuitamente. Era la contundente respuesta a la detección de planteamientos que podríamos denominar propios de un protoliberalismo católico. No se trataba, ya lo dijimos en nuestra premisa de trabajo, de un discurso monolíticamente concebido y expuesto, sino de diversas variaciones en torno a la idea de un replanteamiento conceptual de la monarquía en sentido político. Hemos observado, guiados por *El Censor*, aflorar en la década de los ochenta ideas en tal sentido a partir de la reelaboración de un planteamiento moral desde el mismo código evangélico y católico. Son líneas, también lo apuntábamos anteriormente, que confluyen en el debate constitucional de 1808-1812. No fueron precisamente los años noventa, y especialmente sus inicios, época propicia en España para aventuras con vocación de replanteamiento político de la monarquía. El impacto del proceso revolucionario y republicano francés no sólo estaba detrás del enrocamiento del rey católico protegido por la torre de una relectura teológica. Sirvió también para promocionar desde el ministerio un despotismo ministerial nada contemplativo con todo aquello que pudiera tener el más tenue aspecto de reformulación política del orden monárquico. Ya dijimos, lo dice en realidad la historiografía referida en nuestra premisa, que no debe por ello conjeturarse que el período de Godoy fuera ajeno al espíritu de reforma sino que, antes bien, en aspectos verdaderamente significativos se decidió por

(121) *Ibid*, 440, 445, 46, 64, 180.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su promoción y, aunque en menor medida, su ejecución. El dato de interés para nosotros radica en su concepción cerradamente ministerial y declaradamente antipolítica del orden monárquico. Se podía estar, no había contradicción en ello, dispuesto a la reforma e indispuesto para la comunicación política.

La sustitución del conde de Aranda por Godoy al frente de la primera secretaría de Estado no traducía simplemente una preferencia personal de Carlos IV y Maria Luisa de Parma. Tampoco únicamente una diferente actitud ante el conflicto bélico abierto con los republicanos franceses. Su alcance estaba también en una opción que continuaba en la línea desarrollada hasta febrero de 1792 por el conde de Floridablanca basada en la idea del « gobierno activo ». No es que Aranda representara una opción radicalmente contraria en el sentido de promover un profundo reordenamiento de la concepción de la monarquía, pero sí se planteaba un mayor control de la función ministerial mediante la revalorización del Consejo de Estado en deterimento de la Junta de Estado diseñada en 1787 por Floridablanca (122). Implicaba también una idea diversa de la función política de la nobleza en el entramado monárquico que es donde el grupo que funcionaba en su entorno, el *partido aragonés* o *aristocrático*, más habría de insistir durante estos años proponiendo incluso la conveniencia de reunir las Cortes. Es evidente que de todo ello no se desprende atisbo ninguno de planteamiento revolucionario en el sentido que entonces había adquirido ya el término, esto es, de traslación de la soberanía a un sujeto nacional. Lo es también, sin embargo, que era expresión de la percepción del peligro de un desarrollo despótico en el proyecto ministerial que venía cuajándose.

Es concocida, aunque no con la profundidad que requiere, la promoción durante estas décadas finales del setecientos de una idea virtuosa de la nobleza que encuentra también en Jovellanos un destacado valedor (123). La presentación de la nobleza como esta-

---

(122) Cfr. R. Olaechea y J. Ferrer Benimelli, *El Conde de Aranda*, cit. II 76 ss. J.L. Bermejo, *Estudios sobre la administración central española (s. XVII-XVIII)*, Madrid, 1982 parte II.

(123) Cfr. ahora F. Baras, *El reformismo político de Jovellanos. Nobleza y poder en la España del siglo XVIII*, Zaragoza, 1993 especialmente secciones II y III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento capacitado para una colaboración política con la monarquía tenía entonces varias dimensiones no reducibles a un intento reaccionario de recuperar un poder que estuviera este estamento perdiendo en favor de otros grupos sociales. Podía tener también, como en el caso de la interpretación que llevó a cabo el propio Jovellanos, una conexión más estrecha con una concepción de la monarquía y el gobierno monárquico vinculada a un negocio político complejo que comprometiera constitucionalmente al monarca con mecanismos de actuación política en los que la mediación y comunicación con el reino tuviera un efecto perdido históricamente. La labor de relectura historiográfica de la España moderna que se realiza en estos momentos es elocuente. Con la aportación decisiva de la obra de William Robertson que ofrecía un preciso paradigma y la lectura más masiva que se realiza desde los años noventa de la interpretación constitucional de Jean Louis De Lolme para Inglaterra (124) , fue posible al menos dejar apuntada una reconsiderción de la significación histórico constitucional de la nobleza española como auténtico estamento del reino.

Aunque es un debate que alcanza su mayor desarrollo en el contexto de la crisis abierta en 1808, desde los años ochenta del XVIII se estaba reelaborando historiográficamente un concepto de la nobleza como cuerpo político del reino. El proyecto que a este respecto deja esbozado Jovellanos en su discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia en 1780 es una perfecta síntesis de tal planteamiento. El esfuerzo allí fue ante todo historiográfico, de recuperación de un sentido histórico del valor político de la nobleza para la monarquía, de su perversión por el contagio feudal y, finalmente, de su redimensionamiento a través de una intervención de la propia monarquía y de la concreción de un imperio en cuya formación — a diferencia del reino — no habría participado direc-

(124) W. ROBERTSON, *Historia del reinado del emperador Carlos Quinto precedida de una descripción de los progresos de la sociedad en Europa desde la ruina del imperio romano hasta los principios del siglo XVI*, Madrid, 1821; J.L. DE LOLME, *Constitución de Inglaterra o descripción del gobierno inglés comparado con el democrático y con las otras monarquías de Europa*, Oviedo, 1813. Ninguna de estas obras conoce traducción a finales del siglo XVIII, aunque la historiografía ya ha contrastado su significación e influencia para la ilustración española.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente la nobleza. Esta operación — que se situa entre finales del siglo XV y comienzos del XVI — habría servido para redefinir una armonía social en que la nobleza hallaba su valor como « cuerpo distinguido » y su significado político como estamento (125). Era evidente que un discurso de esta especie no era del agrado de Godoy ni formó parte nunca de sus proyectos políticos. El revuelo organizado en la corte durante la primavera de 1794 por la lectura proyectada ante la Real Academia de la Historia de un *Discurso sobre la autoridad de los Ricos Hombres* sólo puede explicarse por el interés del primer secretario de Estado en cortar de raíz tales planteamientos.

Evidentemente el discurso del jovencísimo hijo de la condesa de Montijo, el conde de Teba, no tenía un valor literario ni historiográfico comparable al que pronunciara en 1780 Jovellanos. Lo que sí tenía era un sentido, seguramente no promovido en exclusiva por él, de promoción de una idea política de la nobleza. El discurso del joven conde se basaba en una lectura, no muy bien digerida, de historia de España que le servía para establecer una referencia constitucional en la asociación estrecha entre el monarca y sus estamentos en la gestión política del reino y en su posterior perversión en favor de una concentración y exclusivización en el monarca de la política. No se trataba aquí de Cortes, de asamblea plenaria del reino, sino de la capacidad política de una nobleza que, por esta asociación al « Gobierno y felicidad de la nación » reproducía también una virtud social. La vinculación dinástica de Castilla y Aragón y el inicio de un gobierno asimilado al castellano, « más absoluto siempre », habría provocado que se llegara « a resumir todo el poder en su persona —la del rey— », proceso confirmado con la llegada de Felipe V quien « determinó en su ánimo imposibilitarles para adelante » (126). Como se ve, y por lo que se sabe de

(125) M.G. de JOVELLANOS, *Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia* en *Obras*, cit. 288-298. Sobre la influencia de estas reflexiones en el debate constitucional posterior me he ocupado en « Imaginación y representación de la nación española », *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, 1995.

(126) Todo ello en P. DE DEMERSON, *« El escrito del conde de Teba: el "Discurso sobre la autoridad de los ricos hombres" »*, *Hispania*, XXXI, 117, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su biografía (127) , no puede decirse que autor o discurso deberían haber sido especialmente preocupantes para Godoy. Lo que sí podía preocupar más era ya que tras el discurso del de Teba estuviera latiendo una operación de oposición más trabada a la que el grupo de Aranda no era seguramente ajeno (128).

Tras todo ello no podía tampoco dejar de percibirse la difusión del rastreo que se venía ya realizando de una complicación política de la monarquía y su orden interno a través de discursos que podían insistir en una recuperación constitucional de la nobleza o incluso, como veíamos a través de las páginas del *Censor*, de una asimilación de la nobleza directamente a un mérito público y no meramente histórico. Simultáneamente, y apesar de una situación escasamente favorable para ello, un planteamiento más arriesgado en la vía de la concurrencia política en la monarquía se irá abriendo paso en esta década final de la centuria. Puede aboradarse su seguimiento desde dos fuentes bien conocidas, aunque no agotadas. La primera de ellas no es exactamente un texto, una producción donde metódicamente se exponga un planteamiento, sino una serie de ellos producidos en el contexto de la conspiración que protagonizó Juan Picornell a comienzos de 1795. El segundo son las diversas cartas que León de Arroyal escribió entre 1786 y 1795 y que no serían publicadas hasta 1841 pero que tienen, junto a otros textos, valor de referencia indiscutible de una cultura política. No voy a entrar aquí en los detalles sobre la rebelión del grupo de Picornell que la historiografía va ya conociendo (129). No fue, de hecho, una conspiración que pudiera tampoco haber hecho temblar a Godoy o a los monarcas, pues su precariedad organizativa y el escaso número de conjurados no indicaba que aquello pasara de una aventura casi personal. Más interés tiene, no obstante, para nuestro empeño considerar estos y otros textos coetáneos con la intención de hallar la pista de un

(127) P. de DEMERSON, *« Un personaje preromántico.* (Para la biografía política del conde de Teba) », *Cuadernos Hispanoamericanos*, 285, 1974.

(128) Cfr. E. LA PARRA, *La alianza de Godoy*, cit. 109 ss.

(129) M.J. AGUIRREZABAL Y J.L. COMELLAS, *« La conspiración de Picornell (1795) en el contexto de la prerrevolución liberal española »*, *Revista de Historia Contemporánea*, 1, 1982; A. Elorza, *La ideología liberal*, cit. 304 ss.; del mismo, y para su contextualización, « El temido árbol de la lbertad » en J.R. AYMES, *España ante la revolución*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

planteamiento basado en la suficiencia política del cuerpo nacional y, con ello, en una reinvención de la monarquía que pudiera darle cabida. Estaríamos así, en suma, ante el presentimiento de la nación como sujeto político.

La rebelión que se preparaba para el día de San Blas de 1795 habría debido hacer público un *Manifiesto e instrucción al Pueblo de Madrid* en el que se daba cuenta de los motivos de la acción emprendida (130). Es un texto poco original concebido como declaración de un derecho de resistencia residente en el pueblo y justificado por una derivación despótica del gobierno. En virtud, se decía, « de sus imprescriptibles derechos al remedio de tantos males » el pueblo debía resistirse a la violación de « las leyes constitucionales », el « poder tiránico » y la ignorancia « de sus derechos y obligaciones ». « Todos estos motivos obligan al Pueblo a tomar la firme resolución de recobrar sus derechos, de hacerlos valer y respetar con el fin de corregir el Gobierno y arreglarlo del modo más conveniente al restablecimiento de la felicidad general ». Su previsión es de gobierno monárquico reducido « a sus justos y verdaderos límites » y de institucionalización de una Junta Suprema que, « en nombre y representación del Pueblo Español », diseñara una « nueva constitución civil » y ejerciera posteriormente « solamente el poder legislativo ». Se debía tratar de una Junta de urgencia formada a partir de las Cortes tradicionales y « sujetos de conocida providad e instrucción » que daría paso a una ya más formalmente representativa de « los Pueblos ». A todos ellos se les exigiría un juramento público de « defender la Religión Católica y ser fieles al Pueblo ». Éste, el pueblo, por su parte debería observar en todo momento « constancia y fidelidad » a la causa de una « reforma » que era « hija de la razón, de la justicia y de la virtud ».

Escasa originalidad que traslucía sin embargo la asimilación de un lenguaje político poco habitual en la monarquía española. Ya el fiscal se percataba de este hecho y lo achacaba a una alucinación con el « falso sistema » de gobierno establecido en Francia y, sobre

(130) AHN, Consejos 11936-I. Hay dos versiones del manifiesto. A. Elorza publicó una de ellas junto a otros textos que también nos interesarán aquí en *Pan y toros y otros papeles sediciosos de fines del siglo XVIII*, Madrid, 1971. Las referencias son de los originales manuscritos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

todo, a una « infame inclinación... de haberla bebido en los libros a que ha manifestado siempre tan desmedida afición, de los que sacaría esa implacable ojeriza contra los Imperios Monárquicos » y esa afición « a la constitución republicana » (131). A través de libros, de una « infame inclinación a ellos » se estarían trasmitiendo unas claves de comprensión de la política extrañas al medio de la monarquía católica y del despotismo ministerial que a su sombra germinaba con Godoy. Picornell pudo entrar en contacto con esa inclinación a los libros, con las lecturas de los textos esenciales de una cultura política ilustrada, en la universidad de Salamanca. Durante los años en que él reside allí y frecuenta sus aulas, la universidad salmantina es uno de los focos fundamentales de penetración de las nuevas ideas con la presencia de Ramón Salas, Juan Meléndez Valdés, Diego Muñoz Torrero, León de Arroyal y otros ilustrados que ávidamente leían — y, a veces aunque pocas, traducían — los textos que tenían por referencias esenciales de una nueva cultura política (132).

Ya en sus años salmantinos demostraba Picornell una asimilación de un lenguaje que no nos es tan extraño después de nuestro repaso del *Censor*. Era obsesión suya entonces, compartida con sus colegas ilustrados, la educación. Un primer texto publicado en Salamanca y dedicado a este objeto lo demostraba. En su prólogo se contenía el mensaje pedagógico que interesaba entonces más: « A los Padres y Maestros pertenece inspirar a la infancia el amor a la Patria, las máximas de la sana Moral, la sumisión al legítimo Soberano, el respeto a las leyes nacionales y a las sublimes verdades de la

(131) AHN, Consejos, 11937. El republicanismo de Picornell se irá acentuando desde su salida de la Península y el comienzo de su aventura revolucionaria en América. Allí, en 1797, redactó unos *Derechos del hombre y del ciudadano* y unas *Máximas republicanas* que reflejan esa transición hacia un republicanismo antimonárquico. Edición de ambos textos con estudio de P. Grases realizó la Academia Nacional de la Historia de Venezuela (Caracas, 1959).

(132) G. DEMERSON, *Don Juan Meléndez Valdés y su tiempo (1754-1817)*, Madrid, 1971 I cap. II y III; S. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, *Renacimiento universitario salmantino a finales del siglo XVIII. Ideología liberal del Dr. D. Ramón Salas y Cortés*, Salamanca, 1979; J. García Pérez, *Diego Muñoz Torrero. Ilustración, religiosidad y liberalismo*, Mérida, 1989; J. PALLARÍS, *León de Arroyal o la aventura intelectual de un ilustrado*, Granada, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Religión » (133). El plan educativo, que había experimentado él mismo con su hijo, tenía dos fundamentos básicos en la religión católica y el amor a la patria. Eran términos perfectamente conjugables en un proyecto de formación de un ciudadano católico. Advierte así que « no se deberá separar en manera alguna del estudio de la Historia Sagrada, el de los Dogmas fundamentales de la Religión, y de las principales reglas de la Moral Cristiana. Este es el estudio más interesante para el hombre y el más a propósito para ilustrar su entendimiento, y rectificar sus siniestras inclinaciones ». Conformaba el presupuesto primero de formación y educación, era el código moral sobre el que construir una pedagogía. No se encontraba contradicción aparente entre la insistencia en « fomentar en los discípulos que miren con horror sus extravíos en punto a Religion, y todo lo que pueda fomentar en ellos principios de un tolerantismo no menos perjudicial a la buena constitución de los Estados que a la sana moral », con « inspirar a los Jóvenes aquel amor a la Patria que es el fundamento de todas las virtudes políticas y el Alma de las acciones de los buenos Ciudadanos ». El buen ciudadano católico debía surgir de una combinación entre Evangelio y amor a la patria, entre el Decálogo y la virtud: « La doctrina de la Religion, y especialmente el Decálogo era la que podia informarle de estas sagradas obligaciones. Las verdades que en este compendioso, pero admirable y completo código de Moral, se encierran, son sin disputa las mas a propósito para formar hombres virtuosos, e instruidos en los deberes respectivos a cualquiera estado de la vida civil » (134).

En el mismo sentido proyectó un ya más maduro *Plan de educación pública para la infancia española* observando « la falta que se advierte de virtudes sociales... suma ignorancia que hay de las obligaciones en que estamos constituídos como vasallos y miembros del Estado... ninguna idea que se tiene de lo que es la Patria y en qué consiste el bien público », además de la « corrupción de costumbres y errores que se hallan en todas las clases y Jerarquías del Estado ». Continuaba mostrando su confianza en la educación como medio

(133) J. B. Picornell, *Discurso teórico práctico sobre la educación de la infancia dirigido a los padres de familia*, Salamanca, 1786 p. V.

(134) *Ibid*, p. 59, 66 y 136.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

para « formar buenos patriotas » y marcando sus distancias con lo que pudiera deducirse de su lenguaje (135). La educación *pública* se concebía como educación en *república*, « para el bien común, tranquilidad, armonía y felicidad de un Reino » y también « para el régimen y gobierno moral del Cristiano ».

Máximas del programa pedagógico seguían siendo las que debían dar como resultado el ciudadano católico de una monarquía y que « se deberían gravar con caractéres de oro »: el amor a Dios, al soberano y a la patria. Máximas también que se pudieron entender entonces incompatibles precisamente con la monarquía, con el régimen monárquico de España. Presentado el plan por orden real a la Sociedad Económica Matritense, su lectura fue interrumpida repetidamente por Francisco de Cabarrús para, según la versión del propio Picornell, advertirle que un plan de educación nacional basado en sus principios era inviable « porque una de dos: o se les ha de decir la verdad —a los discípulos— o no. Si se les dice es forzoso chocar con el gobierno y, si no, es engañar a los ciudadanos ». El problema no estaba en educar a los niños, sino en « definir nuestro Gobierno ». Más aún, y siempre en versión de Picornell, la junta que examinó su manuscrito advirtió que el plan, con su insistencia en conjugar la educación patriótico religiosa con el respeto a la monarquía y su orden, « perpetuaría nuestra constitución que, si habían de hablar claro y en confianza, era despótica ». Más sentido tendría mirar hacia Francia donde la « sana Filosofía » y su difusión ya traían como beneficio « la libertad del hombre » (136).

Al país vecino ya miraba hacía tiempo Picornell, pero con el fin de aprender en él una especie de patriotismo que mejor se adecuaba a sus planes actuales. Una de las pruebas de cargo acumuladas por

---

(135) « ... en el día lo es mucho más —la necesidad de una educación patriótica— por cuanto, por desgracia, de la Europa van cundiendo unas ideas Republicanas capaces de transformar sin el más leve motivo la Monarquía más bien constituída y mejor gobernada ». Esta cita y las que se hacen en el texto referentes a este plan, se extraen del expediente tramitado por Picornell para su impresión en AHN, Estado, 3245-2.

(136) Todo ello en el expediente citado supra. De la documentación que se conserva en un expediente del archivo de la Real Sociedad Matritense titulado *Antecedentes sobre el plan de educación de D. Juan Picornell* (L 105 Doc. 16) no se puede obtener confirmación de estas referencias que ofrece el propio Picronell, probablemente dolido por el escaso eco habido por su plan en la Matritense.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el conde de Pinar, fiscal de la causa contra él tras el intento de rebelión de 1795, consistió precisamente en una traducción realizada por él y publicada sin la preceptiva autorización. Se trataba de un dicurso de Mathon de la Cour premiado por la Academia de Ciencias de Chalons de Marne que reflexionaba sobre el modo de conjugar patriotismo y monarquía (137). En él pudo admirar Picornell la precisa distinción entre el amor a la patria, « inclinación natural », y el patriotismo, « virtud ». Era una diferencia que introducía un compromiso público del ciudadano y permitía distinguirlo del mero entusiasmo por el suelo propio: « ... mientras que los egoístas más viles sólo la aman por su propio interés, los verdaderos patriotas siempre están dispuestos a sacrificar por ella sus más apetecidos intereses, y hasta su misma vida » (138). El interés mayor que podía tener el escrito de Mathon de la Cour para Picornell estaba, no obstante, en la reconducción que realizaba de este principio de virtud civil patriótica al régimen monárquico.

Partía de la constatación de una divergencia histórica del moderno patriotismo respecto del antiguo. En la antigüedad clásica el hombre « más inmediato al estado de la Naturaleza », encontraba en la patria « el único pueblo en que le era permitido existir o en donde podía tener confianza de pasar una vida segura ». Se trataba de una inclinación al patriotismo connatural a las rudimentarias y primitivas condiciones de existencia del hombre antiguo.

El hombre moderno, por el contrario, conocía una realidad bien diversa proporcionada, por una parte, por los « progresos de la civilización », el desarrollo de las artes y el comercio que habían expandido notablemente sus horizontes y comunicaciones. Por otra, por el beneficio de una religión verdadera que había ya enseñado a los hombres « que todos eran hijos de un mismo padre » dulcificando con ello el trato y la conversación entre naciones.

El resultado era evidente: « La patria es todavía el lugar que se prefiere para vivir pero no es el único punto del Universo donde sea

---

(137) MATHON DE LA COUR, *Discurso sobre los mejores medios de excitar y fomentar el patriotismo en una monarquía, sin ofender en cosa alguna la extensión del poder y ejecución que es propia de este género de gobierno* (1787), Madrid, 1790.

(138) *Ibid*, 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posible existir » (139). Este último era el contexto de las monarquías modernas, el contexto contemporáneo para el que se proponían remedios que redujesen los factores de deterioro esenciales de tal régimen de gobierno: « la extrema desigualdad de las riquezas y el lujo que es su consecuencia », con la inevitable « corrupcón de costumbres » (140).

Se trataba, como remedio, por tanto de fomentar el espíritu del patriotismo en la monarquía, de conjugar las posibilidades de libertad que se adviertían en ella con ventaja incluso frente a las repúblicas, también las contemporáneas. Para ello se podría aprender de principios republicanos sin llegar a serlo: « El espíritu público, el anhelo de ocuparse en los negocios nacionales y el deseo de dedicarse a ellos no son unas ventajas exclusivamente reservadas a las Repúblicas ». También en monarquía se podían fomentar por el príncipe estos medios de comunicación política « animando los resortes de la constitución ». Entraba ahí la idea más atractiva del escrito que traducía Picornell y probablemente la que más podía redireccionar el pensamiento del aventurero político mallorquín. La idea era la « Administración popular », el principio de que no todo en una monarquía debía realizarse por el monarca y sus « agentes directos y reales », sino que en cuestiones concretas que afectaban directamente a la gestión de determinados intereses « había una elección que hacer que a ninguno interesa más que al pueblo y que no puede ser bien hecha sino por él ». Una « Administración interior » — esto es, no referida a materias « de Estado » — podía gestionarse mediante una participación pública de la nación con beneficio de la monarquía. Era también la piedra filosofal que convertiría la corrupción de costumbres en virtud ciudadana y el vano amor de la patria como interés por lo personal en patriotismo: « Este grado de libertad, junto con la ventaja de trabajar y de concurrir al bien de la patria, es la mayor señal de confianza, el mayor beneficio que un soberano puede hacer a sus vasallos, el fomento más eficaz que puede dar al patriotismo » (141).

No le era ajeno al Picornell que organiza la rebelión de San Blás

(139) *Ibid*, 11.
(140) *Ibid*, 15.
(141) *Ibid*, p. 23-27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un lenguaje que conjugaba monarquía y política concebida como comunicación institucionalizada y efectiva con la nación de ciudadanos. Tampoco a sus compañeros de aventura. Juan Pons, traductor profesional, había dado cuenta, entre 1789 y 1790, de su interés por las grandes fuguras de la filosofía moderna (142). José Lax, traductor, profesor de humanidades y preceptor en la casa del conde de Tepa (significado por su inclinación hacia el *partido aristocrático* (143), fue quien puso en contacto a Picornell y los demás conjurados con la fuente seguramente más reveladora para todos ellos: la obra de G. Bonnot de Mably sobre los derechos y deberes de la que los conjurados estaban preparando una traducción en el momento de su detención. En realidad la obra de Mably estaba conociendo desde los años ochenta un aprecio creciente entre los *literati* españoles con traducción doble de los *Entretiens de Phocion* en 1781 y 1788 y más tarde, en 1798, de los *Principes de Morale* (144). De la obra editada en Francia en 1789, *Des droits et devoirs du citoyen*, consta que se prepararon algunas traducciones aunque ninguna de ellas logró ver la luz. Lo haría en el contexto más propicio del debate constitucional de 1812 anónimamente y, anónimamente también, prologada por Alvaro Flórez Estrada, uno de los más destacados liberales del período (145). Es de por sí significativo que sean precisamente estas dos obras de Mably las que despierten el interés de los ilustrados españoles, pues es en ellas donde se produce más decididamente un viraje republicano y civil en la evolución de su pensamiento político y es también en ellas — sobre todo en *Des droits et devoirs* — donde más claramente se produce una asimilación de esa

(142) Se trata de una serie de pequeñas biografías de filósofos modernos que va entregando *El Correo de Madrid* entre los números 303 y 352.

(143) Noticias biográficas de los conjurados en M.J. Aguirrezábal y J.L. COMELLAS, *« La conspiración de Picornell »*, cit. p. 19.

(144) *Entretinimientos de Phoción sobre la semejanza y conformidad de la moral con la política. Traducidos del griego Nicoclés*, Madrid, 1781; *Entretenimientos de Phoción sobre la relación que tiene la moral con la política*, Santiago, 1788; *Elementos de moral*, Madrid, s.f. Cfr. para los datos de la recepción de Mably en España G. STIFFONI, *« La fortuna di Grabiel Bonnot de Mably in Spagna tra illuminismo e rivoluzione borghese », Nuova Rivista Storica*, LXXVI, 1992.

(145) *Derechos y deberes del ciudadano*, Cádiz, 1812.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradición desde la literatura política inglesa entonces ya disponible en traducción francesa (146).

Que, como ya es sabido (147), en estos momentos el interés por Mably estuviera rivalizando y superando el demostrado por la obra de Rousseau entre los ilustrados españoles, es bien significativo de las capacidades que en el abate francés se encontraban para una construcción del ideal del ciudadano católico. La lectura de los *Entretenimientos* realizada desde perspectiva católica podía efectivamente informar de una virtud constreñida, de la necesidad de la política para domesticar « la actividad de nuestras pasiones y la debilidad y pereza de nuestra razón » y, junto a ella, de una Providencia « que gobierna el mundo y ve los movimientos más secretos de nuestra alma » (148). No se ofrecía en la obra de Mably únicamente una reconsideración de la idea clásica de la virtud, sino también de su combinación con un principio de obligación religiosa y su dependencia de un orden moral. A pesar de su mayor contundencia y del mensaje que contenía respecto al derecho de resistencia y la guerra civil, en *Derechos y deberes* el lector ilustrado católico podía palpar también una razón de fondo semejante que adaptara sin duda mejor esas nociones a su propia cosmovisión. Así, la afirmación de una génesis de la sociedad y el gobierno desde unos « pactos » y unas « leyes constitutivas del Gobierno » que pusieran en relación al ciudadano con el orden público, se hacía descansar primariamente sobre un razonamiento moral perfectamente digerible para el católico lector: « Atended, añadió, que al establecimiento de la Sociedad necesariamente debía preceder la idea del bien y del mal ». Razón y libertad, como atributos esenciales del hombre para su comunicación con el orden universal dispuesto por Dios, eran los compuestos primeros de un orden político a su servicio (149). De

---

(146) Cfr. K.M. BAKER, *« A script for a French revolution: the political conciousness of the abbé de Mably »* en, del mismo, *Inventing the French revolution*, Cambridge, 1990 y J.K. WRIGHT, *The political thought of Gabriel Bonnot de Mably, 1709-1785* (Tesis), Chicago, 1990 cap. 4.

(147) R. HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1988 (2 ed.) p. 303.

(148) Cito de la traducción castellana del sacerdote Martín Fermín de Labiano, que es la primera de 1781, p. 69 y 103.

(149) Cito de la traducción española de 1812 (de la duquesa de Astorga según informa Stiffoni, cit. 529), p. 11, 15 y 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hecho, la clasificación de las leyes que Milord Sthanope realiza para su atónito interlocutor comienza por las naturales y sigue por las divinas antes de referir las fundamentales o constitutivas del gobierno (150).

Eran unos supuestos morales que podían articularse en el discurso de Mably, que leían ávidamente los ilustrados católicos españoles, en un sentido disruptivo. De la idea de un orden universal de arquitectura divina y de unos atributos humanos para su concimiento se infería también una capacidad esencialmente residente en el pueblo para la determinación del ordenamiento político. Era, sin más, su derecho y su poder (151) , como lo era el rebelarse contra las especies de autoridad antinaturales que le ponían en « riesgo de morir del despotismo » (152). Podía allí aprenderse que la guerra cvil promovida « por el amor de la Patria, por el respeto a las leyes y por la defensa legítima de los Derechos y la libertad de la Nación », era justa y conveniente al orden esencial. Todo ello lo sabía apreciar la lectura católica de Mably. Su prologuista en 1812, Alvaro Flórez Estrada, presentaba a un « respetable y virtuoso Mably, que tanto honor hace al Clero de la Religión Católica, Apostólica, Romana » y a su obra, « la mejor de cuantas de esta clase se han escrito en toda la Europa », es decir, de la disciplina que se precisaba, la « Moral Política » (153). Para un protoliberalismo católico español, Mably pudo ser todo un descubrimiento al permitir combinar un código moral perfectamente asumible por la ilustración católica con un audaz radicalismo político (154). De esa misma matriz podrá inferirse — así se hará más decididamente en el debate constitucional pos-

(150) *Ibid*, 127-130. Sthanope es el nombre que le queda al milord inglés en la traducción española. Sobre su nomenclatura e identificación cfr. J.K. Wright, *The political thought*, cit. 101 y ss.

(151) « El pueblo, en quien reside originariamente el Poder Soberano, el pueblo, único y exclusivo autor del Gobierno Político y distribuidor de poder confiado en masa o en diferentes partes a sus magistrados, está pues eternamente en derecho de interpretar el contrato », *ibid*, 103.

(152) *Ibid*, 84.

(153) *Ibid*, V, VI, XI.

(154) Más datos que lo confirman y precisan de un estudio más pormenorizado en G. Stiffoni, « *La fortuna di Gabriel Bonnot de Mably... »,* cit. Para su interpretación J.K. Wright, *The political thought*, cit. 131-132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terior a 1808 — una potencia política de la nación concebida en términos cívicos, como lo haría el propio Mably en su interpretación de la historia moderna de Francia (155).

Una matriz de este tipo es la que ese encuentra tras la reflexión más elaborada de esta ilustración católica durante los años finales del setecientos, las *Cartas económico-políticas* de León de Arroyal que, como se ha dicho, permanecieron entonces inéditas. Clandestinamente logró Arroyal dar a conocer un pequeña oración que conoció gran difusión manuscrita hasta su edición en situación más propicia en 1812. La amarga pintura de España que ofrecía en ella condensaba su reflexión más argumentada y sosegada de las *Cartas*. « Ha ofrecido a mi vista — decía en su *Oración* — una España niña y débil, sin población, sin industria, sin espíritu patriótico, y aún sin gobierno conocido; unos campos yermos y sin cultivo; unos hombres sucios y desaplicados; unos pueblos miserables, y sumergidos en sus ruinas; unos ciudadanos meros inquilinos de su ciudad; y una constitución, que más bien puede llamarse un batiburrillo confuso de todas las constituciones » (156). La España rancia y decrépita que le duele al ilustrado era una España sin constitución y sin religión, con un cuerpo de « maldito derecho » y prácticas supersticiosas. La misma constatación es la realizada en las *Cartas* al reflexionar sobre la reforma del sistema fiscal desde la necesidad previa de una reforma constitucional en profundidad, que implicaba una comprensión de la misma en términos estrechamente políticos de representación y colaboración entre príncipe y nación mediante una formalización de la comunicación política interna (157).

Si la primera parte de las *Cartas* de Arroyal, las dirigidas al

---

(155) Cfr. J.K. WRIGHT, *« National sovereignty and the general will. The political program of the Declaration of Rights »* en D.v. KLEY, *The French idea of freedom. The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, Stanford, 1994 y, del mismo, « Le fonti repubblicane della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino » en F. FURET Y M. OZUF, *L'idea di repubblica nell'Europa moderna*, Bari, 1993.

(156) *Oración apologética en defensa del estado floreciente de España* que cito de la edición de A. ELORZA, *Pan y toros*, cit. 18. Noticias y precisiones sobre época y autoría en el estudio preliminar de esta edición.

(157) Todo ello está perfectamente desarrollado, ahorrándonos aquí su repetición, en P. FERNANDEZ ALBALADEJO, « León de Arroyal. Del "sistema de rentas" a la "buena constitución" » en sus *Fragmentos*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ministro Pedro de Lerena, contienen el planteamiento de la necesaria reformulación constitucional de España como única solución posible a su deterioro económico y político, la segunda — las remitidas al ministro, y sin embargo amigo, Francisco Saavedra — realizan un planteamiento más profundo de los fundamentos del concepto constitucional manejado por Arroyal y expresivo también de la ilustración católica española que atisbaba, en el horizonte del cambio de siglo, las potencialidades políticas de la nación. Su razonamiento aquí retoma la idea medular de su obra basada en la ausencia de constitución: « En Castilla no hay más constitución que la costumbre, ni más costumbre que la casualidad ». De hecho, es la segunda constatación que interesaba resaltar, no había existido más orden que el marcado por la religión: « El catolicismo, a pesar de las imposturas de los herejes, es el más firme cimiento de la sociedad ». Conviene tener muy presente la advertencia, pues no es, en el argumento de Arroyal, tan gratuita como pudiera creer una rápida adscripción de la misma a un liberalismo ilustrado sin más. La religión, aún sin constitución, « es el freno de los tiranos y la conservadora de la libertad civil » (158).

La cuestión residía, efectivamente, en esa falla constitucional y no en la monarquía o en el príncipe. Y la constitución era algo que debía rastrearse en unos profundos cimientos originales si se quería reformar y construir sólidamente el sistema. Había que reflexionar sobre lo más básico, « los derechos del hombre ». La tercera de las cartas dirigidas a Saavedra se dedica a ello y está fechada en 1793, esto es, con la lección de las declaraciones de derechos más sobresalientes ya aprendida. Sin embargo la fuente confesada más determinante para el ilustrado católico no estaba en esos textos: « Yo he leído, he meditado, he combinado y cada vez me he encontrado más confuso hasta que, dejados todos los libros humanos, me entregué al divino de la naturaleza y, leyéndole a la luz de la religión, he logrado disipar las tinieblas ». Su catolicidad confesada no estaba reñida con una afición a una literatura filosófica, pero le enseñaba más « la comparación de la naturaleza con los primeros capítulos del Géne-

(158) Cito de L. De Arroyal, *Cartas económico-políticas* (ed. de J. Caso), Oviedo, 1971 p. 178-179.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sis, que cuantos autores había estudiado » (159). Justicia original y ley eterna eran unos principios de reflexión esenciales con el fin de arrivar a la naturaleza de los derechos del hombre. También la aceptación de una naturaleza dominada por el pecado y la corrupción, por la « levadura del pecado original ».

Arranca con ello hacia una reflexión sobre derechos con una advertencia también preliminar y lógica en su cosmovisión: « Lo bueno y lo malo, principios de la virtud y el vicio, no dependen de nuestra aprehensión o modo de concebir, sino de la rectitud o desarreglo de nuestras operaciones comparadas con las de Dios ». No era afirmación concesiva de cara a una galería que el propio Arroyal sabía que probablemente, dada la dificultad que encontraba par editar sus escritos, no iba en ningún caso a tener. Era un principio esencial que situaba la reflexión sobre los derechos en su verdadero plano de análisis: « El haber querido fijar los derechos del hombre por las constituciones e institutos de los hombres es haber querido autorizar con este nombre sagrado los más ridículos despropósitos ».

Aquí radicaba una divergencia que el pensamiento liberal español no superará tan fácilmente. Como podría mostrar el estudio de su concepción en la cultura constitucional de 1810-1812, una ruptura que desligara la teoría de los derechos de la teología y los dedujera de un *common sense* capaz de discriminar entre teología moral y derechos, no se consolidó en el tránsito entre la ilustración y la primera constitución en el ambiente de la cultura católica española (160) El fundamento de los « derechos del hombre » no estaba en el hombre mismo, sino en un orden superior a él. Si propiedad, seguridad, libertad y resistencia a la opresion eran derechos del hombre, lo eran por un mandato divino con infalible fuente contrastable: « Creced, multiplicad, henchid la tierra (*Génesis*, 1). Estos tres preceptos, o sean, artículos de la ley eterna del

(159) Esta carta tercera de la segunda parte ocupa las p. 187-221 de la edición que manejo. Omito la referencia puntual por no entretener excesivamente la lectura.

(160) Para algunas reflexiones al respecto cfr. J.M. PORTILLO, *« La historia del primer constitucionalismo español. Proyecto de investigación », Quaderni Fiorentini*, 24, 1995. Para comparaciones M.B. BECKER, *The emergence of civil society in the eighteenth century*, Bloomington, 1994, cap. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

universo que sin discrepancia vemos observar a toda la naturaleza, son como fuentes de donde nacen infinitos derechos indispensables para su observancia ». De ahí, no de elucubraciones sobre lo humano, derivaban « derechos privativos del hombre, a saber, el señorío directo del mundo y la propiedad exclusiva del fruto de su trabajo ». El derecho de propiedad, « lo mío y lo tuyo », no eran fruto de una codicia humana, sino de la « bondad divina », « axioma de la ley eterna ». La reflexión que se halla en Arroyal adquiere mayor relevancia, como digo, si se contempla en conexión con la concepción de derechos que gravita posteriormente en la cultura constitucional del primer liberalismo español. También esntonces, en 1812, una teología católica seguirá a este nivel marcando el rasero conceptual y facilitando una comprensión de los derechos como orden intangible para la disposición humana. Será el modo en que el liberalismo católico, de Francisco Martínez Marina por ejemplo, concebirá su más sólido blindaje. Pero también implicaba que una invención de la sociedad como orden dispuesto por los hombres para fundamento autónomo de su existencia, no resultaba de ese presupuesto teológico (161).

Traducirá todo ello Arroyal a su « Exposición de los derechos naturales » que propone en su quinta carta a Saavedra, de 1794 (162). Advierte que su intento con ello es « delinear una constitución monárquica » lo más acomodada a las « reglas fundamentales de nuestra antigua constitución » y costumbres. También previene de su admiración por « la Constitución francesa del año de ochenta y nueve », esto es, la que entonces arranca con la declaración de derechos. Su razonamiento, sin embargo, difiere de la fuente o, mejor dicho, la asume sólo a beneficio de inventario.

Su supuesto es la identidad entre « pacto social » y « ley eterna », esto es, « el orden admirable que Dios puso en el universo para mantenimiento, conservación y multiplicación del género humano ». Del mandato divino y la adecuación a este orden esencial se deduce

---

(161) Cfr. K.M. Baker, *« Enlightenment and the institution of society: notes for a conceptual history »* en W. Melching y W. Velema, *Main trends in cultural history. Ten essays*, Amsterdam-Atlanta, 1994.

(162) L. De Arroyal, *Cartas*, 225-248. El proyecto constitucional a que se alude se contiene en las p. 227-241.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que la finalidad del orden social humano es « proporcionar la seguridad, la justicia y la abundancia » o, como ya se nos ha dicho, las herramientas pertienentes para cumplir con la determinación divina de la Creación. De este arranque evangélico es de donde se sustancia un derecho social a la intervención del orden político: « Por lo tanto la sociedad tiene derecho a establecer, corregir, variar, mantener o inmutar las reglas de su gobierno como sea más conveniente a conseguir estos grandes bienes ».

Que de estos presupuestos podía llegarse a una lectura del orden de la monarquía efectivamente político, sin dejar de ser católico, lo demostraba el proyecto constitucional que seguía, « División y orden del reino ». Su concepción es consecuente con la premisa establecida y su imaginación se realiza en sintonía con un modelo que federaba en un cuerpo monárquico a familias, barrios, ayuntamientos, merindades, sexmos, provincias y nación. No se trataba de componentes propiamente soberanos, pues también se establecía que la soberanía residiría en una Cortes que « representan el reino » encabezadas por el monarca. Pero sí de cuerpos internos de la monarquía con « representación y autoridad », con capacidad legislativa para sus propios asuntos, fiscal en su ámbito y judicial para resolver sus conflictos. En la misma línea de consecuencia se preveía en este proyecto constitucional una vigilancia sobre el príncipe ejercida por un Consejo de Estado nombrado por la nación. Se trataba de permitir al rey « obrar bien », esto es, en comunicación política con la nación.

Aunque no fuera entonces nada fácil hacer públicos tales principios, iban ya configurando un discurso que centraba en la nación, en la nación de católicos que constituía España, un centro de actividad política. Prescindiendo de quienes, como José Marchena o Miguel Rubín de Celis (163) , optaron por la emigración a Francia en busca de libertad y desde allí se dirigieron a sus compatriotas con el lenguaje adquirido en la experiencia revolucionaria, puede detectarse finalizando la centuria el desenvolvimiento de una cultura que pasaba toda aquella información ilustrada por el rasero de su

(163) Cfr. J. MARCHENA, *Obra en prosa*, Madrid, 1990 con varios textos de estos años y el estudio preliminar de J.F. Fuentes para su fijación; M. RUBÍN DE CELIS, *Principios de una constitución libre* en A. ELORZA, *Pan y toros*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cosmovisión católica obteniendo resultados para esa comprensión política de la nación católica en la monarquía. Su resultado no será tanto la propuesta de una *revolución constitucional* que cerrara su comunicación con la historia, al modo que los revolucionarios franceses habían acabado derivando la suya, sino de una *recuperación constitucional*. Fray Miguel de Santander, tras leer y pasmarse con la literatura política ilustrada había descubierto la necesidad del rastreo histórico de un sistema constitucional de gobierno en la monarquía y hallado unas constituciones políticas peninsulares que le hablaban de intervención política de la nación mediante su asamblea estamental, de limitación y vigilancia del poder del príncipe, de justicia independiente, de derechos asegurados, de libertad practicada. La historia moderna de España no era ya, como para Peñalosa, la de un refinamiento de la civilización y el comercio en el contexto de las monarquías puras, sino de una sostenida perversión constitucional. Carlos V y Felipe II dejaban de ser príncipes heróicos para situarse como fundadores del despotismo. Se requería cerrar este período histórico mediante la recuperación de unas señas de identidad constitucionales ausentes: « En el estado actual de nuestro Gobierno — preguntaba Fray Miguel de Santander a su corresponsal — ¿alcalzas a descubrirla —la constitución— en alguna parte? ¿Sabes dónde se halla? ¿Se ha llamado a Cortes, se ha juntado la nación, ha dado su consentimiento para tantas y tan enormes contribuciones?... ¿Se ha juntado la nación para hacer leyes, formar reglamentos y determinar en las cosas arduas...? (164). Una ilustración española estaba leyendo, incorporando una cultura, traduciéndola unas veces y las más no aunque asimilando su mensaje. Procedía a ello desde su propio código cultural católico, pero lograba establecer la conexión. El resultado estaba empezando a atisbarse: la nación católica como sujeto político.

(164) Fray Miguel de SANTANDER, *Carta de un religioso español, amante de su patria, a otro religioso, amigo suyo, sobre la constitución del Reino y abuso de poder* (1798, aunque no editada hasta el debate constitucional de Cádiz) en A. ELORZA, *Pan y toros*, cit. p. 109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

UN DIRITTO SENZA STATO
(La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)

I. La costituzione giuridica medievale e gli 'occhiali' dell'odierno storico del diritto. — II. Storicità intensa di 'Stato' e 'sovranità' quali schemi ordinanti dell'universo giuridico moderno. — III. Società, diritto, potere politico: tipicità dell'universo giuridico medievale. — IV. La nozione di autonomia quale appropriato schema ordinante per la comprensione della costituzione giuridica medievale.

I. Lo storico del diritto, che voglia adempiere pienamente al suo ruolo e non voglia — tradendolo — limitarsi a fare il contabile dei dati offerti dal passato, deve — di questi — operare una adeguata comprensione. Il che esige in lui la armonica combinazione di due atteggiamenti solo apparentemente confliggenti: rispetto per il loro messaggio peculiare ma anche appropriazione di essi per costituirli patrimonio del proprio presente spirituale.

È inutile che oggi si insista su una elementare verità metodologica: lo storico, uomo di oggi, non può che leggere il passato con i suoi occhi e adoperando occhiali convenienti alla sua vista; fuor di metafora, non può che utilizzare i proprii canoni metodologici e quell'insieme di categorie ordinanti che — interpretando, concettualizzando, sistemando — gli permettono (e solo attraverso una siffatta strada) di cogliere la peculiarità del messaggio storico. Infatti, sottratto alle miserie e alle contingenze dei fatti particolari, quel messaggio gli può parlare un linguaggio familiare, può essere limpidamente inteso (1).

(1) Esemplare e magistrale la lezione di Emilio Betti già perfettamente definita nella notissima prolusione milanese del 1927 *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928), ora in E. Betti, *Diritto metodo ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 59 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tutto ciò è sacrosanto, ma ad una condizione: che lo storico non intenda proiettare indiscriminatamente le proprie categorie ordinanti costringendo in tal modo la realtà del passato entro armature che la sacrificano e la soffocano, precludendo per ciò stesso una effettiva comprensione. Lo storico ha il dovere di usare quelle categorie, ma ciò deve avvenire nel rispetto del messaggio che proviene dal materiale storico. L'operazione da compiere è, insomma, una verifica fra contenuti storici e schemi teorici. Soltanto così questi possono validamente ordinare quelli.

Purtroppo, non è invece sempre così: spesso, infatti, ci si imbatte in ricostruzioni del diritto storico che si sono trasformate in rischiose falsazioni unicamente perché il ricostruttore non ha operato la verifica essenziale or ora accennata e perché ha preteso di proiettare all'indietro — senza vagli e senza cautele — le nozioni a lui maggiormente familiari. Le conseguenze più pesanti, i fraintendimenti più crassi sussistono quando lo storico ha a che fare con esperienze separate dall'oggi da un profondo fossato di discontinuità; per esempio, con l'esperienza giuridica medievale, pianeta giuridico connotato da fondazioni e peculiarità originarie e originali, e perciò tale da non sempre sopportare facili trapianti.

Di fronte alla costituzione giuridica medievale (2) l'odierno storico del diritto ha il cómpito — come scrivevamo recentemente in un lavoro di sintesi complessiva (3) — di sottoporsi a un autentico lavacro di purificazione interiore, pena il fraintendimento storico e un risultato interpretativo dannoso, dannoso perché artificioso e falsante.

Qui si vuole appunto ribadire e, nel tempo stesso, analizzare con maggiore attenzione sul piano teorico quanto diffusamente sostenuto in quel lavoro, e cioè la inutilizzabilità di nozioni e schemi ordinanti quali 'Stato' e 'sovranità'. E, al contrario, la sostanziale congenialità della nozione di 'autonomia' per mettere a fuoco la costituzione giuridica medievale. Se ci si permette anche in questa sede di ribadirlo, è unicamente perché la incautela nell'uso storio-

---

(2) 'Costituzione' nel senso della schmittiana e brunneriana *Verfassung*: precisazione forse pleonastica, ma che vuole evitare fraintendimenti.

(3) *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grafico di 'Stato' e 'sovranità' applicati al medio evo è frequente e quasi pacifica.

Siamo lieti che il saggio sia dedicato ad onorare Roman Schnur (4). Tra i molti meriti del notevole storico e giuspubblicista di Tübingen è da sottolineare quello di aver promosso e curato, nel '65, la traduzione in lingua tedesca dei contributi più rilevanti di Maurice Hauriou sulla teoria dell'istituzione (5) e, nel '75, addirittura de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano (6), ossia dei più significativi 'classici' di una dottrina giuridica tendente a scindere logicamente e storicamente diritto e Stato, a sottrarre il diritto dall'abbraccio opprimente dello Stato.

II. Quando si parla di inutilizzabilità dello Stato, non ci si riferisce al solo involucro terminologico, il quale — come ognun sa — ha avuto una travagliata e discontinua storia semantica arrivando soltanto di recente ad assumere il significato che oggi gli viene comunemente assegnato (7).

Ci si riferisce invece a una determinata presenza politico-giuridica, a un determinato soggetto politico; non certamente a una

---

(4) In lingua tedesca e in una redazione assai più ridotta, il saggio sarà infatti pubblicato anche nella 'Festschrift für Roman Schnur' promossa dalla 'Hochschule für Verwaltungswissenschaften' di Speyer. Proprio nel momento di consegnare questo contributo al nostro editore per la stampa mi giunge notizia dalla cortesia dei Familiari che Roman Schnur, dopo lunga malattia, è deceduto il 5 agosto di quest'anno 1996. Alla sua memoria va ora riverente il mio pensiero.

(5) V. M. Hauriou, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze.* Mit einer Einleitung und Bibliographie hrsg. v. Roman Schnur, Berlin, Duncker u.Humblot, 1965. Sempre a cura dello stesso Schnur si veda anche la raccolta: *Institution und Recht*, Darmstadt, Wiss. Buchgesells., 1968.

(6) Santi Romano, *Die Rechtsordnung.* Mit einem Vorwort, biographischen und bibliographischen Notizen hrsg. v. Roman Schnur, Berlin, Duncker u.Humblot,1975. Fu soprattutto in seguito a questa traduzione che si ebbe in Germania una considerevole fioritura di opere ispirate al pluralismo giuridico. L'acuta percezione culturale di Schnur gli fa auspicare di poter tradurre in tedesco anche « ein anderes bedeutsames rechtstheoretisches Werk Santi Romanos, sein letztes Buch, nämlich 'Frammenti di un dizionario giuridico' ». Che Schnur avesse visto giusto lo dimostrano le nostre notazioni di p. Non mi sembra che, a tutt'oggi, questo auspicio abbia avuto un séguito.

(7) G. Miglio, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'* (1981), ora in *Le regolarità della politica,* Milano, Giuffrè, 1988, p. 802.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qualsiasi presenza o a un qualsivoglia soggetto, come si fa da parte di chi usa del termine e del concetto per individuare ogni ente esercitante una supremazia politica in una certa proiezione territoriale, col che ci si immerge soltanto in un pantano di equivoci da cui è difficile liberarsi (8).

Il problema infatti è che 'Stato' ha avuto ed ha nella nostra coscienza un significato preciso, è diventato — per tutta l'età moderna e sino ad oggi — lo schema ordinante di una precisa realtà storico-politica, è diventato una categoria storica dall'intenso valore interpretativo, si è caricato di una storicità intensissima, una storicità che la stessa discontinuità terminologica sposandosi con la discontinuità di significato e di contenuto accentuava in modo fortissimo.

Quando qui pertanto si parla della inutilizzabilità del termine/concetto Stato per ordinare il complesso paesaggio politico-giuridico del medioevo, il riferimento immediato ed esclusivo è — e non può non essere — alla nozione così come si è venuta definendo e sedimentando nella nostra attuale coscienza, l'unica che noi possiamo proiettare all'indietro misurando con essa le realtà del passato, l'unica che possa fungere per noi da corretto momento comparativo. La comparazione si fa, in tal modo, limpidissima, si evitano le fumosità e i fraintendimenti connessi a pericolosi genericismi e la dialettica passato-presente si propone con dei contorni nettissimi.

Stato è, pertanto, per noi uno schema ordinante specifico e inequivoco nei suoi contenuti politico-giuridici: una realtà rigorosamente unitaria, dove unità vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere su un territorio garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicologico, una volontà totalitaria che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quel territorio si realizzi. Un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d'una volontà onnicomprensiva. Stato è cioè un soggetto politico forte, è l'incarnazione storica di un potere politico perfettamente compiuto.

---

(8) L'esempio più palese ma anche più segnato da inconsapevolezza metodologica è quello del libro di H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters*, Weimar, Böhlau, 1940 (con parecchie edizioni successive).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se così è, Stato è nozione che ha una sua precisa nicchia storica, dalla quale non può essere distaccato se non con rischiosa disinvoltura. Infatti il terreno temporale proprio a questo soggetto è senza dubbio il moderno, del quale è il frutto forse più vistoso e corposo, e anche il più espressivo. Non si tratta si riaffermare un luogo comune, ma una verità storica: è unicamente nel moderno che si ha un sempre crescente proliferare di soggetti politici che si propongono — per effettività di potere ma soprattutto per psicologia di potere — come autentici Stati, di Stati che sono sempre più Stati, fino ad arrivare a quella creatura tardo-settecentesca che per il giurista è lo Stato creatore e produttore del giuridico perché interessatissimo ad ogni manifestazione del giuridico, Stato legislatore perché consapevole della rilevanza politica del giuridico e pertanto controllore e monopolizzatore di esso (9).

Lo Stato è un soggetto politico ingombrante, perché è un burattinaio che vuol manovrare da solo tutti i fili del sociale. La sua dimensione peculiare, la sovranità, in quanto « puissance absôlüe et

---

(9) E Bodin, teorico della nuova *République*, intriso di modernità, nell'acutezza della sua diagnosi politico-giuridica, ne ha pronta percezione: « le poinct principal de la maiesté souveraine et puissance absolüe gist principalement à donner loy aux subiects en general sans leur consentement » (J. BODIN, *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), p. 142. La testimonianza di Bodin è, a nostro avviso, già pienamente collocabile in seno al 'moderno', anche se in essa sono perfettamente coglibili tracce di atteggiamenti medievali ancora presenti nella Francia di fine Cinquecento. Sulla complessità del messaggio bodiniano si è insistito — e forse eccessivamente — già in rilevanti incunaboli della riflessione giuspubblicistica novecentesca, come nel classico saggio di Heller del 1927: H. HELLER, *La sovranità-Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, ora in H.H., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*,a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, soprattutto p. 70 ss. Eloquente è però la ferma collocazione di Bodin agli esordii del 'moderno' nel primo tentativo di revisione (e quasi di rifiuto) del concetto tradizionale, il saggio di Kelsen del 1920, dopo il quale si può ben dire, come esattamente còlse Merkl, che la storia dell'idea di sovranità, anche se una dal punto di vista terminologico, viene a sdoppiarsi drasticamente da un punto di vista semantico (si veda H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale-Contributo per una dottrina pura del diritto,* a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, con una cólta e consapevole introduzione di Carrino, p. 6 ss.; dello stesso Carrino si veda ora anche: *L'ordine delle norme-Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, E.S.I., 1990^2 cap. terzo, nonché la introduzione a: *Kelsen e il problema della sovranità,* Napoli, E.S.I., 1990).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perpetuelle d'une République » (10), ne accentua la solitudine e lo caratterizza come una monade che trova in sé le ragioni della propria esistenza, della propria indipendenza, della propria capacità e legittimazione a dominare la società operante nella sua sfera territoriale.

Il proporsi del 'moderno' come una comunità di Stati e dello Stato come protagonista storico del 'moderno' portano a due conseguenze rilevantissime, che, appena or ora accennate, il giurista ha il dovere di sottolineare.

La prima è che lo Stato crea il diritto o conferisce ad altri enti la legittimazione a produrlo; ne ha, insomma, il monopolio o tende ad averlo. *Prima del diritto c'è lo Stato*; questi si presuppone — storicamente e logicamente — ad ogni manifestazione giuridica, perché ad esso solo spetta di qualificare una regola come giuridica; il diritto è un prodotto che viene interamente generato dal ventre dello Stato. Il quale non tollera compresenze nella sfera territoriale nella quale afferma la sua sovranità, ossia si rinchiude in una sorta di bozzolo compatto, inattaccabile, indivisibile; fuori di questo bozzolo, all'esterno, vi sono soltanto situazioni di irrilevanza e di illiceità. Non sono tollerabili altri ordinamenti giuridici primarii: una società cavalleresca, una comunità sportiva, una comunità religiosa, che intendano produrre diritto nel proprio àmbito e secondo il proprio livello di azione sono — di fronte allo Stato — collocabili sullo stesso piano di una società criminosa, e il risultato è identico: l'irrilevanza. Siamo cioè senza rimedio nel campo del non-diritto (11).

La seconda conseguenza è il legame fortissimo, quasi un vincolo di necessità, fra diritto e potere politico. Il diritto, tutto il diritto, è espressione e voce del potere; sotto questo profilo il diritto si particolarizza, perché resta profondamente segnato dalle forze particolari e specifiche di cui il potere è portatore: il diritto dei Codici ottocenteschi può tranquillamente essere qualificato come diritto 'borghese' anche da chi è lontano da professioni di fede marxista per la circostanza elementare che è creato da una classe che ha finalmente conquistato il potere — e quindi da uno Stato che gli serve da supporto politico — ed è edificato a sua immagine, a tutela dei suoi

(10) BODIN, *Les six livres de la République*, p. 122.

(11) Ovviamente, nel caso della società criminosa v'è, in più, la sanzione della illiceità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interessi, a garanzia di controllo da parte sua della vita sociale ed economica. Sotto questo profilo, il diritto dei codici moderni non è diritto autenticamente privato ma diritto pubblico chiamato a regolare i rapporti fra privati, realtà insomma ben diversa da quel diritto dei privati (12) dove è la società civile che spontaneamente, dal basso, dalle pieghe stesse della esperienza quotidiana, individua e conia rapporti e istituti giuridici e dove sono i privati stessi la primaria fonte produttiva.

Insomma, il diritto è una proiezione dello Stato, una sua dimensione, e si ritiene una conquista di civiltà giuridica il rigoroso principio della territorialità: un unico Stato per un unico territorio, un unico diritto per quel territorio (fatte salve — evidentemente — le regole eccezionali previste dal diritto internazionale privato).

E per la ipotesi di lacune nella legislazione positiva, se ancora qualche Codice ottocentesco fa riferimento al diritto naturale (come il, per tanti versi, ancìpite 'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch' austriaco del 1811) o ai « principii generali di diritto » (come il nostro Codice unitario del 1865) (13), il vigente Codice civile italiano ribadisce che l'estrema istanza consiste pur sempre in un ricorso ai « principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » (art. 12 delle 'Disposizioni sulla legge in generale'),chiusura perfetta di un cerchio che non si allontana dal terreno del diritto positivo ufficiale (14).

---

(12) È implicito il riferimento a un celebre saggio di teoria del diritto: W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

(13) All'art. 3, con dizione generica che permette interpretazioni varie e anche dispute intense. Come è noto, una di queste — forse la più ampia e vivace — è quella cui dette avvio il filosofo italiano del diritto Giorgio Del Vecchio nella sua prolusione romana del 1920, interpretando la dizione come riferimenti ai principii della 'ragione giuridica naturale' (G. Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto* (1921), ora in *Studi sul diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, soprattutto p. 254 ss.). Il problema della identificazione dei principii generali del diritto ha ricevuto anche recentemente molta attenzione da parte di giuristi, teorici generali e filosofi del diritto, e ha costituito, per esempio, tema del XV° convegno nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica nel 1985. L'ultima riflessione collettiva (con risultati, per vero, deludenti) è quella promossa dalla Accademia dei Lincei nel 1991 e i cui 'atti' formano il vol. 96 degli 'Atti dei Convegni Lincei': *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, Accad. Naz. dei Lincei, 1992.

(14) Questo fu puntualmente avvertito dai giuristi italiani radunati a Pisa, nel maggio del 1940, per discutere il proposito manifestato dall'allora guardasigilli Dino

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E sarebbe in-pertinente se taluno precisasse che è questa una norma che risente palesemente del regime autoritario presente in Italia al momento della redazione del Codice. Quella norma è lì intatta a più di cinquanta anni dalla promulgazione del Codice, dopo cinquanta anni di esistenza di una democrazia parlamentare in Italia. E mi verrebbe voglia di dire: intatta e indiscussa (15) almeno da

---

Grandi di portare all'approvazione del Gran Consiglio i principii generali dell'ordinamento giuridico fascista. Preciso è il giudizio che l'art. 12 rappresenta, rispetto al vecchio art. 3 del Cod. 1865, « un giro di vite » (come ebbe a dire nella sua relazione decisamente critica un convinto gentiliano quale Giuseppe MAGGIORE, *Sui principî generali del diritto*, in *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini-Mariotti, 1943, p. 83), rappresenta il superamento e seppellimento delle dispute di appena venti anni prima in seguito alla prolusione romana di Del Vecchio (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Verso la carta del diritto, ibidem,* p. 97; C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto, ibidem,* p. 115; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto, ibidem,* p. 179; G. GROSSO, *Principî generali dell'ordinamento giuridico o dichiarazione politica?, ibidem,* p. 347). Superamento e seppellimento constatati quasi con sollievo dalla generalità, fatto salvo l'atteggiamento critico del Maggiore nella sua complessa e significativa relazione.

(15) Significativa la preoccupazione espressa durante l'itinerario di formazione dell'art. 12 da parte di chi aveva sostenuto, nell'impero del Codice del 1865, una interpretazione giusnaturalistica della dizione dell'art. 3. È il caso di Giorgio Del Vecchio, il filosofo del diritto menzionato nella nota 13, che, prendendo atto nel 1936 della angusta formulazione proposta nel Progetto definitivo del nuovo Codice civile secondo cui non si parlava più di « principî generali di diritto » bensì di « principî generali del diritto vigente », redige una severa nota critica e la pubblica non su Rivista specialistica ma sul più diffuso giornale quotidiano romano (G. DEL VECCHIO, *Riforma del Codice civile e principî generali del diritto*, in *La Tribuna*, 3 e 8 dicembre 1936, ora in *Studi sul diritto*, cit., p. 271).

Elusivi invece i più rilevanti testi giuridici italiani in tema di interpretazione pubblicati negli ultimi cinquanta anni. Mentre Betti si limita con indifferenza a notare che, nell'art. 12, si tratta di « formola...non felice che peggiora la prima, ma non ne differisce sostanzialmente » (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)* (1949), Milano, Giuffrè, 1971^2, p. 308), Gorla, nel suo ingiustificatamente famoso e omnicitato saggio sui precedenti storici dell'art. 12, si limita a precisare che la nuova dizione ha lo scopo di « essere più chiari » (G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 Disposizioni preliminari del Codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1973, p. 1897); Quadri ne nota di sfuggita la carica 'ideologica' senza trarne alcuna conseguenza (R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale, art. 10-15*), in *Commentario del Codice civile,* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1974, p.; Tarello non va più in là del rilievo innocuo che l'art. 12 contiene « una importante

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parte della maggioranza silenziosa dei cultori del diritto positivo. Infatti — quel che è più grave — quella norma non disturba affatto il generico civilista italiano, che tante volte si è stracciato le vesti di fronte ad altre prescrizioni a contenuto 'fascista' situate nel Codice rilevàndone la disarmonia con il sistema dei valori costituzionali e pretendèndone la eliminazione o modificazione (16). Questa norma è

---

modificazione lessicale » (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 294; lo stesso Giuliani — che pur offre un quadro sfaccettato dei varii atteggiamenti giurisprudenziali in rapporto ai principii della Costituzione — si arresta alla constatazione che « il legislatore del codice civile vigente ha inteso accentuare il carattere normativo » (A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, Rimini, Maggioli, 1983, p. 71). Sintomatico anche che, nella 'voce' sui principii di diritto scritta nel 1966 per il 'Novissimo Digesto Italiano', Bobbio non sappia far di meglio che rilevare in modo disarmante « l'insolita e poco perspicua espressione dell'art. 12 » (citando, peraltro, in maniera monca e falsante un frammento della relazione del Guardasigilli al Re) (vedi ora la 'voce' ripubblicata in N. BOBBIO, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 257), mentre Guastini, nella sua riflessione recentissima sul medesimo tema nel Digesto Quarto, prendendo atto che « la formula dell'art. 12, 2° co. disp. prel. c.c. si riferisce ai princìpi di diritto positivo e ad essi soltanto », conclude tranquillamente che « il giudice...non è autorizzato a colmare le lacune facendo ricorso...a principi di giustizia non positivizzati nella legislazione vigente » (R. GUASTINI, *Principi di diritto* in *Digesto IV*, Torino, Utet, 1995, p. 347, che ripete affermazioni fatte già in: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 458).

(16) Il disagio emerge invece nei costituzionalisti, la cui attenzione è ovviamente incentrata sulle novità della carta costituzionale (se ne veda un quadro riassuntivo in L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Il Codice civile* - Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro Passarelli (Roma, 15-16 dicembre 1992), Roma, Accad. Naz. dei Lincei, 1994) e nei comparatisti, culturalmente assai più liberi (cfr. P. G. MONATERI, *Interpretare la legge (I problemi dei civilisti e le analisi del diritto comparato)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXII (1987), p. I, e, recentissimamente, E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia*?, in *Politica del diritto*, XXVII, n. 3, settembre 1996). È però doveroso menzionare anche minoritarie riflessioni civilistiche che si segnalano per la sensibilità al problema (e non da ieri; cfr. U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, II (1984); P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, VI (1985); M. BARCELLONA, *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, IX (1991); appena di ieri è da segnalare l'inusitato approccio che si può trovare nelle lezioni di L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione - Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, *passim* ma soprattutto la lez. X) anche se la costante non sembra modificarsi (un esempio ultimo mi appare il saggio — peraltro informatissimo su

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perfettamente congeniale al suo pervicace positivismo giuridico,che le provvedute riflessioni ermeneutiche del maturo Novecento hanno lasciato sostanzialmente indifferente (17); congenialissima al suo statalismo di giurista ben collocato nel moderno (18), che nutre in sé la inattaccabile convinzione che Stato e ordinamento giuridico non possono che coincidere, sono un benefico e salutare tutt'uno (19).

---

tutto il dibattito ermeneutico — di F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XLIX (1995).

(17) Malgrado lo scialo nelle citazioni di Esser, il civilista italiano è sordo ai risultati dell'analisi ermeneutica (cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, soprattutto il cap. IV della parte seconda: 'La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica'); generica affermazione che fortunatamente soffre di significative eccezioni (è doveroso ricordare almeno il nome di Luigi Mengoni).

(18) Anche in personaggi di notevole spessore culturale il pervicace statalismo, radicatissimo nel conscio e nel subconscio, può costituire affievolimento di ogni vigilanza critica. Uno degli esempii più ripugnanti è quello offerto da un grand'uomo, Francesco Ferrara senior, nella sua sguaiata prolusione napoletana, dove, contemplando il divenire del diritto nel corso del secolo, non esita a scrivere: « questa evoluzione fa sì che si renda sempre più intima la cooperazione e compenetrazione tra ordinamento giuridico e potere dei governanti »; e ancora: « il diritto così è strettamente connesso con la politica, quindi subisce le finalità e tendenze dello Stato » (F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti (1940)*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 124). In queste frasi il dato più allarmante non è tanto il contingente ossequio servile al regime imperante,quanto la palese coincidenza fra totalitarismo fascista e convinzioni statalistiche, coincidenza che non consente al cólto civilista di percepire la gravità delle conseguenze d'uno sposalizio tanto stretto fra diritto e Stato, fra diritto e quello Stato. Queste posizioni statalistiche dei giuristi italiani non appartengono soltanto al remoto passato in cui si situa Ferrara senior. È unicamente in questa chiave che va interpretata la resistenza e l'ostilità della maggioranza verso quella nozione di 'diritto vivente', affiorante da sempre nella giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale con il significato di contrapposizione a un diritto *vigente* del diritto così come risulta nella effettivita dei rapporti sociali (per misurare le reazioni della nostra *scientia iuris* verso la nozione di 'diritto vivente' è istruttiva la lettura di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e 'diritto vivente' - Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994, soprattutto la 'Introduzione'; è di questi giorni la riproposizione di un saggio di Mengoni sull'argomento, che mi permetto di raccomandare al lettore: L. MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996).

(19) Viene naturale alla nostra mente un accostamento: da parte dei cultori italiani del diritto positivo si è citato spesso i saggi di Esser alla stessa stregua di come si è spesso citato il libello di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. Buon segno? Lo sarebbe senza dubbio, se non vedessimo cadere in un assoluto vuoto queste citazioni, che galleggiano quasi sempre senza radici nelle pagine della maggioranza dei giuristi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. Un diverso — anzi, direi, opposto — paesaggio giuridico è quello che invece ci offre l'esperienza medievale.

Qui il potere politico si contrassegna per una sua intrinseca incompiutezza, è e resta per tutta la durata del medioevo un potere incompiuto, intendendo con questa qualificazione un potere non totalizzante, non onnicomprensivo. Non ha rilievo che, a tratti, questo potere riesca ad avere il massimo di effettività e un notevole grado di coazione configurandosi addirittura in tirannide, perché si tratta sempre di carenza o ambiguità di progetto politico, si tratta comunque di un potere che non ha certamente fra i suoi scopi un programma di controllo dell'intero 'sociale' (20).

Lo dimostra la sua sostanziale indifferenza per il giuridico: il principe medievale limita infatti i propri interessi a quelle zone del diritto immediatamente coinvolte nell'esercizio del governo, a quanto oggi ci verrebbe di chiamare diritto 'costituzionale', 'amministrativo' e anche 'penale', lasciando per lo più ad altre forze l'onere di produrre le regole organizzative della vita quotidiana, che affiorano e si definiscono e si sistemano attraverso una complessa cooperazione tra fatti spontanei consuetudinari, *interpretatio* di *doctores* e di *judices*. Lo dimostra anche la singolare circostanza che il principe medievale identifica la sua funzione di supremo reggitore più nel render giustizia che nel legiferare. Quel principe è assai più il gran giustiziere del suo popolo che un legislatore.

Lo Stato è un futuribile, perché nessun potere politico arriva a connotarsi di statualità: anche nel regno di Francia, che è sicuramente il laboratorio politico-giuridico secolare in cui si delinea lentamente e prende sempre più corpo un soggetto autenticamente statuale, il processo ha una fase embrionale nel secolo XIII con una occhiuta attenzione della Monarchia al fenomeno consuetudinario, ma prendendo avvio più deciso soltanto in quel secolo XIV che è tempo di crisi per la ideologia politica medievale.

Manca il grande burattinaio, ed irrisoria è la manifestazione legislativa del diritto. Il potere non ha la presunzione di crearlo ma lascia a scienziati e operatori pratici (giudici e notai) il cómpito grave di estrarlo e definirlo da una profonda piattaforma consuetudinaria.

---

(20) Per uno sviluppo su questo tema e per una adeguata documentazione si veda la nostra sopracitata sintesi *L'ordine giuridico medievale*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E qui sta il punto caratterizzante: il diritto nel mondo medievale appartiene al profondo della società. È realtà di radici, è un ordine che ha una sua vita a un livello diverso dalla rissosa e confusa superficie socio-politica ed ha ovviamente poco a vedere con essa. Il diritto, proprio per questa sua dimensione radicale, non si confonde con gli enti politici che passano e mutano convulsamente. A fronte della instabilità e fluidità del 'politico', rappresenta la stabilità e la saldezza del 'sociale'. Ed è diffusa la coscienza che sta in esso il salvataggio, l'ancoraggio forte di una società superficialmente incomposta e disordinata.

Al contrario di quanto abbiamo rilevato per il mondo moderno, il diritto si presuppone logicamente e storicamente ai soggetti politici. *Prima c'era il diritto*: primato ontologico e primato storico. Grazie a questo primato il diritto si origina (e continua di poi a vivere) con una sua autonomia forte dal politico, restando abbastanza intatto dall'abbraccio particolarizzante del potere. È ovvio che, per la sua carnalità, cioè per servire a uomini e misurarsi su uomini in carne ed ossa, non sarà certamente mai scritto sulle nuvole e non galleggerà rarefatto al di sopra del paesaggio storico, ma sarà sempre una grande pluralità di forze — economiche, sociali, culturali, spirituali — a promuoverlo sorreggerlo connotarlo. Ed è pertanto l'opposto del diritto moderno: non è voce del potere, né in esso si identifica e si particolarizza.

Per questo, concorrerà a produrlo una ampia pluralità di fonti, quasi a voler convalidare che il nesso è fra diritto e società, che il diritto esprime l'interezza della società che è chiamato a ordinare. Per questo, quelle fonti non sono connesse da un rapporto gerarchico e tra esse ha un ruolo assolutamente secondario la legge come volontà dell'investito del potere. È una invenzione tutta moderna la qualità superiore della legge e la sua collocazione in una posizione dominante e protagonistica (21).

IV. Dopo queste considerazioni, guardare al diritto medievale

(21) Fondata su quella apodittica presunzione di identità fra legge e volontà generale, che è affermata e dichiarata con forza dalla Rivoluzione fin dai suoi primi incunaboli (cfr. art. 6 della *Déclaration* del 1789).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con occhiali indiscriminatamente moderni non può che essere pesantemente falsante.

Se è vero quanto abbiam rilevato, e cioè che il diritto medievale non è l'ombra di questo o quell'ente politico ma è realtà radicale connessa in vincolo strettissimo con la costituzione più intima dell'intera società rappresentandone l'ordine riposto, continuare a cogliere la dimensione giuridica, com'è nel mondo moderno, in rapporto esclusivo con lo Stato e la sua sovranità ha lo stesso significato di voler misurare dei corpi con delle unità di misura incapaci di farlo. L'operazione è indebita e il risultato è aberrante.

L'abitudine mentale del giurista moderno, plagiato a fondo da due secoli buoni di propaganda illuministica, tende a individuare un solo diritto per un solo Stato; visione monistica, per la quale alla solitudine dell'unico produttore fa da necessario contrappunto la solitudine dell'unico ordinamento giuridico. Il che è perfettamente coerente e consequenziale anche se drammaticamente riduttivo della ricchezza dell'esperienza giuridica.

Lo scardinamento medievale del diritto dal potere politico e il legame del diritto a tutta la complessità del 'sociale' portano invece a un immancabile pluralismo giuridico; amplissimo pluralismo, per la comprensione del quale una coscienza statualistica e l'impiego di modelli statualistici non possono che porsi grossolanamente deformanti. Il lavacro necessario cui lo storico del diritto deve sottoporsi è la deposizione senza rimpianti e senza residui della abitudine mentale ora accennata, assumendo invece come ipotesi fondamentale una società che può esprimere in uno stesso territorio sottoposto a una stessa entità politica più ordinamenti giuridici.

Siamo consapevoli di non dire cose nuove. Ogni storico del diritto sa che questa operazione interpretativa è già stata compiuta, e da parecchio tempo, da Francesco Calasso (22), il quale non ebbe esitazione nel trapiantare sul terreno dell'esperienza medievale il suggestivo disegno, che il gius-pubblicista italiano Santi Romano

(22) Soltanto per il lettore non-italiano diamo qui alcuni minimi cenni biografici: nacque a Lecce nel 1904, insegnò lungamente la 'Storia del diritto italiano' nelle Università di Firenze e di Roma; si spense prematuramente nel 1965. A lui si deve un autentico rinnovamento nella metodologia e nel programma degli studi storico-giuridici in Italia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aveva proposto sin dal 1918, di una pluralità di ordinamenti giuridici (23). Calasso, sul calco di Romano, poteva per l'appunto intitolare il suo volume più mirato « Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale » (24), facendo della costruzione romaniana lo schema interpretativo di tutta la giuridicità medievale.

Fu segno indubbio di acuta sensibilità culturale e fu un assai meritorio irrobustimento per l'analisi storico-giuridica. Ma fu anche un esperimento imperfetto; imperfetto perché Calasso, pur essendo propugnatore di una intuizione fertilissima, non fu in grado di portarla alle sue naturali conseguenze. E quando dico 'non fu in grado', intendo riferirmi a un complesso di condizionamenti inerenti alla sua mentalità di moderno da cui Calasso non seppe né poté liberarsi.

Il lavacro interiore, per riprendere una espressione precedente, è stato in lui superficiale e non ha provocato quella completa revisione di atteggiamento mentale che sarebbe stata liberatoria, liberatoria innanzi tutto per il materiale storico-giuridico medievale non pienamente storicizzato da una costrittiva messa a fuoco moderna. Calasso continua infatti a parlare di Stato e di sovranità all'interno di un discorso che pur poggia sulla idea centrale di una pluralità di ordinamenti giuridici. E ciò è palesemente antinomico.

Egli non ha capito che ammettere una pluralità di ordinamenti giuridici significa necessariamente ammettere realtà giuridiche còlte — ciascuna — all'interno di una complessa rete di relazioni, rete che altrettanto necessariamente condiziona e relativizza la posizione di ciascuna realtà; perché si tratta — necessariamente — di realtà che convivono in uno stesso territorio, e, convivendo, si limitano a vicenda, o che possono armonicamente convivere giacché ciascuna attiene a una dimensione particolare della giuridicità: la comunità internazionale, la comunità religiosa, la comunità politica, la comunità professionale, e così via.

Questo è il quadro della complessa realtà giuridica medievale: sulla piattaforma di una società pullulante di tante società vitali, un quadro di interrelazioni e di autolimitazioni. Se così è, una nozione appare inservibile: quella di sovranità. E la ragione è chiarissima: sovranità è, come abbiamo segnato più sopra, una nozione totalita-

---

(23) *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946^2.

(24) Milano, Giuffrè, 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ria, assolutistica, isolante; sovranità è un assoluto che ben può convenire a quell'assoluto che è lo Stato, ma che certamente non si addice a un ordinamento giuridico sorpreso accanto ad altri, al centro di un folto tessuto ordinamentale; sovranità è nozione che serba in sé un determinante contenuto 'esclusivo', che non si addice a una mentalità giuridica come quella medievale cui è sostanzialmente estraneo il ragionare in termini di esclusività.

Il passo da compiere è uno solo: sgombrare la nostra strada da macigni ostruenti come Stato e sovranità, perché totalmente incapaci di ordinare la realtà giuridica medievale. Questo Calasso non si è sentito di fare, ma ha condannato così il suo elevato e innovativo approccio nelle secche d'una irreparabile antinomia.

Forse Calasso avrebbe dovuto dare maggiore attenzione alle (pur da lui formalmente conosciute) riflessioni dell'ultimo Romano, che venivano a precisare e integrare i rilievi sintetici contenuti nelle pagine de 'L'ordinamento giuridico'. Ci riferiamo specificamente a quei « Frammenti di un dizionario giuridico » che risalgono al '46 e in cui il grande giurista sottolinea con vigore la nozione di 'autonomia', nozione squisitamente polisèmica ma che, intesa nel senso di autonomia istituzionale, appare, soggettivamente, come « la potestà di darsi un ordinamento giuridico », e, oggettivamente, « come il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé » (25).

L'analisi romaniana è preziosa perché si pone deliberatamente su un piano libero e arioso di teoria generale e non cade negli immiserimenti cui talvolta la costringe il gius-pubblicista, che usa spesso parlar di autonomia ma sempre cogliendola all'interno della potestà totale dello Stato. Non diremmo che l'analisi romaniana sia soddisfacente, anzi essa ci appare venata di alcune aporie e non riesce a far completa chiarezza sui molti significati e piani in cui la nozione può situarsi, ma ha il merito grande di individuare nella autonomia il meccanismo strutturale e funzionale di una pluralità di ordinamenti giuridici. Se arricchiamo e anche correggiamo quell'analisi con le successive riflessioni svolte, nella dottrina italiana, da

(25) *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 14. Elusiva è invece la voce *Autonomia a) Premessa storica* che Calasso redige per la *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un pubblicista cólto e acuto qual'è Massimo Severo Giannini (26), troviamo a nostra disposizione uno strumento teorico che, se inteso come autonomia istituzionale (27), è confacentissimo a ordinare (e a consentire una più adeguata comprensione de) la costituzione giuridica medievale.

Ne emerge un distacco marcato, quasi una opposizione logica, tra autonomia e sovranità. Questa isola il soggetto che ne è titolare — individuo o ente — nella sua assoluta solitudine; è una posizione che prescinde da ogni contributo proveniente dall'esterno, intensificando al massimo la separazione del soggetto sovrano da tutto il resto; la sovranità — come nozione all'insegna della esclusività — è un cemento che chiude il soggetto in un involucro di rara compattezza e inattaccabilità costituendolo come un universo a sé stante.

Autonomia, al contrario, è tipicamente una posizione di relazione (28); se può essere bastevole dire che un soggetto è sovrano, non è affatto bastevole dire che un soggetto è autonomo, ma bisogna aggiungere e precisare da chi e verso chi. Autonomia significa sempre rapporto, relazione con: in quanto indipendenza relativa, non può non riguardare un soggetto in stretto collegamento con altri, un soggetto che grazie a questo collegamento limita la sfera indipendente di altri o da altri si fa limitare. La relatività e la elasticità sono il carattere essenziale dell'autonomia così come la assolutezza e la esclusività sono quelli della sovranità.

È una chiave di lettura giuridica della costituzione medievale, che appare subito illuminante; e che, per di più, permette di comporre armonicamente un nodo di rapporti che, osservato con occhiali ina-

---

(26) M. S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952. Dello stesso autore si veda anche la voce *Autonomia b) Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959. Il primo saggio gianniniano è rilevante anche per una definitiva chiarificazione — in seno alla complessiva e complessa nozione generale di autonomia — tra il profilo della autonomia normativa e quello della autonomia istituzionale.

(27) GIANNINI, *Autonomia*, cit., soprattutto pp. 208-09.

(28) Si vedano su questo punto le riflessioni lucide e consapevoli che svolge A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto-quarta edizione-Discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1987, vol. II, una voce a prevalente contenuto pubblicistico ma con incisive note chiarificatrici di teoria generale (soprattutto pp. 32-33).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

datti, sembra irrimediabilmente gordiano. La costituzione medievale non è articolata in un arcipelago di sovranità ma in un tessuto di autonomie. Una sola sovranità v'è, e formidabile nella sua assolutezza, ma piove dall'alto su di essa, ed è quella d'Iddio. Al di sotto, il mondo giuridico medievale è e resta un mondo di autonomie.

È questo l'unico modo per ordinare situazioni complesse altrimenti pressoché indecifrabili: la convivenza — in uno stesso territorio — di diritto comune e diritti particolari; l'intrecciarsi continuo fra diritto imperiale, canonico, statutario, feudale, mercantile, che soltanto il relativismo e l'elasticità della nozione di autonomia permette di capire quale compresenza e covigenza di più ordinamenti, di più autonomie che elasticamente si comprimono in una dialettica perenne fra universale e particolare, fra generale e speciale, che non dà mai luogo a rotture e a frazionamenti. Quel tessuto socio-giuridico medievale, che, di primo acchito, sembra un groviglio inestricabile, può ricevere luce definitiva in una ottica pluriordinamentale quale interazione di soggetti autonomi non sovrani.

Ed emerge decisa la conclusione che è segnata nel titolo del saggio: un diritto senza Stato (29), un diritto che si aggancia immediatamente al sociale e lo esprime nella sua interezza. E v'è — forse come non mai — una compenetrazione fra giuridico e sociale. Il diritto è l'ossatura riposta della società, la sua fondazione, la sua saldezza. Ripetiamolo pure: il suo salvataggio.

Mi sia consentito di chiudere queste riflessioni sottolineando al lettore un parallelismo illuminante tra quanto avviene in un *territorio* e quanto avviene in un *patrimonio*. Il mondo moderno ha soluzioni assolutistiche ed esclusivistiche: un solo Stato e un solo ordinamento giuridico per un solo territorio; un solo soggetto proprietario e una sola proprietà unitaria per un solo patrimonio (30). Il mondo medie-

---

(29) Anni fa (1985) fu, all'incirca, questo il titolo di un libro di Laurent Cohen-Tanugi, che ebbe qualche circolazione e l'onore di parecchie citazioni: L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat-Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, P.U.F., 1985. Come mostra bene il sottotitolo, il tema di Cohen-Tanugi si muoveva tocquevillianamente in una comparazione fra due assetti politico-giuridici, quello francese e quello statunitense. L'orizzonte non ha nulla a che vedere con il nostro.

(30) Il che non è affatto smentito, anzi avvalorato, dalla costruzione rigorosamente individualistica che, sulla scia della tradizione romanistica, si fa del condominio nella cultura giuridica moderna.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vale, anche a livello patrimoniale, compie scelte esattamente opposte: come il diritto in un territorio è intuito e risolto quale pluralità di ordinamenti conviventi, così, con un parallelismo esemplare e coerente, su uno stesso bene sono pensabili più proprietà, ciascuna delle quali non ha certo il contenuto assolutistico della futura proprietà borghese ma uno specifico contenuto di autonomia, contenuto relativo e relativizzante com'è proprio di questa nozione. Quando Bartolo individua nel *perfecte disponere* il contenuto di ogni proprietà, si riferisce con tutta evidenza a una autonomia di poteri sul bene, l'unica posizione che permette di concepire più proprietà armonicamente operanti sul bene (31). Il *perfecte disponere* di Bartolo richiama immediatamente il folto intrecciarsi medievale di *societates iuridice perfectae*. Ed è sempre la stessa nozione — cioè autonomia, *perfectio* — a sorreggere tutta la vita e la costruzione del sociale e del giuridico.

È sempre la stessa incapacità e — direi di più — ripugnanza ad assolutizzare. La tensione del moderno a isolare, individualizzare, assolutizzare — sia essa la realtà individua che è lo Stato, rottura e divisione irreparabile della universale *tunica inconsutilis* (32); sia essa la realtà individua del singolo soggetto — lascia alle sue spalle una visione schiettamente pluralistica, in cui ciò che più conta sembra essere il rapporto, il legame che unisce e limita realtà diverse.

Proseguendo nel parallelismo or ora impostato, è nel moderno che allignano le posizioni isolanti e assolutizzanti della sovranità e del diritto soggettivo, in un perfetto contrappunto fra soggetto politico e soggetto privato, due soggetti ormai solitarii, liberati dalla umiliazione di quel tessuto di rapporti che la mentalità medievale non aveva esitato a filare intorno ad essi.

---

(31) Per la interpretazione della definizione bartoliana di *dominium* cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968.

(32) L'espressione — come ben sa ogni medievista — campeggia al centro di quell'estremo manifesto della teocrazia papale che è la bolla *Unam sanctam*, del 1302, del pontefice Bonifacio VIII, (inserita — e comodamente leggibile — nel *Corpus iuris canonici*, ed. Aem. Friedberg, rist. anast. Graz, Akad. Druck, 1959, pars secunda, *Extravagantes communes*, I, VIII, I). È palese la derivazione scritturistica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

IMPERIO DE LA LEY Y *RULE OF LAW*: LÉXICO JURÍDICO Y TÓPICA CONSTITUCIONAL

En memoria de Francisco Tomás y Valiente, si buen magistrado constitucional y óptimo maestro universitario, mejor amigo.

1. Principio constitucional. — 2. Medios lingüísticos. — 3. *Rule of law*, *droit administratif*, *judicial review*. — 4. Imperio de ley, codificación de derecho, derecho administrativo. — 5. *Selbstverwaltung*, *Rechtsstaat*, *Rechtssatz*. — 6. *Recht* y *right*; ley y *law*. — 7. Corresponsales de *rule of law*: imperio de la ley, estado de derecho, principio de legalidad, *selfgovernment*, revisión judicial. — 8. Constitución, tópica y lenguaje.

1. *Principio constitucional.*

Entre las actividades de Francisco Tomás y Valiente próximas al 14 de febrero de 1996, a la fecha de su asesinato, entre aquellas que dan lugar a un precioso legado póstumo, figura una conferencia sobre *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*. Se celebra en Buenos Aires el nueve de septiembre de 1995 y no se queda en una exposición oral, sino que se vierte por escrito en un artículo elaborado (1). Arranca del siguiente modo: « No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar

(1) Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, ed B. Clavero, ocupándome ulteriormente del legado en *Tomás y Valiente: una biografia intelectual* que se acoge a la hospitalidad de Paolo Grossi, de nuestra *Biblioteca*. Una versión reducida del presente trabajo aparecerá en el volumen inaugural, monográfico sobre *Vinculacón del Juez a la Ley*, del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* que se publicará en su memoria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante ». He aquí una buena señalización de entrada para un tráfico por el tiempo sin abandonarse el presente. Voy a procurar seguirla respecto al principio del *imperio de la ley* dirigido a la justicia. Si me intereso por una *historia*, por su origen temporal y su significado pretérito, es porque me importa una *dogmática*, su sentido actual y su alcance virtual, toda una *carga* que, *invisible, pero condicionante*, puede efectivamente *arrastrar*.

La misma conferencia argentina de Tomás y Valiente toca naturalmente el principio. Bajo un epígrafe referido al « poder judicial como poder de un Estado democrático de derecho », dice de los jueces que, « por ser integrantes » de tal poder en un Estado así cualificado, « están sometidos al *imperio de la ley* », recalcando: « por constituir un poder independiente están sometidos *únicamente* a ella », a la ley, y fundamentando: « artículo 117.1 *in fine* CE », artículo citado de la Constitución española, esto es: la justicia se administra « por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley », exactamente lo que Tomás y Valiente indica adoptando así un lenguaje que es de un texto constitucional antes que suyo. Por su cuenta agrega: « Lo cual no significa, como si a estas alturas se tratase de resucitar la escuela de la exégesis o de defender la visión de un juez mudo, mecánico aplicador de la letra de las leyes, que el juez no tenga una función creadora de derecho como intérprete de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico », lo que también fundamenta: « artículo 9.1 CE », esto es ahora: « Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico ». Cuando el mismo artículo noveno del texto constitucional español añade en su parágrafo tercero que « la Constitución garantiza el principio de legalidad », *principio de legalidad* habremos también de entenderlo en tales términos que no resultan necesariamente los literales.

Las expresiones siempre son antes de la Constitución española que de Tomás y Valiente. Su exposición agrega realmente algo que no conviene pasar por alto. En definitiva, entre jueces sometidos a las leyes y todos, ellos inclusive, sujetos a la Constitución, lo que viene a agregarnos es que *imperio de la ley* no significa exactamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imperio de la ley, lo que dicen la palabra *imperio*, un poder de sometimiento y sujeción, y la palabra *ley*, un género de norma de rango inferior a la Constitución y no equivalente a ella, aun compartiendo actualmente con ella una misma legitimidad de origen democrático y procedimiento parlamentario. *Imperio de la ley*, aun con tal base de democracia, no parece que pueda significar exactamente el poder de imponer a la justicia una especie de normas de esta determinación política, las leyes. *Principio de legalidad* tampoco será así con exactitud principio de legalidad. Si dichas expresiones no quieren por tanto decir lo que literalmente dicen, fuerza de la ley, dominio de la legalidad, imperio de la legislación, poder legislativo, ¿qué se está entendiendo entonces por las mismas, por *imperio de la ley* y *principio de legalidad*?

¿Qué dice una Constitución bien característica como la española cuando, en el momento preciso de referirse a la posición, función y actuación judicial, utiliza dicho sintagma de *imperio de la ley*, y no aquel otro más global de *sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*? Si quiere decir alguna otra cosa, ¿por qué utiliza una expresión tan apodíctica y entonces tan equívoca? ¿Y realmente la Constitución no dice imperio de la ley cuando dice *imperio de la ley*, principio de legalidad al decir *principio de legalidad*? ¿Qué pueden significar a nuestras alturas tales registros constitucionales como cánones de la justicia? ¿Qué entendemos realmente con las expresiones? ¿Se dice con *imperio de la ley* exactamente lo que sus términos indican: un *imperio* o poder de *la ley* o de norma de rango, si no secundario, segundo, por preceder la Constitución?

2. *Medios lingüísticos.*

Pues la duda comienza por ser léxica, miremos previamente diccionarios. Como es de carácter técnico, busquémoslos especializados. En un clásico *Vocabulaire juridique* que data de 1930, una voz de *règne de la loi* que se vertirá en castellano como *imperio de la ley* nos dice algo pleonásticamente que « el imperio de la ley implica el reconocimiento del principio de legalidad », pero también se registra acto seguido un « sentido más estricto », según se le califica: « Régimen jurídico que somete a los agentes del Estado, como a los

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simples particulares, al imperio de la ley común », remitiéndose además para ilustración no a la misma Francia ni tampoco a España, sino a Inglaterra. « Ejemplo: el imperio de la ley es la base del derecho constitucional inglés » (2). Nuestra expresión tendría esta manifestación eminente y dicho alcance preciso. La remisión de unos diccionarios es entonces al derecho inglés y así a la lengua inglesa. « *Imperio de la ley*, véase *the rule of law* », que es entonces lo que define: « Término inglés cuya traducción al castellano es *imperio de la ley* y que se refiere a la necesidad de la ley como orden superior de un Estado, en cuanto que regule lo público y lo privado implicando igualdad jurídica » (3).

Ahí tenemos una primera correspondencia de exquisito carácter técnico: « Imperio de la ley, *rule of law* ». ¿Tenemos también la viceversa que acaba de decírsenos? Sería siempre previsible que, si se presenta la entrada, también se diga: « *Rule of law*, imperio de la ley », pero no, pues ahora se nos dice: « *Rule of law*, régimen de derecho, principio de legalidad ». Así entonces tenemos, si puenteamos: « Imperio de la ley, principio de legalidad », lo que parece el pleonasmo dicho pues el referente es el mismo, o también, si saltamos más cerca: « Imperio de la ley, régimen de derecho », lo que solamente añadirá algo si *derecho* no significa lo mismo que *ley*. De hecho, algo más se ha añadido en la primera entrada, algo que en sustancia ya se nos ha dicho como sentido estricto: « Imperio de la ley, *rule of law* (such that not only private persons, but governing bodies are subject to the law) », un principio, un régimen o un imperio « tal que no sólo las personas particulares, sino también los poderes públicos se encuentran sujetos a la *ley* », ¿o quizá al *derecho*? ¿Son o no son lo mismo? Todo parece depender de esto que en inglés es siempre *law* y en castellano unas veces *ley* y otras *derecho* (4). También se nos dice: « *Rule of law*, estado de derecho »,

(2) Henri CAPITANT, *Vocabulario jurídico. Redactado por profesores de derecho, magistrados y jurisconsultos franceses*, traducción de Aquiles H. Guaglianone, Buenos Aires 1979. Las citas de los diccionarios remiten a las voces señaladas en el texto.

(3) Miguel Angel del ARCO y Ana BLANCO (coordinadores), *Diccionario básico jurídico*, Granada 1994.

(4) Guillermo CABANELLAS y Eleanor C. HOAGUE, *Diccionario jurídico. Law Dictionary*, Buenos Aires 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o sin pasar por el inglés: « Imperio de la ley, véase *Estado de derecho* » (5).

Vamos teniendo así una traducción que no funciona siempre en doble dirección, pues la de « imperio de la ley, *rule of law* » parece contramano mientras que se nos conduce tranquilamente por la inversa. Y vamos teniendo también una definición ciertamente más precisa para la una, la *rule of law*, que para el otro, el *imperio de la ley*. Este, el imperio, tiende a resolverse ya en redundacias, ya en remisiones, mientras que aquella, la *rule*, expresa directamente una sujeción de poder a derecho. « *Rule of law*: the form of government », la forma constitucional, en la que tal subordinación se da (6). La entrada puede también resolverse en una acepción más particular de regla concreta de derecho sin tal implicación (7). *Rule of law* puede indicar así un precepto jurídico cualquiera y no significar siempre *form of government*, un régimen constitucional, pero éste de carácter general es el sentido que infunde significación y confiere alcance a la expresión. Es el que puede entonces comunicar entre lenguas. En las correspondencias que vamos viendo entre *rule of law* e *imperio de la ley*, el segundo tiende a equipararse a la primera, pudiendo de este modo compartir su sentido constitucional, pero aquella, la *rule of law* que resulta así el sintagma definitorio, no está claro que a su vez se iguale a éste, al *imperio de la ley*, el cual queda siempre peor definido. ¿Qué ecuación tan dispar es ésta? Los diccionarios arrojan perplejidad, pero sigamos consultando.

Compulsemos el sintagma inglés que parece menos veledioso o más afianzado: *rule of law*, esto es, *regla* ¿de qué? ¿De *ley* o de *derecho*?. Observemos: « *Rule of law*, imperio de ley, máxima, precepto de ley, principio de derecho ». « *Rule of law*, norma jurídica, precepto legal, el imperio de la ley, principio o máxima del derecho, estado de derecho », pero « imperio de la ley, *rule of law* »

---

(5) Ramón Lacasa e Isidro Díaz de Bustamante, *Diccionario de Derecho, Economía y Política. Inglés-español, español-inglés*, Madrid 1980; Luís Ribó, *Diccionario de Derecho. Los conceptos del Derecho positivo, con sus variedades terminológicas en la América hispana y con referencias a la sistemática del Derecho civil, mercantil, constitucional, administrativo, fiscal, laboral, penal, comunitario y procesales*, Barcelona 1987.

(6) Roger Scruton, *A Dictionary of Political Thought*, Londres 1982.

(7) William P. Statsky, *West's Legal Thesaurus - Dictionary*, Saint Paul 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sin más. « *Rule of law*, *principe de droit*, principio de derecho, *Rechtsnorm*, *Rechtsstaatsprinzip* », norma de derecho o principio de estado de derecho. « *Rule of law*, principio de derecho máximo, precepto de ley; sistema gubernamental bajo el cual la autoridad máxima es la ley, no una persona o grupo de personas ». El concepto se define siempre mejor para la *rule of law*, pero sin que acabe de trazarse claramente la correspondencia. Resulta un círculo que no es vicioso porque no cierra la circunferencia (8).

« *Rule of law*, sometimes called *the supremacy of law*, provides that decisions should be made by the application of known principles or laws without the intervention of discretion in their application »: también dicho a veces *supremacía de la ley* (¿o *del derecho*?), postula que las decisiones deben adoptarse mediante la aplicación de reglas sin margen así de discreción. He traducido *reglas*, como si estuviéramos ante la redundancia de *rule of rules*, porque se ha dicho regla de *principles or laws*, es decir quizá de *leyes*, pero también y anteriormente de algo más que *leyes*, de unos *principios* que como tales preceden. La *rule of law* resulta que es también *rule of principle*, régimen o regla de algo definitivamente anterior y presumiblemente superior a ley. En el caso, unas traducciones remiten a *derecho*, pero marcando una *rule* diversa, un régimen que tampoco acaba de ser coincidente: *principio de derecho*, *règle de droit* y *Herrschaft des Rechts*, principio, regla o imperio (9). Cuando un diccionario de derecho en lengua francesa, aunque belga, puede acabar formulando en una voz de *pouvoirs*, de poderes, un principio de *domination de la loi, même anticonstitutionnelle*, de imperio de la ley incluso

(8) Emilio Germán MUNIZ (director), *Diccionario terminológico de Derecho. Dictionary of Legal Terminology*, Madrid 1992; Enrique ALCARAZ y Brian HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos*, Barcelona 1994; Lawrence D. EBERT y Fernando MORALES, *Multilingual Law Dictionary*, Alphen aan den Rijn 1978; Gerardo SOLÍS, *West's Spanish-English, English-Spanish Law Dictionary. Translations of Terms, Phrases and Definitions of Concepts of Modern Spanish and English Legal Terminology*, Saint Paul 1992, por dicho orden de cita.

(9) *Law and Commercial Dictionary in Five Languages. Definitions of the Legal and Commercial Terms and Phrases of American, English, and Civil Law Jurisdictions. English to German, Spanish, French, Italian*, Munich, 1985; la misma definición, sin traducciones, *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, Saint Paul 1990

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anticonstitucional (10), ¿estamos hablando realmente de *rule of law*, de una misma cosa? Aparte el régimen de referencia en cada caso, ¿jugamos con términos intercambiables? ¿Podría decirse *rule of law, even unconstitutional*?

Rule of law no parece definitivamente, ya no digo *imperio*, sino ni siquiera *regla de ley*. ¿A qué viene entonces la correspondencia más usual, aunque resulte llamativamente de dirección normalmente única, con nuestros sintagmas de *imperio de la ley* o de *principio de legalidad*? Y si *rule of law* resulta *regla de derecho* o similar, ¿por qué no se nos presenta en castellano esta traducción más simple? ¿Es que no podemos tener una fórmula tan sencilla con su significación constitucional, como *form of government*, igual que se tiene en inglés? ¿Qué ocurre para que el sintagma no pueda operar del mismo modo en una y en otra lengua? ¿Y por qué en la española se recurre normalmente a unas expresiones que, en dicho caso *de derecho* y no *de ley*, expresaría mal un sentido? ¿Lo suponen entonces otras locuciones no referidas a ley, sino a derecho, como principalmente, por más acuñada, *estado de derecho*? ¿Equivale la expresión neutra de *regla* a la que parece en cambio indicar institución política como ésta otra de *estado*? Resultan interrogantes que los diccionarios pueden suscitar, pero no resolver. Dejemos de momento estos instrumentos útiles, pero limitados y además cansinos. Más tarde, haciéndonos con antecedentes, puede que algunos otros todavía nos ilustren. De ellos, vayamos reteniendo los interrogantes.

Hay también instrumentos lingüísticos que, sin la servidumbre del orden casual del abecedario ni de la dosis medida de cada voz, intentan ofrecer más que los diccionarios. Así tenemos una reciente introducción española al *Inglés jurídico*, a este espacio idiomático que parece realmente necesitado de oficios. Ahí se nos asegura que « las sociedades democráticas se rigen por el imperio de la ley, *the rule of the law* », con una nota presuntamente aclaratoria: « La expresión *the rule of the law* también se traduce con frecuencia por *el estado del derecho*, siendo *el imperio del derecho* uno de los rasgos

(10) Robert WILKIN, *Dictionnaire du Droit Public*, Bruselas 1963.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

básicos del estado de derecho » (11). No salimos de lo mismo, aunque algo se agrega. Por una parte, tenemos que *rule of law* es ahora repetidamente, sin parecer errata, *rule of the law*, con una determinación que puede no ser inocente. Un término de *law* genérico, sin artículo determinado, parece apuntar más a *derecho* que a *ley*, al conjunto del ordenamiento objetivo más que a una clase particular de norma, y viceversa. Deslizar el artículo, *rule of the law*, frente al propio uso inglés, *rule of law*, implica acercar la expresión original a las implicaciones no tan equivalentes del *imperio de la ley* aun con el recurso luego de otras correspondencias en nota: *imperio del derecho* o *estado del derecho*, también aquí con artículo y no así *estado de derecho*. Y hay algo más: *the rule of the law*, dicho imperio no se sabe si de ley o de derecho, se nos ha dicho que es algo propio de las *sociedades democráticas*. Así tenemos que *rule of law* y *sociedad democrática* también guardarían correspondencia.

El muestrario de motivos se nos amplía sin que al tiempo parezca que se nos vayan aclarando las acepciones. Unos problemas semánticos se encuentran realmente enquistados en este capítulo jurídico, pero no lo parecería por la práctica de unas traducciones. Dígase lo que se nos diga, la correspondencia entre *rule of law* e *imperio de la ley* viene resultando tan pacífica que ni siquiera suelen cuestionarse los respectivos sentidos y no tan idénticos alcances en el momento de traducirse la primera por el segundo. A tal punto llega esto que parece incluso abrirse últimamente el camino de vuelta, aquel que parecía contramano desde el segundo, el *imperio*, a la primera, la *regla*. Una obra de autor significado y plenamente situada en el universo de la *rule of law* presenta el título de *Law's Empire*. ¿Imperio de la ley? Una traducción advertida titula *Imperio de la justicia*, más así *de derecho* que *de ley*, pero sin tenerlas todas consigo pues añade el estrambote de un subtítulo de dudosa virtud esclarecedora. Ni *law's empire* parece que pueda significar *imperio de la ley* en un mundo de *rule of law* ni resulta definitivamente que tengamos unas traducciones que correspondan y se comuniquen (12). ¿No tiene realmente corresponsal en otras lenguas, como

(11) Enrique ALCARAZ, *El inglés jurídico. Textos y documentos*, Barcelona 1994, p. 9.

(12) Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge 1986; traducción de Claudia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en el castellano jurídico, *rule of law*? ¿No hay modo de decir tan claramente lo que esta regla significa, su principio de sujeción de poder a derecho, en otra lengua que en inglés?

En la dirección que no parece contramano, pero que no está tan expedita, la de *rule of law* a *imperio de la ley*, bástenos ya finalmente una muestra recentísima, una publicación con el título expresivo de *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*. En su contraportadilla de créditos figura este « título original »: *The rule (and role) of law (and lawyers) in American public life*. No ha cabido por lo visto una traducción más literal y no sólo por culpa de unos juegos de palabras: *La regla y el rol de la ley (¿o del derecho?) y de los legistas (¿o de los juristas?) en la vida pública (¿o en la sociedad?) americana (¿o estadounidense?)*. Ahí mismo, en dicha página de créditos, se añade una *N.T.*, una nota de la traducción: « La expresión *rule of law* se traduce, según el contexto, como *imperio de la ley* o como *principio de legalidad* », sin más cuestión. Lo que parecía especialmente problemático, esta correspondencia entre *law* y *ley* o también *legalidad*, así no lo parece. Sin embargo, algún problema habrá cuando la nota se cree precisa. Cuál sea no se sabe o al menos no se dice. La traductora es jurista. Antepone una presentación donde habla de la « efectiva vigencia del imperio de la ley » en esa *América* que sólo son unos Estados Unidos para enseguida referirse, sin transición alguna, al « papel creativo del poder judicial » que nos dice establecido « en el ordenamiento norteamericano por imperativo constitucional », en este « ordenamiento que, en virtud del precedente (*stare decisis*), reconoce la labor creativa de los tribunales » (13).

¿Cómo casa una cosa con la otra, la *efectiva vigencia del imperio de la ley* con la *labor creativa de los tribunales*, cuando así aparecen tan seguidas que casi se identifican? ¿Qué *ley* es esa que, en virtud

---

Ferrari y revisión técnica de Ernesto ABRIL, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona 1988.

(13) Burt NEUBORNE, *The rule (and role) of law (and lawyers) in American public life*, traducción de Montserrat Cuchillo, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Barcelona-Madrid (Universitat Pompeu Fabra — Cuadernos Civitas) 1995, *Introducción* de M. Cuchillo, pp. 15-28. El texto como tal no tiene edición original pues está compuesto para la traducción española.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del valor del precedente judicial, de tal principio del *stare decisis* o de atenerse al tracto de las propias decisiones, pueden establecer unos tribunales en este curso que así parece autónomo de la justicia? ¿Qué *imperio* resulta entonces? Ni la traductora ni el autor afrontan la dificultad. No se ve que detecten problema con las palabras, ni la una con *imperio* y con *ley* ni el otro con las que se encuentran solapadas, bajo la traducción, de *rule* y de *law*, las cuales parecen en todo caso desentonar menos en la secuencia judicial dicha, pues *rule* no es *imperio* y *law* puede no ser *ley*. Con todo, sólo presuponiendo el mismo solapamiento de conceptos en castellano, esto es, que *imperio* no es imperio y que *ley* puede no ser ley, cabe comprender esa sucesión inmediata y combinación pacífica de la *efectiva vigencia del imperio de la ley* y la *labor creativa de los tribunales*. Mas ¿qué lenguaje es entonces éste del derecho, capaz de alterar de tal modo el sentido más ordinario de las palabras? ¿Y cómo una Constitución, nada menos que esta norma, se permite tal licencia lingüística que arriesga equívocos neurálgicos?

Estamos en un punto delicado, suficientemente confundidos por unos testimonios presentes. De la perplejidad parto. Intentemos remontarla. Entremos para ello en una historia que está en buena parte por hacer, con su vastedad espacial y extensión temporal, mas que no se encuentra inédita (14), o vamos más sencillamente a asomarnos a ella. No cuento aquí y ahora con espacio ni con tiempo, por no decir con ciencia, para más. Sigamos así, sin otras excusas ni preámbulos, la indicación de Tomás y Valiente, aquella señal de tráfico para entrar en la historia con la preocupación y para el manejo del presente, « porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante ». Vamos al intento de

(14) Para nuestro concreto asunto, cubre con creces unos arcos espacial y temporal Franz NEUMANN, *The Governance of the Rule of Law: An investigation into de relationship between the political theories, the legal system and the social background in the competitive society*, Londres 1936, título de *rule of law* sintomáticamente vertido por *imperio de la ley*: traducción, más epílogo, de Alfons Söllner, *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, Frankfurt am Main 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aplicar la sugerencia a la institución que supone de por sí el concepto del *imperio de la ley* para ver de contribuir a dilucidar en algo su implicación actual, que es lo que nos afecta y por ello importa.

3. Rule of law, droit administratif, judicial review.

El sintagma central respecto al cual otros términos pueden también significarse parece que resulta el de la *rule of law*. Históricamente no caben muchas dudas. Algunas entre las expresiones ya aparecidas, como la de *estado de derecho* o como también la misma de *imperio de la ley*, podrán ser anteriores léxicamente, pero no semánticamente. Seguirán órbitas que acabarán formando constelación alrededor de la regla. El estado y el imperio resultarán satélites. Todo esto espero que podamos irlo apreciando. A ello vamos.

Comencemos así por la *rule of law*, astro primero, no en el tiempo, mas en el espacio, en un espacio constitucional. Pertenece a fechas mucho más recientes de lo que suele presumirse. Si no se acuñó, se significó, logró curso y cobró sentido no hace mucho. Resulta muy posterior a las mismas realidades que pretende representar, con lo que así cabe que su aparición no responda a descubrimiento, sino a invención, no a meras razones de identificación y designación, sino a otras menos inocentes o más interesadas de carácter práctico o incluso manipulativo. Y estas son condiciones que pueden presentarse igualmente con otros casos. Vayamos viendo.

Si se ven manuales o incluso obras menos dadas a las simplificaciones, no pareciera sino que la *rule of law* constituye un principio tan consustancial históricamente del derecho británico que se originaría como *common law*, como *derecho común* en el ámbito inglés, o como *ley común* que todavía no sabemos, a partir de unos tiempos prácticamente medievales, conformándose como tal a lo largo de la edad dicha moderna, por los siglos XVII y XVIII (15). Pero a finales de toda esta trayectoria resulta que tal sintagma presuntamente

(15) Karl Loewenstein, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, Berlín 1967, vol. I, pp. 74-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

característico de todo un constitucionalismo histórico parece inexistente (16). Lo es. Lo sigue siendo durante el siglo XIX y hasta sus postrimerías, hasta exactamante el año 1885, hasta una fecha precisa. *Rule of law* resulta que incluso tiene acta de nacimiento, lo que no siempre ocurre para este tipo de criaturas históricas que son unos tópicos, como constataremos por ejemplo, sin ir más lejos, respecto al *imperio de la ley*. Miremos este registro, que no es ningún secreto (17).

Rule of law es un invento de Albert Venn Dicey, de su influyentísima *Introducción al estudio del Derecho de la Constitución*, cuya primera edición es de dicho año, de 1885 (18). Buscándosele origen, se pone en realidad de relieve la invención. No estamos ante el expositor, sino ante el inventor (19). Fue suya la idea de adoptar dicha expresión conformándola de modo que sirviera para identificar y construir un elemento definitorio y directivo del constitucionalismo británico o del constitucionalismo sin más según entendía (20). Y *rule of law* nace como algo muy distinto al *imperio de la ley*: se define como regla de competencia de la justicia respecto a un *common law*, a un *derecho común* inglés y no así *ley*, a un derecho cuya misma formación resulta sustancialmente de dicho carácter

---

(16) Jean Louis De Lolme, *Constitución de Inglaterra*, ed. Madrid 1992, *Estudio introductorio* de B. Clavero, pp. 11-85, e *Ìndice sintomático y notas de C.*, pp. 529-536.

(17) K. Loewenstein, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, vol. I, pp. 77-79; David Miller (director), *Tha Blackwell Encyclopedia of Political Thought*, Oxford 1987, instrumento que, entre los diccionarios y enciclopedias que he consultado, es el único cuya voz de *rule of law*, en vez de doctrina, ofrece información, dirigiendo a lo que ahora sigue y en la forma también sustancialmente como se expone.

(18) Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), Londres 1985; la edición de 1915, última que él cuidó, tiene reprint americano, Indianapolis 1982.

(19) H.W. Arndt, *The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law*, en *The Australian Law Journal*, 31, 1957, pp. 117-123; Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Londres 1980.

(20) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, parte I: *The Sovereignty of Parliament*; parte II: *The Rule of Law*, cap. 5: *The Right of Personal Freedom*, cap. 6: *The Right to Freedom of Discussion*, cap. 7: *The Right of Public Meeting*, cap. 12: *Rule of Law compared with « Droit Administratif »; parte III, Relation between Parliamentary Sovereignty and the Rule of Law*, para todo lo que sigue.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

judicial. No es entonces *regla de ley* en su sentido de norma de determinación política, pero ésta otra no deja de concurrir y tener peso.

La introducción de Dicey nos presenta también un parlamento de carácter que se dice *soberano* a los mismos efectos normativos, a efectos legislativos. Sus *leyes*, las *laws* de este origen parlamentario, son normas superiores del mismo *common law* y se imponen así a la justicia. Un principio legislativo de *sovereignty of parliament*, de soberanía del parlamento, precede en su exposición al judicial de *rule of law.* He aquí un círculo que, si no resulta viciososo, se debe a que su cuadratura puede resolverse mediante la presencia de un núcleo indisponible de *rights*, de *derechos* constitucionales en su sentido subjetivo preciso y de alcance directivo último tanto para la actuación judicial como para la práctica legislativa. Si hay una *rule* de alcance general, más que *rule of law*, una regla de derecho objetivo con un componente legislativo discrecional, es la que podemos llamar entonces *rule of rights*, una regla de derechos constitucionales subjetivos que supone no sólo un canon para la justicia, sino también un régimen para el parlamento.

El nacimiento y unos primeros pasos de la *rule of law* no los veo bien expuestos, fuera del mundo del *common law*, ni siquiera en la mejor literatura (21). Y todavía algún paso más entre éstos iniciales nos interesa por lo que haya luego precisamente de plantear la posición más bien distinta del *imperio de la ley*. Dicey plantea una contraposición entre lo que entiende como *rule* constitucional y un régimen de naturaleza que juzga diversa, pero que no identifica con dicho principio de poder de la legislación. El contrapunto para él lo constituye el *droit administratif*, esta otra criatura histórica y en este caso francesa que es el *derecho administrativo*. Aquí aparece un tópico ciertamente más tangible. *Rule of Law compared with « Droit Administratif »*, « la regla de derecho comparada con el derecho administrativo », es un epígrafe de la introducción constitucional de

(21) F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 207-210: « *Rule of law* oder die Vorherrschaft des Parlaments in England »; Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín 1992, traducción de Marina Gascón, con un *epílogo* literalmente extravagante de Gregorio Peces-Barba (*Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, pp. 157-173), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid 1994, p. 27: con Dicey « el *rule of law* se ha transformado en la *sovereignty of Parliament* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dicey enormemente controvertido en su época y aún de nuevo hoy (22), un capítulo considerablemente incisivo a mi juicio (23). No es una comparación tan extraña como pudiera a primera vista parecer. No lo es por la contraposición concreta que Dicey plantea. Ese capítulo presenta el *droit administratif* como un elemento tan definitorio de un sistema contemporáneo no constitucional cual pueda serlo la *rule of law* del constitucional. El uno como la otra no se consideran piezas aisladas respecto al conjunto de sus ordenamientos, sino componentes que pueden justamente caracterizarlos.

En sustancia, el *droit administratif* contrapuesto a la *rule of law* se presenta como todo un régimen no constitucional en el cual un poder teóricamente *ejecutivo* se sitúa, sostiene y desarrolla al margen prácticamente de toda capacitación estrictamente constitucional, tanto de dirección legislativa como de habilitación judicial, dotándose y haciendo uso de una facultad reglamentaria autónoma y de una competencia jurisdiccional propia. En esta exención acumulativa del poder entonces político respecto a *ley* constitucionalmente dicha, la de producción parlamentaria, y respecto a *justicia* también estricta, a jueces no pertenencientes a la propia *administración*, venía a identificarse la ausencia de *rule of law*, de *regla de derecho*, y la carencia consiguiente de entidad constitucional de un régimen como el francés. Ahí quedarían situadas en un campo Inglaterra y en el otro Francia, la primera en el constitucional, con su *rule of law*, y la segunda en el no constitucional, con su *droit administratif*.

La contraposición puede parecer demasiado drástica, y en la época ya ocurrió, pero contiene elementos de fondo indudablemente caracterizadores de los respectivos sistemas, lo que de parte no británica costaría y cuesta reconocer. Podemos considerar, si así lo preferimos, que ambos casos eran constitucionales, el francés como el británico, pero estamos entonces ante dos versiones bien

---

(22) Sabino CASSESE, *Albert Venn Dicey e il Diritto Amministrativo*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 19, 1990, pp. 5-82; el mismo, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 25, 1995, pp. 107-131, aun desde una radical incomprensión a mi entender de las posiciones encontradas.

(23) B. CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, pp. 454-462, en *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995, pp. 419-468.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distintas del constitucionalismo. Habría en tal caso que matizar, corregir o completar apreciaciones de Dicey, pero esto creo que aquí interesa sólo relativamente. Luego diremos algo. De su *Introducción al Derecho de la Constitución*, de la construcción que contiene, creo que importan ahora, más que unas limitaciones reales, unos tipos ideales, unos tópicos que se presentan así contrapuestos, el de *rule of law* por una parte y el de *droit administratif* por otra, el de *regla de derecho* constitucional y el de *derecho administrativo* nada o menos, según se quiera, tal. Si vamos a asomarnos ahora a la historia jurídica de un caso de *rule of law*, como también haremos luego lo propio con algunos de *imperio de la ley*, no es porque nos interese el transcurso efectivo de los casos en sí, sino por la razón y al solo efecto de que queremos ilustrarnos sobre los correspondientes tópicos, sobre dichas tipificaciones.

A un tal propósito, también creo que puede ser más interesante mirar, no la matriz británica, sino el vástago norteamericano, el caso derivado de los Estados Unidos de América, puesto que va a ser en definitiva el más significativo de un entendimiento constitucional de la *rule of law*. Como ya nos advertían los diccionarios, este sentido más general no va a ser hasta hoy el único. La expresión triunfa y arraiga en los medios del *common law*, de este *derecho común*, mas no manteniendo siempre su alcance constitucional, sino aplicándose también en un sentido particularizado que ya podía venirse dando ocasionalmente, significándose así preceptos concretos de origen y elaboración tanto judiciales como legislativos o, lo que podía ser más común, mixtos. Presenta este último carácter el ejemplo que más se repite en los propios diccionarios, el de la *rule against perpetuities*, una regla contra las vinculaciones procedente del siglo XVI que podrá finalmente tenerse por una tal *rule*, por una *rule of law* en toda regla entre muchas otras (24). *Rule of law* puede serlo cualquier norma.

Ambas acepciones, la general o constitucional y la particular o normativa, se encuentran a ambos lados del océano, pero la segunda

(24) B. CLAVERO, *Mayorazgo*, Madrid 1989, p. 468, del capítulo comparativo que esta edición añade. El *Law and Commercial Dictionary in Five Languages* citado sólo sabe ofrecer cierta traducción en alemán: *Fideikommissverbot*, prohibición de fideicomiso; en *spanish*: « regla contra la incertidumbre del derecho de propiedad a perpetuidad ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

va a llegar a ser más característicamente inglesa y la primera, la que aquí nos interesa, estadounidense. Hoy un sistema de *rule of law* se identifica más por la versión americana que por la europea. Acudimos así a ese caso, a un constitucionalismo que se plantea y desarrolla al otro lado del océano sobre la misma base del *common law*, del *derecho común* británico, con el núcleo ya formado de lo que podemos decir *common rights*, de derechos subjetivos constitucionales, sobre esta base de sustentación final de la idea posterior de la *rule of law* (25). Acudamos a dicho caso en busca sólo de la ilustración. No es preciso que nos adentremos en ninguna historia más menuda.

Estados Unidos presenta desde sus orígenes un constitucionalismo formalizado en una medida inédita en Europa. Si hay un momento creativo de un sistema constitucional, de todo un sistema tal, ahí se sitúa (26). Hay base para entender que queda entonces instituida una *rule of law* que no acababa en cambio de regir en Inglaterra (27), pero mal podría establecerse lo que aún no se había inventado. Entre las alternativas que definirá Dicey, en Estados Unidos puede decirse que no había originalmente sistema ni de *droit administratif* ni de *rule of law*. Lo primero resulta desde luego más patente. Desde unos orígenes, allí no cabe el grado de exención de *ley* y de *justicia* que caracterizará al *derecho administrativo*. Mas lo segundo también es constatable. Aunque igualmente hoy se diga que tampoco tenía ya cabida la *soberanía*, este principio de exención de derecho (28), los Estados se alzaron con la condición impidiendo una sujeción eficaz de los poderes políticos a *rule of law*, a *regla de derecho*, se le dijese como se le dijera (29). Mas en Estados Unidos había también desde sus orígenes unos factores que podían no sólo

---

(25) James R. Stoner, *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence 1992.

(26) Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969), Nueva York 1993.

(27) Jack P. Greene y J.R. Pole (directores), *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*, Oxford 1991, la voz *rule of law* debida a John Phillip Reid.

(28) Akhil Reed Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, en *The Yale Law Journal*, 96, 1987, pp. 1425-1520.

(29) John V. Orth, *The Judicial Power of the United States: The Eleventh Amendment in American History*, Nueva York 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mantener, sino también potenciar una determinación judicial del derecho y así eventualmente un sistema de *rule of law* en mayor medida y por encima de la evolución ya paralela del caso británico. Ahí podría reforzarse y dilatarse el espacio judicial propio del *common law*, del derecho de matriz inglesa, un espacio de determinación del derecho que, por considerar a estas alturas *rights* o derechos, resultaba exento de dirección legislativa, de *imperio de la ley* se le dijese como se le dijera.

Los factores son varios y aquí bastará con señalar los principales, uno interno y otro externo a la justicia. Por una parte, la institución inglesa del jurado, una participación ciudadana directa en la justicia, no sólo se afirma y refuerza en América como *right*, derecho de índole constitucional, más así que garantía de *common law* (30), sino que también se consolida y extiende como práctica ordinaria de este orden judicial, con todo lo cual incide en dicho efecto de potenciación de un espacio autónomo de determinación del derecho por esta vía de justicia (31). Por otra parte, también se da en aquellos orígenes del sistema estadounidense respecto a la determinación misma del derecho, junto a la mayor autoridad del jurado, una inferior en cambio de la otra forma constitucional de participación ciudadana, de la ley parlamentaria. La oposición de las colonias al poder legislativo del parlamento británico repercute en la propia concepción y práctica de la legislación en Estados Unidos (32).

Un espacio judicial propio queda así con todo efectivamente reforzado, aunque no nítidamente definido, con el fondo siempre de una competencia primaria respecto a *rights* o derechos más clara entonces, en una primera fase, para los constitucionalismos y las justicias estatales que para los federales. La famosa sentencia de la Corte Federal Suprema *Marbury versus Madison* viene en 1803, no a sentar algún principio nuevo como luego se querrá, sino a ratificar la existencia de dicho espacio constitucionalmente propio incluso a su

(30) J.P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, Madison 1986, pp. 47-59.

(31) Shannon C. Stimson, *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton 1990.

(32) J.P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, vols. III, *The Authority to Legislate*, y IV, *The Authority of Law*, Madison 1991-1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nivel anulando en concreto parte de una ley que ampliaba el campo de la justicia federal contra el tenor literal de la Constitución respectiva (33).

Puede decirse que hay así, sin necesidad del sintagma, una doble *rule of law* cada una con su propio ámbito. Está el espacio de una *rule of law* judicial y está el de una *rule of law* parlamentaria, de un *imperio de ley* si queremos también decir. Son espacios así constitucionalmente limitados, complementándose y sobre todo contrapesándose. El conjunto lo preside un *imperio* o mejor quizá *regla* ni de lo uno ni de lo otro, ni de *justicia* ni de *ley*, sino *de Constitución*, imperio o regla que particularmente se manifiesta por la posibilidad siempre abierta de reformas o *enmiendas* de este rango constitucional que redefinan o precisen las cosas a través de procedimientos extraordinarios de carácter sustancialmente parlamentario. Una *rule* superior o regla de alcance constitucional sentada por la justicia conforme a su competencia respecto a *rights* o derechos podía ser perfectamente revisada o incluso anulada, no por ley ordinaria, sino por enmienda de la Constitución. Este fue el caso señalado de la abolición de la esclavitud por esta vía de reforma constitucional frente a una jurisprudencia que primaba como *right* el derecho de propiedad incluso sobre las personas, acontecimiento que además permitirá a la larga una capacitación más clara de la propia justicia federal respecto a *rights* o derechos (34).

Aquella reforma ya se sabe que costó una guerra civil. Costoso es de por sí el procedimiento de *enmienda*. Precisamente la dificultad extrema o incluso el bloqueo práctico del mecanismo de reforma constitucional en el siglo XX, con manifestaciones como la del fracaso de una enmienda actualísima de no discriminación y la del éxito sustitutivo a las alturas de 1992 de otra obsoleta procedente de 1789 en materia de sueldos federales (35); precisamente esta especie

---

(33) Robert Lowry CLINTON, *« Marbury v. Madison » and Judicial Review*, Lawrence 1989.

(34) Richard C. COSTER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison 1981; Earl M. MALTZ, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*, Lawrence 1990

(35) B. CLAVERO, *¡Àun dicen que la democracia es cara!*, en *Derecho de los Negocios*, 26, 1992, pp. 13-15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de inhabilitación de unas previsiones de evolución y adaptación constitucionales, es lo que va a llevar a una entronización superior de la primera regla, de la *rule of law* en su sentido judicial, por encima de cualquier otra. Resulta la famosa *judicial review* o posibilidad de *revisión judicial* de toda ley en momento contencioso por consideración particularmente de *rights*, de *derechos* constitucionales, esta competencia judicial de *common law* que, acentuándose en tal grado, reduce el espacio autónomo de la *rule* legislativa o invade así el margen propio de la determinación parlamentaria del derecho de nivel tanto ordinario como constitucional. Sintomáticamente, dicho mismo sintagma de *judicial review* o revisión judicial, es también bastante más bisoño de lo que suele creerse. No proviene de principios del siglo XIX, del caso *Marbury versus Madison*, sino que pertenece plenamente al XX (36). Es en definitiva otro tópico, lo que no quiere decir una falsedad, aunque sólo sea porque genera performativamente su propia realidad.

Ya en pleno siglo XX, en su segunda mitad sobre todo, es cuando también se adopta resueltamente el tópico de la *rule of law* para significarse e identificarse un sistema como el estadounidense, para hacer mérito, sustento y defensa del mismo. En lo que aquí nos importa, resulta ser finalmente un régimen *de justicia*, el dicho, lo contrario exactamente a uno de *imperio de la ley*, a lo que éste al menos expresa literalmente. Puede serlo en casa, porque para la representación y propaganda hacia el exterior se traduce sin ambages, como si fuera lo mismo, por tal otra expresión más bien contraria o por la de *estado de derecho* que tampoco por sí adopta dicho sentido de régimen judicial (37).

Advirtámoslo bien. Los mismos contrasentidos de una traducción, aquellos usuales que veíamos, pueden tener explicación sin cobrar por ello sentido. Tras hablarse de esa *rule of law* estadounidense puede perfectamente, sin transición alguna, hacerse referencia

---

(36) Christopher WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Nueva York 1986.

(37) Mauro BARBERIS, *Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 64, 1987, pp. 511-544. Apréciese también en el debate sobre la *Rule of Law* planteado desde su aparición en 1988 por *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a cosas como la *labor creativa de los tribunales*. Es ciertamente lo mismo, un régimen de carácter, no legislativo, sino judicial. Si todos participásemos de la misma lengua inglesa y del mismo sistema americano, no habría problema. El equívoco viene por una traducción que no tiene conciencia; que no guarda equivalencia ni hace advertencia: por aquella versión tan común, y tan autorizada por diccionarios, que comienza por vertir *rule of law* por *imperio de la ley*, como si *rule* significase *imperio* y como si *law* quisiera decir *ley*. Ahí, en esos Estados Unidos, *rule of law* corresponde a *régimen de derecho judicial*, *régimen judicial de derecho* o expresiones equivalentes. Guste o no guste, tal es la traducción.

Para un mundo crecientemente comunicado en pie ya no de desigualdad abierta, mundo en el cual el derecho no puede recluirse en el interior de unas fronteras, los equívocos no sólo afectan al lenguaje, a unas traducciones entre lenguas. También alcanzan a un diálogo jurídico entre sistemas políticos. En el orden interestatal que suele decirse internacional, hoy se predica y normalmente se asume la existencia de un principio común de derecho que tanto se denomina *rule of law* como *imperio de la ley* sin que responda propiamente a los presupuestos judiciales de la una ni a los legislativos del otro, prestándose así a todo género de equívocos respecto no sólo a su entidad, sino también a su predicamento, al valor del mismo. Y no contamos con una expresión común y justa. Luego, al final, será el momento de comprobarlo y reflexionar.

Conviene que volvamos a nuestro campo, al del *imperio de la ley*, puestos ya en antecedentes de una *rule of law* que claramente no es dicho poder y que originalmente tampoco lo representa. Vamos entonces a proseguir con una historia a fin de sopesar una secuela, la *carga quizá invisible, pero condicionante* que la misma puede que arrastre según aviso de Tomás y Valiente. Conviene que sigamos con lo uno, con un pasado, para observar lo otro, un lastre. Vayamos ya con el tópico nuestro, con el de *imperio de la ley*.

4. *Imperio de ley, codificación de derecho, derecho administrativo.*

He anticipado que el *imperio de la ley* como principio no parece anterior a la *rule of law*, pero esto no es lo que suele decirse. Muy al contrario, la mejor historiografía del derecho nos asegura que en la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ilustración del XVIII, más de un siglo así antes del invento de la *rule of law*, se planteó el ideal de un *imperio de la ley* presidiendo incluso un sistema de *separación de poderes*, como también nos afirma que la revolución francesa y la codificación napoleónica vinieron, entre siglos, a dar un cumplimiento (38). Los principales artífices del presunto invento ilustrado serían, para una decisiva formulación general, Montesquieu y, para una importante aplicación sectorial, Beccaria. En lo que interesa a nuestro extremo concreto, el primero dijo efectivamente aquello tan famoso de que el juez es *la boca de la ley*, « la bouche qui prononce les paroles de la loi », pero en un contexto, el del sistema inglés precisamente, en el que difícilmente cabía que *loi* se identificase en rigor con ley de determinación política y en un tiempo además, a mediados del XVIII, en el que sencillamente faltaba en sitio alguno la idea de la misma, de *la ley*, como norma exclusiva y excluyente de dicha determinación (39). El Montesquieu de *El espíritu de las leyes* no es el que luego querrán unos artífices constitucionales (40).

Beccaria habría aplicado a los pocos años el ideal de ley al derecho penal. « Le sole Leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può residere che presso il Legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contrato sociale », escribió efectivamente. « Sólo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social », vertió un temprano traductor al castellano (41). Mas tampoco con ello se expresaba lo que hoy tiende a entenderse. Entonces no podía

---

(38) Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia 1976; Helmut COING, *Europäisches Privatrecht, 1800 bis 1914*, vol. II, *19. Jahrhundert*, Munich 1989, pp. 252-253: « Die Sozialphilosophie der Aufklärung ist von dem Gedanken der Herrschaft der Gesetze im Staat und der Teilung der Gewalten bestimmt ».

(39) MONTESQUIEU, *Oeuvres Complètes* edición de Daniel Oster, París 1964, p. 589, del libro XI, *Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution*, cap. 6, *De la constitution d' Angleterre*, de *De l'Esprit des Loix* (1748).

(40) Giorgio REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Turín 1993, pp. 15-26.

(41) Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764, p. 8; *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Madrid 1784, p. 14, del que se tiene facsímil con presentación de Tomás y Valiente, Madrid 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenerse idea formada de la ley como derecho prescindiéndose para su misma determinación de la concurrencia de la justicia. Un ejemplar con glosas del propio Beccaria en forma manuscrita anota la expresión *le sole Leggi*: « che sono i patti con cui ogni uomo si é unito con gli altri », que son los pactos con los que cada hombre se une a otros (42). No tendría nada más tangible a mano ni a la vista. Excluyendo la justicia a este propósito de determinación del derecho, no podía definir con precisión la ley sin arriesgar el paso de lo que entendía como un despotismo judicial a otro de carácter más político (43). Por lo que aquí nos importa, difícilmente podía formular el principio. A lo que nos va ahora, los conceptos vienen luego. El Beccaria de *Los delitos y las penas* tampoco es el que querrían más tarde unos operarios de códigos.

Nuestro principio, por no ser menos que el de la *rule of law*, todavía se quiere más clásico: « El *imperio de la ley*, que algunos creen producto del constitucionalismo decimonónico, proviene, dentro de la mejor solera jurídica, de Roma... » (44). Mas el hecho es que en toda la cultura histórica del derecho europeo, la de raíces antiguas, formación medieval y vigencia moderna hasta las mismísimas vísperas de nuestra época constitucional que es la revolución francesa o incluso hasta dentro del propio constitucionalismo allí donde éste permanece ajeno a dicha influencia revolucionaria, tal idea, la de *imperio* estricto de la *ley* estricta ni siquiera cabía (45). Y hay más todavía. Ni siquiera la revolución francesa, con su efectiva concepción de una *separación de poderes* bajo la égida de la ley, como tampoco la codificación napoleónica, con su aparente reducción del derecho a legislación, implicaron planteamiento estricto y aún menos entronización definitiva del *imperio de la ley*.

Lo que entonces se produce es una identificación entre ley y derecho que no alcanza dicho efecto, pero que será importante para

---

(42) Edición primera, ejemplar del facsímil con introducción de Luigi Firpo, Turín 1964, p. 8 dicha.

(43) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, pp. 462-483.

(44) Luís ALCALÁ ZAMORA, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires 1979.

(45) Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid 1992, para el momento creativo clave de dicha cultura histórica común europea.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su aparición posterior. Es premisa que en efecto viene con la revolución francesa y que encuentra su formulación paradigmática en la codificación napoleónica, en el título preliminar del código civil más en concreto. Ahí está la ley como expresión ella misma de *soberanía*, de un poder normativo exento él mismo de derecho; ahí tenemos *la ley* como norma de producción política que, respecto al ejercicio de *la justicia*, puede identificarse sin más con *el derecho*, un fenómeno constatablemente inédito y prácticamente impensable con anterioridad (46). A partir de ahí también tenemos unos mecanismos eficientes de imposición de la legislación y de control de legalidad sobre la justicia, comenzándose por la cancelación completa de la existente para la conversión de la nueva, por la que toca a su entidad, en criatura entera de la ley (47). Resultará un sistema en el que no cabrá *rule of law* porque comienza por no admitir *rule of rights*, derechos anteriores al poder legislativo ni a otros poderes constituyentes del Estado. Entronizada de tal modo la ley, no admite derechos con valor propio ni cuando procede a su declaración (48).

Aún no tenemos, ni siquiera por la supeditación de los derechos, el *imperio de la ley*. Puede decirse que hay en Francia un *imperio* y además de *ley*, pero no cabe decir que haya un *imperio de la ley* como principio ni identificatorio del sistema establecido ni desiderativo siquiera para el mismo. Aquella *escuela de la exégesis* o aquel *juez mudo* a los que Tomás y Valiente hacía referencia como modelos hoy claramente negativos, aquellos juristas decimonónicos reducidos prácticamente a lectores aplicados de la ley, crean una imagen engañosa de lo que fuera entonces el derecho porque

---

(46) Stéphane RIALS (presentación), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París 1988, pp. 27-473; Lucien JAUME, *El jacobinismo y el Estado moderno*, Madrid 1990; B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1991, pp. 61-128.

(47) Yves Louis HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, París 1965; Jean Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution 1790-1799*, París 1987; Jean Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France*, París 1995, pp. 231-571.

(48) B. CLAVERO, *« Garantie des droits »: emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en Andrea ROMANO (curador), *Enunciazione e giustiziabilitá dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un convegno in honore di Francisco Tomás y Valiente*, Milán 1994, pp. 19-39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comenzaban por amputarle todo un ámbito público. Su principio de *imperio de ley* no representa *el imperio de la ley*. La misma construcción técnica del sintagma con alcance general no parece ni siquiera anterior a la de *rule of law*, a la de este signo de finales del XIX. La expresión y aplicación de un *imperio de la ley* va a existir desde temprano en la centuria, pero sin dar lugar ni paso a la proposición y construcción de clave constitucional. Y no es descuido. No es que nadie proponga y construya la ocurrencia. Es que la misma cabe en rigor difícilmente por algo ante todo que ya sabemos, por aquel *droit administratif* que Dicey nos señalaba, por un *derecho administrativo* que es también, como la codificación, criatura revolucionaria y de hechura igualmente napoleónica. Y todo esto interesará a una Europa continental que en diversa medida seguirá los pasos de Francia (49).

Codificación del derecho y derecho administrativo sin codificar constituyen dos elementos así diversos, pero de un mismo sistema. Los códigos despliegan la *ley* que rige la *justicia*, un derecho de determinación política que la constituye orgánicamente, la dirige procedimentalmente y tiende a fijarla sustantivamente sin dejarle espacio autónomo. Pero ésta es ahora una justicia cuya competencia estrictamente se delimita mediante la exención expresa de unos poderes, tanto del legislativo como del que se dice ejecutivo, como de un poder gubernativo y administrativo. Èstos de carácter político cuentan entonces con el espacio más autónomo sin contrapesos ni controles que pueda sujetar la ley a Constitución ni el gobierno y su administración a ley. Las mismas Constituciones se plantean ahora de modo que presuponen, cuando no establecen, dicha exclusión de la justicia. O no reconocen entonces derechos o lo hacen de forma programática para dirección discrecional de la ley (50).

---

(49) H. COING (director), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vols. III.1-III.5, *Das 19. Jahrhundert*, Munich 1982-1988.

(50) Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la jurisdiction administrative et de l'administration active*, París 1970; Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* (1973), París 1980; Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, París 1991; Gilles J. GUGLIELMI, *La notion d'Administration Publique dans la théorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, París 1991; Paolo COLOMBO, *Governo e Costi-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

¿Estamos reconociendo el régimen de *droit administratif* que diría Dicey? Efectivamente, he ahí una *administración* con facultad reglamentaria autónoma y con competencia jurisdiccional propia, un poder político que así escapa a ley y a justicia y que tampoco se debe entonces a derechos. Así podía concretamente entenderse la *séparation de pouvoirs*, el principio de *separación de poderes* que se postula desde la revolución. ¿Cómo iba a construirse un *imperio de la ley* bajo tales condiciones? Son cosas sabidas, pero a las que no suele otorgarse su significación constitucional, la inconstitucional para Dicey precisamente.

Un poder gubernativo y administrativo queda excluido del *imperio de ley* que la codificación implica, pero esto no significa que todo el ámbito público resulte exento. La justicia, toda ella una vez que se produce dicha exclusión, queda bajo ley, sujeta a codificación. Su posición, su entidad, su organización, su procedimiento y su determinación, todo ello corresponde y responde a legislación. Tras experimentos revolucionarios de diverso signo, resulta por aquí secundaria e incluso prescindible la presencia del jurado (51), con lo que tal legalización extrema de la justicia puede entenderse como un imperativo constitucional, como lo que podrá llamarse *principio de legalidad*. Es legalidad traída por la revolución y la codificación, lo cual no quiere decir que la misma quede establecida con carácter más general como principio del sistema (52).

Un *principio de legalidad* como tal principio general no estaba producido ni se producirá todavía. Exento se encuentra un poder no precisamente judicial. Unas realidades ya establecidas conspiran contra un presunto *imperio de la ley*. Las propias Constituciones ya

---

tuzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese, Milán 1993; Stefano MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, *La formazione del sistema, 1661-1815*, II, *Dalla contestazione al consolidamento*, Milán 1994-1996.

(51) Antonio PADOA SCHIOPPA (director), *The Trial Jury in England, France, Germany. 1700-1900*, Berlín 1987; Robert BADINTER (director), *Une autre Justice. Contribution à l'histoire de la justice sou la Révolution française*, París 1989.

(52) Roberto MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia, 1789-1791*, Milán 1984; Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA y Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Uno histoire politique du Code pénal*, París 1989; J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, París 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no lo asumirán para sí mismas (53), perdiendo una posición de presidencia del derecho, o de *rule of law* si quiere decirse, que no tendrán medio de recuperar ni proponiéndoselo (54). Aquí no tendremos una *rule of Constitution*, fuera la Constitución ley primera o norma superior a ley. Si estamos tratando de la existencia o de la posibilidad de un *imperio* o de alguna otra forma de régimen del *derecho* sobre el poder, no debemos dejar de subrayar esta diferencia básica del disvalor de la Constitución, de su falta de valor y no sólo de su valor inferior, con respecto al sistema que se dirá de *rule of law*.

Y hay más. Tampoco unas posiciones más sustancialmente constitucionales favorecen entonces ese principio ni este imperio. En el mismo caso de Francia que influirá por la Europa continental, también hay planteamientos de dicho signo más constitucional en cuyas perspectivas tampoco parece caber el *imperio de la ley*. La misma *separación de poderes* intenta constitucionalmente definirse de modo que impida la dirección del legislativo, esta concreta *soberanía*. Otra cosa sería *despotismo*, el que la revolución representa precisamente. Por la primera mitad del siglo XIX podemos encontrar fácilmente la advertencia. Si la « suma autoridad se encuentra reunida a la potestad legislativa, la ley, que no debía extenderse sino a objetos determinados, se extiende a todo, y en tal caso hay una arbitrariedad y una tiranía sin límites ». Es posición que puede sentarse en consideración expresa de derechos, por su reconocimiento y para su garantía, sin el corolario aquí de una capacitación independiente de la justicia. Conculcándolos, *la ley* misma puede incurrir en *ilegalidad*, o en la inconstitucionalidad que supone un derecho o *law* por encima de legislación, pero sin que esto tenga remedio judicial ni ningún otro constitucional. A lo que ahora nos interesa, el *imperio de la ley* puede verse que no cabe (55).

---

(53) Pierre ROSANVALLON, *La Monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, París 1994.

(54) Piero CRAVERI, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Nápoles 1985.

(55) Benjamin CONSTANT, *Curso de Política Constitucional*, « traducido libremente » por Marcial Antonio López, con *Observaciones* del mismo, Madrid 1820, cap. 1: *De la soberanía del pueblo*, cap. 2: *De la definición y diferencia de los poderes constitucionales*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Es un planteamiento constitucional que podrá mantener cierto juego en los ámbitos de la codificación civil y mercantil, en los que más difícilmente así se definirá un estricto *principio de legalidad*. Mas la idea primaria de *imperio de ley* podía también existir y manifestarse. Curiosamente, quien más la abona es un jurista inglés, pero adversario del *common law* y adalid de la codificación (56). En España la tenemos desde la misma primera mitad del XIX (57). A mediados, unas *Lecciones de Derecho Político* pueden exponerla de forma que nos permite apreciar su alcance relativo todavía (58). Se aplica a la revolución francesa como acontecimiento negativo: « Aquel imperio de la ley había sido la tiranía más odiosa ». Pero se le tiene también por un fenómeno más positivo: « Mal entiendo la libertad absoluta de quienes viven sujetos al imperio de la ley ». Esto, tal *imperio de la ley*, tal sujeción, y no ese grado de libertad, es lo que se defiende. Se postulan leyes que atiendan derechos, mas haciendo depender éstos, los derechos de aquéllas, las leyes.

Lo que resulta así absoluto, sin posibilidad de incurrir en *ilegalidad*, es *la ley*, su predicamento. « No hay otros derechos políticos que los nacidos de la misma sociedad, ya formada, y de las leyes ». « No reconozco yo un solo derecho en los individuos ni un solo punto en la constitución que no pueda ser variado o suspendido por la autoridad, se entiende, *que tiene facultad de hacer las leyes y no por otra* ». Priva así expresamente una *omnipotencia parlamenta-*

---

cap. 7: *Del poder representativo y modo de ejercerle*, cap. 22: *De los derechos individuales*; citas, vol. I, p. 35, y vol. II, p. 85. El *Curso* se compone con textos diversos de Constant resultando una sistemática que no es suya. El paso de *illégalité dans les lois* he comprobado que le pertenece: Etienne Hofmann, *Les « Principes de politique » de Banjamin Constant*, vol. II, *Texte établi d'après les manuscrites de Lausanne et Paris avec une introduction et des notes*, Ginebra 1980, p. 482, en una adición de 1810 a dichos *Principes*, principios que constituyen el grueso básico del curso y adición que equivale al capítulo 22 citado.

(56) Manuel Torres Campos, *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1896*, Madrid 1883-1897, índice de autores, remisiones de Jeremy Bentham, a quien naturalmente me refiero.

(57) B. Clavero, *Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, pp. 81-194.

(58) Antonio Alcalá Galiano, *Lecciones de Derecho Político* (1843), Madrid 1984, pp. 55-61, 242-243, 294 y 297-306, para todo lo que sigue, con el subrayado que he comprobado original, de 1843, donde parece una cita sin identificar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ria de alcance bien distinto a la *sovereignty of parliament* pues de ella dependen los *rights*, los derechos, sin posibilidad de interposición de la justicia. La ley rige. Así se procede a la defensa de la codificación, de « los códigos, tan necesarios a mi entender a la felicidad de los pueblos que su importancia es sin duda muy superior a las constituciones », de las cuales se piensa que no deben tomarse como normas iguales a los códigos, pues rigen sin vincular. El *imperio* es *de la ley*. Es « estado regido por leyes ».

Sin embargo, en esas mismas posiciones se nos especifica que estamos ante un *imperio de la ley* o un *estado regido por leyes* más *civil* que *constitucional*, más respecto a los individuos que a los poderes. La misma ley se está afirmando frente a los primeros y no frente a los segundos. Para que se imponga eficazmente en el primer ámbito, en el de los individuos, esta misma afirmación de la ley alcanza a la justicia. La codificación se sabe que no se extiende a la materia administrativa o en general política y la constitución no se admite que sea código. Ya se ve que la ley tiene imperio, un poder y una fuerza, pero también que no está concibiéndose un *imperio de la ley* que defina y rija el sistema. La expresión no es que sea insignificante, pero no se significa como principio. No aparece como un signo distintivo, como una divisa identificatoria. Esto podrá venir más tarde, después de que haga su aparición la *rule of law* como signo y divisa.

Dicho imperio limitado de la ley podía predicarse para España, pero por esto no se imponía. No confundamos planos. La codificación aquí se postula desde unos inicios constitucionales, pero nunca llega a implantarse por entero, con el efecto de que no hay durante el XIX, no ya *imperio de la ley*, sino ni siquiera el *imperio de ley* del modelo francés. Hay uno bastante más discreto y con la consecuencia esto a su vez de generarse un *imperio de justicia* complementario, un poder judicial de determinación del derecho que tiende a concentrarse en un Tribunal Supremo bastante dependiente a su vez de un poder gubernativo. Hay aquí desde el pasado siglo un *stare decisis*, una vinculación de la justicia a decisiones judiciales, lo que se nos ha dicho propio de la *rule of law*, pero presentando un signo bien distinto al faltarle, o mejor fallarle, un sustento, el jurado, y una consistencia, la judicial. Esto se une al hecho de un éxito mayor en la importación del *droit administratif* durante el siglo con relativa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

exención legislativa y superior incapacitación judicial. Quizá no resulte la imagen historiográfica usual de aquella España constitucional, pero por ahí andan unos datos primarios ([59]). De ser así, ¿qué *imperio de la ley* podía entonces realmente predicarse y menos establecerse?

Con todo y en general, un principio constitucional de *imperio de la ley* como característico y definitorio de todo un sistema no es sólo que no estuviera técnicamente formado, sino que difícilmente podía siquiera estarlo a lo largo del siglo XIX y hacia finales, cuando se fragua y forja el signo y la divisa de la *rule of law*. Será más bien una secuela. El progenitor resulta así conocido, mas no hay o no encuentro registro de nacimiento. La genética parece en el caso difusa. Al fin y al cabo la expresión tenía curso tratándose de una cristalización de sentido ante el reto de la *rule of law*. Esto ocurre ya en el siglo XX. Tampoco cuento con espacio actual, por no decir con conocimientos virtual, para una historia más menuda de este tópico del *imperio de la ley*, el principal para nosotros, pero ya sabemos que esto no entra en nuestros propósitos. Excusas aparte, tratamos ahora de entender la posición que ocupa tal imperio respecto a la *rule of law* para ver siempre de poder captar en algo su significación presente.

Los diccionarios nos han dado una pista de que el *imperio de la ley* puede cuajar como traducción de la *rule of law*, una traducción que, por resultar equívoca, pudiera ser interesada. Verter *rule* por *imperio* implica convertir en una expresión de poder otra más neutra. Traducir *law* por *la ley* puede ser más comprensible pues parece más automático, dada la identidad etimológica y el solapamiento parcial, pero pudiera no ser tan inocente desde un origen. Ya sabemos que *rule of law* no es exactamente lo mismo que sería *rule of the law*. Un *law* genérico, sin artículo determinado, apunta a *derecho* y no a *ley*, al conjunto del ordenamiento objetivo y no sólo a una clase particular de norma que también pudiera significar, mientras que la expresión determinada, *la ley*, está indicando más eso segundo, la legislación, que lo primero, que *el derecho*. También es verdad que la traducción pertenece al medio de unas categorías

---

([59]) B. Clavero, *Arqueología constitucional: empleo de universidad y desempleo de derecho*, en *Quaderni Fiorentini*, 21, 1992, pp. 37-87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que responden a los planteamientos de la codificación: *el derecho* es *la ley* como *la ley* es *el derecho* y no cabe teóricamente otra cosa, pero en éstas precisamente estamos. Puede darse así ingenuidad, pero no por ello inocencia. La traducción, como la acuñación, resulta una operación performativa: postula un modo diverso de régimen normativo, no el judicial de la *rule of law*, sino el legislativo de la codificación.

¿Puede hacerlo sin poner en cuestión la pieza complementaria del *droit administratif*? Si la *rule of law* atraía el *imperio de la ley* por vía de traducción a una posición definidora del sistema constitucional, esto no suponía desde luego un riesgo para el régimen de la codificación, pero ¿y para el del *derecho administrativo* y todo lo que particularmente implica en cuanto a exención legislativa y judicial? Una traducción tan sesgada puede evitar la incidencia de la *regla del derecho* respecto a la capacitación de la justicia, pero no lo logra respecto al apoderamiento del gobierno y la administración. Son cosas que en efecto se van a plantear en el siglo XX a propósito de estos tópicos. Mas antes de llegar a ellas, a unas novedades, conviene que nos detengamos todavía en el XIX. En este tiempo, con anterioridad así a que se produzca la acuñación estricta del *imperio de la ley*, una tópica constitucional se va a enriquecer con otros aportes que interesarán a las relaciones entre aquella *regla* y este *imperio* así como al alcance particular de éste último. Sigamos tomándole las medidas, por tomarle finalmente las distancias, al peso de la *carga quizá invisible, pero condicionante* advertida por Tomás y Valiente.

5. Selbstverwaltung, Rechtsstaat, Rechtssatz.

Imperio de la ley y *rule of law* no van a enfrentarse limpiamente. El primero cobrará cuerpo y sentido a rastras y a contrapié de la segunda, pero no cara a cara. El encuentro no se producirá en campo abierto, sino en terreno cultivado. La cultura la ponen unos medios que, no participando de la *rule of law* ni acogiendo la fórmula de codificación y derecho administrativo, intentan construir su propio sistema y establecerlo por vía doctrinal, por esta suerte de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hegemonía social (60). No vienen de un constitucionalismo como el británico ni atraviesan una revolución como la francesa. Se trata de otros medios europeos continentales, fundamentalmente alemanes. Desde mediados del siglo XIX, construyen una serie de tópicos que van a producir interferencias de primer orden: *Selfgovernment*, *Rechtsstaat* y *Rechtssatz*, esto es, *autogobierno* dicho así en inglés*, y estado de derecho* e incluso *regla de derecho* dicho y dicha en alemán. Son también inventos más que descubrimientos, artefactos culturales más performativos y conformadores que intelectivos y analíticos. Y tienen también nacimiento, unas décadas anterior a la *rule of law*, e incluso nación, la alemana todavía por entonces más cultural que política.

Selfgovernment es otro tópico presuntamente definitorio del constitucionalismo británico y por extensión del estadounidense, pero de producción no propia, sino alemana. Puede hacer la competencia a la *rule of law*, pero sobre todo cabe que interponga una representación incompatible. Apunta primariamente a un elemento que Dicey no admitiría en su *Introducción al Derecho de la Constitución* por chocar con el principio para él básico de *sovereignty of parliament*, de soberanía del parlamento, y también por estorbar la posición de la *rule of law*. No es raro que ambas ideas corran luego extrapolándose y caracterizando conjuntamente un constitucionalismo, pero históricamente resultan en efecto incompatibles, más incluso de lo que pudiera parecerle al mismo Dicey. Y esto es porque *selfgovernment* no significa entonces exactamente lo que la palabra dice, *autogobierno*. No vamos a sorprendernos a estas alturas de que tales cosas ocurran. Estamos en guardia.

El tópico se produce a mediados del XIX por juristas prusianos o en general alemanes y por necesidades e intereses naturalmente propios, tratándose de perfilar un modelo de relaciones entre el Estado y las corporaciones territoriales y locales internas sobre un fundamento que se identifica con ese término inglés de *selfgovernment*, pero que atiende al establecimiento de la presencia estatal en un medio de fuertes autarquías corporativas, de esta base efectiva

(60) Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán 1979; Pierangelo SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bolonia 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que no ha pasado por una revolución como la francesa (61). *Selfgovernment* se dice en inglés, pero *Selbstverwaltung* en alemán, esto es, no entonces *autogobierno*, sino *autoadministración*. Realmente se miraba a la autonomía local, pero mediante la superposición de administración supralocal, aunque así también con resistencia a la imposición incondicional de ésta. Se entraba así en la órbita del *droit administratif* presente y cercano, no por el camino de la *rule of law* futura y algo menos vecina. Hasta tal punto la *Selbstverwaltung* responde a unos supuestos diversos a los presuntos del *selfgovernment* que, cuando se considera entonces su extensión más allá de la administración local o territorial, su aplicación al Estado no se produce en una línea que pudiera decirse democrática, sino en esa dirección del *droit administratif*, entendiéndose expresamente que el gobierno y la administración estatales han de gozar también de su propio espacio de autonomía, de su *Selbstverwaltung* (62).

Resulta así el *selfgovernment* efectivamente un tópico continental y no británico, como no dejó de ponerse en evidencia ya por su tiempo (63). Aunque también en la época podrá esto olvidarse, como comprobaremos, no fue ningún secreto (64). Prevengámonos así también contra el equívoco. Sigamos poniéndonos en guardia. Si quiere traducirse entonces la expresión manteniéndose el sustantivo,

---

(61) Fabio RUGGE, *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milán 1989.

(62) M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, pp. 213-231; Bernd WUNDER, *Verwaltung*, pp. 80-85, en Otto BRUNNER, Werner CONZE y Reinhart KOSSELLECK (directores), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politischsozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart 1972-1992, vol. VII, 1992, pp. 1-96; Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentichen Rechts in Deutschland*, Munich 1988-1992, vol. II, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft, 1800-1914*, pp. 385-393; F. RUGGE, *« Selbstverwaltung ». Metamorfosi di una nozione costituzionale nella Germania contemporanea*, en P. SCHIERA (director), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bolonia 1993, pp. 163-200; Wolfgang POEGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht. Ein Beitrag zur Rezeptions und Wissenschaftsgeschichte, 1748-1914*, Berlín 1995, pp. 80-88.

(63) Josef REDLICH y Francis W. HIRST, *The History of the Local Government in England* (1901-1903), Londres 1958; W. POEGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht*, pp. 100-106.

(64) Rudolf von GNEIST, *L'Amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, original de 1860, Turín 1896, sin registro de traducción, vol. I, pp. 45-54: Conrard BORNHAK, *Rodolfo Gneist* (necrología), p. 52: « L'idea (*selfgovernment*) è puramente tedesca, e propriamente prussiana, e non inglese ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hágase, no por *autogobierno*, sino por su contrario, por *heterogobierno*. Guste o no, eso denotaba en aquel medio. Compréndase el equívoco, pues los tópicos no significan por sí mismos, sino por su función.

Es lectura que debe igualmente aplicarse a las otras ocurrencias de aquellos medios. Tenemos también la del *Rechtsstaat*, pues es así directamente en alemán como hace su aparición entonces aquella expresión de *estado de derecho* que unos diccionarios hoy registran como uno de los posibles equivalentes a la de *rule of law* incluso con preferencia en la actualidad al de *imperio de la ley*. Tampoco originalmente es que lo resulte. Comenzaba dando el Estado por supuesto, teniéndolo por preconstituido, planteándose además su regulación no tanto mediante dirección de ley y habilitación de justicia como por medio de determinaciones y controles propios, aun presentándose también tendencias más legalistas y bajo ley, tan limitadamente, judicialistas. Se operaba en este punto sobre la base de monarquía de derecho histórico que se resistía a la constitucionalización. La posición no resulta así ajena a la órbita de la codificación, promocionándola, ni tampoco a la del *droit administratif*, favoreciéndolo al menos en su versión dominante. La habilitación de unos poderes gubernativos y administrativos del Estado preconstituido no tenía por qué precisar ley, cabíendo que se sometieran a su propia dirección y a sus propios controles. Entendido así, el *Rechtsstaat*, este *estado de derecho*, podía también ofrecer no una forma de traducción de la *rule of law*, sino un impedimento a la comunicación (65).

También he dicho que estos medios doctrinales produjeron lo que a primera vista parece una traducción exacta y así comprometida de *rule of law*: la *Rechtssatz* o *regla de derecho*. Como ya desconfiamos, de tanto ponernos en guardia, comprobemos. No nos

(65) F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 203-207; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, pp. 279-315; Ernst Wolfgang BOECKENFOERDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfänge der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, edición ampliada, Berlín 1981, pp. 126-209; Görg HAVERKATE, *Staat*, pp. 74-77, en O. BRUNNER, W. CONZE y R. KOSSELLECK (dirs.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. VI, 1990, pp. 4-98; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentichen Rechts in Deutschland*, vol. II, pp. 172-176, 258-265 y 276-280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

extrañará que la expresión, insertándose en un medio extraño, se desvirtue o venga a significar otra cosa. *Rechtssatz*, *règle de droit*, *regla de derecho*, esta *rule of law* en otros idiomas europeos, es principio que vino a entenderse definitorio de la misma ley produciéndose así una identificación, pero esto, no a los efectos de recepción de un canon constitucional de derechos con la correspondiente primacía de la justicia, sino como criterio de delimitación de una *reserva de ley* o campo de competencia propia que se determina por consideración de los mismos, de los derechos, potenciándose así el poder legislativo sobre ellos y asegurándose de tal modo también el espacio de autonomía para el gobierno y la administración sobre un resto. Así resulta que, con *regla de derecho* incluso, puede mantenerse el apoderamiento gubernativo del *droit administratif* o esta específica *séparation de pouvoirs*, una *separación de poderes* favorable a éstos mismos en una medida impensable desde los presupuestos de la *rule of law*. Dada la forma de identificación, *regla de derecho* no implica riesgo de poder. Tampoco parece encerrarlo por sí sola sin dicha ecuación con ley. Fuera de su contexto constitucional, del *common law* de este alcance, la fórmula resulta descomprometida. *Regla de derecho* podía entenderse que incluso comprendía el *droit administratif* (66).

Los mismos giros no significan lo mismo. Ambas *reglas de derecho*, la de producción alemana y extensión continental como la

(66) F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 245-253; E.W. BOECKENFOERDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, pp. 226-329; Marie Joëlle REDOR, *De l'Ètat légal à l'Ètat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste françaisse, 1879-1914*, París 1992. Veo en directo a Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie generale de l'Ètat, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, París 1920-1922, vol. I, pp. 300-326; *La loi, expression de la volonté génerale. Ètude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París 1931, pp. 6-15, que se basa al efecto principalmente en la edición francesa del *Deutsches Reichsstaatsrecht* (1894) de Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París 1900-1904, mas no he confrontado la construcción alemana con la adopción francesa ni tampoco sé si la primera ya figura en la versión previa de la obra de Laband, en su *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, que data de 1876-1878 (M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. II, pp. 341-348), con lo que así tendríamos, para la misma expresión de *regla de derecho*, una anticipación de correspondencia que vendría a sumarse a las del *imperio de la ley* y del *estado derecho*. Ya digo que es una historia internacional a varias bandas en buena parte por hacer.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de factura inglesa y exportación norteamericana, son *reglas de derechos*; son incluso *rule of rights* como *rule of law*, pero en sentidos diametralmente opuestos. Una, la *Rechtssatz* y equivalentes, entiende que los derechos definen el ámbito material de la ley, una reserva de competencia, siendo así la función legislativa la regulación constitutiva de los derechos mismos, subordinando a la justicia. La otra, la *rule of law*, ya sabemos que supone lo contrario, una dirección del ordenamiento por parte de los derechos con capacitación inmediata e independiente de la justicia.

La *regla de derecho*, la correspondencia literal de la *rule of law*, está más presente en la literatura constitucional de la Europa continental de lo que suele hoy reconocerse. La encontramos incluso en una posición similar, no reducida así exclusivamente a criterio de demarcación y apoderamiento de la ley, sino elevada incluso a principio. Puede anteponerse expresamente al Estado entero como premisa suya, pero sin que cobre por ello valor normativo propio ni cuerpo constitucional alguno. La misma justicia, igual que la ley, es el Estado quien aquí la genera y la presta, no cabiendo de otro modo. En este contexto, se plantea y maneja, pero no se consagra y consolida, una identificación neta de la *regla de derecho* como *regla de derechos*, de los principios como *rights*, como algo que ni siquiera aquí se distingue con nombre propio. Resultan así planteamientos que, no contando a su nivel con justicia, se disuelven en filosofía para lo que interesa precisamente a la *regla de derecho* (67).

Es un contexto en el que pueden concebirse *derechos subjetivos* de interés constitucional. Se concretan como *derechos públicos*, unos derechos de titularidad subjetiva y de garantía pública, los *derechos públicos subjetivos* de los que se hacen cargo las leyes o también la Constitución y que así, de dicho modo y no de otro, tienen el amparo de la justicia. La misma *Rechtssatz* o *regla de derecho* puede aplicarse, mirando a derechos, a la norma constitucional, resultando entonces una forma de delimitar campo propio de competencia y así de disposición, no de subordinación. La Constitución opera como ley y como ley superior, sin cabida para alguna *rule of law* que pueda regirla, sin esta posibilidad de justicia. La doctrina asume como

(67) Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* (1920), París 1927-1930, vol. I, *La règle de droit* y *Le problème de l'Ètat*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

predicados propios unos *derechos*, pero, con su premisa anterior del *derecho público*, puede conocer incluso la derivación hacia la cancelación de los mismos, hacia una negación de *rights* que en realidad nunca ha reconocido. *Recht* podrá ser *Reich*, imperio máximo (68). Pero no creo que aquí haya de importarnos la derrota claramente no constitucional más que el arranque problemáticamente tal. El *Rechtssaat*, el *estado de derecho*, y la *Rechtssatz*, la *regla de derecho*, han nacido en el continente europeo sin un principio de reconocimiento y garantía de *derechos*, sin esta base constitucional de justicia. No podían confluir con la *rule of law* y pueden en cambio interferirla e incluso impedirla.

La interferencia histórica entre *Rechtssatz* y *rule of law*, con el efecto de cegamiento de la segunda, pasa hoy usualmente desapercibida, con la inadvertencia más sustantiva que ello supone respecto a su alcance radicalmente reductivo, cuando no cancelatorio, de derechos constitucionales. La misma expresión alemana de *regla de derecho*, dicha *Rechtssatz*, ha acabado por traducirse y suele hoy vertirse como *precepto jurídico*, *proposición jurídica* u otras expresiones que velan su posición pretérita como tópico que le pudo hacer entonces tan eficazmente la competencia a la *rule of law*, reproduciéndose así todavía el eclipse, bien que sea sólo parcial (69). Es una óptica o falta de ella desde la que pueden verse derechos sustancialmente constitucionales en historias que propiamente los desconocen o que no los conocen porque al final vengan a ellos (70). El mismo lenguaje de los *derechos públicos subjetivos* como signos del *estado de derecho* ha podido recobrar valor, pero sin acabar de solventar la

---

(68) Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, Princeton 1983; Massimo La Torre, *La « lotta contro il diritto soggettivo ». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milán 1988.

(69) Ricardo García Macho, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona 1988, pp. 29-42; José María Baños, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)* , Madrid 1991, pp. 44-48; Luís Villacorta, *Reserva de ley y Constitución*, Madrid 1994, pp. 4853.

(70) José M. Romero, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid 1983; Gonzalo Maestro, *Los derechos públicos subjetivos en el constitucionalismo español del siglo XIX*, en *Scienza e Politica per una Storia delle Dottrine*, 12, 1995, pp. 51-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dependencia de la ley porque ésta sea al fin la constitucional, la Constitución considerada como norma suprema y sin causa así propia de derecho indisponible superior (71). Aun con *imperio de ley*, con uno que ya se conforma a una *regla de derechos*, tenemos así también una concepción del *estado de derecho* que puede decirse sin duda constitucional (72).

Seguimos en todo caso no sólo sin *rule of law*, sino también con un *imperio de la ley* tan dispuesto a presumir equivalencia constitucional como predispuesto a no reconocer deficiencia judicial. En estas condiciones, si intentamos recuperar la traducción literal de *regla de derecho* por recobrar el sentido original, podemos también con facilidad arrastrar la denotación que así resiste y que no es precisamente de *regla*, sino de *imperio*, y tampoco entonces estrictamente de *derecho*, de un derecho de derechos. Al final, a estas alturas, la *rule of law* parece condenada a no tener ni siquiera posibilidad de la traducción exacta que parece en principio tan sencilla. Algún aviso, aunque inconsciente, se encerraba en los diccionarios cuando no la ofrecían. La *carga quizá invisible, pero condicionante*, de la que nos avisaba a conciencia Tomás y Valiente, está haciéndosenos perceptible sin parecer que por ello pierda peso, sin dejar de condicionarnos.

6. Recht y right; *ley y* law.

Rechtssatz, *règle de droit* o *regla de derecho* dicha en algún idioma europeo continental no significaba automáticamente ni *rule of law* ni *rule of right* por separado ni conjuntamente. Hay una dificultad primera de carácter lingüístico, pero que es al tiempo constitucional. La raiz clásica de derecho, *rectum* o *directum*, ha acabado asumiendo en inglés, en la forma *right*, un sentido de derecho subjetivo, mientras que en estas otras lenguas, en las versiones *Recht*, *droit*, *derecho* u otras más del ámbito europeo, como también *diritto*, mantiene un sentido de ordenamiento obje-

(71) Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid 1994.

(72) Francisco Laporta, *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1994, pp. 133-145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo. Estrictamente, por estos otros medios lingüísticos no hay un modo propio de expresar un derecho subjetivo constitucional que no presuponga derecho objetivo y dependencia por ende del mismo. El uso indiscriminado del propio término de *derecho* para ambas acepciones abunda en ello. La indistinción terminológica ya de por sí debilita el discernimiento conceptual a costa de la acepción sobrevenida que es precisamente la de derecho subjetivo constitucional, este sentido de libertad.

La distinción está entre las criaturas que tienen registro conocido de nacimiento. Tampoco es antiguo ni medieval como tiende usualmente a presumirse. Es de unas vísperas constitucionales, de las inglesas que son las primeras. A mediados del siglo XVII, Thomas Hobbes se empeñó en hacer la distinción entre *lex* o *law* como orden o establecimiento de derecho y *ius* o *right* como libertad o premisa de derechos. « The names *lex* and *ius*, that is to say, law and right, are often confounded, and yet scarce are there any two words of more contrary signification ». « Invenio voces *legem civilem* et *jus civile* a scriptoribus promiscue usurpatas esse, quod fieri non debet. *Jus* enim *libertas* est »; « I find the words *lex civilis* and *jus civile*, that is to say *law* and *right civil*, promiscuously used for the same thing, even in the most learned authors. For *right* is *liberty* ». « Multum ergo interest inter *legem* et *jus*; *lex* enim *vinculum*, *ius libertas* est, differuntque ut contraria »; « there is a great difference therefore between *law* and *right*. For law is a *fetter*, right is *freedom*; and they differ like contraries » (73).

Hobbes nos dice que hasta los expertos eran en su época promiscuos por no saber distinguir como él entre *law* y *right*, entre unos términos cuya diferencia puede llegar a la contradicción pues el uno, *lex* como *law*, denota sujeción, y el otro, *ius* como *right*, libertad. Ellos, los expertos de la época, con razón replicarían que él

(73) Thomas HOBBES, *Tripos*, II, *De Corpore Politico or the Elements* of *Law*, en sus *English Works*, edición de William Molesworth, vol. IV, Londres 1840, p. 222; *De Cive*, en sus *Opera Philosophica quae latine scripsit*, mismos créditos, vol. II, 1839, p. 315; *Philosophical rudiments concerning Government and Society*, en las inglesas, vol. IV, 1841, p. 1841; *Leviathan, sive de Materia, Forma, et Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis*, en las latinas, vol. II, 1841, pp. 102 y 209; *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, en las inglesas naturalmente, vol. III, 1839, pp. 117 y 276; obras de entre 1640 y 1657, el *Leviathan* de 1651.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inventaba; que comenzaba por inventar algo tan insólito y vulgar para entonces como el sujeto individual de la libertad y del orden, esta auténtica premisa, si no de un constitucionalismo propio, de todo sistema por venir que realmente merezca la denominación (74). Derecho subjetivo de sujeto individual con alcance constitutivo para el ordenamiento social, he aquí el invento redondo de Hobbes. También buscándose antecendentes resulta en rigor suyo (75). En él echa sus raíces la distinción de transcendencia constitucional entre *right* y *law*. En lo que toca al menos a un lenguaje, ya vemos el éxito en inglés y el fracaso en otros idiomas, el latín incluído con todos sus romances.

Al cabo de un siglo y a distancia todavía largamente de otro para llegar al invento de la *rule of law*, en la segunda mitad del XVIII, la distinción ya se encuentra plenamente consagrada, con *right* como libertad (76). Los *Commentaries* de William Blackstone que constituyen el puente principal de comunicación de *common law* entre Inglaterra y la América británica ni refleja duda alguna al propósito ni tiene necesidad de vindicar unas acepciones ya pacíficas (77). *Right* y *law* no se confunden, implicando el uno premisa de libertad y el otro corolario de orden. Como elemento igualmente consagrado del sistema, aparece ya también una soberanía parlamentaria en la forma incluso más enfática de *omnipotence of parliament*, pero comprendiéndose en el seno de un entendimiento del derecho, de una *construction* del *common law*, que mira a los *rights* antes y por

---

(74) Pietro COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Da Hobbes a Bentham*, Milán 1974; B. CLAVERO, *Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán 1990, vol. I, pp. 153-171.

(75) Richard TUCK, *Natural Rights Theories: Their origin and development*, Cambridge 1979, pp. 119-142.

(76) J.P. REID, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago 1988.

(77) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. A facsimile of the first edition of 1765-1769*, con introducciones de Stanley N. Katz, A.W. Brian Simpson, John H. Langbein y Thomas A. Green, Chicago 1979, vol. I, *Introduction*, sección II: *Of the Nature of Laws in general*, sec. III: *Of the Laws of England*; libro I: *Of the Rights of Persons*, cap. 1: *Of the absolute Rights of Persons*, cap. 2: *Of the Parliament*, con lo que sigue para lo que ahora nos importa. Y obsérvese también que es reprint americano como el que hemos registrado de Dicey.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

encima de los *statutes*, a *los derechos* como canon de *las leyes*, de un modo que, sin la fórmula costruída de *rule of law*, ya encierra sustancialmente la composición de Dicey. *Statute* o estatuto es el término técnico que viene a significar *ley*, la norma de producción parlamentaria, evitando la confusión a la que se presta *law*. Ya estaban así los elementos que hemos visto desarrollarse en América hasta llegar a la identificación de *rule of law* que hoy prevalece.

Ya estaba marcada al efecto una diferencia entre el inglés y otras lenguas europeas que no se superará porque éstas otras también conozcan a continuación la experiencia de una historia constitucional. En una tenemos *law* para orden y *right* para libertad; en otras, *derecho* como comodín de unas acepciones tan dispares y aun como fuente de unas confusiones ulteriores, pues su sentido objetivo tampoco a su vez sirve para distinguir entre *ley* y derecho. Fuera del inglés no habrá términos específicos para distinguir propiamente ni la libertad constitucional ni la norma parlamentaria. No los hay para la distinción más elemental entre libertad y ordenamiento. Son desde luego datos lingüísticos nada desconocidos, pero que no siempre se advertían ni que siempre se advierten (78).

Un diccionario cuatrilingüe de entradas francesas presenta un desarrollo detalladísimo de *droit* con la correspondencia primera española de *derecho*, alemana de *Recht* e inglesa de *law*. Cuento unos ciento setenta y cinco sintagmas construidos con el término principal de *droit* y sus correspondientes dichos. El primero es *droit administratif*, *derecho administrativo*, *administratif law*, *Verwaltungsrecht*, pero esto es una jugada, buena o mala según se prefiera, del orden alfabético. Entre tantos, sólo echo en falta uno: el de *rule of law* precisamente, pero es el francés y no el inglés la lengua que rige. Llegando *right* en inglés, la mejor correspondencia general primera que se le encuentra es *titre, título* y *Anspruch*. Rigiendo estas otras lenguas, tampoco tiene así entrada su sentido constitucional, el que pudiera definir una *rule of rights*. La expresión de *statute law*, esto es, la legislación parlamentaria o el derecho creado por ella, este sentido específico de *ley*, encuentra las correspondencias de *droit écrit*, *derecho escrito* y *geschriebenes Recht*, o también *droit légal*,

(78) B. CLAVERO, *Institución histórica del derecho*, Madrid 1992, pp. 9-16, como primera lección.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho legal y *gesetzliches Recht*, nada que tampoco realmente rinda un sentido constitucional, que lo traduzca y comunique. Aun con toda su inconsciencia, o precisamente por ella, estamos ante un buen mapa de unos malos escenarios, los de unas lenguas continentales expresivas de unos derechos constitucionales o no se sabe entonces si tales (79).

Las secuelas están viniendo por sí solas a la vista. Sin la debida distinción, la misma *regla de derecho* que mira a derechos, la *Rechtssatz* o *règle de droit* que vimos, puede servir más fácilmente de criterio para sujetarlos a la ley y no para establecer un canon constitucional sobre la misma. *Regla de derecho* dicha en cualquier idioma salvo el inglés puede así predicar que los derechos no deben ser ignorados desde luego, pero que los mismos han de ser atendidos por la legislación, esto es, que han de ser no sólo regulados, sino también generados de forma legislativa, sea ésta también constitucional. Otra no cabe. La operación resulta lingüística antes que jurídica, pero no parece que el problema de la lengua esté en el origen de la dificultad del derecho. Si hay un reto de comprensión y traslación de una *rule of law* como *regla de derecho* que no se identifica con *regla de ley* porque presupone ante todo la existencia de una *rule of right*, de un régimen o valor normativo propio de unos derechos subjetivos, este reto no es desde luego lingüístico, sino netamente constitucional. La misma diversidad semántica es efecto y no causa de la diferencia jurídica.

Nuestros tópicos han de situarse y entenderse en su propio sistema semántico que no es exclusivamente lingüístico, sino también y ante todo jurídico. Si aquí nos interesa una serie de motivos no es tampoco por su entidad intrínseca, sino como tópica alternativa que puede interferir y hasta eclipsar la *rule of law*, este otro tópico, en la forma incluso de presumir correspondencia y aún traducción. Nos importa así la posición. El motivo de la *Rechtssatz*, el del *Rechtsstaat* y también el continental, que no inglés, del *selfgovernment* podían poner en cuestión las versiones más severas del *droit administratif*, pero no salían por ello de su ámbito. No

(79) Edgard Le Docte, *Dictionnaire de termes juridiques en quatre langues. Diccionario jurídico en cuatro idiomas. Legal dictionary in four languages. Rechtwörterbuch in vier Sprachen*, Madrid 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venían al de la *rule of law* ni siquiera nombrándola. La mención es en vano. No pertenecen a un mundo distinto al de la codificación con su relativo *imperio de la ley*. Esta misma es idea que puede darse y afirmarse perfectamente en dichos medios de *regla de derecho*, de *estado de derecho* y de *autoadministración.* El motivo británico de la *rule of law* ya sabemos de sobra que tiene otro alcance. No está de más repetirlo: pone ante la cuestión constitucional de la *regla del derecho* y de un derecho que, por implicar derechos, no es disponible para el poder político ni constituible tampoco por el mismo. Ante esto, la ocurrencia de traducir dicho tópico por *imperio de la ley*, por *estado de derecho* o incluso *regla de derecho* no da cuenta, pero puede rendirla. Puede suponer a estas alturas algún compromiso con el derecho mismo.

Unas traducciones podían producir por sí mismas un sesgo, pero también un compromiso. Ante la *rule of law*, ninguna de ellas, ni *imperio de la ley* ni *estado de derecho* ni *regla de derecho*, servía para legitimar plenamente un sistema de codificación y de *droit administratif*, de ambas cosas, como es finalmente en general, con todas sus modalidades, el continental. En dicho contexto y bajo dichos supuestos de poder o de *separación de poderes*, dichas expresiones comprometen. Ya lo hace por sí misma la correspondencia que, como nos indicaba un *Vocabulario jurídico* datado en 1930, parece imponerse en primer lugar, la de *imperio de la ley*, *règne de la loi* o *Herrschaft des Gesetzes*. Identificada la ley con el derecho, puede entenderse como *imperio del derecho* que no sustrae poder legislativo, sino al contrario, pero que compromete la posición del poder gubernativo y administrativo. Marca el imperativo de dirigirlo por ley y sujetarlo por tanto a la correspondiente justicia subordinada a la legislación, pero independiente de gobierno y administración. La expresión de *estado de derecho*, sobre el supuesto mantenido de su identificación con la ley, podrá abundar en esta misma línea. La de *regla de derecho* ya he dicho que tenderá sintomáticamente a perderse. Con la *rule of law*, por su parte, no es que no haya traducción. Es que no hay ni siquiera comunicación. Estamos en otro sistema.

Entre sistemas más o menos constitucionales, en mayor o menor medida según se quiera, pero de fondo indudablemente diverso y estructura patentemente dispar, los de *rule of law* de una parte y los

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de *imperio de la ley* y otros tópicos de otra, ya se ve que no se trata de un supuesto puro y simple de traducción. Ni traduciéndose literalmente se comunica. La *rule of law* postula en su medio la sujeción de poder a derecho de una forma que no puede rendir la mera expresión de *regla de derecho*. Desde la introducción de Dicey hasta las definiciones de unos diccionarios, el acento se pone en ese punto, en el derecho del ámbito público, de lo que efectivamente adolecía el régimen de codificación y *droit administratif* en la medida en que la una podía escapar a derecho y el otro entonces a ley y justicia. De producirse la comunicación, el contraste podría darse quedando más en evidencia la parte ajena a *rule of law*, la que ensaya o interpone traducciones. He ahí el punto constitucional. Las dificultades no eran ni son exclusiva ni principalmente lingüísticas. La historia por hacer es también jurídica.

Si lo ponemos en términos finalmente más constitucionales que los de Dicey, en unos que nos resulten más actuales, no se trataba de que en el régimen ajeno al de *rule of law* faltase ordenamiento, sino de que el mismo carecía de la legitimidad democrática de dirección efectiva por ley parlamentaria y de la legitimidad jurídica de control eficaz por justicia independiente, y digo aquí jurídica como calificativo, no de derecho, sino de derechos, de los derechos constitucionales que así, judicialmente, cabe garantizar de cara a un poder, al gubernativo y administrativo, si no también al legislativo. No digo que el constitucionalismo de *common law* satisficiera con suficiencia estos requisitos, sobre todo el primero, el de democracia, sino que en el de codificación y derecho administrativo cabían peor, sobre todo el segundo, el de justicia. Con la legitimidad histórica añadida del *common law*, unos *rights* o derechos, y no una ley democrática, era lo que importaba a Dicey y lo que significaba entonces la *rule of law*: un régimen de derecho que lo era de derechos, *rule of rights*. Era la clave.

Y esto, la clave, era lo que peor, si algo, cabía en dicho otro régimen, en aquel que había no solamente eximido de derecho al poder, sino también concebido el mismo derecho como ley hasta el punto de no dejar espacio propio a la justicia, hasta este verdadero extremo. ¿Qué *rule of law* de sentido no legislativo, de un sentido antes judicial, cabe entonces ni siquiera traduciéndose? Una traducción exacta era constitucionalmente imposible. Es parte crucial de la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carga quizá invisible, pero condicionante anunciada por Tomás y Valiente que estamos intentando medir por el interés que él mismo nos marcara, no sólo teórico, sino también práctico, o también prudencial como corresponde al derecho.

7. *Corresponsales de* rule of law*: imperio de la ley, estado de derecho, principio de legalidad,* selfgovernment, *revisión judicial.*

La versión de *rule of law* como *imperio de la ley*, la más generalizada todavía, no ofrece desde luego el entendimiento, sino que consagra más bien la incomunicación. Tampoco es que la de *estado de derecho*, que hoy tiende a imponerse, no produzca interferencias estorbando igualmente la interlocución. Mas una comunicación no queda del todo nunca interrumpida ni vuelve ya a cortarse. No hay una ignorancia ni un desentendimiento completos. Hemos visto que incluso en la traducción al fin y al cabo más sesgada, la también más inconsciente de *imperio de la ley*, puede encerrarse un compromiso, dadas unas condiciones en las cuales, frente a lo que suele aún presumirse, la ley realmente no impera. En la medida en que existe un transfondo común que mira a los derechos, alguna comunicación y además constitucional siempre cabe. Alguna correspondencia tenemos.

Unas versiones son sesgadas, pero no ciegas. Traducir un *law* de sentido más judicial que legislativo, el de *common law*, por *la ley* puede neutralizar de entrada dicho elemento de justicia en un medio, el de la codificación, que ya tendía a anularla como función independiente o que había incluso logrado esta neutralización, reduciéndola a aplicación propia, a transmisión de ley. La traducción de *imperio de la ley* puede así constituir una reacción defensiva frente al predicamento creciente de la *rule of law* aparentando su reconocimiento como regla *de la ley*, no *del derecho*, o del derecho también, pero bajo el entendido de su identificación con la ley. Mas esto es lo que, dado el contexto, implica también compromiso. La predicación de la ley como principio no viene exclusiva ni exactamente a asegurar y reforzar un sistema establecido.

En un medio de *droit administratif*, que puede y suele ser el mismo que el de la codificación, predicar el *imperio de la ley*, adoptar este principio por traducción en su caso de la *rule of law*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significa poner en cuestión dicho régimen de poder más autónomo: postular su sujeción a derecho, a un derecho que sigue sin quererse concebir en otros términos que los de *la ley*, sin espacio propio para la justicia, pero con presencia obligada suya para la efectividad de la ley misma. Sujetar el poder a la dirección legislativa puede suponer por sí una novedad y puede abrir además la competencia de la justicia aunque sólo entonces sea en los términos transitivos propios de la codificación, en unos términos de imposición, de *imperio*, de la ley misma, *de la ley* siempre. A lo cual también apuntaban las tendencias del *Rechtsstaat*, del *estado de derecho*, que tenderán a acentuarse, las de signo menos administrativista ya también indicadas (80).

Van así significándose unas traducciones de la *rule of law* que desahucian la literal de *regla del derecho*, ya inhabilitada, y que son las que irán apareciendo por unos diccionarios, la de *imperio de la ley* y la de *estado de derecho* principalmente, este par de expresiones que como tales son anteriores a la misma *rule of law*, pero que cobran sentido ante su reto. Presentan implicaciones que de sobra ya sabemos. Son de *imperio*, con su presunción de poder; de *ley*, con su reducción de derecho; de *estado*, con su preconstitución; y de *derecho* mismo, con su objetividad. No está de más subrayar que, en sí, la *rule of law* no presenta ninguna de estas implicaciones, ni la de anteposición de poderes ni la de velamiento de derechos. Tampoco creo abusar si repito que, aun con todo ello, *imperio de la ley* y *estado de derecho*, tanto el uno como el otro y ambos concurrentemente, podían representar imperativos de signo constitucional en su medio histórico.

La de *principio de legalidad* puede suponer otro tanto con sus matices propios. No corresponde exactamente a *imperio de la ley*. Esta expresión de imperio tiende más a una significación general, a imponerse finalmente de tal modo, mientras que la de principio se presta mejor a dejarse circunscribir, a mantenerse recluida. Cuando se pone en evidencia y se afronta como problema la cobertura

(80) F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, pp. 314-339; Bernardo SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milán 1987, pp. 157-185; M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín 1993, pp. 135-146, 171-178 y 198-213.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limitada de la codificación y en consecuencia con la misma se plantea como imperativo constitucional el *imperio de la ley*, se preferirá definitivamente la expresión de *principio de legalidad* para significarse el valor sectorial de la legislación en ramas del ordenamiento público, como principalmente la penal que vimos, o respecto al caso del derecho administrativo que había precisamente escapado. Son acepciones que perviven en los mismos diccionarios (81).

La expresión de *imperio*, implicando poder, resulta también menos neutra que la de *principio*, con lo que podrán cambiar las tornas. En el mismo terreno constitucional, podrá acabar por preferirse la misma expresión de *principio de legalidad* para significarse el valor general sin alarde de imperio. En diccionarios actuales puede encontrarse igualmente esta acepción: « *Principio de legalidad*, principio definidor y característico del Estado de derecho, que supone el sometimiento de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Ley ». Siguen las referencias constitucionales del caso, de la Constitución española, y queda la incógnita de cómo el *Estado de derecho* puede finalmente todavía definirse por la sujeción *de los ciudadanos a la Ley*, por este imperio que ni así ceja (82). Pero en éstas es donde estamos. Ya sabemos que en tal Constitución conviven ambas expresiones, la de *principio de legalidad* y la de *imperio de la ley*. Volveremos a ella. Para lo que ahora estamos, lo que conviene advertir es algo bien diverso a lo que suele presumirse. No sé ofrecer registros más exactos de nacimiento, pero con todo esto, en cuanto que se transciende de la aplicación sectorial propia de la codificación, ya nos encontramos indudablemente con usos característicos del siglo XX e incluso de su segunda mitad, con unos empleos que están así más o menos directamente respondiendo al reto constitucional de la *rule of law*. Parte de la respuesta es la retroproyección del tópico en el tiempo, esta huída de la contingencia.

---

(81) Carlos E. MASCAREÑAS (fundador) y Buenaventura PELLISÉ (director), *Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix)* , vol. XIV, Barcelona 1977, voces de *Legalidad (principio de) (Derecho Administrativo)* y *Legalidad (principio de) (Derecho Penal)* , más una remisión por medio de *Legalidad (principio de) (Derecho inmobiliario)* a esta voz de *derecho*, y basta, sin más voces particulares de *Legalidad* ni ninguna general. Similarmente, *Gran Diccionario Jurídido De Vecchi*, Barcelona 1991, voces *Legalidad penal* y *Principio de legalidad*, ésta como « principio hipotecario » en exclusiva.

(82) Eduardo BARRRACHINA, *Diccionario de Derecho Público*, Barcelona 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Las expresiones de ley y de legalidad siguen sin ofrecer realmente traducción. Ni una ni otra, ni la de imperio ni la de principio, propiamente traducen, pero ambas pueden fungir de traducciones incluso equivalentes entre sí. Si resultan finalmente corresponsales de *rule of law*, la comunicación no acaba de entablarse sin interferencias ni proxenetismos. *Imperio de la ley* y *principio de legalidad* son jugadores a distancia que esconden las cartas o que tienen la dirección equivocada y ni siquiera las reciben. Si no es que operan igual, *imperio de la ley* hace más bien lo primero, esconder cartas, y *principio de legalidad* lo segundo, no recibirlas. Si ambos hacen juego limpio, es la ley siempre quien sustrae la baraja y roba la correspondencia. *Estado de derecho* puede tener bien la dirección, pero tampoco exactamente las señas. No las tiene que reciban sin problemas el mensaje de la *rule of law*. Donde unas expresiones sitúan *la ley*, interfiriendo *el derecho*, la otra coloca el *estado*, produciendo igual interferencia, si no mayor. Si por una no cabe el contraste constitucional del poder legislativo, la otra no lo admite respecto a más poderes estatales. Sabemos que *estado de derecho* comienza precisamente por preconstituir *el estado* y como pieza suya a la justicia, por este efecto en sí ya ajeno a la *rule of law*.

Mas también ya podemos ir sabiendo que unos tópicos no se agotan en su origen. Tienen nacimiento pero también vida. Ni el *imperio de la ley* ni el *estado de derecho* ni el *principio de legalidad* podían hacerse con la existencia de la *rule of law*, pero cabía que se colocaran en su lugar, adaptándose, ya que no identificándose ni mimetizándose o ni siquiera comprendiéndose. Unas traducciones ya sabemos que pueden encerrar no sólo reacciones defensivas frente a la capacitación constitucional de la justicia con su habilitación directa de derechos, sino también operaciones de saneamiento interno del régimen, ya que no todavía de codificación, del de *derecho administrativo*, sujetándolo finalmente a ley directiva y justicia subordinada. La vertiente que podemos decir positiva de una difícil comunicación, ésta de superación del *droit administratif* estricto, es la que suele tenerse sustancialmente a la vista, aun sin considerarse por lo común de dicho modo, cuando se habla del *imperio de la ley* o del *estado de derecho* como principios que pueden corresponder a la *rule of law*.

La otra vertiente, la que puede decirse negativa, la de preconstitución de poderes, neutralización de justicia y subordinación de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derechos, es la que conviene que hoy particularmente traigamos ante la vista y miremos puesto que es la que interesa, no sólo a una legitimación jurídica de los unos, de los poderes, sino así también y sobre todo a un reconocimiento y garantía de los otros, de los derechos constitucionales subjetivos. Interesa a una *rule of law* que, tradúzcase como se quiera, pueda ser primordialmente *rule of rights*, viértase como se prefiera: un régimen *de derechos* y por ello *de derecho*, esto que no garantiza por sí misma la ley, esto para lo que no basta o para lo que incluso es contraproducente el *imperio de la ley*, el poder de la norma de determinación política aun por muy democrático que el mismo finalmente sea.

Queda en este rápido repaso el cruce del *selfgovernment*. Es un tópico de potencialidad mayor, aunque en principio, como vimos, apagada. En verdad la desplegó, pero tempranamente y, por lo que mejor conozco para unos medios más cercanos, agotándose pronto. Cuando entrado y aún mediado el siglo XX está dirimiéndose una comunicación entre fórmulas, ésta del *selfgovernment*, del *autogobierno* literalmente, parece eclipsada. Pero esto no le quita interés. El constitucionalista a mi entender más sensible de la España de entre siglos, Gumersindo de Azcárate, ofrece buen testimonio. En fechas anteriores a un invento, el de la *rule of law*, y posteriores a otro, el del *selfgovernment*, en esta especie de interregno, Azcárate se ocupa del constitucionalismo británico adoptando esta caracterización del *autogobierno* y tomándosela además en serio, no así como *Selbstverwaltung*, no como mera *autoadministración*.

El « espíritu de la Constitución inglesa » puede identificarse entonces con « el principio del *selfgovernment*, del gobierno del país por el país », como no deja de especificarse. La información se tiene, no directamente de Inglaterra ni tampoco de Estados Unidos, sino a través de Alemania y de Francia. Se sabe que ahí, en una doctrina alemana más particularmente, se tiende a restringir el motivo al campo de la administración local y si acaso territorial, al capítulo de la *Selbstverwaltung*, pero aquí, en esta reflexión española, se expone un potencial mucho mayor. Se entiende que el *selfgovernment* puede informar todo un sistema, todos sus capítulos fundamentales. En el neurálgico de la justicia, por ejemplo, puede así afirmarse que « la institución del *jurado* no es otra cosa que una consecuencia y

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aplicación del principio del *selfgovernment* al ejercicio de la función judicial ». Por esta vía, puede incluso adelantarse la idea, pues no el concepto aun nonnato, de la *rule of law*, de primacía de un derecho indisponible para los poderes políticos. Es posición constitucional que se enfrenta al *droit administratif*, a su apoderamiento de gobierno y administración (83). Lo es también que puede incluso enfrentarse a la codificación, a esta forma legislativa de poder aunque fuera parlamentario o incluso democrático (84).

Insisto en que esto es anterior al invento de la *rule of law*. Y recuerdo también lo dicho de que Dicey rechaza el principio de *selfgovernment* como característico del sistema inglés o, según él entendía, del constitucionalismo sin más. Es motivo incompatible con el de *sovereignty of parliament*, de soberanía del parlamento. No sé hasta qué extremos alcanza la autoridad de la introducción de Dicey y llega así la fuerza de su boicot al *selfgovernment*, pero el caso es también que en los mismos medios británicos resulta evidente que el éxito ha correspondido a la *rule of law* y no al *selfgovernment*. El potencial de éste se neutraliza. Su presencia anda perdida cuando se produce en el siglo XX el encuentro y desencuentro entre tópicos constitucionales.

Alguna confluencia ha habido que es al mismo tiempo divergencia. *Rule of law* se ha entendido como *imperio de la ley* o como *estado de derecho* que requieren una entronización, más que del derecho, de la ley por encima de unos poderes, salvo así el legislativo. La misma justicia puede capacitarse frente a ellos, pero bajo dichas coordenadas de subordinación a la ley, a tal poder legislativo. Es el tiempo, como hemos visto, en el que la *rule of law* finalmente más característica, la del constitucionalismo estadounidense, avanza en la dirección contraria de la *judicial review* o revisión judical que entroniza a la justicia. Contando de siempre con ella, la *rule of law* abre la posibilidad de control judicial no sólo de juridicidad del gobierno y la administración, sino también de constitucionalidad de la ley, con lo que aquello y sobre todo esto interesan desde luego a

(83) Gumersindo de AZCÁRATE, *El « Self-Government » y la Monarquía doctrinaria*, Madrid 1877, pp. 195-228 y 233-236; *La Constitución inglesa y la política del Continente*, Madrid 1878, p. IX.

(84) B. CLAVERO, *Ley del Código*, pp. 111-112 y 123-125.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la competencia así propia de la justicia y a la garantía consiguiente de los derechos. Tocando a ellos, haciéndose ahora más excluyentemente con ellos, esta dimensión específica de la *rule of law* no deja de plantear un reto final a todo sistema constitucional, con el escoramiento que entraña. Lo supone todavía más primario para el régimen de codificación y derecho administrativo evolucionados que nos puede aquí, en tales medios, particularmente importar. También se afronta en cierto modo finalmente, mirándose más ese término de *judicial review* confiado a tribunales, más esta *revisión judicial*, que aquel principio y compromiso de *selfgovernment* entendido en el jurado, que este *autogobierno* de tal consecuencia constitucional.

El *imperio de la ley* hace en principio imposible, literalmente imposible, una justicia de cara al poder legislativo, una defensa judicial de los derechos frente al mismo, ni de tribunal ni de jurado. Esto es competencia exclusiva de la legislación. Una *reserva de ley*, cuando viene a formalizarse, se define por tal *regla de derecho*, la *de derechos*. No cabe otra. No hay evolución que valga. En el mejor de los casos de reconocimiento constitucional, los derechos quedan confiados a un poder, si ya no al gubernativo y administrativo, ahora, sin la concurrencia, al legislativo. Bajo la misma ley es como asume competencia la justicia frente a un poder, el ahora más ejecutivo, y no así frente al otro, al *imperio de la ley*. Son cosas conocidas, pero lo que importa subrayar a estas alturas es que se trata de corolarios enteramente consecuentes de este principio, exactamente de él, de sus términos literales de *imperio*, poder, y de *ley*, norma de determinación política sin causa entonces constitucional que la vincule. Es el entendimiento también usual del *estado de derecho* que se ha definido en este medio. Por mucho que se quiera resaltar la contribución o mejorar la imagen de una justicia respecto al derecho (85), no puede quitarse esta sujeción a ley de alcance constitutivo y esa incapadidad consiguiente de cara a los derechos.

---

(85) J.L. HALPÉRIN, *Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa*, en Carlos PETIT (curador), *Derecho Privado y Revolución Burguesa*, Madrid 1990, pp. 133-156; autores varios, *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, en *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991; Mitchel DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial (Self-) Portraits. Judicial Discourse in the French Legal System*, en *The Yale Law Journal*, 104, 1995, pp. 1325-1410.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mas también es cierto que en casos nada raros un principio de *imperio de la ley* se ha impuesto más ideológica que normativamente. Ha habido resistencia. Hay medios continentales europeos, entre los que se incluye España, donde la codificación, su mismo imperio parcial de ley, se había llevado a la práctica sólo relativamente y otros en los que tampoco el *droit administratif* se había impuesto enteramente. Ya en el siglo XX, en estos medios, cuando las Constituciones dejan de ser aquella especie de programas sin causa de derecho ni competencia de justicia y van adquiriendo entidad como normas que, por reconocer más comprometidamente derechos y además no sólo individuales, sino también comunitarios y colectivos, pueden abrirle entrada a una sujeción jurídica del propio ordenamiento y así incluso a una habilitación directa de la justicia misma, entonces, precisamente entonces, se plantea la necesidad de una jurisdicción especializadamente constitucional, de este remedio y control. Cuando el valor normativo de los propios derechos constitucionales ya está reclamando la garantía o tutela judicial, parece forma de sustraer todavía justicia. En todo caso, aun con tal determinada limitación de una institución especial, se introduce finalmente la posibilidad de control jurisdiccional, si no judicial, de la legislación en unos medios tradicionales de *derecho administrativo* y de *imperio de la ley* (86).

Para las exposiciones constitucionales de unos primeros ensayos durante la prmera mitad del siglo XX, no parece haber cuestión de la *rule of law* ni tampoco del *imperio de la ley* como principios. Priman otros tópicos de sabor más coyuntural y de tenor menos categórico como el de *racionalización del Poder* o el de *unidad del Derecho Público* (87). Ya vengo diciendo que es mediado el siglo cuando realmente se reavivan unos principios por fin definititorios de un sistema, el constitucional, con una doble versión de correspondencia que se tiene por hecha y que está por hacerse, el principio de *rule of law* y el de *imperio de la ley* o de *estado de derecho*. Sobre todo se diferencian por la posición bien distinta que en una y otra

(86) Pedro Cruz, *La formación del sistema europeo de control de costitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987.

(87) Boris Mirkine-Guetzevitch, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (1931), traducción de Sabinio Alvarez Guedín, Madrid 1934.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versión se reserva a la justicia o ella ocupa. Respecto a la misma, durante la segunda mitad del siglo, cuando unas jurisdicciones especiales vienen a consolidarse en un espacio constitucional, no es raro que se predique *rule of law* y se ofrezca *imperio de la ley*.

Para la justicia misma, tampoco es insólito que se siga directamente predicando, como en el caso español, el principio de *imperio de la ley*, de una ley en la que ahora puede así entrar la Constitución como también la inteligencia o interpretación de la misma por parte de dicha jurisdicción especial, una *ley* cuyo sentido ahora finalmente también apunta al más general de *derecho*. ¿Llegamos de este modo al mismo régimen de *rule of law*, de *regla de derecho*, aunque sigamos algo equívocamente diciendo *imperio de la ley*, algo así como *power of the law*? ¿Estamos ya definitivamente ante una simple traducción sin mayores ni especiales problemas constitucionales, sin relevancia jurídica final de toda esta historia lingüística? ¿Han encajado así las piezas de diversa procedencia en un solo sistema constitucional sin dudas ya respecto a su fondo común, a unas virtudes compartidas? ¿Hemos identificado y localizado toda la *carga quizá invisible, pero condicionante* estando así finalmente en condiciones no sólo de aquilatar el lastre, sino también de liberarnos de la tara? Volvemos a nuestras cuestiones actuales.

8. *Constitución, tópica y lenguaje.*

La misma Constitución, la española, no deja de intentar un encaje de ese mecano de piezas. Tomás y Valiente también lo explica haciendo suyos, para hacerlos nuestros, no sólo planteamientos, sino también expresiones constitucionales. Entre una justicia sometida expresamente al *imperio de la ley*, como sabemos, y la norma constitucional, esta misma interpone un Tribunal Constitucional, « intérprete supremo de la Constitución », garantizando así su « primacía », según especifican los artículos primero y 27.1 de su respectiva ley orgánica, y sujetando de tal modo la acción de la justicia a la doctrina propia: « La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos », como a su vez puntualiza el artículo 5.1 de la ley orgánica judicial (88).

Son datos básicos de un sistema en el que no parece que acabe de clarificarse exactamente nuestro punto: el alcance del predicamento del *imperio de la ley* respecto a la justicia. Un debate constituyente tampoco esclarece. Dicho punto concreto de la ubicación constitucional de la función judicial ni siquiera fue objeto de discusión por el pleno del Congreso que acordó el texto de la Constitución (89). No parece que se apreciara posibilidad de contradicción entre la identificación general del derecho con el orden constitucional de derechos y su reducción literal a ley en el momento preciso de situar a la justicia, a la función que interesa a los derechos mismos. Es como si una historia no enseñara mucho o como si la ignorancia de su persistencia, frente al aviso que venimos recibiendo e intentando atender, bastase para que el derecho se libre limpiamente de su pasado.

Se presentan naturalmente problemas cuando la propia justicia se entiende a sí misma en una posición no vinculada estrictamente a la legislación por sobreordenarse ahora un orden constitucional, unos valores superiores. En España, son casos ante los que el Tribunal Constitucional ha hecho valer resueltamente su condición de *intérprete supremo*, denegándole explícitamente a los jueces capacidad propia de someter la ley a Constitución. Esta misma, su artículo 163, tiene hecha la previsión: « Cuando un órgano judicial considere en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional », y no podrá resolverla así por sí mismo. ¿Cómo se explica esto si la justicia consiste en la actuación del derecho y éste, todo él, viene presidido por la Constitución y sus valores? Por el *imperio de la ley* precisamente, responde el Tribunal Constitucional alegando Constitución. Se explica por este *imperio* que viene establecido expresamente en la misma norma constitucional al efecto de

(88) F. Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993, pp. 63-100.

(89) *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, vol. I, pp. 922-932 y 1372-1376, y vol. II, pp. 1975-1981 y 2297.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ubicación de la justicia. Y puede ser así, sigue explicando este Tribunal, porque tal principio de *imperio de la ley* se entiende que encierra hoy un sentido democrático: porque la justicia debe estar sujeta a la determinación de la *representación popular*, a esta especie nueva de *soberanía parlamentaria* (90).

Bien está, pero ¿por qué este *imperio de ley* finalmente democrático no rige también, si somete a legislación, para el Tribunal Constitucional y, si sujeta a Constitución, para toda la justicia? Pues si esa autoridad democrática de una *representación popular* puede asignarse a la ley, ¿cómo no vale igualmente y en su grado entonces superior para la Constitución? ¿No es una misma su legitimidad? Si el *imperio de la ley* constituye un poder y tal poder democrático, ¿por qué su validez se limita a ella, a la ley, estrictamente a la ley, de cara a la justicia, precisamente a la justicia? ¿Y puede realmente el *imperio de la ley* consistir en una especie de poder, aun democrático, cuando la propia legislación, como todo el ordenamiento jurídico, se debe a Constitución y así a derechos, según ella misma no ha dejado de reconocer y decirnos? ¿Por qué se sigue proclamando como principio, y principio de justicia, el *imperio de la ley*? ¿Su sentido más literal, aquel que es el contrario al de la *rule of law*, no puede que siga pesando, Constitución incluso mediante, en la actualidad? Ahora ha podido ampliarse notablemente y a mejor el significado de *la ley*, pero no ha cambiado en cambio tanto la significación del *imperio*. ¿No puede acabar apareciendo una especie de *imperio de Constitución* que se resuelve en *imperio de la justicia*, una forma de *imperio de ley* que así entonces sigue siendo lo primero, imperio, pero de algo más que de lo segundo, de algo más que ley, pues lo es también de Constitución y de su interpretación institucionalizada sobre todo?

---

(90) B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid 1988, pp. 89-94; otras referencias en los apartados sobre *principio de legalidad* de Francisco RUBIO LLORENTE y colaboradores, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona 1995. G. ZAGREBELSKY *El derecho dúctil*, pp. 150 y 156, llega a insinuar la responsabilidad del Tribunal Constitucional español en el cortocircuito de una competencia de la justicia respecto a derechos sobre leyes que la Constitución española, a su entender, podría permitir, pero, aunque esto cupiera, la interposición referida del legislador orgánico, de una legislación de mayoría cualificada comenzando por la constitutiva del propio Tribunal, ha sido decisiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La situación final es similar, pero sólo similar, a la estadounidense. Allí se parte de una capacitación propia de la justicia con presencia decisiva del jurado, de una determinación del mismo espacio judicial y de una restricción de la ley que, si no impiden nunca por completo, al menos dificultan dichos efectos de *imperio*. Pero un problema de fondo es común, el de aquel nudo señalado por el Tribunal Constitucional español entre principio normativo democrático, este *imperio de ley*, y reconocimiento y garantía de derechos, esta *rule of law*. Siguen sin ser principios confluyenyes ni aún con la legitimación común de la *democracia*, la cual incluso puede acentuar la divergencia entre leyes de mayorías y derechos de minorías o entre normas generales y libertades individuales. La ecuación no la resuelven ni un *imperio de la ley* privilegiando lo uno ni una *rule of law* primando lo otro. La Constitución española no tenía una resolución inequívoca a la que acogerse, bien que la adopción explícita del *imperio de la ley* como principio de la justicia acusa y marca un sesgo, si no es que se le reduce definitivamente a una redundancia por entenderse *imperio de la ley* como *imperio del derecho* en el sentido objetivo que entonces, con el pie forzado de ley, únicamente cabe (91). Es una *rule of law* que, por muy en serio que se tome, no acaba nunca de equivaler, deficiente la justicia, a *rule of rights*.

Mas el problema es común y no se conoce todavía fórmula que lo resuelva, o a mí se me escapa por mucho que la persigo. Es seguro que no la tenemos en casa, por España o por Europa, y no parece que se tenga fuera, ni en otros hogares ni en alguna casa común. Vuelva a mirarse el ámbito hoy probablemente más significativo a estos efectos jurídicos, el supraestatal que se dice internacional, en el cual, como ya recordamos, se plantea un principio de derecho sin identificación propia que resulta desfigurado de aplicársele los marchamos de *rule of law* o de *imperio de la ley*. Sus actuales formas declarativas, convencionales e incluso jurisprudenciales responden incipientemente a un sentido por necesidad nuevo no sólo de *la ley* y de *la justicia*, sino también del *law*, del *derecho*, en consideración

(91) Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (1987), Barcelona 1995, pp. 128-160; F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid 1993, pp. 319-367.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de los *rights*, de los derechos. Y no hay tópico hecho que lo exprese y participe ni operativo formado que lo consagre y asegure (92).

Un manual terminológico interlingüe puede ofrecernos un último y elocuente testimonio. En él aparece la *rule of law* como valor entendido y asumido en el mismo ámbito internacional. Un orden de instituciones se constituye « in order tu further universal respect for justice, for the rule of law and for the human rights and fundamental freedoms which are affirmed for the peoples of the world without distinction of race, sex, language or religion by the Charter of the United Nations »; « a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y las libertades fundamentales que, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo ». Es un valor el de la *rule of law* que así no se define en el momento de enunciarse, pero que viene luego a concretarse en un contexto diverso: « The State has the monopoly of force which, when the rule of law is sufficiently developed, is centralised, i.e. implemented by special organs executing the sanctions ordered by legal tribunals »; « el Estado tiene el monopolio de la fuerza que, si el imperio del derecho está sólidamente asentado, está centralizado, es decir, es ejercido por órganos especiales que ejecutan las sanciones decididas por tribunales legales » (93).

¿Hace falta comentario? A la hora de la verdad de una materizalización de nuestros valores, puede verse cómo la *rule of law* y su gemelo parcial el *imperio del derecho* siguen resolviéndose en esto segundo, en imperio *de la ley* y también *de la justicia* como poderes del Estado, como expresiones de la fuerza que parece definirlo. Se habrá también observado que *rule of law* tiene traducción en este momento concreto, la de *imperio del derecho*, pero que en cambio no la ha obtenido cuando comparece previamente como valor. Enton-

---

(92) B. CLAVERO, *Diritto della societá internazionale*, Milán 1995.

(93) Isaac PAENSON (Manuel MEDINA y otros), *English-French-Spanish-Russian Manual of the Terminology of Public International Law (Law of Peace) and International Organizations, Manual inglés-francés-español-ruso de la terminología de Derecho Internacional Público (Derecho de la Paz) y de las Organizaciones Internacionales*, Bruselas 1983, pp. 394-397 y 462-465. Hago gracia de los otros dos títulos, el francés y el ruso, como ahorro las citas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ces, como ha podido verse, la *rule of law* se disipa apareciendo la correspondencia más desnuda de *la ley* sin más, sin regla, régimen, precepto o ni siquiera imperio que la informe, la dirija, la ordene o la presida. También tenemos en el otro contexto, en el concreto, que *legal tribunal* significa tribunal conforme a derecho y *tribunal legal*, conforme a ley. El *legal* primero ya podemos saber a estas alturas que no se corresponde con el *legal* segundo, pues remite a *law* y no a *ley*, a lo jurídico genérico y no a lo legislativo específico. Igual antes ya recordamos que *lawyer* resulta más bien *jurista* y no algo así como *legista*.

Parece un viaje para el que no hacían falta las alforjas con las que nos hemos aquí pertrechado. Pero la situación de presente y la previsión de futuro quedan así mal reflejadas. El propio manual plurilingüe, explicando un orden y unas instituciones internacionales, ofrece testimonio de un proceso de superación de dichos parámetros de poderes definitorios del Estado e, identificándosele, del derecho. Mas aquí no nos vienen importando por sí unas situaciones reales, sino unos tópicos. Lo que creo que debe entonces interesarnos es la evidencia de que los mismos, los principales que hemos visto, pueden estar todavía vivos y jugando además a la contra de la propia evolución efectiva del derecho, de un progreso positivo. Constituyen imágenes cada vez más imaginarias, sea dicho sin redundancia, pero no por ello irreales. Como valores entendidos, pueden seguir manteniendo una capacidad performativa y precisamente así a la contra. En el mismo orden internacional, no es indiferente desde luego dicha imagen del Estado y la del derecho que se le identifica. En el orden interno, en casa propia, no hace falta que digamos. Ahí tenemos la presencia y el juego, la resistencia y la fuerza de unos tópicos. Están estorbando e incluso impidiendo que cobremos conciencia y nos hagamos cargo de unas realidades bastante menos lastradas y, entonces, solamente entonces, virtuales. También es real un mundo plausible que no cobra existencia porque no sabemos imaginarlo.

La historia constitucional ha formado tanto como lastrado categorías y mecanismos constitucionales. ¿Comenzamos a abandonarlos para poder superarlos? Resulta tentador. Es desde luego más llevadera una carga gravosa si se arroja por la borda que si ha de transportarse con responsabilidad y concudirse a buen puerto. Sería

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fácil predicar que fuéramos a la consideración desnuda de las dificultades efectivas, de los problemas reales sin disfrazar ni maquillar; que no nos distrajésemos con la *dogmática* de unos tópicos, del *imperio de la ley* a la *rule of law*, de la *representación popular* o de la *soberanía parlamentaria* a la *judicial review* o el *intérprete supremo*, de la *separación de poderes*, de su *racionalización*, de la *reserva de ley* o del *principio de legalidad* a la *unidad del derecho público*, al *estado de derecho*, a la *sociedad democrática* o a la *democracia* sin más; o que nos dejáramos extraviar por el *droit administratif* ni por el *selfgovernment* que se sitúa en el mismo terreno administrativo.

¿Se me escapa alguno de los tópicos que han ido apareciendo? Repaso y veo que me olvidaba del *stare decisis* o atenimiento de la propia justicia a las decisiones judiciales, motivo que pudiera finalmente resultar, no *imperio de la justicia*, sino *imperio de tribunal*, de alguno solo. Bien está que digamos que hay que pensar en ir abandonando toda una tópica, solo esto, pero ¿cabe hacerse alegremente sin conocerla a fondo ni confrontarla a conciencia? ¿Nos libraríamos sin saber así ni siquiera distinguir? ¿No nos arriesgaríamos a arrojar la criatura inocente de los derechos con el agua sucia de unos tópicos? Unos tópicos constitucionales puede que sean los instrumentos que tenemos a mano para legitimar y habilitar mecanismos institucionales en atención y garantía de derechos.

De paso veo y recuerdo otras cosas dichas. Que tópicos no son falsedades y que su función es su verdad. Que así no sólo se definen y cobran sentido, sino que también operan y despliegan efectos. Que los nuestros constituyen categorías performativas de realidad, creadoras de derecho; que conviene por tanto desvelar su alcance a fin de poderse controlar. Que el más nuestro, el del *imperio de la ley*, no se reduce hoy a un residuo histórico; que puede ser mecanismo de poder resistente y que cabe que resista porque pertenece a nuestro tiempo constitucional y no a otro. Que con todo son los tópicos, ellos mismos y de por sí, problema; que tienen esta nada imaginaria existencia. Que no cabe así abandonarlos como imaginaciones vanas; que hay que manejarlos o en su caso neutralizarlos operando con su realidad, actuando sobre sus causas y sus efectos. Que para todo esto tenemos efectivamente que conocerlos en su verdad constitutiva que es la función ejercitada. La mayor victoria del tópico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es la inconsciencia generalizada incluso entre juristas acerca de su efectivo alcance que hemos venido detectando y aun en casos comprobando. Comenzaban por huir de la contingencia de una historia para figurar la consistencia de unos principios encerrándose así en los tópicos.

La tópica es como el lenguaje pues constituye parte de una misma semiología. Tenemos que entendernos y manejarnos con la una como nos entendemos y manejamos con el otro. No podemos desentendernos y despegarnos de los sentidos convencionales. La semántica jurídica no es tan técnica como para poder crear sus signos propios. En tiempos pudo serlo utilizando incluso durante siglos un lenguaje que, como el latín, ya no era el común. Mas definitivamente no debe serlo en unos tiempos constitucionales que se quieren democráticos. El lenguaje del derecho ha de ser entonces inteligible y manejable por la sociedad y no sólo por la profesión. Èsta no debe acuñar ni poner en curso acepciones que no sean comunes o que riñan con el sentido común. Ha de operar con las significaciones convencionales. Ha de hacerlo igualmente con los tópicos.

Hoy en la lengua inglesa se distingue perfectamente por cualquier usuario o usuaria el sentido subjetivo del término *right* frente al objetivo y también genérico de *law*, lo que en tiempos de Hobbes no sabía hacerse, como él nos decía, ni siquiera por los expertos. No sólo éstos y éstas, los expertos y las expertas, entienden hoy el fondo de contradicción de tales elementos y su forma de conexión mediante la famosa fórmula de la *rule of law*. Para la profesión del derecho no hay problema entonces al respecto. ¿Qué ocurre en castellano con el término bivalente de *derecho* o con el que sigue siendo más bien monovalente y restringido de *ley*? ¿Qué pasa con las equivalencias de otros idiomas? ¿No se producen equívocos incluso en el seno de la profesión y por tanto en la justicia? ¿Cómo podemos decir que *principio de legalidad* significa *principio de juridicidad* e *imperio de la ley*, *regla del derecho*, si sigue entendiéndose por el uso común que *legalidad* es legalidad, *imperio* es imperio, *ley* es ley y *derecho*, lo mismo, no más que ley, y si incluso unos textos constitucionales pueden estar abonando para una lectura no técnica dichos mismos sentidos? Hasta *estado de derecho* sigue resintiéndose de los equívocos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Son servidumbres del lenguaje, pero que tienen causas constitucionales. La lengua puede que sea arbitraria, pero requiere convención social. Tiene esta determinación concreta. Ni puede ser caprichosa ni cabe que se le reduzca tampoco a reflejo natural. Uno de los ingleses cuya obra más hizo para que se impusiera tempranamente el uso de la distinción entre *right* y *law*, entre libertad y orden, ya sabía también de eso. Escribió *of words*, sobre las palabras, como *signs of ideas*, como unos signos que cobran sentido ante todo por su *common acceptation*, por un entendimiento social, y sólo ulteriormente por relación *to the reality of things*, a la realidad de las cosas. Lo esencial del lenguaje radica en que la idea propia de lo que el signo expresa se corresponda *to the ideas in other man's mind*, con las ideas ajenas acerca del mismo exponente. La lengua se determina antes por actividad social que por pasividad natural, antes por juego activo de entendimiento mutuo que por respuesta pasiva a realidad bruta (94). Realidad, la lengua la tiene propia y es así interactiva. He ahí una servidumbre, pero también una consistencia. La historiografía puede estar ya al tanto de esta entidad actualmente social y virtualmente jurídica de la lengua (95).

El lenguaje constituye no sólo un techo, sino también un firme. Unas significaciones jurídicas, las de *right* y *law* con su respectiva *rule*, no sólo han marcado unas realidades constitucionales, sino que también han arraigado por su causa. Por efecto de unas novedades, puede que otras, las de otras lenguas, estén ahora desplazándose. Están moviéndose quizás más por el lenguaje social que por la tópica técnica. Hoy en el uso popular se detecta la tendencia a una distinción entre *derecho* como libertad, con este ajuste semántico, y *ley* como orden, con esta dilatación. Es un discernimiento social que al cabo del tiempo viene a equivaler a la distinción primigeniamente constitucional entre *right* y *law* con todas sus virtualidades. Es una

---

(94) John LOCKE, *An Essay concerning Human Understanding* (1690), en sus *Works*, edición de Thomas Tegg y otros, Londres 1823, vols. I-III, en el segundo, libro III: *Of words*, cap. 1: *Of words or language in general*, cap. 2: *Of the signification of words*.

(95) Dominick LACAPRA y Steven L. KAPLAN (curadores), *Modern Euorpean Intellectual History: Reappraisals and new perspectives*, Ithaca 1982; Anthony PAGDEN (curador), *The Language of Political Theory in Early-Modern Europe*, Cambridge 1987; Ian MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance: The case of law*, Cambridge 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presunta cultura jurídica, una pretendida ciencia del derecho, la que parece que se sitúa todavía a la contra.

Las primeras lecciones que suelen impartirse en nuestras facultades se dirigen sin recato a la restauración de unos conceptos constitucionalmente periclitados y jurídicamente resistentes, aquellos precisamente que introducen todas las confusiones y provocan todas las interferencias entre *rule of law* y sus traducciones, sean *de ley*, sean *de derecho*, aquellos así que estorban, cuando no impiden, la comunicación. Hoy puede que la versión más sencilla de *regla de derecho* pudiera rendir un sentido definitivamente constitucional de *regla de libertad*. Mas ni siquiera se adopta en novelas o en películas que, a la contra, siguen creyendo traducir bien *rule of law* por *imperio del derecho*. Un uso social de signo constitucional se topa con la enemiga de toda la ciencia de diccionarios y enciclopedias y no sólo con la animadversión de una cultura jurídica, de la heredera del *Recht* y no del *right* que sigue imperando entre nosotros.

Con todo esto hay que contar, de todo ello hay que ser consciente, a fin de que no defraudemos predicando constitucionalismo y democracia y brindando ley e imperio, sembrando una cosa y cosechando la otra. No todos somos Hobbes o ni siquiera Blackstone, ni tampoco todas las coyunturas históricas son la de Inglaterra de unas primicias constitucionales, para que puedan afianzarse nuevos sentidos. Tenemos que contar con la servidumbre de una tópica igual que con la de un lenguaje. Ignorándola, siendo inconscientes, se defrauda. Y el fraude quizás tampoco es nuevo ni está pasado. Una representación convencional de nuestra historia constitucional, la continental europea, la hace trascurrir desde el *derecho administrativo* hasta el *imperio de la ley* y estar en tránsito desde éste hacia la *regla de derecho*, mas puede que, tópicos aparte, vaya la trayectoria pretérita desde el *despotismo gubernativo* hasta el *despotismo legislativo* y el tránsito presente desde éste hacia el *despotismo jurisdiccional*, ya que no *judicial*, formas todas ellas quizás, vuelvo a decir quizás, de un mismo *absolutismo* normativo o *totalitarismo* jurídico, de una posibilidad de disposición absoluta y completa del derecho por parte del Estado, lo cual resultaría fenómeno específicamente contemporáneo, de los dos últimos siglos, y no más antiguo ni postmoderno tampoco. Desde unos comienzos constitucionales,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la parte constitucionalista, ésta concretamente, nos ha advertido que *el imperio de la ley* precisamente podía ser eso, *despotismo* (96).

Tomás y Valiente, con toda su prudencia y también con toda su responsabilidad, se mostró particularmente sensible ante esta inquietante posibilidad de que el constitucionalismo haya generado y pueda así arrastrar absolutismo (97). Ha hecho suya, para que sea nuestra, la advertencia: *Los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante*.

---

(96) Umberto ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bolonia 1989; Paolo GROSSI, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona 1991; G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 49-50, cuyo epílogo citado de responsabilidad extraña puede ser buen testimonio de la inconsciencia tópica.

(97) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Laudatio*, en P. GROSSI, *Discurso de investidura de doctor « honoris causa »*, Madrid 1994, pp. 7-20, y su doble lectura, para diversos públicos, del *Ordine giuridico medievale* del mismo doctorando, Bari 1995, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, 1139-1145, y en *Saber Leer. Revista crítica de libros*, 94, abril de 1996, pp. 1-2. Escribe en estas últimas páginas, las más recientes, de publicación póstuma: « Grossi contrapone con frecuencia la tarea de aquellos intérpretes con la de los juristas recientes o actuales de un sistema jurídico que los reduce a la función de meros repetidores de la letra de la ley, de simples exégetas. Grossi valora negativamente (¿quizá en exceso?) la época de lo que él ha denominado con expresión feliz y ya clásica el *absolutismo jurídico*, dominado por un Estado creador único de Derecho a través de una fuente casi única que es la ley ». Y dijo en la *Laudatio*, p. 14: « No estoy seguro de que el absolutismo jurídico esté muerto. Desde que se advierten las contradicciones, limitaciones y miserias de un sistema hasta que se entierra su cadáver pueden pasar algunas décadas ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLO FANTAPPIÈ

ALLE ORIGINI DELLA CODIFICAZIONE PIO-BENEDETTINA NUOVI SVILUPPI DELLE TEORIE CANONISTICHE SOTTO IL PONTIFICATO DI LEONE XIII

1. Le linee programmatiche di Leone XIII — 2. *Renaissance* tomistica, diritto canonico e dottrina sociale — 3. Il ritorno al *ius naturale* — 4. Gli sviluppi del *ius publicum ecclesiasticum* — 5. La riproposizione dell'*utrumque ius* — 6. Il sistema canonico come forma giuridico-politica.

Gli studi sulle premesse immediate della prima codificazione canonica (1917) si sono finora prevalentemente orientati sull'analisi dei *vota* del Concilio Vaticano I, sulle differenti imprese private di codificazione, sul dibattito della canonistica circa la possibilità e l'opportunità di ridurre la legislazione della Chiesa entro lo schema codicistico adottato dagli Stati (1). Con questo contributo s'intende richiamare l'attenzione su alcuni aspetti del processo ricostruttivo che, dopo la *debellatio* dello Stato pontificio, investì il diritto canonico latino e interessò alcune componenti essenziali del sistema delle

(1) Un apporto fondamentale è venuto in questa direzione dagli studi di Giorgio Feliciani e dal gruppo di ricerca da lui guidato: G. Feliciani, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, II, Milano, 1981, pp. 35-80; Id., *Lineamenti di ricerca sulle origini della codificazione canonica vigente*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata in onore di A. Moroni*, I, Milano, 1982, pp. 207-225. Cfr. anche R. Metz, *La codification du droit de l'Eglise catholique au début du XXe siecle...*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di B. Paradisi*, II, Firenze, 1982, pp. 1069-1092; A. Motilla, *La idea de la codificación en el proceso de formación del Codex de 1917*, in *Ius canonicum*, XXVIII, 1988, pp. 681-720; R. Astorri, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova, 1992. Da non dimenticare, infine, S. Kuttner, *Il diritto canonico nella storia*, in *Ius*, XVIII, 1967, pp. 239-254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fonti del *Codex* (2). Sotto tali profili il pontificato di Leone XIII si rivela — nonostante i giudizi a volte poco lusinghieri dei canonisti (3) — un periodo particolarmente denso di iniziative culturali e scientifiche, di intrecci interdisciplinari e, specialmente, di tentativi di ricomposizione di ciascun segmento dottrinale dell'*Ecclesia iuris* (4).

1. *Le linee programmatiche di Leone XIII.*

Un filo sottile sembra legare le iniziative prese da papa Pecci (5) appena un anno dopo la sua elezione: l'incoraggiamento dello studio autonomo del diritto canonico all'Apollinare (6), la promulgazione

---

(2) Sui problemi storiografici ancora aperti si veda P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 14, 1985, pp. 587-599.

(3) Cfr. N. HILLING, *Die Gesetzgebung Leos XIII auf dem Gebiete des Kirchenrechts*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, XCIII, 1913, pp. 8-31, 254-276, 623-637; XCIV, 1914, pp. 75-95, 252-264. Hilling sottolineava che l'apporto di Leone XIII fu di natura più dottrinale-teologica che giuridica, in quanto egli si limitò ad insegnare e a consigliare piuttosto che a redigere dispositivi normativi, come farà il suo successore Pio X. Si vedano anche, in proposito: J. CREUSEN, *Du concile du Vatican au Code de droit canonique*, in *Nouvelle revue théologique. N.º jubilaire, Soixante années de théologie 1869-1929*, pp. 107-123; H.E. FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die Katholische Kirche*, n. ed., Köln-Graz, 1964, pp. 699-701; R. EPP, C. LEFEBVRE, R. METZ, *Le droit et les institutions de l'Eglise catholique latine de la fin du XVIIIe à 1978. Sources et institutions*, Paris, 1981.

(4) I presupposti della rinascita del diritto canonico a Roma erano stati posti, sul terreno accademico, da Leone XII nel 1824 con la *Quod divina Sapientia*, e da Pio IX nel 1853 con l'ampliamento dell'*ordo studiorum* per l'ateneo della « Sapienza » e per il Seminario Romano (Cfr. A. GEMELLI-S. VISMARA, *La riforma degli studi universitari negli Stati pontifici (1816-1824),* Milano, 1933, pp. 252-253; *Analecta juris pontificii*, I, 1855, coll. 563-584).

(5) Sull'orizzonte ideologico di Leone XIII si veda: O. KÖHLER, *Il progetto universale di Leone XIII*, in *La Chiesa negli Stati moderni e i movimenti sociali (1878-1914)*, Milano, 1979 (« Storia della chiesa diretta da H. Jedin », vol. IX), pp. 3-31; E. POULAT, *Le Royaume de Dieu et l'Empire de l'Eglise*, in ID., *L'Eglise, c'est un monde. L'ecclésiolosphère*, Paris, 1986, cap. XI; R. AUBERT, *Leone XIII: tradizione e progresso,* in *La Chiesa e la società industriale (1878-1922)*, a cura di E. Guerriero e A. Zambarbieri, I, Milano, 1990 (« Storia della Chiesa » diretta da A. Fliche e V. Martin, vol. XXII/1), pp. 61-106.

(6) Sul divieto di studiare contemporaneamente teologia e diritto canonico per gli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'enciclica *Aeterni Patris* (7) (4 agosto 1879), la fondazione dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche e di quella di S. Tommaso d'Aquino (8) (ottobre 1879), l'erezione, nel settembre successivo, della cattedra di diritto pubblico ecclesiastico nel Seminario dell'Apollinare (9). La singolare concomitanza di questi provvedimenti — tutti presi all'inizio del pontificato e in tempi assai ristretti — porta a ritenere che Leone XIII abbia voluto promuovere un'azione culturale organica in cui i diversi ambiti storico, filosofico, giuridico e teologico risultavano tra loro legati e inquadrati in una superiore visione unitaria il cui cemento ideologico era offerto dalla concezione tomista della realtà.

Una conferma dei nessi concettuali tra il piano filosofico e quello giuridico può essere trovata in diversi documenti leoniani: una delle espressioni più significative è certo il discorso pronunciato ai cardinali il 2 marzo 1890: « [...] Noi dai primordi del Pontificato abbiamo creduto Nostro specialisssimo compito mostrare al mondo i grandi tesori della dottrina cattolica [...] principalmente perché siamo convinti che da tale dottrina bene intesa e fedelmente praticata verrebbe infallibilmente la più felice e la più completa soluzione dei grandi problemi che agitano l'umana società e il rimedio efficace a tanti mali che la travagliano. Lo abbiamo particolarmente mostrato per ciò che tocca la stabilità e il buon andamento della società domestica, la costituzione degli Stati, i pericoli del socialismo, il benessere delle classi operaie » (10).

Il senso di queste affermazioni leoniane va tuttavia compreso a partire dalla prima e fondamentale enciclica teorica, l'*Aeterni Patris,* laddove si collegava direttamente la diffusione nelle scuole e nelle

---

alunni che aspiravano al dottorato nelle due facoltà dell'Apollinare e sulla durata novennale di tali corsi, cfr. *Il monitore ecclesiastico*, II, 1879, p. 185.

(7) Cfr. i primi tre volumi degli atti dell'VIII Congresso tomistico internazionale su *L'enciclica « Aeterni Patris »*, Città del Vaticano, 1981, nonché il volume secondo de *La filosofia cristiana nei secoli XIX e XX*, a cura di E. Coreth, W.M. Neidl, G. Pfligersdorffer, trad. it., Roma, 1994.

(8) Cfr. F. VISTALLI, *Il cardinal Cavagnis*, Bergamo, 1913, p. 202. All'Accademia di S. Tommaso Leone XIII diede incarico, il 18 gennaio 1880, di provvedere all'edizione critica delle opere dell'Aquinate, la quale prenderà appunto il nome di « Leoniana ».

(9) Cfr. *ibid.*, p. 234 ss.

(10) *La Civiltà Cattolica*, s. XIV, vol. VI, 1890, p. 104.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accademie della dottrina tomista con la difesa della famiglia e della società civile, e si proponevano le tesi filosofiche dell'Aquinate come le armi più appropriate per abbattere i « principii del nuovo diritto », che minavano l'ordine sociale e nuocevano al bene pubblico (11). In queste affermazioni papali preme mettere in rilievo la volontà di servirsi della costruzione concettuale scolastica per sconfiggere quel *ius novum* combattuto come la sorgente delle più dannose deviazioni nel campo giuridico, politico e sociale (12).

Leone XIII ritornerà su questo tema in diverse encicliche, e partitamente nell'*Immortale Dei* del 1° novembre 1885, precisando che questo « nuovo diritto » « il quale e non fu conosciuto mai ai nostri antichi, e per molti capi è in opposizione non solamente colla legge cristiana, ma anche col diritto naturale » affondava le sue radici « nel funesto e deplorevole spirito di novità » del Cinquecento e nelle « massime delle eccessive libertà moderne » proclamate dall'illuminismo. Appare allora chiaro che il pontefice si riferiva, secondo uno schema interpretativo diffuso nella storiografia cattolica dell'Ottocento, ai tutti quei sistemi di pensiero (giusnaturalismo laico, naturalismo razionalista, positivismo, ecc.) che a partire dalla Riforma si erano sempre più svincolati dal fondamento teologico nella concezione della realtà, giungendo a posizioni contrarie agli stessi princìpi del diritto naturale cristiano (13).

Per rettificare questa fallace prospettiva occorreva ritornare al passato, rimettere in auge, tramite un congruo aggiornamento, le dottrine giuspubblicistiche e giusnaturalistiche dell'età aurea della Chiesa medioevale, rifondare la costruzione della società umana su un sistema razionale profondamente innervato nella « filosofia pe-

---

(11) *Leonis XIII pontificis maximi acta,* I, Romae, 1881, pp. 280282.

(12) Sulla diagnosi della crisi della società contemporanea compiuta da Leone XIII si sofferma diffusamente, dando però un'interpretazione esclusivamente etico-ideale, A. ACERBI, *Chiesa e democrazia da Leone XIII al Vaticano II*, Milano, 1991, pp. 33-43. Qualche accenno al *ius novum* nei documenti leoniani in V. MANGANO, *Il pensiero sociale e politico di Leone XIII*, Milano, 1931, in part. pp. 34, 144-150; J. COURTNEY MURRAY, *Leo XIII on Church and State: The General Structure of the Controversy*, in *Theological Studies* XIV, 1953, p. 12; ID., *Leo XIII: Separation of Church and State*, *ibid.*, pp. 166-167.

(13) Cfr. l'analisi dei testi leoniani compiuta da ACERBI, *Chiesa e democrazia* cit., pp. 37-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

renne ». Per Leone XIII restaurare lo studio della Scolastica significava, dunque, riportarla ad un valore di pratica attualità non solo nella parte metafisica, ma anche in quella giuridico-sociale. Era tuttavia necessaria un'opera di ridefinizione e di ammodernamento di quei concetti, sia perché alcuni di essi, come quello di diritto di natura, dovevano essere depurati da ogni incrostazione razionalistica, sia perché il loro impiego andava calato nel presente e posto a confronto con i problemi del pensiero e della società moderna. Per ridare vitalità alla dottrina tradizionale Leone XIII e tutto il movimento neotomista si serviranno ampiamente della mediazione culturale compiuta dalla Seconda Scolastica (14), la quale, com'è noto, aveva costruito una vasta concezione del diritto e della società fondata sulla deduzione razionale dal *ius naturae* e tentato di assicurare ad essa una perenne validità mediante la distinzione tra princìpi e applicazioni storiche o contingenti (15).

La riproposizione del diritto naturale e delle dottrine giuspubblicistiche scolastiche esigeva anche un'azione di rettifica dei giudizi negativi che erano stati dati, specialmente dalle correnti illuministiche, intorno al pensiero medievale e alle istituzioni ecclesiastiche. Si comprende, in questo quadro, il forte impulso che sarà dato da Leone XIII sia agli studi di filologia e archeologia sacra, onde trarre conferma dei dogmi e della tradizione cattolica (16), sia a quelli storico-giuridici nella omonima Accademia di conferenze, onde mostrare la ricchezza del diritto comune nell'articolazione della tradizione canonistica con quella romanistica. Dietro a tale multiforme attività promozionale, culminata nella decisione di aprire gli archivi vaticani alla consulta-

(14) Tra le varie testimonianze che indicano la continuità del pensiero sociale di Leone XIII con le dottrine di Bellarmino e di Suárez, si può ricordare quella di G. Prisco, *Lo Stato secondo il diritto e secondo gli insegnamenti di Leone XIII*, in « L'Accademia Romana di S. Tommaso d'Aquino », I, 1881, pp. 175-237 e 379-416.

(15) Cfr. G. Ambrosetti, *Il diritto naturale della riforma cattolica. Una giustificazione storica del sistema di Suarez*, Milano, 1951: *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. Grossi, Milano, 1973; M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano, 1986, pp. 317-338.

(16) Cfr. H.I. Marrou, *Philologie et histoire dans la période du pontificat de Léon XIII*, in *Aspetti della cultura cattolica nell'età di Leone XIII*, a cura di G. Rossini, Roma, 1961, pp. 71-106.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di tutti gli studiosi (17), non c'era un interesse erudito quanto l'esigenza di precisare, ricostruire, reinterpretare gli eventi storici (18) e il desiderio di confutare quelle che Leone XIII definiva, nella lettera sugli studi storici, « le ingiuriose accuse già da troppo tempo accumulate contro i romani Pontefici » (19).

Al pari del nesso tra filosofia neotomista e concezione del diritto e tra storia e diritto, nel magistero leoniano viene esplicitato anche quello tra teologia e diritto canonico. Nel raccomandare ai candidati al sacerdozio lo studio del diritto canonico — « science des lois et de la jurisprudence de l'Eglise » — per il completamento del ciclo degli studi, papa Pecci non si limiterà nel 1899 a formulare un invito generico, ma traccerà le linee metodologiche a cui i canonisti si dovranno ispirare (20). I « liens très intimes et très logiques » tra le due discipline derivavano dal fatto che il diritto canonico mostrava le applicazioni pratiche dei princìpi teologico-dogmatici relativi al governo della Chiesa, all'amministrazione dei sacramenti, ai diritti e ai doveri dei ministri, all'uso dei beni temporali, mentre la teologia aveva la necessità di completarsi con i canoni ecclesiastici, al punto che senza di essi risultava imperfetta e incompleta al pari di un uomo privo di un braccio (21). Nello studio del diritto canonico risiedeva la migliore garanzia per difendere tanto i diritti dei pontefici romani e

---

(17) Cfr. O. CHADWICK, *Catholicisme and history. The Opening of the Vatican Archives*, Cambridge, 1978; *Il libro del centenario. L'Archivio Segreto Vaticano a un secolo dalla sua apertura, 1880/81-1980/81*, Città del Vaticano [1982].

(18) Cfr. O. KÖHLER, *La concezione della storia della Chiesa*, in *La Chiesa negli Stati moderni e i movimenti sociali* cit., pp. 385-392.

(19) Leone XIII, Lettera *Saepenumero considerantes* ai cardinali De Luca, Pitra ed Hergenroether del 18 agosto 1883, in *Leonis XIII pontificis maximi acta* cit., III, Romae, 1884, pp. 259-273.

(20) Enciclica ai vescovi e al clero di Francia dell'8 settembre 1899, *ibid.*, XIX, Romae, 1900, pp. 157-190.

(21) « Cette science se rattache par des liens très intimes et très logiques à celle de la Théologie, dont elle montre les applications pratiques à tout ce qui concerne le gouvernement de l'Eglise, la dispensation des choses saintes, les droits et les devoirs de ses ministres, l'usage des biens temporels, dont elle a besoin pour l'accomplissement de sa mission. Sans la connaissance du Droit canonique (disaient fort bien les Pères d'un de vos conciles provinciaux) la théologie est imperfaite, incomplète, semblable à un homme qui serait privé d'un bras » (*Ibid.*, p. 173). Il riferimento papale era al concilio provinciale di Bourges del 1868.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei vescovi quanto le prerogative costituzionali dell'intera Chiesa nella società civile, le quali — si aggiungeva significativamente — andavano esercitate a seconda delle circostanze (22).

Sembra difficile negare l'importanza di queste enunciazioni ai fini di una riconsiderazione unitaria delle scienze sacre e dei loro risvolti apologetici e pragmatici durante il pontificato leoniano. Dopo diversi secoli di progressiva divaricazione, si stabiliva che dovesse instaurarsi tra il diritto canonico e la teologia una relazione di complementarità in modo da far risaltare gli apporti di ciascuna disciplina. Non senza un qualche paradosso la teologia perdeva il predominio esclusivo e la tradizionale autosufficienza nella *ratio studiorum* dei seminari vescovili. Al tempo stesso il diritto canonico veniva prescelto come lo strumento più incisivo sotto il profilo teoretico e più efficace sul terreno pratico per tutelare i diritti della Chiesa *ad intra* e *ad extra.* Infine, la concatenazione intrinseca e logica tra le due discipline (23) induce a supporre che Leone XIII avesse in mente di attualizzare l'antico e fecondo legame che si era prodotto tra il movimento della Scolastica e lo sviluppo delle decretali pontificie ad opera di papi giuristi del Duecento (24).

2. *« Renaissance » tomistica, diritto canonico e dottrina sociale.*

Nonostante le ripetute affermazioni programmatiche contenute nei documenti leoniani è finora mancato uno studio che ponesse in risalto le corrispondenze dottrinali e gli intrecci operativi che si stabilirono tra il movimento neoscolastico e la nuova fase del diritto canonico. Le indagini su questi due indirizzi nel quadro del rinnovamento cattolico promosso da Leone XIII sono state condotte in modo autonomo e separato, come se si trattasse di operazioni

---

(22) « C'est l'ignorance du droit canon qui a favorisé la naissance et la diffusion de nombreuses erreurs sur les droits des Pontifes Romains, sur ceux des evêques, et sur la puissance que l'Eglise tient de sa propre constitution, dont elle proportionne l'exercice aux circostances » (*Ibid.*).

(23) Per teologia, il papa intendeva la spiegazione della *Summa Theologiae* di S. Tommaso, al quale i docenti dovevano attenersi nel metodo così come nell'enunciazione dei principali articoli della fede cattolica. Cfr. *ibid.*, pp. 170-171.

(24) Cfr. E. Grandclaude, *Responsa prudentum touchant la méthode canonique*, in *Le canoniste contemporain*, VIII, 1885, p. 109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturali del tutto svincolate l'una dall'altra e come se esse non scaturissero da un medesimo ed unitario progetto ideologico. Anche le interpretazioni che attribuiscono alla rinascita neotomista una valenza extra-filosofica e latamente politica, non hanno colto le eventuali relazioni tra i due ambiti (25).

Per comprendere appieno tali nessi occorre partire dalla considerazione che il diritto canonico, nell'ultimo ventennio dell'Ottocento, oltre a registrare la nascita di nuovi filoni, ricevette anche una complessa articolazione metodologica. Da un lato si assisté allo sviluppo della branca del *ius publicum ecclesiasticum* e al recupero critico dell'antico concetto del *ius naturale*, dall'altro si effettuò una rinnovata saldatura di queste diverse componenti con il *ius divinum* e con il *ius positivum.* Il risultato fu un sistema giuridico integrato — forse sarebbe meglio dire una concezione cattolica del mondo su base giuridica — che ripropose in forma aggiornata l'ordinamento della Chiesa come un complesso normativo dotato di una validità e di una precettività universale nella sfera del *ius naturale* e di una più limitata ma non meno vincolante autoritatività nei confronti della società civile e dello Stato in virtù della sua posizione giuridica superiore elaborata dal *ius publicum ecclesiasticum* (26).

Come si è intuito, il fulcro teorico di tale 'sistema' va individuato tanto nella complessa articolazione delle sue componenti vecchie e nuove, quanto nella fisionomia intrinsecamente unitaria a cui esso pervenne. La definizione formale di diritto ebbe un ruolo primario, in quanto doveva stabilire un nesso essenziale di dipendenza tra le norme umane, per loro natura contingenti e mutevoli, e una sfera trascendente del diritto, quello naturale o divino, in grado di offrire

---

(25) Cfr. P. THIBAULT, *Savoir et pouvoir. Philosophie thomiste et politique cléricale au XIXe siècle,* Québec, 1972; E. POULAT, *L'Eglise romaine, le savoir et le pouvoir. Une philosophie à la mesure d'une politique*, ora in ID., *L'Eglise, c'est un monde* cit., pp. 211-240; L. MALUSA, *Neotomismo e intransigentismo cattolico*, 2 voll., Milano, 1986-89.

(26) La centralità di questa costruzione giuridica non è mostrata solo dal peso che assunsero, in modo più o meno diretto, il *ius naturale* e il *ius publicum ecclesiasticum* nell'elaborazione dell'impianto codicistico del 1917, ma anche dalla notevole fortuna che tali filoni concettuali hanno ricevuto nella chiesa cattolica fino alle soglie del Concilio Vaticano II, allorché furono in qualche modo minate nelle loro fondamenta dal declinare dell'istanza apologetica e dal dibattito ecumenico sulla fondazione teologica del diritto canonico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la più alta legittimazione e di conferire loro forza vincolante. Ora è importante osservare che, per risolvere tale problema fondamentale, la filosofia e la canonistica cattolica si siano riallacciate — in continuità con la *renaissance* neoscolastica voluta da Leone XIII —, alla dottrina aristotelica dell'ilemorfismo (27).

Secondo questa concezione il diritto naturale si pone rispetto al diritto positivo negli stessi termini in cui la forma sta al corpo nella metafisica aristotelica. In tale ottica il diritto umano risulta valido solo se derivato per via razionale dal diritto naturale. Su questa medesima linea Tommaso d'Aquino poté risolvere il problema delle relazioni tra diritto naturale razionale e diritto divino rivelato, e garantire l'unità ontologica della legge mediante la distinzione tra *lex aeterna, naturalis, humana* (28). La completezza e l'unitarietà del pensiero giuridico cristiano fu tuttavia raggiunta solo col Suárez, a cui spetta il duplice merito di aver congiunto l'aspetto razionalistico e volontaristico della *lex aeterna* nel Dio-Legislatore e di aver integrato nel sistema anche il diritto canonico, trascurato da Tommaso. Mediante la interposizione del *ius divinum* come condizione della vincolatività esterna della *lex aeterna,* Suárez individua un fondamento comune sia al diritto positivo o rivelato che a quello naturale. Il diritto canonico è fatto derivare dal diritto divino positivo, mentre il diritto civile umano ha la sua fonte nel diritto divino naturale (29).

La trilogia suareziana *ius divinum, sive naturale sive positivum*, connessa con la teoria ilemorfista, fu riproposta dal movimento neoscolastico « in veste nuova, più consona alle esigenze del pensiero moderno », venne utilizzata dallo stesso magistero della Chiesa

---

(27) Cfr. E. Corecco, *Diritto*, in *Dizionario teologico interdisciplinare*, Torino, I, 1977, p. 144 (trad. francese in Id., *Théologie et droit canon. Ecrits pour une nouvelle théorie générale du droit canon*, Fribourg, 1990, p. 69); Id., *Il valore della norma disciplinare in rapporto alla salvezza nella tradizione occidentale*, in *Incontro fra canoni d'Oriente e d'Occidente*, a cura di R. Coppola, I, Bari, 1994, pp. 280-285.

(28) Cfr. P. Bellini, Respublica sub Deo. *Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanistica*, Firenze, 1993[13], pp. 45-110.

(29) Sul problema: Ambrosetti, *Il diritto naturale della riforma cattolica* cit., *passim*; Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno* cit., pp. 291-338; F. Todescan, Lex, natura, beatitudo. *Il problema della legge nella Scolastica Spagnola del sec. XVI*, Padova, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel *Sillabo* e nelle encicliche sociali allo scopo di contrastare « le moderne correnti della filosofia del diritto » e, più in generale, rappresentò « il concetto soggiacente a tutto il sistema giuridico del *Codex iuris canonici* » del 1917 (cc. 2, 27, 1509) (30).

Una conferma dell'importanza avuta dal modello ilemorfista nel tardo Ottocento è costituita dalla gamma abbastanza differenziata di teorie politiche e di sistemi di relazioni tra Chiesa e Stato a cui esso dette origine tra i neotomisti italiani (31). Il gesuita Matteo Liberatore pose in connessione l'« equilibrio del pensiero » proprio della filosofia cattolica di S. Tommaso con l'« equilibrio morale, politico e religioso » e invitò gl'italiani a seguire « i più savi degli oltramontani », a svegliarsi dal sonno per smettere di « farneticare al luccichìo delle utopie politiche » per volgere « a Roma gli occhi e le speranze, implorandone un riordinamento morale non isperabile se non dalla verità cattolica » (32).

Per il massimo esponente della scuola neotomista, il Taparelli d'Azeglio, l'articolazione tra materia e forma equivaleva a quella tra elemento passivo e attivo. Affermare che questi due principi erano « essenzialmente congiunti in tutto l'ordine mondiale » significava,

---

(30) Cfr. CORECCO, *Diritto* cit., p. 132 (trad. franc. cit., pp. 34-35).

(31) Anche se la comparazione dello spirituale al temporale come l'anima al corpo trovava precedenti illustri nella storia della teologia e del diritto canonico (sia Ugo da S. Vittore che Innocenzo III vi avevano fatto esplicitamente ricorso), l'espressione più significativa di tale dottrina era stata certamente data da S. Tommaso: « Potestas saecularis subditur spirituali sicut corpus animae » (*Summa Theologiae*, II-II, q. 60, art. 6, ad 3). Su questa base il grande commentatore Gaetano aveva spiegato che la potenza che dispone delle cose spirituali esercita la funzione di « forma » in relazione a quella che dispone le cose secolari; queste ultime sono ordinate alle cose spirituali e eterne come al loro fine, e poiché il fine più alto risponde all'« agente » più elevato, appartiene alla potenza spirituale di muovere e dirigere la potenza temporale e ciò che rientra nel suo dominio verso il supremo fine spirituale (Cfr. C. JOURNET, *La juridiction de l'Eglise sur la Cité*, Paris, 1931, pp. 87-90).

(32) [M. LIBERATORE], *Dell'armonia filosofica*, in *La Civiltà Cattolica*, s. II, 1853, vol. II, pp. 128-143; 253-273; 378-399. Tutta l'opera del Liberatore costituisce, secondo il Traniello, « un modello insuperato » del « configurarsi del neo-tomismo come compatto sistema di dottrine filosofico-politico-sociali » o, se si preferisce, di una « compiuta ideologia » (F. TRANIELLO, *Cultura cattolica e vita religiosa tra Ottocento e Novecento*, Brescia, 1991, p. 104). Si veda anche T. MIRABELLA, *Il pensiero politico di P. Matteo Liberatore ed il suo contributo ai rapporti tra Chiesa e Stato con la pubblicazione di un carteggio inedito*, Milano, 1956, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per deduzione logica, « stabilire la congiunzione dell'anima col corpo nell'uomo, della moltitudine col Principe nella società, dello Stato colla Chiesa nella società cattolica » (33).

Oltrepassando di gran lunga le vedute del Liberatore e del Taparelli sulla necessaria relazione tra Stato e Chiesa, Giovanni Maria Cornoldi, giunse a dedurre dall'ilemorfismo una visione della realtà nettamente conservatrice (34). Cornoldi adoperava il paragone dell'*Immortale Dei* (1885) (35) della coordinazione tra le due potestà temporale e spirituale con l'armonia tra l'anima e il corpo nel composto umano per affermare una vera e propria subordinazione dello Stato alla Chiesa. Come la Chiesa antica apportò all'anima meramente vegetativa e sensitiva dell'Impero Romano il principio superiore dell'anima razionale, così la Chiesa moderna si congiunge con il corpo dello Stato mancante di spiritualità, per attribuire ad esso una forma che ne eleva le funzioni (36). Lo Stato, infatti, pur costituendo una realtà organica e non un mero aggregato di atomi (37), è limitato nel tempo, nello spazio e negli scopi, meramente temporali. La Chiesa, come pura forma, si innesta con le singole unità organiche presenti nella società e negli Stati per ordinarle ad una perfezione superiore di tipo spirituale (38).

---

(33) Cfr. *Carteggi del P. Luigi Taparelli d'Azeglio della Compagnia di Gesù*, a cura di P. Pirri, Torino, 1933, p. 712. Il brano, in versione più ampia, è riportato da G. Miccoli, *Chiesa e società in Italia fra Ottocento e Novecento: il mito della Cristianità*, ora in Id., *Fra mito della cristianità e secolarizzazione. Studi sul rapporto chiesa-società nell'età contemporanea*, Casale Monferrato, 1985, p. 75.

(34) Giova ricordare che il Cornoldi fu uno dei più decisi sostenitori della teoria ilemorfista contro le filosofie atomistiche o dinamistiche che allora s'insegnavano dai gesuiti e dalla maggior parte degli ordini religiosi negli atenei e nelle università romane (Cfr. Malusa, *Neotomismo e intransigentismo cattolico* cit., I, pp. 46-65).

(35) Sul dibattito tra cattolici intransigenti e cattolici liberali attorno a quest'enciclica leoniana, cfr. D. Menozzi, *La chiesa cattolica e la secolarizzazione*, Torino, 1993, pp. 124-128.

(36) G.M. Cornoldi, *Commentario dell'enciclica « Immortale Dei »*, in *La Civiltà Cattolica*, s. XIII, vol. II, 1886, pp. 541-542.

(37) Opportunamente il Malusa osserva che, nell'applicare la concezione ilemorfica alla Chiesa e allo Stato, il Cornoldi è costretto ad ammettere non una ma due forme, essendo lo Stato un'entità che mantiene la sua forma anche dopo l'unione con un altro essere (cfr. Malusa, *Neotomismo e intransigentismo cattolico* cit., I, p. 484).

(38) Cfr. *ibid.*, pp. 482-486.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Negli stessi anni un giovane docente dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche, Antonio Burri (39), si serviva del principio dell'ilemorfismo per confutare la teoria cavouriana della separazione tra Stato e Chiesa senza tuttavia adottare la tesi pesantemente « teocratica » del Cornoldi. Burri riteneva, infatti, che l'« unione fra la società politica e la religiosa è il risultato della natura stessa dell'uomo, che come individuo appartiene all'una e all'altra di queste due società, e non ammette durante la sua vita nel tempo separazione dell'anima e del corpo; ed è poi reclamata dalla esigenza del fine ultimo che è uno e il medesimo sì dello Stato che della Chiesa » (40).

3. *Il ritorno al « ius naturale ».*

Il modello ilemorfista non godette di grande fortuna solo nella dottrina sociale cattolica, ma anche nel pensiero giuridico. Infatti il recupero della connessione sia tra elemento materiale e elemento spirituale nella struttura filosofica della realtà, sia tra natura e grazia nella visione teologica, favoriva una positiva riconsiderazione del diritto naturale nei suoi rapporti col diritto divino positivo e col diritto civile. Sennonché la dottrina del diritto naturale come ordinamento metastorico e vincolante — tanto nella sua versione antica e medievale quanto in quella del giusnaturalismo moderno — era fortemente trascurata e decaduta nelle teorie giuridiche della metà Ottocento in seguito all'influsso della filosofia kantiana e della Scuola storica del diritto. La prima aveva disgiunto definitivamente l'ordine giuridico da quello etico, posto il fondamento delle norme nella volontà dello Stato e attribuito alle leggi lo scopo esclusivo di attuare l'uguale libertà per tutti. La teoria kantiana negava, quindi, sia l'esistenza della legge naturale che il carattere obbligante della legge morale e limitava la sfera giuridica ai soli atti esterni (41).

---

(39) Per alcune notizie sul Burri si veda *La Pontificia Università Lateranense,* Roma, 1963, p. 242.

(40) A. Burri, *Le teorie politiche di San Tommaso e il moderno diritto pubblico*, Roma, 1884, pp. 145-146.

(41) Per queste critiche alla teoria giuridica kantiana, cfr. V. Cathrein, *Filosofia morale*, I. *Filosofia morale generale*, trad. it., Firenze, 1913, pp. 633-635.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Scuola storica del diritto vedeva il diritto come il prodotto del genio creativo del *Volksgeist* e non ammetteva altro che il diritto positivo. I precetti del diritto naturale non disponendo dei requisiti della precisione e della coattività propri del diritto positivo non potevano essere considerati norme valide per la collettività ma avevano un valore puramente soggettivo (42). Non ci si può meravigliare se, in questo clima culturale così generalmente avverso, si fosse giunti in Germania, anche in campo cattolico, ad un progressivo distacco ed allontanamento dal diritto naturale. Indicative al riguardo le posizioni oscillanti di Ferdinand Walter e quelle, decisamente critiche, assunte da altri canonisti come Rudolf von Scherer e Christian Meurer (43). Del resto, gli stessi teologi moralisti cattolici finirono talvolta per sostituire il diritto naturale con teorie giuridiche di tipo storico e pragmatico (44).

Nonostante la Scuola storica avesse favorito il positivismo giuridico, tracce del diritto naturale rimasero in alcuni pensatori legati alla prospettiva metafisica idealistica, come R.Ch. Krause e H. Ahrens (45), o a quella classica, come nel caso del neoaristotelico Adolf Trendelenburg, che formulò una teoria del diritto naturale a fondamento etico (46). Non a caso anche in Italia la rivalutazione del diritto naturale fu iniziata da studiosi delle dottrine morali e sociali che non si erano staccati da un impianto metafisico — basterebbe menzionare per tutti il Rosmini (47) — o che avevano riscoperto le potenzialità derivanti dall'utilizzo della *philosophia perennis*, opportunamente rinnovata e adattata ai bisogni del momento. Alcuni esponenti della Scuola romana prepararono, più o meno indiretta-

---

(42) Cfr. H. Rommen, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, trad. it., Roma, 1965, pp. 96-99.

(43) Cfr. V. Cathrein, *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, trad. spagnola, Madrid, 1950, pp. 186-187. Il manuale del Walter fu tradotto in italiano dall'avv. Conticini (Pisa, 1846).

(44) Cfr. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it., II, Milano, 1980, p. 98.

(45) Su di essi, cfr. Cathrein, *Filosofia morale* cit., I, pp. 639-640; G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, n. ed., Bologna, 1994, pp. 215-216.

(46) Cfr. A. Trendelenburg, *Diritto naturale sulla base dell'etica* (1860), trad. it., Napoli, 1873; Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, cit., p. 216.

(47) Cfr. *ibid.*, pp. 98-99.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente, il terreno: pensiamo, in primo luogo, all'apporto di due docenti della « Sapienza » come il « tradizionalista » Gioacchino Ventura, che riconosceva nel sistema aristotelico-tomista l'unica filosofia vera (48) e il « conciliatorista » Guglielmo Audisio (49), la cui opera *Juris naturae et gentium privati et publici fundamenta* (edita per la prima volta a Roma nel 1852 con varie edizioni, l'ultima delle quali risale al 1882) segnava una netta critica alle teorie del giusnaturalismo razionalista e della scuola storica del diritto nonché un ulteriore passo in avanti verso una fondazione teologica (50).

Il recupero in senso « metafisico » del diritto naturale datava da qualche anno prima per iniziativa dei gesuiti Luigi Taparelli d'Azeglio e Matteo Liberatore. In ambedue il ritorno al tomismo era avvenuto in modo assai graduale ed era stato sapientemente mediato da una sensibilità filosofica eclettica rivolta a dare alle teorie giuridico-politiche dell'Aquinate una più larga legittimazione diversi anni prima che il papato ne ufficializzasse il pensiero come guida della Chiesa. Mentre nelle opere di filosofia morale del Liberatore un abbandono della fase eclettica e un netto avvicinamento al tomismo si registra solo dal 1855 in avanti (51), nel celebre *Saggio teoretico di dritto naturale...* del 1840-43 il Taparelli intendeva fondarsi sul « fatto », cioè sulla natura e sulla coscienza umana, per criticare il giusnaturalismo moderno e ricondurre il diritto e le teorie sociali ad un fondamento morale (52). Con ciò egli riportava sì il problema del

---

(48) Cfr. E. GARIN, *Storia della filosofia italiana*, III, Torino, 1966, pp. 1218-1219.

(49) Sull'Audisio, cfr. F. CORVINO, *sub voce*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, VI, Roma 1962, pp. 575-576.

(50) Alcune notazioni critiche sulla contaminazione politica in senso illiberale a cui furono soggette le conclusioni dell'Audisio sono svolte da G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, 1964², pp. 196-197.

(51) Sulla questione, dibattuta tra gli storici del neotomismo, si vedano, da ultimo, le considerazioni del MALUSA, *Neotomismo e intransigentismo cattolico* cit., I, pp. 24-28. Si ricorda che il Liberatore pubblicò a Napoli nel 1846 gli *Ethicae et iuris naturae elementa*, con diverse ristampe e nel 1852 l'edizione romana delle *Institutiones philosophicae*: ambedue le opere ebbero varie edizioni con sensibili modificazioni (cfr. MIRABELLA, *Il pensiero politico di P. Matteo Liberatore* cit., pp. 54 ss.).

(52) In questo studio si farà riferimento alla III edizione dell'opera: L. TAPARELLI, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, 2 voll., Napoli, 1850. Sugli aspetti giuridico-dottrinali del *Saggio*, cfr. R. JACQUIN, *Le p. Taparelli d'Azeglio. Sa vie, son action, son œuvre*, Paris, 1943, e i vari contributi della *Miscellanea Taparelli*, Roma, 1964.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto « alle grandi impostazioni della Scolastica » (53), ma lo faceva accogliendo i risultati delle indagini recenti dell'Haller e del Romagnosi, servendosi solo indirettamente del pensiero di Tommaso, della Seconda Scolastica e di Wolff (54).

A riportare al centro dell'attenzione il problema del diritto naturale contribuì anche il *Sillabo* di Pio IX che, nelle tesi 39 e 56, condannava la pretesa, propria del « positivismo giuridico », di attribuire allo Stato potestà illimitata e capacità esclusiva di produzione del diritto e negava il riconoscimento e l'obbligatorietà delle leggi umane che contraddicono il diritto naturale.

L'innesto organico della teoria del diritto naturale nella filosofia tomista fu, in ogni caso, prodotto dalla *Aeterni Patris* (1879) di Leone XIII e preceduto da scelte culturali tendenti, da un lato, a valorizzare le opere dei precursori della rinascita tomista in Italia (Roselli, Sanseverino, Signoriello, Ferretti, Schiffini, Giuseppe Pecci, Talamo, Prisco) e, dall'altro, a imporre il rinnovamento dell'indirizzo filosofico nei seminari e negli atenei ecclesiastici (55).

In Francia il ritorno alla filosofia tomista e l'adesione al programma di Leone XIII furono mediate da un allievo romano di Franzelin e di De Angelis, l'abate Deville (56). Ne *Le droit canon et*

---

(53) G. Ambrosetti, *Diritto naturale cristiano. Profili di metodo, di storia e di teoria*, Milano, 1985², p. 225.

(54) Secondo Thomann, il Taparelli avrebbe risentito assai del Wolff nel metodo dimostrativo come anche nella definizione dei principali concetti (da quelli generali e fondamentali di diritto naturale, ragione, morale, perfezione, a quelli tecnici come dovere, obbligazione) (cfr. M. Thomann, *Introduction*, in C. Wolfii, *Jus Naturae*, edidit et curavit Marcellus Thomannus, Hildesheim-New York, 1972). Al contrario A. Hollerbach, *Das christliche Naturrecht im Zusammenhang des allgemeinen Naturrechtsdenkens*, in *Naturrecht in der Kritik*, hrsg. F. Böckle — E.W. Böckenförde, Mainz, 1973, p. 28, designa Taparelli come un protagonista della neoscolastica del diritto naturale e spiega l'apparente dipendenza dal Wolff come frutto dell'influenza avuta su quest'ultimo da Suárez. Sulla questione, cfr. J. Listl, *Kirche und Staat in der neuren katholischen Kirchenrechtswissenschaft*, Berlin, 1978, pp. 124-127.

(55) Significative, al riguardo, le difficoltà a cui andò incontro il Cavagnis nell'insegnare la filosofia moderna all'Apollinare e la nomina alla cattedra di filosofia del diritto dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche prima del fratello del papa Giuseppe Pecci e poi di un altro tomista come Salvatore Talamo (cfr. Vistalli, *Il cardinal Cavagnis* cit., cap. XVII).

(56) Il Deville era un sacerdote della Société de Saint-Irénée che insegnava

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le droit naturel (57) egli intese fornire la confutazione alle teorie del filosofo razionalista Tissot circa l'influenza negativa esercitata dal diritto canonico sul diritto naturale (58), e ricondurre il concetto di diritto ai princìpi fondamentali della « filosofia eterna » (59), con ciò anticipando, per alcuni aspetti, la critica del pensiero giuridico moderno contenuta nell'*Immortale Dei* (60). Secondo il Deville i giureconsulti romani avevano intuito che l'idea del diritto era inseparabile dall'idea di Dio e del bene, anche se lo sviluppo coerente della nozione di legge naturale era il frutto della speculazione filosofica di S. Tommaso (61) e di Suárez (62). Circa il preteso antagonismo tra i due diritti il Deville osservava che, come la fede non contraddice la ragione, la grazia la natura, la rivelazione la scienza, così il diritto canonico non potrebbe contraddire il diritto naturale. Le contraddizioni potevano essere solo apparenti e derivare o dalla cattiva interpretazione della legislazione della Chiesa o dall'esagerazione e dall'alterazione dei diritti dell'uomo (63). Anche le accuse d'inconciliabilità sul piano storico tra il messaggio evangelico e il diritto canonico erano da considerare ugualmente ingiustificate, perché non tenevano conto del fatto che Gesù Cristo aveva tracciato solo il piano essenziale dell'organizzazione della Chiesa, lasciando ad essa la cura di svilupparla e di adattarla ai diversi bisogni (64).

---

teologia presso i Certosini di Lione (DEVILLE, *Le droit canon et le droit naturel. Etudes critiques*, Lyon, 1880, p. V).

(57) La fortuna di quest'opera è testimoniata dal costante riferimento che vi hanno fatto diversi canonisti come Van Hove, Lijsdmann, Del Giudice, d'Avack.

(58) Cfr. C.-J. TISSOT, *Introduction historique à l'étude du droit*, Paris, 1875.

(59) DEVILLE, *Le droit canon et le droit naturel* cit., p. II.

(60) Cfr. *ibid.*, p. 4, dove si afferma la tesi fondamentale del volume: « Le vice radical des théories moderne, c'est de vouloir éliminer Dieu de la science du droit, comme on a tenté de le chasser du domaine des autres sciences: le droit n'est pas seulement un rapport d'homme à homme, mais il est avant tout un rapport de l'homme à Dieu... ».

(61) *Ibid.*, p. III.

(62) Suárez in particolare aveva contribuito, per il Deville, a fissare gli elementi costitutivi del diritto e a determinare i rapporti tra diritto e morale (Cfr. *ibid.*, p. 74). Al riguardo il Deville polemizzava con A. FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit* avvalendosi dell'opera *Les lois de la Société chrétienne* di Ch. Périn, docente all'Università Cattolica di Lovanio.

(63) Cfr. DEVILLE, *Le droit canon et le droit naturel* cit., pp. 120-121.

(64) *Ibid.*, pp. 116-117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Particolare attenzione era, infine, rivolta dal Deville a delineare l'influenza esercitata dal diritto canonico sull'elaborazione del diritto pubblico e privato (65), al fine di provare che esso non solo aveva contribuito al progresso sociale (66) ma era anche servito di modello per la scienza giuridica moderna e per lo stesso *Code civil* (67). In conclusione, l'opera del Deville servì per controbattere le obiezioni positivistiche contro il diritto della Chiesa, ma non fornì una strumentazione concettuale valida per reimpostare in maniera organica i rapporti tra il diritto naturale, il diritto civile positivo e il diritto canonico.

La sistematizzazione dottrinale avvenne diversi anni dopo nei paesi di lingua tedesca attraverso l'opera di due gesuiti svizzeri: Theodor Meyer e Viktor Cathrein. Al Meyer si deve il maggiore sforzo di ricostruzione della filosofia del diritto *secundum principia S. Thomae Aquinatis* a stretto confronto con i giuristi laici tedeschi a lui contemporanei. Le *Institutiones iuris naturalis seu philosophiae moralis universae...* (68), svolgono quattro aspetti dottrinali fondamentali: il recupero della prospettiva teleologica della realtà sociale e della giustizia in specie, di contro al dilagare del metodo descrittivo, causale o storico, delle scienze sociali del tempo; l'articolazione tra *lex naturalis* e *ius naturale*, ossia tra ordine morale, fondante e universale, e ordine giuridico, riferito al primo e più limitato; l'enucleazione dei vari significati del *justum* nella sfera sociale, ivi compresa l'accezione di diritto come facoltà individuale non sviluppata da Tommaso; infine, l'individuazione del diritto come forma specifica di coesione del mondo sociale e storico (69). Delineando poi le complesse modalità del passaggio dai vincoli generalissimi dell'umanità ai nessi definiti delle formazioni storiche e degli organismi sociali, il Meyer arrivava a mostrare che la finalità ideale del

---

(65) *Ibid.*, pp. 131-151.

(66) *Ibid.*, p. 129.

(67) « Le droit civil, qui nous régit depuis le commencement du siècle, conserve encore sur plus d'un point la trace visible de l'influence chrétienne. Qu'est-ce que en effet le Code de Napoléon? Un composé de droit romain, des coutumes de la France, et des idées empruntées à l'Evangile » (Cfr. *ibid.*, p. 135).

(68) Friburgi Brisgovia, I, 1886; II, 1900.

(69) Cfr. G. Ambrosetti, *L'idea del diritto naturale cristiano avvalorata dall'« Aeterni Patris »*, in *L'enciclica « Aeterni Patris »*, cit., I, p. 405.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto consiste nel fondare il giusto ordine della società. Con ciò Meyer aveva posto le premesse teoriche non solo di una filosofia generale del diritto ma anche di una peculiare filosofia politica tomistica. Toccherà al Cathrein (70) — il principale cultore cattolico del diritto naturale dopo Taparelli (71) — elaborare una teoria generale del diritto nonché sviluppare l'applicazione speciale di concetti e princìpi dell'ordine morale alle diverse contingenze umane (72).

Cathrein svolgerà il problema concettuale del diritto in opposizione sia alla scuola dell'« empirismo » (Merkel, Binding, Bergbohm, Neukamp), che faceva derivare la nozione di diritto esclusivamente dall'esperienza, sia a quella dell'« apriorismo » giuridico di derivazione kantiana (Bierling, Heimberg, Stammler), che vedeva il diritto come pura forma (73). Nella concezione di Cathrein il diritto naturale è un vero e proprio diritto, costituito da un complesso di norme giuridiche che riflettono l'ordine trascendente delle cose e che non ha il semplice compito di colmare le lacune dell'ordinamento giuridico: in altre parole il diritto naturale, come egli scrive, « non è soltanto *ideale*, cioè una semplice idea che deve divenire diritto, ovvero un semplice archetipo dell'ordine giuridico [...] ma un *ordine giuridico vero e proprio, valido per tutti i rapporti umani* e costituente la base e i limiti necessari al diritto positivo » (74). Sul fondamento trascendente del diritto naturale, il Cathrein superava poi la separazione kantiana tra il campo del diritto

---

(70) V. CATHREIN, *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen Ordnung,* Freiburg in Br., 1890-1891; trad. it. cit.; ID., *Recht, Naturrecht und positives Recht...*, Freiburg in Br. 1901, trad. spagn. cit. Sulla sua filosofia del diritto merita ricordare il lungo saggio di F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1927, pp. 294-350. Si veda anche G. GONNELLA, *Il contributo del p. Vittorio Cathrein agli studi di diritto naturale*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 1932, n. 2, pp. 196-206, e, più recentemente, FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento*, cit., pp. 216-217.

(71) Secondo la rivista dei padri gesuiti con la sua *Moralphilosophie*, il Cathrein fece, per la Germania, quel che aveva fatto per l'Italia il Taparelli col suo *Saggio* ([E. POLIDORI], Recensione, in *La Civiltà Cattolica*, s. XIV, vol. XI, 1891, pp. 197-204).

(72) Cfr. CATHREIN, *Filosofia morale* cit., 2 voll. (di cui il secondo dedicato alla *Filosofia morale speciale*, trad. it., Firenze, 1920).

(73) Cfr. *ibid.*, I, pp. 545 ss.

(74) *Ibid.*, I, p. 610.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e quello della morale e giungeva a individuare nelle leggi etiche naturali la base del carattere obbligatorio delle leggi giuridiche. In tal modo l'ordine giuridico veniva ricongiunto all'ordine etico come regolatore di tutte le azioni umane (75).

4. *Gli sviluppi del « ius publicum ecclesiasticum ».*

Le grandi potenzialità apologetiche a cui si poteva prestare, sul terreno sociale e politico, la dottrina del diritto naturale in simbiosi con la teologia fondamentale, si manifestarono particolarmente nei progressi fatti dal *ius publicum ecclesiasticum* a Roma tra il 1862 e il 1883. In quel ventennio, infatti, mediante gli apporti culturali del Tarquini e del Cavagnis, si elaborò il paradigma definitivo della disciplina, si attuò una graduale purificazione dei presupposti razionalistici da cui era stata contrassegnata fin dalla nascita e si stabilizzò il modello della Chiesa *societas perfecta* in funzione ideologica antiliberale.

Com'è noto, il sistema del *ius publicum ecclesiasticum* traeva le sue lontane origini da due indirizzi culturali assai diversi: la Seconda Scolastica e il *ius ecclesiasticum* della Scuola di Würzburg (76). La prima corrente, e in particolare il Bellarmino, offrì il quadro concettuale di riferimento per la nascente disciplina in quanto teorizzò il passaggio dall'articolazione medievale dei due poteri all'interno dell'unica società cristiana alla distinzione delle « due società » a cui gli uomini appartengono necessariamente come fedeli e come cittadini. L'opera del Bellarmino fornì anche tre nozioni fondamentali

---

(75) *Ibid.*, I, pp. 621 ss. Sull'espansione del diritto naturale cristiano in Europa alla fine dell'Ottocento si veda l'elenco bibliografico *ibid.*, I, pp. 28-29. Per la Francia meritano un cenno, oltre le posizioni del Gény, quelle di R. Saleilles, che nel 1902 operò un'ampia critica al giusnaturalismo settecentesco e alla scuola storica del diritto, affermando la necessità di « un diritto naturale a contenuto variabile », secondo il modello di R. Stammler (Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato [Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles]*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, pp. 1893-1970, in specie pp. 1912-1913).

(76) Cfr. C. Munier-A. de la Hera, *Le droit publique ecclésiastique à travers ses définitions*, in *Revue de droit canonique*, XIV, 1964, pp. 32-63; Listl, *Kirche und Staat* cit., *passim*; M. Zimmermann, *Structure sociale et Eglise. Doctrine et praxis des rapports Eglise-Etat du XVIIIe siècle* à *Jean-Paul II*, Strasbourg, 1981, pp. 11-91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del nuovo edificio dottrinale: innanzi tutto un'ecclesiologia fondata sulla visibilità, sul carattere societario dell'istituzione e sul criterio dell'autorità; in secondo luogo il concetto di *respublica* o *societas perfecta* dotata di tutti i mezzi necessari per conseguire il suo scopo; infine, il principio della gerarchizzazione dei due poteri esistenti nella società — quello spirituale e quello temporale —, in funzione dell'elevazione dei fini che essi perseguono, con la conseguente teorica della *potestas indirecta in temporalibus* (77).

Nel secondo Settecento i canonisti della Scuola di Würzburg effettuarono una complessa opera di traduzione delle dottrine protestanti del *ius ecclesiasticum.* Johann Kaspar Barthel introdusse la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ecclesiastico, Johann Adam von Ickstatt sviluppò, contro le teorie del territorialismo e del collegialismo protestante, la nozione di *Respublica* applicandola allo Stato come alla Chiesa, Georg Christoph Neller elaborò il tema della Chiesa *societas inequalis* avente *imperium sacrum*, preposta alla *salus animarum* e quindi dotata di poteri legislativi, esecutivi e giudiziari.

Il legato dottrinale bellarminiano fu ripreso dai gesuiti Philipp Anton Schmidt e Jakob Anton Zallinger, i quali fecero propria la distinzione di Barthel, combatterono le tendenze episcopaliste di Neller e operarono un raccordo tra il diritto pubblico ecclesiastico e la teologia dogmatica cattolica. L'opera di questi due gesuiti aprì la strada alla recezione romana delle teorie dei canonisti bavaresi compiuta dal Devoti (78) e, soprattutto, dal cardinale Giovanni Soglia Ceroni (79). Nel corso delle varie edizioni delle *Institutiones iuris publici ecclesiastici* egli definisce i due principali obiettivi strategici: combattere gli errori dei protestanti, dei richeristi e dei regalisti — che sostenevano l'attribuzione di tutta la potestà eccle-

---

(77) Cfr. P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, Milano, 1956, pp. 254 ss.; ID., *Trattato di diritto canonico. Introduzione sistematica generale*, Milano, 1980, 240 ss.; P. BELLINI, *Sui caratteri essenziali della 'potestas indirecta in temporalibus'*, in ID., *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Torino, 1991, pp. 185-250.

(78) Cfr. *Institutionum canonicarum libri IV* cit., I, § IV e nota 2, dove il Devoti si richiama alle *Praelectiones* di V. Lupoli e alla confutazione di Febronio da parte del Mamachi.

(79) Su questo docente di testo canonico alla « Sapienza », cfr. C. WEBER, *Kardinäle und Prälaten in den Letzten Jahrzehnten des Kirchenstaates*, II, Stuttgart, 1978, pp. 522-523; LISTL, *Kirche und Staat* cit., *ad indicem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siastica all'intera Chiesa e non a Pietro e agli apostoli « tamquam certis designatisque personis » (80) —; affermare l'autonomia giuridica della Chiesa e la sua indipendenza politica dagli Stati sulla base del principio che « Ecclesiam a Christo fundatam Statum esse, sive ut aiunt, Societatem inaequalem » (81).

L'elaborazione del modello classico del diritto pubblico ecclesiastico va tuttavia ricondotta al Tarquini (82) perché, a differenza del Soglia, non si limitò a determinare la forma di governo della Chiesa, ma affrontò il problema più generale della sua « costituzione sociale » in rapporto al modello della *societas perfecta* (83). Per fondare e legittimare la sua trattazione Tarquini aveva bisogno di una teoria generale della società e del diritto coerente con le finalità del suo progetto ideologico. Nei passaggi determinanti della costruzione giuridica egli ricorse, anche se in modo strumentale, alle categorie filosofiche e sociali formulate dal Taparelli d'Azeglio. L'influsso del *Saggio teoretico di dritto naturale* è documentabile sia nella definizione di alcuni concetti portanti — il caso della nozione di « società » (84) —, sia nella più matura elaborazione teorica — i diversi « tipi » di organizzazione sociale (85), i gradi di subordinazione (86) e di coordinazione (87) tra loro — sia nell'applicazione alla Chiesa del modello della filosofia « naturale » in materia costituzionale e di poteri politici (88).

Tra la concezione del Tarquini e quella del Taparelli sarebbe tuttavia difficile parlare di una piena consonanza. Anzitutto va rilevato che il fondamento antropologico nuovo, non razionalistico,

---

(80) J. Soglia, *Institutionum iuris publici ecclesiastici*, Mutinae 1850³, III, p. 49.

(81) Cfr. *ibid.*, II, p. 6.

(82) Cfr. C. Tarquini, *Juris ecclesiastici publici institutiones*, Romae, 1862.

(83) Cfr. d'Avack, *Corso di diritto canonico* cit., pp. 129 ss.; Id., *Trattato di diritto canonico* cit., pp. 197 ss.; E. Fogliasso, *Il* Ius Publicum Ecclesiasticum *e il concilio Vaticano II,* Torino, 1968, pp. 36-43; Listl, *Kirche und Staat* cit., *passim*; Zimmermann, *Structure sociale et Eglise* cit., pp. 25-36.

(84) Cfr. Tarquini, *Juris ecclesiastici publici institutiones* cit., lib. I, n. 6, e Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale* cit., I, nn. 295-304.

(85) Per la distinzione tra la società volontaria o doverosa, e tra società uguale o diseguale, cfr. Taparelli, *Saggio teoretico di dritto naturale* cit., I, nn. 604-658.

(86) Cfr. *ibid.*, I n. 685 ss.

(87) Cfr. *ibid.*, I, n. 1427.

(88) Cfr. *ibid.*, I, nn. 1445-1506.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che quest'ultimo aveva dato alla concezione societaria della Chiesa (89) venne direttamente trasposto dal Tarquini nell'ordine puramente logico-formale e acquistò una valenza immediatamente apologetica nei confronti delle dottrine tendenti a sminuire la forma gerarchica del governo ecclesiastico. Tarquini operò, inoltre, una decisa semplificazione del campo e della dinamica delle organizzazioni sociali indagato dal Taparelli. Mentre quest'ultimo ammetteva una pluralità di organizzazioni autonome (90), concepiva il corpo sociale come un'unica realtà a cui attengono sia il potere spirituale che quello temporale, e sosteneva la necessaria coordinazione tra di loro, Tarquini, sull'esempio del Soglia, considerò volutamente solo la Chiesa e lo Stato come istituzioni societarie (91), attribuì solo ad esse la perfezione giuridica, e le contrappose l'una all'altra in un rapporto di autonomia o di subordinazione a seconda delle sfere di competenza (92).

Va inoltre osservato come la stessa nozione di *societas perfecta* (93), vera architrave di tutta la trattazione, fosse dal Tarquini reinterpretata, in sintonia con la lettera e con lo spirito del *Silla-*

---

(89) È stato in proposito osservato che col Taparelli d'Azeglio « la doctrine naissante de l'Eglise-société parfaite tente de s'affranchir de ses conditionnements polémiques antérieurs, pour se présenter comme le résultat irréfutable de la nature sociale de l'homme, créé par Dieu non seulement pour vivre dans la temporalité de son existence terrestre, mais aussi pour atteindre sa fin spirituelle, qui est la vie éternelle » (R. MINNERATH, *Le droit de l'Eglise à la liberté. Du Syllabus à Vatican II*, Paris, 1982, p. 33).

(90) TAPARELLI, *Saggio teoretico di dritto naturale* cit., II, n. 1425.

(91) Osserva opportunamente il Fogliasso che i teorici giuspubblicisti ecclesiastici non parlano mai di « Stati » ma sempre di « Stato » per una duplice ragione: perché essi fondano le loro considerazioni sulla base del diritto naturale e divino positivo, prescindendo da qualsiasi riferimento all'assetto sociologico e costituzionale degli Stati, e perché la prospettiva dello Stato come istituzione naturale richiedeva ontologicamente il suo completamento nell'istituzione divina della Chiesa, in linea con l'esperienza storica dell'Europa cristiana (Cfr. FOGLIASSO, *Il* Ius Publicum ecclesiasticum *e il concilio* cit., p. 36).

(92) Cfr. ZIMMERMANN, *Structure sociale et Eglise* cit., pp. 33-36.

(93) Il termine *societas perfecta* — che aveva radici aristoteliche — entrò nel vocabolario giuridico cattolico sempre attraverso la scuola di Würzburg e in particolare con l'opera di G.N. Endres (*De necessario iurisprudentiae naturalis cum ecclesiastica nexu*, 1761) e di G. Zallwein (*Principia iuris ecclesiastici universalis et particularis Germaniae*, 1763) (cfr. LISTL, *Kirche und Staat* cit., pp. 88-89, 116). Bolgeni adopererà il concetto, che verrà anche inserito nelle *Theses ex Jure publico ecclesiastico*, Roma, 1826

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bo (94), in un senso decisamente dualistico e realistico che essa non possedeva né in S. Tommaso — a cui egli pretendeva riferirsi direttamente —, né nel Taparelli (95). Nell'Aquinate tale concetto, infatti, non si riferiva né alla *Ecclesia* né alla *Civitas* ma alla loro coordinazione in una superiore unità (96). Dal canto suo, Taparelli aveva distinto tre gradi di perfezione nell'essere, nell'agire e nel possedere ed aveva affermato che la Chiesa avrebbe raggiunto « l'apice della perfezione sociale in quella società beata che porta nome di città di Dio, di Gerusalemme celeste... » (97). Al contrario, Tarquini non solo intese tale perfezione dell'organismo ecclesiastico come già realizzata nel tempo, ma la ricondusse essenzialmente alla sfera giuridica, connotata dall'originarietà e dall'indipendenza dei poteri, in contrapposizione alla società statuale.

Tutto il manuale del Tarquini appare organizzato alla maniera di un unico grande sillogismo. Definite le potestà (*legifera, judiciaria, coactiva*) che competono alle *societates perfectae* in forza della loro natura (lib. I, cap. I, sect. I), egli passava ad esaminare se esse spettassero alla Chiesa e come si dovessero applicare ai cattolici, agli eretici e agli infedeli (sect. II). Accanto a tale potestà ordinaria erano poi considerate le modificazioni straordinarie determinate dalla

---

(secondo il Listl preparate dal Soglia) : « Ecclesia non Collegium, sed perfecta societas est » (cfr. MINNERATH, *Le droit de l'Eglise à la liberté* cit., p. 30 nota 26).

(94) Sembra significativo osservare che nel vocabolario ufficiale del papato una delle prime attestazioni del concetto della Chiesa *societas perfecta* compaia proprio al momento della prima amputazione dello Stato pontificio a vantaggio del Regno di Sardegna (cfr. LISTL, *Kirche und Staat* cit., pp. 134-136, che rinvia alla lettera apostolica *Cum Catholica Ecclesia* del 26 marzo 1860). Nel *Sillabo* tale nozione ricorre una sola volta (prop. 19), ma la maggior parte degli « errori » condannati risultano collegati a tale assunto. Si vuole infatti affermare la confessionalità dello Stato cattolico (prop. 77), il rifiuto della separazione tra Stato e Chiesa (prop. 55), la prevalenza del diritto della Chiesa su quello dello Stato in caso di conflitto tra i due poteri (prop. 42), l'indipendenza della Chiesa dal potere temporale in materia di giurisdizione ecclesiastica e di magistero (prop. 20 e 21), ecc. (*ibid.*, pp. 139-144). Sotto l'aspetto dottrinale la nozione di *societas perfecta* sarà sviluppata nel Concilio Vaticano I (si veda P. GRANDFIELD, *The Church as Societas Perfecta in the Schemata of Vatican I*, in *Church History*, XLVIII, 1979, pp. 431 ss.).

(95) Cfr. TARQUINI, *Juris ecclesiastici publici institutiones* cit., lib. I, n. 6 nota.

(96) Cfr. FOGLIASSO, *Il* Ius Publicum ecclesiasticum *e il concilio* cit., p. 42 nota 156.

(97) TAPARELLI, *Saggio teoretico di dritto naturale* cit., I, n. 303.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stipula di convenzioni o concordati (cap. II). Infine veniva trattato il soggetto della potestà ecclesiastica, in rapporto alla forma costituzionale della Chiesa, ai principali sistemi dottrinali che si erano allontanati dalla sua vera costituzione, alle fonti del diritto canonico privato (lib. II).

Nelle relazioni tra le diverse organizzazioni sociali occorreva tener conto del principio che le società non hanno nessun potere su quelle materie che esulano dai loro fini propri. Dunque nelle cose temporali, e sotto il profilo del fine temporale, la Chiesa nulla poteva sulla società civile (98). La comparazione tra le due società che detengono la perfezione giuridica — la Chiesa e la società civile —, andava effettuata in base alla « nota caratteristica » di ciascuna identificata nella rispettiva finalità. Appariva allora evidente che il fine della Chiesa (la felicità eterna) commisurato con quello dello Stato (il benessere temporale) fosse infinitamente più alto e più nobile, e come la Chiesa appartenesse a un ordine superiore, a cui la società civile cattolica doveva rimanere subordinata (99). Il che era sufficiente, secondo Tarquini, per stabilire il diritto della Chiesa di esplicare un'ingerenza e una piena supremazia *in temporalibus ratione spiritualium,* laddove si desse una connessione di materie col fine spirituale (100).

Da quanto precede risulta che Tarquini introdusse una vera e propria scala gerarchica tra le diverse organizzazioni societarie e considerò differentemente le relazioni tra Stato e Stato e tra Chiesa e Stato. Mentre le prime si mantenevano su un piano di effettiva parità, le altre si configuravano come un caso specifico di rapporto tra *societas superior* e *societas inferior.* Ciò facendo cadde tuttavia nella contraddizione, rilevata dal d'Avack, di concludere per la subordinazione e per la dipendenza dello Stato dalla Chiesa, allorché nella premessa aveva affermato la loro autonomia e indipendenza in quanto *societates perfectae.* In realtà tale antinomia non era casuale ma discendeva inevitabilmente da due princìpi dogmatici da

(98) Cfr. TARQUINI, *Juris ecclesiastici publici institutiones* cit., lib. I, n. 53.

(99) Cfr. *ibid.*, lib. I, n. 52. Cfr. l'ampia ripresa tematica operata da P.A. D'AVACK, *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano nel* jus publicum ecclesiasticum, Firenze, 1937, pp. 37-62.

(100) Cfr. TARQUINI, *Juris ecclesiastici publici institutiones* cit., lib. I, n. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui aveva preso le mosse Tarquini, quello, di diritto divino positivo, della superiorità della Chiesa sullo Stato e quello, di diritto divino naturale, dell'esistenza della società civile come corpo giuridicamente autosufficiente (101).

Per risolvere questo fondamentale dilemma teorico Tarquini credette opportuno di ricorrere alla dottrina della *potestas indirecta in temporalibus* così come era stata elaborata dal Bellarmino e dal Suárez (102). Anche se tale soluzione non eliminava completamente le difficoltà del suo sistema, tuttavia rappresentava, a detta del d'Avack, « il meglio e il massimo che fosse dato a chiunque di raggiungere sulla base di questi presupposti dogmatici veramente inconciliabili... » (103).

La dottrina del *ius publicum ecclesiasticum* formulata nei suoi princìpi essenziali dal Tarquini ricevette una più articolata fondazione, una migliore strutturazione formale e un notevole ampliamento della parte applicativa nelle *Institutiones* di Felice Cavagnis (104). Quanto all'ordine della trattazione Cavagnis seguì fedelmente i titoli e la divisione in due libri propria del Tarquini, il cui manuale gli era stato raccomandato dal papa « sopra gli altri » « per la brevità, l'ordine, e la dimostrazione » (105), ma, a differenza del canonista gesuita, si soffermò notevolmente sull'aspetto metodologico sia premettendo nell'avvertenza una breve ricostruzione

---

(101) Cfr. D'AVACK, *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano* cit., pp. 45-46.

(102) Oltre a questi due classici della « Controriforma », Tarquini menziona frequentemente l'opera di G. A. BIANCHI, *Della potestà, e della politica della Chiesa trattati due contro le nuove opinioni di Pietro Giannone*, Roma, 1745-51. Ma di questo polemista curiale del Settecento smorza i toni.

(103) Cfr. D'AVACK, *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano* cit., p. 46; ID., *Trattato di diritto canonico* cit., p. 247, laddove sostiene trattarsi di « uno sforzo scientifico addirittura acrobatico compiuto in questi ultimi secoli dalla dottrina canonistica ».

(104) Cfr. F. CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Romae, 1882-83; qui si utilizzerà la IV edizione, in tre volumi, edita a Roma nel 1906. Su Felice Cavagnis (1841-1906) si rinvia a M. CASELLA, *sub voce*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, XXII, Roma, 1979, pp. 575-577. Prima delle *Institutiones*, aveva composto la dissertazione *Il diritto divino e il diritto umano nella società* (1872); successivamente stamperà la monografia *Della natura di società giuridica e pubblica competente alla Chiesa* (Roma, 1887), e un altro manuale in lingua italiana per il laicato cattolico, le *Nozioni di diritto publico [sic] naturale ed ecclesiastico*, Roma, 1886.

(105) VISTALLI, *Il cardinal Cavagnis* cit., p. 234.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storica del *ius ecclesiasticum publicum,* seguìta da una bibliografia speciale, sia analizzando, nei *Prolegomena*, la nozione, la divisione interna e i rapporti con le altre discipline. Alla parte generale, Cavagnis aggiunse un'altra parte speciale (106), divisa anch'essa in altri due libri, dove si faceva più evidente il lavoro di adeguamento della dottrina giuspubblicistica alle sfide ideologiche e politiche del liberalismo moderno, definito dal Liberatore « l'eresia caratteristica dell'età nostra » (107).

Rispetto al problema della fondazione dottrinale del *ius publicum ecclesiasticum internum* l'opera del Cavagnis segnò un netto avanzamento rispetto alla manualistica precedente. Allorché trattava la perfezione giuridica della Chiesa e i diritti connaturali di tale corpo, egli riorganizzava le diverse argomentazioni addotte dal Tarquini (108) dividendole tra quelle « ex sui natura » (la Chiesa come società suprema, universale, soprannaturale e spirituale) e quelle « ex positiva voluntate divini fundatoris » (S. Scrittura e Tradizione), « ex facto » (testimonianze dei Padri, definizioni della Chiesa). In tal modo Cavagnis sembra accentuare il carattere giusnaturalistico della trattazione; sennonché egli stesso precisava che il valore degli argomenti giuridici desunti dalla natura stessa della Chiesa non era assoluto ma ipotetico, in quanto supponevano l'istituzione divina della Chiesa (109).

Sotto questo profilo Cavagnis rappresentò l'ultima tappa di un lungo percorso teorico teso a riequilibrare il rapporto tra il diritto divino e il diritto naturale e a ricondurre — almeno formalmente — il *ius ecclesiasticum publicum* nell'orbita delle sue premesse teologiche. Ciò è particolarmente visibile tanto nella definizione adottata per la disciplina quanto nella determinazione delle differenze con quelle affini. Coniando la formula « scientia iurium et officiorum

---

(106) Rispettivamente dedicati alle « Quaestiones speciales de independentia Ecclesiae eiusque primatu comparate ad societatem civilem » (tra cui il regio *placet*, la nomina regia e il diritto di regalìa, l'immunità ecclesiastica, la potestà indiretta della Chiesa nelle cose temporali) a quelle « de directa competentia potestatis Ecclesiae » (diritto a predicare, insegnare, santificare, acquistare beni, ecc.).

(107) Cfr. M. LIBERATORE rec. al Cavagnis, in *La Civiltà Cattolica* s. XII, vol. III, 1883, p. 326.

(108) Cfr. TARQUINI, *Juris ecclesiastici publici institutiones* cit., lib. I, nn. 40-46.

(109) CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici* cit., I, n. 209.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ecclesiae tanquam perfectae societatis, ex divina eius institutione promanantium », il Cavagnis assunse sì dal Tarquini il concetto di *societas perfecta* quale criterio distintivo e fattore generatore della materia — ma, per bilanciare l'elemento giusnaturalistico e fondare in senso teologico la realtà societaria della Chiesa, introdusse anche il diritto divino come fonte essenziale del *ius publicum ecclesiasticum.* Il principio formale di questa scienza, egli ribadì, non poteva che essere la Rivelazione, in quanto la Chiesa è un'istituzione positiva e soprannaturale la quale esiste per volontà di Cristo e nel modo in cui egli stesso l'ha voluta. Tuttavia, poiché la Rivelazione non distrugge il *ius naturae* ma lo conferma e lo perfeziona, se l'oggetto lo permetteva, si poteva ricorrere spesso « ad naturalis rationis principia, sub custodia divinae revelationis investigata ». Dal che ne seguiva che la S. Scrittura era la base del diritto pubblico della Chiesa e che dai princìpi della ragione naturale non si poteva dedurre alcunché di contrario alla fonte divina, laddove ne risultava chiaro il significato (110).

Da un punto di vista formale l'articolazione tra la prospettiva 'giusnaturalistica' e quella 'teologica' fu chiarita dal Cavagnis mediante la specificazione delle relazioni di dipendenza ontologica della prima dalla seconda. Le « verità speculative » sulla Chiesa, pur essendo sempre identiche nelle diverse scienze, potevano essere considerate diversamente a seconda dei fini e dei piani di lettura e divenire, in tal modo, per estensione, « verità pratiche ». Così i princìpi della teologia dogmatica, visti in ordine al « regimen sociale Ecclesiae » oppure alle sue operazioni in quanto *societas perfecta,* producevano rispettivamente il *ius privatum* o il *ius publicum ecclesiasticum.* Appare allora chiaro che il diritto costituiva una scienza secondaria rispetto alla teologia dogmatica, in quanto, oltre ad assumerne i princìpi, li fletteva al suo scopo e ne chiariva la portata sotto il proprio angolo visuale (111).

Sul terreno pratico, tuttavia, era lo stesso Cavagnis ad affermare che i giuristi sconfinavano più di quanto non fosse permesso dal rigore di tali partizioni scientifiche. Alcune fondamentalissime verità dogmatiche, come quella della perfezione giuridica della Chiesa,

(110) *Ibid.*, I, n. 22.
(111) *Ibid.*, I, n. 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

erano, infatti, dimostrate dai giuristi « ex professo », facendo ricorso ai princìpi di diritto naturale e non ai libri di teologia (112).

Il frequente ricorso al diritto naturale non andava però interpretato come un ritorno all'aspetto intrinsecamente apologetico che aveva precedentemente assunto la disciplina, bensì come l'*extrema ratio* a cui, in via del tutto secondaria e sussidiaria, si poteva ricorrere con argomenti *ad hominem,* se non altro per strappare all'avversario qualche concessione (113). Si confermava, in altri termini, l'orientamento prevalentemente « giustificativo » e non meramente « difensivo » dell'impostazione del Cavagnis rispetto a quella del Soglia e dello stesso Tarquini (114).

Sembra quasi superfluo precisare che il superamento dell'argomentazione giusnaturalistica del *ius publicum ecclesiasticum* da parte del Cavagnis non tendeva al recupero della nozione teologica di Chiesa quanto ad una più adeguata legittimazione, mediante ii diritto divino, del suo carattere di organizzazione pienamente giuridica. Tale tendenza si poteva ravvisare con maggiore chiarezza nell'elaborazione della teoria del diritto penale e della pena canonica (115). Cavagnis trattava la questione in maniera assai più diffusa (116) di quanto non avesse fatto il Tarquini perché, nel proprio quadro concettuale, la potestà coercitiva veniva ad essere un elemento basilare con cui riscontrare il principio cardine della *Ecclesia uti Societas perfecta* (117); e poi perché si trattava di un argomento da

---

(112) *Ibid.*, I, n. 31. Trovandosi, infatti, a disputare con coloro che, come i razionalisti, non si affidano al magistero della Chiesa e alle argomentazioni teologiche, era frequentemente opportuno — secondo il Cavagnis — difendere i diritti della Chiesa, per quanto possibile, con i medesimi princìpi di diritto naturale che sono o devono essere ammessi anche dagli avversari, « imo aliquando ad hominem » (*Ibid.*, I, n. 32).

(113) « Haec tamen defensio quae fit ad hominem, aut ex meris principiis iuris naturalis, est necessario imperfecta, cum Ecclesiam non consideret prout est, seu ut societatem perfectam divinitus institutam... » (*Ibid.*).

(114) Cfr. FOGLIASSO, *Il* Ius Publicum ecclesiasticum *e il concilio* cit. p. 52.

(115) Egli stabilisce la triplice potestà legislativa, giudizia ed esecutiva « ex voluntate Fundatoris » e divide l'esecutiva in quella di governo (« gubernandi seu regendi »), di amministrazione (« administrativa seu curandi bona »), e penale (« coactiva ») (CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici* cit., I, n. 96).

(116) Cfr. *ibid.*, I, nn. 113-159; nn. 277-349.

(117) Cfr. L. GEROSA, *La scomunica è una pena? Saggio per una fondazione teologica del diritto penale canonico*, Fribourg, 1984, pp. 34-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lungo tempo discusso e, almeno in parte, controverso. Vi era chi, nello stesso ambito cattolico, sosteneva che la coazione delle leggi ecclesiastiche per diritto divino era soltanto morale e non corporale (118) e chi, sul versante laico, ne negava anche la semplice possibilità in base al fine spirituale della Chiesa e al principio della libertà religiosa (119).

A queste e ad altre obiezioni Cavagnis rispondeva con un impianto tipicamente giusnaturalistico. L'origine e il fondamento del diritto penale canonico era fatto consistere, a somiglianza sostanziale con quello dello Stato, nella conservazione dell'ordine sociale ecclesiastico e nella riparazione dell'errore morale e spirituale del delinquente (120). La differenza tra le due potestà coercitive dello Stato e della Chiesa *in foro externo* era individuata nella inversione del rapporto tra fini e mezzi. Infatti per il primo l'ordine sociale doveva essere tutelato in quanto tale, come fine a se stesso, mentre per la seconda diveniva strumento finalizzato allo scopo soprannaturale dell'emenda del singolo delinquente (121).

Per Cavagnis le pene canoniche dovevano essere tanto spirituali quanto temporali o corporali, a causa del carattere esterno e visibile della Chiesa nonché della natura ilemorfica dell'uomo. La coazione temporale risultava quindi efficace per il conseguimento del fine supremo dell'organizzazione ecclesiastica e non contraddiceva né la sua indole spirituale né i mezzi da essa adoperati. Quanto alla comminazione delle pene di tipo corporale Cavagnis moderava le posizioni più estreme e negava che alla Chiesa competesse il *ius gladii*, a motivo dell'inutilità e del mancato uso da parte della stessa (122). In ciò si schierava contro le posizioni del Tarquini e in

---

(118) Cavagnis aveva probabilmente presenti le posizioni di Lacordaire e di altri cattolici liberali francesi, tra cui il Boutain, il Ravignan, il Monsabré (Cfr. VISTALLI, *Il cardinal Cavagnis* cit., pp. 248-249).

(119) Il riferimento era alle opere di T. MAMIANI, *Teoria della religione e dello Stato*, Firenze, 1868, di S. CASTAGNOLA, *Delle relazioni giuridiche fra Chiesa e Stato*, Torino, 1882, e di C. CADORNA, *Religione e politica nei partiti*, Firenze, 1860 (Cfr. CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici* cit., I, n. 252).

(120) *Ibid.*, I, n. 148.

(121) *Ibid.*, I, nn. 300-301.

(122) *Ibid.*, I, nn. 336-339.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

linea con quelle del Soglia e del Taparelli (123). Nonostante le vivaci discussioni che saranno agitate in materia di pene temporali nel primo decennio del Novecento (124), la fondazione giusnaturalistica del potere coercitivo della Chiesa attuata dal Cavagnis riscoterà un notevole successo e sarà recepita, nelle sue idee fondamentali, dal *Codex* del 1917 (125).

Sul piano del rigore e della coerenza formale l'apporto migliore delle *Institutiones* del Cavagnis è riscontrabile nella trattazione *De societate iuridica perfecta generatim*, che fissava i princìpi della disciplina e ne conteneva in germe l'intero sviluppo. Qui era anche misurabile, forse più che altrove, il lavoro di approfondimento, di esplicitazione e di rifinitura dei capisaldi dottrinali enucleati dal Tarquini. Qui emergevano anche, in maniera più evidente, i presupposti filosofici e teologici da cui dipendeva la costruzione della disciplina. Cavagnis traeva le conseguenze dell'elemento finalistico della *societas iuridica* quale criterio distintivo della sua natura e del suo stato giuridico (esistenza, costituzione interna e diritto ad operare). Da ciò egli desumeva la massima che *societates sunt ut fines*, e cioè che le società sono qualificate in se stesse e si rapportano tra loro come i fini che esse si prefiggono. L'anima di tutta questa costruzione logico-giuridica è dunque da individuare nel teleologismo sociale di derivazione aristotelico-tomista (126).

Dal fine della società dipendeva la qualità e la misura dei diritti che le competevano: si poteva avere una società volontaria, necessaria, assoluta, subordinata, suprema a seconda che il suo fine fosse libero, obbligatorio, relativo, assoluto. Dal fine derivava anche la costituzione interna della società: se il fine era libero si aveva una

---

(123) Per una rassegna delle opinioni in materia nella dottrina canonistica ottonovecentesca, cfr. A. OTTAVIANI, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Città del Vaticano, I, 1958[4], pp. 300-301.

(124) Si veda A. DORDETT, *Zwischen Syllabus und Canon 2214 § 1*, in *Ecclesia et Ius. Festgabe für A. Scheuermann zum 60. Geburtstag*. Hrsg. von K. Siepen -J. Weitzel-P. Wirth, München-Paderbon-Wien, 1968, pp. 691-706.

(125) Cfr. *Codex iuris canonici* (1917), can. 2214 § 1. Sulla scorta della dottrina del *ius publicum ecclesiasticum* il potere di infliggere pene spirituali e temporali è definito « jus nativum et proprium » della Chiesa.

(126) Sull'influsso della visione teleologica nella teoria del diritto, cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1991, pp. 219-225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società con uguale diritto dei membri al governo; se il fine era necessario la società poteva risultare ineguale, a seconda della sua natura o di quanto stabilito da chi aveva imposto la necessità del fine. La società civile poteva essere libera di determinare il soggetto della suprema autorità ma non la Chiesa, che come società soprannaturale doveva dipendere dalla volontà del fondatore nella designazione del soggetto del potere pubblico. Dal fine discendeva infine, nella società già costituita, il diritto ad adoperare i mezzi proporzionati al suo conseguimento. Se il fine era libero, essi non dovevano arrecare danno ai fini necessari; se il fine era necessario ma inferiore, essi non dovevano nuocere al fine necessario di ordine superiore. Dunque i fini erano gerarchicamente ordinati tra loro, e quello supremo poneva in subordine tutti gli altri.

Anche le relazioni reciproche tra le diverse società dovevano essere regolate dal criterio teleologico, poiché le società costituivano mezzi in rapporto ai loro fini, e i mezzi si rapportavano tra loro come i fini a cui servivano. Si potevano così avere *societates iuridicae imperfectae* o *perfectae*, a seconda che esse fossero, nel loro ordine, sufficienti a loro stesse o insufficienti, ossia se il loro fine fosse o no un mezzo per conseguire un altro fine o parte di un fine più ampio dello stesso genere (127).

Le concrete relazioni giuridiche della Chiesa con la società civile — oggetto del *ius ecclesiasticum externum* — variavano notevolmente secondo che quest'ultima fosse cattolica, eterodossa o infedele. Il confronto con la società civile cattolica era impostato dal Cavagnis su due princìpi basilari tendenti ad escludere tanto il sistema teocratico della *potestas directa in temporalibus* da parte

(127) Cavagnis precisava tuttavia che la sufficienza e l'autonomia di ciascuna *societas perfecta* non era assoluta ma relativa, e perciò non si estendeva a tutti gli ordini e ad ogni genere di beni, ma solo al rispettivo ordine, avente per scopo « bonum aliquod in suo genere completum ». Si poteva allora presentare il caso che una società avesse bisogno dell'altra e ne dovesse dipendere per ciò che si riferiva « ad bonum non proprium sed heterogeneum » (*Institutiones iuris publici ecclesiastici* cit., I, n. 60). Era questa la fattispecie della *dependentia indirecta*, in cui si dava subordinazione di una *societas perfecta inferior* ad una *societas perfecta superior* in ragione tanto della connessione della materia con l'oggetto proprio di quest'ultima società (*ratione materiae*) quanto del diverso valore ed importanza dei fini di diverso genere (*ratione boni heterogenei*) (*Ibid.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della Chiesa (128) quanto il sistema regalistico o giurisdizionalistico del *ius circa sacra* nelle sue diverse espressioni storiche (129). Ma l'impossibilità teorica e pratica di un sistema di ignoranza reciproca o di separazione assoluta tra le due società, portava ad affermare la necessità di una loro coordinazione. Si poneva allora il problema del criterio regolatore di tali rapporti in caso di conflitto. Sulla scorta dell'assioma finalistico esso era individuato nella prevalenza giuridica della Chiesa sulla società civile (130).

Al riguardo si potevano dare due ipotesi, quella di una *dependentia indirecta* dello Stato cattolico nei confronti della Chiesa oppure quella di una *potestas indirecta in temporalibus* da parte della stessa Chiesa. Nel primo caso lo Stato aveva il dovere giuridico di servire alla società ecclesiastica e di somministrarle i mezzi temporali necessari (131). Nel caso, invece, di insorgenza di conflitti su materie temporali che, in modo accidentale o no, risultassero necessarie al fine spirituale della Chiesa, quest'ultima, affermava il Cavagnis col Tarquini, doveva esercitare la sua potestà, mentre la società civile era tenuta a cedere (132). Sempre alla Chiesa spettava il giudizio autentico in caso di conflitto tra un bene spirituale e uno temporale (133).

Per Cavagnis questa complessa costruzione non avrebbe infirmato il principio della reciproca autonomia e indipendenza della Chiesa e dello Stato. A questo scopo egli, come s'è visto, aveva

---

(128) « In rebus temporalibus, et sub respectu finis temporalis, nihil potest in societate civili » (*Ibid.*, I, nn. 398-400). Per giustificare la creazione del « principatus civilis Sanctae Sedis » non si escludeva tuttavia, che la Chiesa potesse acquisire una potestà civile su un determinato territorio « non ex titulo nativo sed ex titulo adventitio » (*Ibid.*, I, nn. 401-402).

(129) « In spiritualibus, potestatem nullam exercere valet societas civilis, sed exclusive spectant ad Ecclesiam » (*Ibid.*, I, n. 403).

(130) « Ecclesia est societas iuridice praevalens societati civili, ratione finis, ideoque haec est illi indirecte subordinata » (*Ibid.*, I, n. 404).

(131) « Societas civilis tenetur in necessariis deserviore ecclesiasticae, ideoque temporalia seu media sui ordinis eidem subministrare » (*Ibid.*, I, n. 272).

(132) « In rebus temporalibus quae sive per se, sive per accidens necessariae sint ad finem spiritualem, Ecclesia exercet potestatem suam, et societas civilis cedere tenetur » (*Ibid.*, I, n. 407).

(133) « Iudicium authenticum in casu conflictus inter bonum spirituale et temporale, vel circa necessitatem temporalium pro fine spirituali ad Ecclesiam spectat » (*Ibid.*, I, n. 412).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

introdotto nella parte generale due tipi di accorgimenti tecnici: il criterio differenziale dei vari ordini di rapporti e la distinzione tra la subordinazione reale di una società all'altra e la mera dipendenza nelle rispettive sfere di competenza. Ma, a ben vedere, ciò significava anche introdurre un limite preventivo ed intrinseco al raggio di azione dello Stato e negare ad esso la possibilità di autodeterminare le materie che formavano l'oggetto dei propri fini (134).

5. *La riproposizione dell'« utrumque ius ».*

La forte valorizzazione del *ius naturale* nel sistema delle fonti del diritto canonico e la stabilizzazione del modello giuridico di Chiesa come forma autonoma ed esemplare di ogni società naturale ad opera del *ius publicum ecclesiasticum*, costituirono le fondamentali premesse teoriche perché fosse riproposto, in ambito accademico, lo studio dell'*utrumque ius.* L'antecedente storico immediato di questo progetto culturale ed ideologico si può rinvenire nel 1853 con l'istituzione da parte di Pio IX di due *facultates legales* nel Seminario Romano dell'Apollinare, di cui una rivolta allo studio del diritto canonico e l'altra indirizzata allo studio del diritto civile. Si ha infatti ragione di credere che con tale atto Pio IX avesse voluto, in continuità con la rinomata tradizione dello *Studium Bononiense* e con le precedenti direttive di Leone XII, restaurare nella sua pienezza l'*utrumque ius* (135). Il significato di questa formula storicamente così densa non si esauriva nel suo

(134) Cfr. D'AVACK, *Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano* cit., pp. 56-57; ID., *Trattato di diritto canonico* cit., pp. 248-249. « In realtà, — ha scritto il d'Avack — a ben considerare l'essenza di questa teorica, si comprende facilmente come essa valga ben poco a far salvo nella sua sostanza il concetto di autonomia degli ordinamenti operanti nella sfera di competenza inferiore di fronte a quelli svolgenti la propria attività nell'ordine di rapporti superiori » (*Ibid.*, pp. 58-59).

(135) « Et quoniam canonici, civilis et criminalis iuris scientiam ibi tradendam esse censuimus [...], Seminario tam Romano, quam Pio privilegium perpetuo tribuimus deferendi commemoratos tres gradus, scilicet baccalaureatum, Licentiam et doctoratum in utroque jure » (Cost. *Cum Romani Pontifices* del 28 giugno 1853, titulus VII). Cfr. Ph. MAROTO, *In Const. Apost. « Deus scientiarum Dominus » de Universitatibus et Facultatibus studiorum ecclesiasticorum*, in *Apollinaris*, IV, 1931, pp. 387-392, che osserva: « Facultas Iurisprudentiae vel Utriusque Iuris, quae a Pio IX [...] instituta fuit penes

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valore distributivo, ma richiamava un valore collettivo del tutto peculiare all'esperienza giuridica della chiesa cattolica (136), in quanto stava ad indicare l'esigenza di studiare il diritto canonico in funzione del diritto civile e, correlativamente, la necessità di integrare lo studio del diritto civile con quello del diritto canonico. La visione unitaria ed organica del diritto e delle sue partizioni trovava riscontro nell'abbinamento dei docenti, dei corsi e degli esami di laurea e di dottorato a dimostrazione del fatto che le due distinte impostazioni giuridiche dovevano ritrovare la loro unità nella concretezza dello studio (137).

La riproposizione del paradigma dell'*utrumque ius* è inscindibilmente legata, dalla fine dell'Ottocento in avanti, al sorgere e allo svilupparsi di un'istituzione culturale pontificia del tutto speciale: l'Accademia di conferenze storico-giuridiche. La sua creazione va inquadrata nel progetto di rinascita della cultura cattolica attuato da Leone XIII mediante la riorganizzazione del sistema scolastico romano (138) e la fondazione di nuovi istituti universitari in alcune delle principali città europee (139).

I primordi dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche risalgono all'indomani della trasformazione della « Sapienza » in università « italiana ». Per volontà di Pio IX i docenti « papalini » delle tre facoltà legale, medico-chirurgica e filosofico-matematica che erano stati espulsi dall'ateneo romano per essersi ricusati di prestare

---

Seminarium Romanum, non una est habenda sed bina seu duplex; iugiter enim Pontifes agit numero plurali de Facultatibus Legalibus [...] (*Ibid.,* p. 391).

(136) Cfr. J.D. ANDRES GUTIERREZ, *Il Pontificium Institutum Utriusque Juris*, in *Ioanni Paulo II Patri Magistro Pastori qui nos benigne visitavit firmamente devoto animo Pontificia Universitas Lateranensis die XVI M. februaro A. MCMLXXX*, s.d e l., p. 31.

(137) Cfr. O. BUCCI, *Lo* Studium Romanae Curiae Lateranense *e gli studi giuridici dal 1853 al 1931. Il ruolo avuto dal pontificato di Leone XIII nella formazione del* Pontificium Institutum Utriusque Juris, in *Apollinaris*, LXIV, 1991, pp. 151-152.

(138) Sull'impegno organizzativo e finanziario profuso da Leone XIII tra il 1878 e l'80 a vantaggio delle scuole cattoliche di Roma, cfr. M.T. TAMASSIA GALASSI PALUZZI, *Scuola e politica scolastica in Roma capitale*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, XC, 1967, pp. 327-329.

(139) Cfr. A. BRIDE, *Universités catholiques*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, XV/2, Paris, 1950, coll. 2230-2268; B. NEVEU, *L'enseignement universitaire de la théologie catholique en France de 1785 à 1885*, in *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, LXXXI, 1995, pp. 269-294.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il giuramento di adesione allo Stato italiano furono invitati nel novembre 1871 dal cardinal Capaldi, prefetto della Congregazione degli studi, a proseguire il loro insegnamento in forma privata (140). Su questa decisione influirono diversi fattori: la speranza, nutrita negli ambienti vaticani, di un non remoto cambiamento politico che avrebbe permesso il ritorno ad uno « Stato pontificio » (141); l'impossibilità per molti studenti che avevano compiuto gli studi inferiori nei collegi e nei seminari ecclesiastici di iscriversi all'ateneo statale a causa della mancanza della licenza ginnasiale e liceale; il desiderio dei genitori di tenere lontani i figli da scuole considerate corrotte; il risparmio sulle tasse d'iscrizione all'università (142).

Un posto preminente nell'ateneo 'papalino' fu subito occupato dal corso di giurisprudenza sia per ragioni di organico (potendo contare su un corpo docente sufficiente e su un elevato numero di iscritti, oltre novanta) sia per motivi ideologici. I giuristi che avevano continuato ad insegnare per un anno alla « Sapienza » si erano infatti convinti che proprio nella facoltà giuridica « erano le materie più pericolose e più ridondanti di erronei princìpi che interessava di confutare ». Da qui la decisione di potenziare il piano degli studi, chiamando ad insegnare anche docenti esterni, per uniformarsi il più possibile al sistema governativo (143).

I corsi, cominciati nel novembre 1871 (144), ebbero fin dall'inizio un carattere sufficientemente organico e un accentuato interesse per

---

(140) Nell'Università « statale » di Roma l'insegnamento di diritto canonico rimase a lungo affidato a Giuseppe Galluzzi (G. CATALANO, *Tra storia e diritto*, Soveria Mannelli, 1984, p. 197).

(141) Cfr. G. MARTINA, *La fine del potere temporale nella coscienza religiosa e nella cultura dell'epoca in Italia*, in *Archivum Historiae Pontificiae*, 9, 1971, pp. 315 ss.

(142) ARCHIVIO DELLA PONTIFICIA UNIVERSITÀ LATERANENSE (da qui in poi: APUL), *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, fasc. « Pro-memoria », ins. V. Natalucci, Pro-memoria del 10 aprile 1878, pp. 5-6.

(143) Il corpo docente tra il 1871 e il 1878 comprendeva vecchi professori titolari come Dionisi, De Angelis, Alibrandi, Natalucci e Ruggeri ed i sostituti Camillo Re e Filippo Cortelli. Ad essi furono aggiunti tre supplenti, cioè l'avv. Pirri per le istituzioni canoniche, l'avv. Gioazzini, professore emerito dell'università romana, per il diritto internazionale, e il professor Regnani per l'economia politica.

(144) La prima sede dell'istituto fu nei locali annessi alla confraternita delle Sacre Stimmate di Roma; dall'autunno 1873 esso fu trasferito nell'ex appartamento di mons. De Merode nel Palazzo Altemps.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la romanistica. Essi comprendevano la trattazione delle « Pandette » (Antonio Odoardo Ruggieri), della « Storia del diritto romano » (Anton Vincenzo Natalucci), del « Procedimento giudiziario secondo il diritto romano » (Ilario Alibrandi), del « Diritto commerciale considerato nei suoi rapporti storici ed economici » (Anton Filippo Cortelli), della « Legislazione comparata ossia raffronto tra il diritto romano e le moderne legislazioni » (Antonio Camillo Re), del Diritto pubblico ecclesiastico (Filippo De Angelis), della Filosofia del diritto (Giuseppe Pecci), e di alcuni insegnamenti specialistici come la « Topografia ed antichità monumentali di Roma » (prima tenuto da Carlo Lodovico Visconti e poi da Giovan Battista dè Rossi), e l'« Epigrafia latina » (Carlo Lodovico Visconti) (145). Come si evince dalle titolazioni e dall'abbozzo di programma, scopo dei corsi era quello di « promuovere lo studio del diritto romano », considerato « una delle principali glorie di Roma », mediante le più aggiornate tecniche d'indagine erudita sulle fonti e il confronto con la legislazione vigente (146).

L'atteggiamento del governo italiano determinò in gran parte le trasformazioni e il destino di questa sorta di libera università. Con un primo provvedimento, emesso dal questore di Roma agli inizi del febbraio 1873, se ne intimava la chiusura equiparando l'Accademia ad un istituto ginnasiale privato mancante della necessaria autorizzazione governativa. Un ricorso presentato dai professori Natalucci e Dionisi riuscì a convincere le autorità statali che si trattava di libere conferenze universitarie prive di qualsiasi effetto legale ai fini del conseguimento dei gradi accademici e per le quali non era fatto obbligo richiedere alcun permesso (147). Con un secondo intervento governativo, del 12 marzo 1876, si decretò la chiusura, in quanto illegale, dell'« Università così detta Vaticana o Pontificia, od anche

(145) APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, fasc. « Ordinamento — Fondazione — Adunanza dell'Accademia di Conferenze storico-giuridiche — 1890 », ins. « Rapporti con la R. Prefettura di Roma », programma allegato alla lettera del 9 febbraio [1873].

(146) Elenco delle materie attivate nell'anno accademico 1873-74, riprodotto *ibidem*.

(147) Sul problema, cfr. F. COLAO, *La libertà d'insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Milano, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Istituto scientifico al Palazzo Altemps in Roma » (148) e si costrinsero i docenti a tenere scuole in forma privata nelle loro case con un conseguente, sensibile, calo delle frequenze dei corsi giuridici a circa venticinque-trenta alunni (149).

Di fronte a questo progressivo declino, che si protrasse per due anni, il Natalucci, vera anima dell'istituto, nell'aprile 1878 propose agli organi curiali di rivitalizzare la facoltà giuridica attribuendole un nuovo ordinamento mediante la sua conversione ad « istituto libero di scienze giuridiche e storiche » (150). Ricevuto il nulla osta verbale del ministro della pubblica istruzione Francesco De Sanctis (151), tra l'ottobre e il novembre 1878 il Natalucci discusse nel collegio dei docenti la fondazione e il programma del nuovo istituto (152).

---

(148) Questo decreto ministeriale fu causato dalla propaganda che i giornali facevano all'istituto come a un contraltare dell'Università di Roma e, soprattutto dall'uso arbitrario della facoltà medico-chirurgica « papalina » — i cui corsi erano stati aggregati nella medesima sede della « facoltà giuridica » — di rilasciare diplomi di gradi e di lauree con dichiarazioni dirette a qualificarli come provvisori in attesa che fosse ripristinato il governo pontificio (Cfr. NATALUCCI, *Pro-memoria* del 10 aprile 1878, cit., p. 13).

(149) Il Natalucci fu obbligato a chiudere volontariamente le porte dell'Accademia sotto pena del ricorso alla forza pubblica e della revoca di alcuni benefici (la facilitazione all'ammissione all'università « italiana » e il riconoscimento almeno in parte degli studi fatti presso l'istituto vaticano) che il governo aveva promesso agli studenti (Cfr. *ibid.*).

(150) Di poco precedente doveva essere stata l'altra, interessante, iniziativa del Natalucci di redigere una lunga e articolata petizione (non datata) al parlamento italiano a favore della libertà d'insegnamento superiore ed universitario: « Per tanto, riconoscendo pienamente nello Stato e il diritto di somministrare ai cittadini nelle sue università i mezzi per istruirsi; e quello di accertarsi della idoneità di coloro che aspirano ad ufficî pubblici, o all'esercizio di professioni, che tocchino in alcuna guisa il comune interesse [...], noi dimandiamo ad un tempo, che non si tolleri più a lungo l'abuso, che lo Stato, per via della istruzione ufficiale, violi la libertà individuale ed offfenda il rispetto dovuto alle credenze religiose; che intatto si lasci ai cittadini il dritto di attendere agli studî presso chi e nel modo che vogliono; che infine, sotto un Governo libero e costituzionale, non si neghi ai medesimi quella libertà d'insegnamento che da Governi assoluti non veniva disdetta ». La petizione fu rivista da Vittorio Scialoja, figlio dell'ex-ministro della pubblica istruzione e futuro romanista, e da Carlo Ludovico Visconti (Cfr. APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, fasc. « Accademia di Conferenze storico-giuridiche e Governo »).

(151) Sia il De Sanctis che il ministro Coppino vedranno nell'Accademia un mezzo di promozione della « coltura nazionale » (lettere del 20 dicembre 1878 e del 5 gennaio 1879, *ibid.*).

(152) Le prime discussioni verterono proprio sulla denominazione da dare ad

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fu anche definito il corpo docente e il numero degl'insegnamenti dispensati dall'Accademia. Questi da dieci passavano a dodici, con l'integrazione di « Antichità cristiane » e di « Epigrafia giuridica », affidati rispettivamente al De Rossi e a Giuseppe Gatti, e con la sostituzione di « Storia politica di Roma nei suoi rapporti con la legislazione » con quello, sempre impartito da Camillo Re, di « Diritto pubblico dei Romani » (153). Nel 1882 fu anche proposto, sull'esempio della Germania, di surrogare la cattedra di « Storia del diritto canonico » con quella di « Testo canonico » (154). Tra il 1885 e il 1891 si assisterà ad alcuni spostamenti dei docenti da una materia all'altra e ad un ulteriore potenziamento dell'offerta didattica in linea con i programmi delle facoltà giuridiche statali. Si ebbero così tre corsi distinti di Pandette, tenuti dall'Alibrandi, dal Ruggeri e da Evaristo Carusi, due di Filosofia del diritto con l'affiancamento di Antonio Burri a monsignor Talamo, e altri tre completamente *ex novo*: Diritto pubblico ecclesiastico (a cura di Luigi Sepiacci nel 1885-86 e di Francesco Satolli dal 1886-87 in avanti), Antropologia

---

esso: per il Natalucci, ideatore del progetto, era opportuno evitare anche la denominazione di 'istituto' perché troppo legato all'idea di un luogo d'insegnamento scolastico e adottare quella di 'accademia', titolazione che per essere piuttosta diffusa nell'Urbe « neppure nella sua forma esteriore » avrebbe posto « in sospetto l'autorità governativa ». Sulla base di questa proposta Giovan Battista De Rossi abbozzò il titolo di Accademia di conferenze giuridico-storiche, poi modificato in forma definitiva con l'inversione dei due aggettivi dietro suggerimento di Carlo Ludovico Visconti e di Ilario Alibrandi. Per ciò che concerneva, infine, l'organizzazione interna dell'Accademia fu deciso che essa dovesse avere per organi esclusivi un presidente e un segretario, il primo dei quali scelto nella persona del Natalucci. Ma questi declinò la carica per evitare che si vedesse nell'Accademia la continuazione dell'Università pontificia e propose invece di nominare Odoardo Ruggeri presidente e se stesso come segretario.

(153) Cfr. *ibid.,* adunanza del 4 novembre 1878.

(154) « Si è considerato infine che la Storia del diritto canonico riuscirebbe di grandissimo vantaggio a tutti gli studiosi tanto laici che chierici, sia perché somministrerebbe le notizie necessarie per distinguere li testi genuini dai dubbi, alterati, od apocrifi, sia ancora perché aiuterebbe a rettamente interpretare ed armonizzare tra loro le varie disposizioni di detto dritto col tener conto delle circostanze e condizioni di tempo che le hanno motivate, sia infine perché additerebbe il nesso che collega il vigente dritto con l'antico » (APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, busta II, Relazione al presidente, s.d. ma del 1882). Seguì anche un piano di conferenze di Enrico Stevenson, che però non venne approvato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legale (Giuseppe Lapponi dal 1890-91) e Princìpi di legislazione economica (Giuseppe Gatti nel 1891-92 e Filippo Cortelli dall'anno successivo).

La stesura del programma dell'Accademia, che avrebbe avuto come prima sede il Palazzo Spada in piazza Capodiferro, fu delegata all'Alibrandi. Il « manifesto » del 1878 si apriva con una esaltazione del diritto romano come « una delle glorie più insigni di Roma » e « un monumento imperituro dell'antica saggezza » che « temperata col gius canonico servì nell'età seguenti di norma a tutte le nazioni civili » e che « anche oggidì dopo la formazione dei Codici nei diversi Stati di Europa » era tenuto « in alto pregio ed onore » (155). Si precisava, poi, che l'Accademia di conferenze storico-giuridiche veniva eretta da « alcuni cultori di questa scienza » affinché potessero « comunicarsi le loro idee e cognizioni » e, al tempo stesso, offrire ai giovani interessati « una conoscenza più ampia e più profonda di quella che si dà nell'insegnamento ordinario ». Le conferenze avrebbero riguardato il diritto romano pubblico e privato, di cui sarebbe stata data una illustrazione giuridica, filologica e storica nell'« origine » e nel « progresso storico », mediante la delineazione degli « istituti giuridici principali » e dei « testi più importanti », l'esame dei « fondamenti razionali », la ricostruzione del « modo » e delle « forme » in cui tale diritto aveva trovato concreta applicazione, con particolare riguardo ai suoi « rapporti con le leggi della Chiesa e delle moderne nazioni civilizzate » nonché col diritto commerciale, sulle cui basi romanistiche « si poggiarono in gran parte i fondatori di quella scuola che ebbe in Italia il suo primo sviluppo ». Allo scopo, infine, di fornire tutti i sussidi tecnici e gli strumenti di corredo necessari per realizzare tale programma, si introduceva lo studio delle antichità romane e di quelle cristiane, sia per la parte epigrafica che per quella monumentale e topografica (156).

---

(155) Non senza toni polemici nei riguardi delle nuove correnti romanistiche, l'Alibrandi rivendicava all'Italia il merito sia di aver rivestito « di nuova luce » tale studio sia di averlo difeso con « il buon senso e la tradizione » « da strane ed arbitrarie interpretazioni » (Cfr. *ibid.,* fasc. « Adunanze preparatorie per la fondazione dell'Accademia », testo manoscritto del « Programma », p. 2).

(156) Cfr. *ibid.*, pp. 1-4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come si può agevolmente osservare, il programma dell'Accademia si contraddistingueva, nella sua notevole vastità, per essere tutto incentrato sull'approfondimento del diritto romano considerato nella sua genesi e nel suo sviluppo. Si presupponeva un forte senso di continuità storica della tradizione romanistica, dalle sue fonti originarie all'impatto con la legislazione canonica, dalla formazione del diritto comune fino alle codificazioni moderne, e, conseguentemente, si affermava l'esigenza metodologica di condurre un'indagine di tipo storico-comparativo (157).

Un altro aspetto interessante, sempre dal punto di vista del metodo, era la visione del diritto romano come espressione di una vera e propria 'civiltà' giuridica, la quale andava quindi studiata ponendo in relazione i documenti giuridici con i monumenti civili. Si intravede qui l'impostazione originale dell'Alibrandi, il quale, per risalire ai testi dell'epoca aurea o classica, adoperava tutti gli strumenti offerti dalla filologia, dall'archeologia e dalla paleografia (158).

Ai fini della nostra indagine, merita evidenziare il ruolo di sussidiarietà e di integrazione che secondo l'Alibrandi il diritto romano avrebbe storicamente rivestito nei riguardi del diritto canonico. Nei suoi scritti egli aveva ripetutamente affermato che la giurisprudenza romana era servita da vera e propria fonte suppletiva del diritto della Chiesa (159) e polemizzato con il Savigny circa il

---

(157) *Ibid.*

(158) « Perfetto conoscitore della storia, interprete acutissimo ed indipendente, sapendosi valere di tutti i sussidi filologici, archeologici e paleografici, egli si era innamorato della giurisprudenza romana del periodo aureo, ed il suo studio era sempre diretto a restituirla nella sua figura genuina, depurata dalle aggiunte e dalle modificazioni posteriori » ([V. SCIALOJA] in I. ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche raccolte e pubblicate a cura della Accademia di Conferenze storico-giuridiche*, I, Roma, 1896, p. V). Cfr. anche, dello stesso SCIALOJA, *Ilario Alibrandi*, in « Bullettino dell'Istituto di diritto romano », VI, 1893, pp. 120-128, dove si metteva in risalto il carattere innovativo dell'opera dell'Alibrandi quanto al metodo della ricerca e dell'insegnamento: « Molti anni prima che in Germania prevalessero gli odierni studi sulle figure dei singoli giureconsulti classici e sul riconoscimento delle interpolazioni giustinianee, l'Alibrandi in Roma poneva in pratica questi metodi di ricerca » (*Ibid.*, p. 122). Sull'Alibrandi si veda, complessivamente, la 'voce' di E. VOLTERRA, in *Dizionario biografico degli Italiani*, II, 1960, pp. 370-371. Documenti inediti relativi alla sua carriera accademica in ARCHIVIO DI STATO DI ROMA, *Università di Roma*, nn. 228, 299, 305.

(159) Cfr. I. ALIBRANDI, *Dell'uso dei monumenti epigrafici per l'interpretazione delle leggi romane* (1858), in ID., *Opere* cit., p. 25: « [...] mentre le istituzioni politiche e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preteso atteggiamento negativo del clero e dei pontefici medievali verso la conservazione e l'avanzamento dello studio del « giure romano » (160). Tali posizioni rappresentavano una novità sia rispetto agli assunti della storiografia romanistica laica tendenti a negare l'influenza del Cristianesimo sul diritto civile romano (161) sia rispetto alla stessa storiografia cattolica, che in quegli anni era solita esprimere dure critiche ad esso e negare ogni possibile abbinamento al diritto canonico (162).

Ma l'elemento di maggiore rilevanza del suddetto *Programma* sembra rappresentato dall'affermazione del carattere « imperituro » del diritto romano: avendo posto le basi essenziali ed informato di sé ogni branca del diritto antico, medievale e moderno, esso diveniva per forza di cose un legato culturale irrinunciabile anche per il presente (163). Quest'idea sarà largamente sviluppata nel marzo 1880 dall'Alibrandi in occasione della presentazione della rivista dell'Ac-

---

religiose cadean nella polvere, mentre la filosofia greca e latina dissolveasi in aure vane innanzi alla divina luce del cristianesimo, la giurisprudenza romana fu sibbene temperata e corretta dai canoni della chiesa, ma serbò il suo seggio di legislatrice regina. Accoppiata al gius ecclesiastico ne supplì le lacune e per lungo corso di secoli diè legge alle più colte nazioni dell'universo ».

(160) Cfr. Id., *Osservazioni giuridiche sopra un ricorso de' monaci di Grottaferrata al pontefice Innocenzo II* (1887), in Id., *Opere* cit., pp. 528-530, dove si considerava « una calunnia » il giudizio espresso dal Savigny nella *Storia del diritto romano nel medio evo*, lib. II cap. XVIII, § 33 in fine.

(161) A determinare quest'orientamento in autori come il Savigny, il Renan, il Padelletti, il Pepere, avevano contribuito la tradizione della Scuola Storica (in specie le tesi dell'Hugo), il peso della critica interpolazionistica che aveva insinuato il dubbio metodico sugli effettivi cambiamenti avvenuti nel diritto romano durante l'età post-classica giustinianea nonché l'indirizzo ideologico degli studiosi (Cfr. S. Riccobono, *Corso di diritto romano*, parte II, vol. 1, Milano, 1933, pp. 572 ss.).

(162) Si confrontino due opere francesi: A. Danzas, *Saint Raymond de Pennafort et son époque*, Paris-Lyon, 1885, in part. pp. 44-136, e Ch. de Monléon, *L'Eglise et le droit romain. Etudes historiques*, Paris, 1887. Ambedue sottolineavano la separazione tra ordine legale e ordine morale e il carattere assolutistico, distruttivo della libertà personale, del diritto romano, elementi questi che non potevano armonizzarsi con l'ordine di equità sociale proprio del Cristianesimo. La Chiesa perciò, oltre a rettificare la sostanza del diritto romano in molti punti, ne aveva opportunamente limitato l'uso e ostacolato l'insegnamento con diversi provvedimenti. Cfr. O. Robleda, *El derecho romano en la Iglesia*, in *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, Roma, 1972, pp. 26-28.

(163) Il tema, com'è noto, troverà ampio sviluppo, nella storiografia successiva:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cademia, gli *Studi e documenti di storia e di diritto.* Riprendendo quasi alla lettera il *Programma* del 1878, egli non solo traccerà un denso *excursus* storico dell'eredità del diritto romano, osservando che neanche « le istesse legislazioni moderne si sottraggono a questa influenza, che tende anzi a divenire oggi un'altra volta preponderante su quella del diritto germanico [...] » (164), ma vedrà nello studio del diritto romano un fattore preponderante per « preparare la via a quella unità nelle massime fondamentali del diritto, cui oggi le nazioni si sentono spinte, posciaché il riavvicinamento materiale le ha quasi raccolte in una sola famiglia » (165).

Fenomeno abbastanza singolare nella cultura romanistica italiana coeva (166), questo richiamo così forte alla vocazione universalistica del diritto romano nei termini di una sua piena attualizzazione giuridico-politica si connetteva strettamente all'idea gloriosa di Roma come centro ideale da cui sarebbe dovuto partire un vasto programma di rinnovamento culturale. Secondo l'Alibrandi motivi storici come l'aver « dato vita e nome » a tale diritto e l'averlo saputo « conservare gelosamente » dopo il disfacimento dell'impero d'Occidente, ragioni di opportunità pratica come la straordinaria ricchezza dei suoi monumenti e documenti, che poneva ciascuna

---

basti ricordare l'ormai classica opera di P. KOSCHAKER, *L'Europa ed il diritto romano*, trad. it., Firenze, 1962.

(164) L'Alibrandi richiamava significativamente la « tendenza dei sistemi legislativi moderni, in fatto di proprietà e di successione » (I. ALIBRANDI, *Presentazione*, in *Studi e documenti di storia e di diritto*, I, 1889, pp. 4 ss.).

(165) *Ibid.*

(166) Un confronto può essere svolto con la posizione del Brugi, il quale parlava nel 1897 del diritto romano come « alfabeto giuridico » (B. BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustinianeo*, Verona-Padova, 1897, p. 1 ss.), forse riecheggiando l'altra metafora di « stenografia della giurisprudenza » data da H. SUMNER MAINE, *Le droit romain et l'éducation juridique*, trad. franc., Paris, 1889, ripresa in Italia da E. CARUSI, *Il diritto romano nella scienza e nella scuola moderna. Prolusione al corso libero di Pandette letta il 7 gennaio 1893 nella R. Università di Roma*, Roma, 1894: si veda, in proposito, F. CASAVOLA, *Breve appunto ragionato su profili romanistici italiani*, in Sodalitas. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. VIII, Napoli, 1984, pp. 4139-4141. Per la ricostruzione della problematica della prima generazione di romanisti dell'Italia unita, cfr. A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura dello stesso, Roma-Bari, 1990, pp. 280-289.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nazione in grado di rintracciare « le fila della sua storia speciale » e fattori ideali come la particolare « atmosfera » culturale, ponevano l'Urbe nella possibilità di tendere all'« universalità nello studio » e aver parte « a tutti i progressi che rapidissimi fanno la storia ed il diritto ». Operando in questo osservatorio e laboratorio culturale del tutto speciale, si dovevano gettare le nuove fondamenta per la ricostruzione di queste due scienze, facendo uso di « una critica giudiziosa e severa » che evitasse il « criticismo sfrenato » (167).

Mediante una serie di strumenti culturali ed editoriali quali il « Gabinetto di lettura » fornito dei principali periodici giuridici, storici ed archeologici sia italiani che esteri (168), la rivista *Studi e documenti di storia del diritto* aperta alla collaborazione di storici e giuristi già affermati o emergenti e la collana editoriale intitolata *Biblioteca* (169), l'Accademia di conferenze storico-giuridiche intese porsi come il luogo di raccordo di un vasto progetto di ricostruzione unitaria della cultura giuridica dell'Occidente su una base romanistica e canonistica considerata come essenziale ed impreteribile anche per il presente. Si può dunque intravedere in tale operazione di portata universalistica, animata nell'Urbe dai « due più grandi maestri dell'erudizione romana preunitaria » (170), Ilario Alibrandi e Giovanni Battista De Rossi, e sorretta, per la prima volta, dopo tanti decenni di isolamento della cultura pontificia, dalla collaborazione dei dotti romani, italiani e stranieri, una risposta

---

(167) « Egli è perciò che a nessun'altra città è dato, come alla nostra, di potere aspirare a quella universalità nello studio, che la renda in certo modo presente a tutti i progressi che rapidissimi fanno la storia ed il diritto; e di potere intendere a quella sintetica operazione, per cui vengano finalmente ricostituite le basi di queste due scienze, e specialmente della prima. Le quali dopo essere state scosse e pressoché demolite da un criticismo sfrenato, sono oggi con più savio consiglio pazientemente rifabbricate, con elementi più solidi di nuovi documenti per ogni dove frugati; od anche coi vecchi materiali, ma provati sotto il martello di una critica giudiziosa e severa » (ALIBRANDI, *Presentazione*, cit., pp. 8-9).

(168) Alla biblioteca specializzata dell'Accademia pervenivano regolarmente cinquantacinque riviste in varie lingue, con una predominanza della tedesca.

(169) Nel primo decennio di vita l'Accademia aveva pubblicato nella « Biblioteca » otto monografie, prevalentemente incentrate sull'edizione di fonti per la storia del diritto medievale: l'elenco è in allegato al programma dei vari anni accademici.

(170) A. PETRUCCI, *Cultura ed erudizione a Roma fra 1860 e 1880*, in *Il Veltro*, XIV, 1970, pp. 481-482.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scientifica all'attualizzazione in senso nazionale del diritto romano (171) nel quadro dell'esaltazione dell'idea « laica » di Roma compiuta in quello stesso periodo dal governo italiano, auspice il Sella (172), e, al tempo stesso, la feconda anticipazione istituzionale di quello che diventerà, per successione diretta, il *Pontificium Institutum Utriusque Iuris.*

Le trasformazioni successive dell'Accademia si intrecceranno, infatti, sempre più da vicino con le scuole del Pontificio Seminario Romano dell'Apollinare. Se nei primi anni della fondazione le « conferenze » furono frequentate soprattutto da iscritti all'università statale (173), col trasferimento dell'Accademia da palazzo Spada in Piazza della Minerva nell'autunno 1888, allo scopo di favorire la partecipazione degli alunni dell'Accademia ecclesiastica e di altri collegi pontifici, cominciarono a diminuire le presenze laiche senza che aumentassero quelle dei chierici (174). A fermare tale tendenza non valse né il trasferimento ulteriore della sede nel Palazzo Altemps nel 1890-91 né la distribuzione di due medaglie d'oro come premi annuali per gli alunni che si erano distinti nella composizione di due dissertazioni sulle materie insegnate. Il fatto era che gli alunni laici non erano più motivati a prender parte alle lezioni, poiché l'inse-

---

(171) Giova ricordare che nella lezione inaugurale tenuta alla « Sapienza » nel 1871, Filippo Serafini si riallacciò alla lezione del Savigny per radicare il « primato » del diritto romano dentro il *Volksgeist* dell'Italia risorgimentale e per assegnare al diritto romano la funzione di « elemento fondamentale » dell'edificio istituzionale della nazione (Cfr. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano*, cit., pp. 280-281).

(172) Cfr. F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 189*6, I, Bari, 1951, pp. 210-314.

(173) Al palazzo Spada l'Accademia « accoglieva i giovani sia che si dedicassero al sagro ministero, sia alle professioni liberali di avvocato, di impiegati civili », sia coloro che amavano « il perfezionamento degli studi sociali e giuridici » (Cfr. APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, fasc. « Pro-memoria », « Memoria sul così detto nuovo ordinamento dell'Accademia di Conferenze storico-giuridiche », 1893).

(174) Alcuni dati sul rapporto tra alunni chierici e alunni laici: nel 1894-95 su quarantasette alunni degli « oltre » sessanta frequentanti, ventinove erano chierici e diciotto « o stranieri venuti in Roma per perfezionarsi negli studi giuridici, o chierici già laureati in diritto canonico al Seminario Romano ed alla Università Gregoriana, o finalmente studenti della Università Romana ». Nel 1896-97 su quarantaquattro alunni i chierici erano saliti a trentanove e i laici si erano ridotti a cinque (*Ibid.,* busta II, fasc. « Lettere a cardinali »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gnamento del diritto romano era stato nel frattempo molto migliorato presso l'università pubblica grazie alla nomina dei professori Francesco Schupfer (175) e Vittorio Scialoja (176). Quet'ultimo, dopo aver preso parte come uditore ai lavori dell'Accademia, aveva fondato nel 1888 un istituto e un periodico romanistico — il *Bullettino* — in grado di attrarre gli studenti (177). D'altro canto gli alunni ecclesiastici erano per lo più impediti ad ascoltare le « conferenze » avendo quasi tutte le ore impegnate nei corsi ordinari.

Di fronte al crescente calo di partecipazione, i responsabili dell'Accademia si rivolsero prima alla Congregazione degli studi attorno al 1890 per chiedere o che la frequenza alle « conferenze » costituisse un requisito necessario per conseguire alcuni determinati uffici ed impieghi ecclesiastici o che essa fosse resa obbligatoria almeno per un anno a tutti coloro che intendevano laurearsi *in utroque* o anche semplicemente in diritto canonico (178), e poi nell'estate 1892 direttamente al papa per domandare il trasferimento del corso di giurisprudenza e di una parte dei docenti del Seminario

---

(175) Per qualche cenno sull'insegnamento romanistico dello Schupfer nell'ateneo romano (dal 1878) e sulla sua attività di « germanista », cfr. M. TALAMANCA, *Un secolo di « Bullettino »*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano « Vittorio Scialoja »*, XCI, 1988, pp. XII, XVIII-XIX. Circa i rapporti dello Schupfer con l'Accademia, si veda quanto scriveva al Carusi il 12 giugno 1882: « Io non ho fatto mai mistero dell'altissima stima che professo agli illustri membri di cotesta Accademia, a cui la scienza vera tanto deve, e deploro che non sia stato ancora possibile di creare un istituto giuridico superiore, quale lo vagheggiava la grande mente del Mancini, in cui avremmo potuto trovarci uniti tutti » (APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, busta VI, fasc. « Corrispondenza per Studi e documenti »).

(176) Per lo Scialoja romanista si rinvia ai contributi di S. Riccobono (*Bullettino dell'Istituto di diritto romano « Vittorio Scialoja »*, XLII, 1934, pp. 1 ss.) e di E. Albertario (Roma, 1934). Sui suoi primi passi accademici, cfr. TALAMANCA, *Un secolo di « Bullettino »* cit., pp. IX ss.

(177) L'Istituto di diritto romano voluto dallo Scialoja nacque come una libera associazione privata. A giudicare dalla frequentazione dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche da parte dello Scialoja e dal fatto che diversi docenti di essa (Alibrandi, De Rossi, Natalucci, Re, Gatti, ecc.) ne erano soci bisogna concludere che i legami tra le due istituzioni erano, almeno all'inizio, molto stretti (Cfr. *ibid.*, pp. XXIII, XXV, XXXIX, XL, XLI).

(178) Cfr. APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, fasc. « Promemoria », s.d., minuta di lettera « Le domando scusa del ritardo... » databile tra il 1890 e il '92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Romano nell'Accademia stessa (179). In seguito alla mediazione del cardinal Satolli, Leone XIII accolse solo in parte quest'ultima istanza, perché se decretò che si rinnovasse l'ordinamento degli studi dell'Apollinare con l'integrazione delle discipline impartite dall'Accademia al palazzo Altemps (180), ordinò anche che le due « facoltà giuridiche » rimanessero autonome anche per quanto riguardava gli insegnanti (181).

Un passo avanti verso la fusione dei due istituti fu compiuto nel novembre 1897, allorché la Congregazione degli studi tolse la parte civilistica dal corso dell'Apollinare e la unì all'Accademia di conferenze storico-giuridiche, obbligando tutti gli allievi *in utroque* a frequentare la mattina le lezioni al palazzo Giustiniani, nuova sede dell'Accademia, e il pomeriggio a seguire i corsi canonistici dell'Apollinare (182). Tuttavia venne ancora una volta ribadita l'autonomia dei due indirizzi di studio col sottoporre le scuole canonistiche al cardinal Vicario di Roma e quelle civilistiche al cardinal prefetto della Congregazione degli studi. Il necessario raccordo operativo tra

---

(179) Cfr. *ibid.*, minuta di pro-memoria al papa (s.d. ma dell'estate 1892), che comincia « L'Accademia di Conferenze storico-giuridiche fondata... ».

(180) Cfr. APUL, *« Giornale delle scuole superiori del Pontificio Seminario Romano dall'anno 1864 all'anno 1907 »*, pp. 38-42. L'obbligo di frequenza ai corsi dell'Accademia fu introdotto nel 1892-93 per gli scolari del primo anno limitatamente alle lezioni di Storia del diritto privato, e generalizzato nel 1893-93 per gli studenti del primo e del secondo anno.

(181) Cfr. « Memoria sul così detto nuovo ordinamento dell'Accademia di Conferenze storico-giuridiche », cit. Tra i punti dell'accordo stabilito dai professori Natalucci, Lapponi e Cortelli davanti al card. Satolli, si segnalano i seguenti: « Si renderà obbligatorio ai giovani ecclesiastici con date sanzioni ed effetti giuridici lo studio del diritto civile romano, e delle scienze sociali che s'insegnano nell'Accademia »; « Il Prefetto vero dell'Accademia è il Papa; ma a sorvegliare solo la disciplina dei giovani vi sarà altro subordinato prefetto »; « L'ordinamento delle cattedre attuale nella Accademia si conserverebbe, potendo corrispondere all'istruzione completa dei giovani. Vi potranno intervenire come per il passato anche i giovani laici ».

(182) Cfr. APUL, *« Giornale delle scuole... dall'anno 1864 all'anno 1907 »* cit., pp. 58-59. I corsi rimasti all'Apollinare furono quelli di Istituzioni canoniche, di Testo canonico e di Diritto pubblico ecclesiastico. Quelli civilistici dell'Accademia di conferenze furono: Istituzioni civili (prof. Natalucci), Istituzioni criminali (mons. Latini), le due « scuole » di Testo civile (proff. Carusi e Milani), l'Antropologia legale (prof. Lapponi), l'Economia politica ed il Diritto commerciale (prof. Cortelli), la Filosofia del diritto (prof. Burri), l'Epigrafia latina (prof. Gatti), il Diritto comparato (prof. Guidi).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i due indirizzi di studio fu assicurato dal prefetto delle scuole dell'Apollinare, presso il quale si svolgevano anche i « saggi » e gli esami di profitto o di laurea (183).

Gli ultimi due atti del processo di incorporamento dei corsi dell'Accademia nella facoltà legale del Seminario Romano si consumarono nel novembre 1899, col trasferimento presso quest'ultimo dei corsi civilistici prima tenuti al palazzo Giustiniani, e nell'agosto 1902, allorché il nuovo cardinal vicario Respighi, di comune assenso con i rettori dei seminari dell'Apollinare e Pio, sollecitò Leone XIII a ridurre il piano degli studi con l'eliminazione delle « materie meno utili e meno necessarie all'insegnamento degli studi legali » come medicina legale, economia politica e diritto commerciale (184). Tuttavia, la decisione più significativa adottata in quella stessa udienza papale del 2 agosto 1902 fu quella di chiudere la biblioteca dell'Accademia al pubblico accesso e di limitarne notevolmente l'uso anche agli alunni (185).

Nel complesso delle ragioni addotte per giustificare tali provvedimenti (186) emergeva anche la preoccupata constatazione che la biblioteca dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche era « di distrazione agli alunni, e ad alcuni di essi anche nociva per i libri, e periodici che contiene ». Se a ciò si aggiunge il fatto che, già da alcuni anni, i docenti dell'Accademia avevano rivendicato, contro l'invadenza della Curia, quella stessa autonomia scientifica (187) concessa loro da Leone XIII nel 1880, appare chiaro che, al di là delle oggettive difficoltà pedagogiche, un motivo squisitamente censorio

---

(183) Cfr. APUL, *« Giornale delle scuole... dall'anno 1864 all'anno 1907 »* cit., p. 59.

(184) Cfr. *ibid.*, pp. 80-82.

(185) Infatti la biblioteca doveva essere d'ora in poi « riservata ai Signori Professori, e agli alunni che presenteranno in iscritto il permesso dei loro relativi superiori, e per quelli soli libri e periodici che saranno indicati » (Cfr. *ibid.*, pp. 81-82).

(186) Si sottolineavano gli inconvenienti che nascevano dalla « soverchia moltiplicità delle materie », la quale riusciva « nociva alla salute degli alunni » e tornava a scapito « della profondità degli studii, massime del diritto canonico », e gli ostacoli che la frequenza a tutti corsi giuridici poneva ai seminaristi per frequentare le scuole dell'Istituto leoniano di alta letteratura.

(187) Cfr. APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, busta XV, « Libro delle adunanze... », 7 novembre 1898.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— il timore di un contagio intellettuale delle teorie storico-critiche e relativiste di cui si faceva portatore in quegli anni il movimento modernista — spinse i superiori e gli organi di controllo del Seminario Romano a porre fine ad un'esperienza così singolare quale era stata quella dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche e a ridimensionare il suo programma formativo. Unita ed incorporata alle facoltà legali dell'Apollinare, ridotta nel numero dei docenti, limitata l'attività di messa in circolazione di libri e di riviste, l'Accademia di conferenze storico-giuridiche chiuse la propria vita sociale nel 1904 con l'interruzione degli *Studi e documenti di storia e di diritto*.

Sebbene in misura ridotta rispetto al programma iniziale, la valorizzazione dell'esperienza romanistica e l'esigenza comparativa tra diritto civile e diritto canonico all'interno dell'Istituto giuridico del Pontificio Seminario Maggiore (ex Seminario Romano) continuerà a rimanere viva fino a sfociare nel 1931, con la riorganizzazione delle università pontificie e cattoliche operata dalla *Deus scientiarum Dominus,* nella creazione del *Pontificium Institutum Utriusque Iuris* (188).

La parabola disegnata dalle vicende, finora poco note, dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche invita a considerare da un lato, quali furono le dipendenze dall'indirizzo culturale di Leone XIII e, più specificatamente, le connessioni con il suo progetto di ricostruzione del sistema giuridico cattolico e, dall'altro, se e quale incidenza essa ebbe sulla formazione e sulla dottrina dei canonisti di fine secolo nonché, eventualmente, sull'orientamento della codificazione pio-benedettina.

Va anzitutto rilevato che l'Accademia sorse per diretta volontà papale, fu incoraggiata in vari modi e venne mantenuta fino all'ultimo sotto il diretto patronato di Leone XIII (189). La Santa Sede contribuiva finanziariamente all'Accademia pagando l'affitto dei

---

(188) Cfr. MAROTO, *In Const. Apost. « Deus scientiarum Dominus »* cit., in *Apollinaris*, IV, 1931, pp. 394-395, e più distesamente, BUCCI, *Lo* Studium Romanae Curiae Lateranense *e gli studi giuridici* cit., pp. 213-223.

(189) Il Programma dell'istituto fu « approvato pienamente » dal papa l'11 novembre 1878 (APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, busta II, lettera di Giuseppe Pecci).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

locali e le spese di pubblicazione della rivista e della collana editoriale (190). Per arricchire la biblioteca dell'istituto, Leone XIII ordinò, in via straordinaria, l'acquisto di « parecchi volumi d'inediti storici documenti, ed in specie d'una compiuta e preziosa raccolta di codici manoscritti, sì dell'uno come dell'altro diritto » (191). Lo stesso pontefice intervenne personalmente sull'indirizzo culturale dell'Accademia nominando, come si è detto, come docenti di filosofia del diritto due convinti tomisti, il fratello Giuseppe e il Talamo. Alla luce di questo costante raccordo tra papa Pecci e l'Accademia storico-giuridica si può supporre che essa abbia svolto, in determinate circostanze, anche la funzione di laboratorio culturale del pontefice nelle materie giuridico-economico-sociali (192). Di fatto le tematiche scelte da diversi docenti per i corsi monografici erano molto vicine a quelle svolte dal pontefice nelle sue encicliche sociali (193).

Non meno importante fu il ruolo svolto dall'Accademia per la formazione d'una intera generazione di canonisti curiali e per il loro orientamento verso lo studio giuridico comparato. Con l'unione dell'Accademia alle facoltà legali dell'Apollinare i corsi civilistici e canonistici furono ufficialmente finalizzati alla formazione dei nuovi quadri dirigenti delle congregazioni romane (194). Ma, anche in

---

(190) Cfr. « Statuti organici dell'Accademia », art. 14 (decreto della S. Congregazione degli studi, 19 giugno 1890).

(191) [I. ALIBRANDI], *Prefazione,* in *Studi e documenti di storia e di diritto*, I, 1880, p. 7.

(192) Al riguardo giova rammentare il seguente episodio. Nel 1890 fu proposto a Leone XIII di formare un Istituto di scienze sociali in Roma. Il papa e i cardinali, preso in esame il progetto, ritennero che, aggiunta qualche cattedra, « non vi fosse da cercare altri istituti, potendo l'Accademia provvedere ai bisogni di ogni maniera di studiosi di scienze giuridiche e sociali » (Cfr. « *Memoria sul così detto nuovo ordinamento dell'Accademia di Conferenze storico-giuridiche* » cit., adunanza del 25 ottobre 1893).

(193) I corsi del prof. Talamo verterono dal 1885 in poi sulle seguenti materie: « Prolegomeni e diritti connaturali », « Diritto individuale », « Diritti della società domestica », « Famiglia e Stato ». Nel 1884 il prof. Luigi Baccelli trattò del « Dritto ecclesiastico e la ricostruzione sociale »; nel 1896 il prof. Burri delineò il tema della « Teoria analitica della società » e in un altro corso « La filosofia politica contemporanea » (Cfr. APUL, *Fondo Accademia di conferenze storico-giuridiche*, fasc. « Elenco delle materie dal 1884-85 al 1897-98 »).

(194) Nella solenne inaugurazione del nuovo ordinamento degli studi avvenuta l'8

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precedenza, lo scambio culturale tra gli ecclesiastici romani e i docenti dell'Accademia era stato fruttuoso per molteplici ragioni. Alle « conferenze » storico-giuridiche avevano preso parte diversi alunni di seminari romani e di collegi pontifici (Apollinare, Seminario Pio, Seminario Francese, Accademia ecclesiastica) che poi occuperanno le cattedre canonistiche (195) e perfino qualche docente già affermato (196). Senza contare poi che la stretta vicinanza tra gli insegnanti di materie canonistiche dell'Apollinare con i romanisti, gli storici e i comparatisti dell'Accademia avrà certamente favorito un confronto ed una maturazione di idee, una maggiore consapevolezza teorica, un più avvertito senso storico.

I primi effetti di quel vivace e arricchente flusso culturale saranno riscontrabili nella marcata impostazione e sensibilità romanistica dei manuali di Guglielmo Sebastianelli, di Carlo Lombardi, di Michele Lega, tanto per ricordare alcuni dei consultori della commissione per la codificazione canonica (197) e, in special modo, nella generazione successiva dei docenti più prestigiosi del *Pontificium Institutum Utriusque Iuris* (198). In ogni caso, il recupero della dottrina romanistica e civilistica a cui contribuì efficacemente

---

novembre 1897 all'Apollinare, il prefetto degli studi, mons. Caprara, « fece vedere la grande importanza per il clero di dedicarsi allo studio delle materie legali », mentre il cardinal vicario Satolli esortò « il giovane clero a frequentare il novello istituto affinché un giorno potessero servire più efficacemente la Santa Sede nelle diverse Congregazioni » (*Ibid.*, p. 60).

(195) Dagli elenchi nominativi degli alunni ed uditori dell'Accademia, assai frammentari ed incompleti, sono stati individuati i seguenti nominativi di futuri docenti di materie canonistiche: Francesco Gasparolo, Giuseppe Palica, Settimio Di Paolo, alcuni dei quali risultarono anche premiati per le loro dissertazioni (*Ibid.*, busta VI, fasc. « Alunni »). Sul versante degli studiosi laici, degna di nota la presenza di Carlo Calisse oltre a quella, sopra segnalata, di Vittorio Scialoja.

(196) È il caso di uno dei codificatori privati, Enrico Pezzani, che frequentò i corsi nel 1892-93 (cfr. *ibid.*).

(197) L'influsso romanistico sulla soglia del secolo XX è altresì riscontrabile anche al di fuori del Seminario Romano: basti menzionare l'insegnamento di Mariano De Luca e di Franz Xaver Wernz presso la Pontificia Università Gregoriana.

(198) Si pensi ai canonisti Filippo Maroto e Gommaro Michiels, ai romanisti Evaristo Carusi, Arcadio Larraona, Sosio D'Angelo, e specialmente a Salvatore Riccobono e a Emilio Albertario, fondatore, nel 1935, degli *Studia et documenta historiae et iuris*. Per un breve profilo biografico di questi docenti, si rinvia a *La Pontificia Università Lateranense* cit., pp. 218-219, 237-241, 251.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'Accademia di conferenze storico-giuridiche ha lasciato tracce indelebili nella sistematica, nel metodo, nella terminologia, nella prassi giudiziaria e in molti istituti del *Codex iuris canonici* del 1917 (199).

6. *Il sistema canonico come forma giuridico-politica.*

Come si avrà avuto modo di notare, la dottrina giuridico-politica di Leone XIII si trova sviluppata volta a volta e punto per punto nei documenti del suo magistero anziché essere definita una volta per tutte ed essere espressa in una compiuta e organica formulazione. Allo stesso modo, solo in via deduttiva è possibile cogliere le nuove articolazioni metodologiche assunte dal diritto canonico nell'età leoniana nella dialettica tra il diritto naturale e la teologia tomista. Ciò nonostante sarebbe difficile negare che Leone XIII si sia ispirato ad una medesima linea generatrice e a direttrici comuni nella sua elaborazione teorica, o che non abbia favorito, nelle università e nei centri culturali cattolici, una forte saldatura tra il programma di *instauratio* cristiana, nei suoi diversi aspetti ideologici e pragmatici, e l'opera di *reformatio iuris*. È quindi giunto il momento di ricomporre gli elementi essenziali del sistema giuridico della Chiesa cattolica dell'età leoniana mettendone in risalto i presupposti culturali, le correlazioni esistenti tra le diverse componenti, il grado di coerenza, gli scopi extragiuridici da esso perseguiti.

---

(199) Nella costituzione *Providentissima Mater* di Benedetto XV, con cui si apre il *Codex,* il diritto romano è qualificato *ratio scripta* e insigne monumento della antica saggezza. Tra gli elementi giuridici del *Codex* che più o meno integralmente furono mutuati dal diritto romano vengono generalmente segnalati, oltre quelli del IV libro dei processi, il domicilio, i contratti, l'impedimento di cognazione legale, gl'impedimenti matrimoniali, il beneficio di competenza dei chierici, il tempo di cento anni per la prescrizione contro i beni della Chiesa, ecc. (Cfr. Ph. MAROTO, *Institutiones iuris canonici ad norman novi codicis*, I, Romae, 1921³, pp. 442-444; B. LIJDSMAN, *Introductio in jus canonicum*, I, Hilversum, 1924, pp. 83-85; C. BOUCAUD, *Relationes inter ius romanum et Codicem Benedicti XV*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, IV, Romae, 1937, pp. 43-50). Il peso preponderante del diritto romano nel *Codex* pio-benedettino è stato successivamente riscontrato in modo analitico da B.F. DEUTSCH, *Ancient Roman Law and Modern Canon Law*, in *The Jurist*, XXVII, 1967, pp. 297-309; XXVIII, 1968, pp. 23-27, 149-162, 449-469; XXIX, 1969, pp. 1025, 265-278; XXX, 1970, pp. 182-192; XXXI, 1971, pp. 478-488.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un primo elemento, che s'impone all'osservazione, è costituito dai legami tra filosofia tomista, diritto naturale e ordinamento canonico. Gli esiti teorici a cui era giunta la dottrina cattolica nella rifondazione del diritto naturale mostrano come la filosofia aristotelico-tomista fosse considerata la necessaria premessa ideologica per la riproposizione della dottrina del diritto naturale in senso antirazionalistico e antiformalistico (200), vista la sostanziale inadeguatezza dei principali sistemi di filosofia del diritto sorti nell'età moderna (dal giusnaturalismo di Grozio al razionalismo kantiano) col diritto della Chiesa.

Alla base di questa scelta di congruità teoretica non c'era solamente la volontà di riallacciarsi ad uno dei più prestigiosi filoni filosofici del cattolicesimo, ma anche, e soprattutto, la convinzione che esistesse « una rispondenza profonda e una solidarietà dottrinale di tutta la tradizione scolastica » (201) col diritto naturale. Ciò può essere evidenziato ricorrendo a quattro « note caratteristiche » della filosofia giuridica tomista: anzitutto il concetto metafisico del diritto, per cui ogni filosofia del diritto esigeva un sistema filosofico preliminare che affermasse certe verità pregiuridiche (ad es. la conoscenza da parte dell'uomo dell'ordine divino dell'universo) e che collocava il diritto in un certo rapporto con le altre scienze (il diritto è parte della filosofia morale). In secondo luogo il carattere oggettivo dell'essenza giuridica, per cui il diritto non è un prodotto arbitrario dell'uomo, bensì riflette un ordinamento oggettivo (quello del diritto naturale). In terzo luogo la difesa e l'affermazione del diritto naturale classico, fondata sui princìpi che la natura umana ne costituiva la base materiale, che la ragione ne era la fonte e che esso era parte integrante della *lex naturalis* secondo la divisione tricotomica di S. Tommaso. Infine, il cosiddetto teocentrismo filosofico per

(200) Sulla crisi del positivismo giuridico formalistico e sulle modalità del ritorno al giusnaturalismo tra la fine dell'Ottocento e il primo decennio del Novecento, cfr. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965, pp. 277 ss.; FASSÒ, *La filosofia del diritto*, cit., pp. 165-184; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 366-370; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* cit., II, pp. 307-366.

(201) AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano* cit., p. 224.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui il problema del diritto andava affrontato tenendo presente che esso cominciava e terminava in Dio (202).

Oltre ad accompagnare la rinascita del diritto naturale, l'adesione al tomismo ebbe anche un'altra funzione non meno importante, quella di provvedere a regolamentare le relazioni tra legge naturale e ordinamento canonico, in quanto, come ha rilevato l'Olivero, i princìpi in grado di corrispondere alle istanze di quest'ultimo si rintracciano esclusivamente nella *philosophia perennis*: Dio come fonte della legge di natura, il carattere imperativo di quest'ultima al di fuori di qualsiasi comando positivo, la subordinazione della legge alla morale, l'impossibilità teorica di una reale antinomia tra l'etica cristiana e la sfera giuridica (203).

Nel riutilizzo creativo e non meccanico di questo sistema teorico vanno ancora una volta evidenziate alcune varianti introdotte dal movimento neoscolastico. Anzitutto il fatto che tutti i 'restauratori' della dottrina di S. Tommaso sulla legge naturale introducano, a suo correttivo, un elemento volontaristico ad essa estraneo, indiscutibilmente mediato dalla corrente della Seconda Scolastica spagnola e perfettamente inquadrato nella sistemazione suareziana del *ius divinum, sive naturale sive positivum* (204). Secondariamente, la differente orientazione ideologica data al recupero del principio formale di razionalità del diritto naturale rispetto alle versioni o applicazioni conservatrici o addirittura reazionarie a cui erano pervenuti, ad eccezione del Rosmini, un Taparelli d'Azeglio, un Liberatore, un Audisio (205).

La cerniera tra le premesse filosofico-teologiche sopra delineate e la sfera giuridico-politica fu rappresentata dal complesso dei diritti naturali. Esso formava la chiave di volta di tutta la costruzione leoniana, in quanto, dopo lo 'sviamento' del pensiero moderno, si riteneva necessario riportare tutti i problemi alla loro posizione

---

(202) N.M. López Calera, *Neotomismo e filosofia giuridica in Italia*, Bologna, 1965, p. 17.

(203) Cfr. G. Olivero, *Diritto naturale e diritto della Chiesa*, ora in Id., *Studia canonica*. Presentazione di R. Bertolino, Milano, 1987, p. 207.

(204) Tra i contributi più recenti sul tema: Todescan, Lex, natura, beatitudo cit.; M. Bastit, *La pensée de la loi de saint Thomas à Suárez*, Paris, 1990.

(205) Cfr. Fassò, *La filosofia del diritto* cit., pp. 105-108.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'razionale' in quanto 'naturale', di fare cioè dei diritti di natura e delle loro deduzioni il punto di partenza della dottrina sociale cattolica (206) e lo strumento sistematico più idoneo sia per dare validità ed obiettività agli enunciati propositivi sia per suffragare le applicazioni pratiche ai problemi della società contemporanea. Non essendo né acquisiti né alienabili, i diritti naturali, definiti in riferimento all'individuo e alle diverse formazioni sociali (famiglia, società civile e politica), fornivano la base di appoggio a tutti i sistemi giuridici, sociali ed economici. Al tempo stesso generavano anche una propria gerarchia interna e segnavano un limite invalicabile per le differenti forme di aggregazione e per lo Stato medesimo. Ciò in quanto inseriti in una visione della società non livellata ma ordinata, la quale disegnava una scala armonica di diritti a valore e a contenuto eminentemente finalistico (207). In questa dimensione prospettica lo Stato si doveva porre non come fine in se stesso, bensì come mezzo strumentale, come organo di coordinazione per favorire il conseguimento dei fini propri degli individui e di ciascun livello di formazione sociale. Sotto questo profilo la dottrina sociale leoniana confermava di essere l'espressione di quel forte finalismo politico-giuridico che, come s'è visto, costituiva uno dei presupposti fondamentali da cui muoveva lo *ius publicum ecclesiasticum* nella qualificazione delle relazioni tra Stato e Chiesa.

Il ruolo strategico esercitato dalla dottrina dei diritti naturali appare evidente nella definizione dei suoi rapporti col diritto positivo (208). Nell'elaborazione teorica cattolica, Meyer e Cathrein co-

---

(206) Cfr. M. D. CHENU, *La « doctrine sociale » de l'Eglise comme idéologie*, Paris, 1979, p. 93.

(207) Tale principio è perspicuamente enunciato nella *Rerum novarum:* « La perfezione di ogni società è riposta nel tendere ed arrivare al suo scopo, talché il principio generatore dei modi e delle azioni sociali sia quel medesimo che generò l'associazione. Quindi deviare dallo scopo primitivo è corruzione, tornare ad esso è salute » (*Leonis XIII pontificis maximi acta* cit., XI, p. 118).

(208) Max Weber ha osservato che il Cristianesimo ha assunto dalla filosofia stoica la *lex naturae* « per cercare di gettare un ponte tra la propria etica e le norme del mondo ». Il diritto naturale rappresenta il « diritto per tutti » che Dio ha legittimato nel mondo del peccato e della violenza, di contro al « diritto per i fedeli ». Il diritto naturale è « il complesso delle norme valide indipendentemente da ogni diritto positivo e preminenti rispetto ad esso, le quali non derivano la propria dignità da una statuizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dificarono un 'sistema giuridico integrato' per il quale il diritto naturale si rapportava al diritto positivo secondo tre modalità: 1) 'norma' delle leggi umane, per cui queste obbligavano solo in quanto non contrastassero con le esigenze della ragione. Se la legge positiva divergeva da quella di natura non aveva più carattere di legge, altro non era che *corruptio legis* (209); 2) 'fondamento' del diritto positivo, ossia ne forniva la base e la legittimazione filosofica; 3) 'fonte ' ultima di tutte le leggi umane, in quanto tutte potevano, mediante un procedimento di riduzione o di specificazione, venire logicamente ricondotte ai primi princìpi naturali (210).

Risulta piuttosto agevole riconoscere in questa articolazione teorica una precisa risposta cattolica ai sistemi concettuali del positivismo giuridico, della « giurisprudenza dei concetti », dello storicismo tanto nella versione della Scuola storica che di quella idealistica (211). Il valore intrinseco della legge positiva, quanto a validità ed obbligazione, andava ricercato nella sua conformità al diritto naturale, che le attribuiva un valore permanente e universale, e non poteva essere ricondotto nello Stato quanto al suo fondamento ma solo quanto alla sua formulazione, la quale doveva essere fatta in modo da non violare e non menomare il complesso dei diritti naturali soggettivi e di quella della famiglia, considerata società anteriore a quella politica (212).

---

arbitraria, ma al contrario ne legittimano la forza obbligatoria » (M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., III, Milano, 1980, p. 176). Weber rileva anche che il richiamo al diritto naturale ha sempre rappresentato una forma di ribellione (in genere di determinate classi) contro l'ordinamento esistente « per conferire una legittimità alle loro aspirazioni legislative ». Tale osservazione si può applicare alla Chiesa del secondo Ottocento per quanto attiene l'aspetto rivendicativo ed autolegittimante e dopo aver precisato il correttivo essenziale introdotto da essa nell'uso di tale concetto. Infatti il carattere « rivoluzionario » insito nel diritto naturale era stato rimodellato dalla Chiesa in base al postulato della vera conoscenza che a lei spetta dell'ordine della creazione divina.

(209) Cfr. E. DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, Torino, 1954, pp. 46 e 57.

(210) Cfr. H. ROMMEN, *Lo Stato nel pensiero cattolico*, trad. it., Milano, 1964, p. 74.

(211) Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, capp. I e II; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it., Milano, 1974, capp. I e II; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* cit., II, parte VI.

(212) Ha rilevato l'Olivero che « i teorici della filosofia giuridica cristiana, da Tommaso a Suarez al più moderno Taparelli d'Azeglio sviluppano la loro dottrina sui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il grado di coerenza di questa costruzione giuridica giusnaturalista è misurabile anche nei rapporti con l'ordine soprannaturale. Nella concezione leoniana il diritto naturale non era eliminato o indebolito o totalmente soprannaturalizzato, ma restava valido e conservava la propria integrità, che gli derivava dalla natura e dal piano divino della creazione (213). Ciò è particolarmente evidente nei documenti pontifici riguardanti gli istituti del matrimonio, della famiglia, dello Stato e della proprietà privata, i quali erano considerati esigenze fondamentali non dell'ordine soprannaturale come tale, bensì della natura dell'uomo (214).

Il diritto naturale veniva così integrato da un lato nell'ordine decaduto del peccato, dall'altro nell'ordine soprannaturale e nella storia della salvezza. Gli istituti naturali erano facilmente soggetti alla corruzione e alla disintegrazione della loro essenziale struttura e funzione a causa della realtà del peccato, così come i beni materiali risultavano condizionati dagli effetti dell'ignoranza, dell'errore, dell'egoismo e della cupidigia. Ciò nonostante, secondo la filosofia tomista, il peccato non toglieva né aggiungeva ciò che è naturale all'uomo, ma ne diminuiva solo la capacità (215).

D'altra parte, le relazioni tra gli istituti naturali e lo scopo ultimo dell'uomo erano più completamente determinate e storicamente attualizzate mediante la realtà della creazione elevata soprannaturalmente. Gli istituti di diritto naturale potevano quindi essere reinte-

---

rapporti fra legge naturale e legge positiva tenendo l'occhio assai più all'ordinamento statuale che non all'ecclesiastico » (OLIVERO, *Diritto naturale e diritto della Chiesa* cit., p. 218).

(213) « Restaurando adunque la vera filosofia, — scriveva il cardinale Giuseppe Pecci — si viene a restaurare tutto l'uomo nell'ordine naturale. Anzi siccome la grazia non distrugge la natura, ma la perfeziona, così le verità soprannaturali presuppongono come base le verità naturali. Ove dunque queste sieno sincere e conservino la nativa loro purezza, l'uomo è meglio disposto e preparato eziandio all'ordine soprannaturale » (*Discorso del card. Giuseppe Pecci in occasione dell'apertura dell'Accademia Romana di S. Tommaso l'8 maggio 1880*, in *L'Accademia Romana di S. Tommaso d'Aquino*, I, 1881, p. 65).

(214) Cfr. J.P. SCULL, *The Relationship of Institutions of the Natural Law with the Supernatural Order. A Study of the Pontifical Documents of Leo XIII*. Dissertatio ad Lauream in Facultate Theologica Pontificae Universitatis Gregorianae, Romae, 1966, pp. 148-149.

(215) Cfr. *ibid.*, pp. 149-151.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grati nelle loro funzioni e posti in grado di realizzare il loro specifico scopo immanente mediante l'influsso della grazia salvifica e dell'insegnamento di Cristo. Ma le verità del diritto naturale perfezionato e elevato nell'ordine cristiano non potevano essere conosciute, e meno ancora praticate, senza la grazia di Cristo e l'insegnamento della Chiesa. Al riguardo, il concilio Vaticano I aveva sì recentemente affermata la possibilità della conoscenza certa di Dio con il lume naturale della ragione, ma anche ribadita la necessità della Rivelazione affinché l'uomo, nello stato decaduto, potesse conoscere in modo certo e senza errore le ragioni divine delle cose (216).

Il rapporto tra i due « ordini » si configurava così in maniera integrata, perché se per un verso gli istituti di diritto naturale rimanevano tali e non perdevano la loro qualificazione una volta soprannaturalizzati, dall'altro essi erano rivolti ed elevati ad una funzione e ad uno scopo trascendente — la salvezza dell'uomo — che era possibile realizzare solo con la partecipazione all'azione redentrice di Cristo e della Chiesa. Perciò gli istituti di diritto naturale detenevano una relazione diretta sia con l'ordine morale che con l'ordine ontologico sociale. Sul terreno morale l'individuo era obbligato a osservare le prescrizioni del diritto naturale che concernono tali istituti in vista del fine supremo, mentre su quello ontologico sociale la retta realizzazione dello scopo naturale immanente rappresentava un'importante condizione per il conseguimento dello scopo ultimo (217).

Le diverse componenti della costruzione giuridica cattolica fin qui esaminata trovavano il loro esito coerente nella attualizzazione dell'*utrumque ius*. Quest'operazione culturale stava a significare l'espressione più alta e più audace, sul terreno giuridico, del grado di articolazione raggiunto, all'interno del sistema neoscolastico, dall'applicazione dell'ilemorfismo. Come questo principio-guida determinava le relazioni tra 'anima' e 'corpo' nell'individuo, tra 'spirituale' e 'temporale' nella società, tra 'Chiesa' e 'Stato' nella storia,

---

(216) Cfr. R. Aubert, *La constitution « Dei Filius » du concile du Vatican*, in *De Doctrina Concilii Vaticani Primi. Studia selecta annis 1948-1964 scripta denuo edita...*, Città del Vaticano, 1969, pp. 46-121.

(217) Cfr. Scull, *The Relationship* cit., pp. 151-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così esso si poneva quale criterio regolativo del rapporto tra 'diritto canonico' e 'diritto civile' (218).

Il carattere essenziale della reinterpretazione di questo 'binomio' classico non consisteva, infatti, nella separazione logica dei termini — necessaria soltanto per l'analisi —, ma nella coordinazione dei due coefficienti in vista di una superiore visione organica. Diritto civile e diritto canonico rappresentavano rispettivamente la 'materia' da trasformare e lo 'spirito' plasmatore in un rapporto di necessaria sussidiarietà e complementarità fondato sul principio che ciascuno dei due elementi risultava imperfetto ove fosse considerato isolatamente. Ne scaturiva l'idea se non di una effettiva compenetrazione — come s'era storicamente data tra diritto romano e diritto canonico classico — certo di un attento confronto e di una possibile integrazione tra concetti e materiali giuridici da tempo evolutisi in modo parallelo.

Sotto questo profilo le *facultates legales* del Pontificio Seminario Romano e successivamente l'*Institutum Utriusque Iuris* arricchiti degli apporti dell'Accademia di conferenze storico-giuridiche, avendo costantemente mantenuto nel loro ordinamento interno i corsi civilistici accanto a quelli canonistici, intendevano rappresentare l'eco ininterrotta della grande tradizione medievale del « diritto comune » e, al tempo stesso, riproporre, in condizioni storicamente diverse, lo sforzo di pervenire ad una superiore ricostruzione sistematica unitaria o, almeno, ad una coordinazione tra elementi giuridici in sé disgiunti e talora opposti.

Il recupero del *ius utrumque* da parte del neotomismo, a ben guardare, rispondeva anche ad una esigenza metodologica di carattere generale, che legava il diritto canonico ad una determinata concezione antropologica. Come ha scritto il Calasso, la configurazione del diritto comune si fondava sull'armonia tra fede, etica e diritto « nella quale si vedeva riflesso il principio eterno dell'ordine universale » (219) e, quindi, « sopra una visione della vita umana, spirituale e temporale, legata totalmente a una suprema finalità che

(218) Sulla « sconfinata portata pratica » del modello ilemorfista nella concezione della chiesa cattolica, ha scritto pagine significative E. BUONAIUTI, *La Chiesa romana*, Milano, 1933, pp. 15-20.

(219) F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970, p. 128. Per lo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la trascendeva, e sopra la concezione del genere umano come "unum corpus" » (220). Venir meno a questi assunti avrebbe voluto significare disattendere la *ratio* fondamentale del diritto della Chiesa — la vocazione universale alla salvezza — e negare tutta quella serie di presupposti filosofici che il movimento neotomista si era sforzato di riaffermare di fronte al razionalismo illuminista e allo storicismo idealistico.

Infine è da considerare un'ulteriore incidenza teorica della riproposizione dell'*utrumque ius* da parte della Chiesa: la sua valenza fortemente simbolica in vista della legittimazione del proprio ordine giuridico di fronte alle società civili e agli Stati moderni. Solamente la chiesa cattolica poteva continuare a presentarsi come l'erede dell'esperienza giuridica romana ed essere in grado di proporre il proprio sistema giuridico come un ordinamento dotato di valore universale. Da questo punto di vista l'*utrumque ius* attualizzato non più come effettività ma come concezione ordinante la realtà sociale (221), può essere considerato, all'interno del processo di « spiritualizzazione » del diritto canonico seguìto al Vaticano I, come la manifestazione modernizzata del primato spirituale affermato dalla chiesa cattolica (222). Un primato eminentemente giuridico che, traendo tutta la forza dal potere di 'rappresentare' il divino, di incarnare l'idea di un ordine originario, si esprimeva *ad intra* nel modello di razionalità con cui la chiesa romana aveva delineato il proprio apparato istituzionale e *ad extra* nella capacità di ordinare in una visione teleologica e sistematica il mondo umano, di inquadrarlo in un contesto di rapporti e di qualificazioni (223).

---

sviluppo di questa concezione, cfr. adesso P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 1995, in specie pp. 80 ss.

(220) CALASSO, *Introduzione al diritto comune* cit., p. 237 nota 7.

(221) Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica*, trad. it. in ID., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 29-86; ID., *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica,* trad. it., Milano, 1992, pp. 81-83.

(222) Cfr. l'analisi di ASTORRI, *Le leggi della Chiesa*, cit., pp. 69-74.

(223) Cfr. C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, trad. it., Milano, 1986, da cui si traggono queste suggestioni con l'avvertenza che nel modello schmittiano di razionalità alcuni critici hanno visto l'eredità del tomismo (si veda, in proposito, M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990, p. 239 nota 19).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rimane da chiedersi quale fu la proiezione storica del sistema giuridico cattolico ovvero l'individuazione degli scopi sociali e politici che la Chiesa di Leone XIII perseguiva. Sinteticamente essi possono venire indicati nel superamento del positivismo giuridico; nel ripristinare una base giuridica comune (perché ritenuta svincolata da presupposti confessionali) nelle relazioni con le società e con gli Stati; nel dare un fondamento ideologico ad una « politica cattolica ».

La neutralizzazione del « positivismo giuridico » ancorando le norme ad un fondamento metagiuridico si rivelava essenziale per due motivi: perché il sistema teologico-dogmatico e teologico-morale pervadeva tutto l'ordinamento canonico fino a costituirne il « fondamentale presupposto » (224); in secondo luogo per l'intima compenetrazione tra diritto naturale e diritto divino e per il notevole peso che il primo esercitava sulla conformazione dell'ordinamento canonico, fino al punto da considerare la legge naturale come « un nucleo di princìpi basilari dotati di indipendente forza imperativa » e quindi tali da essere accolti « in quanto derivati e imposti da un potere superiore a quello impersonato dall'organo portatore della sovranità » (225). Sotto questo riguardo si comprende in tutta la sua portata l'affermazione secondo cui il diritto della Chiesa postulava una qualificazione giusnaturalistica anziché positivistica. Solo mediante il superamento delle barriere introdotte dal positivismo giuridico si poteva ammettere il ruolo del diritto naturale, conservare l'orientamento etico-religioso e garantire la peculiare natura e struttura di tanti istituti canonistici (226). Prova ne sia il fatto che, nonostante i pochissimi richiami espliciti che vi si faranno nel *Codex iuris canonici* del 1917, il diritto naturale è alla base e permea tutto l'ordinamento canonico (227).

Quanto al rapporto tra la Chiesa e la società politica, la dottrina

---

(224) P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, p. 211.

(225) OLIVERO, *Diritto naturale e diritto della Chiesa* cit., p. 205.

(226) *Ibid.*, p. 213.

(227) DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale* cit., pp. 141 e 179. Cfr. anche U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, 1918, pp. 181-188; M. FALCO, *Introduzione allo studio del « Codex iuris canonici »*, Bologna, 1992², pp. 141-142, 163-164; F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, I, ed. altera, Romae, 1952, pp. 141-147; A. VAN HOVE, *Prolegomena* (« Commentarium Lovaniense in Codicem iuris canonici »,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto naturale — secondo il Kaufmann — divenne un valido strumento per la « stabilizzazione » dei loro confini. Da un lato esso legittimò « la pretesa della Chiesa di strutturare non soltanto l'ambito ecclesiastico, ma anche quello secolare e, in particolare, quello statale ». Dall'altro avvalorò la concezione della Chiesa come organismo immutabile e perfetto, in sintonia con le affermazioni dell'« assolutezza » e della « perennità » del suo dogma e della sua filosofia (228).

Infine l'interdipendenza tra diritto pubblico esterno, diritto naturale e nuova presenza pubblica della organizzazione ecclesiastica in campo politico è stata richiamata dal Wieacker, il quale ha osservato che sotto il pontificato di Pio IX e di Leone XIII la Chiesa riuscì, mediante la creazione del *ius publicum ecclesiasticum externum* « a rinnovare la propria costituzione reintegrandosi come potere politico pubblico nei movimenti democratici del XIX secolo ». Divenuta di nuovo « potenza spirituale mondiale », essa poté compiere, in connessione con la filosofia neotomista, un lavoro di « purificazione delle sue dottrine morali e giuridiche dai residui del ricorso al pensiero secolare ». Sotto questo profilo, la *renaissance* del diritto naturale « non si è limitata ad essere la semplice restaurazione accademica di un indirizzo filosofico, bensì ha rappresentato il rinnovamento di un edificio dottrinale in grado di riformulare, fondandola idealmente, l'affermazione da parte della Chiesa romana della propria responsabilità etico-sociale in campo pubblico » (229). I più ambiti frutti politici della grande costruzione teorica leoniana saranno colti da Pio XI e dal cardinal Gasparri con i Patti del Laterano del 1929.

I, I), Mechliniae-Romae, 1945² pp. 61-62; G. MICHIELS, *Normae generales juris canonici*, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949², pp. 208-210.

(228) F.-X. KAUFMANN, *Sociologia e teologia*, trad. it. Brescia, 1974, pp. 104-108. Questi dà un'interpretazione difensiva dell'assunzione da parte della Chiesa cattolica di questo orientamento ideologico: « la dottrina del diritto naturale assunse importanza quale *posizione di difesa* contro un predominio politico e culturale e come momento della conservazione dell'identità di fronte ad un profondo mutamento nel rapporto tra 'Chiesa' e 'società' ».

(229) WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno* cit., II, p. 365.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANGEL M. LOPEZ Y LOPEZ

ESTADO SOCIAL Y SUJETO PRIVADO: UNA REFLEXION FINISECULAR

...Hacedme/ un duelo de labores y esperanzas...
Antonio MACHADO, *« A Don Francisco Giner de los Ríos ». Elogios*, *Campos de Castilla*, 1915

In memoriam
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

I. **Preludio**: Estado y sujeto privado, una reflexión especular. 1. La gran dicotomía. - 2. Estado, Mercado, e « ideología de la separación ». - 3. La articulación de KANT: Estado liberal y sujeto abstracto. — II. **Intermezzo primo**: HEGEL. — III. **Intermezzo secondo**: DUGUIT. — IV. **Intermezzo terzo**: KELSEN. — V. **Cantata**: la imagen del Estado Social y la imagen del sujeto privado. - 1. Estado social: historia clara, concepto problemático. - 2. Un esclarecimiento politológico. - 3. La igualdad sustancial como eje de la experiencia jurídica « Estado Social ». - 4. El principio de igualdad sustancial: una norma jurídica « débil » de una forma estatal « débil ». - 5. *Excursus* (aparentemente) técnico: el principio de igualdad como principio de tratamiento par. La aporía de la *Drittwirkung der Grundrechte.* - 6. Sigue: sobre la extensión del principio de paridad en las relaciones *inter privatos*: discriminaciones típicas, entes comunitarios, relaciones de trabajo, posiciones monopolísticas. - 7. Sigue: mecanismos de operatividad de la *Drittwirkung der Grundrechte*. La « finta » falaz. Los derechos fundamentales como programa legislativo. - 8. Los llamados « derechos sociales » como vía de penetración de los postulados del Estado Social. - 9. La intervención del Estado Social en la propiedad y en el contrato. - 10. Interpretaciones del sentido de la intervención del Estado en la configuración del Derecho de los particulares. - 11. Instrumentos del Derecho Privado y Estado Social. - 12. El Derecho Privado nos revela el verdadero significado del Estado Social. - 13. Los límites de la transacción: ¿un Derecho Público para el Derecho Privado?. - 14. Paradojas de la era: fragmentación y unidad de las normas y del sujeto. — VI. **Finale** incierto. - 1. El declinar de la « feliz estación » del Estado Social. - 2. El Mercado arruina el Estado nacional. - 3. « Hombre solitario en la ciudad ». - 4. Melancolía *appropinquante anno mille*. Una cierta imposibilidad de ver « el límpido fondo de las cosas ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I. Preludio: Estado y sujeto privado, una reflexión especular

Mas busca en tu espejo al otro/ al otro que va contigo
(Antonio Machado, *Nuevas Canciones 1917-1930*)

1. Con poderosa y bella síntesis, Bobbio nos pone de manifiesto que la dicotomía público-privado, por él llamada con toda justicia « la gran dicotomía » (1) comprende o en ella convergen otras tales como las de sociedad de iguales/sociedad de desiguales y sociedad económica/sociedad política.

Con poco que se medite sobre estas confluencias conceptuales podremos darnos cuenta de que son significativas de una reflexión especular recíproca sobre el sujeto privado y el Estado. En efecto, nuestra percepción moderna del sujeto privado es la del individuo que se afana en torno a la gestión de sus intereses particulares en plano de igualdad con otros individuos. En cambio, del Estado o poder político jurídicamente organizado, como de manera más genérica podemos definir a éste (2), tenemos la aprehensión de su naturaleza como curador de intereses superindividuales, y del instrumento de la *potestas* para el desempeño de sus funciones, esto es, de su posición de supremacía, y en consecuencia, posición de relación desigual con los particulares o privados. Podríamos entonces convenir que el Estado es el protagonista (sin que estemos pronunciándonos por ninguna posición en torno a la personalización del Estado (3), problemática inútil a nuestros efectos) de « lo público », el supremo desigual, el gestor de intereses superiores a los individuos, frente al particular, protagonista de « lo privado », igual entre los de su género, gobernante de su propio interés. Se manifiesta así lo dicho sobre lo especular y recíproco de la imagen del sujeto privado y la imagen del Estado.

La anterior observación viene inmediatamente confirmada cuando se recurre a un sumario elenco de problemas latentes tras ella, y que todos pueden ser reconducidos *a radice* a un único punto. La sociedad económica, de individuos iguales, árbitros

(1) *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1984.
(2) Fioravanti, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII.
(3) Tosato, *Stato (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

exclusivos de sus intereses, ¿no conduce a una desigualación real, producida por la división del trabajo, que inexorablemente genera posiciones de poder económico del individuo frente a otros individuos?. Si el Estado se propone como finalidad hacer desaparecer esa especial desigualdad ¿no debe necesariamente intervenir en la sociedad económica?. Y si interviene, ¿hasta dónde ejerce su poder de heteronomía? Todas estas preguntas, por otra parte archiconocidas, conducen inexorablemente a la relación entre Mercado y Estado.

Es bien cierto que se quieren ver en esta distinción unas dimensiones éticas, culturales y hasta psicológicas, cuya importancia no hemos de negar, siempre que no concurran, como « ideología de la separación » (4), al enmascaramiento de esa clave esencial de la distinción. Creemos que el conjunto de nuestro discurso demostrará con creces esa esencialidad. No deja de ser sintomático que cuando se quiere predicar un contenido básico de orden no económico de la sociedad civil, en concreto la libertad de asociación, haya que partir de una « neutralidad de los intercambios económicos » (5), idea que, entendida con benevolencia científica, al fin de no juzgarla radicalmente indemostrada, habría que considerar, como mucho, vino viejo (viejísimo) en odres nuevos. Precisamente porque repudiamos tal perspectiva es por lo que queremos partir de las distintas réplicas al problema de la relación con el Mercado dadas por el Estado. Y esto, al fin y a la postre, no supone otra cosa que ajustar las sucesivas imágenes del Estado con las imágenes del sujeto privado.

2. La imagen del Estado Liberal y la correlativa imagen del sujeto privado, son cuestiones bastante conocidas en sus perspectivas mas generales, y se hace de ellas aquí un breve apunte por la necesidad de establecer una base comparativa, un índice de problemas al que referir un discurso paralelo nucleado en torno al sujeto privado en el Estado Social . La articulación filosófica del planteamiento liberal se debe, como es sabido, a Kant. Con utilización de las pautas teóricas del racionalismo jurídico, con las que logra una

(4) BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, 1974.
(5) IRTI, *Societá civile*, 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

construcción absolutamente propia, Kant construye un Derecho Privado, como Derecho del « tuyo » y el « mío », derivado del estado de naturaleza, reconocible *a priori*, pero absolutamente necesitado del Derecho Público para obtener la seguridad de su vigencia efectiva. Derecho Público y Derecho Privado son diferentes por su contenido: el del primero se limita a las garantías de las formas apriorísticas del « tuyo » y del « mío », con los que se constituye como un « Derecho Público para el Derecho Privado » (6).

Con todo ello era perfectamente congruente, como resulta muy conocido, un Derecho Privado que se concibe como un sistema de derechos subjetivos (7), entendidos como atributos jurídicos del sujeto para la consecución de fines que se definen desde el sujeto mismo, desde su « lógica ». Todo lo anterior confluía en un concreto entramado jurídico del que era la pieza estructuralmente necesaria la igualdad jurídica de todos los hombres. Pero obsérvese que esa igualdad, en tanto en cuanto jurídica, y en tanto en cuanto predicable de todos, debía afirmarse con independencia de las reales condiciones sociales de los concretos individuos. Era, en consecuencia, una igualdad formal. Por ello, establecida ésta, al orden jurídico liberal le era indiferente, indiferente en el sentido de que le era necesario ignorarla, cuál era la real situación de poder social en la que los individuos intercambiaban sus mercancías, o si se quiere decirlo con terminología mas jurídica, en qué condiciones reales ejercitaban sus derechos, y aún más en concreto, en qué condiciones contrataban. Por lo mismo, debía partir de la consideración de que

---

(6) *Metaphysiche Anfangsgründe der Rechtslehre*, parte I de la *Metaphysische der Sitten*, 1797.

(7) GORLA, *Commento a Tocqueville. « L'idea dei diritti »*, 1948; DABIN, *Le droit subjectif*, 1952; DE CASTRO, *Parte general*, I, 1949; VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif,* en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit,* 1957; ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, voz en *Enciclopedia del Diritto*, II, 1959; *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, en *Jus*, 11, 1960; H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs « subjectives Recht »,* en A.A.V.V., *Das subjective Recht und der Rechtsschuzte der Persönlichkeit*, 1959; RAISER, *Der Stand der Lehre vom subjectiven Recht im deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung*, 1961; A.A.V.V., *Archives de Philosophie du Droit,* IX, *Le droit subjectif en question*, 1964; CESARINI-SFORZA, voz *Diritto soggettivo*, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el individuo gozaba de un ámbito económico en el que las determinaciones de ejercicio correspondían en exclusiva a su titular: de nada habría servido el establecimiento de una igualdad formal en el intercambio de las mercancías, si el título jurídico de las mismas hubiera venido sometido a condicionantes por los poderes públicos, o vinculado a relaciones de encuadramiento jerárquico con otros individuos. En pocas palabras, el nuevo orden liberal necesitaba una libertad de contratar, gobernada por la igualdad formal, para hacer circular bienes, cuyos titulares no estuviesen sometidos a limitaciones importantes de ejercicio, es decir, gozasen de una propiedad tendencialmente ilimitada (8).

En este planteamiento, dicho nuevo orden resultaba incompatible con el anterior, donde los presupuestos de la adquisición, transmisión y ejercicio de los derechos venían ligados a un determinado puesto en el tejido social, es decir, a un *status* (9). Se cerraba así el trayecto lógico del sujeto de derecho que resplandecerá en la Codificación, obra jurídica magna de la burguesía hegemónica, y que tendrá su puntual reflejo en las Constituciones también protagonizadas por ella (10). El concepto de igualdad formal, el ideal de una legislación general, clara y simple (11), abocan a una técnica de sujeto de derecho único, que para serlo, sólo puede ser el hombre, sin ningún atributo social diferenciador, concepto, ideal y técnica que se presuponen unos a otros y se condicionan recíprocamente. Sujeto de derecho único, el hombre, y formalmente igual a sí mismo en cualquier condición social, lo que conlleva, de manera implícita, dos notas esenciales: es un sujeto privado, y es un sujeto abstracto (12). Propietario abstracto, contratante abstracto, destinatario de normas abstractas, y por ello generales.

---

(8) BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, 1987.

(9) H.S. MAINE, *Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, 1861.

(10) GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, 1978; TOMAS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones*, 1989; CLAVERO, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio*, en *Quaderni fiorentini*, 19, 1989.

(11) TARELLO, *Ideologie settecentesche della codificazione e strutture dei codici*, en A.A.V.V., *Introduzione teorica allo studio del diritto*, 1984.

(12) AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Intermezzo primo: Hegel

> El Estado, en cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que esta tiene en la autoconciencia particular elevada a su universalidad, es lo racional en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior del individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado.
> (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, traducción española)

La moderna crítica tiende a considerar la filosofía del Derecho y del Estado de Hegel (13) un elemento básico de comprensión de su pensamiento, desde el instante en que en dicho *corpus* se concibe al Estado como la suprema encarnación del Espíritu Objetivo, la más elevada forma de la ética objetiva, la suprema satisfacción de la idea moral, y la plena consecución de la libertad objetiva. En él se funden, como universal concreto el interés particular y el general, que no se cumplen a sí mismo sino de manera recíproca, puesto que « ...el Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la libertad concreta consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares tengan su total desarrollo y el reconocimiento de su derecho (en el sistema de la familia y la sociedad civil) al mismo tiempo que se convierten por sí mismos en interés general, al que reconocen con su saber y su voluntad como su propio espíritu sustancial y toman como fin último de su actividad. De este modo, lo universal no se cumple ni tiene validez sin el interés, el saber y el querer particular, ni el individuo vive meramente para éstos últimos como una persona privada, sin querer al mismo tiempo lo universal y tener una actividad consciente de esta finalidad ».

Con mayor claridad se expresa este pensamiento en uno de los *Zusätze* de Gans (aunque como es sabido, éste sostuvo siempre la autoría directa de Hegel): « La idea del Estado de la época moderna tiene la peculiaridad de que según ella el Estado no es la realización de la libertad de acuerdo con el arbitrio subjetivo, sino según el

(13) *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenchaft im Grundrisse*, 1821.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concepto de la voluntad, es decir, según su universalidad y divinidad ... La esencia del nuevo Estado es que lo universal está unido con la completa libertad de la particularidad y con la prosperidad de los individuos, que el interés de la familia y la sociedad civil debe concentrarse, por lo tanto, en el Estado, y que la universalidad del fin no debe progresar sin embargo sin el saber y querer propio de la particularidad, que tiene que conservar su derecho. Lo universal tiene pues que ser activo, pero por otro lado la subjetividad debe desarrollarse en forma completa y viviente. Sólo si ambos momentos se afirman en su fuerza, puede considerarse que el Estado está articulado y verdaderamente organizado ».

Esa articulación de universalidad y subjetividad en el Estado es el grado superior de las realizaciones del Espíritu Objetivo; el grado inferior es precisamente el Derecho, que debe transitar a través de la Moralidad, añadiendo a la exterioridad de la ley la interioridad de la conciencia moral, hacia la ética objetiva de la familia, la sociedad civil, y sobre todo el Estado, como síntesis dialéctica, de aquellas exterioridad e interioridad, síntesis que las enfrenta y al tiempo las conserva (*Aufshebung* = superación negadora y conservadora), dado que la dialéctica también comprende la negación de la negación; síntesis que se realiza en la historia.

Conviene inmediatamente tener en cuenta que lo que Hegel llama el Derecho, en su terminología el Derecho abstracto, sería lo que podríamos llamar en buena medida Derecho Civil, Derecho Privado, Derecho del particular, pues comprende la propiedad y el contrato, y entre los modos de reacción frente a la injusticia, la indemnización civil.

La propiedad, cuya racionalidad no radica tanto en que sea un instrumento para la satisfacción de necesidades, sino en que es la racionalidad que supera la mera subjetividad de la personalidad, dado que « ...la persona, para existir como idea, tiene que darse para su libertad una esfera exterior. Puesto que la persona es la voluntad infinita existente en y por sí en su primera determinación aún totalmente abstracta, lo diferente de ella, que puede constituir la esfera de su libertad, se determina al mismo tiempo como lo inmediatamente distinto y separable...Lo inmediatamente distinto del espíritu libre es para él y en sí lo exterior en general: una cosa, algo carente de libertad, de personalidad, de derecho ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El contrato, el cual es el « ... proceso en el que se expone y media la contradicción de que yo, existente por mí, soy y permanezco propietario con exclusión de la voluntad ajena en la medida en que, junto con la idéntica voluntad del otro dejo de ser propietario. Mediación de una voluntad idéntica en la absoluta diferenciación de propietarios que existen por sí. En ella cada uno, con su voluntad y la del otro, deja de ser propietario, lo sigue siendo y lo deviene. Es pues la mediación entre la voluntad de abandonar una propiedad individual y la voluntad de recibirla (o sea de recibir la propiedad de otro), mediación que se realiza en un idéntico respecto, de modo tal que un querer sólo toma la decisión si está presente el otro querer ».

La indemnización civil cual « reemplazo en la medida en que éste pueda tener lugar » para « la eliminación de la lesión como daño », esto es « la lesión, en cuanto afecta solo la existencia exterior o la posesión », es decir cuando sea « un perjuicio, un daño sobre algún aspecto de la propiedad o de la riqueza ».

Visto lo anterior, resulta muy claro el alejamiento y radical contraposición del pensamiento jurídico hegeliano con respecto al pensamiento kantiano. El propio Hegel se complace en ponerlo explícitamente de manifiesto muchas veces, y en términos a veces ásperos. No hay ninguna « lógica del sujeto particular » contrapuesta al Estado. El traspaso de la esfera del Derecho a través de la de la Moralidad hasta la de la suprema eticidad del Estado supone la plenitud en esta de la subjetividad particular. Nada más separado, entonces, de la filosofía del Derecho hegeliana que una existencia autónoma y apriorística en relación con el Estado de una esfera del « tuyo » y del « mío »; nada más contraria a la misma que una visión del Estado como fruto de un contrato a partir del estado de naturaleza. En consecuencia, no hay esa contraposición entre la imagen del individuo particular y la imagen del Estado cuyos confines jurídicos vienen marcados por la *summa divisio* Derecho Público-Derecho Privado, dado que la « gran dicotomía » viene a resolverse en el « universal concreto » del Estado, suprema encarnación histórica del Espíritu Objetivo. Hasta tal punto es esto así que, recurrentemente, la contraposición terminológica hegeliana no se produce entre Derecho Público y Derecho Privado, sino entre « Derecho abstracto » (*abstrakt Recht*) y « Constitución » (*Verfassung*). « Constitución interna por sí » como « organización política

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Estado y el proceso de su vida orgánica en referencia a sí misma » que engloba y niega la negación del Derecho abstracto, o Derecho de los particulares. La idea del « Derecho Público para el Derecho Privado » carece de sentido en estas formulaciones. Habría quizás que concluir que apenas se puede hablar de dos términos jurídicos que se distingan el uno por referencia al otro.

La suerte jurídica y política de este pensamiento ha sido dispar y paradójica. Ello no es extraño, dadas las posibilidades de interpretaciones muy diferenciadas del mismo, que han provocado incluso que se hable de una sustancial ambigüedad como característica de él.

En el terreno de la doctrina jurídica, Wieacker nos pone de relieve con su extraordinaria habitual agudeza (14), que « la derecha hegeliana » se pudo abrir algún camino, como ideología oficial de la monarquía prusiana en el campo del Derecho Público y del Derecho Canónico, por obra, esencialmente de Julius Stahl (15); se lo abrió también, contra el kantismo, en el Derecho Penal. En cambio, no así en la teoría civilistica: la obra de Eduard Gans (16), discípulo directo y devoto de Hegel (a él se debe la que ha devenido casi edición canónica de los *Grundlinien*, con las « adiciones » o « agregados »= *Zusätze* de que antes hablamos), apenas si tuvo resonancia. La razón de este infortunio en el área civilística (17) hay que verla en el dominio de la Escuela Histórica, y mucho mas por obra de Puchta que de Savigny (18).

Si tal falta de influencia en la ciencia del Derecho Privado positivo hay que predicarla de la « derecha hegeliana », con más razón aún de la « izquierda hegeliana »: la obra de Lasalle (19) se presenta como un momento aislado, la de marx (prescindiendo del

---

(14) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit.

(15) *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* I. *Geschichte der Rechtsphilosphie,* 1830; II. *Rechts- und Staatslehre auf die Grundlage cristlicher Weltanschauung*, 1837.

(16) Singularmente, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*, I-II, 1824-1825, III-IV, 1829-1835.

(17) Con alguna excepción, y de influjo no inmediato: KIERULFF, *Theorie des gemeinen Zivilrechts*, 1839.

(18) Al respecto, CAPELLINI, *Systema iuris*, II, *Dal Sistema alla teoria generale*, 1985.

(19) *System der erwerbenen Rechte*, 1861.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

debatido problema del alcance y sentido de su filiación hegeliana) se postula como un sistema propio (y especificamente crítico de la obra jurídica de Hegel [20], desde el instante en que el Espíritu Objetivo no es más que un enmascaramiento ideológico, y la antinomia entre interés general y particular solo puede ser realmente vista desde la perspectiva de la alienación humana por obra de la división del trabajo, y superable tan solo con la desaparición del Estado [21].

Como resume brillantemente Wieacker [22], « la filosofía de Hegel abrió por primera vez la posibilidad de conciliación entre un sistema cerrado de teoría jurídica y la dimensión histórica, lo que podría haber significado para la ciencia del Derecho un significado normativo análogo al que tuvo en un tiempo la antropología iusnaturalista para la ahistórica planificación jurídica de la Ilustración; tanto más si se piensa que el sistema hegeliano constituyó al mismo tiempo la filosofía oficial del Derecho y del Estado en la época de la Restauración, y la plataforma para los grandes cambios del futuro. Que esta filosofía no haya ejercitado influencias precisamente sobre la ciencia del Derecho Civil, que había descubierto la ahistoricidad del iusnaturalismo laico partiendo de la historicidad de la cultura y del espíritu popular, y que finalmente se había puesto al servicio de la Restauración, representa una de las grandes paradojas en la historia del espíritu. Así se explica en todo caso que la Escuela Histórica haya podido permanecer anclada en el sistema y en el método a la *Aufklarung*, y en la ética jurídica a Kant. Más tarde, serán el formalismo jurídico de Puchta, Ihering y Gerber y la progresiva abstracción de los conceptos jurídicos de la realidad social los que cada vez más contribuirán a aislar la ciencia del Derecho de la Filosofía del Derecho y de la Sociedad ».

De todo lo anterior se puede extraer una consecuencia: los fermentos de una imagen del Estado y del particular, distanciada de la lógica del sujeto, y del Derecho de cuño kantiano, derivados de la filosofía de Hegel, han estado presentes continuamente durante el siglo que ahora finaliza. Pero presentes porque, esencialmente, eran

---

(20) *Kritik der Hegelschen Rechtphilosohie*, 1843. Sobre el significado de esta obra del « Marx joven », CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, 1962.

(21) *Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deustschen Philosophie*, 1845-1846.

(22) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« el otro modo » de ver el individuo, la sociedad civil, el Estado. Ese otro modo de ver, que generaba otra voluntad de ser, ha conducido, en el decurso histórico, a que las estaciones de su éxito hayan estado ligadas a experiencias del Estado que tomaron como premisa (más o menos lejana, más o menos indirecta, sentida más o menos intensa) la divinización hegeliana del mismo, con todo lo que ello conllevaba para el sujeto privado. Duras experiencias, desde muchos puntos de vista. El siglo que acaba las ha rechazado. No siempre en nombre de los mismos valores, ni por los mismos motivos intrínsecos; no siempre sólo en nombre la libertad y de la dignidad humana, sino también de una supuesta eficiencia del Mercado y de privilegio del abstracto *homo oeconomicus*, como ha sido el caso en la respuesta frente a los Estados del « socialismo real », y no en el de los Estados corporativos o totalitarios, que no agredieron sustancialmente el sistema económico capitalista. Detrás de todo ello hay, en ocasiones, no un ataque a una dimensión o estructura dada del Estado, sino a la idea de Estado misma, vista como elemento de protección de una racionalidad que se encuentra *aliunde*: en manos privadas; no deja de ser significativo en este sentido el *revival* de algún clásico, y la recuperación de algún concepto hasta ahora poco olvidado, como el de « Estado mínimo » (23). Pero merezca el drama histórico el juicio que merezca, es un hecho la básica pervivencia de las claves profundas del sistema jurídico con que se inaugura la edad moderna. Y ello comporta una conservación de lo que venimos denominando la « lógica del sujeto », hasta el extremo de que se postula la inevitabilidad de la misma en términos categoriales, o dicho de otra forma, hoy por hoy carecemos de mecanismos de orden conceptual para una representación diversa de la experiencia jurídica (24).

III. Intermezzo secondo: Duguit.

> La afirmación de que el hombre porque es hombre, tomado aisladamente y en sí, separado de los otros hombres, en el estado de naturaleza,...es titular de

(23) K.W. Humboldt, *Ideen zu einen Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, escrito en 1792, publicado en 1851.

(24) Frosini, *Soggetto del diritto*, en *Novissimo Digesto italiano*, XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> ciertos derechos propios a su naturaleza de hombre...es puramente gratuita...Es una proposición de orden puramente metafísico...Puede satisfacer a un creyente, pero está desprovista de todo valor científico.
> (León DUGUIT, *Traité*, I., trad. española)

La doctrina de León Duguit se considera uno de los puntos de inflexión de capital importancia en la historia de la reflexión sobre el derecho subjetivo (25). El gran iuspublicista francés parte de la idea, que habrá de ser considerada como el eje de su obra, de la solidaridad por similitudes o por división del trabajo, como fundamento de toda sociedad humana. De esa solidaridad nace la regla de derecho, como síntesis práctica de la misma, regla que se impone a particulares y gobernantes; del conjunto de reglas de derecho nace el Derecho objetivo, consagrador tanto para aquéllos como para éstos de deberes objetivos que tienen como contrapartida necesaria poderes igualmente objetivos: los actos de voluntad de gobernantes y gobernados poseen como único fundamento estos poderes objetivos, y de esos actos de voluntad no pueden resultar más que situaciones jurídicas subjetivas, no derechos subjetivos. Como resulta muy conocido, la obra en este punto del jurista francés va encaminada a una radical negación del concepto mismo del derecho subjetivo, a través de su reducción al Derecho objetivo, o dicho en otras palabras, de la negación del supuesto binomio que ambos términos vendrían a componer. No hay, para Duguit, otro Derecho que el objetivo, y todo el mundo está sometido a él, particulares, individuos y gobernantes. La raíz de la negación está en la imposibilidad de concebir voluntades que gocen de la cualidad de imponerse a otras voluntades, lo que sería la esencia del concepto derecho subjetivo; y esas cualidades de la voluntad o son inexistentes o en cualquier caso inaprehensibles desde el punto de vista científico: lo único que puede ser captado es el Derecho como regla social, derivada del hecho de que los hombres viven en sociedad, de cuya convivencia y sus necesidades brota, sin que se fundamente *a priori*

(25) *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat,* 1911; *Les transformations generales du droit privé depuis le Code Napoleon*, 1911; *Les transformations du droit public,* 1913; *Traité de droit constitutionnel,* 1927.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sobre posiciones individuales anteriores a ésta, con expreso rechazo de la teoría tradicional de corte individualista, propia de la escuela del Derecho Natural racionalista y de sus catálogos de derechos innatos, anteriores a la sociedad. El papel del elemento subjetivo para Duguit viene resuelto por el concepto de « situación jurídica subjetiva », que no es otra cosa que la regla objetiva en tanto en cuanto es aplicada al individuo. Para Duguit la evolución en el campo del Derecho ha dejado atrás la etapa que representaba la « Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 » y la codificación napoleónica, que establecían un sistema metafísico y de orden individualista, apareciendo un nuevo sistema de orden realista y socialista (en el sentido de solidarista, es bien sabido que Duguit no se reconoció nunca en el socialismo de su época como credo político) en el que la noción de función social (que toma de Augusto Comte [26]) sustituye a la noción metafísica de derecho subjetivo. Y de esta manera, la libertad civil será una función más que un derecho, de tal modo que su ejercicio vaya encaminado a una realización más completa de la división del trabajo; la noción de sujeto de derecho será sustituida por la noción de finalidad, dado que ningún sentido tiene concebir un sujeto como sujeto de voluntad, negada la eficiencia de ésta al negarse el propio concepto de derecho subjetivo (recuérdese que para Duguit éste siempre es un poder de la voluntad); el cuadro individualista del contrato se tornará insuficiente; se acentuarán los aspectos objetivos de la responsabilidad civil; y por lo que hace al concreto terreno de la institución de la propiedad, paradigmático en este dominio, los poderes del propietario se resuelven en el cumplimiento de una función social, por supuesto que contorneada también por el derecho objetivo, desde el instante en que están encaminados al empleo de la riqueza conforme al destino social de la misma. Se alumbra así uno de los tópicos que en materia propietaria más alimentarán su debate, regulación y nuevo entramado técnico.

No cabe la menor duda de que la obra de Duguit ejerce una profunda influencia sobre toda la ciencia del Derecho europea, a la que, desde una renovada perspectiva, que trae sus datos últimos de

---

(26) *Cours de philosophie positive*, 1830-1842.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la sociología, « saca del sueño dogmático », se ha dicho (27), y la prepara para hacer frente a las convulsiones sociales que culminaron en los periodos de entreguerra de la primera mitad del siglo. Pero tal influjo de Duguit no logra hacer salir a la ciencia del Derecho positivo de la « lógica del sujeto » de corte kantiano, y origen iusnaturalista, a la que tan encarnizadamente combate. Paradigma de ese fracaso es el concepto, traído de la sociología comtiana, elaborado y desenvuelto por Duguit en el plano jurídico, de la función social, que se ha convertido en uno de los grandes tópicos del Derecho Civil de nuestro tiempo.

En efecto, la asunción generalizada de tal concepto por doctrinas jurídicas y derechos positivos de muy diversas características se realiza con una formulación transformada de tal manera que implica una falsificación, o si se quiere, una negación del sentido profundo que alcanzaba en la obra de Duguit. Para éste, la función social « ...se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente garantizados y protegidos...La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen...Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre sí los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional (28) ». Si comparamos estas nada equívocas frases con las que indican los entendimientos

(27) HERNANDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho,* I, 2ª ed, 1971.
(28) *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

habituales del *topos* función social (29), nos encontraremos con la evidencia *ictu oculi* de que el parentesco del pensamiento de Duguit con ellos es lejano; a veces lejanísimo, prácticamente inexistente.

A esta segunda hipótesis de nula comunidad conceptual corresponde una comprensión de la función social del derecho subjetivo (en concreto, de la propiedad, institución alrededor de la cual, como es sabido, el concepto función social ha sido acuñado), según la que vendría a ser un temperamento del egoísmo del propietario, en cumplimiento de requerimientos de la sociedad. Conectada tal concepción con los planteamientos propios de la doctrina social de la Iglesia Católica (30), se le hace la justa observación de que equivaldría a decir que la propiedad « tiene » una función social, no que « es » una función social. En este sentido, hablar de función social de la propiedad (de cualquier derecho subjetivo) es tautológico, y viene a confundirse con destino social o naturaleza social, reconocible en cualquier derecho, y del que se ha teorizado y se le ha preconizado en formulaciones muy apartadas del *entourage* histórico, teórico y político del propio de la función social: apartadas de él, y además apartadas entre sí (31).

Más cercano al pensamiento duguitiano *subiecta materia* está una visión más técnica de la función social, que la radica en la estructura interna del derecho subjetivo, en lo que la manualística largamente al uso llama « límites » del derecho, en oposición a « limitaciones » del mismo, con la pretensión de que esta terminología, importada de la doctrina alemana (32) (*Eigentumbegrenzung*= límite de la propiedad, *Eigentumbeschkränkung*= limitación de la propiedad), indique el carácter intrínseco de unos frente al carácter externo de los otros. Ahora bien, sin negar esta proximidad, y la

---

(29) RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietá privata*, 1981.

(30) RENARD, *La penseé chretienne sur la proprieté privée*, en RENARD-TROTABAS, *Fonction sociale de la proprieté privée*, 1930.

(31) Tres ejemplos ilustres de direcciones absolutamente distintas: solidarismo germánico tradicional, O.v. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889; tomismo, J. PÉREZ GARCIA, *De principiis functionis socialis proprietatis privatae apud divum Thomam Aquinatem*, 1924; austromarxismo, K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, 1929.

(32) MAUNZ, en MAUNZ-DURIG-HERZOG-SCHOLZ, *GrundGesetz Kommentar*, 1, 1983, *sub* artículo 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evidente diferencia técnica entre « límites » y « limitaciones », tampoco esta conceptuación más técnica de la función social logra un esquema institucional superador del derecho subjetivo. Por mucho que se ahonde en la dimensión estructural de la función (y ello no es indiferente ni técnica ni políticamente, quede claro), en la medida en que dicha dimensión se inserta en la del derecho subjetivo, un elemento esencial de utilidad exclusiva del titular debe quedar salvaguardado, concurra o no a la consecución de fines sociales; y desde ese mismo momento, la « lógica del sujeto » se está volviendo a imponer. En una visión última y global de las cosas, a este sentido más restringido, al que se quiere más cuidadosamente técnico, aunque no se le pueda hacer el reproche de que considera la función social como algo que el derecho subjetivo « tiene » pero no « es », dado que pertenecer a la estructura de algo, es ser ese « algo », se le podría decir que los términos objetivos de la cuestión son que lo que « es » « función social » no puede ser « derecho individual ». Si se quiere conjuntar ambos términos es irremediable que uno acabe manifestándose como cualidad, nota, o carácter del otro. Un ser permite atributos, pero en su integridad y mismidad no consiente los que lo niegan. En conclusión, si no se quiere hacer desaparecer la noción misma de derecho subjetivo, y ello, como queda dicho, tal vez no sea ni siquiera posible, la función social, por mucho que se encuadre estructuralmente en aquél, siempre será algo que éste « tenga ». Nada más lejos del pensamiento de Duguit para el que, recuérdese, carece de sentido « hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad ».

En el fondo, todo lo anterior no hace sino poner de manifiesto la cuestión real de fondo, que no es otra que la condición aporética del concepto de función social del derecho subjetivo; pero de ello nos ocuparemos más adelante.

IV. Intermezzo terzo: Kelsen

> Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo...se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico...La ideología del derecho subjetivo se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía...Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos
>
> (Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. española)

Kelsen (33) representa otro extremo intento de huida de la « lógica del sujeto ». Es lo suficientemente conocido el anclaje de su (por otra parte, grandiosa) construcción como para permitirnos aquí un brevísimo apunte. Partiendo del concepto positivista de Ciencia, que excluye de la misma toda Metafísica, o Axiología, el Derecho no puede ser otro que el Derecho positivo, y en pura consecuencia, sólo el Derecho objetivo, legitimado formalmente por la Norma Superior, detrás de la cual hay un acto de voluntad, en abstracto perteneciente a la Teoría del Derecho, en su contenido concreto a la Política del Derecho. En este contexto, que « pretende sacar al Derecho de la niebla metafísica en que lo envolvió la doctrina del Derecho Natural » desaparece no ya el concepto de persona en una dimensión axiológica, sino hasta el de hombre, y el de sujeto de derecho, sustituido por la « unidad de las normas jurídicas que obligan y autorizan a un mismo hombre », esto es « un complejo de normas ». Tal imagen del individuo (su no imagen, se podría decir) es reflejo de la imagen del Estado, concepto príncipe, el que se constituye en eje de toda su teoría, y que no es otra cosa que un « complejo de normas », un « orden jurídico que instituye órganos para la producción y aplicación de normas »; como la persona física, es sólo « la expresión unitaria de un complejo de normas », « la personificación del orden jurídico ».

Hoy por hoy, el influjo de Kelsen hay que considerarlo decisivo desde muchos puntos de vista. Tal vez detrás de ello esté más que una convicción racional, un hecho psicológico: la enorme fascinación que para los juristas produjo y sigue produciendo la ciencia positiva, sobre todo porque está liberada de la ideología, y en consecuencia del arbitrio personal o político. Pero, paradójica-

(33) *Reine Rechtslehre*, cit.; *Allgemeine Staatslehre,* 1925.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente, ese influjo convive con un generalizado rechazo. Quizás en la misma razón de aquél hay que buscar los motivos de éste, más aún si se considera que su construcción, desde sus propias premisas, resulta inatacable. La liberación de la ideología, del arbitrio político y personal, implica la ausencia de toda doctrina de valores, y eso las corrientes dominantes en la comunidad jurídica actual lo estiman inaceptable, sobre todo si se tienen en la mente durísimas experiencias históricas recientes, cuya legitimación jurídica se ha imputado, aunque posiblemente con injusticia personal, a la doctrina kelseniana.

En estas condiciones, la negación de un ámbito jurídico apriorístico al individuo, negación a la que se imputan tan graves consecuencias, no podía producir como reflejo sino una revaluación de la « lógica del sujeto ». Que ello, dando la razón a Kelsen, sea el vehículo, y quizás vehículo interesado, de una ideología, y precisamente la que posee sus más remotas fundaciones en el Derecho Natural que el ilustre austríaco combatió, demostrando contundentemente su inanidad epistemológica, no quita validez a la constatación de que ésa es la corriente dominante del mundo jurídico inaugurado con la édad Moderna. Podríamos decir irónicamente, y en la ironía hay un elemento de homenaje al propio Kelsen, que se ha establecido que « son » de su teoría consecuencias que no « debían ser ».

VI. Cantata: la imagen del Estado Social y la imagen del sujeto privado

> Tal vez un día dejaremos de decirnos mentiras los unos a los otros, y entonces nos habremos salvado todos
> (Albert Camus, *La chute*, trad. española)

1. Las grandes transformaciones del mundo contemporáneo, sobre todo desde el punto de vista económico y social, desde los primitivos supuestos del nacimiento de la sociedad burguesa y del sistema económico capitalista, han determinado la transformación del Estado Liberal primitivo, en un intento de adaptación a las condiciones sociales de la sociedad industrial avanzada y postindustrial. Tal transformación recibe el nombre, ya bastante consolidado,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de « Estado Social ». Sus signos externos, los que convencionalmente pueden ser explicados por la asunción como fin del Estado de una « política encaminada a la neutralización de las desigualdades », son relativamente fáciles de aprehender.

En este sentido, el concepto de Estado Social puede acreditar una historia densa, y que se mueve siempre en la misma dirección. Es paradigmático el pensamiento del que se suele tener como al gran precursor de la idea de Estado Social, Lorenzo Von Stein: el despliegue libre de las fuerzas económicas y sociales conduce a la servidumbre de la personalidad, porque están sustentadas sobre la idea de propiedad, y la dominación de las cosas tiende a trasmutarse en dominación de las personas; sólo el Estado tiende a un ideal ético (es evidente el parentesco hegeliano, presente en bastantes aspectos de la obra de Von Stein) (34), y desarrollar la personalidad individual es para él una necesidad doble: de fortaleza, porque sólo se la podrán dar ciudadanos prósperos, y de estabilidad, ante la segura revuelta de las clases populares oprimidas. La consecuencia es que la acción administrativa del Estado debe orientarse a la desaparición, o al menos, atenuación, de la desigualdad social (35). Los profundos motivos de Von Stein son ecos perfectamente reconocibles en la primera formulación del Estado Social, que como es notorio, pertenece a Heller (36). Profundamente marcado por la historia de su tiempo, Heller vive la tragedia de un Estado, al que la hegemonía egoísta de una clase ha conducido a las puertas de la inestabilidad revolucionaria, y que parece abocado a la salida autoritaria, de un signo u otro, es decir a su negación como Estado de Derecho. El objetivo es salvar a éste, pero dándole un contenido social, un nuevo orden a las relaciones de trabajo, creando mecanismos de redistribución de los bienes, y de acceso de todos a los más esenciales para la vida. Se ha de observar que, en cualquier caso, el pensamiento de Heller, el pensamiento de la primera expresión del concepto de

---

(34) De Sanctis, *Proprietá privata e societá moderna: Hegel e Stein*, en estos *Quaderni*, 5-6, 1976-1977.

(35) *Die soziale Bewegungen der Gegenwart,* 1848*; Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage,* 1850; *Gegenwart und Zukunft der Rechts-und Staatswissenchaft Deutschlands, 1876.*

(36) Herman Heller, *Rechstaat oder Diktatur?*, 1929.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Estado Social, no implica una abdicación de los postulados del Estado de Derecho, y muy en especial de los relativos a la representación política.

Con una enorme carga histórica de conflicto, lucha social y guerra a su espalda (no fue Heller un vano profeta) la idea de Estado Social tuvo fortuna, siendo objeto de cristalización jurídica en normas constitucionales de nuestro entorno político y cultural (37).

Sin embargo, y pese a esa formulación normativa, es difícil de establecer, y se ha discutido desde hace bastante tiempo, si estamos ante una configuración estatal típica (38), una configuración estatal que no quede en el mero componente cuantitativo de la búsqueda del bienestar social, y de la que se pueda predicar un preciso carácter jurídico y político, esto es, unos específicos caracteres constitucionales esenciales; o bien la formula « Estado Social » se agota en la mera búsqueda de aquél componente, sin que ello suponga signo alguno de distinción con respecto a otra cualquiera forma estatal preexistente, siendo un concepto inútil (39), o una magnitud heterogénea, no comparable desde un plano constitucional con el Estado de Derecho (realización del proyecto liberal), desde el instante — se dice — en que el Estado Social no es ni siquiera un concepto jurídico; mientras aquél garantiza las libertades mediante limitaciones de la esfera propia, éste garantiza las pretensiones de los particulares mediante prestaciones positivas; aquél se identifica con una serie de normas abstractas y generales, el otro requiere providencias específicas y particulares; providencias particulares de cada época, con el tono histórico de cada época, y por consiguiente, variables, mientras que el Estado de Derecho no se confunde con un ejemplo histórico concreto (40). El Estado Social, en estos planteamientos, que en este punto coincidirían, vendría a ser la plasmación política de las « políticas sociales » de un tiempo histórico, de una sociedad concreta, con independencia de la forma de Estado por ella

(37) Artículos 20 y 28 de la Norma Fundamental de 1949, artículo 3 de la Constitución italiana de 1948, artículo 1 de la Constitución española de 1978.

(38) GARCIA PELAYO, *Las transformaciones actuales del Estado contemporáneo*, 1977; PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed, 1991.

(39) GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, *Scritti in onore di Mortati*, I, 1977

(40) IRTI, *Societá civile* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

asumida. Importa señalar que el debate no es ideológicamente inocente; e importa señalar también que un dato clarificador importante puede ser precisamente la consideración del sujeto privado y sus derechos en las sociedades articuladas políticamente por el llamado Estado Social: resplandece aquí esa especularidad de que hablabamos al comienzo del presente estudio, especularidad recíproca.

2. El problema de la juridicidad del concepto de Estado Social puede recibir alguna ayuda desde sus intentos de comprensión por la Politología y la Historia constitucional. En efecto, se ha dicho (41) que tal forma de Estado se refiere a la estructura del poder público en las sociedades capitalistas altamente industrializadas y de Constitución democrática, poder público que se ve forzado a intervenir en el proceso de reproducción social, no solo en interés del sistema capitalista, sino también en beneficio de las clases inferiores (aunque una corriente más radical piensa que el pacto entre capital y trabajo nunca fue igualitario, y que subvino especialmente a los intereses de aquél, siendo todo lo más el Estado Social una suerte de « Cruz Roja » del capitalismo (42), presionado sobre todo por la mayor representatividad del poder legislativo, del que es una parcela importante la detentada por el movimiento obrero. Este pensamiento resalta que las concreciones históricas más significativas de las intervenciones del Estado con fines sociales no abolieron el orden económico del capitalismo privado, que persistió. La situación resultante, continúa, aboca a un cierto equilibrio inestable lleno de contradicciones, generador de conflictos, puesto que, aunque la tradicional democracia liberal de carácter parlamentario representativo no se ha mantenido siempre invariable, y las distintas Constituciones han sido modificadas para adaptarlas a la nueva base social, éstas son fruto de un compromiso entre fuerzas sociopolíticas que, por una parte, subraya la garantía de la esfera individual, admitiendo sólo intervenciones de corrección en el orden social, pero rechazando las intervenciones debidas a una planificación

(41) KAMMLER, *El Estado Social*, en ABENDROTH Y LENK, *Introducción a la Ciencia Política*, 1971; CAMARA VILLAR Y CANO BUESO (edición y coordinación) *, Estudios sobre el Estado Social,* 1993.

(42) DE CABO, *La crisis del Estado Social*, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

global, y, por otra, considera que la transformación planificada del orden social existente hacia un Estado benefactor democrático y social es la única posibilidad de determinar y concretar el contenido del Estado de Derecho democrático.

Según esta visión, que nos parece sustancialmente correcta, el Estado Social resulta ser en su forma originaria un Estado de compromiso entre la burguesía que hegemonizó el Estado liberal, y que hoy no puede mantener tal hegemonía, y el movimiento obrero, que pretende, fundamentalmente a través del mecanismo del sufragio universal, no extraño a dicho Estado, aunque sus primeras manifestaciones fueron de carácter censitario, introducir políticas de específico favorecimiento de los no poseedores. Ahora bien, si esto es así, y con independencia del peso cuantitativo de esas políticas, que puede ser mayor o menor, admitiendo la transformación del Estado Liberal en Estado Social, ésta es una transformación « débil »: débil porque el Estado Social se formula a partir del Estado Liberal, y con aceptación de muchos de sus postulados. No fue ésa la transformación que protagonizó la burguesía en relación con las formas políticas del Antiguo Régimen: las abatió *a radice.* El Estado liberal nace, pues, de una transformación « fuerte ». De una transformación revolucionaria, por llamar a las cosas por su nombre. En cambio, el Estado Social es más bien fruto del temor de unos a la revolución y el temor de otros a la dictadura, temores que se intentan conjurar con el encuentro en un punto medio de reformismo de compromiso, reformismo defensivo para unos, único reformismo posible, para otros.

Creemos que precisamente en esa debilidad política de origen está la raíz ultima de una pareja debilidad de los rasgos jurídicos diferenciales del Estado Social con respecto al Estado Liberal. Empero, no creemos que ello indique inutilidad del concepto del Estado Social, que no se puede identificar con cualquier forma de Estado que realice « políticas sociales » o de favorecimiento de los necesitados; es una específica forma de entender los fines intrínsecos del Estado, lo que, por fuerza, modula una específica forma del Estado; no apareciendo aceptable, por tanto, una supuesta fungibilidad histórica de ella, frente a una supuesta falta de contingencia histórica del llamado Estado de Derecho, con menosprecio de su concreto origen en el tiempo y de sus concretas fundaciones ideológicas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Bien nos apercibimos de que permanecemos en terrenos de idealidad e indeterminación, y que podemos deslizarnos, de permanecer en ellos, hacia un discurso de escaso contenido, cuya impotencia podría saldarse, como es usual, en discusiones sobre qué se considera jurídico, y sobre qué se considera forma de Estado. Para evitarlo nos basta con ver, lo que es absolutamente legítimo, al Estado Social y a sus normas constitucionales como una manifestación concreta y en sí misma identificable de la experiencia jurídica (43), singularmente de la experiencia jurídico-constitucional: la densidad histórica que acompaña al fenómeno hace muy poco discutible esta inicial premisa. Por ello es perfectamente posible una indagación jurídica sobre la esencia del Estado Social, aunque se deba partir de que como principio jurídico está más relacionado con un concepto político (el de igualdad social) que con categorías estrictamente jurídicas, si bien en todo caso siempre se le debería considerar próximo a la noción de valor constitucional. Esa relativa indeterminación del « principio jurídico Estado Social » no sería obstáculo para determinar su contenido, desde el instante en que es inspirador de otras normas constitucionales, que conectadas a través de la interpretación sistemática acotarían con suficiente concreción aquel principio (44). En el fondo le sucedería lo que a todos los principios jurídicos, que antes que norma en sí, son productores de normas e inspiradores de la hermenéutica de éstas (45). Dicho esto, el problema se desplaza en las siguientes direcciones: una primera, encaminada a la determinación de qué normas constitucionales son emanación del principio « Estado Social » y cual es su eficacia; y una segunda, que pretende dilucidar más específicamente cómo incide esa eficacia en las relaciones entre particulares, o lo que es lo mismo, cómo afecta a los derechos del sujeto privado. Ni que decir tiene que

(43) CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, 1932; *Il problema della scienza del diritto*, 1937; GURVITCH, *L'experience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1937; OPOCHER, voz *Esperienza giuridica*, en *Enciclopedia del Diritto,* XV; ORESTANO, *Della « esperienza giuridica » vista da un giurista*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXIV, 1980; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 1995.

(44) ARAGON, *Los problemas del Estado Social*, en *Sistema*, 118, 119, 1994.

(45) ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

este segundo tema es el que resulta más esclarecedor, dado que involucra, de un modo especular y recíproco, como ya sabemos que sucede, la « naturaleza » del Estado y el « ámbito » del sujeto.

4. Consecuente con su origen político básico, la neutralización de las desigualdades sociales, la primera norma jurídica que contraseña al Estado Social es la formulación jurídica del principio de igualdad en su sentido sustancial, es decir en su dimensión promocional. A decir verdad, formulado como norma jurídica, el principio de igualdad sustancial sólo se encuentra en el artículo 3.2. de la Constitución italiana (lo que permite incluirla *a limine* como Constitución del Estado Social, aunque no utilice el nombre) del que el artículo 9.2 de la española es transcripción casi textual. Como se ha observado con agudeza, no es nada común ni esperable de una Constitución elaborada en el sistema capitalista que asuma, más allá de la oferta de prestaciones sociales concretas, un instrumento de corrección de aquel modelo económico, partiendo de una intrínseca y consustancial injusticia del mismo (46). Tan es así que, ante la formulación del principio de igualdad sustancial, patéticamente se denuncia que de este modo la Constitución misma reniega de su historia, que es la historia democrática y liberal. Dicho de otra forma, la cláusula de igualdad sustancial de las Constituciones del Estado Social tiene un carácter aporético, desde el instante en que ordena a un sistema intrínsecamente productor de desigualdades la generación de mecanismos jurídicos que las hagan desaparecer (47), la configuración de un « modelo de sociedad » (48) *alternativo*: es claro que si la cláusula reina del Estado Social tiene esa sustancia aporética, los mecanismos jurídico-constitucionales (principios, conceptos, normas) que parten de aquélla también estarán aporética-

(46) GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, 1980.

(47) LOPEZ Y LOPEZ, *Materiales para una exégesis de las normas sobre la actividad económica en la Constitución de 1978*, en el volumen *Los trabajadores y la Constitución*, 1980.

(48) ROMAGNOLI, *Commentario della Costituzione italiana* a cura di G. BRANCA, *sub* art. 1., 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente contaminados. Es eso precisamente lo que sucede, como habremos de ver. Porque de llevar a sus últimas consecuencias el principio de igualdad sustancial, toda la llamada « Constitución económica » (fundada en la propiedad privada y en la libre iniciativa económica, también en las Constituciones del Estado Social) caería como un castillo de naipes. Esta conclusión es tan clara, que explica por sí misma las tendencias reductoras del alcance del principio de igualdad sustancial en la jurisprudencia constitucional ([49]). No cabe ver estas tendencias con irritación y rasgado de vestiduras: los jueces se ven constreñidos a concretar un sistema de compromiso (y que porta en su corazón una gran dosis de contradicción), y no se ve muy claramente cuál podría ser una alternativa a tal proceder; dentro del sistema recibido, claro es. Con todo ello no es de extrañar que, finalmente, el principio de igualdad sustancial quede reducido a algo menos que un principio jurídico, al papel de un valor constitucional que los poderes públicos deben instrumentar fundamentalmente a través de la interposición legislativa; y a lo sumo a actuar, dice la jurisprudencia constitucional, « como un principio matizador de la igualdad formal, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material ». Pero ningún ciudadano concreto puede accionar en una específica pretensión individual (*rectius*: con un específico derecho) basada en la igualdad sustancial.

Así las cosas, podemos decir que el núcleo jurídico duro del principio de igualdad en las Constituciones del Estado Social, lo constituye la igualdad *en y ante la ley*, la prohibición de discriminaciones; la igualdad sustancial es un concepto mucho más débil, en su operatividad jurídica. Si tenemos en cuenta que el principio de igualdad en y ante la ley tiene un claro origen en el Estado Liberal de Derecho, y el de igualdad sustancial es mas congenial al Estado Social, se encontrará una válida confirmación de lo que hemos dicho antes sobre la « fortaleza » y la « debilidad » de cada una de ambas formas de Estado. Pero la conclusión más grave es otra, y afecta al

---

([49]) Cfr. GARRORENA, *El Estado español* cit. (con indicaciones sobre la doctrina y jurisprudencia constitucional italiana). Paradigmáticamente reductoras, del Tribunal Constitucional español, las Sentencias de 29 de julio de 1985 y 27 de junio de 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sujeto privado: el núcleo duro de su igualdad sigue siendo el de la igualdad formal, es decir, la de la igualdad abstracta e idéntica para todos, con independencia de las posibilidades y condiciones de su ejercicio. Tal vez esto logre explicar que la aguda asincronía de Códigos « liberales » y Constituciones « sociales » no desemboque en contradicciones insalvables; y tal vez explique que el fenómeno de la llamada descodificación (50) sea mucho más superficial de lo que el dato cuantitativo de la proliferación y fragmentación normativa parezca dar a entender: en todo caso, el fenómeno no se puede explicar apelando sólo a la centralidad de la Constitución. Todo es bastante más complejo que una constelación de microsistemas vertebrados por la Constitución: ni el originario sistema codificado ha perdido su global lógica (la « lógica del sujeto », precisamente), ni tiene tantas virtudes centralizadoras la Constitución como norma, aparte de su calidad indiscutible como referencia de axiología jurídica.

5. Queda por analizar otra vertiente del principio de igualdad, no ya en su versión sustancial, sino en aquel otro formal, en la expresión puesta al día de las Constituciones del Estado Social, que incluye no sólo la igualdad ante y en la ley, sino que consagra un principio de tratamiento par, que prohibe las discriminaciones negativas (51). Aun lejos de la función promocional de la igualdad entendida en sentido sustancial, la paridad de tratamiento podría

---

(50) IRTI, *L'etá della decodificazione*, 1979; DE CUPIS, *A proposito di codice e di decodificazione*, en *Rivista di diritto civile*, II, 1979; PIGA, *Tramonto del Codice Civile?*, SCHLESINGER, *Il tramonto del Codice Civile*, SANTORO-PASSARELLI, *Note conclusive: il Codice e il mantenimento dei valori essenziali*, todos en *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980; LOPEZ Y LOPEZ, *Constitución, Codigo y leyes especiales. Reflexiones en torno a la llamada descodificación*, en *Libro del Centenario del Código Civil*, Asociación Española de Profesores de Derecho Civil, II, 1990; DIEZ PICAZO, *Codificación, descodificaciób y recodificación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1992; PASQUAU LIAÑO, *Código civil y Ordenamiento jurídico (Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil)* , 1994.

(51) RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, en *Zeitung für Handelsrecht*, 111, 1949; RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959; RODRIGUEZ PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, 1986; SUAY RINCON, *El principio de igualdad en la Justicia constitucional,* 1986; R. BERCOVITZ, *Principio de igualdad y Derecho Privado*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modificar grandemente la estructuración de las relaciones jurídico-privadas, y abocar a soluciones que cambiarían completamente la faz del Derecho Privado del Estado Social. El problema, en términos técnicos habituales, es el de la admisibilidad de un principio de tratamiento par como límite a la « autonomía de la voluntad », que el Derecho Privado tradicional concibe como un ámbito de autorregulación en el que no hay correctivos a la desigualdad real de las partes, unificadas en posibilidades jurídicas a través de la abstracción de la capacidad (52). Se debe decir inmediatamente que así formulada la cuestión, concierne no sólo a la incidencia del principio de igualdad, sino a los de todos los derechos fundamentales, en el ámbito de la autonomía privada.

Unas palabras elementales ayudarán a centrar el tema. La autonomía privada, como ámbito de autorregulación de intereses particulares, sabido resulta, no es ilimitada. La razón es evidente, al menos en su expresión abstracta: existen intereses que en la visión del Ordenamiento se contemplan como de jerarquía superior a la de los privados, y no pueden ser satisfechos mediante actos de autonomía de éstos. Cuáles sean los medios a través de los cuales se obtenga de manera positiva su satisfacción y a qué demandas reales satisfagan, no es problema que a nosotros ahora nos incumba; lo que se pretende poner de manifiesto es que la existencia de dichos intereses representa una nota negativa para la autonomía privada, o dicho en otros términos, su existencia y jurídico respeto, convierte a dichos intereses en límites de aquella autonomía. Ni que decir tiene, ni debe resultar extraño, que mientras mas intensa sea la presencia de los Poderes públicos en la vida de la sociedad, y con mayor intención conformadora de ésta, la autonomía privada resultará más reducida y constreñida; precisamente por ello es por lo que las referencias constitucionales son imprescindibles para entender la extensión de dicha autonomía, no sólo desde un punto de vista positivo, en cuanto delinean lo que los particulares pueden autorreglamentar, sino también desde un punto de vista negativo, porque indican también límites que aquellos Poderes públicos no pueden sobrepasar; esto no es extraño, porque la propia trayectoria histórica

(52) FALZEA, *Capacitá*, en *Enciclopedia del Diritto*, VI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del derecho subjetivo (que es el poder que fundamentalmente es objeto de los actos de autonomía privada) nos dice que se trata de un espacio de inmunidad o prerrogativa que nació con el fin de evitar inmisiones de otros particulares y de los Poderes públicos, pero primordialmente de éstos (53). En pocas palabras, la autonomía privada está sometida a límites por razón de intereses no individuales; pero la imposición de estos límites está también, valga el dicho, sujeta a límites. Determinar si estos pueden estar constituidos por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución comporta la cuestión de la llamada *Drittwirkung der Grundrechte* (54), con término importado del Derecho alemán, que es donde se suscitó por primera vez el tema de orden práctico y la elaboración teórica correspondiente. La formulación de dicha cuestión, como resulta notorio, es la siguiente: ¿los derechos fundamentales son aplicables en las relaciones entre particulares? Más en concreto, el respeto a dichos derechos constitucionalmente reconocidos ¿funciona como un límite a la autonomía privada?

Una contestación categórica a tales interrogantes no resulta fácil, sobre todo porque los derechos fundamentales (prescindiendo de la difícil delimitación de cuándo nos encontramos ante ellos,

---

(53) CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, 1967; GORLA, *Commento a Tocqueville « L'idea dei diritti »*, 1948; SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, 1911; VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962; WIEACKER, *Privatrechtgeschichte der Neuzeit*, cit.

(54) El origen de la teoría se remonta, segun parece, al ensayo de NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen* en NEUMANN- SCHEUNER-NIPPERDEY, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, II, 1954 . Referencias básicas: LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960; RAISER, *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, en *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags*, II, 1967; SCHWABE, *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte*, 1971; DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, en *Festschrift zum 75 Geburtstag von Hans Nawiasky*, 1976; CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, en *Archiv für die Civilitische Praxis*, 1984; W. RÜFNER, *Drittwirkung der Grundrechte*, en *Gedächnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987; K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988; para la doctrina española, QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, 1981; GARCIA TORRES Y JIMENEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*; LOPEZ AGUILAR, *Libertad negocial y derechos fundamentales*; ALFARO AGUILAREAL, *Autonomia privada y derechos fundamentales*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema cuya solución no siempre es clara (55) nacieron originariamente (como hace un instante hemos dicho) para ser ejercitados frente a los Poderes públicos, y no frente a los restantes ciudadanos; y tal origen histórico lastra considerablemente la posición ante el problema. En efecto, démonos cuenta de que si salimos del Derecho Privado, todo resulta más claro: nadie discute la ilegitimidad constitucional de la privación a un individuo de su derecho al voto por razón de su raza, precisamente porque la veta el principio de igualdad; todas las personas que utilizan un servicio público tienen derecho a que se les preste en paridad de condiciones; ningún funcionario público puede rehusar su actividad a ningún ciudadano; cualquier servidor público puede criticar el funcionamiento de la institución a la que pertenece, en ejercicio de su libertad de expresión; cualquier profesor de un centro público puede hacer ostensión de su particular ideología. Sin embargo, ello, aunque clarifica el problema, no lo resuelve, porque la cuestión básica es, precisamente, si los derechos fundamentales no han de ser entendidos de otra manera; es decir, no como puros ámbitos de inmunidad o de exigencia de prestaciones a las instancias públicas, sino también como conformadores de la sociedad, consecuencia de encuadrarse en una Constitución de un Estado que se define como « social »; y parece que pese a la evidente debilidad de la forma « Estado Social », si éste ha de realizar sus fines, no puede abdicar de que sus principios (y entre ellos, y muy destacadamente, los derechos fundamentales) se apliquen a las relaciones entre particulares. En suma, y como se ha dicho por un jurista especialmente atento al cambio social, desde la distancia y superioridad que da la preferente dedicación al estudio del Derecho en la Historia, el *ethos* Estado Social impone también para el Derecho Privado un modelo de relaciones intersubjetivas en el cual la obligación de garantizar la existencia de los otros sujetos del Ordenamiento se encuentra sobre el mismo plano de la facultad de perseguir los intereses propios (56).

---

(55) CRUZ VILLALON, *Derechos fundamentales*, en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, II.

(56) WIEACKER, *Das bürgerliches Recht im Wandel der Geselleschaftsordnungen*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festshcrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschens Juristentages 1860-1960*, 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cierto. Pero, si hemos de llevar el argumento hasta las últimas consecuencias, incluso impulsados por el comprometido mandato que yace en ese *ethos*, fatalmente nos deslizamos otra vez a la aporía. O, si queremos, desde otra perspectiva, mantenernos en un razonamiento gradualista (pero que nunca lograría esconder la verdadera esencia de la cuestión) vemos, de nuevo, que la acusada « debilidad » de la forma Estado Social se refleja en su limitada capacidad para incidir sobre el ámbito del sujeto privado. En efecto, con relación a la autonomía privada, es cierto que alguna eficacia deberán tener en sus manifestaciones los derechos fundamentales; pero recuérdese que ella misma es desarrollo de (entre otros) un principio constitucional no negado en las Constituciones del Estado Social, el de la libertad de empresa, libertad que se desenvuelve en el marco del mercado; y mercado indica autorregulación, juicio sobre sus intereses confiado a los propios individuos: ¿una expansión ilimitada de la virtualidad de aquellos derechos fundamentales, no acabaría siendo gravemente lesiva para una esfera de inmunidad o prerrogativa de los particulares que la misma Constitución establece?

Si no se quiere permanecer en esa perplejidad, y se quiere cooperar a una integración práctica del sistema, y dado que, por definición, no pueden existir valores constitucionales que se contradigan de manera absoluta, no parece que haya otro remedio que llegar a una ponderación, a un juicio de razonabilidad (57), en cada caso concreto, sobre el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos como límites a la autonomía privada; en esta tarea hay que acreditar méritos a una flexibilidad interpretativa derivada de la necesidad de considerar el Ordenamiento de un modo conjunto; consideración conjunta que se debe enriquecer con la contemplación de los valores constitucionales, aún partiendo de su historicidad y relatividad; nota esta última que puede permitir una adaptación de la eficacia de los derechos fundamentales a los distintos sectores del Derecho Privado, con diversas intensidades a la hora de limitar el ejercicio de la autonomía de los particulares. Con independencia de

(57) DE FRANCHIS, voz *Reasonableness*, en *Dizionario giuridico inglese-italiano*, 1984; SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, en *Diritto e societá*, 1975; CARRASCO PERERA, *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 11, 1984

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que los logros prácticos de tal operación hermenéutica no son despreciables, el alcance que a la misma da la doctrina y la jurisprudencia dominante, funda unas conclusiones que indican claramente que la « lógica del sujeto » que definió el orden liberal queda, en su esencia, intocada.

6. La afirmación anterior puede quedar suficientemente ilustrada con la exposición de la extensión que se da a la eficacia del principio de igualdad, en el sentido de tratamiento par, en las relaciones *inter privatos*. Recuperamos el hilo de nuestro argumentación, ciñéndola a tal principio y con tal sentido, porque es en su aplicación donde una hipotética contradicción con el rostro tradicional del Derecho Privado se puede poner de manifiesto con mayor intensidad. En efecto, si ese rostro es subsidiario de un determinado entendimiento de la igualdad entre los particulares, un mudado entendimiento de la misma se ha de reflejar con fuerza especial sobre aquella configuración del Derecho Privado. Por otra parte, y como ya hemos dicho, las conclusiones finales que se obtengan con el análisis relativo al principio de igualdad en las relaciones entre particulares se pueden alargar sin excesiva dificultad al problema general de la incidencia sobre dichas relaciones de todos los derechos fundamentales.

Esa extensión del principio de igualdad en las relaciones entre particulares se suele acotar en los siguientes ámbitos.

Un primero y muy principal, viene constituido por la prohibición de las llamadas « discriminaciones típicas »: sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, credo, opiniones políticas y religiosas, artículo 3. 3. de la Ley Fundamental alemana; sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales, artículo 3, párrafo primero de la Constitución italiana; nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, condición social, artículo 14 de la Constitución española. La razón es clara: tales discriminaciones agredirían valores esenciales y mínimos de la convivencia social, suponiendo un atentado al orden público (58).

Otros ámbitos serían los relativos al funcionamiento de los entes

(58) BERCOVITZ, *Principio de igualdad,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunitarios y asociativos, donde el principio de paridad de trato sería regla rectora para los derechos de los singulares consociados a la participación, información y formación de la voluntad de los órganos de gobierno; las relaciones laborales, donde quedarían vetadas condiciones (*lato sensu*) discriminatorias de trabajadores en desempeños idénticos; las relaciones contractuales en las que se suministran a grandes masas bienes y servicios esenciales, y donde es preciso garantizar la uniformidad jurídica de trato para todos los clientes, sobre todo cuando el mecanismo de mercado viene degradado por la presencia de monopolios. La *ratio* última del alcance del principio de igualdad en estas incumbencias nos viene explicada por el clima de la moderna sociedad de masas, donde desaparece el individuo, sumergido en grupos que lo identifican no como como un hombre en su concreta singularidad, sino como « trabajador de una gran empresa, anónimo y fungible accionista o asociado, desconocido arrendatario de un apartamento en cualquiera de los miles de edificios de una ciudad, adquirente de cualquier objeto producido en masa » (59).

Tales incidencias del principio de tratamiento par no son poco importantes, y significan, desde luego, mutaciones del Derecho del sujeto privado de reconocida importancia. Sin embargo, no creemos que se puedan derivar *tout court* de los principios del Estado Social, salvo en alguna pálida medida. La prohibición de las discriminaciones típicas corresponde más bien a un hecho de cultura que se podría apadrinar por bastantes de las formulaciones liberales democráticas. El principio de igualdad de los accionistas no ha evitado el dominio de los detentadores de los « paquetes de control » de los grandes *managers*, según unos, « nuevos depositarios de la fuerza espiritual del propietario » (60), según otro, una « nueva categoría de parásitos en la forma de inventores de proyectos, fundadores y directores que son tales sólo de nombre » (61); es más, éste es el fenómeno significativo del capitalismo moderno, en el que la propiedad y el control de la riqueza van por caminos distintos: asegurar la « igualdad » de aquélla no significa asegurar ni siquiera la efectiva

(59) RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz*, cit.
(60) BERLE Y MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.
(61) MARX, *Das Kapital*, III, 1894.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

participación de los propietarios (62). En cuanto a la aplicación del principio de igualdad a las relaciones laborales, no es sino una confirmación más de una adquisición histórica y conceptual archisabida (63), la huida del Derecho Civil por parte del mundo del trabajo: justamente el trabajador es la primera encarnación real del abstracto sujeto privado que alumbró la Revolución burguesa con los subsidios del naciente capitalismo y la ideología iusracionalista; por ello esta aplicación del principio debe ser contenida dentro de lo que el Derecho del Trabajo viene a significar en el conjunto del Ordenamiento. No deja de ser expresiva, tanto en el sentido de la expansión como el de los límites del principio de igualdad, la opinión de quien afirma que para algunos contratos de intercambio no se puede llegar a un control de igual intensidad como la que parece legítima en el contrato de trabajo, pues aquí la prestación del servicio supone una implicación estrecha de la persona que ha de realizarlo (64). En cuanto al tratamiento par por parte de los grandes suministradores de bienes o servicios, no parece difícil ver en él mismo motivos prevalentes de racionalidad económica del capitalismo maduro, y muy concretamente, como se reconoce por parte de los mismos que postulan la aplicación del principio en estos dominios, de protección del principio de libre competencia en el mercado. No se debe olvidar que el tratamiento par en estos casos suele estar asegurado por el empleo de condiciones generales, mecanismo jurídico de racionalización capitalista de la producción en masa (65), y cuya problemática recurrente es la posición deprimida del adherente a las mismas, y sus remedios (66). Si hay algún sujeto anónimo, en uso de una pura capacidad abstracta, con indiferencia de sus posibilidades reales de conformar el contrato, es este adherente,

---

(62) GALGANO, *Proprietá e controllo della ricchezza: storia di un problema*, en estos *Quaderni*, 5-6, 1976-1977.

(63) Ejemplar aún como ilustración, ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 1974.

(64) RESCIGNO, *Introduzione* al *Trattato di diritto privato*, dirigido por él, I, 1982.

(65) ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina dell'attivitá negoziali di impresa*, 1975.

(66) Clásico y pionero en la materia es, precisamente, un tratado de RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*, 1935. Derecho español: ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formalmente igual a su cocontratante, sólo formalmente igual a él, aunque le garantice un tratamiento par con relación a sus otros clientes.

Si esto es así, y se afirma que el principio encuentra un sustancial límite allí donde la libertad contractual se presenta como principio ordenador de nuestra vida económica y social, y ello es siempre que la libre competencia quede salvaguardada, los últimos presupuestos de la igualdad formal propios del orden liberal quedan intactos.

7. Cuestión íntimamente relacionada con la anterior son los mecanismos de operatividad de la *Drittwirkung der Grundrechte.* En este sentido, y de acuerdo con la carga que portan los derechos fundamentales por su origen histórico, el sistema protector de los mismos es formulado en relación con los Poderes públicos (67). Cierto es que para remediar esta limitación, que significaría la exclusión de cualquier reacción jurídica frente a una violación de los derechos fundamentales operada por los particulares, mejor dicho, que significaría en el fondo excluir que tal violación pudiera ser obra de los particulares, se ha articulado la llamada (evocando el procedimiento seguido en aquel país) « finta alemana », que no es otra cosa que la imputación de la violación del derecho fundamental al juez civil ante el que se entabla el litigio *inter privatos*, si no lo ha resuelto con respeto de la configuración constitucional de aquél. Dejando a un lado específicos problemas técnicos no poco espinosos de este tema, obviamente aquí fuera de lugar, la famosa « finta » es la confesión de la imposibilidad *ideológica* de salir a cara descubierta de los postulados del constitucionalismo tradicional, o dicho de otra manera, de la arquitectura liberal del Derecho Privado, a la que una expansiva aplicación de la *Drittwirkung der Grundrechte* abriría una sima de insondable hondura. O tal vez algo mas que mera imposibilidad ideológica: tal vez haya ahí una operación hermenéutica imposible *de Constitutione data*. Hacer compatible la *Drittwirkung*, y sobre todo, su específica manifestación a través del principio de igualdad y en el dominio concreto de las relaciones civiles « puras » de la actividad económica, puede ser tarea, como queda dicho hace

(67) P. Lucas Murillo de la Cueva, *Poderes del Estado y poderes sociales*, en *Sistema,* 118-119, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un momento, que haga tambalear las propias cláusulas de la Constitución económica. Si estas cláusulas reflejan aspectos muy esenciales de la Constitución material, la duplicada dificultad la podemos, sin esfuerzo, considerar triplicada.

Ademas, la solución de la « finta » ha tenido la virtualidad de esconder el problema en términos sustantivos, con su traslado al terreno procesal. Porque es puro traslado al terreno procesal la imputación de la violación de los derechos fundamentales al juez civil, con lo que se ha solucionado un problema de competencia de los Tribunales o Cortes Constitucionales, sin determinar hasta dónde los mandatos constitucionales vinculan a los particulares en sus relaciones de Derecho Privado. Es evidente que sin esta determinación falta una imprescindible premisa lógica para imputar violación alguna al juez civil. Sobre este punto reina una situación muy parecida a la confusión, pues conviven apretadamente dudas que habría que despejar: ¿qué concepto de derechos fundamentales manejamos?; ¿sólo los tutelables directamente ante los órganos *ad hoc* de la Justicia constitucional, o todos los que comportan limitaciones al legislador?; ¿cuándo y hasta dónde es necesaria, o cuándo no lo es, la interposición legislativa para imputar violación del derecho reconocido en la Constitución, ya sea al juez civil, ya sea al particular? ¿cuáles son las posibilidades y el alcance de la *Drittwirkung* fuera de los procedimientos constitucionales? ¿qué relación mantiene con ella el general principio de *interpretatio secundum Constitutionem*?

Precisamente por ello, no hay que someter a excesiva crítica las actitudes ponderadas de la jurisprudencia, cuando con cierta mesura, y discriminando cuidadosamente ámbitos, introduce una cierta eficacia de algunos derechos constitucionales (permítasenos, por todo lo dicho, la ambigüedad terminológica) en las relaciones jurídicas *inter privatos.* Sin embargo, no se puede evitar una cierta insatisfacción y sobre todo un cierto temor de que lo que son actitudes ponderadas acabe siendo la asunción por los jueces de funciones que no les corresponden. Lúcidamente se ha puesto de manifiesto que al desarrollarse, como se ha visto, la cuestión de la *Drittwirkung* en el marco del control de constitucionalidad, ha aparecido como algo vinculado primariamente a la actividad de los jueces, dejando en la sombra que es el Poder legislativo el que tiene

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que hacer efectiva la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, liberando a aquellos de una delicada ponderación de valores constitucionales, alejada de su especialidad, a la que los empujaría una constante y extensa aplicación inmediata (esto es, sin interposición legislativa) de los derechos reconocidos en la Constitución: ello nada tiene que ver con su obligación de controlar la constitucionalidad de las normas, e interpretarlas de acuerdo con parámetros constitucionales formalmente objetivos (68).

Tal vez, estamos de acuerdo, es la posibilidad legislativa la mejor instrumentación de la *Drittwirkung*. Es claro que marca la responsabilidad del Legislador comprometido con todos los derechos constitucionales, sin distinción de la eficacia inmediata de la norma constitucional que los consagre. Pero la posibilidad legislativa también indica límites, los que vienen de la necesidad de conservar arquitecturas políticas del Estado de Derecho, que son inequívocamente de sello liberal, y muy especialmente las de la « Constitución económica ». Cierto que éstas no son absolutamente rígidas, y consienten resultados políticos y sociales de integración y de bienestar: al menos los han consentido hasta ahora. Pero ¿en el terreno del Derecho Privado? ¿Con los instrumentos del Derecho Privado? Supuesta la afirmativa, ¿hasta dónde?.

8. Otra posible vía de penetración de los postulados del Estado Social en el ámbito del sujeto privado es el reconocimiento a este en la Constitución de los llamados « derechos sociales », cuyo contenido es de prestaciones positivas de bienes y servicios existencialmente necesarios a los individuos, tales como la vivienda y la salud (69). La realización de estos derechos tiene una evidente función promocional, hasta el extremo de que se les ha considerado los instrumentos de la igualdad sustancial, incluso de manifestación de la existencia de la misma como principio jurídico, allí donde no existe una cláusula expresa *ad hoc*, como es el caso de la Ley Fundamental de Bonn.

---

(68) HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, cit.

(69) FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtstaates,* 1954; MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, en *Enciclopedia del Diritto*, XII; PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El problema de los derechos sociales es su efectividad real como mandatos jurídicos, o expresado de otra forma, es la eficacia de las normas constitucionales que los contemplan. En torno a esta cuestión se ha agitado una intensa polémica doctrinal de la que aquí y ahora corresponde tan solo dar una sumaria noticia. A decir verdad las posiciones negadoras o atenuadoras de esa eficacia son muchas, aunque partan de presupuestos muy distintos. Nombres ilustres se agolpan en esta dirección.

El primero, el de C. Schmitt (70) (cuya posición hay que insertar dentro de su particular teoría de la Constitución), para el que las normas que indican los derechos sociales son puramente programáticas, no van mas allá de un jurídicamente incoercible *indirizzo* político dirigido a los órganos del Estado. Curiosamente, y permaneciendo en esta órbita en un circulo « liberal » que no le era propio, ideológicamente hablando, sólo no son programáticos los derechos de libertad. Como veremos, tal postura es adoptada también por constitucionalistas de muy distinto signo.

Singular posición la del quizás más grande teórico moderno del Estado Social, Forsthoff (71), el cual constata la extraordinaria resistencia histórica del Estado de Derecho (fruto histórico del orden liberal) para introducir dentro de sí contenidos sociales, con la consecuencia de que a ninguna Constitución democrática le ha sido posible separarse de un modo real y práctico en la vida jurídica de las posiciones del liberalismo clásico en lo fundamental. Ello indica cierta ajenidad al ámbito de los mandatos constitucionales de la realización de los derechos sociales: el campo propio de esta realización es el de la legislación y la actividad administrativa. Esa ajenidad no es de carácter sustantivo: se deriva únicamente que los imperativos del Estado Social no pueden ser ejecutados directamente por los mandatos constitucionales, entrando sólo en juego cuando se relacionan Constitución, Legislación y Administración. El Estado Social no es un concepto jurídico en el sentido de que designe una categoría especial del Estado de Derecho, con características específicas y contenido material propio; de la fórmula Estado

(70) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928.

(71) Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1961; *Rechstaat im Wandel*, 1964.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Social no pueden deducirse derechos y deberes concretos, ni instituciones, dado que en última instancia el adjetivo « social » es inservible para la formación de nociones jurídicas. La posición de Forsthoff conduce, en la pura visual de la eficacia de las normas constitucionales a las mismas conclusiones que la de Schmitt: en realidad, lo único que la diferencia es la constatación de la actividad de la Administración para la realización de la « procura existencial », la famosa *Daseinvorsorge*. Tras su pensamiento, late en el fondo una preocupación, tal vez excesiva, por la legitimidad democrática del Estado Social, legitimidad que solo parecen otorgar las fórmulas del Estado (Liberal) de Derecho. Participación y libertad, como elementos esenciales de una y otra formulación del Estado, las configura Forsthoff como intencionalmente antagónicas; por ello, para que la conexión del Estado de Derecho con el Estado Social sea una realidad, las ordenaciones sociales de los Estados, configuradas por la ley y aplicadas por la Administración se sitúan en su aspecto formal bajo el imperio de las normas constitucionales del Estado de Derecho. Lo que les falta en punto a garantías constitucionales lo compensan con las fuerzas que extraen de las exigencias de la vida social. En cualquier caso, el concepto y esencia del Estado Social para Forsthoff es un concepto extremadamente débil desde la perspectiva estrictamente jurídica.

De acuerdo con su específica tradición, también resulta extraordinariamente reduccionista la doctrina del Derecho Público francés (por todos, la autoridad de Burdeau (72): para ella sólo tienen significación jurídico-positiva las libertades públicas, cuya actuación depende únicamente de los particulares, quedando limitado el Estado a la función de policía, y a una obligación negativa de respeto a ese ámbito de los privados; los derechos sociales exigirían actividades positivas de los poderes públicos, que les son jurídicamente inexigibles.

Es esta última postura la que expresa quizás con mayor precisión la naturaleza del problema: el enfrentamiento entre el nítido significado jurídico de las libertades públicas entendidas como ámbitos de inmunidad, frente al más borroso de los derechos de

(72) BURDEAU, *Les libertés publiques*, 3ª ed., 1965.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

participación, y muy en concreto de los que implican prestaciones positivas generales, o ligadas a « clase » o « categoría » (que serían los genuinos derechos sociales, no carpendibles en la genérica categoría de los *derechos públicos subjetivos* entendida como comprensiva de toda posición jurídica activa en una concreta relación jurídica conexa con una función pública (73). Frente a este modo de ver las cosas, se afirma de manera radical que es una posición apriorística la de que el reconocimiento de un « principio liberal » no hace posible el reconocimiento con par eficacia jurídica de un « principio social », y como demostración de ello se aduce que hay derechos sociales no necesitados de integración legislativa, y derechos de libertad que la necesitan (74).

Como es fácilmente comprensible, no estamos en condiciones en este momento de afrontar críticamente en profundidad los términos de un debate que involucra una confrontación de fondo histórica, política y jurídica de las categorías del constitucionalismo liberal democrático, y sus eventuales fórmulas superadoras o transformadoras. Pero es que, a lo mejor, ni siquiera es necesario para nuestro propósito. De nuevo ayuda una visión politológica del Estado Social, como fórmula política de compromiso, que necesariamente tiene que tener una traducción jurídica. Esa traducción no puede ser otra que, en lo relativo a los derechos sociales, las Constituciones del Estado Social presentan una variedad de escalones o niveles de positivación (75), que los acerca unas veces a la intensidad de protección de las libertades públicas, y otras los aleja hasta los confines de las meras directrices, sin contenido determinado para el legislador. No obstante esta variedad, no parece ilegítimo concluir que la experiencia constitucional concreta, tanto desde el mirador de las normas, como de su aplicación jurisprudencial y explicación doctrinal, es la que los derechos sociales, como regla general, están mucho menos protegidos que las libertades sobre las que se asienta el sistema económico, tal vez porque reflejan pilares esenciales de la llamada « Constitución material » (76); aun-

(73) S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit.
(74) Mazziotti, *Diritti sociali*, cit.
(75) Perez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit.
(76) Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1940.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que también se debe concluir que la relación dialéctica entre estas libertades y aquellos derechos ha sido determinante del acceso de amplias capas de la población a bienes que un sistema capitalista sin corrección alguna no les habría proporcionado. Esto dicho, los últimos fundamentos de ese sistema (su « lógica del sujeto ») no parecen cuestionados.

Una última conclusión que teníamos reservada hasta este momento: si toda la densa problemática expuesta se inserta en la de la eficacia en las relaciones entre los privados de los llamados « derechos sociales », de los que hemos visto se discute incluso el grado de vinculación que implican para el legislador, y en todo caso se afirma la indeterminación de contenido de esa vinculación, llegaremos sin duda a la conclusión de que su operatividad directa como instrumentos de traslado de la igualdad sustancial es mínima.

9. De la propia configuración del Estado como « Estado Social » cuya característica mas señalada, tal cual queda apuntado, es la finalidad de conformar o configurar la sociedad, en búsqueda de una igualdad efectiva y de mas equitativas relaciones sociales, parece brotar la exigencia de recortar la autonomía privada (siempre, evidentemente, en los límites que la propia Constitución permita), sobre todo cuando hay una real desigualdad social, y por consiguiente, de poder efectivo desde el punto de vista jurídico, entre los particulares. Cambiamos ahora, si bien de manera relativa, el punto de vista. No se trata de que las normas constitucionales del Estado Social se inserten dentro de las relaciones jurídicas entre privados, de manera que se estructure una igualdad real entre los mismos, más allá de la que define el concepto de capacidad. Se habla, mas bien, de mecanismos de intervención del Estado en la vida económica (77), mecanismos de intervención que se tienen que reflejar, por fuerza, en las posiciones activas de los particulares gobernadas por el Derecho Privado (78). El fenómeno ha sido descrito bastantes veces

(77) M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico della economia*, 1977; C.M. MAZZONI, *I controlli sulle attivitá economiche*, en *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* dirigido por Galgano, I, *La Costituzione economica*, 1977.

(78) GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y con mucha precisión, y afecta esencialmente, como es lógico, a la propiedad (79) y al contrato (80); al círculo de poderes del propietario, a las posibilidades del contratante tanto de ofrecer o aceptar la prestación, como de regular la relación obligatoria. La vasta temática que porta el fenómeno de la intervención del Estado en la economía, a través de los medios que le suministran las normas de la denominada « Constitución económica », y la consiguiente incidencia en la regulación de las relaciones *inter privatos*, no puede ser abordada aquí en toda su enorme complejidad institucional y técnica. Tampoco lo creemos necesario a nuestro propósito, pues basta al mismo levantar acta de dos cuestiones, de no poca significación, por otra parte.

10. La primera de ella hace referencia a la interpretación del sentido de la intervención del Estado en la configuración del Derecho de los particulares. Desde una gran autoridad (81) se ha propuesto la idea de que la intervención estatal comporta la afirmación de un nuevo rostro del Derecho Privado, bastante distinto al decimonónico (mejor, en el fondo, dieciochesco), rostro que responde al hecho de que aquella intervención del Estado en la vida económica,

---

(79) Hitos esenciales de una extensísima literatura: FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietá*, en *Archivio giuridico*, 1923; *Diritto de proprietá e disciplina della produzione*, en *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, 1935; PUGLIATTI, *La proprietá e le proprietá con particolare riguardo alla proprietá terriera*, en *Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto agrario*, 1954; IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario. Momenti di storia giuridica francese*, en *Rivista di diritto agrario*, 3, 1961; RODOTÀ, *Il terribile diritto* cit; MORIN, *Evolution contemporaine du droit de proprieté*, en *Le Droit privé français au milieu du XX siecle, Etudes offertes a Georges Ripert*, II, 1950; SAVATIER, *Du droit civil au droit public a travers les personnes les biens et la responsabilité civile*, 1950; *Les metamorphoses economiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, en tres series, todas de 1959. Poderosa valoración de conjunto, GROSSI, *La proprietá e le proprietá nell'officina dello storico*, en estos *Quaderni*, 17, 1988.

(80) RIPERT, *Le régime democratique et le droit civil moderne*, 1948; RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, en *Juristenzeitung*, 1958; *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutsches Juristentages 1860-1960*, 1960, ahora recogidos en colección del propio autor bajo el título *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrezehnten*, 1977; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, 1969; ROPPO, *Il contratto*, 1977.

(81) GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivada por razones del declive de la ideología individualista de los Códigos, aboca a una socialización que no es una mera superestructura del sistema liberal. Empero, otro sagaz escrutador de las mismas transformaciones (82) llega a conclusiones menos tajantes sobre el significado de esa socialización, al recordarnos que el capitalismo moderno ha nacido bajo un régimen de libertad, que se ha aprovechado de ella y que se ha llamado liberal. Si se ha acomodado al dirigismo de los poderes públicos en la economía, ello ha sido sólo posible porque éste no le ha amenazado seriamente, y ha conservado los esquemas básicos de la propiedad privada y la libertad de contratar. Es más, para el capitalismo la negación de la eficacia de la intervención estatal en la dirección de la economía, no ha sido obstáculo para sacarle partido: si el Estado tiene por misión hacer reinar el orden, toma la responsabilidad de las crisis; además, le conforta por su resistencia al socialismo integral.

11. No resulta fácil un pronunciamiento al respecto por el enorme abigarramiento de las normas que han instrumentado la evolución de un Estado mínimo a un Estado intervencionista, evolución en la que la individualización de algunos rasgos esenciales definitorios conlleva el peligro de la pérdida o inadecuada valoración de otros. El dinamismo que porta aquella evolución, aún viva en nuestros días, subraya esta dificultad. No obstante, parece que se puede establecer como una firme adquisición la idea de que los instrumentos del Derecho Privado para la realización del Estado Social se han revelado hasta ahora con un limitado alcance. Así se ha puesto de manifiesto (83): la utilización de la causa en el contrato como parámetro de valoración del interés social, no ha logrado escapar de la sustancial ambigüedad del concepto interés social; y lo mismo ha sucedido al canon de la buena fe, como mecanismo de valoración de la relación jurídica en la garantía del respeto sustancial a la personalidad « social » de los sujetos; dígase cosa idéntica del abuso del derecho, entendido como ejercicio « antisocial » del mismo. La pretendida operatividad para los fines del Estado Social

(82) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946.

(83) DI MAJO, *Il diritto soggettivo nell'ideologia dello stato sociale*, en *Annuario Bibliografico di Filosofia del Diritto*, III, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de tales conceptos tradicionales, de los que además no se discute la estructura conceptual, forjada por una larguísima historia, e impulsada por bien diversas exigencias, depende de una valoración « social », palabra vana si no se especifican los apoyos de la misma, que permitan un contorno de aplicaciones concretas. En cualquier caso, estos apoyos no podrían sobrepasar (salvo que la innegable y seguramente necesaria política del Derecho quedara sustituida por la política a secas, que cuando es subversiva del sistema carece de legitimidad jurídica) una lectura de las normas constitucionales de la que ya conocemos sus posibilidades, pero también sus límites. Esta conciencia de la posibilidad y el límite queda cumplidamente ilustrada si abordamos el mito que señaló históricamente el momento social del ejercicio de los derechos, relativo al « príncipe » de éstos, la propiedad privada, el aporético mito de la función social: ya vimos, cuando exponíamos el pensamiento de Duguit, que predicar del derecho subjetivo la función social entraña una intrínseca contradicción. Añadamos ahora que, por ello, la adopción de la fórmula esconde una ambigüedad estructural, desde el instante en que llevada hasta sus últimas consecuencias, no puede ser compatible, como finalmente se ha consolidado, con un esquema como el del derecho subjetivo, si se quiere conservar el núcleo propio de éste. En el fondo, sólo se podría hablar de función social si el interés del particular quedase degradado a un simple presupuesto de la tutela jurídica, a un simple motivo de la atribución a un determinado sujeto de la realización del interés supraindividual (84). Pero el entendimiento común es otro, casi justamente el inverso: sólo se pueden establecer vínculos para la utilidad social de la propiedad si se conserva un núcleo de interés solo individual de la misma. Se ha dicho que tal modo de concebir la función social no representa un elemento de ruptura del esquema dominical del particular, sino más bien la respuesta más consciente y hábil que se podía dar, en un sistema de capitalismo maduro, a la exigencia a la sazón imprescindible de coordinar la pequeña economía individual con la del conjunto del sistema económico (85). La conclusión, a nuestro modo de ver algo aparatosa si queda totalmente desprovista de alguna

(84) Nicolò, *Diritto civile*, en *Enciclopedia del Diritto,* XII.
(85) Di Majo, *Il diritto soggettivo nell'ideologia dello stato sociale*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

referencia externa que la matice, en sí misma es sostenible siempre que consideremos, dentro de la esencial exactitud de su formulación, que tal coordinación del sistema económico incluye necesidades de integración social de los no poseedores: que ello también forme parte de los equilibrios del capitalismo maduro no puede ser rehusado como la más coherente hipótesis; pero es claro que una determinada lógica anticapitalista, por todo lo limitada que tal vez parezca o sea, también forma parte de los fermentos de la idea de función social de la propiedad. Si ello no fuera así sería señal de apenas haber salido del papel que en las Constituciones materiales del Estado Liberal se asignaba a la propiedad (86), deducción que creemos, de acuerdo con el dato histórico, ilegítima. Este matiz no invalida, desde luego, una sustancial conservación del rostro liberal del derecho de propiedad y, en general, de todo derecho subjetivo, y abona, digamóslo ya, una sustancial ambigüedad de los instrumentos del Derecho Privado del Estado Social, reflejo o correlato de la sustancial ambigüedad de éste.

En esta misma línea cabe hacer la valoración de la afirmada ausencia de mecanismos de Derecho Privado para la realización « autónoma » de los derechos sociales: es la presencia de límites (de los que no se niega, por otra parte, que su estudio corresponda a los privatistas) para el ejercicio del derecho subjetivo y para el despliegue de la autonomía privada la única técnica de ayuda a la promoción de estos. Salud, vivienda, medio ambiente, etc, como derechos sociales viven más en la estructura de los límites al derecho de propiedad y a la libertad negocial que en la de posiciones jurídicas activas, directa y autónomamente accionables. De ello se ha querido extraer la consecuencia de que el Derecho Privado, incluso el actual, sólo puede responder a intereses de clase (87). No extrañará que, de nuevo, tal idea nos parezca una visión extremada, que llevando *in nuce* una esencial verdad, no se comparta hasta sus últimos resultados. Tal proceder implicaría una negación de la historia, y no lograría explicar un presente bien vivo: el de la resistencia de los poderes económicos a todo límite a la propiedad y a la libertad de

(86) M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietá privata*, ahora en *Lo spirito del diritto civile. La tradizione rivisitata.*, 1985,

(87) LIPARI *et al. Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

empresa, límites que solo la preservación de la paz social impulsa a aceptar. Más ajustada a la realidad nos parece una visión de los instrumentos del Derecho Privado del Estado Social como instrumentos débiles. Y de nuevo funciona el correlato: si antes fue el de la ambigüedad, ahora es el de la debilidad. De todos modos el fenómeno, al menos en algunas áreas, tiene un especial dinamismo, aunque no logre huir de la camisa de fuerza de la racionalidad del sistema económico capitalista: un ejemplo puede ser el del derecho al medio ambiente, que se mueve en una ambigua zona de límites y posiciones activas, débilmente configurados frente a la propiedad y a la iniciativa económica privadas, a caballo entre intereses generales, derechos de clase o categoría, y derechos individuales (88).

12. Lo limitado del alcance de los medios de Derecho Privado para los fines propios del Estado Social revela, creemos que con mayor énfasis que ningún otro dato, el verdadero significado de éste: no parece dudoso que se trata de una estructura en la que prevalece el amparo de las posibilidades de desarrollo del capitalismo maduro; pero con el sintagma « capitalismo maduro » estamos designando un sistema de apropiación privada de los bienes y libre intercambio de los mismos que tiene incorporada una necesidad intrínseca de integración de los no poseedores: integración más o menos intensa, según la fortuna de la representación política de estos, y que asume la premisa de la hegemonía de los intereses de las fuerzas preponderantes en el Mercado. Por ello parece una interpretación maximalista de la intervención del Estado Social la que ve en ella como principal finalidad la pura salvaguarda de las exigencias del capitalismo (89), considerada consustancial al cuadro constitucional. Mejor descripción de la realidad la aporta una tesis intermedia: la naturaleza del Estado Social cristaliza en un pacto desigual e inevitable. Un gran teórico del Estado Social, perteneciente a las filas de los

(88) G. Galasso, *Il diritto privato nella prospettiva postmoderna*, en *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980.

(89) Fenghi, *Programmazione economica e modo di produzione capitalistico*, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dirigido por Galgano, *La Costituzione economica*, 1977; Barcellona, *Stato e mercato fra monopolio e democrazia*, 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociólogos (90) nos lo explica muy bien: el Estado de Bienestar (que, por encima de querellas terminológicas, es modo también de designar al Estado Social) es un instrumento protector con dos lados. Desplazando asuntos de consumo colectivo del punto de la producción al che la distribución y estableciendo una división entre la distribución primaria y secundaria de ingresos, el Estado de Bienestar protege tanto a los trabajadores como a los capitalistas de un modo altamente económico. Es ciertamente verdad que los problemas fiscales consiguientes afectan tanto al capital como al trabajo, pero es un mecanismo relativamente eficaz para reducir conflictos. Es un arreglo muy problemático, costoso y paralizante, pero más paralizante sería su ausencia, mucho más cuando la fuerza de trabajo que el capital oligopólico es capaz de absorber decrece sostenidamente.

No es muy distinto el diagnóstico del proceso histórico y las finalidades del Estado Social que hacen juristas de una marcada tendencia ideológica (91), cuando lo consideran fruto de las luchas políticas, e indican que con su intervención asume una función declaradamente correctiva de los desequilibrios y contradicciones que surgen en el terreno del desarrollo capitalista, sea en lo que concierne a los aspectos sociales, sea en lo que concierne a los aspectos económicos. Y no muy diversa significación desde una contrapuesta visión, netamente conservadora, le adjudica uno de los juristas más sensibles a las mutaciones sociales que influyen en el Derecho Privado y con más lúcido discurso sobre las mismas, cuando atribuye a las reivindicaciones efectuadas a través de la acción del proletariado la obtención de derechos sociales, obtención que se articula a través de programas que conllevan un claro rechazo a la idea de igualdad formal. Ello no puede verse por el capitalismo sin antipatía, por el temor a que la expansión de ataques a la igualdad abstracta sea la antesala del colectivismo, pero sin dejar de considerar el logro de aquellos derechos como necesidad reformista y necesidad defensiva, precisamente.

13. El anterior discurso, que creemos ha puesto netamente de

(90) C. OFFE, *Contradictions of the Welfare State*, 1988.
(91) BARCELLONA-COTURRI, *Stato e giuristi*, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relieve el carácter transaccional del Estado Social, como secuencia lógica del mismo nos pone de frente a la cuestión de los límites de esa transacción. Obviamente no se pretende una respuesta desde la política, ni la sociología, ni tampoco una propuesta de futuro. No se trata de dilucidar el porvenir: se intenta ver hasta dónde el compromiso político y social que late debajo de la formula « Estado Social » ha llegado en la plasmación de una formulación jurídica. Ya hemos constatado la debilidad de la misma, frente a la que supuso el Estado Liberal. La fortaleza intrínseca de éste, su propia justificación ligada a su acta de nacimiento, consistía en que la esfera del individuo alcanzaba tales niveles de garantía frente a la del Estado que podíamos hablar de la existencia de un Derecho Público para el Derecho Privado. ¿ Es el mismo correlato el operante en el Estado Social? ¿ Podemos seguir hablando de un "Derecho Público para el Derecho Privado"? Indagando sobre la cuestión se nos dice (92), por cierto como programa de futuro, pero auscultando realidades ya presentes con un grado bastante elevado de sedimentación, que hay que distinguir en el Derecho Privado diversos sectores de funciones, diferenciados con base en su grado de relevancia, pública o privada. Mayor el grado de relevancia pública, más se harán valer en la aplicación de las normas del Derecho Privado, a su lado o en lugar de los principios jurídicos clásicos, los principios derivados del concepto de responsabilidad social. Allí donde estos últimos no sean suficientes para garantizar el ordenamiento político y social, interviene el Derecho Público, en parte para integrar o sostener, en parte para delimitar o corregir. Es esta una visión reductora del Derecho Público, que en buena medida sigue siendo un "Derecho Público para el Derecho Privado". En el fondo, es un discurso bienintencionado que no logra salvar las insanables contradicciones que están en la esencia del sistema, y que determinan la intrínseca precariedad del Derecho Privado para servir finalidades que no sean preponderantemente reflejo de intereses individuales: otra cosa es inalcanzable mientras sea el eje jurídico articulador de un sistema económico en el que el Mercado es el protagonista dominante. Sin embargo, no cabe ignorar que el Derecho Público nacido al calor de la interven-

(92) RAISER, *Die Zukunft des Privatrechts*, conferencia (1971) recogida en *Die Aufgabe*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ción del Estado no puede ser el Derecho Público del Estado Liberal. Pero, como Derecho del « sujeto público » débil llamado Estado Social, es un Derecho débil frente a un Derecho Privado que, por las mismas razones, sigue siendo fuerte, tal cual lo demuestra su apego a las herramientas institucionales y conceptuales del Estado Liberal, y su acusadísima dificultad no ya de acuñar un instrumental alternativo, sino de modular el preexistente. Por ello acierta plenamente en el diagnóstico quien (93) denuncia la formulación hipergarantista del Derecho Administrativo, en contra de lo que debía ser su vocación, el aseguramiento de la realización de los intereses colectivos, aunque sin ceder por ello un paso en la defensa, sustentada por el Derecho Administrativo « clásico », de los intereses individuales. Pero hasta ahora, continúa la lúcida requisitoria, habitualmente silenciada por la doctrina mayoritaria, se ha permanecido en el primer ámbito. Forsthoff y Duguit, que iniciaron otras vías, fracasaron (gozaron de la simpatía del fascismo, y de la reacción antiliberal, y ello les condenó, con olvido de que la enemistad por el Estado Liberal no engendraba amistad por las formas totalitarias del Estado, claramente en el caso de Duguit, con pensamiento mas indeciso en el de Forsthoff) y ello supuso pasar por alto que no todo el ideal liberal es bueno; quizás permanecemos demasiado fascinados por la idea del individuo (« persona », con todo lo que el término históricamente ha significado (94)) ante todo, olvidando que demasiadas veces tal proclama, que tanto nos presiona éticamente, no pasa de ser un *alibi* para intereses menos humanistas. Frente a esta posición, que desde luego busca el Estado Social como marco de referencia de ese Derecho administrativo mas de acuerdo con el tiempo, la opinión dominante (95) continua en la ensoñación del Derecho Público nacido de la Revolución Francesa, con inesenciales puestas al día, desde el momento en que se toma como punto de partida la defensa de un acosado ciudadano por un gigantesco Leviatán, cuando en realidad ese sedicente monstruo carece de

(93) NIETO, *La vocacion del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, en *Revista de Administración Pública*, 75, 1976.

(94) HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 1982.

(95) GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contundentes garras frente a quiénes detentan importantes poderes sociales y económicos, y cuando su acción es, en muchos casos, la única esperanza de los ciudadanos socialmente más menesterosos. Y no parece tampoco salir de este círculo quien propone (96), no se sabe si como programa a seguir o actual radiografía, una renuncia a la contraposición valorativa entre Derecho Público y Derecho Privado, con formalismo excesivo que olvida las correlaciones reales de fuerzas, y la hegemonía subsiguiente, y que por fuerza se revela tanto en el Derecho Público como en el privado.

14. El fenómeno Estado Social, cuya morfología mas externa acusa los rasgos de un Estado intervencionista sobre la esfera privada, aunque sea con los límites y el sentido que quedan apuntados, no podía dejar de tener el especular reflejo sobre el sujeto privado, que hemos visto es consustancial a toda forma estatal. Una válida aproximación a ese reflejo se puede obtener viendo las características de la producción normativa de la época. Como sabemos, esas características prefiguran y son a su vez prefiguradas por la idea del sujeto privado que ha de ser destinatario de las mismas: justamente, por la « lógica del sujeto » imperante. Así veíamos vinculada la nota de la generalidad de la ley, con su secuencial e instrumental abstracción, a una « lógica del sujeto » abstractamente igual. La reacción, por limitada que se vea, frente a ella, y que hemos intentado ilustrar en las páginas precedentes, y que tenía como principal ingrediente la desigual consideración de los sujetos privados en función de su real posición social, tenía que dar lugar a una legislación de clase o categoría. Y ello abocaba, como es consecuente, a una fragmentación normativa, que no solo tiene una vertiente externa o cuantitativa, sino que porta en sí una fragmentación del sujeto, que empieza a comparecer en diferenciados roles, los que la existencia concreta le arroja a representar: trabajador, empresario, propietario, consumidor, arrendatario, menor. De esta manera, la legislación de clase o categoría se convierte en el epifenómeno significativo, en la apariencia exterior de la nueva era del Derecho Civil, y en la que se quiere ver un deseo de tutela del sujeto

(96) BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

débil (97). Sin que ello pueda, tal vez, asumirse como una explicación parcial de la realidad, hay otros terrenos, donde otras exigencias mueven a la fragmentación normativa y a la fragmentación del sujeto.

Así, el *topos* de la función social de la propiedad da lugar a los nuevos estatutos de la propiedad inmueble, tras los que se traslucen nuevos estatutos del sujeto. Emergen nuevas formas del antiguo derecho absoluto, y tras ellas comparecen nuevos protagonistas: autores, comerciantes e industriales ocupan espacios que parecían exclusivos de los terratenientes. Es un fenómeno en el que no hay que ver ninguna preocupación o cura social. Se trata de la emergencia de bienes fuera de los esquemas de la propiedad fundiaria, llamados bienes inmateriales, originados por la creación intelectual, a la que puede reconducirse también la organización de la actividad económica. La estructura última e íntima de los poderes sobre estos bienes se manifiesta en el *ius excludendi ceteros*, que es la nota que religa a estos derechos de monopolio y exclusiva con el viejo *dominium*, más por el deseo de explicar lo nuevo con el herramental antiguo que porque la disciplina efectiva así lo demande. Son formas de propiedad que surgen sobre todo de la actividad económica que desempeña un sujeto valiéndose de bienes de un sujeto distinto. Es una esencial manifestación de algo ya esbozado a lo largo de estas líneas, la separación de propiedad y control de la misma, y alcanza su mayor grado de refinamiento en la poca efectividad del título jurídico de la propiedad de las acciones para el real dominio de la empresa-sociedad.

Y al mismo tiempo, impulsadas por la emergente idea que rehusa como vehículo de las relaciones *inter privatos* una capacidad abstracta para todos, se van produciendo las sucesivas encarnaciones del sujeto abstracto como parte contractual formalmente igual en sujetos concretos a los que se pretende dotar de equilibrio real frente a un cocontratante visto como más poderoso. En la primera encarnación el sujeto abstracto se convierte en trabajador (98), en la segunda encarnación el sujeto abstracto se convierte en arrendata-

(97) MARINELLI, *Gli itinerari del codice civile*, 1995.
(98) ALONSO OLEA, *Introducción* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rio (99), en la tercera encarnación el sujeto abstracto se convierte en consumidor (100) Sin embargo, en un análisis mas profundo se ve que la situación implica una paradoja: la fragmentación del sujeto, por la legislación de clase o categoría, donde el sujeto no es abstracto absolutamente y se privilegia su equiparación real, convive con un núcleo duro de abstracción e igualdad formal, de la que es bastante fácil apercibirse en tantos sectores del Derecho Privado. Lo hemos visto cuando se ha tenido la ocasión de analizar el limitado alcance de los instrumentos del Derecho Privado, contemporáneos al Estado Social, y que de éste tendrían que ser su realización. La utilidad privada del propietario, descontada la función social, sigue siendo igual, abstractamente igual para todos. Nadie puede pensar en una libertad contractual que en sus núcleos mas esenciales no esté medida todavía por las reglas de la capacidad. Para el oferente de las condiciones generales, el aceptante es casi un número. Pero la paradoja no puede ya extrañarnos a estas alturas. Es la « lógica del sujeto » privado que indica el reflejo exacto del Estado Social, de su carácter ambiguo y de su carácter de compromiso, de su fragilidad y de su fortaleza, de sus aporías. El viejo sujeto abstracto y formalmente igual del fuerte Estado Liberal, sólo en algún caso ha cedido su puesto al sujeto parcialmente concreto y sustancialmente igual del débil Estado Social.

VII. Finale incierto.

> ...Vió tierras que no aparecían en los mapas, llanuras sin nombre y bosques inexplorados...Pero adonde mirara, veía siempre signos de guerra
> (John Ronald Reuel Tolkien, *The Lord of the Rings,* trad. española)

> « ...Muchas veces en peligros...peligros en la ciudad, peligros en la soledad... »
> (Pablo de Tarso, *Segunda Epístola a los Corintio*)

---

(99) Ripert, *Le régime democratique et le droit civil moderne*, cit.; *Les forces créatrices du droit*, cit.; Lacruz y Sancho, *Contratos y cuasi contratos*, en Lacruz *et al.*, *Elementos de Derecho Civil,* II*, Derecho de obligaciones,* vol. tercero*,* 1986.

(100) Alpa, *Consumatore (posizioni soggettive e programmi di tutela)*, en *Compendio del nuovo diritto privato*, 1985.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1. ¿Nos aproximamos al final de la que se ha dado en llamar « feliz estación » del Estado Social? Tal parece, como consecuencia de una, se dice, imparable « crisis fiscal del Estado » (101). Los nuevos santos y señas parecen ser « desregulación » y « Mercado ». Santos y señas en los que se parece olvidar que tal crisis fiscal no deriva tanto, y en cualquier caso no solo, de un desmesurado Estado derrochador cuanto de la ineficiencia del propio sistema capitalista, incapaz de pagar su factura social sin deteriorar su tasa de ganancia. Santos y señas que olvidan cuánto han ganado con el compromiso social, en el que, por otra parte, los poderes económicos del capital fundiario, industrial o financiero siempre han sido dominantes, cuando no hegemónicos. La crisis del Estado Social (no estamos hablando del socialismo real, cuyos problemas de ineficiencia y falta de libertad se trasladan a estos análisis con una cierta grosería intelectual, que pertenece por otra parte a las cotas más bajas de la lucha ideológica) la provoca la mundialización del mercado y la emigración del capital financiero a lugares donde la tasa de ganancia frene su implacable deterioro. Y ello propicia el imperioso retorno del Mercado frente al Estado, retorno que arropa la ideología de la desregulación, unas veces en forma moderada predicando una ósmosis legitimante entre uno y otro (102), otras veces desde la óptica del notable oximoron « socialismo liberal » (103), pretendiendo la conjugación de socialismo y mercado, otras desde una clara posición neoliberal (104).

2. Pero la realidad es mucho más inquietante y no consiente análisis y prospectivas desde la óptica del Estado, entendido como Estado nacional. Porque es éste el que precisamente está en juego, y no tanto como el ámbito de una comunidad étnica, cultural o

---

(101) CONNOR, *La crisis fiscal del Estado*, 1981; GARCIA HERRERA, *El fin del Estado Social*, en *Sistema,* 118-119, 1994; PORRAS NADALES, *Introducción a una Teoria del Estado postsocial*, 1988; *La evolución del Estado Social y sus perspectivas*, en *Sistema*, 118-119, 1994.

(102) PREDIERI, *Mercado y Estado*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 17, 1994.

(103) PELLICANI, *La riscoperta della autonomia privata*, en *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980.

(104) TRIMARCHI, *Il giurista nella societá industriale*, en *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lingüística, cuanto como punto de encuentro de una mínima racionalidad política que permite la realización de funciones que no aboquen a la pura dictadura del más fuerte. La partida, la dramática partida, apunta en la dirección de la desaparición de hecho del Estado nacional a manos del Mercado, de su muerte efectiva, más allá de la pervivencia de un puro caparazón legitimante del uso de la violencia institucional. Es una consecuencia de la globalización de la economía, en la que los mercados financieros internacionales son el *habitat* de grupos capitalistas gigantes que concentran un poder de envergadura desconocida a escala mundial (105). Con la cooperación de los gobernantes convertidos al liberalismo de Estado, y dominando la revolución tecnológica y de la información y las comunicaciones, dichos grupos han tomado como rehén el poder político. Es un poder privado planetario que mina las sociedades humanas. Su programa es claro. Se comienza por la demolición social provocada por los capitales especulativos que imponen un coste del dinero prohibitivo y someten todas las actividades a exigencias de rentabilidad: como consecuencia, las empresas recortan los salarios y se sustraen a responsabilidades sociales. El paro masivo y la flexibilización del mercado de trabajo impiden cada vez más a hombres y mujeres alcanzar una vida libre y útil a través de su implicación en una actividad profesional. Después de la demolición social, llega la de la intervención pública del Estado. Intimado este a « desregular », a suprimir los impuestos sobre el capital, y a reducir el gasto público, intenta absorber las quejas sociales aumentando la presión sobre los asalariados. La « fractura social », las divisiones y los conflictos se atizan en un planeta en el que la « irresponsabilidad ilimitada » de los operadores económicos destroza incluso los equilibrios ecológicos vitales. Esta mundialización está basada en la dictadura de los mercados financieros, convertida en un factor de deterioro de la política, ese deterioro que angustia tanto a los ciudadanos. Cuando las poblaciones no encuentran protección en el Estado las tentaciones del repliegue localista e integrista se difunden por las sociedades.

A estos poderes económicos *soluti legibus* vienen a añadirse

(105) RAMONET *et al.*, *Les nouveaux maîtres du monde*, de los libros trimestrales de *Le Monde diplomatique*, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

como nuevos príncipes los medios de comunicación, creadores de la opinión pública, y frente a cuyos excesos las reacciones jurídicas son debilísimas, y en muchas ocasiones ni compensatorias ni disuasorias. El mercado y la opinión pública, que fueron espacios internos de libertad del Estado Liberal (106), por la propia lógica oligopólica del sistema económico, sufren una suerte de perversión, y se convierten en amenazantes colosos frente a los ciudadanos y a un impotente Estado, del que reclaman constantemente su disminución y un sometimiento hipergarantista que lo desarme definitivamente frente a ellos mismos, invocando cínicamente la libertad de todos.

Este panorama ha conducido a un análisis (107) en el que se anuncia el peligro de la desaparición de la « trinidad democracia social — democracia representativa — clase media » y su sustitución por la « trinidad jueces — medios de comunicación — opinión pública ».

Signo específico en el terreno jurídico de la era de la confusión que parece avecinarse es la indefinición sobre la función judicial en el conjunto de los poderes del Estado. Como poco, habría que decir que los esquemas de inserción de la actividad jurisdiccional, su misión y su sentido actual en el conjunto de las actividades públicas, han desbordado las posibilidades de ser explicados con los conceptos constitucionales asentados por la tradición; quizás porque fueron pensados para un ordenamiento de características muy distintas a las actuales (108), en el que la proliferación de clausulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, añadidos a la eficacia de las normas constitucionales como normas jurídicas, cada vez más acentuada (y a veces exagerada por interpretes incómodos ante el significado político de la legislación ordinaria, exageración que viene favorecida por ser siempre susceptibles de una hermenéutica muy flexible, dada su propia naturaleza de idealidad e indeterminación) propician las « tentaciones de la política » en la actuación jurisdiccional. En pocas palabras, la sustancial mutación del ordenamiento acaecida llena a los jueces de posibilidades acusadísimas de introducir criterios políticos propios en la aplicación del Derecho; con lo

(106) MATTEUCCI, *Libertá*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXIV.

(107) MINC, *L'ivresse democratique*, 1995.

(108) A. GALASSO, *Trasformazioni del diritto privato e funzioni del giudice*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1, 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que, aun salvada la imparcialidad como elemento estructurante del juicio, la objetividad deviene imposible, en todo caso muy difícil (109), salvo una sumisa tarea interpretativa pegada a la pura exégesis (lo que no sería ni siquiera posible siempre) o al obsequio del criterio de la mayoría política, con lo que padecería, por lo menos, una mínima estabilidad del entendimiento del Orden jurídico. Pero por mucho que desde una perspectiva se piense que una Magistratura que actúe con parámetros políticos propios no altera el mecanismo de la separación de poderes, dado que el poder judicial es esencialmente revisor y « negativo » por carecer de iniciativa conformadora, y que siempre habría que apelar a la existencia de un mínimo acuerdo entre seres justos y pensantes (110), no es menos cierto que tal actuación se ha preconizado y teorizado como un alargamiento de los poderes del juez, en búsqueda de la protección de las minorías que no alcanzan niveles suficientes de representación política; es más, se ha apostado por ella como procedimiento de la realización de la igualdad sustancial. Para esta posición, la decisión del juez deviene un mandato político, un acto administrativo que sirve para la igualación de los intereses. En suma, se postula una función política del juez, y se dice que no atenta a la estabilidad y a la certeza del Derecho porque estas son variables determinadas por la situación sociopolítica en su conjunto (111).

Se parta de una postura u otra, de significados ideológicos evidentes y por demás claramente encontrados, el temor a la insurgencia de un Derecho judicial, sustitutivo políticamente del de origen parlamentario, no parece infundado (112), y se quiera o no, cambia en profundidad elementos esenciales de la representación política que el consenso constitucional básico, incluso en el Estado Social, ha acuñado. El deterioro de la centralidad política de las Cámaras legislativas, cuyas razones son múltiples, y que no se pueden residenciar tan sólo, como se hace de una manera un tanto maniquea, en la excesiva influencia de los intereses propios de los

(109) LOPEZ Y LOPEZ, *Independencia, imparcialidad, objetividad del juez*, en *Justicia*, IV, 1986.

(110) O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959.

(111) RODOTÀ, *I giudici nella società,* parte cuarta de *Alla ricerca delle libertá*, 1978.

(112) CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partidos políticos, o en el desbordamiento del Poder ejecutivo, sin hacer las cuentas también con la emergencia de nuevos poderes al margen del entramado constitucional, como ha quedado visto, potencia la situación de crisis de la actividad jurisdiccional. En cualquier caso, la fluidez y mutabilidad de los signos de dicha crisis no hace fácil pronunciarse sobre el tema, ni aquí se podría hacer con el debido rigor y extensión.

3. El Estado es cada vez menos poderoso, y cada vez menos vertebrador de la sociedad; pierde su dimensión nacional, pero sin que alcance una dimensión democrática supranacional, ora entregado a burócratas sin responsabilidad, ora a las fuerzas de los grandes imperios económicos nacionales o transnacionales (113). Sus políticas económicas son vicarias de un mercado internacional exento de cualquier poder político, y en consecuencia de cualquier norma jurídica, salvo que así se quiera entender una suerte de *lex mercatoria*, entre jungla y autorregulación, de los grandes imperios economicos privados. La ley asume cada vez más el papel del pacto con diversos intereses corporativos, donde prima la voluntad de quienes tienen mayor capacidad de presión sobre los poderes públicos (114); de este modo la generalidad de la norma y la igualdad del sujeto padecen, sin que ello signifique remedio alguno a la existencia de crecientes masas expulsadas *de facto* de la comunidad social, que carecen de efectivos derechos civiles. No es sólo el deterioro de la igualdad, en todos los sentidos, sino también de la generalidad: quiebran notas esenciales de las dos formas del Estado representativo moderno, ambos, con sus limitaciones y aporías, Estados de Derecho. El individuo reflejado en este espejo, y del que este espejo es reflejo, es un « hombre solitario en la ciudad »: no pertenece a ella, porque la *polis* ha dejado de ser, en gran medida, la estructura íntima de la convivencia, vive en ella abandonado a sus recursos, y es un hombre débil por solitario, e insolidario por solitario. Perdida la identidad de la *polis*, pierde el hombre su

(113) GALBRAITH, *The new industrial State*, 1967.

(114) LIPARI, *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, en *Rivista di diritto civile*, 3, 1986; IRTI, *La cultura del diritto civile*, 1990; PIGA, *Tramonto del Codice Civile?*, cit.; SCHLESINGER, *Il tramonto del codice civile,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

identidad como sujeto de Derecho y titular de derechos. Ante esta situación, el temor de una edad fosca dominada por un nuevo feudalismo, mucho más cruel que el que conoció una época en la que dominaba la idea de que fe, ética y Derecho se insertaban en un orden querido por el Creador, se asienta en los miedos del hombre contemporáneo y en la teorización sobre su futuro (115). Un feudalismo de señores sin rostro y sin patria, fuera de la mas mínima relación de vasallaje, mas allá de la observancia de las leyes de un Estado cada vez mas sojuzgado, cada vez mas instrumento de poderes incontrolados y anónimos.

4. Una página estupenda de Calasso (116) nos narra el agitado movimiento de los espíritus que precedió a la llegada del primer milenio. Pone de relieve las larguedades gratuitas a la Iglesia, que fueron numerosas y pingües, y cuya motivación llegó casi a la cristalización de una claúsula de estilo: *appropinquante fine mundi.* El grande historiador italiano se pregunta si existen estados de ánimo especiales cuando se acerca un milenio. Este *finale* incierto puede parecer, y tal vez lo sea en parte, fruto de una melancolía *appropinquante anno mille*. Es innecesario decir que tal cosa carece de la menor importancia, en cuanto actitud personal, y en cuanto estado de ánimo. Por razones mucho más objetivas, y mucho más ligadas al rigor de la ciencia, será quizás mejor consignar aquí la imposibilidad, al recorrer esta parábola de la « lógica del sujeto », de hacer el trayecto con una « mirada al límpido fondo de las cosas », con palabras de Grossi (117), destinadas a ser ejemplo de método; imposibilidad padecida e inevitable y asumida y confesada, porque estas imágenes del Estado y del individuo a fin del siglo son en buena parte (y continuamos con el mismo bello decir) imágenes de un « avatar truncado e inacabado, carente de la perfección de una existencia vivida hasta el final, y en consecuencia, proclive a la disputa descompuesta y a los transportes emocionales; precisamente el avatar ante el que el historiador se siente a disgusto, avezado él a

(115) Eco, Colombo, Alberoni, Sacco, *Documenti sul nuovo medioevo*, 1973; Vacca, *El medioevo que está a nuestras puertas*; Minc, *Le nouveau moyen Age*, 1993.

(116) Calasso, *Medioevo del Diritto*, cit.

(117) Grossi, *La proprietà e le proprietà,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leer serenamente en los cuerpos muertos los principios perennes de la vida ». Sabia amonestación que nosotros no hemos podido seguir; sin perjuicio de las exigencias de la tarea científica, esa actitud de distancia no es propia del jurista positivo; él se siente obligado por su oficio a preguntarse por el sentido y alcance de lo que hace hoy y como será mañana; y no es una cuestión de empeño o compromiso ético, es requerimiento de su propio estatuto epistemológico, destinado a orientar su tarea en las convulsiones del mundo. Pero, por ello, precisamente por esa consciencia de inmediatividad a la época, debe hacer sus cuentas con el Derecho que le ha tocado vivir, aun sabiendo que se detiene tan solo en un recodo de la tortuosa senda de la existencia humana; y de ahí, que en ese instante, añore y necesite como nadie al historiador que ilumine el *cursus perfectus*, aquél que, llegado su momento, deje « su rincón en el umbral en cuanto se aplaque la tormenta y el fondo de las cosas se haga transparente » (118).

(118) GROSSI, *ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHAEL L. MONHEIT

THE ORIGIN OF THE *EDICTALIS-DECRETALIS BONORUM POSSESSIO* DISTINCTION IN A RENAISSANCE DEFENSE OF SCHOLASTIC HERMENEUTICS

The distinction in Roman law between ordinary, *edictalis bonorum possessio* and the extraordinary form *decretalis bonorum possessio* is well known and attributed by a consensus of modern scholars to the law as set forth in the *Institutes, Digest* and *Codex* of the *Corpus iuris civilis (CIC). Bonorum possessio (bp)* was a form of inheritance which supplemented the early Roman law of inheritance by allowing *praetors* to intervene in cases where the older civil law resulted in inequitable situations due to its recognition only of agnatic ties and exclusion of other, cognatic relations (including children and wives who had been emancipated), and consequently sometimes resulted in the lack of an heir (1). Since receipt of an inheritance was not always advantageous — for example it might carry more obligations than value — the proposed *possessor* normally had the right to refuse the offer. According to current scholarly consensus, *decretalis bonorum possessio* came into play when a court proceeding was necessary in which the judge conducted an investigation (*causae cognitio*) because the proposed recipient was not in a condition to accept or reject *bp,* such as an *impubes* or uborn child. Depending upon his findings, the judge could then issue a *decretum* granting temporary possession to the individual or his guardian so that he would not lose the fruits of the estate until such time as he could himself choose to accept or reject *bp* of the estate on a permanent basis, or until he died (2).

---

(1) Barry NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law,* Oxford 1962, 243-6, 249-50.

(2) See *Bonorum possessio*, by LEONHARD, in *Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft,* neue Bearbeitung, Georg Wissowa ed., Fünfter Halbband,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

However, the *decretalis-edictalis* distinction understood in this way was not always attributed to the *Institutes, Digest* and *Codex*; it appears to have been unknown in this form throughout the medieval period. Nicolas Duchemin, a sixteenth century French jurist, was likely the first to develop this distinction. He devotes much of his sole known work, *Nicolai Chemyni Aureliani Antapologia adversus Aurelii Albucii defensionem pro And[ria]. Alciato contra D. Petrum Stellam* (Paris, 1531), to developing it and claims credit for discovering this category, remarking, « if I may speak freely, everyone has been ignorant of that *bonorum possessio* which the jurisconsulti call *decretalis,* and in what manner it differs from edictal *bonorum possessio* » (3). Duchemin's own evident familiarity with the medieval commentators — a familiarity shared by his audience of professional jurists — further suggests that we must take his claim seriously.

Duchemin's presentation of this distinction shares many common features with those of modern scholars. He argues that this form of *bp* is appropriate whenever a *causae cognitio* is required, and characterizes it as *decretalis* because the investigating judicial official then grants *bp,* if he judges it appropriate, by issuing a *decretum.* Duchemin designates the *decretalis* form as appropriate to Carbonian, *de ventre, furiosus* and *captivus* cases, and insists that the *decretalis* form always requires a *causae cognitio* and must be assigned by a *decretum* issued in court (*pro tribunali*) (4).

1897, cols 708-713; *bonorum possessio* article by G. HUMBERT in Charles DAREMBERG, ed. *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines,* Graz Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1969, photo reproduction of 1962-3 ed., I, 734-38; W. W. BUCKLAND, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian,* Third ed. Peter Stein rev., Cambridge 1963, 312-13, 398, 724-6; Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law,* vol. 43, pt. 2 NS of *Transactions of the American Philosophical Society,* Philadelphia 1953, articles *bonorum possessio, bonorum possessio decretalis* and *bonorum possessio furiosi nomine.*

(3) *Antapologia* C iii + 2. See also D ii, where he calls the distinction « novae huic nostrae, sed perinde verae doctrinae. »

(4) Of the scholars cited in n. 2 above, Leonhard, Humbert, Buckland and Berger all hold that the *decretalis* form requires a prior investigation followed by the issuance of a *decretum.* Leonhard does not enumerate the specific types included. Buckland and Berger, along with Duchemin, classify among the *decretalis* kind Carbonian, *de ventre* and *furiosus bp.* Humbert apparently includes only Carbonian and *de ventre,* omitting

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Yet the distinction, as delineated by Duchemin and modern scholars, is absent in Accursius and Bartolus. While the glossator did sometimes oppose *decretalis* to *edictalis bp,* he distinguished them by whether the grant of possession was made by a « living judge » through a *decretum* or more automatically, according to the edict of a « deceased praetor ». Where for Duchemin Carbonian *bonorum possessio* was one important *decretalis* form (which always requires a *decretum* issued *pro tribunali*), Accursius held that the Carbonian form can be granted *de plano* after a *« semiplena causae cognitio* » (5). Bartolus seems to have held that at least one circumstance in which a *decretum* was called for was that in which the appropriate representative of a corporation or individual such as a minor could have claimed *bonorum possessio* but failed to do so. At that point the judge could make up for the « defect of the administrator » by issuing a *decretum* on his own authority. Accursius and Bartolus held that the requirement of a *decretum* had been superceded by C.6.9.9 and C.5.70.7 so that « nowadays » (i.e. from the time of C.6.9.9, which they ascribed to Constantine) this form was properly called « *iudicialis bonorum possessio* » (6). Accursius, and Duchemin's

---

furiosus (a more defensible position; see below p. 480), but also includes the case of a son of an adopted son, citing D.37.4.14.1. Duchemin differs from modern scholars in also including the *captivus.* The modern scholars also hold with Duchemin that the *decretum* must be issued *pro tribunali,* except for Leonhard who is silent on this point. Unlike those modern authorities who include *de ventre,* Duchemin appears to recognize an *edictalis* form of *bonorum possessio de ventre,* in citing D.37.9.1.16 as an example of an uncontested case (*Antapologia* D-1). Most modern scholars also cite the same passages for the same points, including the key passages D.37.1.3.8 and D.38.9.1.7 (Humbert, Buckland), D.38.15.2.1 (Humbert; Buckland cites D.38.15.2.2-4). Siro SOLAZZI, *« Note Esegetico-Critiche di Diritto Romano* », in *Archivio Giuridico* 4th Ser. Vol. XVI 1928 3-25, section IV, 17-25, offers a thoroughgoing modern criticism of this distinction, relying on critical tools far more sophisticated than those employed by any of the parties to this dispute.

(5) For Accursius' view of the distinction see gloss on *praetoris,* D.37.1.3.4, *Accursii Glossa in Digestum Infortiatum,* reprint of Baptistus de tortis Venice ed. 1488, *Corpus Glossatorum Juris Civilis,* 11 vols, (Turin, 1966-73), vol. VIII, 436; gloss on *decretalis* in D.38.9.1.7, *Infortiatum* 495; gloss on *ex decreto* in C.5.70.7.3a, *Accursii Glossa in Codicem,* reprint of Baptistus de tortis Venice ed. 1488, *Corpus Glossatorum Juris Civilis,* vol. X, 321. For Carbonian *bonorum possessio,* see *Antapologia* D + 1, D iii + 2, and Accursius' gloss on *Pro tribunali* in D.37.1.3.8, *Infortiatum* 436.

(6) Accursius on *praetoris* in D.37.1.3.4, *Infortiatum* 436 and *ex decreto* in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teacher Pierre de l'Estoile, law professor at Orléans, had both cited a passage also key for Duchemin, D.37.1.3.8 (see below p. 478), but did not distinguish these two general categories of *bonorum possessio.* Accursius, like Duchemin saw that passage as a specific application of D.1.16.9.1 (*§ Ubi decretum*), but unlike Duchemin he believed it prohibited delegation of cases where a *cognitio* was required (7).

The circumstances in which Duchemin developed this distinction shed much light on legal innovation-by-interpretation — a process in which it is assumed and sometimes explicitly asserted that a given law was there all the time in the *CIC* even when no actual previous legislator or interpreter can be found who clearly and fully articulated it. For Duchemin developed his distinction in response to a debate also involving the early humanist jurist Andrea Alciato and Estoile. The controversy was sparked by remarks of the pioneering humanist critic of Justinian's *Digest,* Guillaume Budé. It further involved none other than the future religious reformer Jean Calvin, who made his very first appearance in print by contributing a preface to Duchemin's work which placed him on the side of Estoile and Duchemin (his close friend of this time), against Alciato (8).

C.5.70.7.3, *Codex* 321; Bartolus on *secunda pars infortiati* commenting on *a municibus* of D.37.1.3.4 and *si causa* of D.37.1.3.8; I have consulted the microfilm reproductions of the Paltascichis 1491 edition for the former and this edition plus the Venice (Ienlon) edition of 1478 for the latter. However the microfilm reproductions of these passages avalaible to me are so poor as to make Bartolus' precise meaning uncertain. However it is clear he does not hold anything like the distinction espoused by Duchemin.

(7) *Antapologia* c iii+3. Accursius' reference to *§ Ubi decretum* is in his gloss to *pro tribunali; Infortiatum* 436; Pierre de l'Estoile (Petrus Stella), *Explicatio Paragraphi Ubi decretum in l.nec quicquam.ff.de officio proconsulis & legati & aliquot aliorum locorum in hanc sententiam, in Estoile, et al. Contenta in hoc libello,* Paris 1528, G-K.

(8) The debate is found in Duchemin's *Antapologia* Estoile's *Explicatio* and the following works: *Annotationes Guillelmi Budei Parisiensis, Secretarii Regii, in quattuor & viginti Pandectarum libros ad Ioannem Deganaium Cancellarium Franciae,* (Paris 1508 Badius edition fol. LXIIIr-LXIIIIv); the *Paradoxorum ad Pratum, libri Sex* (1518), in *D. Andreae Alciati Mediolanensis Iureconsulti Clarissimi,* (Lyon, 1543, Gryphius ed.), book II, chapters III and XIII; *Andreae Alciati iurisconsulti in Stellam & Longovallium LL. Doctores defensio, Aurelio Albucio autore,* (Basel, 1529, Froben ed.) (Alciato wrote this work although he had it published under the name of his student Albucius — see Paul

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The exchange was provoked both by Budé's treatment of the term « *libellus* » in *lex Nec quicquam, § Ubi decretum* (D.1.16.9.1) in his *Annotations* (not considered here) and by Alciato's discussion of the passage in his *Paradoxa* (1518), in which he considered a number of long-standing technical problems in Roman law and offered solutions designed to demonstrate the superiority of a humanist approach to the texts of the *CIC.* In *§ Ubi decretum,* the third century A.D. jurist Ulpian declared,

> Ubi decretum necessarium est per libellum id expedire proconsul non poterit: Omnia enim quaecunque causae cognitionem desiderant per libellum non possunt expediri.
>
> (Where a *decretum* (decree) is required, the proconsul will not be able to dispose of the matter *per libellum.* All matters whatsoever requiring *causae cognitio* (investigation of the matter) cannot be disposed of *per libellum.*)

Alciato offered a reading of this passage much more restrictive than that handed down by Accursius, one which limited it to certain kinds of uncontested cases. (Accursius held that it barred delegation to a lower judge of cases requiring a full *causae cognitio*.) He did so despite the absence of anything in the passage or its immediate context which explicitly limited it in this way. He limited it because he assumed that Ulpian had first pronounced it in response to a specific legal problem and thus was not a general principle applicable to all aspects of law. He reconstructed the problem by relying on two imperial Constitutions preserved in the *Codex* portion of the *CIC* (9). For him, Ulpian's remarks in *§ Ubi decretum* applied only to uncontested cases that could nevertheless require a judge to investigate the circumstances involved, while the *libellus* in question was a document offered to a judge by the parties for his approval. Although Alciato apparently held the scholastic assumption that the *CIC* was a consistent whole, and indeed interpreted this passage so as to square it with other novel interpretations of the *CIC* he was

---

VIARD, *André Alciat: 1492-1550,* (Paris, 1926) 67 and nn.). For a fuller consideration of the Budé-Alciato-Estoile exchange, including Budé's role, see my *Guillaume Budé, Andrea Alciato, Pierre de l'Estoile: Renaissance Interpreters of Roman Law* in *The Journal of the History of Ideas*, 58, 1, january 1997, 21-40. For its significance for Calvin, see my paper, « *Young Calvin, Textual Interpretation and Roman Law* » forthcoming in *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance.*

(9) C.5.71.6, C.7.57.5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

advancing, several humanist assumptions are evident, assumptions Alciato explicitly laid out in this debate or elsewhere: 1) one must reconstruct the author's intentions and circumstances to properly understand his meaning; 2) the jurist likely was responding to a previously ambiguous legal situation, not repeating a general principle already known — implying that the meaning of an unclear passage was not likely to be set out clearly elsewhere in the *CIC*; 3) key terms like *libellus* and *decretum* can take on a great variety of meanings that must be ascertained from the author's use and the circumstances in which the author employed them. Further, his at times tentative language and indeed the openly conjectural nature of his reading suggested that to Alciato interpretation was an art which could produce insightful but uncertain results (10).

Alciato's view provoked a response from Estoile, who vigorously objected to so limited a meaning and also to Alciato's tentativeness, criticisms grounded in assumptions about how to understand key legal terms that were the polar opposite to those of Alciato. Where Alciato viewed a passage in Justinian as a specific pronouncement given in response to a particular problem, and so attempted to reconstruct the context in which the jurist had first pronounced it and that jurist's specific and characteristic usage, Estoile had virtually no interest in Ulpian's specific usage, for he never entertained the notion that Ulpian's usage might be different from that of other jurists. Rather, he applied a rigorously logical, scholastic approach to the ascertainment of a term's meaning. He assumed that all particular usages of a term must have the logical relation of « species » to a common « genus » definition, not only throughout the *CIC* but also in the *Corpus iuris canonici* and even in the Roman author Terence (by way of his fourth century A.D. commentator Donatus). For him, since each use of *libellus* or *decretum* must be a species of the term's common definition, uses of these terms that were logically inconsistent were excluded. On this view, Estoile would have no problem understanding « dog » to refer to poodles, collies or cocker spaniels, but an expression like « hot

(10) For the difficulties with this approach, its vulnerability to scholastic criticisms, and for the relationship of Alciato's position to that of Accursius, see my « *Guillaume Budé, Andrea Alciato* » section II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dog » would give him serious difficulties since most hot dogs, one hopes, fail the genus definition of « four footed mammals that bark. » Further, he insisted that when there was no obvious restriction of a term to a particular species, it must be taken to refer to the entire genus. He refused to ascribe any limitation to the passage's applicability that was not stated explicitly. By this means he argued that 1) since *decretum* was a very general term used to refer to many kinds of judicial decisions (for which he provided many examples), it could not be restricted to orders issued in uncontested cases since elsewhere it referred to judgments in contested cases and 2) since *libellus* also referred to a large variety of documents (he offered nine different types) the passage referred to all situations where a *libellus* was employed. For him the passage required the resolution of *any* case, contested or not, by a *decretum* whenever a judicial investigation *(causae cognitio)* was called for, and excluded its resolution through the parties merely subscribing to the many kinds of documents called *libelli* in the *CIC.* On the other hand, *all* matters where such an investigation was not required could be resolved through subscription to a *libellus.* Note that in the passage in question he assumes that the conditions requiring a *decretum* and those requiring a *causae cognitio* are isomorphic, although the passage might also be read to assert that the need for a *causae cognitio* is *one instance* in which a *decretum* is required (as Alciato read it), or even disjunctively, so that if *either* a *decretum or* a *causae cognitio* is required, then the matter may not be handled *per libellum.* However, the latter two readings assume that the passage was not declaring a general principle in a logically precise, rigorous manner, for it assumes its author omitted an explanation of why a *decretum* might be required apart from the conducting of a *causae cognitio.*

In the *Antapologia,* Duchemin defends Estoile at length in his debate with Alciato. His introduction of the *edictalis-decretalis* distinction enabled him to affirm Estoile's position on *§ Ubi decretum* (D.1.16.9.1) and to score a further blow against Alciato ([11]). The humanist jurist, in a separate chapter of the *Paradoxa* (where he had also treated *§ Ubi decretum*), had offered an interpretation of Con-

([11]) His defense of Estoile is at *Antapologia* E iij+1 to G iij + 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stitution C.5.70.7.3a from Justinian's *Codex* concerning the use of a *decretum* in the granting of *bonorum possessio.* Now Duchemin believed he could show that the situation discussed in that *Codex* passage was a specific manifestation of the general principle set forth in *§ Ubi decretum,* as his teacher Estoile understood it, and so further disparage Alciato.

In C.5.70.7.3a Justinian declares,

> curatori autem eius [furiosi] licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem eius [modern editions: esse] successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege [C.6.9.9] sublata est et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit portione [modern editions: petitione].
>
> (We grant permission however to the *curator* of [an insane person], indeed much more impose on him the requirement, that if he were to regard the succession to be useful, to accept that *bonorum possessio,* which previously was granted by a *decretum* and is similar to *bonorum possessio* since the petition of *bonorum possessio* has been superceded by the Constantinian *lex* [C.6.9.9] and from that *lex* a procedure was introduced that suffices in place of the ancient petition) (12).

Against the received interpretation, Alciato had argued that the passage only implied that the requirement for a formal *petition* for *bonorum possessio* had been superceded (by the Constitution referred to in this passage, C.6.9.9), not that for a *decretum* (13). Estoile in turn affirmed the received view of the passage.

Duchemin's distinction between *decretalis* and *edictalis bonorum possessio* confirmed Estoile's view that *§ Ubi decretum* stated a very general principle, for it presented the *edictalis/decretalis* distinction found in inheritance law as a species of the more general distinction Estoile ascribed to *§ Ubi decretum,* that just exactly those cases requiring an investigation of the matter (*causae*

---

(12) Text from *Codex* 321-2. In modern editions, the « Constantinian *lex* », C.6.9.9, is ascribed to Constantius, not Constantine.

(13) *Paradoxa* Bk. II, c. 13, 31. Accursius was one of his main targets, although Accursius reported that « certain ones » held that only the formal petition, not a *decretum,* was no longer required. See Gloss on C.5.70.7.3a, *Accursii glossa in Codicem* 321 (gloss on *Nos itaque utramque auctoritatem...*) Bartolus agreed with Accursius that both a *decretum* and a formal petition were no longer required by C.5.71.6. See comments on *si causa* of D.37.1.3.8, in Bartolus on *secunda pars infortiati.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cognitio) also required a *decretum,* while those not requiring investigation also did not require a *decretum* (see above p. 475). For Duchemin's key defining characteristic of *decretalis bp* was the need for both a *decretum* and a *causae cognitio.*

Duchemin developed this distinction by investigating several different kinds of *bp:* those appropriate for an *impubes* (Carbonian), for a *venter,* for a *captivus,* and for a *furiosus,* the kind discussed in C.5.70.7.3a. By applying the distinction to this last passage he could argue that it was referring to the *decretalis* form of *bp* appropriate to a *furiosus,* that in the more ordinary *edictalis bonorum possessio,* a *decretum* had never been required, while in *decretalis bp* it had always been required. Thus he could argue that the reference to a « similitudo » to *bp* referred to the similarity of *decretalis bp* the emperor was urging here to *edictalis bp* (a similarity which nevertheless excluded identity and so established a distinction between the two), and that the phrase referring to *bp* "quae antea ex decreto dabatur » did not imply any change in procedure. (Ironically, Duchemin affirmed Alciato's view that the *decretum* had not been superceded, but Alciato's understanding was quite different from that of Duchemin, for he had asserted a difference between civil and praetorian *bp,* and held that all praetorian *bp* requires a *decretum.* Moreover he held that *decretalis bp* applied only to uncontested proceedings, while Duchemin insisted contested proceedings were included as well) (14).

Duchemin's argument simultaneously provided additional support not only for Estoile's earlier stand against Alciato but also for his generalizing interpretive method, even though Duchemin did accept part of Alciato's interpretation of C.5.70.7.3a and mildly disagreed with Estoile. His interpretation further supported his mentor's assumptions by severely reducing the presence of change in the ancient law, for it denied that the use of a *decretum* in *bp* had changed. By showing that C.5.70.7.3a stated a procedure that was a species of the principle set forth in *§ Ubi decretum,* he further proposed to restore certainty to a passage that had long troubled

(14) *Antapologia* C iii + 2 to 3, D iii to D iii + 1; Albucius *Defensio* b 6-1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

professional jurists, thereby denying the need for the tentative approach Alciato and other humanists were applying to the CIC.

But Duchemin's interpretation depends upon the assumption that similarities in terminology or in conceptual distinction must be taken as logically consistent uses of the terms and concepts involved. It affirmed his mentor's approach only because he applied the methods he had learned from his master; indeed when defending Estoile's view of *§ Ubi decretum,* Duchemin was more explicit than Estoile himself in explaining the *genus-species* relationship of a term's meaning to particular uses of it (15). Regarding his new-« found » distinction, he cited numerous passages from the *Digest,* all of which putatively expressed various aspects of the distinction he was drawing; he never discussed the particular problem to which each jurist he cited might have been responding or entertained the possibility of differences of usage.

Duchemin took the term *decretalis* from D.38.9.1.7 which did employ the expression *decretalis bonorum possessio,* although it did not connect this form with either a *causae cognitio* or the *pro tribunali* court procedure or indeed any other specific practice (16). But the two key proof texts for Duchemin's *edictalis/decretalis* distinction — passages that linked it to *§ Ubi decretum* — are D.37.1.3.8 and D.38.15.2.1. The former declared,

> Si causa cognita bonorum possessio detur: non alibi dabitur quam pro tribunali: quia neque decretum de plano interponi: neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest.
>
> (If *bonorum possessio* is granted through a *causae cognitio,* it may not be granted other than *pro tribunali,* since a *decretum* may not be issued *de plano;* nor after a *causae cognitio* can *bonorum possessio* be granted other than *pro tribunali)* (17).

The latter distinguishes two different time limits for *bp* cases conducted *de plano bp* and for those « quae causae cognitionem pro tribunali desiderat vel quae decretum exposcit » (18). Clearly Duchemin singled out these passages because he noticed the similarity of

(15) *Antapologia* F iii.

(16) Cited at *Antapologia* C iii + 2, D, E ii + 1.

(17) Text from *Infortiatum* 436.

(18) D.38.15.2.1 and D.37.1.3.8 are central because both are in sections discussing

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oppositions among these two *bp* passages and *§ Ubi decretum,* and so read them in the light of that passage. The two *bp* passages linked together the terms *pro tribunali-causae cognitio-decretum* and opposed them to *de plano,* while *§ Ubi decretum* linked together *causae cognitio-decretum* and opposed them to *per libellum.* Duchemin read these similarities as embodying the same distinction because of the generalizing-literalist reading habits he shared with Estoile and indeed with a long line of medieval interpreters. Following Estoile, he took *§ Ubi decretum* as pronouncing a principle of universal applicability. Because D.37.1.3.8 shared with *§ Ubi decretum* the assumption that a *decretum* was required following upon a *causae cognitio,* he assumed that D.37.1.3.8 affirmed for the class of *bonorum possessio* actions the same principle *§ Ubi decretum* established for the entire CIC (19). Thus he equated the opposition *pro tribunali* versus *de plano* with the counterposition, in *§ Ubi decretum,* of the unspecified procedure in which a *causae cognitio* and *decretum* were employed versus the *per libellum* proceeding, reasoning that the *per libellum* proceeding of *§ Ubi decretum* was a subcategory of *de plano* proceedings, and that *edictal bp* had been issued *per libellum* until Constantine had issued his Constitution (C.6.9.9) that allowed for other kinds of applications to suffice (20). Likewise he viewed D.38.15.2.1 as expressing differing time limits for the same two classes of procedures — *decretalis* ones requiring *causae cognitiones, decreta,* and proceeding *pro tribunali,* and *edictalis* ones which did not.

Duchemin held that the conditions for *decretalis bp* are that: 1) the person was unable to accept or reject *bp* himself; 2) there must be an issue requiring investigation, 3) a *decretum* is required if and only if a *causae cognitio* is also required, 4) the grant is temporary pending the removal of the condition preventing the would-be inheritor from accepting or rejecting. The *edictalis* form on the other

---

bp in general rather than a specific kind of *bp.* Duchemin cites D.38.15.2.1 twice, both times together with the key passage D.37.1.3.8.

(19) However Estoile had argued that a *causae cognitio* could sometimes take place even in *summarie et de plano* proceedings. See ESTOILE *Explicatio* H iij + 2.

(20) On *edictalis bp* as proceeding *per libellum* prior to the Constitution recorded in C.6.9.9, see *Antapologia* D ii, E.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hand was issued *de plano,* assumed no need for an investigation, generally could be accepted or rejected by the recipient, and was permanent.

Yet Duchemin's generalizing tendency, his propensity to take similarities as identities, blinded him to some textual problems with his interpretation. To establish these points, Duchemin drew upon several kinds of *bp.* His strongest example for the *decretalis* form was Carbonian *bp* in which, it was plausible to assume, all of the above conditions were always met: a *decretum* and a *causae cognitio* were both required, the proposed recipient was an *impubes* and so could not accept or reject *bp* until reaching adult status, and a *causae cognitio* was required to determine whether the claimant was indeed the son of the deceased by D.37.10.3.4. He read D.38.6.1.4, which opposes Carbonian to edictal *bp,* and associates the latter with claiming *bp,* as espousing the *decretalis-edictalis* distinction (21). Yet one important problem remains: neither in D.37.10 nor elsewhere, could he find any use of the term *decretalis* to refer to Carbonian *bp.*

His strongest example for *decretalis bp* in addition to Carbonian was the *de ventre* form, for which he cited the language in D.37.9.1.14 calling for the praetor to make use of a *decretum* in contested or doubtful cases « on the example of the Carbonian edict » (22). Moreover the expression *decretalis bonorum possessio* was found in this section, in D.38.9.1.7. (Unlike some modern commentators, he seems to have held that only contested forms of *de ventre bp* required a *causae cognitio* and *decretum,* based on the language of D.37.9.1.14, D.37.9.1.16 and D.37.9.7 from which he quotes extensively) (23).

However, his argument was far less secure for the granting of *bp* to a *furiosus* or *captivus* — the former the key category he needed to demonstrate was a form of *decretalis bp* as he defined it. For it was the meaning of C.5.70.7.3a, which discusses the granting of a

(21) *Antapologia* C iii + 2, where it is one of the key passages he cites to support his « discovery » of the distinction. Discussions of Carbonian *bp* can be found at C iii + 2,3, D + 1, D iii + 1,2,3, E + 1, E ii, G iii + 1.

(22) *Antapologia* E + 1, G iii + 1.

(23) *Antapologia* D iii + 3 (D.37.9.7), C iii + 3 (D.37.9.1.14 and 16), E + 1 (D.37.9.1.14 and 16).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decretum to a *furiosus,* that had inspired his application of *§ Ubi decretum* to *bonorum possessio* in the first place. Duchemin did succeed in showing that *bonorum possessio* was granted to a *furiosus* temporarily, and that this granting was said to involve a *decretum* (in D.38.17.2.11; cf. D.5.3.51) (24). Moreover, the language of D.38.9.1.5 discussed *bp* granted to *a furiosus* in language very similar to that of D.38.9.1.7 which did employ the expression *decretalis bonorum possessio* — although the first passage did not employ the terms *decretum* or *decretalis.* Duchemin took the use of *decretalis bp* in the latter passage, the similarity of language between it and the first, and the reference to granting by a *decretum* in D.38.17.2.11 to show that the *furiosus* was included. He was able to do so just because he took the use of *decretalis* in the expression *decretalis bonorum possessio* as referring to the category, involving the use of a *decretum,* established in D.37.1.3.8, itself a *species* of the general distinction established in *§ Ubi decretum.* Although he argued that « the appearance of a doubt concerning the condition of the claimant » was the reason a *decretalis* procedure was required, with its included *causae cognitio,* he was unable to find any reference to a *causae cognitio* regarding a *furiosus* or a *captivus* (25). The passage for which he was offering his new understanding, C.5.70.7.3a, which on his interpretation was discussing *decretalis bp,* made no mention of any uncertainty concerning the rights of the *furiosus.* Nevertheless he was particularly insistent on the necessity of a *causae cognitio* because he wished to reject Alciato's view that the *decretum* discussed in *§ Ubi decretum* was issued in only uncontested procedures (26). Regarding a *captivus,* he had even less support. He cited only D.37.1.12, which mentions *captivus* along with *venter* and *furiosus,* but makes no mention of any of the special characteristics he ascribes to *decretalis bp,* and D.37.1.3.6. Though he insisted « you come across nothing more frequently than these words: *decernere, decretum,* and *causae cognitio*, » (27) he was unable to cite any passage showing that these cases required a *causae cognitio.* He did

(24) *Antapologia,* D iii (D.38.17.2.11).
(25) *Antapologia,* E.
(26) See *Antapologia* E and my « *Guillaume Budé, Andrea Alciato* ».
(27) *Antapologia* D iii + 2 to D iii + 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

not offer either a plausible explanation of why even an uncontested *furiosus* or *captivus bp* required a *causae cognitio,* although he almost certainly held that uncontested *de ventre bp* did not, and certainly held that all Carbonian *bp* cases were by their nature contested — see above, p. 479.

Moreover, his generalizing tendency, already evident in his and Estoile's assumption that *§ Ubi decretum* rigidly equated the need for a *decretum* with that for *causae cognitio* led him to overlook the *conditional* quality of D.38.15.2.1. While D.38.15.2.1 like D.37.1.3.8, does imply that a *causae cognitio* is closely associated with proceeding *pro tribunali,* and that this procedure has the same time limits as those requiring a *decretum,* it does not imply that a *decretum* is issued *only* as a concomitant of a *cognitio* for it describes situations « quae causae cognitionem pro tribunali desiderat *vel* quae decretum exposcit [emphasis added] » (28). Modern scholars have noted two possible corruptions detectable from their inconsistency with the general uses of *decretum* which Duchemin also might have noticed, the expression « decreto posse petere » in D.37.4.14.4 and « si furioso decreto petita sit possessio » in D.38.17.2.11 (Duchemin cites the second of these) (29). That C.5.70.7.3a did not speak explicitly of *decretalis bp* or mention *edictalis bp,* that neither *§ Ubi decretum* nor D.37.1.3.8 nor D.38.15.2.1 made clear that *only* cases requiring a *causae cognitio* also require a *decretum,* were of little consequence to him.

Thus the *edictalis-decretalis* distinction emerged out of a highly contentious clash of assumptions as to how to interpret the *CIC,* in which the substantive question of *bonorum possessio* was not the central focus and indeed no practical problem concerning inheritance law is evident. Rather, the purpose of Duchemin's tract was to provide further support not only for Estoile's stand in his debate with Alciato but for his interpretive assumptions as well, and to diminish the evidence of change in legal procedure from early Rome to the time of Constantine (although even Duchemin had to concede that the use of a formal petition had been superceded, due to the

(28) Duchemin cites D.38.15.2.1 together with D.37.1.3.8 at C iii + 3 and D ii. On « vel quae decretum exposcit » see SOLAZZI 18 and nn. 1 and 2.

(29) SOLAZZI 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inescapable language of C.6.9.9 describing just such supercession). Thus Duchemin, like Estoile, applied to textual interpretation what Peter Burke has called a scholastic substitution of a sense of space for a sense of time ([30]). They were largely oblivious to differences of usage, to the implications of the process of excerpting and rearranging by which the *Digest* had been edited (a process evident in the prefaces to the work). Their hermeneutic efficiently filtered out from the *CIC* differences owing to the construction of the *Digest* from different authors working at different times and places and with different legal conceptions and terminology, and construed the *CIC's* thousands of pronouncements as forming one, rigorously logical conceptual and linguistic « space. » That Duchemin's distinction is still widely accepted as the law of the *Institutes, Digest* and *Codex* suggests the continuing power of insufficiently examined scholastic habits of interpretation in the applied legal hermeneutics of our own day. Indeed Duchemin's consummate skill at fitting these passages together to present a rigorously logical picture of his *decretalis-edictalis* distinction, and thus to avoid troubling questions of usage, context, and intention, may well be the major reason that this distinction is still widely accepted as the law of the *CIC* itself, more than 400 years after Duchemin first constructed it.

([30]) Peter BURKE, *The Renaissance Sense of the Past,* (London, 1969), 6; cf. 19. Peter Burke refers to the tendency for medieval writers to wrongly take the artifacts of earlier European civilizations in their midst as the products of a spatially « foreign » and distant civilization rather than acknowledging cultural change in their own society, and notes that « the sense of space was being used as a substitute for the sense of time. » Cf. Ian MACLEAN, *Interpretation and Meaning in the Renaissance: The Case of Law,* (Cambridge 1992), 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eugen Huber (1849-1923). Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars (mit einem bibliographischen Anhang), Universität Bern, Rechtshistorisches Seminar, Bern 1993.

Eugen Huber, Schöpfer des die kantonale Rechtsvielfalt überwindenden, die Rechtseinheit in der Schweiz verwirklichenden Zivilgesetzbuches von 1912, war bei schweizerischen Juristen ebenso wie bei in- und ausländischen Rechtshistorikern als nationales Denkmal von unerreichter Universalität lange Zeit vorbehaltlos anerkannt. Sein Anteil am Zustandekommen dieser modernsten europäischen Zivilrechtskodifikation zu Beginn des 20. Jahrhunderts wird immer noch als herausragende gesetzgeberische Leistung eingestuft. Er gilt als begnadeter Zivilrechtler ebenso wie als genialer Rechtshistoriker. Erste Anstöβe zum überdenken dieser « Monumentalität » gab eine längst überfällige, moderne Biographie von *Dominique Manai,* Eugen Huber. Jurisconsulte charismatique, Basel-Frankfurt/M. 1990. Mit ihren zum Teil unkonventionellen Thesen provozierte sie einen wissenschaftlich fruchtbaren Dialog. Der Berner Zivilrechtler und Rechtshistoriker *Pio Caroni* war einer der ersten, der sich mit dem Buch von Manai eingehend auseinandergesetzt hatte. In einer vielbeachteten Rezension mit dem Titel « Il mito svelato » (Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 110, 1991, 381-419) forderte er eine umfassende kritische Bilanzierung der Persönlichkeit von Eugen Huber und seines Lebenswerks. Dies sollte durch neu oder anders formulierte Fragestellungen erfolgen, u. a. auch unter Einbeziehung bisher nicht beachteter, unbekannter Quellen (z. B. erhaltene private und wissenschaftliche Korrespondenz).

Was lag näher, als sich diesen Forschungszielen zusammen mit jungen WissenschaftlerInnen des von ihm geleiteten Rechtshistorischen Seminars zuzuwenden. Dabei waren sich alle von Anbeginn darüber einig, daβ das tradierte Bild von Huber und seinem Werk an sich nicht falsch, jedoch in mehrfacher Hinsicht ergänzungsbedürftig sei. Daβ diese Einschätzung mehr als berechtigt war, beweisen die elf Beiträge. Sie nähern sich Eugen Huber u. a. als Sozialreformer, Zivilist, Publizist, Rechtshistoriker oder Rechtsvergleicher. Das geschieht durch eine verstärkte Beachtung des gesamten wissenschaftlichen, aber auch privaten oder universitären Umfeldes, aus dem er kam, in dem er wirkte und von dem seine Arbeiten mitbeeinfluβt waren. Die Publizierung von zum Teil rechtshistorisch-wissenschaftlichen Erstlingsschriften in der Form von Seminararbeiten ist — jedenfalls in der deutschsprachigen Forschungslandschaft — durchaus keine Selbstverständlichkeit. Sie ist uneingeschränkt zu begrüβen und lädt zur Nachahmung ein.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Der Sammelband beginnt mit einer Untersuchung der Haltung Hubers gegenüber der sozialen Frage seiner Zeit, die das beherrschende Thema des 19. Jahrhunderts bildete. *Urs Fasel* fragt, ob Hubers einschlägige Theorien möglicherweise weitgehend Lippenbekenntnisse waren. Der Autor verneint dies schließlich und begründet es überzeugend mit einer differenzierenden Bewertung Hubers politischer Heimat als freisinniger Mitredaktor der « Neuen Zürcher Zeitung » einerseits sowie als dieser liberalen politischen Richtung grundsätzlich verpflichteter Parteigänger andererseits. — Der Ausgestaltung des Dienstvertragsrechts im Obligationenrecht von 1911 widmet sich *Catherine Gasser.* Sie beginnt ihre Analyse mit einem interessanten Vergleich. Hubers liberaler Konzeption stellt sie die revolutionären Lehren und politischen Postulate des bekennenden Sozialisten *Philipp Lotmar* gegenüber, der allgemein als Begründer der modernen Arbeitsrechtswissenschaft gilt. Beide waren rund 30 Jahre Fakultätskollegen. Die Autorin kommt zu dem Ergebnis, daß Hubers Dienstvertragsrecht das Maximum an politisch Durchsetzbarem verwirklicht hatte. Die Rückwirkung der weitaus moderneren, in die Zukunft weisenden Vorschläge Lotmars auf die Ausgestaltung des Arbeitsvertragsrechts im Obligationenrecht sieht sie in der Tatsache, daß sie als Extrempunkte bei der Orientierung in der Diskussion nicht übersehen werden konnten. — *Stefan Holenstein* macht mit einem Briefwechsel Hubers bekannt, den dieser mit seinem Jugendfreund und Justizpraktiker *Emil Zürcher* geführt hatte. Der anschaulich geschriebene, vorwiegend biographisch informierende Beitrag verdeutlicht in vielen Beziehungen die politische Grundhaltung des jungen Huber ebenso wie die Beeinflussung seiner wissenschaftlichen Karriere durch die Erfahrungen in Berlin, Wien, Zürich und Bern. — Eine dogmatische Arbeit von *Davis Wyss* beschäftigt sich mit der « Familienheimstätte », einer besonderen, vor Zwangsverwertungen sicheren, sozialverträglichen Nutzungsfigur des Grundeigentums, sowie mit der « Gült », einer ebenfalls schuldnerfreundlichen, eigenen Form des Grundpfandrechts für den bäuerlichen Bereich. Die zwei Rechtsinstitute des Zivilgesetzbuches wurden von der sozialen Realität nicht angenommen; sie konnten sich nicht durchsetzen. Der Autor fragt nach den Gründen. Er stellt fest, daß beide Institute ursprünglich wichtige soziale Korrekturen innerhalb der Kodifikation vornehmen sollten. Ihre fehlende Akzeptanz dürfte auf den raschen Wandel in den Grundlagen der Gesellschaft zurückzuführen sein. Mit hoher Wahrscheinlichkeit hatte Huber dies bereits vorausgesehen. Dennoch bestand er wohl wegen ihres großen sozialpropagandistischen Wertes auf der Aufanhme in die Kodifikation. — *Diane Steber* und *Bruno Claus* zeigen an einer Bündner Fallstudie, wie Huber kantonale Rechtsüberlieferung erfaßt und für eine eventuelle Übernahme in das Zivilgesetzbuch nutzbar gemacht hatte. Claus verdeutlicht dies eindrucksvoll an der Formulierung des Inhalts und Umfangs des Grundeigentums vor dem Hintergrund der Maxime « usque ad

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sidera, usque ad inferos ». — *Fredi Hänni* und *Christoph Sigg* befassen sich in einer gelungenen biographischen Studie mit dem Phänomen « Huber als politischer Journalist ». Sie interessieren unter anderem die Gründe, die für seinen Fortgang als Chefredakteur der (damals noch nicht so bedeutenden) « Neuen Zürcher Zeitung » maβgeblich waren. Wichtig und für die Forschung nützlich ist das im Anhang gebrachte chronologische Verzeichnis aller von Huber in dieser Zeitung veröffentlichten Artikel. — Ein zum Teil sehr persönlich geschriebener Beitrag von *Marianne Reinhart* und *Hans Balmer* sowie ein weiterer von *Regula Gerber Jenni* und *Claudia Kaufmann* behandeln die Studienverhältnisse an der Universität Bern in den Jahren 1880 bis 1920 und widmen sich sowohl dem Frauenstudium wie der Berücksichtigung der Frauenforderungen im Zivilgesetzbuch. Gut herausgearbeitet sind die Manifestationen unterschiedlicher politischer Strömungen in der gesamten universitären Lebenswirklichkeit. Wichtig dabei ist vor allem der Hinweis auf die Bedeutung von *Emilie Kempin-Spyri,* der ersten promovierten und in Zürich habilitierten Juristin Europas. Wie schon bei der Kodifizierung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (1896/1900) blieb auch in der Schweiz die « Frauenfrage » weitgehend auf der Strecke und stand an oberster Stelle der « Verlustliste » der Zivilrechtsreform. Auch Huber war von den alten « gelebten Selbstverständlichkeiten » nicht abgewichen. Ob er es hätte tun können, muβ schon angesichts seiner Biographie bezweifelt werden. — *Ivan Paparelli* vergleicht Huber mit *Otto von Gierke.* Eindrucksvoll und überzeugend zugleich demonstriert er Ähnlichkeiten beziehungsweise Abhängigkeiten am Modell des sozialen, die absolute Rechtsfigur einschränkenden Eigentumsbegriffs. — *Elena Ramelli* überprüft Thesen von Dominique Manais Biographie zu Huber als (germanistischer) Rechtshistoriker. - *Sabine Ulmann* und *Giovanna Canepa* untersuchen seine persönlichen und wissenschaftlichen Kontakte zu französischen und italienischen Kollegen. Ulmanns Beitrag bringt eine Fülle von Zitaten aus Briefen. Sie belegen, mit welcher Intensität sich Einwirkungen des ausländischen Zivilrechts über Huber im schweizerischen Recht, aber auch umgekehrt (z. B. auf die Revision des Code civil) ausgewirkt haben. Während ihn mit dem Franzosen *R. Saleilles* eine über die wissenschaftlichen Verbindungen hinausgehende persönliche Freundschaft verband, hielt sich sein Einfluβ auf die italienische Zivilistik eher in Grenzen.

Das Buch ist ein hervorragendes Beispiel für die Kreativität des kritischen Denkens, wenn hohes persönliches Engagement die Forschungsarbeiten bestimmt. Die Art und Weise des Zugehens auf die Gegenstände des Erkenntnisinteresses mag nicht immer den anerkannten, vertrauten Grundsätzen der wissenschaftlichen Methodik entsprechen. Gleichwohl wird dieses Defizit (wenn es denn überhaupt ein solches ist) durch die Originalität sowohl der Formulierung der Forschungsfragen, wie auch der Präsentation von Ergebnissen oder durch

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Erschließung archivalischer (Primär-)Quellen mehr als kompensiert. Für weitere Auseinandersetzungen mit dem herkömmlichen, in den juristischen Biographien kolportierten Bild von Eugen Huber als dem überragenden Zivilisten, Rechtshistoriker und Gesetzgeber enthält der Sammelband zahlreiche wertvolle Anregungen.

HANS SCHLOSSER

E.J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit,* Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1995 (Jus Commune. Sonderhefte, 74).

L'opera di Rudolf von Gneist è certamente una delle più conosciute nell'ambito della letteratura giuspubblicistica europea del diciannovesimo secolo. Ripercorrere la fortuna dell'opera di Gneist, diffusa e citatissima in molti paesi europei a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso, significa in effetti rileggere non poche pagine del dibattito politico e giuridico dell'età liberale su problematiche ben note: il decentramento, la giustizia amministrativa, il governo parlamentare. È così sicuramente in Italia, dove la recezione di Gneist (come documenta B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 86 e ss.) si intreccia appunto con la discussione dei liberali italiani sui difetti del parlamentarismo, serve da supporto esemplare ad un certo piano in materia di amministrazione che sembrava allora poter soddisfare insieme i risentimenti verso la burocrazia dello Stato unitario ed i timori di stampo conservatore nei confronti di un'evoluzione politica e sociale in senso democratico, soprattutto a livello locale.

Per chi ha conosciuto Gneist attraverso queste tortuose vie, il volume di Hahn ha prima di tutto un merito: quello di restituire Gneist al suo tempo, e luogo, storico, alla Prussia ed alla Germania della seconda metà del secolo scorso. Gneist non è più così tanto un 'materiale' — come oggi si dice — della discussione politico-giuridica dell'età liberale, ma un giurista, ed un uomo politico, in carne ed ossa, chiamato a prendere posizione su tutti gli eventi più rilevanti del suo tempo: il Quarantotto, l'emanazione della Costituzione prussiana del 31 gennaio 1850, la successiva discussione sulla sua interpretazione in rapporto alla forma monarchico-costituzionale, il celebre conflitto costituzionale prussiano, ma anche le riforme amministrative prussiane, fino poi al Secondo Impero (su molte di queste problematiche, anche con riferimento diretto a Gneist è ora fondamentale A. G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna, 1995).

L'interesse per il volume di Hahn sta dunque proprio nel fatto che esso ci mostra la figura di Gneist a tutto tondo, nello stile di una vera

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e propria biografia intellettuale, che come tale comprende tutti gli aspetti più rilevanti: da quelli della formazione culturale ed universitaria fino a quelli più strettamente relativi alla vita politica o professionale. Del resto Gneist ben si prestava a tutto questo. È noto infatti come nella vita e nella opera del giurista berlinese tutto tenda ad intrecciarsi: il suo lavoro di storico del diritto, nella tradizione della Scuola Storica, è sicuramente funzionale alla enucleazione di quel modello costituzionale inglese che è alla base delle proposte politiche e di riforma amministrativa; e si può anzi aggiungere che molti saggi di Gneist nascono direttamente dalla lotta politica, dalla esigenza di proclamare come vitale ed essenziale per il *Rechtsstaat* quella certa soluzione che il movimento liberale prussiano e tedesco stava di volta in volta ricercando.

Il volume di Hahn ha infine il merito di affrontare senza esitazioni alcuni nodi problematici. Il primo tra questi, che attraversa tutto il volume — per il buon motivo che attraversa anche tutta l'opera di Gneist —, è certamente quello della forma di Stato, e più in particolare della monarchia costituzionale quale centro vitale del tanto celebrato *Rechtsstaat*. Su questo punto ci soffermeremo qui brevemente.

La monarchia costituzionale di Gneist nasce intanto — come ben documenta il nostro volume — da un serrato rapporto di opposizione alla Francia, ed in particolare alla cultura individualistica e contrattualistica della rivoluzione. Nella rappresentazione di Gneist, la Francia è il paese del 'folle tentativo' della società di dare allo Stato le sue leggi. È il paese della *Parteiherrschaft*, ma è anche, non a caso, il paese della centralizzazione amministrativa. Per Gneist c'è infatti un nesso profondo tra rivoluzione e centralizzazione, nel senso che l'amministrazione è tanto più sottoposta alle mille pressioni degli interessi sociali e politici — la 'società' trionfante della rivoluzione, per il nostro giurista — quanto più è centralizzata. È questo un punto di assoluto rilievo nella dottrina di Gneist, ed anche di buona parte del liberalismo tedesco, che rovescia il paradigma rivoluzionario, secondo cui centralizzare l'amministrazione significa fondare un'amministrazione protetta dagli interessi particolari, e dunque neutra ed imparziale. Per Gneist è vero l'inverso: più l'amministrazione è centralizzata, più è vicina al potere politico d'indirizzo del governo e del parlamento ed alla pressione degli interessi sociali. La soluzione del giurista berlinese è nota, ed è quella dell'amministrazione dei non-funzionari, dell'alleanza tra esercizio delle funzioni pubbliche ed aristocrazia, o borghesia colta e possidente. Solo per questa via si ha un'amministrazione imparziale, svincolata dal dominio del politico. Alla figura del funzionario statale professionale, per Gneist fatalmente prono alle ragioni delle maggioranze politiche e degli interessi particolari, si contrappone la figura dell'amministratore onorario, chiaramente ispirato al modello inglese, espressione di una sorta di 'naturale' classe dirigente, che è ritenuta capace di curare l'interesse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico in modo imparziale proprio perché non stabilmente legata all'apparato pubblico, in posizione di sostanziale indipendenza.

Questa dottrina dell'amministrazione è così centrale da risultare in un certo senso preliminare all'intera problematica della monarchia costituzionale. Solo partendo da qui si comprende per esempio l'atteggiamento di Gneist tra il Quarantotto ed il conflitto costituzionale prussiano, quando egli contesta, anche con accenti piuttosto vivi, il *Beamtenmonopol* prussiano. Il suo timore è in realtà quello del radicarsi definitivo anche in Prussia di un'amministrazione centralizzata professionale di stampo francese, come tale sostenuta proprio dalla monarchia. È in questo senso che Gneist in tutta questa fase difende i diritti del parlamento. Egli non difende tanto la democrazia parlamentare — che anzi temeva per lo meno quanto l'amministrazione centralizzata — quanto lo spazio vitale necessario per lo svilupparsi anche in Prussia di un ruolo pubblico dell'aristocrazia e della borghesia colta e possidente, presente in parlamento, e per Gneist da candidare all'esercizio di rilevanti funzioni pubbliche, soprattutto a livello locale.

Deve essere però chiaro che quando questa sorta di 'classe ideale', insieme aristocratica e borghese — pensata con evidente riferimento al tradizionale modello inglese —, pretende di divenire partito e di costituire una maggioranza in parlamento su cui fondare il governo, allora il pendolo della monarchia costituzionale torna anche per Gneist ad oscillare dalla parte della monarchia. Torna allora in primo piano lo Stato come valore impersonato dal monarca, che nella tradizione prussiana e tedesca si contrappone alla *Parteiherrschaft*, al polo della democrazia politica e della rivoluzione. Non bisogna mai dimenticare che i funzionari onorari di Gneist avrebbero dovuto essere tutti rigorosamente di nomina regia, perché da qui, e non da altre parti, essi avrebbero dovuto ricavare il marchio originario costitutivo della loro imparzialità.

Il volume di Hahn mostra molto bene questo punto discutendo la decisiva problematica della responsabilità ministeriale, così come emerge dalle pagine di Gneist, soprattutto in tutta la fase del conflitto costituzionale prussiano. La lotta del movimento liberale, e dello stesso Gneist, per l'affermarsi del principio della responsabilità ministeriale, è infatti tutta dentro quel quadro della monarchia costituzionale che sopra abbiamo sommariamente tratteggiato. La responsabilità ministeriale di Gneist niente ha a che fare in effetti con la parlamentarizzazione del sistema politico, che egli fermamente avversa. Consiste invece nel principio che consente di rivedere di fronte ad un tribunale — si tratta poi d'individuare quale: ed è certo aspetto non secondario, di cui qui non possiamo occuparci — l'atto dell'amministrazione, di cui il governo ed i singoli ministri sono il vertice: è il principio che genera la sottoposizione dell'amministrazione alla legge, e finisce quindi per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coincidere con l'essenza stessa del *Rechtsstaat*, per costituire il fondamento ideale delle notissime battaglie per la giustizia amministrativa del liberalismo ottocentesco europeo. In ultima analisi, l'istituto della responsabilità ministeriale, così concepito, richiama — come nel precedente caso dei funzionari onorari e della polemica contro il *Beamtenmonopol* — più che altro ancora il timore di sempre, che è quello della politicizzazione dell'amministrazione, del suo dispiegarsi come forza messa a disposizione della parte politica vincente. La monarchia costituzionale è per Gneist e per il liberalismo tedesco l'unica forma di Stato capace di contrastare questo pericolo, proprio perché è la *forma dualistica per eccellenza*: il parlamento, in cui sono rappresentate l'aristocrazia liberale e la borghesia colta e possidente, impedisce al monarca di conquistare l'amministrazione piegandola al proprio volere, ma anche il monarca, nella tradizione del principio monarchico, impedisce che il parlamento si faccia maggioranza dominante, chiamando l'amministrazione a seguire l'indirizzo politico vincente.

Alla fine, ciò che Gneist con tanto orgoglio, e qualche volta con non poca retorica, chiama 'Stato' è nient'altro che questa amministrazione immaginata come propria e specifica della monarchia costituzionale, che si pretende sottratta alla politica degli interessi particolari e delle maggioranze, e dunque dedita alla imparziale cura degli interessi pubblici, grazie alla duplice e concordante azione della monarchia e del parlamento in cui è rappresentata l'alleanza tra aristocrazia liberale e borghesia.

Nel volume di Hahn non mancano accenti critici nei confronti di questo progetto, soprattutto per la evidente sottovalutazione, che certamente esso contiene, dei problemi della società industriale, ed in particolare delle conseguenze dell'allargamento del suffragio, che effettivamente ci si ostina fino all'ultimo a non considerare, neppure con riferimento al pur tanto amato modello inglese, ormai alla metà dell'Ottocento così diverso nei fatti rispetto alla versione che lo stesso Gneist proponeva ai liberali tedeschi.

Questo ed altro ancora si potrebbe dire, con riferimento al conservatorismo di Gneist, al legame indissolubile che egli sempre stabilì tra esercizio delle funzioni pubbliche e possesso. D'altra parte, il fascino di queste dottrine ottocentesche è proprio quello di restituirci in modo netto il profilo di un universo culturale trascorso, che ancora proponeva versioni così semplici e definite del rapporto tra amministrazione e politica, tra interesse generale ed interessi particolari, tra pubblico e privato. Anche questo è un modo per rendersi conto della profondità che ha avuto la trasformazione intervenuta nel corso dell'ultimo secolo.

MAURIZIO FIORAVANTI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline. Entretiens et pièces. Présentation et commentaires de Simona Andrini et André-Jean Arnaud. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, série « Droit et Société », Paris 1995, pp. 210.

Il volume curato da Simona Andrini e André-Jean Arnaud si è proposto di ricostruire, attraverso la figura e la viva voce di due protagonisti, l'ambiente culturale e scientifico nel quale la sociologia del diritto si è sviluppata e imposta come disciplina autonoma nelle università e nei centri di ricerca, francesi e italiani, fra gli anni sessanta e gli anni settanta. Naturalmente Jean Carbonnier e Renato Treves, protagonisti del libro, non sono stati gli « inventori » della sociologia del diritto nei rispettivi paesi, come non lo sono stati, altrove, studiosi del calibro di Adam Podgórecki in Polonia, Vilhelm Aubert in Norvegia, Verner Goldschmidt in Danimarca, William Evan e Glendon Schubert negli Stati Uniti. Ma, come costoro, essi hanno contribuito decisivamente a definire l'oggetto della disciplina, a tracciarne i confini nei confronti della scienza giuridica e della sociologia generale, a costruirne, infine, l'immagine pubblica e istituzionale in un mondo poco ricettivo, come quello, soprattutto, delle facoltà di giurisprudenza tradizionalmente orientate in senso giuspositivistico. Da questo punto di vista l'opera dei due studiosi cui il volume è dedicato è stata particolarmente fruttuosa. Essi infatti hanno avuto l'accortezza di proporre un'idea di sociologia del diritto non concorrenziale, ma piuttosto complementare rispetto alla scienza giuridica, quindi compatibile con entrambe le opposte concezioni che storicamente si contendono il campo fra i giuristi, il formalismo e l'antiformalismo. Tanto per Carbonnier quanto per Treves, la sociologia del diritto è essenzialmente parte della scienza sociale, che studia il diritto come « fenomeno » o « dall'esterno » avvalendosi, per il controllo delle proprie ipotesi teoriche, soprattutto delle tecniche di ricerca empirica che costituiscono il tratto distintivo tipico della sociologia. Da un siffatto accostamento può trarre vantaggi, senza temere invasioni di campo, sia il giurista formalista, sia il giurista antiformalista.

Il volume di Andrini e Arnaud, suddiviso in una parte « *cisalpine* » e un'altra « *transalpine* », rispettivamente dedicate (contro la convenzione terminologica corrente) allo studioso francese e a quello italiano, cerca di mettere a fuoco concordanze e discordanze del pensiero dei due autori, procedendo su più direttrici. Interroga direttamente Carbonnier e Treves, mediante due *entretiens*, uno dei quali, relativo a Carbonnier, abbastanza lungo ed elaborato, il secondo, relativo a Treves, purtroppo breve perché troncato quasi sul nascere dalla malattia e dalla successiva scomparsa dello studioso, avvenuta il 31 maggio 1992. Pubblica altresì le riflessioni dei curatori, una dedicata da Arnaud

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a Carbonnier (« *portrait* ») e l'altra (« *regards croisés* ») scritta anche con contributi della Andrini e dedicata prevalentemente allo stesso Carbonnier ed episodicamente a Treves. Infine pubblica alcuni scritti significativi dello stesso Treves, apparsi in momenti diversi della sua vita. E si conclude con opportune considerazioni di metodo, di merito e di politica accademica dei due curatori, entrambi impegnati in prima persona nelle vicende non sempre facili della sociologia del diritto.

Dal complesso quadro del libro emergono senz'altro chiari alcuni aspetti importanti dell'opera dei due autori. Anzitutto va citata la comune concezione, già ricordata, della sociologia del diritto come scienza prevalentemente empirica. A questa opinione Carbonnier e Treves sono pervenuti da diverse esperienze. Il primo è un civilista di vaglia, formatosi nel severo clima esegetico della cultura giuridica francese, ma sin dall'inizio dei suoi studi, a Bordeaux, esposto alle suggestioni che provenivano dalle correnti di pensiero antiformalistico e sociologico, dai durkheimiani a Duguit, da Lucien ed Henri Lévy-Bruhl a Le Bras, da Hauriou a Gurvitch (tutti nomi su cui lo studioso, nel suo *entretien*, si sofferma con importanti rilievi e con ricordi personali). Decisiva, nella storia personale del maestro, la partecipazione in veste di esperto a importanti riforme legislative: qui Carbonnier acquisì consapevolezza delle grandi potenzialità delle tecniche sociologiche, in particolare dei sondaggi d'opinione. Treves, dal canto suo, proviene dalla filosofia del diritto e dal grande insegnamento storico-critico di Gioele Solari; vivifica l'attività scientifica attraverso una forte motivazione politico-ideale che nella vita non nasconde mai, anzi dichiara apertamente; approda alla sociologia del diritto in quanto vede in questa disciplina un metodo per conoscere il diritto da prospettive non dogmatiche e anche per affermare, a confronto con i fatti osservabili, i valori di eguaglianza e di libertà.

Fra gli aspetti già noti dell'opera dei due autori, che il volume conferma e (opportunamente) divulga, vi è anche, naturalmente, l'attività di promozione accademica e culturale a favore della sociologia del diritto. Attività che, soprattutto per il diverso ambiente, sfocia in acquisizioni differenti nei due paesi: la creazione in Francia di un *Laboratoire de Sociologie Juridique*, concepito come scuola di perfezionamento, la diffusione in Italia di cattedre e insegnamenti nei corsi di laurea delle facoltà di giurisprudenza e di scienze politiche. Sull'opera promozionale gioca anche il diverso carattere. Più schivo e strettamente legato alla realtà francese Carbonnier, più combattivo e « cittadino del mondo » Treves, primo presidente del Research Committee on Sociology of Law dell'International Sociological Association, sodalizio in cui Carbonnier fu solo marginalmente coinvolto e cui invece dettero un notevole contributo, all'origine, anche i già citati Aubert, Evan e Podgórecki.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Merito del volume è anche di aver messo in rilievo alcuni aspetti meno noti dell'opera dei due protagonisti. Per esempio i curatori ne colgono con acutezza il comune orientamento verso una concezione statalistica del diritto, cosa tutt'altro che scontata per due sociologi del diritto. Per Carbonnier il diritto è eminentemente *droit étatique* e in questa chiave va interpretata la scelta terminologica dell'autore di definire la disciplina « *sociologie juridique* » anziché « *sociologie du droit* », in modo da indirizzare i sociologi del diritto allo studio dei fenomeni definiti di *infra-droit* ma, al tempo stesso, da tenere ben separata e distinta l'area del diritto da ciò che « diritto » non è, per difetto di riconoscimento politico-statuale. Treves, a sua volta, è il traduttore e l'interprete di Hans Kelsen, ed è, non meno, fortemente influenzato da Max Weber: autori lontani, entrambi, dalle suggestioni pluralistiche. Altrettanto opportuno il richiamo, ricorrente nel libro ed evidente nelle parole delle due interviste, alla visione eclettica, autocritica e, per molti aspetti, « trasgressiva » dei due studiosi. Carbonnier filtra dichiaratamente diverse esperienze, trasfondendole nella sua concezione articolata, quadripartita, della scienza giuridica (che egli suddivide in « sistematica », « interpretazione », « politica legislativa » e « studio dei fenomeni giuridici »). Treves muove da premesse positivistiche, nel senso sociologico (e lato) della parola, ma non esita a riconoscere il debito che la sociologia del diritto presenta verso un autore dichiaratamente antipositivistico e antisociologico come Benedetto Croce, non solo in quanto « filosofo della libertà », ma anche in quanto sostenitore della riconduzione del diritto alla sfera dell'economia.

Accanto ai motivi di interesse e, sia consentito dire, alle emozioni prodotte dal ricordo indelebile di un mondo, di un ambiente, di uno stile culturale, il libro desta anche talune perplessità, sia nella parte « *cisalpine* » sia nella parte « *transalpine* », come i curatori si esprimono. Ciò vale per entrambi i protagonisti. Carbonnier viene « trattato » esclusivamente da Arnaud, sia nell'intervista sia nell'interpretazione, con la sicurezza e la reverenza con cui un allievo (sia pure indiretto) tratta un maestro (universale). Il quadro che ne emerge è dunque sempre interessante: molto apprezzabile, per esempio, la comparazione che Arnaud compie delle varie edizioni di *Sociologie juridique* (1972, 1978, 1994). Tuttavia, si avverte in più punti, tanto nell'*entretien* quanto nelle pagine di commento, una certa dissonanza fra i due interlocutori, allorché Arnaud insiste su temi che al maestro appaiono, se non estranei, quanto meno di contorno, come le diverse forme di organizzazione internazionale dei sociologi del diritto, dal Research Committee on Sociology of Law all'Istituto Internazionale di Sociologia Giuridica di Oñati (alla cui inaugurazione nel 1989 peraltro Carbonnier partecipò personalmente). Alquanto laterali rispetto agli interessi di Carbonnier appaiono, in fondo, anche le questioni, spesso affacciate da Arnaud, relative all'organizzazione della sociologia del diritto francese, benché

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siano certamente interessanti le opinioni del grande studioso sullo stato delle ricerche e sulla comparazione fra lo stato della disciplina in Francia e in Italia. Ma rispetto a questi temi, sarebbe stato forse più opportuno insistere di più su questioni fondamentali di teoria e di metodo, che risultano invece accennate quasi di sfuggita. Arnaud registra puntualmente le innovazioni apportate da Carbonnier nell'ultima edizione di *Sociologie juridique*: perché allora non stimolare lo studioso, anche nell'*entretien*, ad esprimersi compiutamente sulle ultime versioni del pluralismo giuridico, sul sistema giuridico come sistema sociale, sul diritto riflessivo? Ne sarebbero scaturite più numerose le risposte argute dello studioso, che parla sempre con grande finezza e non manca di far capire, a un certo punto, che *nihil novi sub sole*: l'autore si sente culturalmente estraneo ad alcune correnti di pensiero sociologico-giuridico, soprattutto anglo-americano (cui rimprovera un entnocentrismo non certo meno marcato di quello che si rimprovera agli studiosi francesi), ma sicuramente non in ritardo sui tempi. Temi come il conflitto, le politiche legislative, i sistemi — fa notare — non lo hanno colto di sorpresa.

Riguardo a Treves, si è già detto che l'*entretien* con il maestro si è interrotto per ragioni indipendenti dalla volontà dell'intervistatrice, Simona Andrini, studiosa fine e motivata. Il poco che rimane è significativo e non del tutto scontato. Soprattutto appare ben netta, anche attraverso gli scritti pubblicati, in certo qual modo, « in sostituzione » dell'intervista, la posizione ideologica dell'autore, socialista o, per dir meglio, liberalsocialista. Non meno netta, come già accennato, risalta l'attività instancabile svolta da Treves per la diffusione in Italia e all'estero della sociologia del diritto. Peraltro, tanto la figura scientifica di Treves, quanto il panorama della sociologia del diritto italiana, sarebbero apparsi con maggiore nettezza se alcuni temi fossero stati affrontati. Cito, per esempio, la posizione assai articolata dello studioso sul rapporto fra sociologia del diritto c.d. « dei giuristi » e sociologia del diritto c.d. « dei sociologi », ben chiara soprattutto nell'ultima edizione del noto volume introduttivo alla materia, *Sociologia del diritto* (1987-1988) e alla quale si riallaccia la bipartizione della materia secondo le due formule « la società nel diritto » e « il diritto nella società »; o la netta benché delicata posizione assunta da Treves a proposito del rapporto fra scienza e politica: l'autore riteneva bensì che lo scienziato non potesse prescindere dai suoi valori, ma riteneva anche che fosse suo dovere praticarli e proporli criticamente, mentre il politico è per sua natura « dogmatico ». Analogamente, sarebbe stato opportuno ricordare la significativa scelta di Treves per la sociologia critica e di medio raggio, da Wright Mills a Dahrendorf, contro le macroteorie sistemiche alla Parsons e alla Luhmann. E altrettanto dicasi per il trentennale sodalizio dello studioso con il Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, che in Italia è stato il massimo propulsore delle scienze sociali

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e della sociologia del diritto, quest'ultima avviatasi sul terreno empirico con la nota ricerca degli anni sessanta e settanta su « l'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione ». Ricerca di cui Treves fu il coordinatore centrale. Della sociologia del diritto italiana, in comparazione a quella francese, viene per avventura detto qualcosa soprattutto da Carbonnier, che spesso cita la rivista *Sociologia del diritto*, con parole di elogio e, in un caso, di critica, mentre nel resto del libro si rilevano soltanto alcuni sporadici riferimenti. Non emerge, soprattutto, un dato rilevante: che la sociologia del diritto italiana si è potuta sviluppare più facilmente, rispetto a quella francese, grazie alla maggiore ricettività della cultura giuridica italiana, più aperta agli studi storico-filosofici e, quindi, più « contestualistica » di quella francese.

Ma bisogna riconoscere che il tono affettuoso e l'eleganza formale e stilistica dei commenti rivelano soprattutto l'intento di far risaltare, in un particolare ambiente culturale, due figure umane e intellettuali molto complesse e poco inclini all'autorappresentazione. Figure che alla fine appaiono, se ben si osserva, meno *archéologiques* di quanto il titolo del volume non voglia suggerire.

Emerge ben chiara da tutto il libro, infine, l'amicizia e la stima reciproca che ha legato per molti anni i due studiosi e che è ben testimoniata dalla recente pubblicazione nella stessa collana « Droit et Société » della traduzione francese della *Sociologia del diritto* di Treves, con affettuosa e lucida prefazione di Jean Carbonnier.

VINCENZO FERRARI

A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, Giappichelli, 1994 (Il Diritto nella Storia, 3).

Lo studio dei rapporti patrimoniali all'interno del nucleo familiare (ovvero, se si preferisce, l'attenzione dedicata alla famiglia osservata negli aspetti patrimoniali, necessariamente presenti ad integrarne la fisionomia) costituisce per lo storico del diritto un banco di prova di indubbia efficacia, per misurare l'effettiva utilità ed importanza del suo apporto alla conoscenza complessiva dell'entità familiare.

Il tema, in verità, si presenta tra i più affascinanti ma anche tra i più complessi e difficili da approfondire, poiché concorrono alla composizione del quadro elementi di varia origine e di diverso significato, per la comprensione e corretta valutazione dei quali lo storico deve essere capace di guardare in controluce il materiale a disposizione, restituendo la dimensione della profondità e la freschezza della vita ad un affresco altrimenti scialbo nei colori e sfuocato nei contorni: occorre cioè accettare e vincere la duplice sfida che induce ad indagare — da un lato — la sfera della effettività, accanto a quella della validità formale delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

norme, nonché — dall'altro lato — a riprodurre l'evoluzione diacronica degli istituti, valorizzando adeguatamente l'elemento temporale quale fattore decisivo per impadronirsi della corretta chiave interpretativa di regole e nozioni giuridiche che vivono nella storia e solo dalla storia della loro concreta applicazione possono ricevere significato pieno.

Tutto ciò vale a maggior ragione quando si focalizza l'interesse sul momento della successione *mortis causa*, al fine di capire quali siano i meccanismi che presiedono alla trasmissione del patrimonio familiare nel momento cruciale del trasferimento della disponibilità dei beni dal *de cuius* ai membri superstiti della famiglia e della conseguente ridistribuzione tra di essi di ruoli, compiti e poteri.

Appare inoltre assai auspicabile che la ricerca su questa materia sia condotta unendo alla smaliziata padronanza delle raffinate cognizioni tecniche indispensabili per dialogare speditamente con le fonti, che sono in gran parte di carattere squisitamente giuridico e non consentono approcci generici e banalizzanti, la sensibilità necessaria per capire che le risposte meno scontate e più appaganti potranno ottenersi soltanto impiegando in maniera intelligente quel tecnicismo, a patto, cioè, d'intenderlo quale frutto sofisticato di un sapere specializzato autonomo, da scandagliare con strumenti appositamente calibrati, e tuttavia non fine a se stesso.

Fortunatamente, queste minime enunciazioni metodiche preliminari trovano oggi riscontri non episodici nella produzione scientifica degli storici del diritto, i quali, forti della consapevolezza che le loro conoscenze tecniche, non diluibili in sociologismi od economicismi generici, costituiscono un apporto conoscitivo peculiare che arricchisce in modo qualitativamente rilevante il patrimonio delle informazioni possedute, si dimostrano restii forse più di ieri a chiudersi nella cittadella imprendibile della dogmatica giuridica, accettando al contrario di buon grado il colloquio con i cultori di altre discipline (1), in un confronto di metodologie e di modelli interpretativi che nulla ha da spartire con un deleterio processo di mera sovrapposizione di competenze, destinato certo a sfociare nella confusione delle lingue e nell'annacquamento dei concetti (2).

---

(1) Simile apertura al dialogo si registra, in verità, già da tempo, pur tra resistenze e difficoltà di vario genere. Per importanti riflessioni in argomento, si vedano i contributi raccolti in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'Incontro di studio (Firenze, 26-27 aprile 1985), a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986 (Biblioteca del Centro di Studi « Per la storia del pensiero giuridico moderno », 22).

(2) Tale viva consapevolezza metodica s'incontra felicemente sempre più spesso con una analoga e speculare sensibilità dei cultori della storia sociale, ovvero dell'antropologia storica, ed uno dei campi d'elezione per questo incontro di competenze disciplinari concorrenti è dato, comprensibilmente, proprio dagli studi sulla famiglia. Per taluni recenti esempi nel senso qui indicato, ricordiamo i saggi raccolti in T. Kuehn,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il volume qui recensito può senz'altro considerarsi a pieno titolo un frutto tra i più significativi di tale indirizzo storiografico (3), poiché l'Autore vi trasfonde in forma limpida e compiuta le conoscenze acquisite mercé una lunga consuetudine di ricerca sui temi della storia della famiglia e delle successioni, ottenendo per questo il risultato (solo apparentemente estrinseco) di una esposizione chiara e precisa, tutta condotta seguendo le tracce (evidenti per chi sa vederle ed interpretarle, ma reticenti o addirittura fuorvianti per chi non vi abbia familiarità) offerte dalle fonti.

Il pregio dell'opera, infatti, risiede in primo luogo nel successo arriso all'impresa (tutt'altro che semplice, per le caratteristiche proprie del materiale documentario a disposizione) che ha consentito di restituire i lineamenti essenziali dei diversi istituti attraverso il puntuale e costante riferimento alle fonti (4) (naturalmente organizzate dallo storico secondo una consapevole ipotesi di lettura e sapientemente interrogate a tal fine), che nulla concede allo sterile sfoggio di dottrina erudita e consente, d'altro canto, di evitare il pericolo di attardarsi nella ripetizione di generici stereotipi tralatizi, alla quale spesso assistiamo su questi temi, in modo da fornire sempre una ricostruzione largamente motivata ed immediatamente plausibile.

Il cimento con cui Romano si è vittoriosamente misurato implicava quale formidabile scoglio iniziale l'onere di condurre con mano ferma il lettore ad addentrarsi in un territorio inconsueto ed in buona parte ancora incognito, alla scoperta del paesaggio straordinariamente vario e multiforme tipico del « diritto comune », ove non ricorre alcuno degli abituali punti di riferimento propri dell'esperienza giuridica moderna o, comunque, essi vi si affacciano trasfigurati in forme tali da impedire le suggestioni di facili parallelismi. Un panorama ove il giurista di oggi, formatosi sotto la vigenza dei moderni codici, non riesce facilmente ad

---

Law, Family, and Women. Toward a Legal Anthropology of Renaissance Italy, Chicago-London, Chicago University Press, 1991 (segnaliamo pure il dichiarato interesse per tale filone di ricerca manifestato nella nota di C. Klapisch-Zuber, *I cantieri del diritto*, in *Quaderni Storici*, XXX (1995), n. 89, pp. 539-546), nonché il volume collettaneo *Marriage, Property and Succession*, ed. by L. Bonfield, Berlin, Duncker & Humblot, 1992 (Comparative Studien in Continental and Anglo-American Legal History, 10).

(3) L'abbondante ed aggiornato elenco di opere di carattere storico-generale contenuto nella prima sezione della ricca bibliografia indicata a parte, in chiusura del libro, sta a testimoniare in modo evidente il concreto interesse verso gl'indirizzi di ricerca più attuali e fecondi, ai quali facciamo riferimento nel testo.

(4) Nella loro varia tipologia, che spazia dai *Libri legales* ai *commentaria* ed ai *tractatus* dottrinali, ai *consilia*, ai testi degli statuti o degli atti normativi generali del *Regnum*, alle consuetudini redatte, in un elenco che — infine — non può certo trascurare i documenti privati, nella molteplicità di forme che li caratterizza (d'essa l'Autore offre meritoriamente un saggio in « Appendice », ove riporta ampi stralci di testamenti, costituzioni di dote, divisioni, compravendite e così via, quale preziosa palestra per studenti volenterosi e curiosi).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

orientarsi, così come rischia di confondersi — per altri motivi — lo storico non giurista.

L'impegno manifesto che innerva queste pagine e le rende uno specchio altamente attendibile dell'ossatura normativa su cui si costruisce l'edificio della famiglia bassomedievale e moderna risiede nella cura con la quale si è scrupolosamente evitato di sovrapporre la voce dell'odierno interprete a quella dei veri protagonisti della scena, che sono tutti coloro che — a diverso titolo e con diversa efficacia, anche a seconda del luogo e del tempo — hanno contribuito a plasmare la fisionomia dell'organismo familiare tra tardo Medioevo e prima età moderna in Italia; per ciò che riguarda più da vicino il mondo del diritto, coloro che sono chiamati ad intervenire con uno specifico contributo sono una piccola folla di figure professionalmente e socialmente a ciò abilitate: notai intenti alla restituzione fedele della volontà dei privati in forme giuridicamente appropriate, giuristi di cattedra e consiliatori stimolati a riflettere sui conflitti tra norme di diversa origine e richiesti di fornire un'interpretazione che le riduca a concordia, valorizzandone l'armonia dialettica, autori di testi statutari e membri della cancelleria del *Regnum Siciliae*, non ignari della forza delle tradizioni e del peso delle consuetudini ma pure consapevoli promotori di un accresciuto ruolo dei poteri politici particolari in funzione antimperiale.

La strada maestra per giungere a simile risultato consiste proprio nell'analizzare gli istituti giuridici (in questo caso di diritto privato) studiandone l'evoluzione storica, unico antidoto a raffigurazioni tanto generiche da essere ampiamente fuorvianti. Si vedano, ad es., la sapiente analisi delle forme di devoluzione *mortis causa* del patrimonio familiare, ovvero la lucida esposizione del tema cruciale della *exclusio foeminarum*, di matrice essenzialmente statutaria (5).

Quanto al primo punto, veniamo introdotti con perizia nel cantiere altomedievale, sulle tracce d'istituti nuovi o rinnovati, come l'*adfiliatio in rebus*, le *donationes post obitum* ed in genere le disposizioni *pro anima*, che aprono con il tempo un varco al riemergere di uno spazio per la volontà del privato nella disposizione dell'asse ereditario, dopo l'eclisse del testamento nei secoli VIII-X ed il netto prevalere della successione legittima, d'ascendenza germanica, che valorizzava unilateralmente i vincoli di sangue, indisponibili per il singolo.

Circa il secondo argomento, l'aspetto che l'Autore pone opportunamente in luce riguarda l'affermarsi progressivo del *favor masculinitatis*, che si collega inscindibilmente al *favor agnationis*, con il risultato di estromettere le figlie dall'eredità paterna, ammettendosi soltanto la

(5) « Ferma restando la legislazione di diritto comune, il compito di approntare gli strumenti giuridici idonei per realizzare le prevalenti aspirazioni era assunto dal legislatore « locale » e dall'interprete », come Romano non manca di sottolineare (p. 43).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magra contropartita dell'obbligo di fornire loro una congrua dote (6). È vero che simili notazioni, in sé, non rappresentano propriamente una novità (anche se dobbiamo rimarcare la dovizia dei puntuali riferimenti tanto ai testi statutari quanto alla letteratura di diritto comune, seguita pazientemente nel suo dipanarsi plurisecolare), ma rimarchevole appare, da un lato, la riconduzione della materia all'interno del più ampio tema dei mezzi impiegati per salvaguardare la coesione della famiglia lungo l'avvicendarsi delle generazioni, ponendo l'emergere prepotente del modello di famiglia agnatizia (di ascendenza nobiliare) in rapporto dialettico con il declinare del ricorso alla comunione familiare (*communio omnium bonorum pro indiviso*) (7), che manterrà una certa diffusione soprattutto in ambito agricolo.

Dall'altro lato risalta la sottolineatura del mutare degli strumenti tecnici impiegati per raggiungere l'obiettivo della indivisibilità del patrimonio del casato: di notevole interesse è l'indicazione per cui alle forme contrattuali, di carattere volontario, quali i patti successori (specie rinunciativi) (8), si sostituiscono progressivamente norme consuetudinarie e statutarie, che sottraggono in larga parte alla disponibilità del singolo (anche se trattavasi comunque di un soggetto pesantemente condizionato, di fatto) la scelta sulle sorti di quel patrimonio o, quantomeno, prefigurano autorevolmente il comportamento che dal

---

(6) Parallelamente si manifestava un diffuso disfavore per la riserva della *tertia* o della *quarta* dei beni maritali a vantaggio della vedova, spesso espressamente vietata dagli statuti cittadini.

(7) Per un'informazione sintetica ma di notevole spessore problematico si veda l'illuminante profilo dell'istituto tracciato alle pp. 32-42. In realtà lo sforzo per conservare l'unità patrimoniale della famiglia acquista una pluralità di forme, volte ad ovviare al principio della divisibilità dell'eredità: consorzi, fraterne e così via hanno di mira un fine limitato, quale quello della gestione in comune, all'interno della famiglia, del patrimonio trasmesso dal *de cuius*, ma (estendendosi sovente anche ad una comunione personale, di vita e di lavoro) incarnano — di fatto — una delle cause ed al contempo la conseguenza del diffondersi della famiglia « allargata », vuoi in linea orizzontale, vuoi per aggregazione di nuclei multipli, a dimostrazione della interazione tra esigenze economico-sociali, strutture giuridiche e mentalità ad esse collegate.

(8) L'accenno a tali patti, a cui venivano indotte specialmente le figlie, a rinuncia di ogni diritto *ultra dotem*, apre uno squarcio suggestivo sulla vita del diritto bassomedievale, intreccio inestricabile di regole romano-giustinianee ancora formalmente vigenti, consuetudini particolari di contenuto spesso opposto, norme canoniche che in nome della *salus animarum* interferiscono in misura rilevante con il diritto laico. Nella fattispecie, i patti *de non succedendo* erano invalidi secondo il diritto comune, ma se ne otteneva in concreto l'applicazione imponendo alla donna di prestare giuramento di non impugnare il patto e provocando, dunque, l'intervento del canonista che, pur non avendo alcuna competenza circa la materia successoria, vietava e puniva con severità lo spergiuro (forte, nello specifico, del disposto di una decretale di Bonifacio VIII, inserita nel *Liber Sextus*). Bartolo testimonierà con precisione di tale nodo gordiano: « hodie est consuetudo quod filiae feminae faciant pactum de non succedendo et iurant et valet istud pactum » (Bartolus a Saxoferrato, *In primam Codicis partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1570, *ad l. De quaestione, 30. C. de pactis* (C.2.3.30), n. 8, f. 51v).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

singolo ci si aspetta (posto che il suo *status* familiare ha un peso assai maggiore, ai suoi occhi come a quelli della collettività, della sua volontà di soggetto astrattamente svincolato da ogni legame).

Altrettanto istruttiva ci sembra la rievocazione dei tratti salienti dell'istituto fedecommissario, notoriamente d'importanza capitale nel basso Medioevo ed ancor più nella prima epoca moderna. Del fedecommesso, infatti, s'individuano con precisione, fonti alla mano, finalità (ancora una volta, l'esigenza di garantire la coesione del patrimonio della famiglia), meccanismo di funzionamento (il tentativo di non disperdere le sostanze della famiglia passa in questo caso per il divieto d'alienare i beni, che dovranno pervenire intatti al successivo istituito), conseguenze (si ottiene un controllo assai penetrante sui poteri del chiamato all'eredità che, tra l'altro, viene spesso predeterminato mediante l'affermarsi della primogenitura), evoluzione (si seguono con attenzione le varie fasi, dalla diffusione massiccia al ridimensionamento drastico, fino al divieto legale nell'epoca dei Lumi).

L'interesse di queste « lezioni » non si arresta però agli aspetti già evidenziati. Un ulteriore elemento, in realtà il principale, probabilmente, che spinge a salutare come assai positiva questa esperienza di studio e di didattica è dato dalla presenza di una corposa sezione dedicata alla successione nel patrimonio familiare nel *Regnum Siciliae*: non sterile operazione di recupero in chiave municipalistica di tradizioni antiche ed ormai perdute ma, al contrario, contributo determinante per dare spessore storiografico all'indagine e restituire il sapore della vita quotidiana a regole nate proprio per regolare quella vita, modellatesi nelle strade e nelle piazze di città reali e dunque comprensibili per intero soltanto se collocate di nuovo entro coordinate spazio-temporali assolutamente concrete ed attendibili. Il diritto comune, scendendo dall'iperuranio popolato da pure idee ed incarnandosi in forme reali, diviene genuina entità storica proprio a confronto con le diverse situazioni locali.

In questa luce la messa a fuoco del diritto successorio siciliano acquista un rilievo tutt'altro che marginale, specie con riguardo alla nota presenza di due forme concorrenti di organizzazione familiare, quella « alla latina » (fondata sulla comunione dei beni) e quella « alla greca » (che seguiva il diritto giustinianeo). La distinzione trova il suo fondamento nelle consuetudini (e principalmente in quella di Messina, adottata poi, con varianti, in gran parte dell'Isola, quale *Consuetudo generalis Regni*, che ricevette anche l'approvazione di Federico II) e risale almeno al periodo normanno (primissimi anni del Duecento). L'istituto in questione, sconosciuto al *Corpus Iuris* e quindi non contemplato dal diritto comune, prevedeva la comunione dei beni tra coniugi (subordinata alla nascita di un figlio, ovvero, in certe consuetudini, al decorso di un anno dalle nozze). La regola *« natis filiis bona confunduntur »* voleva inoltre che alla comunione partecipassero anche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i figli nati dal matrimonio (un terzo al marito, un terzo alla moglie, un terzo, infine, ai figli), e che in essa confluissero tutti i beni dei coniugi, mobili ed immobili, diritti di credito ed azioni, a qualsiasi titolo posseduti (portando ciò, tra l'altro, al necessario annullarsi di dote e controdote).

Stanti tali premesse, le regole in tema di successioni furono direttamente influenzate da simile regime di confusione dei beni familiari. Il modello è offerto dal diritto messinese: con la nascita di figli scatta la disciplina della confusione dei beni degli sposi ed il patrimonio familiare si divide in tre quote (due ai coniugi e la terza ai figli, qualunque sia il loro numero); se uno dei coniugi muore *ab intestato*, la sua parte passa ai figli, che dispongono così di una quota *iure naturae* e di una *iure successionis*; se invece v'è il testamento, il padre può disporre della sua parte, mentre la madre può disporre soltanto dei beni mobili compresi nella quota o, in mancanza di questi, di metà del valore degli immobili; ove muoia il marito, senza disporre diversamente, la donna assume la tutela dei figli minori, nonché l'amministrazione dei beni e la direzione degli interessi di famiglia. La morte di un coniuge infatti non fa venir meno la comunione, che continua tra il genitore sopravvissuto ed i figli. Qualora poi vi sia passaggio a nuove nozze della madre, le soluzioni previste sono le più varie. La comunione terminava con la famiglia ovvero per volontà comune di tutti i componenti.

Tutto ciò costituisce, è chiaro, qualcosa di più e di diverso da una semplice curiosità confinata nelle trattazioni di storia isolana, proponendo invece l'affermarsi di un modello alternativo a quello più diffuso, strutturato su base rigidamente agnatizia, che la *vulgata* indica viceversa semplicisticamente come l'unico esistente; al contrario si sviluppa in Sicilia nel basso Medioevo una forma di organizzazione familiare « sostanzialmente non strutturata agnatiziamente, caratterizzata da una spiccata 'bilateralità' con formale equivalenza di ruoli tra marito e moglie nell'amministrazione dei beni... Modello familiare e dettato normativo che, naturalmente, condizionavano in maniera determinante anche il sistema di trasmissione *mortis causa* di quel patrimonio » (9).

Il testo di cui riferiamo, dunque, non può considerarsi soltanto un corso di lezioni universitarie, né esaurisce in tale ambito la propria

(9) ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare...*, cit., pp. 115-116. Connesso con il tema della comunione familiare, a guisa di correttivo delle conseguenze più vistosamente negative sulla integrità e stabilità dei patrimoni familiari, a causa del meccanismo successorio suesposto, si pone il c.d. *ius prothimiseos*, attestato nei documenti dalla fine del XIII secolo e parimenti frutto d'elaborazione consuetudinaria, consistente nel diritto del consanguineo (ma anche del vicino confinante, postergato al primo) di esercitare il retratto, appunto *iure sanguinis*, sugli immobili che sarebbero altrimenti usciti dalla famiglia a causa dell'attribuzione alla moglie (ormai vedova) di un terzo dei beni comuni, ottenendo per tale via una relativa stabilità nella proprietà familiare (cfr. *ibidem*, pp. 170-177).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzione (10), ma si raccomanda — invece — ad una lettura attenta non solo degli storici del diritto, com'è ovvio, che potranno valersene quale affidabile *vademecum* di riferimento per mettere poi a fuoco specifici argomenti, integrandoli così agevolmente in un quadro d'insieme senza il quale i singoli percorsi di ricerca rischiano di perdere significato, ma anche dei giuristi *tout court*, da un lato, e degli storici-non giuristi dall'altro. I primi, infatti, ritrovano qui esposte in maniera intimamente coerente e quindi accessibile (ma non indebitamente semplificata) ed in piena aderenza alle fonti tutti i più tipici temi del diritto successorio, nelle sue connessioni con il diritto di famiglia, ricevendo in tal modo lo stimolo a riflettere criticamente sull'assetto imposto dal legislatore contemporaneo a tali istituti; la complessità proverbiale della materia e la diversità di soluzioni storicamente sperimentate qui offerte all'attenzione del lettore strappa infatti il cultore del diritto positivo dal torpore esiziale frutto di un ormai radicato quanto immotivato *habitus* mentale che vuole il giurista ridotto a passivo ed eteronomo esegeta della disciplina codicistica: la storia del diritto, insomma, intesa quale salutare antidoto a qualsiasi tentazione di spacciare per logicamente necessitata la posizione subordinata e minimale riservata sovente in epoca contemporanea alla scienza giuridica. L'efficacia in tale direzione del volume di Romano deriva in buona misura, del resto, dal fatto di provenire anch'esso dalla penna di un giurista: il dialogo può allora avviarsi più facilmente, mercé l'impiego dello stesso linguaggio tecnico ed in virtù di un'analoga sensibilità per i risvolti normativi della materia indagata.

L'approfondimento di simili tematiche può al contempo rappresentare un'occasione preziosa di informazione e comprensione anche per gli storici della società, abituati solitamente a maneggiare un tipo diverso di fonti e perciò impreparati (per specializzazione disciplinare ma anche per una sensibilità storica diversamente orientata) a cogliere

(10) Anche se, naturalmente, non intendiamo sottovalutare né sminuire la più immediata valenza didattica dell'opera, viceversa da sottolineare, di per sé sufficiente a qualificarla come iniziativa altamente meritoria, nel quadro di una manualistica storico-giuridica che mostra incoraggianti segni di vitalità ma ancora assai carente di strumenti aggiornati e calibrati per le effettive necessità dell'Università italiana di oggi. Del resto, in materia di storia della famiglia, siamo ancora tributari di opere notevoli assai risalenti come il profilo di N. Tamassia, *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Milano-Palermo-Napoli, Sandron, s.d. (ma 1911) (rist. anast. Roma, Multigrafica Editrice, 1971), o come i « corsi » di Maestri quali Besta, Leicht, Marongiu, Roberti, Schupfer, Torelli. Segnaliamo però, quale eccezione rilevante in un panorama altrimenti povero in tempi recenti di ricostruzioni di largo respiro su questi temi, gli importanti scritti di Giulio Vismara (in gran parte raccolti ora in G. Vismara, *Scritti di storia giuridica. V. La famiglia*, Milano, Giuffrè, 1988; nonché Id., *Scritti di storia giuridica. VI. Le successioni ereditarie*, Milano, Giuffrè, 1988).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i risvolti squisitamente tecnico-giuridici dei rapporti familiari, che pure si rivelano preponderanti specie nel momento cruciale in cui si apre una successione universale *mortis causa*.

GIOVANNI ROSSI

T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, F. Schöningh, Paderborn-München, 1994. (Rechts-und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Neue Folge, B. 73).

1. Il libro intende svolgere una completa prospettiva delle varie opinioni dei giuristi di diritto comune sul punto della configurabilità, in capo alla parte di un contratto, di un obbligo all'esecuzione in forma specifica della prestazione a lui spettante. Tema poco studiato per il diritto comune (1), che pure non cesserà mai d'interrogarsi (a citare appena l'esempio di maggior momento) *an venditor praecise rem tradere cogi posse.*

Una disputa, questa, particolarmente favorita presso Glossatori e Commentatori dal loro doversi confrontare con un quadro testuale di riferimento fortemente disorganico, tale da presentare nel medesimo contesto passi fortemente contraddittori. Il Corpus Iuris è ricchissimo di testi che concedono al venditore inadempiente la possibilità di liberarsi in *id quod interest*, ma non è avaro di altri che paiono andare nell'opposta direzione.

Raro quindi trovare una delle tante figure del diritto comune classico che non abbia espresso il proprio pensiero sul punto: è così che il Repgen offre al lettore un'esaurientissima disamina delle tesi variamente sostenute dagli inizi del medioevo sapienziale sino all'avanzato Cinquecento. Da Irnerio a Johann Schneidewin si sviluppa, così, una vicenda complessa e articolata, nella quale e attraverso la quale si possono intravvedere gli snodi fondamentali dello scorrere di un'epoca.

L'età dei glossatori, innanzitutto, incerta e spesso titubante nell'individuare i criteri per una netta comprensione del problema, caratterizzata da un'analisi spesso erratica nell'isolare il piano sul quale inquadrare la questione giuridica; il primo Commento, in seguito, che resta comunque incapace di rendersi autonomo nella sua riflessione dalle basi poste dagli autori precedenti.

Una riflessione compiuta, fondata su strumenti tanto più raffinati, si riconosce soltanto nel « fiorire » del Commento, che vede soprattutto in Bartolo e nella sua *lectio* alla l. *Stipulationes non dividuntur* (D.45, 1,

(1) Il contributo più recente in argomento data ormai da più di trent'anni. H. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, in ZSS- Rom. Ab., 78, 1961, p. 277 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

72), il punto di svolta verso una vera sistematizzazione delle prestazioni suscettibili di condanna in forma specifica. L'allievo Baldo non sarà da meno; dopo di lui, si assisterà all'opera di volgarizzazione del periodo più tardo, tutto teso a costruire (ma spesso intorbidando di troppe *distinctiones* il limpido quadro lasciato dai predecessori) sulle solide basi del pensiero dei *maiores*.

Una storia che si articola nelle figure dei suoi protagonisti, e il Repgen ne restituisce fedelmente il fluire ascrivendo in modo fermo ogni autore, mercé la prova di un passo rilevante, in uno dei due schieramenti che dividono il campo: *praecise cogi* e *non praecise cogi*. Giustapponendo con precisione millimetrica queste due sin troppo esatte coordinate al succedersi anagrafico dei giuristi di diritto comune, si tenta di razionalizzare il senso del dibattito, facendo dei *doctores* gli attori di un dramma epocale che, se pure si palesa tale a noi moderni, forse non li vide così consapevoli di questo ruolo.

L'analisi del Repgen è, difatti, sovrastata dalla netta percezione di un necessario « punto di arrivo » del problema in oggetto (le diverse soluzioni date sul punto dal diritto francese e tedesco, da un lato, e dall'esperienza angloamericana, dall'altro) e da un ancora più necessario punto di partenza: il diritto romano. Tra questi due poli scorre una esperienza « intermedia », che sviluppa faticosamente i primi germi delle cristalline soluzioni moderne, tentando faticosamente di liberarsi dei pesi imposti dalla tradizione antica.

Questa, almeno, è l'impressione che ci viene comunicata dalle pagine del Repgen: il Medioevo giuridico come semplice età « di mezzo », terreno idoneo ai vari metamorfismi che portano al passaggio da un'esperienza giuridica ad un'altra, giammai vicenda storica compiuta nei suoi valori, nelle sue istanze, nel suo specifico sguardo verso la realtà del diritto.

Il volume del Repgen non fa mistero, difatti, nel suo lasciarsi ascrivere alle linee guida di un'impostazione metodologica tipicamente *dogmengeschichtlich*, cui è tributario di tutte le cifre più riposte, d'analisi come di stile.

Al più puro stile di storia dogmatica appartiene l'isolamento preliminare di una definizione strettissima, rigorosa, dell'oggetto di cui andare in cerca nei meandri delle fonti; una *Grundfrage* di cui l'interprete non può non armarsi prima di scandagliare il pélago del diritto comune. Un problema *materiale*, perfettamente ricostruibile indipendentemente dalla sua sostanza di fenomeno calato nel divenire, e che proprio da questa sua condizione trae la forza di premessa necessaria ad ogni indagine autenticamente storica (2). La asserita *materialità* di un problema giuridico, non può, difatti, costruirsi altro che identificandola pienamente con il traguardo dell'evoluzione dei dati tecnici, spesso

(2) Si veda, a minima riprova, la struttura dell'*Einleitung* (p. 13-39).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

errabonda. Alle più intime premesse di quest'atteggiamento storiografico appartiene l'idea che solo ora, nel nostro aureo presente, il giurista può cogliere nella sua oggettiva solidità le caratteristiche profonde di un fenomeno giuridico, e che solo dalla relazione di continuità con questo presente si può essere legittimati a trattare i dati propri di una determinata esperienza come temi di comprensione storica (3).

Tutte ipotesi, queste, che traspaiono nettamente dall'opera e che danno tempra particolare al grande sforzo d'analisi fatto dall'Autore.

2. Il problema, il punto sul quale saggiare millimetricamente le fonti è chiaramente esplicitabile: l'esecuzione in forma specifica di un obbligo contrattuale è questione di bilanciamento degli interessi contrapposti, coinvolgenti alte questioni di libertà personale e incoercibilità di una serie di prestazioni. Non v'è, parimenti, luogo alcuno a dubitare che l'altro polo del dilemma si identifichi nella necessità di assicurare il rispetto del regolamento contrattuale liberamente assunto e determinato dalle parti. Due somme esigenze di qualsiasi ordinamento odierno, come si vede, il cui contemperamento involge sia punti di politica del diritto, quanto complesse questioni tecniche.

Dato il problema in questi termini, l'Autore ripropone questo scontro anche sul terreno proprio della cultura medioevale, facendolo coincidere con il dissidio tra le opposte ragioni dell'*aequitas* e quelle dello *strictum ius*.

Quest'ultimo va maggiormente nella direzione della condanna per equivalente: è così che quei giuristi (Martino in testa) che meno si lasciarono sedurre dall'attenzione verso il testo e più dalle ragioni dell'*aequitas* ebbero sempre e comunque a prendere parte per l'esecuzione in forma specifica; gli altri, quelli maggiormente legati alla lettera del testo, alla tesi opposta.

« *Krasse Gegenteil* » che si stempera solo con le figure, certo più evolute, di Azone e Accursio; è qui che il discorso si fa più tecnico, tanto da dar vita a « *differenzierende Lösungen* » ignote alla prima età della Glossa. Il fine degli ultimi glossatori è, difatti, quello di un'armonizzazione delle leggi romane; il mezzo prescelto è l'enucleazione di una serie di eccezioni alla regola della prestazione per equivalente, operata attraverso una serrata esegesi testuale. L'Autore sottolinea come l'argomento della *Vertragstreue*, che avrebbe potuto portare all'affermarsi del principio dell'eseguibilità in forma specifica, venga rifiutato. Un criterio generale d'interpretazione che si trasforma in un' « arma spuntata » (4), rispetto alla preminente tensione esegetica dei glossatori: è

(3) « Die accursische Lösung findet sich noch in § 888 ZPO » (p. 105). Icastica affermazione che, a mio parere, ben dimostra la cifra profonda di trattazione usata dall'Autore.

(4) V. p. 130.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così che Accursio rileva, contro l'utilizzabilità di questo argomento, di come il testo romano (« *das Gesetz* », significativamente) ammetta comunque la prestazione in equivalente.

Anche il fiorire del Commento si lascia analizzare, nella visione dell'Autore, in schieramenti a favore o contro il *praecise cogi*. In particolare, vediamo tra i fautori del primo schieramento i due massimi *ultramontani*, Révigny e Belleperche, mentre la massima parte dei *citramontani* resta ancorato al principio della prestazione in *id quod interest*. Il quadro concettuale non muta rispetto alla fase precedente: se questi giuristi pure paiono usare strumenti nuovi rispetto a chi li precedette, questi non giungono sino al punto da isolare nuove teorie circa il tema dell'obbligatorietà in forma specifica (5). La vera cesura è in Bartolo, e nella sistematizzazione che lo condurrà a costruire una teoria della *Sachkondemnation*, di cui saranno tributari i giuristi posteriori, che non potranno liberarsi da questo preponderante influsso.

L'opera bartoliana, tuttavia, non arriverà per questo mezzo al totale superamento del principio romano della condanna per equivalente, ma soltanto ad accrescere il novero delle eccezioni. Alcune tra queste vedono in controluce l'argomento della *Vertragstreue*, e della sua dimensione religiosa.

Non un cerchio che si chiuda completamente, dunque, rispetto agli argomenti rifiutati dai Glossatori, ma quantomeno l'inizio di una storia nuova, meno legata alle vicende di pura esegesi del testo romano.

Una storia che, al momento in cui si ferma la lunga peregrinazione analitica del Repgen, è ancora largamente *in fieri.* L'autore è costretto a sottolineare l'impossibilità di dare una risposta certa e precisa su quale delle due tesi abbia col tempo prevalso nel fluire del diritto comune; se si potesse rivolgere direttamente a un Glossatore o a un Commentatore l'intoccabile Grundfrage, questi non ci risponderebbe con un si o con un no, ma ci servirebbe la « *typische Juristenantwort* »: dipende (6). Resta comunque il dubbio che la risposta dipenda da tutta una serie di elementi che, forse, una pur perfetta calcolatrice positivista non è in grado di computare, se non esponendosi al rischio di modificare la Grundfrage, ampliandone i confini forse troppo angusti.

3. Un indice di tale eccessiva concentrazione può essere ravvisato, innanzitutto, circa il concetto di *Vertragstreue.*

Tutta la tesi ricostruttiva del Repgen si svolge intorno a questo termine, inteso come reminiscente del moderno *Treu und Glauben* e, al pari di questo, non perfettamente traducibile senza correre il rischio di

---

(5) Contro E.J.H. SCHRAGE, *Nemo praecise ad factum cogi potest, une quaestio inédite de Jacques de Rèvigny sur l'execution réelle*, in *Bulletin de la Socìeté Archéologique et Historique de l'Orléanais*, 1985.

(6) P. 320.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perderne la carica quasi mistica di significato che esso assume nella lingua giuridica tedesca.

Sotto questo profilo, il disegno di fondo del volume si descrive nella massima semplicità, come un procedere con sempre maggior sicurezza nell'affermare l'infungibilità della condanna in forma specifica in stretta dipendenza dal sempre maggior distaccarsi dal testo del Corpus Iuris. Un fenomeno che prende una duplice forma: da un lato abbiamo argomenti che sono comunque legati al testo romano, ma che vengono isolati con lo scopo di modificare il sistema da questo disegnato; dall'altro (sicuramente l'apparato di maggior importanza nell'ottica dell'Autore) argomenti non legati al testo, individuati prescindendo completamente da questo.

La *Vertragstreue* è il miglior esempio di questo secondo apparato (7), destinato a vincere su quello dei *textgebundene Argumente,* volti ad una scansione interpretativa dei modelli contrattuali classici, e limitati nella loro efficacia dall'incoercibile rigidità del testo romano, una gabbia le cui sbarre non possono essere allargate più di tanto.

Una visione salvifica della fede contrattuale che sembra però nascondere sotto di sé taluni fondamentali problemi, velandoli delle pre-considerazioni su cui poggia questa nozione.

La *Vertragstreue* del Repgen, in particolare, porta con sé un fondamentale pregiudizio, che ci viene comunicato quasi in ogni pagina del volume. *Condemnatio in rem* e *condemnatio in interesse* divengono i due poli tra i quali si dibattono i giuristi medievali nel tentativo di riportare nella farragine giustinianea la propria netta idea di contratto come fattispecie giuridica che si fonda e si legittima unicamente sull'accordo delle parti. Ci viene insomma consegnata l'immagine di un « dogma della volontà » che cerca sempre più di farsi strada, avendo come unico ostacolo le vischiosità del testo. È solo assumendo per certo questo dato che si possono misurare esattamente le varie « *argumentationslinien* », i diversi modi attraverso i quali figure diverse e dotate di strumenti differenti, hanno potuto tendere allo stesso fine, immanente e rivelato.

La linearità di questo assunto consente di non estendere l'interpretazione agli altri lati del problema considerato. In particolare, si può prescindere dallo studio delle teoriche sull'*id quod interest*, oggetto d'indagine presso tutto il diritto comune. Il volume lascia sempre questo termine nell'indefinitezza, e ciò ben si spiega, visto che la sua rilevanza è solo nell'incarnare, all'interno del dissidio dottrinale, la posizione « primitiva » contrapposta a quella « evoluta ».

Proprio su questo terreno, al contrario, si può cogliere il percorso d'evoluzione delle tecniche interpretative del diritto comune, anche qui distinguendo (seppur non così nettamente) tra una fase più risalente,

(7) V. p. 325.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatta anch'essa di « crasse contrapposizioni », e età più evolute, riconoscibili attraverso l'utilizzo di significati assai più complessi.

Una serie di distinzioni sparse, quasi catalogative, sovrasta l'analisi del titolo *de interesse* della *Summa Trecensis*, esemplificata quasi totalmente sulle vicende della compravendita romana (8); un apparato di definizioni consapevoli, al contrario, anima l'opera creatrice dei glossatori più tardi, che organizzeranno le loro teorie su una tripartizione dell'*id quod interest* dotata di un alto grado di autonomia (9). Su questa base si snoderà una vicenda complessa, che vedrà il netto tentativo di semplificazione degli Ultramontani (10), e la tensione sistematica di Bartolo (11).

Se estendiamo i limiti del campo di fonti che la rigida Grundfrage e le sue presupposizioni indicano ferreamente ci viene quindi mostrato un panorama diverso e certamente più complesso. Di più: nasce legittimamente il sospetto che la diarchia tra *condemnatio in rem* e *condemnatio in interesse* possa significare, per il giurista di diritto comune, qualcosa di più di quanto non risulti dall'analisi del Repgen.

In tema di compravendita, ad esempio, un'interpretazione che ricorre tradizionalmente in molta parte del diritto comune classico riporta l'alternatività tra obbligo alla tradizione della cosa e obbligo alla prestazione *in id quod interest* sulla diarchia tra *ius pacti* e *ius actionis* (12).

---

(8) « ..rescripsimusque vobis quandoque circa rem, quandoque extra rem esse spectandum. Item quandoque loco rei, quandoque loco poenae succedit.item aliter in bonae fidei iudiciis, aliter in stricti iuris seu in arbitrariis iudiciis, aliterque in maleficiis, item aliter in lucro, aliter in dampno, aliterque ex conventione de eo habita, aliter ex natura accionis exstimandum. » SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse* n. 1, ed. H. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlino 1894.

(9) « Sciendum est igitur, quod interesse aliud est commune, aliud conventum, aliud singulare » (AZONE, Summa Codicis, in *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* n. 1., ed. Torino, Bottega d'Erasmo, 1966). Una tripartizione che è fortemente innovativa del testo romano, come testimonia la stessa Glossa Magna, nel momento in cui riferisce al Codex l'estrinsecazione del solo *interesse singulare*, lasciando intendere che le altre due tipologie sono esclusivamente frutto dell'elaborazione dottrinale: « Singulari autem interesse venit in his casibus, qui dicuntur hac lege ». (GLOSSA « dupli » in *de sent. quae pro eo quod inter* cit., ed. Lione 1558).

(11) Saranno Jacques de Rèvigny e Pierre de Belleperche, in particolare, a sottoporre a una critica serrata la tripartizione dell'interesse operata dai glossatori citramontani, affermando a gran voce l'unicità del concetto. Si veda, ad esempio, l'incipit del commento al titolo *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* nella *Lectura Codicis* del Révigny (r.a. Forni, Bologna, 1967).

(11) Anche qui nel commento a C. 7, 47 e, non di meno, alla stessa D.45, 1, 72 che tanta parte assume nella lettura del Repgen.

(12) « ..iure actionis id venit quod neque est dictum, neque cogitatum. nam ex bono et aequo, que neque sunt dicta, neque cogitata veniunt, veluti si res non tradatur, que iure pacti in primis tradenda est, ad interesse iure actionis convenitur.. » ROGERIO,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una cosa è il regolamento di interessi che procede dall'accordo fra le parti, e che esige la prestazione principale della *rei traditio*; altra cosa ciò che discende dallo *ius actionis*, la prestazione alternativa, l'*id quod interest*. Questa costruzione, pur di cristallina semplicità, non si lascia facilmente ricomprendere entro il mero combattersi tra *precise* e *non precise cogi*, tra ragioni dell'*aequitas* e vincoli dello *strictum ius*. Essa ci indica come al centro dell'attenzione di glossatori e commentatori vi fosse non già la tensione a poter predicare la necessità dell'esecuzione in forma specifica di un qualsiasi contratto, quanto la necessità di comprendere e razionalizzare la distanza che il testo romano poneva tra effetti naturali del volere e effetti disegnati tipicamente dal modello contrattuale.

Un problema che ha piene connotazioni di tipicità contrattuale, dunque, ma i cui contorni non si possono scorgere se si segue unicamente la traccia interpretativa della *Vertragstreue.*

Solo riducendo questa nozione nei limiti che, per il diritto comune, le competono, riusciremo a darci conto del perché i giuristi medievali non abbiano dato una risposta generale alla *quaestio* che anima il volume del Repgen. Ogni classe di fattispecie ne meritava una diversa, poiché costruite in modo diverso quanto alla loro struttura di tutela, dipendente dalla loro *natura* e dalla loro *substantia* (13). Una « *typische Juristenantwort* » di cui lo storico del diritto potrebbe, questa volta, ben rendersi pago.

RAFFAELE VOLANTE

Summa Codicis, in tit.. de actionibus empti et venditi, n. 2, in *Scripta anecdota glossatorum*, ed. J.B. Palmieri, vol I, Bologna, 1913.

(13) Basti ricordare, anche qui, una tra le molte *distinctiones* dei giuristi medievali circa la nozione di *id quod interest*: quella tra *interesse certum* e *incertum*. L'interesse è *incertum*: « ut si ibi contineatur factum, vel non factum, qui incerti sunt...in quibus agitur ad factum, vel interesse ». (Glossa « qui incerti » in *de sent. quae pro eo quod interest*, cit.). È, al contrario, *certum*, allorchè possa essere predicato in *dare*. Si apre qui lo spazio (subito utilizzato dal Commento) per poter operare una distinzione tra obbligazioni contrattuali certe (quella di chi si obbliga a dare una somma per aver contratto un mutuo o una stipulatio, ad esempio) e incerte (di chi, invece, si obbliga a prestare la propria opera in locazione), da cui dedurre l'ulteriore distinzione (ma tanto più eversiva della rigida tipicità romana) tra fattispecie *certae* e *incertae.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di ...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

ONE WAY SYSTEM?

(a proposito di N. Irti, *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1995 e G. Vettori, a cura di, *Persona e Mercato, Lezioni*, CEDAM, Padova, 1996).

Natalino Irti non ha certo bisogno di (della nostra, tantomeno) presentazione. La sua produzione estremamente feconda e puntuale ha sollecitato e sollecita — di recente anche dalle pagine di questa rivista e per un titolo che in qualche misura richiama, seppur sotto altro segno, la tematica del volume che abbiamo sott'occhio (appunto *Società civile. Elementi per un'analisi del diritto privato*) (1) — le attenzioni le più partecipi a partire dai più svariati e talora (apparentemente) lontani settori di ricerca. Di più, ancora: nonostante che si possa avanzare forse con qualche cautela l'ipotesi di una sostanziale fedeltà tematica nel corso del tempo ad un gruppo limitato (non per importanza ma) per quantità di nuclei problematici, colui che volesse procedere, incautamente fidando nel valore euristico sia pur provvisorio di quell'ipotesi, a stilare un bilancio allo stato definitivo delle sue ricerche, colui senz'altro si troverà continuamente ed improvvisamente depistato dall'apparire di un nuovo volume che rimescola le carte (2), o dalla notizia di un intervento o di un saggio che parrebbe talvolta non immediatamente legato agli ultimi appena finiti di compulsare, ma che ad una più attenta meditazione si mostrerà invece a quelli avvinto con legami sottili però solo perché intessuti nei materiali più fini. A rinnovata testimonianza anche della qualità ormai proverbiale (e della cura, bisognerà subito soggiungere, ch'egli vi profonde) dello stile di scrittura che, perché non dirlo, suscita qualche punta d'invidia in chi (come molti, come noi) anche se vi profondesse una pari acribia, certamente non verrebbe a tal punto ripagato dalla Musa. E allora, considerato anche (per ora non più che) il titolo dell'ultima fatica — appunto *Testo e Contesto* — ed anche il fatto dei nostri trascorsi in quel di Ferrara — più avanti si accennerà al vocabolo 'palinodia', ma là è restata pur sempre una parte importante di vita (privata e pubblica, per rimanere anche in tema) —, vorremo in

(1) Cfr. L. Ornaghi, *Sul rapporto 'logico' tra economia e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 23 (1994), pp. 523-530.

(2) N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esordio rivalerci, per così dire, proponendo una sorta di 'colpo di teatro', che però, fra un istante, si rivelerà assai più conferente col senso delle frammentarie riflessioni che andiamo proponendo, un po' a mezza voce, di quanto non lo potesse sembrare di prim'acchito. Si tratta di un quesito in qualche misura sibillino (o così ci vorremmo illudere, per amor dell'effetto, anch'esso ricordo di anni lontani quando ci piaceva difendere nei temi scolastici poeti indifendibili, tipo Monti o Marino); ovvero quale elemento accomuna il Nostro con una delle poche glorie recenti — se si eccettua Matteotti, che a rigore non vi era nato, anche se veniva colà eletto — di una cittadina i cui studenti allora mi dovevano sopportare, data la vicinanza geografica se non proprio regionale con Ferrara: e voglio alludere al grande linguista, poi fiorentino d'adozione, Bruno Migliorini, appunto in quel di Rovigo, cosa forse ignota ai più, nato nel 1896? Per prolungare sia pur di pochissimo la sorpresa o forse lo sconcerto posso citarne un breve passo: « Noi vorremmo, allegando un'esemplificazione un po' più ampia di quella consueta, mostrare di quante parole di uso corrente si conosce l'autore, e allenare la mente a riconoscere qualche indizio che induca a un coniatore ancora riconoscibile o almeno congetturabile » (3). L'enigma è così presto svelato. L'elemento che accomuna — oltre all'amore per la lingua — è specifico e risiede, dal lato del linguista nella passione dedicata ad ampliare ed approfondire, con apprezzabile lezione di quello che potrebbe anacronisticamente definirsi 'individualismo metodologico', il campo delle « parole d'autore » (l'Onomaturgia, appunto), dal lato del nostro giurista nell'appartenere, sotto questo profilo, a quel campo di indagine, in quanto, almeno se non andiamo errati — e queste notazioni ci serviranno da pro-memoria per approfondire, se si darà l'occasione, le circostanze e modalità — egli stesso onomaturgo. È perfettamente inutile ricordare a quale termine ci riferiamo — la decodificazione, ormai d'uso (e anche di critica) europeo (4). Né molti sono i giuristi che in realtà possono essere con sicurezza annoverati in tale gruppo (5).

Nel volume da cui oggi prendiamo le mosse — che è affettuosamente dedicato alla memoria di Giuseppe Caputo — vi sono saggi che testimoniano, come le pagine che ci offrono il discorso tenuto nella ricorrenza del 1992 (*I cinquant'anni del codice civile*), ma lo stesso è da

---

(3) B. Migliorini, *Parole d'autore (Onomaturgia)*, Firenze, 1975, p. 2.

(4) N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, cfr. A.M. López y López, *Costitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación*, in AA.VV., *Centenario del Codigo Civil (1889-1989)*, tomo II, Madrid, 1990, pp. 1163-1176.

(5) Ad esempio potrebbe ricordarsi, in epoca moderna, Eugen Ehrlich per quanto concerne il concetto di « diritto vivente »; cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 146 ss. e vedi anche A. Pugiotto, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origini*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, N.S., *Scienze giuridiche*, vol. III (1989), p. 95 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ripetersi per il più ampio saggio (pp. 21-52) dedicato all'*Idea del Codice Civile*, come l'introduzione del concetto di decodificazione, a datare dal 1978 e da un'occasione salmaticense (che, oltre ricordare un grande come Unamuno, potrebbe richiamare vicende decisive per un tema caro all'autore, quale quello del contratto) (6), abbia rappresentata anche un'occasione — ancora un termine goethianamente caro al Nostro (p. 5) — tutt'altro che di poco momento per la ripresa di un interesse storiografico da parte della civilistica più avvertita. Il saggio poi, dedicato ad un tentativo di conciliazione del civilista inquieto con la teoria pura del diritto, nel ventennale della morte di Hans Kelsen (*Autonomia privata e forma di stato — intorno al pensiero di Hans Kelsen*; pp. 87-100), nel cercare di delineare un'autonomia privata che fuoriesce dall'isterilimento che subirebbe nei rapporti economici mediante il suo rivolgersi alla « formazione e al governo dei gruppi. E questi — si badi — non sono all'esterno dello Stato, tollerati di volta in volta per volontà di legge o di poteri amministrativi, ma *modalità interne dello Stato*, svolgimento della sua democraticità » (p. 98), assurge a segnale che l'interesse storiografico può meglio dispiegarsi quando è sorretto da una mobile e sempre attenta coscienza dell'importanza della problematizzazione teorica degli istituti giuridici.

Ma il saggio più innovativo, e tale perché capace di suscitare, oltre ad un forte interesse, qualche forse non immotivabile perplessità anche in ordine al suo poter essere eventualmente considerato quale larvata palinodia della presa di posizione del '78, è quello demandato a costituire — seppure *a modo di prefazione* — il capitolo primo con un titolo di sicura presa ed immediata suggestività: « Codice civile e *plusvalore politico* » (pp. 5-18). Sia però permesso anche a chi scrive di non cedere subito alla molteplicità ed urgenza degli spunti, utilizzando a sua volta 'a modo di prefazione' un altro testo dello stesso Irti, che affronta una serie di nessi problematici strettamente collegati col primo, testo di una lezione tenuta proprio in quel di Firenze lo scorso anno — nel quadro del corso di Istituzioni di diritto privato e di un Seminario ad esso collegato, organizzato con fine sensibilità da Giuseppe Vettori, e che ha visto una qualificatissima partecipazione (oltre a Irti, tra gli altri, Luigi Mengoni, Giuseppe Benedetti, Mario Nuzzo, Pietro Perlingieri, Pietro Schlesinger, Andrea Fineschi, Domenico Sorace e Antonio Baldassare): *Persona e Mercato* suonava il titolo e non poteva essere né più tempestivo né più efficace.

Se, come notava l'ispiratore dell'incontro, « dopo l'unificazione ottocentesca del soggetto e le astrazioni pandettistiche... i tempi nuovi 'richiedono' di ripensare il sistema delle fonti e di ordinare una serie di diritti civili ed economici della persona che, senza ricreare status

(6) Sia permesso il rinvio al nostro *Negozio giuridico (storia)*, in *Digesto IV*, vol. XII, *Civile* (1995), pp. 3-31.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

innaturali, inducano a rivedere interamente la disciplina degli atti di autonomia privata », nonché « una difficile opera di diversificazione delle posizioni e delle tutele, *in un periodo che non consente ancora sintesi compiute* » (7), apparirà allora evidente la necessità di diversificare il più possibile nettamente le posizioni dottrinali, onde raggiungere, in sede statica la massima chiarezza del modello concettuale ed, eventualmente, in sede dinamica, un responso non illusorio sui limiti di fattibilità e di tolleranza delle vicende empiriche rispetto all'applicazione dei modelli medesimi.

Non sorprenderà allora che tra la posizione di un Mengoni, volto a sottolineare come « benché non sia espressamente nominato nella nostra Costituzione (a differenza della Costituzione della Germania federale del 1949), lo Stato sociale è un principio costituzionale » (*Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e Mercato*; p. 38) e come, altresì, il concetto costituzionale di solidarietà — seppure non senza qualche ambiguità — possa e debba diventare « anche una forza di cambiamento, inserendosi tra i criteri guida dello svilluppo in guisa da armonizzarlo con i valori soggettivi di cui è portatore il fattore lavoro » (ivi, p. 40), e quella di Irti vi sia più d'una profonda discrepanza, e più che solo d'impostazione 'economica' di fondo, diremmo proprio sul piano tecnico della rilevanza del rapporto principii generali del diritto, codice e costituzione. Irti ci pare in sostanza lucidissimo assertore e perciò, nel senso indicato, *assiomatizzatore* — lo vorremmo dire qui veramente privatista kelseniano — della posizione più convintamente neo-liberista. L'« assiomatizzazione », lo ripetiamo, è in questo momento di confusa ricerca un dato necessarissimo e, per citare un economista caro alla riflessione di Irti, ben venga una nuova polemica (ma dello stesso livello) tra Einaudi e Croce, od anche tra uno Sturzo ed un La Pira (8). Si potrebbe, forse un po' perfidamente, soggiungere che, mentre i candidati al primo ruolo si affollano, per il secondo contraddittore sarebbe assai più difficoltoso anche soltanto trovare degli aspiranti.

Ma torniamo al Nostro. Per quanto riguarda il concetto di solidarietà, ci basti il riferimento, del tutto spoglio di pathos costituzionalistico, al fatto che « possa accadere » in breve tempo « ... che lo statuto dell'economia, sciogliendosi da impronte solidaristiche, si fondi per intero sulla libertà dei privati » (*Codice civile e plusvalore*, cit., p. 17). Ma è tutto l'apparato di coltissimi riferimenti bibliografici agli economisti che fin dall'inizio inquadra l'intervento su persona e mercato nella cornice indicata (da Hayek, a Einaudi, fino all'acerrimo nemico di ogni

(7) G. Vettori, *Premessa*, in *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. VII.

(8) D. Antiseri (a cura di), *Cattolici e mercato. La grande polemica. Luigi Sturzo-Giorgio La Pira*, Roma, 1996.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forma di socialismo L.von Mises) (9) Di von Mises si accoglie anzi una suggestione, tratta da un testo dal titolo ancora significativo (*La mentalità anticapitalista*), che trasla riferendola alle scelte dei consumatori, la celebre formula del « plebiscito ripetuto ogni giorno » (*Persona e Mercato*; p. 99). È difatti il consumatore che nell'ottica irtiana — che parte dal presupposto della critica ad ogni *naturalismo* nell'uso di concetti giuridici e, ancora una volta fedele al credo kelseniano, dichiara sul piano giuridico la non rilevanza della persona in quanto unità concreta (« la disciplina giuridica non accoglie l'unità della persona »), ma la necessità di scorporarla, di polverizzarla quasi, nella pluralità dei « singoli interessi » (ivi, p. 92), trascurando forse la portata che può avere anche per il diritto (non si deve dimenticare che proprio la normativa relativa al primo libro del codice, anche nel periodo in cui il processo decodificativo pareva imperversare con maggior forza, rimaneva a corroborare la posizione dubitativa) una considerazione come quella di E. Stein, « solo chi vive se stesso come persona, *come un tutto significante*, può capire le altre persone » —; è infatti il consumatore che si conquista secondo la stringente e rigorosa logica del Nostro addirittura il ruolo di referente dell'interpretazione di norme costituzionali che richiamano la dimensione « umana » in quanto tale. Così il riferimento al limite della libertà e dignità umana rispetto alla libertà dell'iniziativa economica privata viene reinterpretato, forse un po' arditamente — ma è dato positivo; non ci stanchiamo di ripeterlo, che i modelli siano fatti funzionare, siano collaudati senza 'sconti' od infingimenti — come intenzionato, appunto, alla libertà di scelta razionale del consumatore: « la pluralità competitiva delle imprese, moltiplicando l'offerta di merci, è condizione necessaria della scelta: concorrenza delle imprese e preferenza dei consumatori sono lati dello stesso fenomeno... Di qui l'ulteriore esigenza della consapevolezza: la « libertà » garantita e difesa dal secondo comma dell'art. 41, è la libertà « umana », ossia esercizio di razionale scelta » (ivi, p. 98). Non si tratta più nella contrattazione di massa di dialogo negoziale, ma di semplice protezione della *capacità di preferenza.* Se quindi, del tutto conseguenzialmente alle premesse, anche « la dignità dell'uomo è garantita assai di più dalla dilatazione del mercato, e dunque dalla libertà di scelta e dalla responsabilità del decidere [*rectius*, del preferire di 'marginalistica' memoria], che da misure pubbliche le quali non tanto proteggono quanto mortificano gli esclusi » (p. 103), allora il compito del giurista — sulla falsariga del Carnelutti del 1934 e della « Teoria giuridica della circolazione » — sarà quello di costruire « un concetto giuridico del mercato, e porlo al centro del nuovo diritto privato » (p. 101). Sommarizzata al massimo, questa prospettiva a mò di introduzione ci è però utile per rispondere

(9) Cfr. L. von Mises, *Socialismo. Analisi economica e sociologica* (1922[1]), Milano, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla domanda che sorgeva spontanea terminata la lettura del primo capitolo del volume: rottura o continuità nel percorso di pensiero del Nostro? Il codice civile *torna al centro del sistema*, anzi ottiene schmittianamente anche una sorta di « premio elettorale », questo è in violentissima sintesi il tema del 1995 in apparenza opposto a quello del 1972. In altrettanto violento schematismo riduzionistico, potremmo, stavolta per parte nostra, sostenere che non il codice si è mosso, ma il 'mercato' ha, per così dire, ruotato; del resto, come già in tempi non sospetti affermava uno dei più agguerriti ed intelligenti assertori del medesimo e della mano invisibile del suo equilibrio (ma lo risentiremo anche in chiusura), «ho dimostrato, e non ho alcun dubbio in proposito, che la ricchezza e la proprietà si riferiscono esattamente agli stessi oggetti, che l'appropriabilità e la permutabilità delle cose, per così dire, derivano entrambe da un solo e medesimo fatto, che è la limitazione della quantità. Forte di questo principio, non ho mai separato lo studio della proprietà dallo studio della ricchezza e più avanzo nei miei lavori, più mi felicito di aver seguito questo metodo » (10).

Si tratterebbe allora a nostro sommesso parere più di una continuità che di una 'palinodia', o, piuttosto, di una riformulazione che opera come sintesi; 'decodificazione' e recupero di centralità possono succedersi temporaneamente senza contraddirsi o negarsi, quasi in un nesso di « sistole e diastole ». «Il rapporto tra codice e leggi speciali è dunque, in qualche misura, uno scorcio o un profilo del *rapporto tra società politica e società civile.* Se l'una ha rigore di criteri, e determina la fisionomia e l'unità dello Stato, *allora* il codice è legge tra le leggi civili: nessun plusvalore è ad esso attribuito, che non derivi dalla perfezione tecnica e dall'efficacia dei principii. Gli impulsi di novità, provenienti dai partiti e gruppi politici, si esprimono nelle leggi speciali, aggirano il codice, lo erodono e indeboliscono. La decodificazione è uno *strumento di politica legislativa.* Oggi che la società politica è scossa dalla crisi, e i fondamenti dello Stato controversi e messi in questione, la società civile si offre garante di continuità e stabilità. Il codice assume un *plusvalore storico*; le leggi speciali, ormai spoglie di raccordi e impulsi costituzionali, si mostrano povere ed effimere. I fenomeni di decodificazione perdono vivacità creativa e dinamismo interiore » (*Codice civile e plusvalore*, cit., p. 16). Il punto di riferimento si potrebbe cogliere in una *Stimmung*, in una predisposizione d'animo nei confronti della società dei consumi non forse radicalmente opposta al furore iconoclasta di un Pasolini ma piuttosto tecnicamente e giuridicamente ('weberiamente') disincantata: « il codice contiene il regime di scambi e negozi, di diritto e tutele giuridiche di cui oggi fruisce *l'immensa classe media*. La società dei consumi non è concepibile senza le tecniche del

(10) L. Walras, *Lineamenti di una dottrina economica e sociale. Lettere autobiografiche. Ruchonnet e il socialismo scientifico*, Roma, 1988, p. 86, nt. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codice civile: *rese anonime e ripetitive, spersonalizzate e meccaniche, ma pur attinte ad esso e forti della sua stabilità* » (p. 12).

Se nel discorso di Irti il rifiuto delle antiche ideologie non si maschera quale utopica 'fine della storia', ma anzi viene evidenziato come accettazione ('democratica') di una nuova ideologia e il rifiuto della politica diventa volontà di un'altra politica, resta in chiusura aperta una questione. Questa misura del disicanto radicale e della lucidità ad ogni costo 'laicizza' certamente molte convizioni sedimentate e non argomentate con sufficiente razionalità e costituisce pertanto, già di per sé, una buona prova di critica dell'ideologia; ma è per caso segnata dal crisma della definitività, per quanto concerne le premesse economiche e concettuali? Una cosa è certa, ed era chiara fin dal momento in cui era caduto l'occhio sul tipo di letteratura politico-economica presa in considerazione: « il trionfo planetario dell'ideologia liberista » (ivi, p. 14), il « capitalismo vittorioso » (*Persona e mercato*, cit., p. 102), seppure posto di fronte alle « domande gravi e terribili dei *soggetti esclusi dal mercato* » (già la formulazione è però sintomatica della soluzione prospettabile: o giustizia sociale fuori dal mercato, o immissione dei medesimi quali nuovi soggetti all'interno di esso), sono fatti considerati non controvertibili, e non invece (come pure potrebbe anche essere) valutazioni di fatti e accadimenti. È allora evidente, ancora, che non il richiamo agli « Spettri di Marx » di derridiana memoria, e neppure forse ai più tranquillizzanti Keynes e Sen (11), possano fungere da tramite per una critica — che in chiusura vogliamo solo suggerire, un po' recuperando, crediamo in senso autenticamente liberale, se non liberista, la nostra su cennata funzione di *advocatus diaboli* (o Monti, Marino e Mimnermo) — a carattere interno, immanente.

Serviamoci allora di due 'convocazioni'. Richiamiamo per primo in servizio Leon Walras (1834-1910) sulla cui fede nel modello di concorrenza perfetta non possono, com'è ovvio, nutrirsi dubbi; ma ascoltiamolo: « Altre eccezioni alla regola della libera concorrenza. Un'altra condizione della libera concorrenza è che l'individuo possa valutare l'utilità, il che in generale non è il caso per i servizi pubblici.

Dunque bisogna che lo Stato produca *i servizi pubblici*. Un'altra condizione ancora è che il consumatore possa valutare la qualità, il che non è il caso per certi servizi privati. Dunque bisogna assoggettare la produzione di tali servizi all'*autorizzazione* o alla *sorveglianza* dello Stato. Un terza condizione infine è che sia possibile la moltiplicazione indefinita delle imprese, il che non è il caso dei monopoli naturali e necessari, quali le miniere, le cave, le acque minerali, le ferrovie, etc.

---

(11) Cfr. A. Fineschi, *Intervento-Dialogo fra le dottrine*, in *Persona e Mercato*, cit., pp. 117-130, per un'utilizzazione produttiva del keynesismo, nonche A. Sen, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dunque bisogna che lo Stato organizzi i *monopoli* in modo da ristabilirvi e assicurarvi l'eguaglianza del prezzo di vendita dei prodotti col loro prezzo di costo in servizi, così come essa si stabilisce e si mantiene da sè nelle imprese per le quali è assicurata la concorrenza illimitata » (12). Sembrerebbe abbastanza chiaro. Il secondo 'convocato' lo sarà di più: « Economisti e politici hanno sempre preferito rivolgersi al consumatore, che è figura meramente logica, grossolana, parassitaria e apolitica. Gli sforzi dei liberisti per dare una coscienza ai consumatori dovettero quindi restare vani, perché il consumatore è un elemento di calcolo, non un individuo capace come tale di una coscienza politica » (13). Così il 10 aprile del 1923 parlava Piero Gobetti.

Poi lo si fece tacere per sempre. Materia per una riflessione aperta e non dogmatica, come forse gli sarebbe piaciuta, ve n'è, tuttavia.

Ma l'avvocato del diavolo ha anche nostalgie sul religioso-sentimentale, e, per chiudere in maniera meno « internalizzante », vorrebbe sentire anche il Rousseau di Rosmini, non troppo « progressista », certo, ma acuminato: « Quale domanda più dignitosa, più importante di questa, *que deviendra la vertu quand il faudra s'enricher a quelque prix ce soit?* La qual sola basta ad annullare de' volumi in quarto di una borrosa e materiale politica-economica » (14). Ma di quella riflessione, come dicevamo, Irti è il fomentatore ed un partecipante d'eccezione. Il suo libro — come pure l'altro, ch'è in parte suo, ma in parte 'fiorentino' — ci spinge imperiosamente a pensare. Non si trova miglior giudizio di questo.

---

(12) L. Walras, *op. cit.*, pp. 56-57.

(13) P. Gobetti, *Il liberalismo e le masse*, in Id., *Al notro posto. Scritti politici della « Rivoluzione Liberale »*, a cura di P. Costa e A. Riscassi, Arezzo, 1996, p. 90.

(14) A. Rosmini, *Galateo de' Letterati all'occasione della risposta inurbana dell'autore del Nuovo Galateo* (M. Gioia), Ancona, 1830, p. 158.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

LE CONFESSIONI DI UN « SELBSTDENKER »

(a proposito di N. DIETER NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Vittorio Klosterman, Frankfurt am Main, 1994, e di FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Landrechtsvorlesung 1824. Drei Nachschriften.* Hrsg. und eingeleitet von Christian Wollschläger in zusammenarbeit mit Macakube Ishibe, Ryuchi Noda und Dieter Strauch. *Erster Halbband. Einleitung. Allgemeine Lehren. Sachenrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1994).

I. Un autore certo lontano in apparenza dal sistema di riferimento e dalla costellazione savignyana, eppure anch'egli interessato alla consapevolezza narrativa della Darstellung — ch'è, come vedremo, una delle parole-chiave della ricerca di Dieter Nörr (e del *suo* protagonista) —, tanto da inventare un mezzo espressivo e da teorizzarlo « nell'ansia di descrivere la verità ed insieme di raggiungerla descrivendola » col nome di 'prosa spontanea', quando più tardi cercò di razionalizzare la sua posizione, ebbe a dichiarare che si era « ricordato l'ammonimento di Goethe, la profezia di Goehte che la letteratura futura dell'occidente avrebbe avuto la natura di una confessione; anche Dostoevskij lo profetizzò e forse avrebbe iniziato a realizzarlo se fosse vissuto abbastanza da scrivere il suo capolavoro progettato » (1). Ed era lo stesso scrittore che, riandando con la memoria al gruppo di amici con cui era stato « sulla strada » di un breve ma intenso percorso, seppur propendendo per la risposta negativa, si era domandato « ... Vi pare che si possa parlare di Scott Fitzgerald e di un gruppo 'perduto'? o di Goethe e di un gruppo 'Wilhelm Meister'? » (2).

Accantonando per il momento il secondo punto, potremmo tentare di render ragione dell'esordio 'letterario'. Anzitutto, seppure non essendo per motivi anche troppo ovvi in grado di valutare se, nel quadro della produzione complessiva dell'autore, il testo che imprendiamo ad analizzare possa qualificarsi come 'il' capolavoro progettato, con tranquilla coscienza affermeremo trattarsi in effetti di un'opera per più

(1) J. KEROUAC, *Vanità di Duluoz* (1967), trad. it., Milano, 1978; si tratta del passo di un'intervista riportato da Fernanda Pivano nell'introduzione (*Vanità di Duluoz: il tempo, la società*), p. 9.

(2) *Ibidem*, p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profili importantissima: il che va sostenuto pur dopo aver tenuto conto dell'ormai quasi strabocchevole, per quantità e qualità, letteratura savignyana disponibile.

Un primo aspetto andrà in questo senso sottolineato. Come avevamo già avuto occasione di accennare recensendo l'altra opera che in questi anni si è decisivamente impegnata nell'approfondimento delle radici culturali e filosofiche del discorso del grande giurista tedesco (3), si potrebbe individuare nelle diverse prospettive storiografiche che in successione ci vengono presentate dalla storiografia germanica una serialità epocale in relazione proprio alle impostazioni metodologiche e di problematizzazione di volta in volta prescelte per restituirci il 'senso' di questo che resta comunque anche inevitabilmente un 'mito fondatore' per la scienza giuridica 'europea'. Si tratta certamente anche di una questione (non anagraficamente) generazionale; senza alcuna pretesa di completezza: dall'approccio politicizzante (Wilhelm; von Oertzen), all'analisi più attenta ai profili tecnico-dogmatici (Coing e Luig, per tutti), all'impostazione che potrebbe qualificarsi come tributaria della filosofia analitica di stampo anglosassone o, più ampiamente, di metodiche proprie della storia disciplinare della scienza (penso in proposito a Gagnér, Rückert, appunto, ma anche J. Schröder e Herberger), per tacere degli accostamenti più esplicitamente neo-pandettistici o apologetici.

Ebbene: l'originalità del Nostro si segnala anzitutto sotto l'angolo visuale della riflessione metodologica, per la lucidità sempre presente, ma altresì per la modestia e consapevolezza dei limiti (tema questo della 'Beschränkung', come accenneremo, sintomaticamente anche goethiano-savignyano), consapevolezza che si segnala decisivamente fino dal sottotitolo (non retoricamente, un 'tentativo', « ein Versuch »). Ciò sembra a noi tanto più significativo, perché la messe di suggestioni e i concreti risultati che con essa si raggiungono — nonostante la talora non troppo tenera critica esercitata avverso ricerce, come quella, nonostante tutto di grande interesse, di James Withman, che si rifanno appunto odiernamente ai canoni politicizzanti della 'storia sociale ' (4) —, ci sembrano pienamente utilizzabili, e con grande profitto, anche a partire da opzioni di ricerca radicalmente diverse, seppure, appunto (e qui scorgiamo la parte di ragione nella critica del Nostro) non da esse immediatamente attingibili.

In che cosa consista tale originalità è più presto intuito che 'spiegato'; e l'allusione è già una *Anspielung* al metodo non già, diremmo,

---

(3) Cfr. la nostra recensione a J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), p. 467 ss.

(4) Cfr. D. Nörr, *Romanistische Phantasien*, in *Rechtshistorisches Journal*, 11 (1992), p. 163 ss. in relazione a J.Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton, 1990. Sul punto avremmo presto intenzione di tornare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prescelto, ma, se ci si passa il termine, 'edotto' dal soggetto (come subito vedremo, anche questo termine non lo usiamo per caso, e non sta qui semplicemente 'al posto di' un 'interscambiabile' oggetto): un metodo 'forte', che non sarebbe completamente restituito dal riferimento pur apparentemente legittimo (e talora legittimato dallo stesso autore), alla « biografia intellettuale » (con il connesso rischio, ch'è stato prontamente evidenziato, della « illusione biografica ») (5), e neppure, forse (o non senza più di un approfondimento), dal puro e semplice richiamo alla filologia — del resto un segnale della 'profondità' di questa filologia (che certo non potrà piacere a chi sia guidato dal pregiudizio più scientistico che veramente illuministico, secondo cui ciò che è profondo è *ipso faco* oscuro e perciò 'sospetto') ci è dato già dalla citazione senechiana che troviamo in limine all'intrapresa (*itaque quae philosophia fuit facta philologia est*).

Se dobbiamo individuare una classificazione che 'tenga' — ma è Nörr stesso che ci mette in guardia, in relazione ad un tema centrale come quello del rapporto Savigny-Jacobi a proposito di filosofia dell'identità versus 'realismo', della « miseria delle classificazioni » (*Das Elend der Klassifikationen ist unübersehbar*; p. 197, in nt. 13) —, allora dovremmo forse parlare tecnicamete di metodo ermeneutico-narrativo nella particolare versione che promana dalla cd. teoria della ricezione. Essa, fatto salvo il comparire della nozione di *receptio* come canone metodologico « per la prima volta dopo il 1950 in campo giuridico, teologico e filosofico », suscitò a partire dagli anni settanta una vasta eco internazionale come vero e proprio mutamento di « paradigma nella scienza della letteratura » con le elaborazioni della Scuola di Costanza (Hans Robert Jauss; Wolgang Iser con il suo riferimento alla *Appellsstruktur* del testo, alla sua indeterminatezza come condizione d'efficacia, e soprattutto al « lettore implicito » e all'*atto della lettura* come teoria della risposta estetica) (6). Così è certamente decisiva per l'autore, pur senza nascondersi che nel concentrare l'attenzione sugli « anni di apprendistato » di un Savigny per sua precisa autodefinizione inteso come « Selbstdenker », la scelta dei testi da interpretare non potrà essere del tutto scevra da « arbitrio » (Willkür; p. 9: sia appena accennato il ritornare nel metalinguaggio « narrativo-descrittivo » dello storiografo di termini savignani usati *nello stesso senso* e spesso con una *medesima* intenzione « simpatetica »; qui, ad esempio, oltre quello esplicitato, il rinvio 'segreto' alla nozione di totalità); certamente decisiva, dicevamo, si presenta la determinazione della prospettiva riunifi-

(5) Si vedano le acute osservazioni contenute nella recensione al nostro testo dedicata da O. Beaud, *Savigny revisité: la jeune Savigny, apprenti philosophe*, in *Rechtshistorisches Journal*, 14 (1995), p. 108 ss., spec. 122 ss.

(6) Cfr. H.R. Jauss, *La teoria della ricezione. Identificazione retrospettiva dei suoi antecedenti storici*, in AA.VV., *Teoria della ricezione*, a cura di R.C. Holub, Torino, 1989, pp. 3-26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cante con la quale i (noi, compreso, questa volta, l'autore come) lettori si dovrebbero avvicinare alle analisi testuali che seguiranno alla introduzione. Sebbene non sia ottenibile, per i motivi evidenti e metodologicamente presupposti che subito emergeranno, una risposta 'esauriente' e neppure si intenda offrire al lettore uno « Psicogramma » del nostro giurista, la formula riassuntiva di quella necessaria determinazione cade con una icasticità provocatoria degna dei migliori aforismi: « Es geht um den Versuch, Savigny lesen zu lernen » (p. 13). Nè ci sorprendiamo della felicità della formulazione, ma anzi siamo grati all'autore che, nell'imprendere il tentativo di imparare a leggere Savigny, metamorfosa e recupera una stupenda affermazione dei goethiani colloqui con Eckermann (« Die guten Leutchen wissen nicht, was es einem für Zeit und Mühe gekostet, um *lesen zu lernen.* Ich habe achtzig Jahre dazu gebraucht und kann doch jetzt nicht sagen, dass ich am Ziel wäre. » - 25.1.1890). Si tratta di una vera e propria provocazione ad un rinnovamento della mentalità e dello *stile* con cui accostarsi alle opere giuridiche del (di questo) passato: non per caso, poche righe più sotto, si avanza (sia pur sottolineando la sua non completa 'fondazione')la tesi secondo la quale « i modelli ispiratori di Savigny, così come una gran parte dei concetti con i quali si deve valutare l'opera sua, sono da ricavare dal campo dell'Estetica e della Teoria dell'Estetica ». E in questo medesimo contesto — neppur noi per caso, ma indotti da una testuale citazione del Nostro (ivi, nt. 35) —, sarà tutt'altro che inutile rammemorare le circostanze ed il significato della celebre prolusione con la quale Hans Robert Jauss, inaugurava nell'aprile 1967 la cattedra di Filologia romanza nell'università di Costanza appena istituita. Il titolo originario richiamava un'altra famosa lezione inaugurale tenuta a Jena alla vigilia della Rivoluzione francese, sostituendo il termine 'storia universale' (« Was heisst und zum welchem Ende studiert man Universalgeschichte? ») con 'storia della letteratura', e così « esattamente come il pensatore idealista aveva fatto 178 anni prima di lui, Jauss afferma che la contemporaneità ha bisogno di riannodare legami vitali tra le opere d'arte del passato e le sollecitazioni del presente... Ma la ristoricizzazione non può nemmeno consistere in un ritorno ai vecchi metodi : Jauss non si fa paladino della storia letteraria nelle sue versioni ottocentesche come panacea per i mali presenti, ma propone piuttosto di dare nuova vita alla nozione stessa di storia della letteratura in tutte le sue implicazioni. Non si tratta perciò di un invito a un rassicurante ritorno a una tradizione di famiglia, ma di un appello a procedere in un territorio ancora inesplorato. È appunto questo il senso del titolo con cui la prolusione fu pubblicata, *Literaturgeschichte als Provokation der Literaturwissenschaft* (1967), che sottolinea la sfida lanciata da Jauss ai suoi colleghi » (7), e poi inserita nella raccolta dall'analogo titolo (*Lite-*

(7) R.C. Holub, *Introduzione*, in AA.VV., *Teoria della ricezione*, cit., p. VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raturgeschichte als Provokation, F.a.M., 1970) richiamata da Nörr. Si tratta in una parola dal tentativo di integrazione-superamento della poco felice (o ritenuta tale) dicotomia « tra critica marxista e critica formalista o, in termini più generali, tra metodi estrinseci e metodi intrinseci » (8): « La letteratura e l'arte si configurano come una storia che ha carattere di processo solo quando la successione delle opere è mediata non soltanto attraveso i soggetti produttori, ma anche attraverso i soggetti consumatori, vale a dire attraverso l'interazione di autore e pubblico... L'implicazione estetica consiste nel fatto che già la prima ricezione di un'opera da parte del lettore implica un collaudo del suo valore estetico in rapporto alle opere da lui lette precedentemente. L'implicazione storica può vedersi nel fatto che la comprensione del lettore può continuarsi ed arricchirsi di generazione in generazione in una catena di ricezioni; e finisce così col decidere anche del valore storico di un'opera e col renderne manifesto il livello estetico » (9). A Nörr, o almeno così ci sembra, non interessa tanto quest'ultimo aspetto, per così dire 'cumulativo' del ricorso alla tradizione, ma piuttosto il « fulcro metodologico » dell'*Erwartungshorizont,* dell'« orizzonte di attesa », ed in particolare, seguendo ancora le indicazioni di H.R. Jauss e R. Darnton a proposito della recezione dell'« Eloisa » di Rousseau (e del Werther) (p. 19), interessa l'individuazione dello specifico stile, della specifica « forma della lettura » (die spezifischer Form des Lesens) propria dell'epoca che suscita la nostra attenzione. Il motto rousseauiano posto in esergo al volume di J.A. Bergk significativamente titolato « Die Kunst, Bücher zu lesen » (Jena, 1799) — « Peu lire et beaucoup méditer sur les lectures, ou ce qui est la même chose, en causer beaucoup avec ses amis, est le moyen de les bien digérer » — costituisce il punto di partenza di tale individuazione; si tratterebbe di una lettura « intensiva e ripetuta », doppiata però da un altrettanto intenso e ripetuto scambio di idee all'interno di una cerchia di amici ' dotti ' — è evidente che il modello di lettura che si delinea implica come suo nucleo il tema veramente centrale della *Bildung*, che si concretizza come superamento ed opposizione, anche nell'ambito più strettamente giuridico, e il Savigny della lezioni sull'ALR del 1824 ne sarà ben consapevole, della prospettiva illuministica della *Erziehung*) (10) —: la lettura concentrata e la conversazione amicale rappresentano per il lettore il tentativo di « comprendere » (un *verstehen* nell'impostazione ermeneutica classicamente diverso dall' *erklä-*

(8) *Ibidem*, p. IX.

(9) H.R. Jauss, *Literaturgeschichte als Provokation*, Frankfurt am Main, 1970, p. 164 e 170 cit. secondo R.C. Holub, *op. ult. cit.*

(10) Cfr. C. Wollschläger, *Savignys Landrechtsvorlesung: ein Beitrag zu wissenschaflicher Juristenausbildung*, in D. Dölemeyer u. H. Monhaupt (Hrsg.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussische Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 187-210.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ren) (11) sé stessi ed il proprio ambiente, il mondo circostante « con l'aiuto dei personaggi del romanzo », nel senso della *identificazione* di sé medesimi o di altre persone conosciute con loro, ma altresì nella continua ricerca di un colloquio (*ein ständiges Gespräch*) anche con l'Autore, dato che lo scopo finale è l'identificazione dell'attività del *Lesen* come via al « ritrovamento del Sé » (*zur Selbstfindung*) (p. 19 ss. e passim). Che Savigny partecipasse a questa che nella terminologia del primo Jauss — appunto criticato per il suo 'oggettivismo' (12) — potrebbe definirsi come la forma (socialmente) oggettiva dell'orizzonte di attesa dell'epoca in ambienti determinati, emerge con chiarezza da molteplici formulazioni che adesso, per merito del Nostro, possono essere sottratte ad un recezione meramente impressionistica: così in una lettera a Schwarz si sottolinea quello che nella terminologia della *Rezeptionästethik* vale come forma 'catartica' della lettura (che appartiene ad un'opera « das uns mächtig ergreift,um uns *auf eine höhere Stufe der Bildung, also aus unserer bisherigen Subjectivität heraus*, zu führen; p. 20), oppure nella *Methodologie* del 1809 dove si annota con chiaroveggenza il rischio implicito nella trasformazione borghese della produzione e del mercato librario rispetto ad un modello di lettura qui significativamente delineato con riferimento ai 'classici' (« ... vorher nur Weniges geschrieben und von diesem für Jeden nur sehr Weniges zu haben (Beyspiele von Classikern), diese Wenige dann auch recht *und mit Liebe und unzestreut* gelesen — Jezt alles zu haben, besonders aber ungeheuer viel geschrieben, *sehr wenige Meisterwerke*, das meiste mittelmässig, *oft doch brauchbar, ja unentbehrlich* — Durch diese Anzahl der Bücher, und noch mehr durch diesen ihren Charakter *ist auch das Lesen viel unedler geworden — das eilfertige fabrik-mässige Schreiben hat ein ähnliches Lesen fast nothwendig gemacht...* »; p. 21). Si tratta di una « Lesetheorie » che nell'indicare una finalità etico individuale dell'amore (in sè anche sensuale e permeato di sentimento spirituale) per il libro e la lettura, non può che metterne in evidenza l'aspetto necessariamente attivo-produttivo, ascetico quasi — Savigny, la cui talora tormentosa e mai quieta ricerca del vero e di una fondazione soggettivamente soddisfacente della sfera della moralità ci è così plasticamente fatta rivivere (pp. 99-148), avrebbe forse potuto sottoscrivere, se non altro nell'intenzione « anti-passivista », le parole di Goethe avverso ogni forma o manifestazione di autocompiacimento e 'comodità' (« alle Arten von Bequemlichkeit sind eigentlich ganz gegen meine Natur. Sie sehen in meinem Zimmer kein Sofa. Eine Umgebung von bequemen, geschmackvollen Möbeln hebt mein Denken auf und versetzt mich in einen behaglichen, *passiven Zustand.* Zimmer und ele-

(11) Cfr. M. Riedel, *Comprendere o spiegare? Teoria e storia delle scienze ermeneutiche,* Napoli, 1989.

(12) R.C. Holub, *loc. cit.*, p. XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gantes Hausgerät sind etwas für Leute, die keine Gedanken haben und haben mögen. Geringe Wohnung dagegen, wie dieses schlechte Zimmer, worin wir sind, ein wenig unordentlich, ein wenig zigeunerhaft, ist für mich das Rechte *und lässt meiner Natur volle Freiheit , tätig zu sein* ») (13), e, comunque condivideva con lui, al di là della critica al meccanicismo spersonalizzate e alla riproduttività anti-spirituale dell'atteggiamento « conforme alla fabbrica », il credo in una lettura come forma di agire produttivo che ricorda le formulazioni di Iser, relative ai « punti » o « zone » o « luoghi » di indeterminatezza (*Unbestimmtheitstellen*) o di « vuoto » (*Leerstelle*), che rendono necessario da parte del lettore, secondo la terminologia dell'allievo di Husserl, il fenomenologo Ingarden, al quale tale problematica odiernamente si ispira, un'attività di *concretizzazione* (14), o, volendo prendere alla lettera Goethe, di « supplenza »: « Welchen Leser ich wünsche? Den unbefangensten, der mich sich und die Welt vergisst, und in dem Buche nur lebt... » e tuttavia « Nicht aus Büchern, *sondern durch lebendigen Ideenaustausch, durch heitere Geselligkeit* müsst ihr lernern! » ed, infine, « Jedes gute Buch, und besonders die der Alten, versteht und geniesst niemand, *als er supplieren kann. Wer etwas weiss, findet unendlich mehr in ihnen als derjenige, der erst lernen will* » (15).

Ma per Nörr, a nostro avviso, e a questa constatazione volevamo giungere, si tratta piuttosto di qualcosa di più importante ancora che della restituzione della *Stimmung* — non è un caso se ci imbattiamo in continuazione, dopo aver terminato la lettura del libro, anzi è segno della sua fascinazione, in parole chiave del lessico savignyano (cfr. per ora p. 106 ss.) —, dell'atmosfera culturale 'oggettivamente' attingibile ed attestata; non è, in altre parole, questione soltanto di restituire quanto sia identificabile sul piano della partecipazione 'impersonale' di Savigny al suo tempo, seppur *sub specie lecturae*, e in questo senso segnalavamo come al Nostro non sembrasse tanto rilevante il « comprendere meglio » insito nell'approccio cumulativo delle letture successive, individuato da Jauss, né tantomeno, estendendo i riferimenti, una eventuale superiorità della teoria hegeliana dell'« autocomprensione dello spirito » rispetto « a quella schleiermacheriana e diltheyana del comprendere a posteriori identico » (16), ma si incamminasse semmai in modo tuttavia del tutto personale, nella direzione indicata da Gadamer:

---

(13) Cfr. K. Bader, *Von der deutschen Studierstube*, in *Zeitschrift für Bücherfreunde*, N.F., Heft 7 (1913), pp. 204-211, 208.

(14) R.C. Holub, *loc. cit.*, p. XVI.

(15) R. Oehler, *Buch und Bibliotheken unter der Perspektive Goethe*, in *Zeitschrift für Bücherfreunde*, 36, Jahrgang, Heft 4 (1932), pp. 73-78, 76.

(16) Cfr. K.O. Apel, *Idee regolative o accadere delle verità. Sul tentativo di Gadamer di rispondere alla questione circa le condizioni di possibilità di un comprendere valido*, in *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, I (1996), *Ermeneutica e applicazione*, pp. 1-32 (versione tedesca, ivi, pp. 207-223).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

«La comprensione non è mai in realtà, un capir meglio, nè nel senso del sapere meglio le cose in base a concetti più chiari, nè nel senso della superiorità che possiederebbe la consapevolezza rispetto al carattere inconscio della produzione. È sufficiente dire che, *quando in generale si comprende*, si comprende *diversamente* » (17).

Il tema odiernamente molto fortunato della 'differenza' (18) rimanda infatti per la sua medesima forza interna al punto che percorre implicitamente tutto il lavoro di Nörr, ma che affiora talora con sintomatica nettezza, ovvero al tentativo — che implica a sua volta il carattere 'aperto' dell'opera stessa, nel suo « Übergang vom Endlichen zum Unendlichen » (cfr. le estremamente suggestive osservazioni sulle lacune nella ricerca in relazione al diritto penale e agli interessi tutt'altro che episodici di Savigny per la matematica; p. 303-306), nel suo accostarsi progressivo perché inesauribile alla comprensione —, al tentativo, dicevamo, di renderci *anschaulich*,di farci intuire non già soltanto un dialogo appunto ermeneutico, tra testi savignyani ed altri testi coevi al suo periodo di formazione intorno agli anni 1799-1800, quanto piuttosto, quasi direttamente *l'individuo* Savigny. Al di là di tutti i discorsi sul carattere astraente o idiografico del sapere storico, od anche oltre tutte le elucubrazioni sullo statuto epistemologico dei testi è forse questa la *hybris*, la provocazione maggiore — ma certamente non ignara, visto che è lo stesso autore, nello scegliere il rischio della tendenza individualizzante e concretizzante, a ricordare il motto d'avvertimento sull'ineffabilità dell'individuo (p. 3) —, ancor più fortemente provocativa perché sostanzialmente riuscita laddove maggiore era il pericolo; in breve — con un intervento suppletivo da parte nostra in quanto a nostra volta lettori — non si tratta soltanto di imparare a leggere Savigny, ma anche, enucleata la difficile prospettiva della comprensione del processo di lettura da lui stesso posto in opera (« Es ist schwer genug, das Lektüre-Verständnis Savignys herauszufinden »; p. 12), di imparare a leggere *come* Savigny, di leggere i testi da lui letti secondo la gerarchia e l'importanza da lui loro attribuita: quasi di leggerli con i suoi occhi. Così, considerando il ruolo che i romanzi « Woldemar » e soprattutto « Allwill » hanno svolto nello sviluppo coscienziale antikantiano di Savigny — una delle più convincenti acquisizioni del lavoro, come ancora accenneremo —, e valutando che la terminologia ed in generale quel « vocabolario » ricavato a partire dalla sfera religiosa ed emozionale rappresenti un po' la « grammatica » (19) con la quale Savigny ha potuto esprimere le sue critiche a Kant, Nörr è in grado di manifestare esplicitamente il suo punto di vista: « Vielleicht könnte er sogar dazu helfen, das Individuum Savigny, wie es

(17) *Ibidem*, p. 3 (citazione da Gadamer, WM, p. 346).
(18) Cfr. G. Deleuze, *Différence et repetition*, Paris, 1968, 1993[7].
(19) O. Beaud, *loc. cit.*, p. 121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sich uns im Jahre 1799 präsentiert, besser zu verstehen » (p. 109), quasi che Savigny medesimo ci 'confessasse' — agostiniamente o anche pascalianamente — il suo stesso processo evolutivo nel mentre ch'esso si fa.

Si potrebbe insomma sostenere che « das Lektüre-Verständnis » di Savigny, che la forma della lettura della « cerchia Wilhelm Meister » (o « Allwill ») diventi, una volta scoperta e messa a frutto, anche la prospettiva di lettura dello storico contemporaneo. Certamente un tale metodo di identificazione coi propri personaggi e di dialogo con l'autore può prestare il fianco alla critica — alla quale tuttavia è sempre esposta ogni intrapresa ermeneutica — di circolarità metodologica, « in quanto nel ricostruire l'orizzonte (di attesa peculiare alla teoria della ricezione) noi facciamo uso di prove segnali, norme, informazioni sui generi, ecc. — tratte dai testi, i quali poi andranno a loro volta misurati sullo sfondo dello stesso orizzonte che essi hanno contribuito a delineare » (20). Tuttavia secondo noi, a prescindere dalla grande capacità persuasiva che lo sforzo proposto esercita senza alcuna pretesa di definitività, Nörr ci fornisce un esempio a tutt'oggi difficilmente imitabile di quel metodo *genetico* da Savigny così lungamente applicato (21) e, di più, riscopre in radice la problematica fenomenologica che emerge sullo sfondo della dimensione di metodo prescelta, ovvero il tema della *Einfühlung*, dell'empatia, dal momento che — sempre accettando senza sottoporre a critica tali premesse (22) — diviene ineludibile in base ad esse il richiamo al fatto che, nelle scienze dello « spirito », in ultima analisi « la facoltà percipiente è l'uomo intero » e « solo chi vive se stesso come persona, come un tutto significante, può capire le altre persone » (23). Inoltre, a possibile, parziale soluzione del rilievo critico sopra rammemorato, andrà sottolineato come tale tema consenta di vedere « nelle personalità delle strutture di vissuto di qualità tipica. Grazie alla correlazione tra la valorizzazione dell'esperienza assiologica vissuta e gli strati della persona possiamo costruire... i tipi possibili di persone, che appaiono come realizzazioni di persone empiriche. D'altra parte ogni afferramento empatizzante di una personalità significa l'acquisto di un tale tipo. Il fatto che ogni individuo — ciascuno con i propri vissuti concreti — è semplicemente unico non è in contrasto con la tipicità della struttura personale, in quanto il contenuto dei molteplici flussi di coscienza per principio non può essere lo stesso » (24).

---

(20) R.C. Holub, *loc. cit.*, p. XIII.

(21) F.C. von Savigny, *Landrechtsvorlesung 1824*, Frankfurt am Main, 1994, p. 13.

(22) Come è noto uno dei più agguerriti critici sotto questo profilo è stato Walter Benjamin; cfr. Id., *Il concetto di critica nel romantiscimo tedesco. Scritti 1919-1922*, Torino, 1982; stranamente Nörr non ci sembra utilizzare appieno questo testo che avrebbe potuto, proprio per la sua *Fragestellung*, rivelarsi di qualche interesse.

(23) E. Stein, *Il problema dell'Empatia* (*Zum Problem der Einfühlung*, 1917), Roma, 1985, p. 227.

(24) *Ibidem*, p. 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ad un tale risultato tipico non contrastante con la ricerca della resa quanto più letterariamente plastica possibile dei suoi tratti individuali, si perviene, ad esempio, collocandolo nella categoria, peculiare all'uso linguistico del tempo, di *Selbstdenker* in contrapposto a filosofo professionale, quale amatore non dilettante del pensiero e capace di muoversi nell'ambito del linguaggio filosofico con cognizione di causa, ma anche con una coscienza critica nei confronti dei « facitori di sistemi », sufficiente a garantirgli l'autonomia di una *mis-lettura* (tipico, ad esempio, il fraintendimento creativo della classificazione kantiana di amore e amicizia come 'patologici', nel senso di connessi passivamente ai sensi, nel quadro di una ricerca morale alternativa; pp. 127-30) (25) e di una riformulazione personale dell'uso; cosa Savigny ritenesse del termine anche nel suo riferimento giuridico lo apprendiamo del resto da un appunto del 1804: « Verschiedene Begriffe von *Selbstdenken* nach dem verschiedenen Denken der Urtheilenden, « Selbstdenkende Juristen » gewöhnlich solche, die einen logisch richtigen Satz herausbringen können, ohne ihn abzuschreiben, oder auch die blind ins Zeug hinein meynen und schreiben » (pp. 7-8, nt. 12). Se volessimo concludere queste prime osservazioni dedicate alla importante scelta metodologica del Nostro con una frase ad effetto, potremmo forse affermare — considerata la circostanza secondo cui « la conoscenza della personalità estranea riveste un significato ai fini della nostra 'autoconoscenza' » e che « essa non solo ci insegna a porci come Oggetto di noi stessi, ma porta a sviluppo, in quanto empatia di nature 'affini' ossia di persone del nostro tipo quello che in noi non è ancora venuto pienamente alla luce » (26) — che anche Nörr dovrebbe, a buon diritto e a pieno titolo, potersi fregiare della medesima 'empatica' designazione. E anche se in proposito dovrà valere il necessario richiamo alla lettura filologica delle fonti — e quindi al passo savignyano tratto dalla 'Introduzione' alla *Pandektenvorlesung* del 1812 (p. 4, nt. 4): « Wer Leben und Charakter eines merkwürdigen Menschen kennen lernen will, muss freylich einzelne Facta kennen, kann dazu Urkunden brauchen — den wahren inneren Zusammenhang, das eigentliche, lernt er so nicht — ganz anders wenn er mit ihm lebt, ihn handeln sieht, Briefe, Schriften von ihm liest, *so wird er eine Anschauung seines Wesens gewinnen* » — noi sappiamo ormai che quest'opera scientificamente composta con mezzi 'letterari' quell'intuizione è in grado di comunicarcela, e questo ci basta.

II. Se il postulato del « Selbstdenken » rappresenta un *continuum*, così come la stretta connessione istituita tra filosofia ed amicizia, nell'esperienza personale savignyana, posto che il suo interesse non era rivolto alla passiva acquisizione di conoscenze purchessia, ma al rag-

(25) Cfr. H. Bloom, *L'angoscia dell'influenza*, Milano, 1983.
(26) E. Stein, *op. cit.*, p. 228.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giungimento di una superiore forma di autorealizzazione, di una « *beruhigende* Überzeugung » (p. 17) — e particolarissimo significato ci paiono rivestire i pur periferici accenni alle *Nachtseiten*, agli aspetti oscuri della personalità di Savigny (melanconia, stati forse depressivi di autodeprezzamento) (per es. p. 307, nt. 60) che potrebbero fornire qualche indizio caratteriale unificante in relazione ad alcune predilezioni e scelte — si tratta adesso di segnalare rapidamente e senza alcuna pretesa di esaustività sia le suggestioni ancora suscettibili di sviluppo sia i punti fermi sotto il profilo più strettamente contenutistico.

Quanto alle prime, l'autore con la ricordata modestia le dissemina a piene mani, senza farvi soverchio caso, tra testo e note. Qui può senz'altro tornare utile il criterio del catalogo, che nel suo forse inelegante accostamento dia però la sensazione del loro generoso 'affollarsi'. L'emergere dell'uso, tendenzialmente comune a Savigny e Schiller, dell'espressione *Barbarey* in relazione alle classi civilizzate e all'« Aufklärung des Verstandes », rimandando al celebre concetto della *Scienza nuova* di « barbarie della riflessione », indurrebbe a studiare più approfonditamente i rapporti coi Vico (pp.42-44, spec. nt. 37). Lo stesso varrebbe per i rapporti con Niethammer (p. 47, nt. 8) e Lessing (p. 49, nt. 17). Nel paragrafo 15 del capitolo (pp. 270-271) laddove si prende in considerazione l'impostazione di fondo savignyana, per cui la « dienende Stellung des Rechts » nei confronti dell'ormai raggiunta etica della libertà interpretata cristianamente, che in apparenza sembra contraddittoria con la contemporanea affermazione di un « selbständiges Daseyn » del medesimo, non deve essere considerata come un principio assiomatico ma come un punto di partenza *genetico* « für einen in unendlicher Ferne liegenden zur Identität von Recht und Sittlichkeit führenden Zustand », emerge il parallelo con formulazioni analoghe di Herbart, il cui nome ritorna poi nel par. 16 (*Hängeden Faden*) del medesimo capitolo, laddove per qualificare la *Grundvorstellung* di Savigny, per il quale « i fenomeni giuridici obbediscono primariamente ad un loro programma interno » per opposizione al concetto fisicalistico di causalità, lo si definisce come « un rappresentante dell'Entelechia » (accoppiata ai concetti goethiani di *Urbild* e *Metamorphose*), richiamando così l'alternativa di « Enthelechie » e « Wandel » , peculiare al pensiero herbartiano (p. 337).

Così, ancora in riferimento al tema « Anschauung und Konstruktion », e alla insistita connessione postulata da Savigny (qui con riferimento alla nota lettera a Jacob Grimm del 29 dicembre 1877) tra attività scientifica fedele allo studio e intuizione delle fonti e religiosità dell'abbandono mistico-evangelico (« ... und dort ist es doch am Ende der einfältige Kindersinn, dem allein die Wahrheit offenbart wird »), Nörr — oltre ad accennare ai possibili paralleli con la teoria storiografica rankiana — propone due interessanti piste di ricerca: l'una volta ad indagare i possibili punti di raccordo con le concezioni storiche « bi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blicistiche » del 18° secolo, l'altra invece, vista l'implicita suggestione savignyana a fuoriuscire, appunto per tramite del sentimento religioso, da un ormai raggiunto stato riflessivo-sentimentale per « wieder zur Naivität zurückzukehren », dedicata al tentativo, che si profilerebbe come fruttuoso, di descrivere la *Rechtsentstehungslehre* savignyana del *Beruf* servendosi delle categorie di Schiller e precisamente quelle estetiche contenute nel celebre scritto sulla poesia ingenua e sentimentale, assai verosimilmente conosciuto dal Nostro (p. 263, nt.34 e 35). Del resto questa ch'è più di una mera vicinanza — tra Savigny e Schiller come personalità 'tipiche' ed 'affini' — rimanda ad una delle acquisizioni 'definitive' cui facevano cenno. Poiché il giovane Savigny si allontana insoddisfatto dal formalismo della teoria della conoscenza e dell'etica kantiane — sia detto di passata, Nörr conosce e valorizza in tema di formalismo giuridico e giuristi kantiani l'apporto delle più significative monografie italiane sull'argomento (pp. 73-98) — la sua ricerca si concentra sul ruolo dell'individualità e della sua necessaria « Heiligung » (qui ricorrono, oltre a quello decisivo di Jacobi, i nomi, altrettanto suscettibili di ulteriori indagini, di Hemsterhuis, Hamann, Lavater); il problema della percezione della realtà si risolve pertanto in quello della individuazione della personalità che meglio possa incarnare l'organo di tale attività percettiva (essere, insomma, l'*Organ der Anschauung*) in quanto rappresentante della nazione: questa figura è quella del poeta e il *Rechtsgelehrter* assumerà più tardi il medesimo ruolo assolutamente in quanto « sostituto analogico » (cfr. p. 282 ss.) (27).

Per tornare, e concludere, alle suggestioni, si può ancora richiamare l'intenso interesse manifestato da Savigny per la mistica, in senso proprio: « Aber es beruhigt mich dann wieder die wirkliche Anschauung einer geheimen Kirche, die alle Jahrhunderte und alle Confessionen der Christenheit durchzieht ». Nella già richiamata lettera a Grimm ricorrono nomi di notevole interesse — da Tauler, Tommaso a Kempis, Lutero Tersteegen a Fenelon, del quale, si potrà ricordare Jacobi era grande ammiratore e vagheggierà per tutta la vita di indagare a fondo, del tutto nel senso dell'intenzione della frase savignyana, si direbbe, il rapporto di concordia discorde con Spinoza (28), a Sailer, Gossner, ovvero i principali rappresentati di quell'« Erweckungsbewegung » contemporaneo che mirava ad una riproposizione del tutto moderna della tradizione pietistica e ad un rinnovamento religioso fondato « sulla base dell'esperienza personale dell'ingresso e dell'intervento di Dio nella *mia* vita, e sulla base del sentimento (Gefühl) » (29), movimento certo consentaneo a Savigny, fors'anche sotto il profilo

(27) Cfr. anche O. Beaud, *loc. cit.*, p. 119.
(28) F.H. Jacobi, *Idealismo e realismo*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1948, p. XI.
(29) T. Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1800-1866, Bürgerwelt und starker Staat*, München, 1983, p. 424 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politico (« Es ist kein alter, es ist — wenn denn — ein neuer Konservatismus », per usare dell'icastica definizione di Nipperdey): nè andrà dimenticato che l'allievo di Savigny M. B. von Bethmann-Hollweg faceva parte dell'ala berlinese del movimento, nè, forse, che secondo la testimonianza di Stahl Thibaut definiva la Scuola Storica « pietistisch » (p. 319, nt. 121). Ed è uno dei meriti principali di Nörr quello di avere delucidato convenientemente — recuperando acutamente con altri, ma più in profondità, una indicazione centratissima di Kantorowicz (« Es ist der religiöse Savigny, der den weltlichen erklärt ») — il nesso organico che lega la realizzazione del programma giuridico con l'evoluzione religiosa: un piccolo gioiello è la raffinatissima analisi contenuta in un breve *Excursus* (alle pp. 200-201) laddove si mostra come la tematica religiosa della rivelazione, della « Offenbarung » sia intimamente connessa al problema della dichiarazione di volontà nel negozio giuridico. E si potrebbero addurre molti altri passi, come, ad esempio, l'invito a riflettere sull'eventuale motivazione religiosa nel rifiuto di riconoscere l'esistenza di diritti (dell'uomo) innati (p. 314, nt. 99).

Ma il merito si accresce anche se lo si riguardi sotto un altro profilo, ovvero in rapporto alla domanda, che Nörr stesso si pone, sulla qualità e delle fonti e dell' adesione savignyana. Sebbene fosse noto che Savigny raccoglieva e collezionava edizioni di opere di mistici, e a ciò potesse essere stato indirizzato fortemente da J.M. Sailer (1751-1832), uno dei leader del movimento « del risveglio », al Nostro la prima traccia di un tale interessamento risulta precedente, precisamente risalente al 1801 (con riferimento a Silesius). Inoltre in connessione al richiamo di un passo dall'« Alexis ou de l'âge d'or » di Hemsterhuis, che fu subito nell'anno di uscita (1787) tradotto in tedesco da Jacobi, laddove si fa cenno alla speranza di una futura realizzabilità dell'età dell'oro (« Die Menschliche Natur ist nicht ausgeartet, und das goldene Weltalter des Hesiod ist keine Lüge ») e alla cosiddetta 'Depravationshypothese' (su cui cfr. p. 349-850), alla quale Savigny era tutt'altro che estraneo, Nörr osserva come un ruolo l'abbia a questo proposito dovuto giocare il rapporto di Savigny con G.H. von Schubert (1780-1860), anch'egli aderente al movimento, il quale nelle « Ansichten von der Nachtseite der Naturwissenschaften » aveva cercato di fornire la prova che fosse esistito un Ur-Kulturvolk e che successivamente « die auf Offenbarung beruhende Wissenschaft hab bei späteren Völkern abgenommen. Savigny hat das Werk gelesen und gelobt » (p. 202 e nt. 41). Che questo ricercatore degli aspetti « notturni » della « natura » fosse partecipe dell'inclinazione romantica per i fenomeni occulti (30) non può sorprendere; più sorprendente è forse trovare tra gli altri autori messi in rapporto con l'interesse per la mistica di Savigny il nome di Saint-Martin, senza per vero altra indicazione e frammischiato agli esponenti

(30) *Ibidem*, p. 486.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'*Erweckungsbewegung* (p. 319), forse, arguiamo, in relazione alla fortuna di J. Böhme [31], rispetto al quale non è però chiarito il successivo atteggiamento savignyano, dopo l'iniziale sorpresa dinnanzi al fatto che egli adesso (20.10.1799) « Tiecks und Fr.Schlegels Held seyn soll » (p. 311, nt. 80). Se a questi indizi aggiungiamo il carattere non soltanto a-confessionale della credenza tal quale formulata in una chiesa 'nascosta' o 'segreta' (più che ortodossamente 'invisibile'), ma, diremmo con Nörr, quasi antiecclesiatico (« Auffällig ist vor allem der « antikirchliche » Charakter dieses Christianismus », p. 309), e lo scetticismo che dovrebbe manifestarsi relativamente ad un suo seppur graduale ritorno nel seno della confessione evangelica, l'ipotesi soltanto marginalmente avanzata — tra l'altro, non per caso, a proposito della surricordata « Weg in die Unendlichkeit », dell'« Eingang in die heilige Gänge », che conduce ad un'umanità piu alta, all'oscuramento delle distinzioni tra *Sein* e *Sollen*, tra reale e possibile « durch einen hoffnungsvollen Nebel » e soprattutto ad un immagine (gerarchica) tripartita degli stati possibili di umanità (« der gewöhnlichen, unreine, allzu menschliche Mensch, der trockene Pflichtenmensch [cfr. Kant], *der edle Mensch* ») —, l'ipotesi della presenza, perlomeno, di non irrilevanti tratti di *gnosticismo* nelle concezioni savignyane, ed in particolare nell'opposizione 'aristocratica' contro l'uomo empirico o morale d'impronta kantiana che culmina nella individuazione di una *Kunstmoral* e nel ruolo che vi svolge l'uomo 'superiore' o di 'qualità' (certo perché moralmente nobile), andrebbe forse maggiormente sviluppata, anche sotto il profilo genetico-filologico (l'unico accenno si trova a p. 132, ma che l'autore fosse consapevole della sua importanza lo si può ricavare dall'inserimento dello *Stichwort* nell'indice, mentre per Saint-Martin manca un'equivalente menzione).

Non è di fatto possibile, ma se lo fosse, si potrebbero individuare tra le tante sorprendenti ed innovative analisi e sezioni del volume, alcuni passi più fascinosi, a partire dalle premesse e dagli svolgimenti del contributo propriamente 'filosofico', rappresentato dal saggio allegato alla lettera del 21 giugno 1799, ben presto noto nella cerchia degli amici come dedicato « all'amicizia » (*Über die Freundschaft*) (p. 69 ss.), sebbene in realtà lo spettro della trattazione fosse più ampio, com'è testimoniato anche dalla sola notazione linguistica, secondo cui Savigny accompagnasse al binomio « Liebe und Freundschaft » (connesso ad ulteriori sviluppi e diramazioni, come « Ich und Du », esaltazione dell'individualità, etica della *Stimmung* e *Gessinung*, etc.) l'uso del verbo al singolare, intendendo l'espressione come *un unico*, inscindibile concetto (cfr. p. 121, nt. 80). L'acquisizione principale a cui conduce la

---

(31) Cfr. *L'Aurore Naissante ou la Racine de la Philosophie de l'Astrologie et de la Theologie... Ouvrage traduit de l'Allemand, de J. Böhme, Sur l'édition d'Amsterdam, de 1682 par la Philosophe Inconnu* (L.C. De Saint-Martin), rist. an., Milano, s.d.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricerca non potrebbe essere forse meglio introdotta che sfruttando una espressione felicemente paradigmatica dello stesso Nörr, che pure ci avverte correttamente dell'aspetto 'riduttivo' come difetto del suo pregio: « La stella polare di Hugo era Kant, le stelle guida di Savigny invece Fichte e Jacobi » (p. 300). Sebbene le analisi su di un Savigny 'fichtiano' in stretta connessione con il distanziamento critico progressivo rispetto a Kant (p. 46 ss.) e alla individuazione della nozione di « Symphilosophie » (p. 53 ss. e passim) siano anche letterariamente tra le più riuscite del saggio, a nostro avviso il punto veramente decisivo, l'acme del discorso si raggiunge in relazione alla messa a fuoco del concetto di *Kunstmoral*, ovvero di una 'fondazione' non più oggettivo-formale della medesima — si tiene cioè ferma l'assunzione della libertà del volere come fatto, ma si viene a negare il fatto della legge morale astrattamente valida (p. 93) in favore di una rappresentazione « von dem *ohne Gesetz* guten Willen » (p. 95) — e della sua efficacia sul 'sistema' giuridico posteriore: in questo senso assolutamente determinante si manifesta l'incontro (filosofico, ma soprattutto religioso ed estetico) con Jacobi (e, certo, con Goethe). Nell'« arte morale » del perfezionamento umano che conduce al terzo genere di uomo realmente capace di « amore e amicizia », nonché del recupero di quella « fede infantile » che sola apre le porte della vera scientificità, Savigny infatti esplicitamente confessa: « Meine Erachtens hat die practische Philosophie noch ganz andere Dinge zu suchen als eine systematische Form, und ich kann *mit einem Wort keine andere unter unsren Schriftstellern als practische Philosophen erkennen, keine andere, sage ich, als — Göthe und Jacobi...*) (p. 172).

Benché, per esplicita ammissione savignyana, che tuttavia molto conosceva della ulteriore produzione di Jacobi (dalle *Lettere sulla dottrina di Spinoza* alla molto apprezzata *Lettera a Fichte*), l'incontro si concretizzi soprattutto nella lettura del romanzo epistolare giovanile « Edward Allwills Briefsammlung » (p. 194 ss.), si potrà ricordare come anche l'altro romanzo jacobiano fosse noto al nostro e come anzi le sue parti iniziali fossero state pubblicate nel 1777 appunto sotto il titolo « Freundschaft und Liebe » (p. 121): anzi, seppure la recensione di Schlegel (anche W. von Humboldt ebbe ad occuparsene) terminasse con una frase intesa in senso del tutto polemico (lo stesso Hegel s'era in proposito espresso negativamente), essa deve essere anche contenutisticamente suonata in modo assolutamente positivo alle orecchie di Savigny (« *Woldemar* ist also eigentlich eine Einladungsschrift zur Bekanntschaft mit *Gott...* und das *theologische Kunstwerk* endigt, wie alle moralischen Debauchen endigen, mit einem *Salto mortale* in den *Abgrund* der göttlichen Barmherzigkeit » (p. 182). Possiamo facilmente chiarirne il perché, anche alla luce di quanto sopra ricordato, facendo riferimento ad una vicenda culturale ed editoriale 'nostrana', forse non molto nota fuori del campo degli addetti ai lavori, ma di qualche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento. Nell'ormai non più prossimo 1948, per suggestione ed « incoraggiato dalle belle pagine dedicate al Jacobi da Benedetto Croce in un articolo pubblicato sulla 'Critica' nel 1941 (*Considerazioni sulla filosofia del Jacobi*) » — articolo del resto non rimasto ignoto al Nörr (cfr. p. 194, nt. 3) — Norberto Bobbio editava sotto il titolo di uno dei saggi in essa inseriti (*Idealismo e realismo*) una raccolta di testi di Jacobi, premettendovi una densa *Introduzione* e ponendola, quasi, sotto la tutela di un celebre pensiero pascaliano, autore, come s'è detto, accanto al Fenelon, carissimo allo Jacobi, ma pensiero che riassume in un altro motto paradigmatico il percorso che, appunto, tramite lo scrittore del *Woldemar* e dell'*Allwill*, anche Savigny aveva da percorrere: « La vrai philosophie se moque de la philosophie » (32). Altri aspetti sono puntualmente sottolineati dal Bobbio che 'fotografano' esattamente anche il percorso delineato da Nörr; così il tentativo quasi kierkegaardiano-esistenzialistico — non per caso torna, comune pure a quest'ultimo (e a Savigny) l'angoscia di fronte ad una filosofia dell'intelletto che, qualunque strada percorra, giunge sempre al nulla assoluto (« Il principio morale della ragione, cioé l'accordo, l'unità costante dell'uomo con sé stesso, è il più alto che la nostra mente possa concepire, perchè questa unità è la condizione assoluta, immutabile, dell'esistenza razionale in generale... Ma questa stessa unità non è l'essere nella sua essenza, non è il vero. Considerata in se stessa è brulla, deserta e vuota. La sua legge non potrà mai diventare il cuore dell'uomo, e innalzarlo realmente sopra se stesso, perché innalza l'uomo veramente sopra se stesso soltanto il suo cuore che è la facoltà delle idee, che non sono mai vuote idee... La filosofia trascendentale non può strapparmi questo cuore dal petto, e mettere al suo posto solo un puro impulso dell'io... Se il punto supremo, su cui posso raccogliermi a riflettere, e che posso cogliere con la mia intuizione è il mio vuoto e puro, nudo e semplice io, con la sua autonomia e la sua libertà, allora la mia autocoscienza, la mia razionalità è una maledizione, ed io impreco contro la mia esistenza ») — il tentativo, dicevamo, di « singolarizzare » l'esperienza metafisica dell'uomo in una filosofia personale che risolva anzitutto il proprio « caso » spirituale (33). Ma, ancora, il rifuggire del suo cristianesimo dall'autorità di una rivelazione storica, la sua critica apologetica rivolta contro la filosofia sistematico-dimostrativa in quanto implicitamente atea e, dunque, l'esser la sua non tanto un'apologetica cristiana, quanto « un'apologetica antiateistica » volta a far trionfare una fede antimitologica « nei valori superiori », anzi a spingere ad « un'accettazione della fede come suprema forma di conoscenza » (34). Così i personaggi dei suoi romanzi giovanili — da cui Savigny trarrà una vera e propria teoria della

(32) N. Bobbio, *Introduzione* a F.H. Jacobi, *Idealismo e realismo*, cit., p. VIII.
(33) *Ibidem*, p. VIII.
(34) *Ibidem*, p. XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Darstellung che potrà sostanzialmente trasferire immutata nelle opere scientifiche (p. 223 ss.: anche 207 ss.) — sono caratteri eccezionali di « anime belle », superiori agli eventi e ai costumi, melanconiche, capaci di slanciarsi con successo a spezzare « le tradizioni irrigidite in formule morte » (35). Può costituire allora un piccolo contributo alla *Rezeptionsgeschichte* così ben condotta da Nörr, il ricordare che un altro grande liberale ottocentesco, seppure in terra di Francia, s'era fatto acuto lettore del romanzo (tradotto in francese nell'anno IV repubblicano, ovvero nel 1795-6), individuandone altresì, con una lettura spietatamente guidata da una diversa domanda fondamentale, le valenze politico-sociali implicite. Alludiamo al Tocqueville degli abbozzi di capitoli e di materiali preparati per quel secondo volume che avrebbe voluto dedicare alla Rivoluzione e all'Impero, ed in particolare per il primo di questi, significativamente titolato all'« agitazione violenta ed incerta dello spirito umano all'approssimarsi della Rivoluzione »: « *Citazioni sul disgusto del tempo. L'idea di disgusto del tempo si connette intimamente con la vaga idea di un prossimo cambiamento, senza neppure immaginarne il momento e la forma.* Tutto ciò si scorge fin nei romanzi. In quel romanzo filosofico così insipido che scrisse Jacobi nel 1780, con il titolo di *Woldemar* e che, nonostante le sue immense ridicolaggini, fece allora grandissima impressione, ogni pagina è piena di diatribe contro il tempo presente e di predizioni di una prossima catastrofe. « Lo stato attuale della società non mi presenta che l'aspetto di un mare morto e stagnante, ed ecco perché desidererei un'inondazione qualsiasi, *fosse pure di barbari*, per spazzare via questa palude infetta e scoprire la terra vergine » (trad. franc. vol. I, pp. 154-55). L'interlocutore, Hornich (*che è l'uomo terra terra, il personaggio sacrificato del romanzo*) si mostra assai sbigottito udendo ciò, e in effetti ne aveva di che. Ma credo che l'autore lo sarebbe stato anche più di lui, se avesse creduto nella 'scopa' dei barbari. Più oltre dice: « Noi viviamo in mezzo alle rovine delle istituzioni e delle forme, un mostruoso caso che presenta dappertutto l'immagine della corruzione e della morte » (ibidem, pp. 277-78). Ciò veniva scritto in una graziosa casa di campagna da un uomo ricco, che teneva aperto un salotto letterario, in cui si passava il tempo a filosofare senza fine, a intenerirsi, ad animarsi, a riscaldarsi e a spargere tutti i giorni, con l'immaginazione torrenti di lacrime. *Nulla mostra meglio di questo libro fino a qual punto tutte queste bizzarie di una società oziosa, agiata, letteraria (passione di filosofare, di analizzare i sentimenti, di disquisire sul mondo, sensibilità esasperata, stile infiammato) si erano diffuse in tutta l'Europa. Questo libro porta all'eccesso, con la pesantezza e la goffaggine di una messa in scena tedesca tutti i difetti dello spirito*

(35) *Ibidem*, p. XVII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

francese del tempo... » (36). Certuni dei caratteri individuati da Tocqueville — in particolare quella certa indeterminatezza e inafferrabilità del sentire e pensare e la tendenza 'anticoncretista' (perché non saldamente e direttamente riferita alla propria base socio-economica) ad estetizzare tutti i rapporti — rimangono non per caso anche ad avviso di Nörr delle costanti nell'evoluzione savignyana (si veda per tutte soltanto la formulazione relativa al « kaum(als)eindeutig zu beschreiben Weltbild Savignys »; p. 332). Ma è appunto a questo proposito — ovvero a partire dalla singolare, epperò, proprio in questa atmosfera tutt'altro che sorprendente, teorizzazione savignyana della forma-romanzo « als höheres System der Moral » (p. 207 ss.) — che Nörr riesce a giustificare nella maniera più convincente sinora tentata, non soltanto la genesi dell'interesse da Savigny sempre manifestato per la *literarische Kritik* e per la storia della letteratura giuridica, ma altresì ad individuare una delle radici segrete del successivo rifiuto della codificazione, senza perdere di vista neppure *ex post* la forma *narrativa* del 'Sistema' del 1840: « ... so kann man mit fünf Konzepten operieren: Anschaulichkeit, Individualität, Dynamik, Vielschichtigkeit, Totalität... Das System der Tugendlehren ist statisch; der Roman zeigt den « edlen Menschen » in seiner Genese und in seinem (unendlichen) Progress. Die Tugendlehre kann die unendliche Vielfalt von Situationen... nicht einmal durch ein komplizierten Spiel von Regeln und Ausnahmen bewältigen; im Roman kann die Vielschichtigkeit sowohl durch verschieden agierende und diskutierende Figuren als auch durch ständing wechselnde Interpretationen zum Ausdrück Kommen... *Uberträgt man diese « Vorzüge » des Roman auf den juristischen Bereich...* » (p. 220; si cfr. anche p. 250 per un'analoga convincente spiegazione del *Kunst-Chakter* rivolto alla totalità e non gerarchico dei principii dell'interpretazione giuridica, pertanto anche « non insegnabile ») (37). Si potrebbe concludere parlando allora di una volontà savignyana « di estetizzare la scienza » (p. 293) (38) e di caratterizzabilità dell'intera opera savignyana a partire dalla sua *consapevole* trasposizione nel campo del diritto delle categorie proprie di quella certa estetica; tale impostazione potrebbe tuttavia chiarirsi — e anche questo ci pare apporto suscettibile di ulteriore meditazione — solo prendendo le mosse dalla sua epistemologia « realista » (in senso jacobiano, ovvero di un realismo ingenuo riguadagnato tramite l'abbandono fideistico) ed in definitiva 'teologica': sia qui citata a riprova l'assunzione,

---

(36) A. De Tocqueville, *L'antico Regime e la Rivoluzione*, a cura di C. Vivanti, Torino, 1989, pp. 322-323.

(37) Ci permettiamo di rinviare, per qualche ulteriore informazione sulla insegnabilità o meno dello 'stile' del giurista, al nostro *Juris prudentia versus scientia juris: prolegomeni ad ogni futuro « lessico politico europeo »*, in *Filosofia Politica I* (1987), pp. 313 ss.

(38) Vedi O. Beaud, *loc. cit.*, p. 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propria degli abbozzi alla versione definitiva del § 52 del *System*, che la Giustizia sia una particolare Forma dell'Amore (p. 318, nt. 119: e qui si aprirebbe anche la questione del rapporto con Leibniz, cfr. p. 350 ss.).

Con Savigny non si finisce mai di essere fortunati, dato che quasi contemporaneamente, grazie alle meritorie fatiche di C. Wollschläger, D. Strauch e, significativamente, R. Noda e M. Ishibe, siamo entrati in possesso, come accennato, della parte iniziale delle lezioni sull'ALR, ovvero proprio su di uno dei complessi normativi codicistici sottoposti a critica nel *Beruf*; il ben illustrato nesso di tale per più versi interessante intrapresa (39) con la riforma humboldtiana dell'insegnamento universitario, basata appunto su quel concetto di *Bildung* così strettamente connesso alla *Kunstmoral* ed in generale al contesto culturale sapientemente messo in valore da Nörr, potrebbe suggerire di sottoporla al banco di prova delle nuove concettualizzazioni acquisite, indagandone magari anche i profili terminologici. In ogni caso nel congedarci da un Savigny che da entrambi i volumi di nuovo ci parla con la *sua* voce, e dopo aver tediato a nostra volta i lettori con qualche troppo insistita divagazione, potremmo consigliare quei pochi tra loro che sfogliano la prima volta a ritroso un testo di limitarsi a considerare quanto Novalis diceva sull'arte della recensione e a seguirne l'implicito consiglio: « la recensione è il complemento del libro. Certi libri non hanno bisogno di recensione, per essi basta l'annuncio; contengono già in sé la recensione ». Oppure, se preferissero un autore ancor più alla 'mano' di Savigny, potrebbero ricordare quanto, proprio a proposito del *Meister*, scriveva Schlegel: « Fortunatamente questo è proprio uno di quei libri che si giudicano da sé ».

(39) Cfr. C. Wollschläger, *Praktische Theorie. Die Landrechtsvorlesung in Savignys wissenschaftlichen Programm*, in F.C. von Savigny, *Landrechtsvorlesung 1824*, cit., p. XXIII-XLV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI CAZZETTA

IL DIRITTO DEL LAVORO E L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELLE ORIGINI

(a proposito di Umberto Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, il Mulino, 1995)

1. Il diritto del lavoro come area normativa o disciplina speciale e 'l'angoscia delle origini'. — 2. L'insostenibile peso delle origini: la tradizione privatistica e l'organica legislazione del fascismo. — 3. Il nemico in salotto: Barassi illusionista. — 4. Un paradiso per « Il diritto del lavoro delle origini » . — 5. Fuori dai confini della disciplina. — 6. Storia e cronaca d'un diritto che cambia. — 7. Un doppio volto per il diritto del lavoro. — 8. Competere e contrattare per gruppi. — 9. Un lungo addio alla tradizione disciplinare.

1. Le ricerche di storia del diritto del lavoro hanno posto l'attenzione in modo pressoché esclusivo sull'arco temporale che va dalla fine dell'Ottocento alla metà del Novecento. La ricerca indirizzata in tal senso corrisponde ad una convinzione culturale che collega le origini del diritto del lavoro con l'affermarsi di uno specialismo disciplinare o con la presenza di un'area normativa compatta, non più omogenea ai tradizionali dogmi del diritto comune. La pochezza di una legislazione sociale capace di porsi come corpo speciale di norme rispetto alla assoluta centralità ottocentesca di un Codice civile individualista e borghese, la tardiva e poco disinteressata attenzione della dottrina 'ufficiale' nei confronti delle relazioni lavoristiche, lo sviluppo industriale ritardato e sbilanciato, rendono per il caso italiano particolarmente vera l'affermazione secondo cui « la formazione del diritto del lavoro come area normativa o disciplina speciale è un fenomeno tipico di questo secolo » (1).

L'albero genealogico del diritto del lavoro è, da questo punto di vista, tanto ricco di aperture e diramazioni quanto breve: chi, partendo dalla composita eredità a sua disposizione, risale verso le origini è costretto a confrontarsi soprattutto con le scelte di legislatori cauti e timorosi, dediti in tema di lavoro a progetti (non cauti ma) piccini e

(1) G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un enciclopedia)* (1979), ora in Id., *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 245.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maldestri; con una cultura giuridica dominata da alcuni 'padri-padroni' di illustre famiglia e dal patrimonio ingombrante; con taluni ascendenti ispirati da un sanguigno solidarismo e prodighi soprattutto di belle promesse; con una giurisprudenza che è spesso più disorientata che innovativa. Al di là di questo coro alquanto confuso è però difficile seguire un filo di voci capace di mostrarci antecedenti di un autonomo diritto del lavoro.

Per quanto confuso quel coro ha comunque il merito di porre al centro dell'attenzione la questione del lavoro operaio e delle relazioni giuridiche tra gruppi, dando vita a forme di ribellione (spesso del tutto involontarie) verso gli strumenti giuridici 'uguali' del diritto civile. Si riflette per la prima volta sulla necessità di una regolamentazione giuridica del lavoro ed affiora un nuovo modo di fare riferimento al diritto che affascina e sgomenta la classe dirigente post-unitaria: « il diritto — si afferma a metà degli anni Ottanta — è l'idea che prevale »; « ove non si ponga mente a quest'idea prevalente del diritto, si corre il rischio di gettare le basi di un edificio che cederà ai primi colpi di martello dei lavoratori in moto » (2).

D'altra parte, proprio perché confuse, le voci che affrontano l'impatto del lavoro organizzato con 'l'idea prevalente del diritto' trasformano e capovolgono le antecedenti riflessioni sul lavoro: quel dibattito, inseguendo l'esigenza di 'istituire un diritto nuovo sul diritto esistente' (3) o sforzandosi di contenere trasformazioni sociali che appaiono comunque incontenibili nei termini del 'diritto antico', della 'legge comune e dei Codici' (4), metabolizza mentalità e vecchi istituti a nuove esigenze, incrina indiscutibili certezze del diritto civile, rivendica e 'inventa' una storia delle sue origini. Le contraddizioni, le incertezze e le confusioni presenti nel dibattito legislativo, giurisprudenziale e dottrinale del periodo a cavaliere tra Otto e Novecento sono l'espressione del primo consapevole e inquieto confronto tra diritto e società industriale: un confronto-scontro tutt'altro che sereno, tutt'altro che dimentico di retaggi antichi, ma comunque significativo di una svolta, di un inizio.

L'albero lavoristico ha ovviamente radici che sprofondano in un terreno che va ben oltre quell'inizio. Quelle radici però hanno una natura particolare: tanto più si affondano nel terreno, tanto più negano

---

(2) D. Berti, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, tip. Voghera, Roma, 1885, p. 55.

(3) Così Andrea Costa, intervenendo in Parlamento in tema di infortuni sul lavoro: cfr. in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni,* Leg. XV, prima sessione, 16 maggio 1885, p. 13724.

(4) A mo' di esempio si possono confrontare gli ampi, e infruttuosi, dibattiti parlamentari degli anni Ottanta sul tema dell'inversione dell'onere della prova riguardo agli infortuni sul lavoro; dibattiti in cui si contrappone spesso al Codice « della scienza del tempo trascorso », ai rigidi criteri giuridici della legge comune, un riferimento al diritto capace di considerare il « criterio economico-politico-sociale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la parte in superficie; la loro forza respinge paradossalmente l'esistenza autonoma dei frutti, muta e snatura l'identità del settore giuslavoristico (come area normativa o disciplina speciale) di cui si ricercano le origini.

Così è per il falsante racconto delle origini proposto dai giuristi che tra Otto e Novecento si accostarono al lavoro subordinato ponendo le basi essenziali della costruzione di quel singolare contratto nominato pudicamente menzionato dal legislatore con una terminologia di 'duemila anni prima'. Ancora affascinati dalla sacralità dell'autonomia e della libertà dei singoli contraenti e dalla refrattarietà della logica dei principii giuridici a rivoluzioni, essi proposero, celebrando le forme tecniche fissate dal diritto romano, una sorta di 'storia immobile' della regolamentazione giuridica essenziale del lavoro. La ricerca di 'depositi' normativi immutati (si pensi allo schema 'storico' della struttura perenne della *locatio conductio operarum* tanto caro a Barassi) offrì un racconto delle origini tutto volto a privilegiare (e a inventare) « il senso della costanza dell'oggetto » (5).

Quel racconto non poteva naturalmente spostare indietro di duemila anni la struttura del contratto di lavoro, ma parla ancora oggi allo storico di una mentalità diffusa tra Otto e Novecento, lascia intravedere i miti posti a sostegno del primo diritto del lavoro. Il 'mito delle origini' romanistiche può aiutarci a spiegare alcune scelte ricostruttive della prima scienza giuslavoristica: si pensi, ad esempio, alla difficile, se non impossibile, comprensione giuridica dei nuovi fenomeni della 'contrattazione per gruppi'. L'autonomia collettiva era preventivamente costretta in uno spazio angusto tra il riferimento assolutistico alla preminenza delle relazioni 'perenni' dei singoli e un rinvio, spesso altrettanto assoluto, alla necessità di pressanti e transitorie tutele statali. In sostanza, la storia ufficiale, lunga e 'nobile', proposta da Barassi non riusciva a conferire un'identità forte alla giovane disciplina, ma la negava.

La questione per molti aspetti torna a riproporsi per ogni tentativo volto a valorizzare lo scarno apparato normativo dedicato al lavoro al di là delle soglie dell'industrializzazione: più si risale indietro nel tempo alla ricerca di origini preindustriali del diritto del lavoro, più si corre il rischio di individuare un flebile filo rosso rappresentato solo da continuità dogmatiche avulse dal loro nesso con la realtà sociale, oppure di enfatizzare statuti giuridici espressione di una cultura del lavoro che comunque fa a pugni con il lavoro 'dipendente' della società industriale. Se non si riesce ad attribuire una nuova identità ad una disciplina che è legata a filo doppio con la rivoluzione industriale, i dogmi o le mentalità 'antiche' precipitati sul primo diritto del lavoro non riescono

(5) « l'oggetto viene posto stabile e uguale a se stesso, lungo un *continuum* nel quale le possibilità diverse (varianti) non modificano una condizione fondamentale » (A. Di Nola, « Origini », in *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, X, 1980, p. 200).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a spiegare la formazione di un'area normativa o disciplina speciale munita di una sua relativa autonomia. Il diritto del lavoro 'recente' continua cioè a mostrare una sua intrinseca diversità rispetto a quelle 'origini remote' che divengono solo uno strumento per misurare l'autenticità della svolta affermatasi tra Otto e Novecento (6).

La giuslavoristica del presente appare 'inquieta' e dubbiosa: « Nato quando il secolo XX emetteva i primi vagiti, il diritto del lavoro è stato partecipe degli aspetti più positivi della storia di un secolo... Ma il volgere del secolo alla fine ci ripropone inquietanti interrogativi, che investono la stessa ragion d'essere di questa parte del sistema giuridico, che, certamente più di ogni altra, ha contribuito, ed in modo decisivo, al progresso sociale. Appare doveroso infatti chiedersi se il diritto del lavoro può mantenere lo stesso significato delle origini... » (7). La questione delle origini della disciplina torna a porsi pressante di fronte alle incertezze del presente: lontano dal campo delle ricerche di mera erudizione, essa si lega, più nel profondo, ad una questione di sopravvivenza. Ridefinire il senso delle origini della disciplina, infatti, può significare riuscire finalmente a cogliere con distacco l'eredità culturale ricevuta dai fondatori o, in maniera più radicale, ricercare una 'nascita' diversa e diverse ragioni di autonomia, puntando ad una complessiva verifica dei contenuti e dei confini tradizionali.

2. Il diritto del lavoro come area normativa o disciplina speciale 'nasce' tra Otto e Novecento: una nascita che è segnata in profondità, da un lato, dall'emersione della categoria 'autonoma' della subordinazione e, dall'altro, più che dai deboli segni della legislazione sociale, dalla normativa del corporativismo.

Sia pure tra diffidenze ed incomprensioni, a fine Ottocento le porte della civilistica si sono dischiuse, com'è noto, a ricostruzioni che pongono al centro dell'attenzione il tema de 'Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano' (8), che sintetizzano con un « realismo ... sostanziato di analisi empirica » gli apporti forniti dalle magistrature probivirali (istituite con legge del 1893) (9), che affrontano in modo

(6) Sulla questione della possibilità di una 'storia lunga' del diritto del lavoro e sulla configurabilità o meno di un *Vorindustrielles Arbeitsrecht* il dibattito è stato particolarmente vivace in Germania: cfr. C. Vano, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica germanica: prospettive a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 1 (giugno 1987), pp. 129 e ss.

(7) G. Giugni, *Lavoro legge contratti*, cit., p. 24.

(8) Il riferimento va naturalmente all'opera di Ludovico Barassi (1. ed. Milano, 1901; 2. ed, in due voll., 1915/1917).

(9) S. Caprioli, *Redenti giurista empirico*, Introduzione a Enrico Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, (Roma, 1906), Giappichelli, Torino, 1992; si cfr. anche gli Atti della *Giornata Lincea in ricordo di Enrico Redenti. Il diritto del lavoro ai suoi primordi* (Roma, 22 gennaio 1994), Acc. naz. dei Lincei, Roma, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistematico alcuni princìpi presenti nelle legislazione sociale (10), che — considerando 'I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro' — ipotizzano la titolarità di rapporti giuridici obbligatori anche in riferimento a soggetti collettivi non personificati (11). Sul tronco della tradizione dogmatica civilistica di stampo romanistico (cui si appella con eccessiva e non innocua enfasi Barassi), su quello della logica dei princìpi di diritto vigente come necessaria espressione della costituzione economico sociale (cui fa riferimento Redenti e la giurisprudenza probivirale), su quello di un'indagine volta a problematizzare la non omogeneità della volontà collettiva con gli schemi giuridici idonei per la volontà individuale (cui fa riferimento Messina), affiorano le prime linee di una disciplina giuridica che è costretta per vivere a piegare e rinnegare i principi di diritto comune. Si badi bene: quelle linee si intravedono nel « diritto positivo », nel « diritto vigente ». La precisazione — pedante nelle pagine di scritti giuridici — è comune a quanti tenevano ad opporre la concretezza della loro analisi alla vacua opzione 'rivoluzionaria' dei fautori del « diritto dell'avvenire », irrealizzato sogno di una trasformazione sociale *ab imis fundamentis* del diritto civile (12).

Il contatto del primo diritto del lavoro col diritto privato è dunque molto stretto, così stretto da generare spesso incongrue apologie lavoristiche delle universalità delle categorie privatistiche. Considerando

---

(10) Cfr. F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (studi),* Athenaem, Roma, 1913.

(11) L'opera di Giuseppe Messina è del 1904 (può essere letta in *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948). Cfr. anche dello stesso autore, la Relazione svolta alla IX sessione del Consiglio Superiore del lavoro (Roma, 1907), ora in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 29, 1986, con Nota introduttiva di U. Romagnoli, pp. 107 e ss.

(12) La questione è ossessivamente presente nella *Introduzione* di Barassi alla prima edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Ma decisa è anche la presa di posizione di Enrico Redenti che sottolinea come la funzione delle magistrature probivirali debba mantenersi « nell'ambito del diritto vigente » e teme i rischi di « anarchia » insiti nelle aspirazioni verso il 'diritto dell'avvenire': « ...il 'diritto dell'avvenire' non può contenersi nei limiti legali e legittimi di queste categorie di norme, per essere diritto *nuovo*: deve, dunque, cominciare col rifiutare od infrangere le vigenti regole generali su contratti e i principii generali del diritto. (...) Ma quelle regole e principii sono la espressione logico-giuridica della nostra costituzione sociale ed economica. (...). Comunque (ed è questo il nucleo della questione), a mio avviso, non è logicamente concepibile, che si possa compiere una *rivoluzione* nei principii (e cioè nella stessa costituzione sociale), ad occasione e nei limiti di un singolo contratto nominato di diritto civile ». E. Redenti, *Sulla funzione delle Magistrature industriali.* Introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei probiviri,* cit. p. 98. Severino Caprioli (*Redenti giurista empirico*, cit., pp. 62 e 65) ha incisivamente sottolineato il carattere realistico della scelta di Redenti in cui « la più stretta aderenza al Codice » è anche adesione « all'esperienza nella sua multiforme unità »: « Il rifiuto di ogni via breve si fa programma di *piena ed integrale esplicazione del sistema*; *l'evoluzione del regime del lavoro* si rivela identica all'*evoluzione del diritto vigente* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quei proclami, i giuslavoristi contemporanei avvertono un senso di disagio e talvolta un senso di colpa: « l'anomalia della storia del diritto del lavoro consiste in ciò: questo diritto si è allontanato abbastanza in fretta dal diritto privato, ma non si è mai svezzato del tutto dalla sua patria potestà » (13). I toni della richieste di 'autosufficienza', quelli delle rivendicazioni di una piena 'emancipazione' e delle negazioni di ogni 'sudditanza culturale' del diritto del lavoro nei confronti del diritto privato sono stati più o meno accentuati nel corso di questi anni, mai del tutto assenti: costituiscono, d'altronde, una componente che è geneticamente iscritta nella nascita, nella rivendicazione di una propria ineliminabile diversità. I giulavoristi in ogni caso non mostrano molto entusiasmo per le origini 'privatistiche' della loro disciplina; il timore mai sopito è che quelle origini dottrinali non offrano il punto di avvio di un lungo e fortunato dialogo, ma il semplice segno di una volontà di sopraffazione.

I molti silenzi e i pochi interventi legislativi in materia lavoristica presenti in età liberale propongono un quadro che è a tratti speculare e a tratti capovolto rispetto a quello della dottrina: i frammenti di leggi cosparsi qua e là per attenuare il colpevole silenzio del Codice civile del 1865 sono tali da impedire la visione di un'area normativa non subordinata alla logica pressante e vincente delle regole 'comuni' di diritto privato. La retorica posta a sostegno della legislazione sociale è per lo più volta ad ottenere un intervento coattivo dello Stato capace di porre fine allo 'stato di guerra' in un settore irriducibile alle tradizionali e 'ordinate' relazioni tra pacifici proprietari borghesi: l'interventismo legislativo è paternalistico, flebile e esangue nella sostanza, anche se percepito come pericoloso e dirompente da parte di giuristi poco disposti a porre in discussione il primato della loro costituzione privatistica in nome di sparse regole presenti in 'leggi civili estravaganti'. La legislazione sociale è ritenuta effimera e transitoria, di diritto pubblico, incapace di incidere sugli assetti permanenti del diritto privato; tuttalpiù le si concede di essere il primo tassello di una costruzione difficile da intravedere e di cui si sottolineano — ora con gradimento, ora con apprensione — le vistose decorazioni pubblicistiche. Qui il tronco esilissimo di norme presenti in età liberale — 'germi' di un nuovo diritto, per dirla con Carnelutti — è capovolto perché culmina nella rigogliosa e organica legislazione del fascismo: la normativa del corporativismo rende così folta e pesante la chioma 'pubblicistica' da togliere ogni vitalità alla pianta.

Il giovane Barassi, a suo modo, sintetizza bene i diversi aspetti: il contratto — scrive — è il rapporto basato sull'accordo volontario delle parti e rifugge di per sé da ogni violenta intromissione di elementi che

(13) L'espressione è di U. Romagnoli, Prefazione a O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo,* Giappichelli, Torino, 1994, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non siano almeno presumibilmente voluti dalle parti. Una limitazione al principio della libertà contrattuale è lecita solo in una legge di natura sociale o pubblicistica. I due aspetti sono separati e devono restare tali, perché ogni limitazione alla libertà del contratto rappresenta un « passo notevole su una via che può condurre alle aberrazioni di una fantastica 'organizzazione di Stato del lavoro'... » (14).

Una separazione così netta, enfatizzando gli opposti, generò illusioni e mostri. L'emersione della giuslavoristica trovò così un suo primo momento unificante soprattutto nella categoria 'pura' del contratto di lavoro subordinato che rivendicava una sua autonomia, ma non poteva certo accampare — né intendeva farlo — alcuna pretesa di autosufficienza rispetto alla tradizione privatistica. L'area normativa 'autonoma' del diritto del lavoro — 'l'aspetto pubblicistico' — fu segnato invece in profondità dal corporativismo più che dalle leggi sociali dell'età liberale: la pubblicizzazione imposta dal fascismo negò ogni spazio reale di autonomia collettiva e fu così massiccia da sbiadire i tratti 'immutabili' del contratto, affogando la tutela del 'contraente debole' nel mare delle protezioni giuridiche finalizzate alle superiori esigenze dell'impresa e della produzione nazionale, « fantastica organizzazione di Stato del lavoro ».

Anche rifiutando l'attrazione per un uso forte della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato e indagando sugli spazi intermedi che si aprivano tra i due versanti (15), è difficile negare che il diritto del lavoro ottenne una sua piena visibilità prima grazie al programmatico e soffocante legame con la tradizionale dogmatica privatistica e, poi, grazie alla ampia e non meno soffocante normativa del fascismo. È arduo — e lo è in particolare per i giuslavoristi del dopo costituzione — sottrarsi al fascino di liberarsi dal peso di tali blocchi posti alle origini della propria disciplina, due vistosi marchi da espiare e da riscattare.

L'analisi critica del corporativismo, in un momento in cui il diritto sindacale del dopo-Costituzione oscillava tra memoria di un passato ancora ricco di segni nel presente e rinnovamento (16), rivendicava una propria diversità tra richiesta di « un adeguato impegno culturale

---

(14) L. Barassi, *Natura giuridica dei regolamenti preventivi per gli infortuni sul lavoro,* in *Rivista sugli infortuni del lavoro,* I, 4 (15 aprile 1899), cc. 151 e 150.

(15) Cfr. L. Gaeta, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti,* in *Lavoro e diritto,* VIII, 2, 1994, pp. 207 e ss.; Id., *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare,* in A. Mazzacane e P. Schiera (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana,* Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 315 e ss.; G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), pp. 155 e ss.

(16) Cfr. G. Ghezzi-U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1982, pp. 22 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

innovativo » ed esigenza di un profondo lavacro: « i dieci anni testé trascorsi — scriveva Giugni nel 1956 — non hanno ancora permesso di cancellare la traccia dell'esperimento corporativo, e cioè di una metodologia delle relazioni industriali che ha costituito, nelle sue note essenziali, un tentativo di contenimento delle dinamiche spinte che l'evoluzione industriale reca allo sviluppo della società moderna » (17). L'esigenza di una ricostruzione fondata su un pluralismo extrastatualistico, quella di pensare regole svincolate da controlli di stampo pubblicistico, mentre avviava una stagione di ricche riflessione lavoristiche, spingeva implicitamente verso una cancellazione dalla memoria di tutto quanto nelle origini potesse essere contrassegnato da aspetti, diciamo così, pubblicistico-autoritari. A ciò si accompagnava un rinvio, pressoché in bianco, ad un momento generativo dell'identità giuslavoristica affidato ai pochi padri 'privatisti' e alla scarna presenza della legislazione sociale dell'età liberale.

La messa a fuoco delle incongrue operatività postume di detriti del modello corporativo nel diritto sindacale e la (illusoria) fiducia nell'autosufficienza di un « semplice appello al diritto comune del codice civile » (18), non poteva però condurre ad un recupero di origini fondato sulla 'purezza' e sui 'silenzi' dell'impianto privatistico del periodo di inizio secolo. A ben guardare, infatti, si intravedono soprattutto le continuità tra i silenzi della legislazione liberale e il frastuono pubblicistico della normativa fascista nella comune volontà di devitalizzare l'attività politico-sociale della contrattazione collettiva (19), si scorgono i nessi tra le visioni dottrinali (liberal-autoritarie) avanzate in età giolittiana e la compiuta instaurazione autoritaria del 'regno del diritto' nel campo delle relazioni lavoristiche realizzatosi con il corporativismo (20).

L'analisi ravvicinata delle ricostruzioni sul contratto di lavoro e

---

(17) G. Giugni, *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi in Italia*, ora in Id., *Lavoro legge contratti*, cit., p. 43.

(18) G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1985, p. 22.

(19) « ...sembrò che il senso 'autoritario' della legislazione del '26 si limitasse al fatto di aver trasferito il fenomeno contrattuale dall'area del diritto privato a quella del diritto pubblico. Laddove la traslazione effettiva consisteva nell'aver trasferito l'esperienza contrattuale collettiva dal piano politico-sociale a quello giuridico-formale in una direzione che faceva del contratto collettivo uno strumento 'esclusivamente' legale ». Un'operazione che ha forti radici nelle scelte del periodo antecedente: nel « modo (comune all'esperienza giuridica giolittiana e a quella corporativa) di attribuire rilevanza (giuridica) non alla 'attività' di contrattazione collettiva in quanto tale, ma al singolo 'atto' contrattuale » (G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 103).

(20) Cfr. U. Romagnoli, *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, in particolare pp. 123 e ss. (*Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*) e pp. 187 e ss. (*Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*). Si cfr.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della categoria della subordinazione non ha offerto — come vedremo meglio tra poco — risultati più rassicuranti. La nozione di subordinazione su cui il diritto del lavoro aveva fondato la sua autonomia disciplinare ha, com'è noto, a lungo costituto il faro attraverso cui si è gettato luce sui confini ultimi della speciale disciplina protettiva. Quel faro, come si sa, emana da tempo una luce sempre più intermittente (21). A fronte di discipline sempre più frantumate del rapporto di lavoro, la categoria unificante delle origini non fornisce strumenti culturali per comprendere 'le diversità': « al diritto del lavoro si impone l'arduo compito di ridefinire, fuori delle affidanti dicotomie, il proprio oggetto, il 'lavoro' senza aggettivi, da distinguere da ogni altra 'attività' economica. E per questi compiti, per questo tipo di movimenti, il diritto del lavoro non ha cultura, non esistono modelli sufficientemente definiti » (22).

Il passato, insomma, non fornisce ai giuslavoristi appigli solidi con cui affrontare le incertezze del presente; anzi, sempre più la storia della propria disciplina appare come un fardello insostenibile, causa non remota della « crisi di identità del diritto del lavoro » (23). E mentre la giuslavoristica si interroga sui lavori e sul 'non lavoro' del presente, altri motivi di preoccupazioni le pervengono dal futuro. Di lì i soliti ben informati comunicano, tra il drammatico e il faceto, che è già sorta « l'alba dell'era post-mercato » che mostra « un mondo virtualmente privo di lavoratori », la 'fine del lavoro' (24).

In questo quadro la principale tentazione è quella di affermare una propria nuova identità all'insegna della leggerezza, quella di 'sottrarre peso' — come direbbe Calvino delle *Lezioni americane* — alla propria

---

anche P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 382 e ss.

(21) La scelta contenuta nell'art. 2094 del Codice civile del 1942 — una scelta tecnico-funzionale, attenta all'esecuzione dell'attività lavorativa e indifferente alle condizioni sociali di chi presta lavoro — ha mostrato un diritto del lavoro caratterizzato da « uno strabismo precoce che lo porta a concedere tutela a chi non ne ha bisogno ed a negarla a chi invece ne avrebbe » (G. Ghezzi- U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 23; pp. 32 e ss.).

(22) M. D'Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 46. Si cfr. anche M. D'Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione,* in *Rivista critica del diritto privato*, 1988; e, da ultimo, L. Montuschi, *Sulla discussa 'centralità' della fattispecie 'contratto di lavoro subordinato'* e M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, *Diritto del lavoro e diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1025 e ss.; e pp. 1057 e ss.

(23) M. D'Antona, *La subordinazione e oltre*, cit., p. 46.

(24) Cfr. J. Rifkin, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Baldini & Castoldi, Milano, 1995. Può essere utile, in ogni caso, affiancare alla lettura, la rilettura di U. Romagnoli, « *Noi e loro »: Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, pp. 377 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia, oppure di negarla del tutto, liberandosi dai tanti vincoli di impaccio nel presente. Stretta tra una tradizione disciplinare in cui oramai non è più capace di riconoscersi e un futuro che le manda precocemente a dire che ha bisogno d'altro, la giuslavoristica può essere tentata insomma di rimpiangere alternative mai realizzate oppure, più semplicemente, di negarsi completamente un passato, giungendo così a una liberatoria « assoluta assenza di fardello ». Il rischio, come si sa, è quello di sfuggire del tutto alla gravità, è quello che il diritto del lavoro « diventi più leggero dell'aria, prenda il volo verso l'alto... ».

3. Il lascito storico più analizzato e discusso è stato quello fornito dalla nozione di lavoro subordinato, il modello centrale ed unificante delle origini. L'incontro non è stato casuale, né poteva esserlo: gli incontri del giurista con la storia — ha scritto Romagnoli — possono essere occasionali, mai fini a se stessi (25). La lunga discussione sulla fine della 'centralità' della fattispecie del lavoro subordinato ha costretto infatti a riprendere ancora una volta in mano le pagine di Barassi e a fare i conti con la sua eredità.

La questione è già posta in termini drastici in una monografia della fine degli anni Sessanta. Il contratto di lavoro subordinato come contratto provvisto di una sua causa tipica non rappresenta, neppure nelle origini, « né una necessità logica, né uno strumento giuridicamente adeguato » alla comprensione della realtà (26). La verifica di questo scomodo assunto nell'opera di Barassi genera una sorta di contemplazione impotente di una storia mancata e la constatazione di una scienza lavoristica italiana costretta a vivere seguendo un'impostazione dogmatica nata per affondare e non per sistematizzare il diritto del lavoro: « che l'impostazione prospettata da questo autore [Barassi] sia in assoluto ineccepibile proprio sotto il profilo della scienza del 'diritto del lavoro', pare sia da negare; mentre è da ammettere senza discussione che la scienza lavoristica italiana si è storicamente affermata, e vive tuttora, sulle linee direttive segnate da Barassi » (27). La lavoristica italiana affermatasi sulle linee direttive imposte da Barassi deve, dunque, per affermarsi compiutamente come scienza, liberarsi del padre; nello stesso tempo, il rifiuto dell'eredità di Barassi finisce col mettere a nudo l'assenza di un passato. Il 'pioniere del diritto del lavoro

(25) Cfr. in *Come il giurista vede la storia del diritto* (Le opinioni di U. Romagnoli e U. Santarelli), in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 65 (1995, 1), p. 97.

(26) Cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967.

(27) L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro,* cit., p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiano', il 'Maestro che sopra ogni altro come aquila vola' (28), comincia ad aggirarsi come uno spettro sulle origini della disciplina.

A metà degli anni Ottanta, utilizzando il filtro della vasta nozione 'programmatica' di democrazia industriale, Marcello Pedrazzoli porta alle estreme conseguenze le affermazioni di Spagnolo Vigorita e scompagina le tradizionali premesse ordinati della disciplina: i fossati scavati alle origini tra fattispecie, legislazione sociale e autonomia collettiva hanno reso disagevole la « frequentazione reciproca fra fattispecie individuale e autodeterminazione collettiva » (29), hanno negato ogni comunicazione tra i diversi aspetti, hanno impedito l'affermazione di un discorso giuslavoristico veramente autonomo. La proposta è quella di un complessivo superamento della divisione tra diritto del lavoro individuale e diritto sindacale: negata nelle origini, l'unità dei diversi aspetti è il valore di cui la giuslavoristica deve riappropriarsi, emancipandosi finalmente in modo compiuto da tutele privatistiche. L'angolo visuale della 'democrazia industriale' (che è nel contempo un modello per analizzare il presente e filtro attraverso cui rileggere la storia) torna a mostrare un 'primo' diritto del lavoro in cui è impossibile riconoscersi. Specializzandosi, il diritto del lavoro delle origini ha rinnegato la sua vera essenza: nato su basi sbilenche, è cresciuto senza mai liberarsi del tutto dal quel peccato originario che ha posto in « stallo » ogni diversa ipotesi ricostruttiva.

A segnare una volta per tutte la disciplina è stato Ludovico Barassi che continua ad apparire, nello stesso tempo, come il padre e l'affossatore del diritto del lavoro. Con la tipicizzazione della fattispecie della subordinazione, Barassi ha posto sì le basi del concetto attraverso cui il diritto del lavoro ha rivendicato una sua autonomia disciplinare; nel contempo, però, è riuscito a incorporare in quel concetto la negazione della 'vera autonomia' della scienza giuslavoristica. Il concetto barassiano di subordinazione, configurata come totale assenza di potere in capo al lavoratore, è infatti così ambiguo da rappresentare un vero e proprio ostacolo 'interno' alle capacità emancipatorie del diritto del lavoro; un ostacolo che Barassi è stato capace di imporre nel cuore stesso del contratto, facendolo ruotare attorno al principio dell'eterodirezione, fissando in tal modo « un 'disvalore' (...) la cui intangibilità costituisce il 'paradigma' più determinante e costante dell'intero diritto del lavoro e della sua scienza » (30).

---

(28) D. Barbero, *Ludovico Barassi*, 1961, poi in introduzione a *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Milano, 1966, p. XV.

(29) M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 63.

(30) M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., pp. 36 e 63. Nell'analisi di Pedrazzoli il peso delle origini è ovviamente da rigettare e le regole sintattiche della disciplina affermatesi 'in simbiosi' con la categoria della subordinazione sono tutte da ridefinire: « la tecnica dell'inderogabilità, come il *favor*, vive dunque e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« La spiegazione dell'origine del diritto del lavoro » sta in fondo tutta qui, in una semplice ed abile 'falsificazione' che ha ingannato intere generazioni di giuristi ed è ancora alla base delle inadeguatezze del presente (31).

Il rifiuto di quelle origini è rivendicazione di uno sviluppo della disciplina fuori dal « solco di Barassi », è affermazione di un diritto del lavoro autentico perché finalmente in grado di liberarsi dalle sue tradizionali e mistificanti categorie fondanti. Da questo punto di vista, la storia della disciplina appare come l'effetto di un gioco imposto da un prestigiatore particolarmente abile: la ricostruzione di Barassi infatti ebbe 'il merito' di rendere innocue « le discrepanze » che si manifestavano in seno al diritto civile nella seconda metà dell'Ottocento attraverso un « rafforzamento esplicito dell'individualismo e della unilateralità di potere, di fronte a cui il diritto civile era parso in procinto di abbassare la bandiera ». Rivestite di un manto dogmatico, quelle discrepanze non solo furono disinnescate, ma vennero anche collocate « nel salotto più comodo della casa del diritto del lavoro » (32), insinuate nella mente e nell'animo dei giuristi successivi (33). Il « grande merito » di Barassi, dunque, è stato quello di aver segmentato e depotenziato il diritto del lavoro del suo carattere eversivo per il diritto civile. Conferendo autonomia alla disciplina, egli le negava nello stesso tempo una reale modernizzazione, una sua piena emancipazione. Il rogo di Barassi, il rifiuto delle origini dogmatiche della disciplina, è pertanto essenziale per ritessere un unitario e autentico discorso giuslavoristico.

È stato detto, con aforisma semplice solo in apparenza, che « una scienza che esita a dimenticare i suoi padri fondatori è perduta » (34). La ricostruzione di Pedrazzoli è più rivolta al presente che al passato, non riesce però in nessun modo a dimenticare il padre a cui, anche se solo in negativo, vengono ascritti troppi 'meriti'. Il confronto-scontro con Barassi finisce così col mostrare soprattutto il disagio della giuslavoristica nei confronti di un padre civilista che non ha mai amato, il senso di smarrimento di un 'origine rinnegante' in cui non si riconosce ma che non può, non riesce, a dimenticare. L'alternativa negata da Barassi non

---

muore in simbiosi con la configurazione che della fattispecie è stata data nella tradizione barassiana... » (p. 230).

(31) M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., p. 54.

(32) *Ibidem*, p. 54. Si inaugura così una « coabitazione della scienza giuslavoristica con la cagione non rimossa del suo differenziarsi: cagione che, anzi, si immedesima proprio con la fattispecie che venne posta al centro del nuovo settore » (p. 56).

(33) « Il suo paradigma ha sancito, con forza anche psicologicamente cogente, l'inconcepibilità dell'obiettivo sistematico per cui subordinazione e democrazia industriale, area dell'autonomia individuale e area dell'autodeterminazione collettiva, concorrono simultaneamente, come le due facce della stessa medaglia, a guidare il 'movimento' del diritto del lavoro » (*Ibidem*, p. 107).

(34) Cfr. R. K. Merton, *Prefazione* a L. A. Coser, *I maestri del pensiero sociologico*, il Mulino, Bologna, 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è indagata sino in fondo: è solo una presenza simbolica, un sentiero non percorso ed abilmente sepolto. Può costituire un modello solo per il suo 'non essere' rispetto ad una scelta vincente di cui non si colgono, assieme alle contraddizioni, anche i motivi culturali profondi che comunque hanno permesso non lo stallo ricostruttivo, ma una trasformazione della disciplina.

Barassi riceve molto di più dei suoi 'meriti'; la storia del diritto del lavoro è tutta schiacciata su di lui e diviene così scomoda da essere impossibile: solo la negazione di quel passato rende possibile 'la continuazione' della disciplina. Le origini, a ben guardare, sono scomparse del tutto: il diritto del lavoro non ha un passato in cui può riconoscersi, ma è tutto da inventare qui nel presente.

Il colloquio con Barassi è così fitto da impedire che il suo contributo possa essere inquadrato storicamente. Lo scontro con il suo lascito dogmatico è troppo diretto per consentire una lettura storica capace di mettere a fuoco l'emersione della prima riflessione giuslavoristica all'interno di una cultura giuridica ancora attraversata da contrasti irrisolti tra preminenza della legge e centralità della scienza, ancora intenta a interrogarsi su quale fosse il soggetto legittimato a dare una risposta giuridica alle trasformazioni sociali accelerate. Di fronte agli autori del cosiddetto socialismo giuridico, ricco più di promesse che di realizzazioni, Barassi si limitò a parlare un linguaggio comprensibile per la civilistica tradizionale e fondò una scienza in maniera del tutto involontaria: il suo obiettivo non era certo quello di mostrare la vitalità di un nuovo settore, ma quello di ribadire l'idoneità dello strumentario della tecnica civilistica a far fronte alle nuove necessità sociali anche senza l'intervento del legislatore. Le ambiguità di Barassi sono quelle della civilistica del suo tempo e segnano l'intera sua opera giuslavoristica in cui vivono 'in simbiosi' aspetti contrastanti: insensibilità per le leggi sociali 'imposte' dal legislatore e ricerca di princìpi di tutela inderogabili; ingenua fiducia in un assetto del contratto fuori dal tempo ed analisi empirica della disparità generate dal rapporto; asserzione della intangibilità dei princìpi comuni ed uso delle clausole generali per ottenere una loro elasticizzazione; negazione di una commistione del giuridico con elementi sociali e ricerca di un diritto fondato sugli usi, sull'equità, sulla prassi; esaltazione della composizione armonica dello scontro tra i singoli, sospetto nei confronti di ogni valutazione giuridica della contrattazione collettiva e timidi tentativi di lettura della nuova prassi sociale.

Quei contrasti attraversano la ricostruzione di Barassi, permeano la sua intera eredità dogmatica: sono però relativi, riflettono la sua opera e le originali condizioni del momento, non ci forniscono una nozione di 'subordinazione' come un assoluto, con una storia bloccata in attesa della svolta (funzionalistico-differenziale) della democrazia industriale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il contraddittorio programma di Barassi era quello di non dimenticare i suoi padri e di affermare su un territorio di confine l'assunto di una preminenza di un sapere immutabile; un assunto contraddittorio perché, come insegna un proverbio arabo citato da Marc Bloch, « gli uomini somigliano più al loro tempo che al loro padre » (35). Così è stato, nonostante la forte impronta dell'eredità ricevuta, per la giuslavoristica successiva a Barassi, ma così è stato — almeno questo gli va riconosciuto — per lo stesso Barassi.

4. Un recente volume intitolato esplicitamente a 'Il diritto del lavoro delle origini' (36) tenta di far quadrare il cerchio, ponendo in accordo l'eredità dogmatica e la ricostruzione storica. Il libro può essere letto come una sorta di ricerca (o di riabilitazione) del padre della disciplina e come un'affermazione di vitalità e modernità del primo diritto del lavoro. Va detto subito che il nodo delle origini non viene sciolto: trascinata dalla voglia di confutare la letteratura che ha mostrato le incongruenze insite nelle origini della disciplina, l'Autrice sposta con troppo disinvoltura Barassi dal rogo all'altare e, con non minore disinvoltura, pone barricate invalicabili tra la « tradizione del pensiero giuridico liberale » e « la legislazione sindacale corporativa » (37).

Il diritto del lavoro delle origini è narrato all'interno di un quadro storico di inizio secolo 'liberale e libertario' — caratterizzato « dal libero conformarsi dei rapporti di lavoro e collettivi alla spontanea autodeterminazione dei gruppi sociali » —; un modello le cui tracce sono state perdute nelle nebbie imposta da una storiografia sempre poco attenta a cogliere le profonde differenze, « le cesure », esistenti tra il periodo liberale e il fascismo, e talvolta pronta a tacciare la cultura liberale « addirittura di illiberalismo autoritario » (38). Seguendo questa via, la presenza di un modello originario falsante è negata: si riabilita completamente l'apporto innovativo della giuslavoristica liberale e si recide ogni filo di continuità con la normativa del fascismo che travolse « i tratti essenzialmente liberali e libertari del sistema precedente ». La giuslavoristica può riscoprire in tal modo un valido punto di partenza, un'età aurea in cui può riconoscere ancora la propria identità, un modello di riferimento per il presente.

L'operazione riesce solo se si accede completamente alla scelta dell'Autrice, solo cioè accettando di collocare il diritto del lavoro delle origini in alto, molto in alto, in uno spazio storico senza tempo, in un paradiso.

---

(35) *La società feudale* (ed. Einaudi, Torino, 1987, p. 175).

(36) L. Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.

(37) *Ibidem,* p. 147.

(38) Cfr. *ibidem*, p. 145 e ss.; pp. 171 e ss; e pp. 291 e ss. (il paragrafo intitolato « La pretesa impronta autoritaria dell'ordinamento e della cultura precorporativi »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Barassi è così completamente riabilitato: il suo merito principale sta singolarmente nel fatto di non aver reagito a « opzioni costruttive di segno diverso » (39). L'assenza di alternative assolutizza le scelte di Barassi, le rende paradigmatiche dei valori di una cultura giuridica 'omogenea', espressive di un pensiero giuridico liberale intento a confrontarsi senza reticenze con una società in via di trasformazione. L'esigenza — più volte sottolineata nella recente storiografia giuridica — di non enfatizzare la schematica distinzione socialismo giuridico/civilistica tradizionale e di verificare tecnicamente 'la tenuta' dei progetti di trasformazione è còlta, pertanto, soprattutto nel senso di una valorizzazione della ricostruzione barassiana fondata sull'intreccio di « fedeltà all'antico e di apertura al nuovo ». Quell'intreccio — che, del resto, costituisce uno tra i tratti tipici dell'operare del giurista — genera un modello dalla linearità assoluta cui corrisponde un altro pròvvido assoluto: il silenzio del legislatore riguardo alle questioni lavoristiche che è di per sé considerato espressivo di una valorizzazione della spontanea autocomposizione degli interessi. L'interazione tra la tradizionale mentalità e le nuove esigenze è in grado di ricomporre in termini completamente 'moderni' la logica 'antica' della preminenza delle relazioni individuali tra cittadini borghesi senza creare alcun contrasto, senza lasciare eredità dogmatiche difficili da gestire. Respingendo « la logica protezionistica dei novatori » (40), Barassi tese a favorire « l'autoemancipazione dalla debolezza economico-sociale attraverso l'organizzazione degli interessi » (41); la ricostruzione della categoria della subordinazione, ampia ed elastica, mostra la « perspicacia » del suo programma che resta ancora attualissimo anche di fronte alla recente esigenza di andare 'oltre la subordinazione' (42); « la modernità del pensiero » di Barassi è tale anche nel settore in cui più rimproveri gli sono stati mossi, quello della contrattazione collettiva (43).

Barassi, « metafora del pensiero giuslavoristico liberale », può essere appieno rivalutato solo se è posto in relazione col suo tempo, con la politica legislativa liberale dell'età giolittiana, e solo se si comprende appieno il valore dell'assenza di regolamentazione per il contratto di

---

(39) Cfr. L. Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, cit., p. 26, nonché, pp. 282 e ss.; 300; 333; 384 e ss. In un precedente saggio l'Autrice aveva sostenuto la netta contrapposizione tra innovatori e « l'edificio sistematico e dogmatico di Barassi », « costruito per reagire contro la proposta dei giuristi che avevano prospettato la nascita di un 'nuovo diritto'... » (cfr. L. Castelvetri, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 246 e ss.); ora il motivo conduttore del saggio è l'assenza di alternativa, la convinzione che « di contrapposizione non si possa parlare ».

(40) L. Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, p. 340.

(41) *Ibidem,* p. 341 in nota.

(42) *Ibidem,* pp. 338 e 339 in nota.

(43) *Ibidem,* p. 380 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lavoro e la contrattazione collettiva. La scelta del silenzio — che naturalmente « non può essere tacciata di autoritarismo illiberale » — non nasconde nemmeno « indifferenza per le questioni del lavoro » (44): è infatti scelta consapevole di lasciare « libera espressione alle esigenze delle parti »; scelta di configurare un primo compiuto modello di « democrazia industriale » (45), estrinsecazione di un meccanismo « idoneo a valorizzare la libera espressione di un ordinamento extrastatuale, senza comprimerla con imposizioni eteronome » (46). A ben guardare ci sono tutte le basi della « teoria dell'ordinamento intersindacale » (47): è sufficiente valorizzare il presupposto giuridico delle libertà garantite dallo Statuto e dal Codice Zanardelli, guardare alla libertà di coalizione e di sciopero per notare come, a partire dagli anni Novanta, la « logica emancipatoria per i lavoratori e le loro organizzazioni » avanzi sempre più.

La parola vincente è « liberalizzazione »: dagli anni Novanta « muta il segno dell'intervento legislativo: dalla prevenzione alla liberalizzazione del conflitto » (48); e la liberalizzazione genera un meccanismo virtuoso capace di « dar voce alla volontà dei gruppi *organizzati* », capace di mostrare come l'autonomia negoziale possa adattare l'ordinamento al 'diritto vivente' (49), capace di coinvolgere la scienza giuridica che, con a capo Barassi, predispone schemi adeguati alla rappresentazione dei nuovi interessi. Nessuna contraddizione, nessun contrasto tra antichi dogmi e nuovi interessi affiora sotto il cielo delle provvidenziali armonie generate dallo scontro degli interessi dei gruppi e dei singoli 'liberalizzati'.

Il diritto del lavoro si riappropria delle sue origini ponendole in un poetico paradiso. Scompare il peso della normativa del fascismo, del tutto priva di contatti con le scelte liberali che hanno caratterizzato la disciplina; scompare il peso della tradizione privatistica dai cui dogmi non traspare alcuna miopia. In tal modo, ovviamente, anche il dilemma delle origini scompare; ma, al di là della confortante e improbabile proposta di 'modernità' e attualità del racconto, tutte le questioni, i prosaici contrasti del passato e del presente, restano ancora lì immutate ad esigere risposte.

5. Denso e problematico, dai colori forti ma ricco di sfumature, un recente saggio di Umberto Romagnoli sull'evoluzione del diritto del lavoro pone al centro dell'attenzione i dilemmi del presente e affronta la questione di identità della giuslavoristica cercando risposte al di fuori

(44) *Ibidem,* p. 311 e 318.
(45) *Ibidem,* p. 312.
(46) *Ibidem,* p. 315.
(47) *Ibidem,* p. 316.
(48) È questo il titolo di un capitolo (il terzo) pp. 109 e ss.
(49) *Ibidem,* pp. 316 e 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un'ottica puramente disciplinare. In discussione è proprio la rappresentazione di un àmbito giuslavoristico come espressione di una 'semplice' area normativa o disciplina speciale.

Valicando con consapevolezza le barriere poste a difesa di confini disciplinari spesso fragili, il problema delle origini si ripropone con forza, come problema di identità e di sopravvivenza, collocato in una fitta orditura da cui è difficile isolare singoli fili. L'esigenza di 'un passato' è posta in termini diversi, ma non cessa di rivendicare una drammatica attualità: i giuslavoristi — scrive Romagnoli — « si considerano tuttora abilitati al culto di un dio minore perché senza passato. Viceversa, un passato il diritto del lavoro ce l'ha; basta decidersi ad interrogarlo con un po' d'intuito e fantasia (...). Per farlo, però, bisogna cercare la risposta sulle origini del diritto del lavoro fuori dai confini della disciplina da cui essa è sollecitata. Bisogna intersecare itinerari che penetrano nella storia dell'economia, nella storia e antropologia sociale, in provincie del sapere cioè che si sono costituite in regioni autonome ciascuna delle quali 'crede d'essere una patria', con robuste propensioni all'autarchia e pronta a bloccare gli sconfinamenti » (50).

Non si tratta di un programmatico e urlato manifesto di interdisciplinarietà; l'apporto di una coralità di voci è infatti indispensabile proprio per mostrare il volto di una disciplina giuridica inevitabilmente restia a purezze e certezze riposanti, per affermare un'identità culturale che è autentica solo se composita. Il dialogo con le 'altre' discipline è una sorta di colloquio 'interiore' del giuslavorista.

Il testo prende prima di tutto sul serio il confronto tra storia e dimensione giuridica. Romagnoli, com'è noto, ha contribuito con molti saggi alla scarna storiografia del diritto del lavoro e appartiene alla generazione dei lavoristi che ha *consapevolmente* creato per via extralegislativa un nuovo diritto (51), scrivendone pagine importanti. I due aspetti, mai separati nelle scelte dell'Autore, trovano in questo libro una sintesi: « ...l'autore ha ritenuto che fosse il caso di riordinare gli elementi di conoscenza raccattati nel suo girovagare non tanto in rigida successione analiticamente documentata quanto piuttosto all'interno di una cornice interpretativa capace di restituire il senso complessivo di un itinerario » (52). Diversi sentieri, più itinerari, si incontrano e il giurista « racconta »: la storia di cui è protagonista si salda con la 'storia in senso proprio'. Le eredità tecniche, i miti, i fantasmi di un passato anche remoto si fondono coi dubbi sulle certezze troppo pesanti e le distinzioni troppo nette del recente passato, con le incertezze di un presente

(50) La citazione è tratta da U. Romagnoli, *Diritto del lavoro (storia del),* in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Sez. Com.),* IV, (Torino, 1989), p. 477, ma costituisce un po' il programma del testo qui considerato.

(51) Il riferimento va naturalmente a G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Ed. di Comunità, Milano, 1972.

(52) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che rende fragili consolidate partizioni e trasforma rocciose convinzioni in piume leggere.

La dialettica passato-presente, presente-passato che è ragione stessa della storia, componente ineludibile del modo di essere storico, è dunque la base di un 'racconto' in cui il giurista non può essere semplice osservatore esterno, utente della storia degli specialisti (53). Al di là della denuncia (un po' datata, un po' di maniera) dei limiti di una storiografia giuridica di carattere 'filologico antiquario' e della insoddisfazione nei confronti di una storia giuridica ritenuta prevalentemente volta a celebrare il diritto come creazione tecnica d'un ceto elitario, storia di dotti « irrimediabilmente aristocratica », storia di specialisti per specialisti (54), la scelta per una ricostruzione storica 'diretta', la scelta di restituire il senso complessivo dell'itinerario, si impone perché appare indispensabile per 'ripensare' una identità disciplinare: è riaffermazione e ricerca — sodalizio di « prosa saggistica con la prosa narrativa » (55) — di un modello culturale autonomo ancora valido.

Il modello culturale del diritto del lavoro può essere infatti percepito solo nel lungo periodo, sfuggendo alla tentazione di appiattire il tormentato itinerario tessuto dal tempo attorno a lavoro e diritto entro gli spazi angusti fissati dall'avventura disciplinare novecentesca. L'affermazione è liberatoria: l'itinerario 'recente' del diritto del lavoro che a molti appare come unico ed assoluto, entra nella storia e si relativizza; e può, come tutte le cose relative, trasformarsi profondamente, essere ripensato.

6. Il diritto del lavoro nel presente appare dunque come « un diritto da ripensare »: scopre 'nella stagione della maturità' la fragilità di molte categorie che aveva contribuito ad affermare, guarda con distacco all'enfasi posta in un passato non lontano su una serie di rigidi garantismi legali e sindacali. In discussione è la stessa « educazione novecentesca del giurista del lavoro a pensare per diadi di opposti inconciliabili », è la scelta per un sistema normativo schiacciato verso una sola polarità (subordinazione/autonomia; stabilità/precarietà; rigidità/flessibilità; eguaglianza/differenza; collettivo/individuale): « i termini delle diadi del diritto del lavoro hanno esaurito la vitalità storica della loro contrapposizione », stanno divenendo sempre più complementari, crescente è l'espansione di uno spazio intermedio (56).

---

(53) U. Romagnoli, *Come il giurista vede la storia del diritto*, cit., pp. 95 e ss.

(54) *Ibidem*, pp. 97 e 98. Cfr. anche U. Romagnoli, *Diritto del lavoro (storia del),* cit. p. 477.

(55) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 8.

(56) U. Romagnoli, *Un diritto da ripensare,* in *Lavoro e diritto,* IX, 3, (estate 1995), pp. 470 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È la 'cronaca di un diritto che cambia' (57) che esige la ricognizione dell'intero percorso: oltre la 'cronaca' infatti, traspare « la crisi d'una transizione epocale » (58), la crisi del « modello antropologico culturale del diritto del lavoro delle origini » (59). Le linee di un diverso progetto di politica del diritto richiedono la ridefinizione dell'itinerario culturale di lungo periodo, la verifica non superficiale dello strumentario tecnico familiare al giurista. La sensazione di essere ad un bivio importante impone che la ricognizione della strada percorsa non sia un rassicurante sguardo al ritratto degli antenati o una semplice operazione di alleggerimento delle origini.

L'immagine del presente come luogo di grandi mutamenti e di ripensamenti è dunque il punto di partenza che produce il racconto ed è suo punto di arrivo: i molteplici segni d'un 'diritto che cambia', e che mostra la fragilità di « culti » e « miti » (60) dai molti adepti, richiedono chiavi di lettura non effimere, esigono di essere inquadrate in un itinerario di lungo periodo (« i tempi di cambiamento del diritto del lavoro sono necessariamente lunghi ») (61) e in riferimento a tempi profondi, esigono che si valichino i confini disciplinari fissati come indiscutibili. La 'crisi' del diritto del lavoro che in partenza è solo cronaca diviene così, in arrivo, storia; una storia in cui confluiscono mentalità di protagonisti 'piccoli' e 'soli', ombre più antiche della rivoluzione industriale cui il diritto del lavoro si è inesorabilmente legato, eredità e reliquie di 'aristocratici' contributi dottrinari. Approdo incerto di tempi lunghi (« si sviluppa con la velocità impercettibile dei ghiacciai — e, come i ghiacciai, avanza ricoperto di detriti piovuti chissà da dove ») (62) il diritto del lavoro deve interrogare quel passato se vuole rifondare la sua identità: occorre infatti che sia consapevole non dell'assenza, ma dell'essenza del suo bagaglio culturale, consapevole dei limiti dell'itinerario recente, attento alle trasformazioni più profonde della società e non alle cerimoniose solennità delle 'svolte normative' con cui troppo spesso sono state tracciate rigide cesure nel suo percorso.

La rappresentazione, 'fuori dai confini della disciplina', dell'intero itinerario mostra prima di tutto la relatività delle scelte di inizio secolo:

---

(57) Cfr. U. Romangoli, *Il lavoro in Italia*, cit., il Capitolo quarto: « Cronache d'un diritto che cambia ».

(58) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 194.

(59) *Ibidem,* p. 206.

(60) Cfr., a mo' di esempio, *ibidem*, pp. 178 e ss.: riguardo al processo e al 'mito del potere giurisdizionale'; p. 192: « mito del posto fisso che ha spodestato quello del lavoro libero delle origini ».

(61) Cfr, anche U. Romagnoli, *« Noi e loro »: Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, cit., p. 378; Id., *Alle origini del diritto del lavoro: l'età preindustriale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro,* 1985, pp. 514 e ss.

(62) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto del lavoro che guarda al futuro non può mantenere lo stesso significato delle sue origini disciplinari, deve constatare la fine di un percorso, valutarne i limiti, accettarne la dissoluzione. La ricostruzione appare, da questo punto di vista, come la constatazione di un distacco necessario, come la rappresentazione storica della conclusione della parabola novecentesca del diritto del lavoro. La presenza di 'un passato' del diritto del lavoro permette, nello stesso tempo, di considerare con serenità il distacco, dà la consapevolezza che dietro la conclusione di una vicenda non si nasconde la fine dell'intero itinerario. La scomparsa delle origini disciplinari non rappresenta la fine del diritto del lavoro che è da ripensare in relazione a un passato che ha, ad una storia che può mostrarne l'autentica natura: meno effimere di quelle disciplinari, le origini storico-culturali di lungo periodo permettono di affrontare il futuro con qualche timore, ma con la fondata speranza di non estinguersi.

7. L'immagine di quello che il diritto del lavoro 'veramente è', e dovrebbe essere, rappresenta inevitabilmente il filo che dà unità al testo. A quest'immagine se ne contrappone un'altra (l'immagine 'disciplinare' del diritto del lavoro): un modello settoriale, con origini recenti e ingombranti, insostenibili nell'immediato futuro. Le due immagini sono contrapposte con nettezza: da una parte, un diritto che, se assolutizzato, non è autentico, ed è, anzi, falsante; dall'altra, un diritto che mostra nei tempi lunghi la sua vera natura.

Il richiamo ordinante all'identità vera del diritto del lavoro è utilizzato per cogliere nella storia apporti e falsificazioni, per passare al setaccio i molti 'detriti' piovuti sul ghiacciaio; quel richiamo permette di non accedere ad una consolatoria « rimozione del passato senza fondamenti scientifici-culturali adeguati » (63). La contrapposizione, per altri versi, è lo strumento che consente di porre con forza la questione dell'addio al recente modello disciplinare senza smarrire un'identità.

Da questo punto di vista, il libro può essere letto quasi come un'appassionata dichiarazione d'amore del giurista nei confronti del proprio mestiere. L'immagine del diritto del lavoro che ci viene offerta, come accade in una lettera d'amore, è 'disinteressata', 'sincera', 'devota', 'quasi adulatoria' (64). L'identità autentica del diritto del lavoro è infatti un bene verso cui tendere e, al tempo stesso, presenza da difendere, storia da comprendere: è un'immagine da ricercare al di là di compromessi e dei reiterati tentativi di 'mistificazione'. È quell'immagine che consente di ribadire le ragioni e il significato di una presenza.

La contrapposizione è, come si è detto, prima di tutto uno stru-

(63) *Ibidem*, p. 123.

(64) R. Barthes, *Frammenti di un discorso amoroso*, Einaudi, Torino, 1979 (*La lettera d'amore*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento utile nella lettura di 'un passato che esiste' (65), consente di andare al di là della 'storia ufficiale' e di riscattare le origini 'clandestine' del diritto del lavoro, affermando il timbro originale della sue voce. Il diritto del lavoro, « un diritto-zattera », « un diritto a misura d'uomo », nato « non per cambiare il mondo, ma per renderlo più accettabile » (66), può essere così inseguito ben al di là del suo incontro con l'area normativa e la disciplina speciale tratteggiata dai giuristi 'dotti': è presente negli statuti delle corporazioni che rappresentarono « il più antico diritto della povertà laboriosa », « un ordinamento giuridico del lavoro inteso come strumento della mobilità sociale », « un diritto centrato sulla tutela della professionalità non solo come garanzia del prodotto finale da smerciare (...) ma anche come profilo o manifestazione della personalità » (67). Quel patrimonio, difficile da dimenticare, si scontra inevitabilmente col capitalismo industriale che deve fare i conti con « l'inossidabilità dell'ideal-tipo di produttore ereditato dall'antico diritto della povertà laboriosa » (68). Il diritto del lavoro non cessa in questa fase di svolgere il suo compito, di seguire la sua vocazione autentica di 'ammortizzatore sociale': facilita così, con lo sguardo al presente ma con la mente ancora volta ad un'etica del lavoro affondata nel passato remoto, l'adattamento ai metodi dell'organizzazione capitalistica a « contadini non più del tutto contadini ed artigiani non più del tutto artigiani » (69).

Si disegna insomma una storia 'pre-industriale' del diritto del lavoro che va valutato in sé, che ha una sua autonomia e una diversità rispetto alla frequentazioni del diritto 'ufficiale' con il lavoratore (70). L'apporto dei giuristi alla costruzione del diritto del lavoro appare in questa rappresentazione di lungo periodo un contributo 'esterno' e, per tanti aspetti, un contributo solo falsante. Il vero diritto del lavoro quando incontra i giuristi è costretto, per sopravvivere, a nascondersi, a mimetizzarsi: la naturale vocazione dei giuristi dotti e aristocratici è quella di occultare il suo patrimonio culturale, dando visibilità e fissità dogmatica ai suoi contenuti pratici accumulatisi in maniera alluvionale.

L'incontro con i giuristi dotti, l'affermazione di un'autonomia disciplinare, non rappresenta un buon affare per il diritto del lavoro. Sul banco degli imputati Romagnoli pone, prima di tutto, la cultura giuridica della tradizione privatistica: « un impero » poco tollerante

---

(65) « Come il futuro non sarà tanto rosa, così il passato può non essere stato tanto nero » (U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 21).

(66) *Ibidem*, p. 24 e U. Romagnoli, *L'amarcord del diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, XIII, 3 (settembre 1982), p. 406.

(67) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 29.

(68) *Ibidem*, p. 40.

(69) *Ibidem*, p. 41.

(70) « E i giuristi? Be', quelli hanno cominciato a frequentarlo tardi »; « i giuristi ... lo conoscono da poco » (*ibidem*, p. 20 e 21).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verso i diversi, tanto più se animati da propositi separatistici; dotato di emissari potenti e privi di scrupoli, pronti a « falsificare », « simulare », « mistificare » (71), astuti nelle loro manovre di « omologazione », di « manipolazione », di « occultamento » (72); « orgogliosissima razza di giuristi » (73) 'non galileiani' che muovono da dogmi astratti (74) e che, convinti della « universalità del proprio sapere specifico » (75), non riescono a trattenere la loro innata vocazione colonizzatrice.

Il distacco da quel modello falsante è implicitamente posto come un riscatto della realtà contro l'astrazione, è rifiuto di origini disciplinari in cui non ci si riconosce. Il diritto del lavoro non è racchiudibile nei sofismi dei rappresentanti dell'impero, non è da ricercare nelle dispute dei cosiddetti padri della disciplina: « giusprivatisti con l'*hobby* dei problemi giuridici del lavoro dipendente » (76), persi dietro l'astratta costruzione concettuale del *contratto* e del tutto ignari della « corpulenta, prosaica, terrigna realtà » del *rapporto*, « di cui (...) non sanno niente e anzi, per non compromettersi, non vogliono nemmeno sapere » (77). L'identità autonoma del diritto del lavoro è 'altrove': il tentativo di inquadramento della realtà del lavoro entro schemi giuridici dotti è inevitabilmente volto a far diventare il diritto del lavoro 'altro da sé'.

È quanto accade, in fondo, anche con gli interventi legislativi: la legislazione sociale di tipo 'crocerossino' di fine Ottocento e il passaggio dello Stato-legislatore dalla fase della repressione a quella della 'indifferenza' non riescono a nascondere la volontà di assorbimento e di controllo di un diritto del lavoro che si incrocia col diritto sindacale. La 'teatralizzazione' della « funzione egemonica assegnata alla componente pubblicistica come strumento di intervento diretto nell'economia e nella società civile » realizzatasi con « la legificazione cingolata » del fascismo non fa altro che raccogliere l'eredità, 'pagare le cambiali', ricevuta dallo Stato amministrativo di inizio secolo. « L'originalità del principio corporativo sta tutta qui: il lavoro entra nella storia del diritto blasonato perché viene fatto uscire dalla propria per divenire altro da sé » (78). Un occultamento meditato, capace di rendere « inautentica » la contrattazione collettiva del momento e destinato a fortune di non breve periodo una volta a contatto con « il diritto sapienziale dei dottori esperti di riciclaggio normativo » (79).

---

(71) *Ibidem,* p. 10.
(72) *Ibidem,* p. 11.
(73) *Ibidem,* p. 57.
(74) *Ibidem,* p. 60.
(75) *Ibidem,* p. 57.
(76) *Ibidem,* p. 53.
(77) *Ibidem,* p. 61.
(78) *Ibidem,* p. 100.
(79) *Ibidem,* p. 139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Romagnoli non cerca affatto di rendere leggeri e di edulcorare i blocchi posti alla base della disciplina, li colloca entro una vicenda più vasta: quei blocchi non sono i due tasselli decisivi di un'insostenibile origine recente, ma tessere di un mosaico più ampio da comprendere nel suo insieme.

La contrapposizione autenticità/inautenticità (cui si affianca il riferimento ad altre distinzioni: pratico/astratto, aderenza alla realtà/manipolazione-occultamento) appare molto rigida soprattutto nella rappresentazione del 'nemico' privatistico. Il diritto sapienziale pare abbia generato soprattutto delusioni e illusioni: assillati dall'età intermedia dalla loro « paranoia eufemistica » (80) — che è « auto inganno » e, al tempo stesso, « fuga dalla realtà » —, i giuristi sono incapaci di riflettere sulle innovazioni; di fronte alla rivoluzione industriale si lasciano andare a 'fatui litigi', ad astratte dispute teoriche (ad esempio quella sulla equiparazione del contratto di lavoro alla vendita di energie umane), sono impassibili di fronte alla catastrofe che si sta consumando sotto i loro occhi o dediti a sguardi interessati, comunque incapaci di appianare le contraddizioni « in cui inciampa il pensiero giuridico » del periodo del decollo industriale (81). Inevitabile è l'attacco nei confronti di Barassi, padre-colonizzatore della disciplina: « avendo tra le mani un *droit des praticiens* che voleva accreditarsi come tale nell'area dei rapporti sociali, con assoluta naturalezza Barassi ne fece un irriconoscibile *droit de savants* » (82); « anziché reinterpretare il diritto della povertà laboriosa che si vergogna di morire, il fondatore del diritto del lavoro italiano gli diede la poco onorevole sepoltura che di solito tocca alle ambizioni sbagliate, ma soltanto dopo averlo spremuto come un limone, per ricavarne tutto quello che poteva ancora dare » (83).

L'apporto della dottrina appare insomma 'mistificante' e lo è al punto da collocarla in gran parte all'esterno dell'itinerario autentico del diritto del lavoro, flebilissima voce del coro volto a comporre la costituzione lavoristica. La distinzione, ancora più accentuata in questo scritto rispetto a lavori antecedenti, appare un costo necessario da pagare per tessere il fitto intreccio tra passato e presente che è posto alla base del testo e alla base dell'affermazione di una nuova identità giuslavoristica. La separazione tra bagaglio dogmatico e origini storico-culturali ampie del diritto del lavoro permette infatti di ottenere un reale distacco da rappresentazioni ancora troppo ingombranti, consente di rivendicare fondamenta di autonomia svincolate da una difesa delle

(80) *Ibidem,* p. 45.

(81) *Ibidem,* p. 56.

(82) *Ibidem,* p. 57. Cfr. anche U. Romagnoli, *Diritto del lavoro: quando e perché*, in *Studi in memoria di Marino Offeddu*, Padova, Cedam, 1988, pp. 541 e ss.; Id., *L'amarcord del diritto del lavoro*, cit., pp. 405 e ss.

(83) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certezze di 'un passato che non passa' (84), permette di relativizzare la centralità della disciplina-standard del rapporto di lavoro come paradigma da difendere a tutti i costi, ma può permettersi anche il lusso di guardare con disincanto agli argomenti di quanti, ragionando su quella fine, sono portati a trarne conseguenze troppo estreme e a rinunciare del tutto a un passato.

La modellizzazione del diritto da riscoprire in una storia di lungo periodo permette una lettura lucida, e nient'affatto adulatoria, delle vicenda storica che, accettata in tutto il suo peso, può essere finalmente guardata con distacco tecnico, senza troppa partecipazione emotiva. Anche la 'vocazione pratica' del diritto del lavoro, realizzata soprattutto dai probiviri a cui di recente si è tornati a guardare forse con troppo entusiasmo, può essere così considerata nei suoi « meriti storici », senza « alcun eccesso di zelo riabilitativo » (85): i probiviri costruirono « la sintassi » del rapporto di lavoro e « l'alfabeto del moderno diritto sindacale » (86); occorre però valutare con pacatezza gli apporti innovativi assieme ai « costi occulti » presenti nelle scelte di quegli interpreti. « La tendenza probivirale a promuovere l'estensione agli operai della disciplina generalmente più favorevole degli impiegati » (87), l'involontario sostegno dato, più che a un composito disegno di politica del diritto, alla dispensa di sicurezze (« appartiene alla vocazione del diritto del lavoro italiano l'attitudine a trasformarsi in un diritto dispensatore di provvidenze, di garantismi e magari di favori ») (88), sono affrontate senza ossequi, senza solennità, senza l'affanno della ricerca di padri fondatori 'buoni' cui fare riferimento (89).

---

(84) Cfr. L. Gaeta e G.Vardaro, *« Un passato che non passa »: Thilo Ramm e la dottrina giuslavoristica tedesca*, Introduzione a Ramm, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Giuffrè, Milano, 1989.

(85) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 91.

(86) *Ibidem,* p. 90.

(87) *Ibidem*, p. 93. Più volte Romagnoli ha invitato a riflettere sul fatto che il diritto del lavoro italiano di inizio secolo è soprattutto un diritto degli impiegati; un diritto del lavoro piccolo-borghese, che mostra di non aver compreso i valori dell'industrialismo.

(88) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 95. Ben al di là della vicenda dei probiviri, in molti altri casi il diritto del lavoro ha 'ragionato in piccolo', rivendicando certezze rassicuranti ed inseguendole nel corso del Novecento (modello trainante del pubblico impiego, mera monetizzazione degli aspetti negativi del lavoro, logica concessiva pronta a trasformarsi in assistenzialismo e in accumulo di piccoli privilegi).

(89) Giuseppe Messina, che « a differenza di Barassi (...) non ha la tempra del colonizzatore », « parte dai dati empirici senza manipolarli, dirige la torcia verso il basso e dunque si astiene dal sostituire ai fatti la sua dottrina ». Anche qui però Romagnoli ritiene che sia inutile lasciarsi andare al vezzo della ricerca del padre: « per attestare l'ammirazione che oggi in genere si nutre nei suoi confronti, non è necessario attribuire alla sua opera più di quanto in essa non possa esserci » (*ibidem,* p. 78).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. La *pars destruens* delle assolutezze delle tradizione disciplinare può essere così radicale proprio perché propone, in positivo, un'immagine autentica del diritto del lavoro da riscoprire e da riaffermare. Sviluppatosi dunque « alla periferia d'un impero, il diritto dei privati, in una forma paragonabile alla clandestinità... » (90), il diritto del lavoro si è affermato in forme pienamente autonome, disegnando un diritto a « misura d'uomo », tutelando la non negoziabilità dell'esistenza biologica del lavoratore e la sua dignità, perché è stato in grado di infrangere le consacrate liturgie classificatorie di quell'impero saldamente fondato sull'ideologia dell'individualismo borghese e sulla pretesa universalità del suo sapere, perché ha affermato e valorizzato la dimensione collettiva del rapporto individuale.

Il diritto del lavoro è soprattutto 'diritto degli operai coalizzati', 'diritto collettivo del lavoro': « prodotto della giuridificazione spontanea » di una dimensione intermedia tra quella statale ed individuale, espressione di un « *competere e contrattare per gruppi* » (91). Un diritto destinato a « scandalizz[are] i normativisti ad oltranza », ad « irrit[are] i templari del formalismo giuridico », naturalmente destinato a scontrarsi con la innata vocazione totalizzante iscritta nel codice genetico della sovranità esclusiva della rappresentanza politica dello Stato moderno, con la sua tensione verso un assolutismo (giuridico) che nega ai gruppi sociali « la libertà di auto-organizzarsi e auto-determinarsi propria del pluralismo giuridico » (92). Caratterizzate da silenzi, veti o asfissianti protezioni, le strategie dello Stato legislativo, dello Stato amministrativo, e poi dello 'Stato totale' sono accomunate da un filo di unione — spesso neanche tanto sottile — che sta nell'incapacità di comprendere l'intrinseca diversità dell'autonomia negoziale collettiva, nell'incapacità di affrontare questa inedita dimensione in modo non fagocitante. Il diritto sindacale e del lavoro del secondo dopo guerra è stato costretto infatti a confrontarsi con un'eredità-groviglio difficile da districare 'tra costituzione e diritto comune'. In ogni caso, il diritto del lavoro 'esce dall'oscurità' con il diritto dell'autotutela collettiva (93), con il passaggio da un diritto statualizzato a un diritto promozionale (94).

---

(90) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 10.

(91) *Ibidem,* p. 82.

(92) *Ibidem,* p. 83.

(93) « Il diritto del lavoro è uscito dall'oscurità quando si sono accesi i fari della contrattazione collettiva che esprime la solidarietà degli interessi implicati in una serie illimitata di rapporti tendenzialmente omogenei, essendone al tempo stesso il principale e forse l'unico sostegno » (*ibidem,* p. 177).

(94) « Lo statuto (...) segna il passaggio dalla prospettiva d'un diritto interamente statualizzato ad un diritto promozionale inteso come corpo di regole d'un gioco aperto a risultati non precostituiti rigidamente » (*ibidem*, p. 163). Cfr. U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra disincanto e riforme senza progetto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 11 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche le fasi recente e 'luminosa' della storia del diritto del lavoro è inserita nel complessivo itinerario, anch'essa è valutata senza compiacimenti e senza trionfalismi.

Il silenzio del legislatore del dopo-Costituzione mostra, ad esempio, la pragmatica ma non originale « regola non scritta del doppio binario: non-ingerenza e non-indifferenza » (« la regola non è originale perché venne coniata con non minore consapevolezza in età giolittiana »). Tale regola, com'è noto, ha avuto grazie alla democrazia più robusta un impatto ben diverso rispetto alle sue applicazioni di inizio secolo. L'invito però è quello di non lasciarsi andare all'esaltazione delle virtù terapeutiche del diritto comune, consapevoli che « la contrattazione collettiva di diritto comune ha imparato ad avvalersi di tecniche legificate in epoca corporativa nello stesso momento in cui si sviluppava in aperta polemica con la medesima » (95).

La radicazione del sindacato nel terreno del diritto comune (per quanto attiene al diritto del sindacato come associazione e nei suoi rapporti con lo Stato), che non riesce a fare a meno di compromettersi con normative di provenienza corporativistica, riuscirà in ogni caso ad affermare un progetto, situato fuori (ma non contro) il modello costituzionale, « d'un ordinamento intersindacale, come ordinamento particolare, sezionale, distinto da quello dello Stato, ma capace di autoregolarsi » (96): « il mito della statualità del diritto appare agli sgoccioli » (97) e, grazie alla giurisprudenza costituzionale, si comprende « il principio che il conflitto e il sale della democrazia » (98). Insinuatasi nelle pieghe antiche del regime del doppio binario, anche questa stagione del diritto del lavoro e del diritto sindacale, pur mostrando un volto stanco (99), non cessa di avere un peso « nella propensione dello Stato a legiferare controvoglia e con parsimonia ».

Anche questa vicenda più breve, meno attraversata dal peso di eredità antiche, mostra un diritto sindacale e del lavoro che « guarda con apprensione il XXI secolo » (100), e che per affrontarlo deve rinunciare a costruzioni rigide, all'uso mitizzato di concetti fecondi di cui bisogna cogliere i limiti. Tra questi occorre collocare anche « il culto del pluralismo giuridico ». Non occorre rimpiangere un assoluto (quan-

---

(95) « ...ed il sindacato si è appropriato, sia pure in maniera approssimativa e tutt'altro che irreversibile, dei vantaggi connessi al modello di contratto collettivo prefigurato nella costituzione ossia al privilegio oneroso orgogliosamente rifiutato » (U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., pp. 139, 140).

(96) *Ibidem,* p. 144. Il richiamo va ovviamente a G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.

(97) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 144.

(98) *Ibidem,* 146.

(99) « alla metà degli anni '80 la regola del doppio binario appare obsoleta a tutti » (*ibidem,* p. 171).

(100) *Ibidem,* p. 176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to impossibile) monopolio statale sulle regole giuridiche, per constatare che il concetto di pluralismo, così come è stato riveduto e corretto, si è sclerotizzato: è divenuto « duopolio normativo semi-autonomo e semi-automatico, con scarsa attenzione all'impatto sul vissuto degli estranei — ossia della stragrande maggioranza dei cittadini sindacalmente non organizzati — di decisioni provenienti da sottosistemi sociali autoreferenziali e cionondimeno produttive di effetti garantiti dall'ordinamento dello Stato » (101). Singolare forma di neo-istituzionalismo (« fenomeno di trasformismo delle fonti regolative nel quale l'autonomia privato-collettiva si statualizza ») che coniuga assieme « *escalation* e regressione dell'autoregolamentazione sociale » (102).

Altro 'mito' recente che la cultura giuridica è invitata a guardare con maggior distacco è il diritto di sciopero: « sequestrato nel santuario dei diritti che nessuno può toccare. Nemmeno il sindacato » (103). Un diritto che ha abbandonato la configurazione 'antropocentrica' ed 'estremistica' (di un diritto della persona ad esclusiva titolarità individuale ancorché ad esercizio collettivo) per capovolgersi in una concezione di un diritto collettivo ad esercizio individuale, per mostrarsi, fuori da una concezione 'spontaneista' pervasa di « individualismo giuridico », come un diritto 'atipico': « è accaduto che il diritto di sciopero ha veduto accentuarsi la sua atipicità rispetto al modello classico dei diritti di libertà. Essa consiste nella sua attitudine non solo a realizzare, ma anche a ledere o sacrificare interessi meta-individuali » (104).

Si delinea il quadro di una società che ha bisogno di ridisegnare le sue regole del conflitto, di una cultura giuridica che ha bisogno di guardarsi indietro, di abbattere i templi per valorizzare le sue 'potenzialità positive' ed 'erodere quelle negative', considerando anche 'la tutela dei diritti altrui, anch'essi costituzionalmente garantiti'. Il compito principale torna ad essere, in fondo, quello delle origini: « si torna un po' alle origini del diritto del lavoro, allorché un legislatore come quello italiano che in questa materia legiferava con estrema riluttanza delegò a speciali giudici a base elettiva — i probiviri industriali — il compito di progettare un diritto che non c'era » (105).

La continuità non può stare né nello scenario, né nell'area di intervento, né nelle direttrici di marcia; convergente è però il risultato finale che corrisponde al patrimonio genetico, alla naturale vocazione

---

(101) *Ibidem,* p. 173.
(102) *Ibidem,* p. 175.
(103) *Ibidem,* p. 227.
(104) *Ibidem,* p. 230.
(105) L'affermazione è riferita nel testo a La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali che ha oggi il compito di « scrivere il breviario del buon scioperante » e « di incivilire la regione del lavoro dipendente » (*ibidem*, 236 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto del lavoro: « mentre nell'800 la modernizzazione dei rapporti sindacali e di lavoro presupponeva la seminagione di germi di princìpi atti a nutrire una gracilissima ed esangue autotutela collettiva, adesso il medesimo obiettivo non può essere raggiunto se non moderando l'esercizio d'un'autotutela collettiva imbottita di vitamine e proteine » (106).

9. È l'intero itinerario storico culturale del diritto del lavoro che mostra un diritto che, pur vivendo inevitabilmente di miti, di dogmi, di falsificazioni, non ha mai cessato di essere uno 'strumento di adattamento alla complessità', un 'diritto dell'adattamento', un diritto posto lì per 'incivilire l'etica degli affari' (107).

L'affermazione nel passato remoto pre-industriale di un diritto del lavoro della 'povertà operosa' è riscoperta nel presente di un diritto della cittadinanza operosa, di un diritto volto ad affermare a fronte della complessità sociale nuove forme di adattamento per il lavoro come tale, per il lavoro senza aggettivi. Un diritto del lavoro che, libero dal fardello delle sue recenti origini disciplinari, può finalmente non rinchiudersi dietro le deboli trincee di indiscutibili garantismi legali e sindacali, può distaccarsi anche dai miti generati dal più nobile dei 'padri' (non Barassi, ma il pluralismo giuridico), può riscoprire la sua più profonda vocazione: quella di un diritto ancora capace di 'ammortizzare' i costi sociali prodotti dalle trasformazioni: « il diritto del lavoro deve riprogettarsi sia come strumento protettivo dei soggetti più deboli sia come strumento di convergenza e integrazione delle due dimensioni — l'economico e il sociale — tra le quali ha sempre oscillato con la fiducia di saper calcolare l'impatto dei loro condizionamenti reciproci » (108).

Il progetto appare particolarmente arduo: incontrare oggi i 'soggetti più deboli' significa infatti prima di tutto dire addio al « modello antropologico che rappresenta il (...) prototipo storico » del diritto del lavoro. Forse « non è indispensabile distruggere l'eredità genetica del diritto del lavoro » (109), si deve però constatare che « il modello

---

(106) *Ibidem,* p. 237.

(107) Posto a « contestare una consuetudine classificatoria che pretende di ricondurre il contratto di lavoro tra i sotto-tipi della figura generale del contratto concluso da soggetti con un cuore a forma di salvadanaio per l'effettuazione di uno scambio declinato al singolare tra utilità economiche » (*ibidem,* p. 17).

(108) *Ibidem,* pp. 196 e 197.

(109) U. Romagnoli, *Introduzione*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni,* cit., p. 20: « ...se è velleitario continuare a identificare ogni lavoro col posto fisso e ogni attività col tempo pieno, non è nemmeno indispensabile distruggere l'eredità genetica del diritto del lavoro. In effetti, cosa c'è di realmente nuovo per un giurista? ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antropologico-culturale del diritto del lavoro delle origini è giunto al capolinea »: a mostrarlo è l'esigenza di porre l'attenzione « sulla revisione del diritto dello Stato sociale polarizzandone le compensazioni giuridiche e materiali intorno allo *status* di cittadino secondo il criterio del bisogno... » (110).

È difficile ipotizzare che il contratto possa ancora rappresentare il centro di un nuovo diritto del lavoro attento non solo al mercato, all'economia e alla società, ma anche sensibile all'esigenza di ridisegnare lo stato sociale, di graduare la soddisfazione dei bisogni in relazione all'operosità dei cittadini. Nel diritto il riferimento principale sta ovviamente nella 'rilettura' della Costituzione.

L'appassionata difesa, nel passato come nel presente, di una identità giuslavoristica ampia e non più settoriale, volta al 'genere' e non più solo ad una 'specie', rappresenta, più in generale, anche un'affermazione della fine della possibilità di racconti e di tutele disciplinari e settoriali: la concezione parcellizzata (e perciò spesso miope) delle tutele giuridiche deve cedere il passo ad uno sguardo ampio delle tutele costituzionali del cittadino 'prese sul serio' (111). Il giuslavorista disorientato che ha smesso di misurarsi con la sola subordinazione deve tornare a confrontarsi colla nuova povertà laboriosa, approntare tutele per il cittadino-lavoratore, per il cittadino operoso e rivendicare nei suoi confronti un'operatività piena del principio di uguaglianza: « valore troppo grande per poter essere rinchiuso in un recinto piccolo piccolo come il rapporto individuale di lavoro » (112).

Ma in questo orizzonte così ampio ha ancora senso ipotizzare uno spazio 'autonomo' della specialità giuslavoristica?

L'addio alla tradizione disciplinare non potrà, comunque, che essere un lungo addio: se è vero che la 'microdiscontinuità' (113) rappresenta una tra le caratteristiche costanti del diritto del lavoro, la sfida del futuro sarà affrontata dai giuristi aderendo ancora a 'miti' e 'falsificazioni', proponendo 'riciclaggi normativi'. Quando la parabola sarà conclusa e il distacco dal diritto del lavoro come settoriale area normativa o disciplina speciale sarà definitivo, quando il passato sarà del tutto passato, si potrà forse tentare una lettura meno severa anche nei confronti del pensiero giuridico 'aristocratico' del nostro secolo. Del resto, proprio Romagnoli ci ha mostrato come anche la stagione dell'estremo 'disincanto' non possa rinunciare alla sua storia. Anche la

(110) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 206.

(111) Acute riflessioni sul punto in B. Clavero, *Instituciòn de la reforma social y constitucion del derecho del trabajo*, in *Civitas. Rivista española de derecho del trabajo*, 41 (enero/marzo 1990), pp. 5 e ss.

(112) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 206.

(113) *Ibidem*, p. 23 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuslavoristica, insomma, è condannata a viversi 'la transizione': così come fa Cipputi (il personaggio di Altan posto da Romagnoli al centro del suo racconto, « il nipotino evoluto degli ignoti e ignari eroi della transizione dal feudalesimo al capitalismo ») (114) che « incerto sul presente, riflette sul passato e s'interroga sul futuro ».

(114) *Ibidem*, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

BLASÓN DE BÁRTOLO Y BALDÓN DE VALLA

(a propósito de *una gramática de signos*) (1)

> Sed *dubitatur* quis color sit nobilior. Dico quod unus color dicitur nobilior respectu eius quod representat, alius secundum se. Primo modo, color aureus dicitur nobilior, per eum enim representatur lux.
> BÁRTOLO, *De insigniis et armis* (1358, póstumo), par. 24.

> La nuyct n'est-elle funeste, triste et mélancholieuse? Elle est noire et obscure par privation. La clarté n'esjouit-elle tout nature? Elle est blanche plus que chose que soit. A quoy prouver je vous pourrois renvoyer au livre de Laurens Valle contre Bartole.
> RABELAIS, *Gargantua et Pantagruel* (1535), cap. 10.

1. Èranse una vez una epístola buena y un tratado malo. — 2. Adivina si alguien miente, cuándo, cómo y a quien. — 3. Sigue adivinando quién engaña y a quien. — 4. Lo que se da no se quita, pues peligra la cabecita. — 5. Llamadme Bártolo, decidme doctor y dejaros de minucias. — 6. Siempre Bártolo y doctor, doble cola de león. — 7. Colorín colorado.

---

(1) Osvaldo CAVALLAR, Susanne DEGENRING y Julius KIRSHNER, *A Grammar of Signs: Bartolo da Sossoferrato's Tract on Insignia and Coats of Arms*, Berkeley (University of California, Robbins Collection Publication, Studies in Comparative Legal History) 1994, pp. XV + 200, con prefacio de Laurent MAYALI (pp. XI-XIII) y apéndice de textos: Bartolo da Sassoferrato, *De insigniis et armis*, edición cumpulsada (pp. 109-121; con el aparato, pp. 93-108 y 123-144) y traducción inglesa (pp. 145-157); Antonio da Butrio, *Ad c. Dilecta, De excessibus prelatorum, X. 5, 31, 14* (pp. 159-161); Pietro degli Ubladi, *Tractatus de duobus fratribus, p. II, q. 11* (pp. 163-178), y Lorenzo Valla, *Letter to Pio Candido Decembrio* (pp. 179-200), la traducción inglesa de la famosa *Epistola ad Candidum Decembrem in Bartoli de insigniis et armis libellum*. Por el final comienzo. Con citas directas de páginas entre paréntesis remito siempre a esta publicación. A sus autores me referiré como *nuestros autores*, sin distinguir por mi parte (nota 10) donde ellos no lo hacen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1. *Èranse una vez una epístola buena y un tratado malo.*

Lorenzo Valla no parece que fuera persona de buen carácter. Un día de marzo de 1433 cuenta que se sintió personalmente ofendido porque un jurisperito, de cuyo nombre no querría acordarse, se había atrevido, nada menos que en su presencia, a situar por encima de cualquier escrito de Cicerón hasta el tratado más nimio de Bártolo, el *de insigniis et armis*. Ni corto ni perezoso se pone a escribir un alegato y no además contra dicho anónimo desgraciado, sino contra toda su renombrada profesión. Así al menos nos lo refiere en la forma final de epístola dirigida a uno de los pocos juristas que salvaba de su desprecio. Para todo el resto y particularmente para Bártolo no guardaba más que insultos (p. 4). Estamos con la *In Bartoli de Insigniis et Armis libellum ad Candidum Decembrem epistola* (2).

Los denuestos son bien conocidos y no hace falta que aquí los repitamos. Valla era hombre ingenioso y sabía insultar. Respecto al *de insigniis et armis* no dice en sustancia mucho y lo que dice no es que toque directamente al derecho. Se confiesa de entrada poco versado en la obra de Bártolo, habiendo de pedir prestado el escrito en cuestión. Ante él siente tan confirmado su prejuicio que, creciéndose en el desprecio, acrecienta los improperios. Su veredicto es taxativo: *praeter illud quod in communi quadam intelligentia est situm... caetera omnia in libello illo supervacua sunt et odiosae ac perversae diligentiae plenissima*. La crítica se extiende en cuestiones más de lenguaje que de derecho y, respecto a *insignias y armas*, más de representación material o figurativa que de significación formal o jurídica. Al final manifiesta que podría *mille alia obiicere, ubi male accipiat leges, ignarus linguae Latinae, ubi leges interpretandi perversitate corrumpat, ubi illas inscienter afferat*, pero en esto de la ignorancia de Bártolo respecto no ya sólo a la lengua, sino a las leyes, al derecho mismo, no se explaya. Dice que, tras un par de noches en vela por el trabajo, está cansado. *Nolo agere cum Bartolo iure summo*, también ha dicho. A la luz de esta epístola, lo suyo, lo de Valla, no parece precisamente el debate jurídico (3).

Valla le labró una fama al tratado, pero no la que pudiera corresponderle en justicia como escrito de un jurista y no de alguna otra especie de autor. Interesándole una crítica digamos que más artística,

---

(2) Veo la misma edición que ha servido de base para la traducción inglesa de *A Grammar of Signs*, la de *Laurenti* VALLAE *Opera nunc primo... in unum volumen collecta*, Basilea 1540 (reprint, Turín 1962), pp. 633-643, y más en concreto un ejemplar de la Biblioteca General de la Universidad de Sevilla (162/115) a cuya peculiaridad hispana me referiré luego. Para la traducción inglesa también se ha dispuesto de las pruebas de una edición actual que no he visto: Mariangela REGOLIOSI, *L'Epistola contra Bartolum de Valla*, en *Medioevo e Umanesimo*, estudios dedicados a Gianvito Resta. El título citado es el del índice de dicha edición de época.

(3) L. VALLA, *In Bartoli libellum epistola*, pp. 635 y 642-643.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pudo ayudar a crearle otra imagen a Bártolo, como por ejemplo la de un teórico de los colores en una posición contraria a la suya (4). Mas ni el jurista ni el tratado necesitaban tampoco una impugnación tan intempestiva para hacerse con una fama. La imprenta lo reproduciría y, con anterioridad, se estaba difundiendo notablemente en forma manuscrita (pp. 93-108). Había sido objeto incluso de traducciones (p. 2).

Las hubo al castellano (5): *tratado de Bárthulo sobre las insignias et escudos de armas*, *tratado que el muy excelente dottor Bártolo en latín compuso sobre las divisas et armas para aver noticia et conoscimiento en las señales et armas que alguno trae en pendones o en escudos*, o también *tratado de las señales y banderas y estandartes y pendones y de las armas que cada uno trae en sus escudos o pone en sus casas fecho por el muy excelente doctor Bártulo de Saxoferrato*. Son manuscritos coleccionados y conservados junto a otros de materia de caballería, de este capítulo de nobleza (6). Y también podía interesar a capítulos distintos del derecho, pues en el de *insignias y armas* cabía por ejemplo el de patentes y marcas (pp. 73-74). En el tratado lo estaba (7). Había razones jurídicas sobradas para su transmisión, conocimiento y manejo. La jurisprudencia, incluso la más informada (p. 5), no le concedió al ataque de Valla el valor descalificatorio ni le confirió el alcance derogatorio que él esperaba.

Otro es el panorama que suele dibujarnos la historiografía. De dicho escrito de Valla se ha afirmado que constituye « un ataque a fondo a las concepciones jurídicas » dominantes en su tiempo, una

---

(4) (François) RABELAIS, *Oeuvres Complètes*, París 1973, p. 69, que es mi segunda cita de encabezamiento y que ya fuera registrada por Enzo NARDI, *Rabelais e il Diritto Romano*, Milán 1962, p. 39; que la expresión *livre de Laurens Valle contre Bartole* pueda estar acusando una referencia de segunda mano, de òidas, también está indicando la fama del escrito del primero con su rebote para la del segundo, la de Bártolo.

(5) Antonio GARCÍA Y GARCÍA (ed.), *Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti. Iter Hispanicum*, Florencia 1973, nn. 43 (Biblioteca Nacional de Madrid, Ms. 7099, ff. 6r-9v) y 55 (misma biblioteca, Res. 125, ff. 1r-17r), manuscritos ambos del siglo XV. No parecen traducciones del XVI como indican nuestros autores (p. 2), lo que seguramente, pues es la misma cita del *Iter Hispanicum*, sea errata.

(6) *Inventario general de Manuscritos de la Biblioteca Nacional*, vol. 12, Madrid 1988, p. 21, Ms. 7099; este inventario en publicación no ha llegado todavía a la descripción del manuscrito Res. 125, pero el mismo presenta la misma característica de colección sobre caballería inclusive unos folios finales *sobre el caballo y sus enfermedades*. El escrito más relevante a nuestro efecto entre los que aquí se coleccionan (Ms. 7099, ff. 12r-36v; Res.125, ff. 54r-86r), el *Tratado de las armas* de Diego de VALERA, conocedor y usuario del *de insigniis et armis* a quien reencontraremos, se tiene impreso: Mario PENNA (ed.), *Prosistas castellanos del siglo XV*, vol 1 (Biblioteca de Aurores Españoles, vol. 116), Madrid 1959, pp. 117-139.

(7) De aquí el apéndice ya indicado (nota 1) que reproduce una *questio* del *tractatus de duobus fratribus* de Pietro de Ubaldi acerca del asunto precisamente, como lo tiene en cuenta para el caso que me es más cercano, el castellano, José MARTÍNEZ GIJÓN, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina*, Sevilla 1979, pp. 270-274.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crítica del derecho que puede así hacer época inaugurando todo un humanismo en este campo (8). Y la identificación de este hito no parece exclusiva de una historia meramente jurídica o más ceñida especializadamente al derecho (9). Dicha epístola habría alcanzado nada menos que ese logro histórico de humanización jurídica sin necesidad ni siquiera de adentrarse sustantivamente en la materia del derecho. La vanidad de su autor, que tampoco sería poca, se habría también enardecido de llegar a verse atribuida tan limpiamente tamaña hazaña.

Mas hay ahora cosas que en cambio no le agradarían o que llegarían incluso a desconcertarle. Viene otra historiografía que podrá dejarle por ignorante precisamente a él, a quien comenzara por acusar de ignorancia a los juristas y, más que a ninguno, a Bártolo. Trae cosas que ante todo se desprenden de un conocimiento mayor de la obra de éste en general y de su tratado *de insigniis et armis* en particular. Es el estudio y la edición de Julius Kirshner, Osvaldo Cavallar y Susanne Degenring, nuestros autores (10).

« Nuestros hallazgos -nos dicen- hacen sumamente problemático el ataque de Valla contra Bártolo y contra la tradición que encarna » (p. 86). No sólo va a tratarse de lo uno, del jurista, sino también de lo otro, del derecho que representa, de este *signo*. Nuestros autores nos hacen todo un brindis que otros sólo han amagado (11). Sobre un *humanismo jurídico* de tiempo renacentista que habría arrancado con gente como Valla, llega tal vez la hora de un viaje de vuelta para el que no dejamos de tener, a la espera de tráfico, señalización (12).

---

(8) Domenico MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo Giuridico*, Milán 1964, p. 41.

(9) Cesare VASOLI, *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. « Invenzione » e « Metodo » nella cultura del XV e XVI secolo*, Milán 1968, p. 41; Donald R. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law, and History in the French Renaissance*, Nueva York 1970, pp. 27 y 41.

(10) El orden distinto de autores en portada es con toda evidencia tan sólo el alfabético. Un epígrafe de *reconocimientos* (p. XV) viene suscrito por J. KIRSHNER junto a O. CAVALLAR, los cuales presentan la obra como primer paso de una antología de textos jurídicos medievales que ambos trabajan, añadiendo que para él, para este comienzo, han contado con la colaboración de S. DEGENRING, que los tres son responsables del estudio *A Grammar of Signs* (pp. 1-87), que la edición del *tractatus de insigniis et armis* es mérito mayormente de CAVALLAR y que la de los restantes textos corresponde, con otras ayudas que agradecen, a ellos dos conjuntamente. Se adivina la discreción de Julius KIRSHNER, su concepción y dirección, como se percibe un estilo universitario sin privilegios magistrales fuera del propio magisterio.

(11) El mismo D.R. KELLEY, *Law*, en James H. BURNS y Mark GOLDIE (eds.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge 1991, pp. 66-94, advirtiendo, p. 72, sobre « the tendency to allow humanistic rhetoric to drown out, and in some way to discredit, the most pedestrian work of professional lawyers », aun pareciendo que todavía lo cotidinao de *pedestrian work* sitúa bastante más bajo que lo sofisticado de *humanistic rhetoric*.

(12) Mario ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, en Aquilino IGLESIA (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. II Simposi*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prosigamos con el tratado, con el *de insigniis et armis*. No es que el mismo no haya sido anteriormente objeto de consideración historiográfica, pero más por lujo de cita que por derroche de estudio, aun contándose con la ayuda de traducciones contemporáneas, de 1883 y 1943, al alemán y al inglés (pp. 2, 94-95 y 108). La historiografía heráldica lo tiene por jalón poco menos que fundacional y todavía incluso seminal, lo que puede acusar que no mira mucho más allá del título (13). Nuestra pieza se nos asegura que es « el famoso *Tractatus de insigniis et armis* » del « célebre jurisconsulto Bártolo » y prácticamente basta (14). Nuestros autores realizan un repaso cumplido de esta historiografía (pp. 3 y 57).

El afamado escrito estaría también testimoniando los conocimientos más que profesionales del renombrado jurista al ocuparse de la materia heráldica como cuestión no sólo jurídica, sino también artística, la sometida más particularmente a crítica por Valla. Sin su necesidad siempre, el tratado ya pudo tomarse como un manual de pintura: *Tractatus de armis pingendis*, como a veces se le citara (p. 40). Bien que con el pie forzado de la significación heráldica de figuras y colores, Bártolo así ha ingresado en la historiografía del arte (p. 4). Aunque no por las *insignias y armas*, como luego veremos, también ha hecho su ingreso en la historia de la literatura (15).

Por parte de la historiografía jurídica, se encuentra hoy en él, en el susodicho tratado, más que conocimiento sustantivo de unas determinadas materias, más que esto, algunas noticias de importancia para la biografía de nuestro Bártolo, del Bártolo de Saxoferrato, y para su autoridad histórica, lo que esta historiografía entiende más importante y tal vez lo sea (16). Nuestros autores le dan también un buen repaso a esta historiografía (pp. 10-12). El aprovechamiento del tratado en dicha forma procede de los mismos tiempos en los que también se consideraba, por vigente, su materia (pp. 7-12). Es la fuente por la que de siempre se sabe que Bártolo habría estudiado la lengua hebrea y por la que también se tiene noticia de que hubiera recibido en 1355 de manos

---

Barcelona 1992, pp. 145-161; Douglas J. Osler, *Text and Technology*, en *Rechtshistorisches Journal*, 14, 1995, pp. 309-331.

(13) Hannelore Zug Tucci, *Un linguaggio feudale: l'araldica*, Bártolo en índice onomástico, en *Storia d'Italia* (Einaudi), *Annali* I, Ruggiero Romano y Corrado Vivanti (eds.), *Dal feudalesimo al capitalismo*, Turín 1978, pp. 809-879, sin faltar, pp. 823-824, la historia del blasón que ahora diremos y luego, enseguida, desdiremos.

(14) Léopold Genicot (ed.), *Typologie des sources du moyen âge occidental*, vol. B-I, D.3*, Michel Pastoureau, *Les armoiries*, Turnhout 1976, pp. 14 y 36, y *mise à jour* de 1985, más sus obras ulteriores que no he visto: *Figures et couleurs. Etudes sur la symbolique et la sensibilité médievales*, París 1986, y *Traité d'héraldique*, París 1993.

(15) John A. Alford y Dennins P. Seniff, *Literature and Law in the Middle Ages: A Bibliography of Scholarship*, Nueva York 1984, mediante índice onomástico.

(16) Francesco Calasso, *Bartolo da Sassoferrato*, pp. 476, 497 y 513-514, en sus *Scritti*, Milán 1965 (*Annali di Storia del Diritto*, 9), pp. 472-520.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del mismísimo emperador y rey de Bohemia el blasón de nobleza del león rampante rojo de doble cola entrelazada sobre fondo dorado, que era motivo heráldico bohemio de *signo* regio aun con colores diversos. El reino bohemio pintaba el león de plata sobre campo de gules, sobre este fondo rojo.

Dicho por las traducciones castellanas, « me dio que yo y todos los de mi linaje pudiésemos tener un león colorado con dos colas en un campo dorado »; « que yo e todos los otros de mi linaje truxiésemos león bermejo con dos colas en campo dorado » (17). Otros leones como el hispano, el del reino de León, era de apéndice simple (18). Ahí se tiene bien distinto el del *blasón de Bártolo*. De él trato y, si resulta, del *baldón de Valla* (19).

2. *Adivina si alguien miente, cuándo, cómo y a quien.*

Ahora que nuestros autores estudian el asunto resulta que, por ignorar, Valla no sabía ni siquiera exactamente a quien criticaba. El tratado procede de Bártolo, pero la parte que hemos dicho más artística no parece suya, sino de otro jurista, de Nicola Alessandri, su yerno por matrimonio con su hija Paola. Se sabía que era ligeramente póstumo y ahora se añade que es parcialmente postizo.

En enero de 1358, al medio año de la muerte de Bártolo, el tratado *de insigniis et armis* se hizo público por Nicola sin una atribución exclusiva de responsabilidad, indicándose la procedencia del uno y la participación del otro con fórmula que traslaticiamente conocería variantes (pp. 34 y 144). He aquí sólo un ejemplo: *Hunc tractatum de signis et armis a domino Bartolo de Saxo Ferrato excelentissimo legum professore, quem non credo complevisse, compositum publicavit post mortem dicti domini Bartoli dominus Alexander suus gener solepnissimus legum doctor* (p. 121). En la propia época de Valla, antes de que lo

(17) Biblioteca Nacional de Madrid, Ms. 7099, f. 6r; Res. 125, f. 2v.

(18) H. Zug Tucci, *Un linguaggio feudale*, muestrario entre pp. 878-879; para uno de época, tras el citado *Tratado de las armas* de D. de Valera, Ms. 7099, ff. 37r-45v; con variados leones de cola simple y algún que otro caso de apéndice doble, cruzado o no.

(19) Angel Riesco, *Introducción a la sigilografía*, Madrid 1978, pp. 104-148, *Glosario heráldico*, pp. 109-110, definición de *Blasón*: « Emblema, signo o figura, real, ficticia o convencional, con que se distingue un reino, una ciudad, una familia o un individuo de otro. También se llama blasón a cada una de las figuras, piezas, símbolos, etc., naturales o convencionales, de que se compone el escudo, sello o moneda y que, a su vez, sirven de adorno, en recuerdo de algún hecho o circunstancia notable.Y, finalmente, se entiende por tal el arte heráldico que nos enseña a interpretar con acierto los escudos de armas ». *Baldón* no es en cambio *signo* heráldico, sino todo lo contrario. Lo es de ignominia, vergüenza y bochorno. Y es evidente que no sigo en absoluto la recomendación de M. Pastoureau, *Les armoiries*, p. 22: por equívoca, « il vaudra donc mieux s'abstenir d'utiliser ce mot », la de *blason*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

acogiese la primera impresión de las obras de Bártolo en 1472, podría estar el detalle más a la vista. Su lectura crítica no sería muy atenta ni para estos pormenores de unas responsabilidades. Para la descalificación, Valla no se andaba ni con escrúpulos ni con chiquitas. Se trataba de Bártolo y ahí estaba su escrito. Se las veía con la jurisprudencia y la muestra de momento le bastaba.

Los manuscritos del tratado, de los que hay catalogados hoy un centenar y entre los que nuestros autores han examinado cuidadosamente veintitrés, no es raro que así contengan noticia de que Bártolo no completó la obra y de que Nicola se ocupó de editarla, aun sin detalle ulterior sobre el alcance de la intervención. Porque fuera práctica normal, no deja de plantear un reto que Valla comenzó por ignorar. Si se trataba de que unos insultos alcanzasen al jurista, ¿no había de comprobarse la dirección de la misiva? Si se apuntaba por elevación a la jurisprudencia, el nombre bastaba y servía. Bártolo podía ser *signo*, pero a esto es a lo que iremos. En todo caso, Valla no ayuda.

Valla no hizo nada de lo que procuran aquí nuestros autores: distinguir estilos y precisar acciones (pp. 35-39). ¿Qúe significaban entonces con exactitud verbos tan usados en colofones como *edere*, *componere*, *compilare* o *publicare*? ¿Qué alcance tenían y cuál se les concedía a unas y otras actividades respecto a las obras sobre las que operaban e incidían? ¿Cómo era precisamente un *stilus Bartoli* que ya pudo identificarse por la época (p. 36), aunque no por Valla? ¿Cómo se le conocía entonces y cómo puede reconocérsele ahora? ¿Cuánto aportaba en concreto Nicola, el yerno que así hiciera de albacea? ¿Cuánto se le debía?

Sobre esto último, nuestros autores llegan a la conclusión de que bastante, correspondiéndole más particularmente a Nicola en el caso la parte que hemos llamado más artística (pp. 76, 81 y 84). Pero se cuidan también de poner nuestros autores por delante que todo intento de discernimiento al detalle y adjudicación al pormenor resulta « inherentemente problemático, probablemente imposible y además indeseable ». Bártolo murió en plena madurez cuando ensayaba él mismo un modo más suelto y abierto (20). Tampoco se trata de que fuera su yerno quien aportara limpiamente otro estilo (pp. 35-36).

« Atribuir este pedazo a Bártolo, aquel otro a Nicola, desmembraría y desfiguraría la obra haciéndola irreconocible, trivializándola sin posibilidad de explicar su recepción histórica y su *auctoritas* como obra de Bártolo » (p. 36 todavía). En esto abundan realmente nuestros

(20) Diego QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il « De tyranno » di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con la edizione critica dei tratatti « De Guelphis et Gebellinis », « De regimine civitatis » e « De tyranno »*, Florencia 1983; el mismo, *Diritto e teologia nel « Tractatus testimoniorum » bartoliano*, en su *« Civilis sapientia ». Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna*, Rimini 1989, pp. 107-125.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autores: « El texto que publicó Nicola tenía la misma autoridad que el original, esto es, la autoridad de Bártolo, por lo que puede entenderse que nadie citara o tratara a Nicola como autor del mismo » (p. 39). La parte artística, con su teoría de los colores, era de Bártolo aunque no lo fuera, aparte de que también resultase jurídica por lo que, heráldica mediante, los colores mismos significaban. El propio tratado ya distinguía al propósito entre ser y representar (21). El color, como la imagen, era *signo* de derecho. Tánto podía serlo que entre güelfos y gibelinos, entre filoeclesiales y filoimperiales, la diferencia se manifestaba mediante colores (p. 47 y 81) (22). Esto del *signo* Bártolo lo sabía. Nuestros autores lo saben. Lo ignoraba la crítica de Valla, como lo ignoran cuantos se siguen fiando de ella.

Nadie atribuía lo suyo a Nicola, ni siquiera alguien tan crítico como el propio Valla. Eso de la autoridad de un Bártolo que no era Bártolo puede decirse porque la noticia existía, porque podía conocerse la intervención del yerno. Y podrá seguirse conociendo. Los mismos textos persisten. Ya se sabe que la historia de la imprenta no cancela la de los manuscritos, pues siguieron produciéndose y manejándose, y que los propios impresos tampoco ocultan que en las obras de un autor pueden comprenderse escritos no exactamente suyos. Y la historia de la escritura tampoco cancela la de una cultura social de carácter oral que podía seguir siendo relevante para el mismo derecho. Son cosas que de momento tan sólo apunto. No dejaré de volver a ellas pues merecen mayor consideración desde luego en sí, pero también a los efectos concretos que nos importan ahora.

Respecto al propio Bártolo, el tratado *de insigniis et armis* no es un caso tan singular. Entre finales de 1357 y 1359, en este par de años inmediatos a su muerte, Nicola se ocupó notoriamente de completar, editar y quizá reducir a escrito diversas obras de su suegro, deslizándose hasta alguna suya entre ellas (pp. 29-34). La misma enseñanza universitaria que podrá llegar incluso a basarse sobre Bártolo, tomándolo como texto, también se prestará a adiciones no siempre luego controlables como tales (23). En las ediciones, inclusive en las impresas, a veces se advertía el problema y hubo juristas que supieron distinguir, pero

---

(21) Primera cita de encabezamiento, con una traducción inglesa de nuestros autores (p. 153) que precisa sentido a costa algo quizá de la contraposición entre *signo* y ser: « One must know that one color is said to be nobler than another either with respect to what the color stands for or with regard to its inherent qualities », *respectu eius quod representat* o *secundum se*.

(22) A efectos más locales y de unas cercanías a las que vendremos, Teófilo F. Ruíz, *Festivités, couleurs et symboles du pouvoir en Castille au XVe siècle: Les célébrations de Mai 1428*, en su *The City and the Realm: Burgos and Castile 1080-1492*, Londres 1992, repr. XV.

(23) Annalisa Belloni, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV. Profili biobibliografici e cattedre*, Frankfurt a.M. 1986, nombre de Bártolo en el índice onomástico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ello así parecía entonces una cuestión menor. Unas obras eran de Bártolo aunque pudiera constar que no lo eran. Tenían su autoridad. La autoría que hoy entendemos no parece coincidir con la *autoridad* que se entendiera entonces. Autoridad mediante, la falsedad podía ser por lo visto autenticidad (pp. 30 y 34). También sólo indico, pues a ello vamos.

Conforme a los resultados del trabajo de nuestros autores, falsedades hay más. Al propio Valla seguramente le desconcertaría no haber sabido ni siquiera detectarlas. Podrían haberle ayudado a desautorizar a Bártolo. Eran noticias tan importantes para el caso como aquella principal de su blasón imperial o como aquella otra suplementaria de su don del hebreo. Nuestros autores también nos muestran que son problemáticas pese al arraigo que han alcanzado en la historiografía y a la significación que en ella se le concede sobre todo a lo primero, al motivo bohemio del león de doble cola (24). Se introducen nuestros autores particularmente en esta micronovela del blasón con pasajes que resultan incluso divertidos (pp. 8-26). La iconografía ilustra (pp. 89-91).

En conclusión de nuestros autores, por muy importante que pudiera haber sido dicha historia del blasón no solamente además para el jurista y la jurisprudencia, pues hay más personajes e instituciones implicados, por mucho que así fuera, Bártolo, nuestro Bártolo de Saxoferrato, aunque recibiera en efecto privilegios del emperador, no parece que tuviera mejor título de nobleza que el del *doctorado*, título en efecto entonces y más aún si se sumaban veinte años de *profesorado* (pp. 32-33 y 43-44). El mismo tratado *de insigniis et armis*, aunque no se ocupe de los privilegios doctorales (p. 82), se cuida de indicar que cometen crimen de falso *qui portant insignia doctoratus cum non sint doctores* (p. 109). El propio Bártolo puede que valorase más el título doctoral que el estrictamente nobiliario (25). Por otra parte, su conoci-

---

(24) Václav VANECEK, *La leggenda di Bartolo in Bohemia*, en *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI Centenario*, Milán 1962, vol. 1, pp. 369-393, cuya leyenda es la presencia de Bártolo en Praga y enseñanza en su Universidad, no el blasón imperial, de tal crédito éste que su presunta realidad aquí asiste a la explicación de la segura ficción.

(25) Mario MONTORZI, *« Fides in Rem Publicam ». Ambiguità e tecniche del Diritto Comune*, Nápoles 1984, pp. 317-323; Danilo MARRARA, *Le giustificazioni della nobiltà civica in alcuni autori italiani dei secoli XIV-XVIII*, pp. 15-17, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 62, 1989, pp. 15-38; M. ASCHERI, *La nobiltà medievale: nella Glossa e in Bartolo da Sassoferrato*, pp. 77-80, en su *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini 1991, pp. 55-80; Vincenzo PIANO MORTARI, *Sulla nobiltà del Quattrocento. Bartolomeo Cipolla e Buono de' Cortili*, pp. 34-39, en sus *Itinera Iuris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Nápoles 1991, pp. 1-66; Claudio DONATI, *L'idea di nobiltà in Italia. Secoli XIV-XVIII*, Bari 1988, nombre de Bártolo mediante índice analítico aun con la entrada consabida, p. 6, de la historia del blasón.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miento del hebreo ha venido mereciendo inferior crédito, lo que nuestros autores ratifican (pp. 26-29). Esto último lo apreció hasta Valla (p. 83).

Que la historia del blasón podría afectar a la autoridad de Bártolo, es algo que nuestros autores no dejan de constatar. Lo comprueban en una obra tan significada como *La République* de Jean Bodin, refiriéndose a sus versiones primeras francesa, latina e inglesa (pp. 25-26). Añado la castellana retocando tan sólo puntuación: el emperador « ennobleció a Bártolo y le dio el león en campo de plata y autoridad para dispensar en la menor edad de sus descendientes que hiziesen profession de enseñar y leer el derecho civil y, en memoria de este beneficio, Bártolo dejó escrito que andan muy engañados los que no creen que el emperador es señor de todo el mundo » (26). Una nota remite al tratado *de insigniis et armis*, aunque nuestras autores sospechan que Bodin no lo citaba de primera mano. Y aparte el color del campo, la versión castellana dulcifica, pues unos originales dicen que Bártolo habló de herejía y no de simple engaño de quienes negaban dicho dominio imperial del universo. Era hombre agradecido, nos dice Bodin para desautorizarle en este extremo. Pues también ocurre que, a lo largo de *La République*, Bártolo constituye autoridad (27). La misma crítica de Valla puede ignorarse.

Respecto al cuento de la credencial imperial del blasón de doble cola, nuestros autores hacen su apostilla: « Aun debiendo ya quedar fuera de duda que nunca se produjo, esto no minimiza su significación histórica como signo de la vinculación política de Bártolo al Imperio » (pp. 24-25). Bártolo ya se sabe que situaba al emperador en una posición tan singular que no dejaba para los reyes más que la ubicación pretorial por debajo inmediatamente de la imperial. La leyenda del blasón podría expresar entonces gráficamente la doctrina contenida en su lectura de la *lex Omnes populi*: los prefectos del pretorio *comparantur Regibus, qui sunt hodie per mundum*. Es un principio que se aplicará a la justicia del rey, su función primordial, aun cuando el rey mismo acabe elevándose a la posición imperial (28). La construcción de Bártolo podrá servir para reinos como para ciudades de una forma que no será estricta ni exactamente la concebida por él (29). Volvemos a tener un indicio de

(26) *Los Seis Libros de la República de Juan Bodino. Traducidos de lengua Francesa y enmendados Cathólicamente por Gaspar de Añastro Ysunza*, Turín 1590, ed. José Luís Bermejo, Madrid 1992, vol. 1, pp. 275 y 329.

(27) D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padua 1992, puede tener la evidencia.

(28) B. Clavero, *Institución histórica del derecho*, Madrid 1992, pp. 180-182, para el texto; el mismo, *Sevilla, Concejo y Audiencia*, introducción a *Ordenanças de la Real Audiencia de Sevilla*, Sevilla 1995, pp. 5-95, para la cuestión, con capítulo también de falsedad que recordaré luego.

(29) Federico Martino, *Aspetti inediti del pensiero di Raniero Arsendi in alcune « additiones » a Bartolo*, en *Quaderni Catanesi di Studi Classici e Medievali*, 5, 1983, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que la falsedad no se agota históricamente en su evidencia, de que pudo constituir incluso autenticidad. En puntos tan claves, el mismo Bártolo puede que acabase autorizando posiciones que él no habría identificado como propias (30). Si éste fue su sino, tal es su *signo*, no lo que en vida él dijera, sino lo que luego su nombre autorizara.

El mismo falso del blasón pudo significar y mantener su significación aun cuando la perdiese. En origen tal vez quisiera realmente potenciar con el aval imperial el crédito de Bártolo, aunque no parece que viniese de inmediato tras su fallecimiento como una operación de impulso y reforzamiento de una autoridad aún incipiente para el grado que llegaría a alcanzar (31). Sea como fuere, antes de cumplirse el siglo de la muerte de Bártolo, ya se podían estar constatando cosas como que los *doctores solemnes consulere secundum opinionem Bartoli quam tenebant pro Evangelio* (32). Entretanto se habría forjado la leyenda.

Si no viene de origen, parece haberse extendido con relativa celeridad y éxito. De los veintitrés manuscritos examinados por nuestros autores, solamente uno procede del siglo XIV mientras que el resto pertenece al siguiente. Se da el síntoma de que uno de éstos, de los del XV, no contiene la historia del blasón (pp. 22, 100 y 124). La misma tampoco aparece siempre en apropiaciones ulteriores de la parte correspondiente del *de insigniis et armis* (33). Pudiera darse que la leyenda del león de Bártolo no procediese del yerno Nicola, de este primer tiempo, pero su propagación por vía literaria no parece que lo sufriera mucho.

La iconografía es menos temprana. La tumba primera de Bártolo, que no se conserva, no parece que tuviera, en contraste con las sepulturas de otros juristas, otro motivo que su efigie y un sencillo *Bartholus hic iacet*, si no el más simple aún de *Ossa Bartholi*. Entre sus retratos hoy conocidos, el blasón sólo aparece en el siglo XVI y aún es posterior su aparición en portada de ediciones de las *Opera* de Bártolo (pp. 23-24). Faltan siempre referencias inmediatas comenzando por suyas propias (pp. 18-22). La más próxima aquí identificada es la del manuscrito del mismo siglo XIV, de alrededor de 1384 más en concreto (pp. 98 y 102). Así no es que se impusiera la leyenda temprana ni

---

177-199; el mismo, *In tema di « potestas condendi statuta ». Indagini sul pensiero di Ranieri Arsendi a Padova*, en los mismos *Quaderni*, 5, 1983, pp. 461-482.

(30) Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)* , Madrid 1992, pp. 171-176 y 205-233.

(31) D. QUAGLIONI, *Il pubblico dei legisti trecenteschi: i lettori di Bartolo*, en *Scritti di Storia del Diritto offerti dagli allievi a Domenico Maffei*, Padua 1991, pp. 181-201.

(32) Ultimamente lo recordaba Andrea ROMANO, *La giurisprudenza consulente e Paolo di Castro. Alcuni problemi inediti del ms. Venezia, Bibl. Marciana, Lat. 2324*, p. 147, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 61, 1988, pp. 141-170.

(33) Aquí lo muestra el apéndice citado (nota 1) del comentario de Antonio da Butrio a Decretales, 5, 31, 14, *Ad c. Dilecta, De excessibus prelatorum*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

completamente, pero ahí estaba la autoridad final de Bártolo con el aval imperial no tan inicial del blasón.

Una *Vita Bartoli* se imprime y difunde desde 1521 pudiendo acompañar desde entonces la edición de sus *Opera*, introduciéndolas (34). Hay otras vidas suyas, pero ésta así se significa. No dejaba de narrar que Bártolo recibió del emperador como blasón el mismo motivo del reino de Bohemia, *leonem rubeum cum caudis duabus in campo aureo*. Y no sólo decía esto, pues también aseguraba que los mismos emperadores *dederunt potestatem Bartolo ut glossaret* constituciones suyas y que por tanto este jurista las entendía e interpretaba *de voluntate eorum*, con tal aval imperial menos simbólico. *Bartolum etiam in iure civili principem quis negabit?*, es pregunta que entonces parecería superflua. No cabría duda de la respuesta, *quia bonus bartolista bonus legista et iurista censendus*. En la biografía, en su credencial imperial, ya iba o podía ir la autoridad, su posición jurisprudencial (35). Era *princeps*, como acaba de decírsenos, en un sentido figurado, pero insistente. *Monarcha iuris* no sólo es identificativo que le aplicaba a Bártolo un retrato anónimo del siglo XVI (36), sino también epíteto que dicha *vita* autorizaba y difundía desde 1521 (37). Y ya veremos que esta misma vida todavía abundaba.

Cuando aparece el blasón a principios del siglo XVII en las portadas de las *Opera* de Bártolo, sigue así sin presentarse temprano y tampoco es que venga a hacerlo en solitario. Una *Bartoli vera effigies* viene presidida en el ángulo superior derecho por la viñeta de la recepción del león de doble cola de manos del emperador, pero en el espacio izquierdo correspondiente, y así precediendo conforme al orden de la lectura latina, figura una escena de Bártolo ejerciendo como jurisconsulto con la leyenda *Lucerna iuris*. Ambos motivos así es como comparecen (38). El *tractatus de insigniis et armis* ensalzaba la preferencia de la posición derecha en la composición y presentación de unas figuras, pero esto era de aplicación solamente a los seres animados. El orden de lectura horizontal desde la izquierda se tenía por superior al de dirección inversa propio del hebreo y del árabe (p. 76-78 y 83).

---

(34) Hermann Kantorowicz, *La vita di Tommaso Diplovataccio*, pp. 99*-101*, en *Studia Gratiana*, 10, 1968, pp. 1*-140*. Los asteriscos son signos de esta edición para distinguir estas páginas de estudio.

(35) Fritz Schulz, H. Kantorowicz y Giuseppe Rabotti (eds.), *Thomae Diplovatatii Liber de Claris Iuris Consultis. Pars posterior*, pp. 279, 283 y 285-286, en *Studia Gratiana*, 10, 1968, pp. 1-421; la *Vita Batoli*, pp. 274-287.

(36) *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 1, reproducción entre pp. XVI y XVII.

(37) F. Schulz, H. Kantorowicz y G. Rabotti (eds.), *Thomae Diplovatatii Liber de Claris Iuris Consultis*, p. 274.

(38) *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 1, reproducción entre pp. XLVIII y XLIX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La historia del blasón no era en fin una constante ni su alcance, una invariable; entre credencial imperial y autoridad jurisprudencial, o más bien la viceversa, tal vez conozca una geografía y una cronología que no coincida con las del propio predicamento de Bártolo. Esto precede, se sustenta y transciende. En algún tiempo y en algunos espacios el aval imperial como el mote monárquico podrían potenciar su autoridad, pero en otros también cabría que ambos elementos o en particular el primero, el más específicamente imperial, resultasen indiferentes o incluso contraproducentes. Corriendo el tiempo, podrá llegar incluso un momento en el que la autoridad de Bártolo, con la posición imperial dicha, pudiera avalar la del emperador más que la inversa. Mas ésta no es ahora nuestra historia, sino la contraria, la de la misma leyenda. Aquí nos importan las falsedades.

3. *Sigue adivinando quién engaña y a quien.*

Es un predicamento el de Bártolo, es una *autoridad* la suya, que puede desde luego tanto ensalzarse en términos generales como suspenderse a efectos particulares por dicha historia del blasón, pero no hay una dependencia. Ya pudo equivocarse Valla pensando que la autoridad de Bártolo dependía de cosas externas al derecho, de cosas ajenas al discurso de la jurisprudencia en general y a la posición dentro de ella de Bártolo en particular. El derecho era algo que podía comenzar por hacer esta prestidigitación: verdad de la ficción (39).

La epístola *contra Bartolum* no parece que en concreto alarmase mucho. El ejemplar que he visto de las *Opera* de Valla está expurgado, según anotación del censor en portadilla, conforme a los *Indices* hispanos de 1612 y 1632, arrancándose escritos completos y de cuajo (40). Nuestra epístola permanece íntegra. Contrasta con la desaparición de otra crítica famosa de Valla, la del *Constitutum Constantini*, el presunto reconocimiento de una posición imperial al pontificado romano de la iglesia cristiana por parte del emperador Constantino con donaciones anejas. Alguna traza queda, pues están en su lugar los muñones de las páginas y figura sobre todo en el índice un título legible todavía bajo la tachadura abrasiva: *Contra Donationis, quae Constantini dicitur, Privilegium, ut falso creditum Declamatio*. Pero el intento evidente es el de

(39) Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton 1957, pp. 291-313; Franco Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della « fictio iuris »*, Padua 1979, pp. 81-210; Yan Thomas, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, en *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 21, 1995, pp. 1763.

(40) Es el ejemplar citado de la Biblioteca General de la Universidad de Sevilla, 162/115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hacer desaparecer por completo esta crítica mientras que no parece incomodar tanto la otra, la insultante para Bártolo.

Parece que Valla tuvo mayor éxito con dicha otra denuncia de otro crédito inmerecido, el de la Donación de Constantino que se ponía en el origen de una posición imperial, no de reyes o de ciudades, sino de dicha sede romana de una iglesia cristiana de esta vocación católica. No es que vinieran la gracia constantiniana y su mismo documento mereciendo gran consideración fuera sobre todo del ámbito canónico ni que fueran ni siquiera cosas indiscutidas dentro de éste mismo, pero fue Valla quien se ocupó de quitarle todo crédito (41). A esta intervención suya aún se le concede verdadera transcendencia (42). Ahí tenemos otra falsedad, mas una falsedad que igualmente, pese a su desvelador, podía venir siendo *signo* y que incluso, tras su desvelamiento, podrá seguir aún representándolo.

Un buen testimonio puede ofrecérnoslo, no un historiador o historiadora de hoy, sino una voz que nos llegue de la época sin mediaciones de esta clase. Elijo una que me resulta geográfica y lingüísticamente cercana. Sea la de un jurista y juez castellano bien conocido que tuvo la ocurrencia, cosa rara todavía por entonces, de producir su tratado en castellano (43). Más que leerle pasivos, atendámosle activos. Hagamos de escucharle y de creerle. A finales del siglo XVI, he aquí a continuación lo que nos dice ese juez y jurista sobre el asunto.

La « superioridad y potestad de la Iglesia reconoció el Emperador Constantino Magno » y lo hizo « no solamente con palabras, sino con obras ». « Concedió a la Iglesia... la ciudad de Roma, de consentimiento del pueblo, y otras muchas provincias,. .. la qual donación, o por mejor dezir relaxación, o restitución, es válida, según la común y segura opinión ». Acompañan y sostienen notas nutridas de autoridades jurídicas y en las cuales consta que el acontecimiento de la gracia imperial no estaba en sí fuera de discusión (44). Pero ya se ve, ya vemos, que no era sólo cosa de *donación*, sino también y antes de *restitución*, como tampoco solamente de *imperio*, sino asimismo de *consentimiento*, y que no era cuestión sólo de *obras*, sino además y previamente de *palabras*.

---

(41) D. Maffei, *La Donazione di Costantino nei giuristi medievali*, Milán 1964.

(42) Paolo Prodi, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Bolonia 1982, pp. 32-36; Salvatore I. Camporeale, *Lorenzo Valla e il « De falso credita donatione ». Retorica, libertà ed ecclesiologia nel '400*, en *Memorie Dominicane*, 19, 1988, pp. 191-293.

(43) Francisco Tomás y Valiente, *Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, en su *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982, pp. 179-251.

(44) Jerónimo Castillo de Bovadilla, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos,. .. y para Jueces Eclesiásticos y Seglares* (1597), Amberes 1704 (reprint, Madrid 1978), libro II, cap. 17, par. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Son cosas que resultan de lo más significativas, pero que no parece entender hoy la historiografía ni aún más especializada, la cual, aun comprobando los problemas del documento, proyecta sobre el mismo un valor jurídico que no resulta exactamente el que la época le confiere (45), el que nuestro juez y jurista piensa y nos transmite. Con mejor sentido, ha podido afirmarse que la Donación de Constantino, falsa y todo, « es un documento *virtualmente* auténtico » (46). Realidad virtual también habría entonces. Hoy hay factores que influyen sobre la historiografía. Mientras que una europea suele dar por desahuciada dicha donación en el siglo XV, otra americana constata que puede constituir a continuación un elemento jurídico relevante para la legitimación, al menos para esto, del establecimiento de un dominio europeo en América mediante disposición del mundo, no por el emperador romano, sino por el papa de Roma (47). Con el fondo imperial, con la misma transferencia, Bártolo podía ser siempre autoridad (48).

Mas no abandonemos todavía la buena guía de la comunicación con nuestro juez y jurista. Valla es quien no comparece en su tratamiento. Su nombre no existe para él. Con todo esto, el documento de donación no tendría seguramente el valor que él, Valla, suponía al denunciar la falsedad. Su aportación no es cosa que pareciera interesar ni preocupar especialmente. « Questiones de armas e insignias, y la pena del que las usurpa, borra o quita, se podrán ver por los Doctores », es una remisión de nuestro juez conduciendo directamente a Bártolo y al tratado *de insigniis et armis* sin sombra alguna de la crítica de Valla que, por gracia de la censura, estaría más a mano (49).

Por parte del jurista, esta misma ignorancia de la denuncia de la Donación de Constantino como una falsedad flagrante puede que no sólo se deba a la eliminación de la censura que hemos visto. Podía haber entonces razones para mantener el derecho aun fallando el documento. Se nos han indicado. Si escuchamos, las òimos. Si estamos advetidos, las creeremos. Ahí estaban, como ahí están sus efectos. El uno, el derecho, no depende del otro, del escrito. No se entendía que dependiese. Ya se ve que era otra cosa. El derecho era *opinión* y opinión de *doctores*. Tales eran las *autoridades*.

---

(45) D. Maffei, *La Donazione di Costantino*, pp. 321-346, para la incomprensión de este tipo de posiciones.

(46) Luís Weckmann, *Constantino el Grande y Cristóbal Colón. Estudio de la supremacía papal sobre islas, 1091-1493* (1949), México 1992, p. 30, subrayado original.

(47) L. Weckmann realizó su trabajo como doctorando mexicano bajo la dirección de E.H. Kantorowicz en la Universidad de California, pero, como dice el mismo Kantorowicz en su *Introducción*, pp. 7-10, la idea de conectar la cuestión americana no fue suya, sino del mismo Weckmann.

(48) L. Weckmann, *Constantino el Grande y Cristóbal Colón*, pp. 173-174.

(49) J. Castillo de Bovadilla, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, libro I, cap. 13, par. 127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nuestro juez y jurista, siéndolo práctico, abunda en esta clave de identificación del derecho (50). Respecto a esto no hace falta que adivinemos. Sigamos escuchando. « La opinión común es la que ha de guiar al juez, y della no deve desviar sus determinaciones y sentencias ». « Se deve seguir la antigua y común sentencia de los Doctores y hombres sabios, que aun en caso de duda tienen algunos por común y verdadera opinión la de Bártulo, por el excelente y verdadero juycio que tuvo, aunque fue uno solo, de lo qual huvo ley en estos Reynos », ya derogada, habiendo también quien dice que el juez « no se deve apartar ni desviar de la común opinión, que está confirmada por doctrina de muchos escritores, aunque sea por seguir la del insigne Doctor Bártulo, por grandíssima autoridad que tenga »; « que por las nuevas fantasías de Bártulo no se ha de dexar la común opinión ». De la ley castellana, « ley en estos Reynos », que nuestro juez nos dice, diré por mi parte más tarde. Ahora estamos atendiendo lo de las *opiniones*, lo de este componente así entonces básico del derecho.

Sobre ellas en suma se nos añade que hay que saber discernir la *opinión* de *doctores y hombres sabios* que constituye y hace derecho, « quándo se puede convencer con razones eficaces la opinión que algún Doctor dixo común y es falsa e iniqua, y en tal caso se puede seguir la opinión singular, y el recato que se ha de tener en no dar crédito a los autores que con facilidad y a cada paso llaman la opinión común, y quándo se deve estar a la opinión de los modernos contra los antiguos, o quándo se deve preferir el dicho de un santo con razón moral comprobado a todas otras opiniones ». Y a esto todavía se agrega la posibilidad de que prevalezca, sobre jurisprudencia, *costumbre*, « porque el estilo y la costumbre es local y particular,. .. y assí al Doctor que afirma alguna costumbre, solamente se deve dar crédito de la costumbre de su tierra ». ¿Hemos escuchado? ¿Estamos creyendo?

He aquí el derecho en lo que toca ante todo a la *jurisprudencia*, su componente, si no siempre prioritario, básico: una *opinión* y no una opinión cualquiera, sino una sofisticada ciencia de discernimiento entre *opiniones* (51). Venía formada ordinariamente por *doctores* suyos, los del derecho, destacando la presencia de nuestro Bártolo aun con sus *fantasías*. Con más o menos reparos, su posición era siempre clave. La misma divisoria de aguas entre *antiguos* y *modernos*, que nos ha dicho nuestro juez, podía marcarla su propia obra, la de Bártolo, ya que ella

---

(50) J. Castillo de Bovadilla, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, libro II, cap.7, pars. 7-19, con todo lo que sigue y otros matices de los que ahora prescindo.

(51) Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), Milán 1975, pp. 164-199; John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, pp. 124-147; Pierre Legendre, *Les Maîtres de la Loi. Etude sur la fonction dogmatique en régime industriel*, en sus *Ecrits juridiques du moyen âge occidental,* Londres 1988, repr. XI; M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bolonia 1989.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

introducía, con sus *fantasías*, las novedades. Pero el derecho jurisprudencial tampoco lo determinaban en exclusiva los juristas ni en solitario el de Saxoferrato.

Había factores no sólo concurrentes, sino incluso superiores. Porque la jurisprudencia determinase básicamente el derecho, no lo regía siempre ni en último término. Ahí que estaban no sólo los jurisprudentes, sino también otros *hombres sabios*, lo que podían ser perfectamente, como *doctores* también ellos, unos teólogos, y en especial ahí estaban finalmente, pudiendo prevalecer y llegando así a situarse por delante de los propios *doctores*, de todos ellos, los *santos*. Un *dicho de santo*, dicho, según se nos ha asegurado, *con razón moral comprobado* y no de otra forma, no con autoridades jurídicas, podía constituir derecho por encima del derecho mismo, por delante en particular de su más específica jurisprudencia. La comprobación de todo esto la tengo hecha (52).

Interesando al capítulo de un régimen sucesorio de modo que además corrige la *opinión* de Bártolo y prevalece así sobre ella con una dimensión europea y no sólo castellana (53), he comprobado en efecto todo ello en un extremo particular que importa a *insignias y armas*, a su sucesión singular: « De los fijos que son nobles mejor es yr por el mundo derramados que non bevir en uno o partir la façienda »; *si nobiles sunt, melior est saepe eorum per mundum dispersio quam haereditatis divisio*. Y se trata de un *dicho* difundidísimo en una *epistola* famosísima de San Bernardo (54), la cual epístola era también patentemente falsa, por ello resueltamente eliminada de la edición crítica de la obra del santo (55), y el cual dicho resultaba absolutamente auténtico, constituyendo derecho durante siglos. Su tradición de autoridad no dependía de su registro en documento.

El pronunciamiento del santo constituyente de derecho era preci-

---

(52) 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. 7-148; un resumen traducido, en *Quaderni Storici*, 86, 1994, pp. 335-363.

(53) B. Clavero, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)* , Madrid 1989, pp. 256-257; Maria Antonietta Visceglia, *Il bisogno di eternità. I comportamenti aristocratici a Napoli in età moderna*, Nápoles 1988; A. Romano, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Turín 1994.

(54) Leopoldus Janauschek (ed.), *Bibliographia Bernardina usque ad finem anni MDCCCXC*, Hildesheim 1959, nn. 12, 17, 53, 87, 104, 145, 169, 183, 184, 197, 202, 261, 262, 263, 290, 292, 293, 318, 331, 335, 348, 354, 356, 361, 367, 369, 376, 377, 393, 397, 461, 466, 479, 530, 535, 540, 557, 576, 577, 593, 613, 645, 648, 697, 699, 799, 881, 916, 941, 1384, 1799, 1928, 2038, 2134, 2139, 2148, 2153, 2163, 2180, 2188, 2208, 2232, 2259, 2369, 2407, 2408, 2418, 2386, 2423, 2482 y 2637, no siendo además Janauschek exhaustivo.

(55) Jacques Paul Migne (ed.), *Patrologia Latina*, vol. 184, París 1879 (=Joannis Mabillon, ed., *Sancti Bernardi Opera Omnia*, vol. 3, edición de 1719), col. 1189-1190, nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

samente *dicho*, esto es, cultura oral antes que letrada. Aunque muy dotado literariamente, aquel orden no se encerraba en escritos, ni siquiera en los teológicos, ni se sujetaba por tanto a la suerte de los documentos, tampoco de los jurídicos. También se nos ha advertido que podía prevalecer la *costumbre*, algo tan *local y particular*. Y para la misma *jurisprudencia*, para la propia producción del derecho *doctoral*, la o*pinión* podía ser voz antes que escritura. En fin, las indicaciones de nuestro juez para la identificación jurisprudencial del derecho son, con sus *sabios* y sus *santos*, con sus *opiniones* y sus *dichos*, realmente prácticas, mucho más de lo que a primera vista pudiera parecernos. Escuchemos y creamos (56).

Caso como el de la Donación de Constantino también puede ser representativo. Igual que él hay muchos. Hay más constituciones imperiales semejantes por actualmente falsas y potencialmente, *virtualmente*, auténticas, como una que así miraba a que la Universidad de Estudios boloñesa no fuera menos que la Iglesia romana (57), la cual además se imprimía y hacía así pública cuando precisamente se asentaba la incorporación de esta ciudad de Bolonia a dicha iglesia de Roma (58). Bártolo también consideraba que tales estudios nacieron en tiempos antiguos, pero *ex consuetudine* (59). La *costumbre*, como la *palabra*, salvaba. Pudieron abundar documentos cuya falsedad significaría poco al poder así guardar su contenido independencia de la escritura.

Traigo a colación por mi parte tan sólo uno que me es también más cercano, el de un privilegio sevillano por el que la justicia había de realizarse dentro del propio territorio sin recurso por tanto a la corte del rey, a una corte que se identificaba entonces con la justicia misma. El documento regio que registra este privilegio lleva fecha de la era hispana de 1341, esto es, del año 1303, pero lo recoge como costumbre ya seguida desde los tiempos de la conquista del territorio al Islam hacia mediados del siglo XIII, « ca mi voluntad (del rey) es de vos guardar vuestros previllegios e vuestras franquezas et vuestros usos e vuestras costunbres ». El escrito se entendía que ante todo registraba y contenía, como principio de derecho propio, *costumbre*.

La escritura presentaba problemas. La primera copia conocida era de 1437 con manipulación de época en la fecha para hacerla figurar de

---

(56) B. Clavero, *« Beati Dictum »*, pp. 86-127.

(57) Albano Sorbelli (y Luigi Simeoni) , *Storia della Università di Bologna*, Bolonia 1940, vol 1, pp. 12-13; D. Maffei, *La Donazione di Costantino*, pp. 340-341; Severino Caprioli, *Indagini sul Bolognini. Giurisprudenza e filologia nel Quatrocento italiano*, Milán 1969, pp. 218-228 y remisiones de entrada 4626 del índice de incunables.

(58) Angela De Benedictis, *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, Bolonia 1995.

(59) S. Caprioli, *Indagini sul Bolognini*, p. 220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un siglo antes y presentándose como traslado de otra de 1359 (60). En el *Libro de los Privilegios de la Ciudad de Sevilla* que se recopila oficialmente a finales del siglo XV el documento atribuido a 1303 se reproduce por partida doble y en versiones además no exactamente idénticas (61). Otra colección similar ulterior no lo recoge (62). Y la única recopilación de derecho sevillano que se imprimió entonces sólo contiene la noticia de una remisión, sin reproducirlo (63). En la época nunca se publicó a imprenta. Cualquiera que fueran entonces los motivos, el documento ya no parecía infundir en sí mucha confianza.

El documento no necesitó de un Valla para resultar sospechoso, pero tanto podía dar. Estamos en las mismas. El privilegio era *costumbre* y costumbre *local y particular*, tan particular que ni siquiera beneficiaba a toda la población del territorio (64). A lo que ahora nos importa, no dependía de la escritura. De fallar ésta, no tenía por qué resentirse. La falsedad eventual podía prestar aval a la autenticidad constante. Podía ser realidad que se nos ha dicho *virtual*, virtual y actual para el derecho. *La palabra*, que ha explicado nuestro juez, puede ser anterior y tener más valor que *la obra*. Sin intentar ponernos, al menos esto, en los supuestos de tal cultura no sólo ni principalmente documental, no parece que quepa la más mínima inteligencia de aquel derecho (65).

Era un derecho que no se encerraba en el documento. No lo hacía la *costumbre*, esta forma de determinación normativa *local y particular* que también se nos ha especificado. El derecho era, antes que escrito, *dicho* lo mismo que el del santo o también para entonces lo mismo que cosas como el Evangelio, unas *escrituras* primeras por entonces cuyo grado superior de autoridad hemos visto que también servía para parangonar la de Bártolo y cuya procedencia apostólica, a lo que nos

---

(60) Biblioteca Nacional de Madrid, Ms. 692, f. 47r-v, con raspadura y sobrescrito de trescientos por cuatrocientos, de 1337 por 1437, en la fecha final.

(61) Marcos Fernández Gómez, Pilar Ostos y María Luísa Pardo (eds.), *El Libro de Privilegios de la Ciudad de Sevilla*, Sevilla 1993, docs. 39 y 67.

(62) Biblioteca Nacional de Madrid, Ms. 692 citado, ff. 74v-136r.

(63) *Recopilación de las Ordenanças de la... cibdad de Sevilla, de todas las leyes e ordenamientos antiguos e modernos, cartas e provisiones reales, para la buena gobernación del bien público e pacífico regimiento de Sevilla e su tierra*, Sevilla 1527 y 1632 (reprint de la segunda, Sevilla 1975), en su *Sumario de los privilegios de Sevilla*, f. 131v: « que todas las suplicaciones y las vistas,. .. que se librassen en Sevilla ».

(64) Para una extensión que lo acusa, I. González Gallego (ed.), *El Libro de los Privilegios de la Nación Genovesa*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 1, 1974, pp. 275-348, privilegio 38.

(65) Así para el caso de la piedra de toque de un derecho sevillano cuya existencia histórica ni siquiera se percibe de no hacerse dicho intento, A. Iglesia, *Libro de Leyes y Privilegio*, en Mercedes Borrero, M. Fernández Gómez, P. Ostos, Mª L. Pardo y el mismo, *Sevilla, Ciudad de Privilegios*, Sevilla 1995, pp. 117-175, versus, si se me permite, B. Clavero, *Sevilla, Concejo y Audiencia*, pp. 49-69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importa ahora, ni se sabía ni podía saberse por documentación histórica. Cristo no escribió y su palabra estaba viva. Las *Escrituras* ayudaban, pero participando de la tradición sin alzarse con la exclusiva. Aquellos escritos, todos los de por entonces, respondían a unos entendidos y conocían unos entendimientos que no son los que suelen presumirse hoy, los que la historiografía suele dar por supuestos (66).

Ahí está dicha comparación figurada de la obra de Bártolo con el Evangelio. Su propia actividad puede figurarse en el mismo siglo XIV predicando a sus díscipulos y no escribiendo a la posteridad (67). Al cabo del tiempo podía seguir quizá más vivo el *dicho* que el *escrito* para el propio derecho. Toda una cultura mantenía una idea del valor de unos soportes y de unas transmisiones que no es definitivamente la nuestra, la que suele entender y aplicar la historia, o mejor dicho siempre la historiografía (68).

Entre cosas como Constantino, su donación, y Bártolo, su autoridad, nuestro juez nos ha puesto ante la vista una cultura histórica por la que podría producirse ayer y entenderse hoy el mismo juego de unas *virtualidades*, el mismo valor de unas falsedades que son autenticidades porque constituyen autoridades. Cuando la crítica viene a denunciarlas, cuando la historiografía llega a depurarlas, perdemos y no ganamos la evidencia. Se pierde y no se gana el sentido. Se cierra y no se abre el acceso. Hoy se considera ciencia proyectar nuestra razón crítica cancelando aquella otra para el propio entendimiento de su época.

Pero no es momento de volver a entretenernos con la controversia historiográfica (69). Bástenos con insistir en que el criterio de la historiografía no puede ser el de fondo todavía presuntivo, mas con presunciones anacrónicas, de separación entre *la verdad* y la *falsedad*, esto a lo que acostumbra y esto que raramente confiesa con franqueza (70). Las

---

(66) António M. Hespanha, *Una historia de textos*, en F. Tomas y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, pp. 187-196; Carlos Petit, *Oralidad y escritura o la agonía del método en el taller del jurista historiador*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 19, 1992, pp. 327-379.

(67) *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol.2, reproducción entre pp. 563 y 564.

(68) Kristen B. Neuschel, *Word of Honor: Interpreting Nobel Culture in Sixteenth-Century France*, Ithaca 1989; B. Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991; Virginia Cox, *The Renaissance Dialogue: Literary dialogue in its social and political contexts, Castiglione to Galileo*, Cambridge 1992; A.M. Hespanha, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993; Peter Burke, *The Art of Conversation*, Londres 1993.

(69) Julio Caro Baroja, *Las falsificaciones en la historia (en relación con la de España)* , Barcelona 1992; Peter Linehan, *The Toledo Forgeries, c. 1150-c. 1300*, en su *Past and Present in Medieval Spain*, Londres 1992, repr. IV, y *addenda*, p. 1, originalmente en *Schriften der Monumenta Germaniae Historica*, 33, *Fälschungen im Mittelalter*, Hannover 1988, vol. 1, pp. 643-674.

(70) S.I. Camporeale, *Lorenzo Valla e il « De falso credita donatione"*, p. 292:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creencias de entonces eran otras y así también lo eran sus formas de discernimiento. La misma constancia documental sólo constituía prueba prioritaria si el texto era de *autoridad* y esto no se discernía por nuestra crítica historiográfica ni por las presunciones nuestras (71).

Una ciencia de la historia no ha de perseguir la verificación por capacidad y con método propios, sino la significación en tiempo y por arte ajenos. La pretensión primera puede que resulte, por aplicar la buena advertencia ya recibida de nuestros autores, « probablemente imposible y además indeseable », lo uno, la impracticabilidad, a efectos profesionales, y lo segundo, la repugnancia, a los morales.

4. *Lo que se da no se quita, pues peligra la cabecita.*

Nuestros autores son conscientes y están de vuelta. Porque depuren textos, no cancelan razones. Muy al contrario, procuran situarse y situarnos en la composición de aquel tiempo. Nos mueven y nos movemos por un espacio donde no era extraño todo aquello de las falsedades que eran autenticidades porque constituían autoridades, por entenderse que contenían y transmitían principios independientes de ellas y así situados por encima de las mismas, de las falsedades. Cundieron realmente por aquella época, entre manuscritos e impresos, unas falsificaciones que podían granjearse su autoridad propia en el campo al menos del derecho (72). Era cosa que, por lo visto, cabía perfectamente en aquel espacio y aquel tiempo, en aquel mundo social y aquel universo cultural, de predicamentos de doctores y predicaciones de santos.

« La ausencia de una edición crítica de la *opera omnia* de Bártolo hace arriesgada cualquier conclusión terminante, con base en el estilo, acerca de la autenticidad de un pasaje o una frase », es también consideración de nuestros autores respecto en general a los indicios estilísticos contrarios a la autoría bartoliana completa del tratado *de insigniis et armis* y en particular al inciso sobre la credencial imperial que se encuentra en la primera parte más jurídica y no en la segunda más artística (p. 22). Como este mismo *tractatus*, toda la obra de Bártolo y más la impresa se encuentra trufada de « adaptaciones, contamina-

---

« L'*opus* valliano... permane e decade soltanto in virtù della sua verità o della sua falsità ».

(71) Wolfgang Wiegand, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel « habere fundatam intentionem »*, en *Festschrift für Herman Krause*, Colonia 1975, pp. 126-170; Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisis del sistema tra evo medio e moderno*, Nápoles 1979.

(72) D. Maffei, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento. Iacopo di Belviso in Provenza?*, Frankfurt a.M. 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciones, banalizaciones e interpolaciones » (p. 93) (73). Ante estas circunstancias, dicha pausa de espera de una *edición crítica* para cualquier conclusión definitiva parece otra advertencia bien prudente, pero ¿procede a nuestras alturas?

La idea de una *edición crítica* de la obra de Bártolo, esta sentida aspiración, ¿no puede resultar « probablemente imposible y además indeseable » conforme al buen aviso siempre de nuestros mismos autores? La respuesta desde luego depende de lo que entendamos por unos términos, por el sustantivo de *edición* y por el calificativo de *crítica*. De la suya, nuestros autores dicen que es *working edition* (pp. 7 y 95), edición de trabajo. ¿Cabe otra? Parece que sería *crítica* por una razón, no cualitativa, sino cuantitativa: porque se multiplicasen variantes con la colación y compulsa de una cantidad cuatro veces superior de manuscritos, de los veintrés vistos al centenar catalogado, más la propina de todas las ediciones impresas, lo que quizá fuera además el contingente mayor como añadiré pronto.

¿Marca una tal *edición crítica* diferencia de categoría? Sigue dependiendo de las eventualidades, existencias y vicisitudes de unos restos textuales y sigue sobre todo ofreciendo un constructo más aleatorio y artificioso todavía que el mismo conjunto en bruto de tales remanentes. Si ayuda, es porque también resulte *working edition*, edición de trabajo que siempre podrá facilitar, y a veces enormemente, el acceso a los textos, pero que nunca podrá suplirlos. Cada uno puede encerrar una historia que no cabe reducir a variante. Ni siquiera las ediciones impresas permiten tales atajos (74). Me apresto a explicarme respecto a nuestro caso.

Una *edición crítica* no puede consistir en la efectivamente « tan imposible como indeseable » tarea, y más para un caso cual el nuestro, de depurar una tradición textual con el fin de conocer lo que expresara en origen para el complemento seguido de las modalidades cobradas por la tradición misma, pues éstas pueden contener unas realidades mientras que aquel, el original, resultar una ficción y puesto que así las unas no pueden reducirse a satélites del otro.

Nuestro jurista no dijo lo que dijera ni escribió lo que escribiera. Bártolo dijo y escribió todo aquello que se ha endosado a la *autoridad* de su nombre durante siglos y en espacios distantes y distintos con la misma certeza de diversificación e incluso posibilidad de contradicción que esto implica. ¿Cómo puede entonces plantearse y qué interés reviste la recuperación de un texto primigenio y la reducción de todo el

---

(73) Citando a Emanuele CASAMASSIMA, *Note sui manoscritti di Bartolo nelle biblioteche tedesche*, p. 169, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 79, 1962, pp. 169-238.

(74) D.J. OSLER, *Turning the title-page*, en *Rechtshistorisches Journal*, 6, 1987, pp.173-182; el mismo, *Dies diem docet*, en *Ius Commune*, 18, 1991, pp. 207-224; J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada*, pp. 402-426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resto a modalidad suya? Ya hubo un género de *Contrarietates Bartoli* y *Concordantiae contrarietatum Bartoli* aún por aprovechar a fondo y a conciencia (75).

Bártolo podía ser legión como el demonio. Podía resultar pluralidad y multitud, pero reducción y depuración es lo que todavía propugna y ansía la historiografía, de la más a la menos especializada, toda ella (76). Es esto lo que viene entonces definitivamente a falsearle. Entre el personaje historiográficamente depurado y la *autoridad* históricamente operativa, debiéramos aceptar la sugerencia ya producida de que puede importar más lo segundo (77). Y habríamos de obrar en consecuencia. No es buen método el que comienza por acusar apócrifos. Es mala resolución la de *Pseudo-Bartolus* para lo que ha sido *Bartolus* durante siglos (78). No es buena entrada historiográfica en un texto históricamente suyo la cuestión de su atribución como problema primario (79).

Bártolo es toda su obra, toda la que se le atribuyera con todo lo que se le adhiriese a lo ancho del espacio y a lo largo del tiempo mientras su nombre representase *signo* de derecho. La misma obra por la que Bártolo, como ya dije, parece haber entrado en la historia de la literatura, un *Processus diaboli contra genus humanum* o también *Tractatus quaestionis ventilatae coram Domino Nostro Iesu Christo inter Virginem Mariam et Diabolum* (80), tampoco parece suya (81), pero suya es si su nombre la autorizaba. Y no sólo es cuestión de obras en particular y por entero, sino también de capítulos, de apartados, de párrafos, de frases y hasta de palabras. Todo podía ser, por autoría, ajeno, como todo, por autoridad, propio. Todo podía manipularse y contaminarse y así singularizarse y enriquecerse.

---

(75) F. Calasso, *Bartolo da Sassoferrato*, pp. 510-511.

(76) Paolo Mari, *Fenomenologia dell'esegesi giuridica bolognese e problemi di critica testuale*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 55, 1982, pp. 5-42; el mismo, *Problemi di critica bartoliana. Su una recente edizione dei trattati politici di Bartolo*, en *Studi Medievali*, 26, 1985, pp. 907-940, a propósito de la edición citada de D. Quaglioni.

(77) Norbert Horn, *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, p. 319, en Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. 1, *Mittelalter*, Munich 1973, tratando de *Textkritik* y con el ejemplo de Bártolo.

(78) Por ejemplo, Stephan Kuttner y Reinhard Elze (eds.), *A Catalogue of Canon and Roman Law Manuscripts in the Vatican Library*, vol. 1, Ciudad del Vaticano 1986 (vol. 2, 1987), pp. 277, 318 y 321-323, con un *Tractatus de insigniis et armis*, pp.317-318, que quizás ahora sufriría la degradación.

(79) También por ejemplo, Gaetano Colli y Francesco Bianchi, *Per una bibliografia dei tratatti giuridici pubblicati nel XVI secolo. Indici dei « Tractatus Universi Iuris »*, Milán 1994, p. 23.

(80) A esto conducen las referencias del nombre de Bártolo del catálogo citado de J.A. Alford y D.P. Seniff, *Literature and Law in the Middle Ages*.

(81) F. Calasso, *Bartolo da Sassoferrato*, p. 502; Robert Jacquin, *Le « procés de Satan »*, en *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 2, pp. 269-280.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

No sólo es cuestión de obras ni tampoco de ediciones, sino que puede serlo incluso de ejemplares. Todos son suyos, aunque incorporen cosas o aunque también las sustraigan. Y esto también significa que no hay caso repetido ni casos en serie. Los mismos ejemplares impresos de unas obras pueden presentar singularidades como las vistas de la censura. Sin ir ahora más lejos, el referido *Processus diaboli* ingresó en *Indices* de libros prohibidos. Ordinariamente, respecto a las obras mayores que más han de importar, unos usos tanto forenses como docentes pudieron dejar también sus huellas y singularizar con registros e identificaciones, con anotaciones y glosas, con manipulaciones e interpretaciones. Pueden los ejemplares obrar todavía en bibliotecas de época, con clasificaciones, jerarquías e interconexiones que en otro caso, de no conservarse el complejo, habrán de reconstruirse imaginariamente (82), por lograrse perspectiva de lectura (83). Y pueden los ejemplares encontrarse todavía junto a archivos que ilustren uso y manejo, utilización y aplicación, explotación y provecho, dilatándose y multiplicándose horizontes.

Las actuales técnicas bibliotecaria y archivística pueden estar deformando unos depósitos tanto como la ciencia filológica lo depositado. Dislocan lo mismo que sacan del tiempo. Unos y otros materiales, los de biblioteca y los de archivo, no vivieron tan separados ni de espaldas. Esa biblioteca imaginaria que es hoy también el *Handbuch der Quellen*, el manual actual de nuestras fuentes impresas con toda su impagable utilidad, no se sabe si deforma más que informa (84). Tampoco por sí mismas las ediciones a imprenta eran en tiempos tan seriadas ni sus ejemplares tan clónicos como hoy damos por supuesto. Cada ejemplar impreso puede que tuviera y tenga el mismo valor singular que un manuscrito. Para una *edición crítica* lo mismo que para una *biblioteca* que se preciaran, de la imprenta interesarían no sólo todas las ediciones, sino también todos los ejemplares. Y cada uno habría de verse en su lugar, no fuera del mismo, no en edición ni en biblioteca a la última.

Mejor es la alternativa. Puede que sea « tan posible como deseable ». Una obra cual la de Bártolo precisa, no una reducción *crítica*, sino

---

(82) Francisco de Araoz, *De bene disponenda bibliotheca... Opusculum*, Madrid 1631 (reprint, Madrid 1992); Nicolás Antonio, *Bibliotheca Hispana Nova* (1684), Madrid 1783-1788 (reprint, Turín 1963), ésta por los índices y más particularmente por el último, *Index materiarum qui in subiectas classes dividitur*, abriendo un panorama que no puede estar al alcance de las bibliotecas jurídicas entre las que tampoco faltan reprints: Agostino Fontana, *Amphitheatrum legale seu Bibliotheca legalis*, Parma 1688 (Turín 1961); Martin Lipenius, *Bibliotheca realis iuridica*, Leipzig 1757-1823 (Hildesheim 1970-1972).

(83) Para ilustración propia, B. Clavero, *Antidora*, pp. 104, 157 y 161-162; *« Beati Dictum »*, pp. 30-34.

(84) Me refiero naturalmente a H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. 1 citado, vols. 2, *Neuere Zeit (1500-1800)* , 1976-1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una amplificación textual, una *edición* que le de cabida a toda la producción históricamente suya, la atribuida como la propia, en la que no se pierda ni una sola pieza de todo este contingente, de toda esta batería de su *signo*. Y tal edición resulta además que existe. Está en las bibliotecas, en sus anaqueles y junto a los archivos. Son todas sus ediciones históricas localizadas, singularizadas y circunstanciadas de modo que ya pueden ofrecer pistas de la geografía, de la cronología y de la metodología, de dónde, cuándo y cómo tuvo vida cada ejemplar determinado, cada voz suya. La historiografía, si de verdad lo que quiere es acceder al conocimiento no falseado de todo aquello, debiera aprender y adoptar este uso y no entender y aplicar el suyo (85).

Repito la advertencia. Permítaseme la redundancia. La crítica depuradora, esta actividad que se cree preliminar por esencial para la historiografía, pierde y no gana. Pierde y no gana evidencia. Pierde y no gana sentido. Pierde y no gana historia. Cierra y no abre. Bloquea. Construye ficciones textuales a costa de realidades materiales. Ofrece textos actualmente muertos, las fuentes depuradas, a cambio de otros virtualmente vivos, las fuentes en bruto. Todo esto puede ejercitar ingenios como construir currículos, pero no nos engañemos. La variante falseada puede ser la evidencia efectiva. La falsedad de la historiografía puede ser la autoridad de la historia. Todo trae su consecuencia. A mayor depuración, mayor contaminación. A más crítica, más falseamiento (86).

La propia *Vita Bartoli* que podía sentar su autoridad en el mismo pórtico de sus *Opera* es un caso editorial por estudiar conforme a los criterios de autoridad de la época y no de crítica de la nuestra. Sus editores de nuestros tiempos no han sido siempre insensibles: el texto « carece de verdaderos y propios errores de lengua, no en el sentido del humanismo, sino del medioevo » (87), de un medioevo que así es también evo moderno, mal dicho entonces tal por ese espejismo *humanista*, pero la crítica editorial, la *edición crítica*, no se plantea ni realiza conforme a tan sano criterio.

Y el caso puede ser realmente significativo. El autor de la *vita*, Diplovatazio, no sólo apreciaba como jurista la obra de Bártolo, sino que además la conocía a fondo. Reparaba en el *stilus Bartoli* cuestionando así escritos que corrían bajo su nombre, lo cual entonces tampoco tenía por qué automáticamente conllevar una depuración editorial. Ya sabemos que una autoridad no dependía de estas minucias.

---

(85) D.J. Osler, *Feels like Heaven: A legal-historical drama in five acts*, en *Rechtshistorisches Journal*, 3, 1984, pp. 73-148.

(86) B. Clavero, *Estudio introductorio*, pp.83-84, en Jean Louis De Lolme, *Constitución de Inglaterra*, ed. del mismo, Madrid 1992, pp. 10-85.

(87) H. Kantorowicz, *La vita di Tommaso Diplovataccio*, p. 130*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El mismo Diplovatazio incluía obras respecto a las que abrigaba dudas (88).

Mas los reparos corrían con la *vita*, aunque no sé si siempre, en sus ediciones junto a las *opera*, íntegros e invariables. Ignoro si era un caso más cercano al de la *epistola* de Valla o al de su *declamatio*: si todo ello estaba o no usualmente ante la vista del jurista de entonces. Desconozco cómo en su caso se percibía y hasta qué punto afectaba, si lo hacía, a las *Opera Bartoli*, a sus índices y versiones. Pudo haber también añadidos incluso en la propia *vita*. Una historia como la del conocimiento del hebreo no aparece en manuscrito y lo hace en cambio en impreso (89). En las adiciones y sustracciones de *opera* de Bártolo tiene la *vita* de Diplovatazio algo todavía que decir (90), aunque lo que debiera de importarnos es lo que dijera entonces. Aun con sus reservas, sostenía realmente la autoridad de Bártolo y, con ello, incluso de obras que para ella, para la misma *vita*, ya no parecía que fueran suyas.

Bártolo ya sabemos que era *monarcha iuris*. Para su *vita*, también era parteaguas: dividía la jurisprudencia entre *antiquos* y *modernos*. Ocupaba esta posición clave: *adverte etiam quod, quando allegantur doctores antiqui, intelligitur de illis qui fuerunt ante Bartolum*. La ubicación podía deberse a sus originalidades: *propter novas fantasias Bartoli* cabía acentuarse la misma divisoria de vertientes. Y esta situación entre dos aguas tampoco es que dañara su autoridad: *usque ad nostra tempora inter modernos tamquam divinitas obtinet principatum*. Con su obra, la suya y la postiza, Bártolo era así no sólo *princeps* y *monarcha*, como vimos, sino también, como vemos, casi *divinitas*. A tal llegaba su autoridad. No era el último de los antiguos, sino el primero de los modernos y entre ellos. También ya sabemos que la *vita* identificaba *bonus iurista* y *bartolista*, al buen jurista con quien siguiera los

---

(88) Robert FEENSTRA, *Bartole dans les Pays Bas (anciens et modernes) avec additions bibliographiques à l'ouvrage de J.L.J. Van de Kamp*, en *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 1, pp. 173-279; el mismo, *La « Vita Thomae Diplovatatii » de Baptista Egnatius (1520)* , en sus *Fata Iuris Romani. Etudes d'Histoire du Droit*, Leiden 1974, pp. 183-193; M. ASCHERI, *Saggi sul Diplovatazio*, Milán 1971. Ultimamente se anuncia, por parte de un *Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato* y de la empresa editorial *Il Cigno Galileo Galilei*, un reprint de la edición de Diplovatazio de los *Commentaria* de Bártolo.

(89) Guido ROSSI, *La « Bartoli vita » di Tommaso Diplovataccio secondo il Codice Oliveriano 203*, pp. 449 y 481, en *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 2, pp. 441-502; la *Vita*, pp. 457-485. Ofreciendo más pistas su aparato, conviene ver también esta edición. No es una « earlier version » su texto, como dicen nuestros autores (p. 9, n.27), pues no nos ha llegado otro (H. KANTOROWICZ, *La vita di Tommaso Diplovataccio*, p. 140*).

(90) M. ASCHERI, *Bartolo da Sassoferrato: il « suo » tractatus consiliare e i suoi « consilia »*, en su *Diritto medievale e moderno*, pp. 212-223.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pasos de Bártolo extendiendo la acción de su obra, si no su obra misma (91).

Frente a la misma crítica *humanista* y a todo el subsiguiente *antibartolismo*, se ha planteado la necesidad perentoria de distinguirse entre *Bartolo* por una parte y *bartolismo* por otra (92). Pero Bártolo históricamente es el bartolismo, aunque no lo sea. El Bártolo histórico es el de una vida de siglos, y no el de un tiempo de individuo. No es el que murió prematuramente en plena madurez, en pleno ensayo de novedades, sino el que vivió cientos de años con capacidad de producirlas todavía. Ese es Bártolo porque ese es su *signo*, el que hoy interesa porque ayer interesaba, el que lo hace o debe hacerlo en una misma medida porque sólo para entonces, para entender aquello, importa. Que interese a la historia y que deba interesar así a la historiografía, Bártolo no hay otro. Es sus obras, suyas o no.

5. *Llamadme Bártolo, decidme doctor y dejaros de minucias.*

La *autoridad* no tenía por qué depender entonces exactamente de la autoría. Era un mundo de otras nociones y otras prácticas, de otra cultura. En lo que respecta a nuestro campo, su carácter era jurisprudencial. Su lógica y su conducta se conformaba a unos principios de tradiciones oraculares y autoridades textuales no sólo diversos, sino extraños respecto a los nuestros. La historiografía jurídica más solvente ya viene haciéndose cargo de estas coordenadas jurisprudenciales de aquel derecho pretérito e incluso la más generalista o menos especializada ya recibe también buena noticia (93).

Sabido o pudiendo ya saberse esto, sabida la naturaleza del derecho como de la religión del tiempo, la cuestión no sería entonces tanto la de cómo podía elevarse a autoridad la falsedad, pues esto ya se ve que cabe y que no tiene así por qué alterar ni tradición oracular ni autoridad textual, sino la más concreta de cómo se significaba el nombre de Bártolo. ¿Cómo se había llegado al *signo* de su identificación con el derecho? Dicho más sencillamente, ¿de dónde venía la posición no ya de la *jurisprudencia* en general, sino de dicho determinado jurista dentro de ella en particular?

En expresión de nuestros autores, amplificando la que titula y

---

(91) F. Schulz, H. Kantorowicz y G. Rabotti (eds.), *Thomae Diplovatatii Liber de Claris Iuris Consultis*, pp. 286-287 y lo ya citado.

(92) P. Legendre, *La France et Bartole*, pp. 136, 138 y 149-152, en sus *Ecrits juridiques*, repr. VII, procedente de *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 1, pp. 133-172.

(93) C. Petit y J. Vallejo, *La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo*, en *Storia di Europa* (Einaudi), vol. 3, Gherardo Ortalli (ed.), *Il Medioevo, secoli V-XV*, Turín 1994, pp. 721-760.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

califica *de insigniis et armis*, la cuestión de fondo sería la del desciframiento de toda una *gramática de signos* de aquellos tiempos, la de inteligencia, como también nos dicen, de todo un *mapa semiótico* de aquel universo (p. 56). Hay en efecto toda una semántica que recuperar y en la que situarse al propósito (94). Pero ahora vamos al punto más modesto de un solo *signo*, al del significado de Bártolo como nombre que por sí confiere posición superior y autoridad máxima. Es esta parte de la *gramática de signos* dicha por nuestros autores, de una *gramática* en realidad de entonces, lo que estoy considerando (95).

« El uso y abuso del *de insigniis et armis* durante los últimos seiscientos años por parte de juristas, especialistas de heráldica e historiadores e historiadoras del derecho constituye un capítulo fascinante en la historia de la *jurisgeneratividad* » (p. 87). Así concluyen nuestros autores su estudio situando justamente la cuestión donde quiero retomarla. Haber cerrado el tratado bajo el nombre de Bártolo le confirió en su época valor generativo de derecho en un grado que en otro caso nunca hubiera alcanzado. Contra él no valieron ni la desautorización absoluta de Valla ni la descalificación relativa de Bodin, tamañas autoridades. Los jueces podían seguir diciendo que, debiéndose acudir en general a la o*pinión* de los doctores, se debía ir en particular para la materia al tratado de Bártolo. Su nombre o, más que nombre, su renombre, si no insignia y arma, era patente y marca. Era *signo*, mas signo mayúsculo, de aquella *gramática*.

Traduciéndose *de insigniis et armis* al castellano, el título con el que hemos visto comparecer a Bártolo era el de *doctor*. Lo es en ambas versiones. Una de ellas presenta glosas, manifestándose la primera ante la noticia referente al blasón de aparición temprana en el texto: « Nota lo que dize de sí Bártolo, que le dieron por armas un león de dos

---

(94) V. Piano Mortari, *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI*, Nápoles 1978; M. Montorzi, *« Fides in Rem Publicam »*, pp. 215-266; D.R. Kelley, *Civil science in the Renaissance: the problem of interpretation*, en Anthony Pagden (ed.), *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, Cambridge 1987, pp. 57-78; Victor Crescenzi, *Problemi dell'interpretatio nel sistema del diritto comune classico*, en A. Iglesia (ed.), *Dret Comú i Catalunya. II Simposi*, pp. 167-206; Ian Maclean, *Interpretation and Meaning in the Renaissance: The case of law*, Cambridge 1992.

(95) Puede que sea casualidad, pues el título de nuestros autores tiene su procedencia en una semiótica actual de carácter no jurídico, pero en unas páginas clásicas también para Norteamérica sobre la *interpretación* o la *construcción* del derecho veo aparecer ambos términos, tanto *sign* como *grammar*, aunque no el sintagma compuesto por quererse precisamente trascender el mismo pie más forzado de una *gramática* menos figurada; me refiero a William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765-1769 (reprint, Chicago 1979), Introduccion, « Of the Study, Nature, and Extent of the Laws of England », Seccion II, « Of the Nature of the Laws of England », vol. 1, pp. 59-60: se interpreta « by *signs* the most natural and probable » (subrayado original), « not so much regarding the propriety of grammar, as their general and popular use ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

colas ». El asunto llama fuertemente la atención, extrañando en particular lo de los apéndices dorsales y buscándose así una explicación en especial para esto. No se relaciona con Bohemia. No resulta de *signo* regio. La explicación va a ser otra (96).

Esta glosa castellana se explica y nos descifra el blasón de otro modo. Añade que el león « le fue otorgado con dos colas porque Bártolo tenía dos grados de doctor, es a saber, doctor en leyes y doctor en cánones », en derecho civil y en derecho canónico. Aunque pudieran caber dudas acerca de este segundo doctorado (97), aun en el caso de que no existiera (98), es más importante, por significativo cuando operaba precisamente el *signo*, lo que llegara a creerse entonces que lo que pueda demostrarse hoy. El *signo* imperial podía así figurarse como directamente *doctoral*. Esto sería entonces lo *significativo* para la misma *autoridad* de Bártolo.

La traducción castellana se producía en una época cuando su obra, la obra suya y la atribuida, podía constituir directamente derecho. Castilla y Portugal fueron entonces los territorios emblemáticos en lo que respecta al reconocimiento de la autoridad de la *opinión* de Bártolo como derecho. Por la misma *vita Bartoli* se transmite *quod in Hispania et Lusitania decreto regio et communi illarum partium est sancitum publica constitutione quod in casibus in quibus reperitur contradictio doctorum, opinio Bartoli prevaleat tamquam principalior et secumdum illam iudicetur* (99). Es un tópico que ha acabado dando lugar a verdaderas exageraciones (100), pero hubo base en ambos casos, tanto en el de Portugal como en el de Castilla.

En el caso de Castilla (101), a finales del XV y extrayéndose

---

(96) Biblioteca Nacional de Madrid, Res.125, f. 2v. Esta versión también presenta del traductor, un tal bachiller Luís a quien no he identificado, un prólogo (ff. 1r-1v), pero sin interés a nuestro propósito.

(97) Udo WOLTER, *« Ius Canonicum in Iure Civili ». Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Colonia 1975, p. 43.

(98) Acta de doctorado de Bártolo *in iure civili et legibus*, procedente de Giovanni Paolo LANCELLOTTO, *Vita Bartoli iureconsulti*, Perugia 1576, en Friedrich Carl von SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg 1834-1851 (reprint, Hamburgo 1961), vol. 3, pp.716-718; aunque el indicio más seguro de que Bártolo no obtuvo el doctorado en derecho canónico quizá sea de hecho el de que no lo ejerciese, que no produjera *lecturas* o *comentarios* sobre el mismo. Dicha posterior *vita Bartoli*, menos presente en la época, añade otra documentación, pero no sobre el blasón, como no han dejado de comprobar nuestros autores (pp. 9-10).

(99) F. SCHULZ, H. KANTOROWICZ y G. RABOTTI (eds.), *Thomae Diplovatatii Liber de Claris Iuris Consultis*, p. 283.

(100) Walter ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Ithaca 1975, p. 108: « His (Bartolo's) opinions had legal force in Spain and in Portugal where most of his works were translated into the vernacular », con la exageración más palmaria de *most* por alguna y la más solapada de *Spain* por Castilla.

(101) C. PETIT, *Derecho común y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)* , en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 50, 1982, pp.157-195;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consecuencia de una práctica ya documentada al menos desde el siglo anterior (102), una disposición regia puede proveer lo siguiente: « Otrosí muchas vezes acaesce que en la decisión de las causas ha havido e hay mucha confusión por la diversidad de las opiniones de los doctores que escrivieron, mandamos que en materia canónica se prefiera la opinión de Juan Andrés e en defecto de la opinión de Juan Andrés se sigua la opinión del Abad de Sicilia, e en materia legal se prefiera la opinión del Bártholo e en defeto della se sigua la opinión del Baldo » (103).

Entre las *opiniones de los doctores*, prevalece en materia civil la *opinión del Bártolo*. Era la ley castellana a la que hemos visto referirse a nuestro juez como ya derogada en su tiempo. Durante dicha centuria al menos, el nombre y el renombre de Bártolo, la *opinión* suya y la *opinión* atribuida, toda esta obra indistintamente, era *signo* ahí directo de derecho. Podía serlo generalmente y llegó a serlo particularmente en Castilla. Con práctica de fundamento dudosamente documentado, con esta base que ya no va a extrañarnos, Portugal fue efectivamente caso en esto no tanto común como vecino (104).

Como lo hay documentado aunque también dudoso, no me resisto a colacionar un caso de alegación y aplicación del *de insigniis et armis* respecto a Castilla (105). Estamos entre 1437 y 1438. Un caballero castellano viaja por Europa con « cartas para algunos Príncipes » de su rey como presentación. En el Imperio, en Praga, durante una velada con el emperador se cuenta « en alemán » que « la vandera de Castilla », tras ganarse en guerra, estaba expuesta en el monasterio portugués de Batalha, « concluyéndose de aquí que el Rey de Castilla no podía traer la vandera real de sus armas ». El caballero castellano, a quien el

---

Manuel Pérez Victoria, *Prelación de fuentes en Castilla (1348-1889)* , Granada 1993; J. Vallejo, *Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá*, en Frank Waltman y Patricia Martínez de la Vega (eds.), *Textos y concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison 1994, pp. 1-19.

(102) Miguel Angel Perez de la Canal (ed.), *La pragmática de Juan II de 8 de febrero de 1427*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 26, 1956, pp. 659-668; J.L. Bermejo, *Famosos juristas y legisladores*, en su *Derecho y pensamiento político en la literatura española*, Madrid 1980, pp. 187-199; Henry Ansgar Kelly, *Canon Law and the Archpriest of Hita*, Nueva York 1984; A. García y García, *Introducción* al *Iter Hispanicum*, pp. VII-XXXV, pero las propias pistas del catálogo están aún por explorar; añade algún dato y repite los más el mismo A. García y García, *Bartolo de Saxoferrato y España*, en su *Derecho Común en España. Los juristas y sus obras*, Murcia 1991, pp. 99-128.

(103) *Leyes... por la brevedad e orden de los pleytos*, Madrid 1499 (reprint, Granada 1993), cap. 37.

(104) Guilherme Braga da Cruz, *O direito subsidiario na história do direito português* (1975), pp. 32-48, en *Ius Romanum Medii Aevi*, vol. V-3-b, Milán 1981; B. Clavero, *« Lex Regni Vicinioris ». Indicio de España en Portugal*, en *Boletim da Faculdade de Direito* (Coimbra), 58, 1982, pp. 239-298.

(105) Cayetano Rosell (ed.), *Crónicas de los Reyes de Castilla*, vol 2 (Biblioteca de Aurores Españoles, vol. 68), Madrid 1953, pp. 273-695, *Crónica del Rey Don Juan el Segundo* de Lorenzo Galíndez de Carvajal, año 1437, cap. 2, pp. 533-534.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propio emperador le ha explicado el asunto « en latín », reta a combate judicial a quien contradiga su posición, que es la contraria y que funda en derecho.

He aquí el fundamento: « En las armas se hace tal diferencia que o son de linage o son de dignidad; si son de dignidad, en ninguna manera se pueden perder, salvo perdiéndose la dignidad por razón de la qual las armas se traen, como lo nota Bártolo en el tratado *de insigniis et armis* » y como sería el caso en entredicho de la enseña castellana. El personaje añade « que él no solamente era caballero, mas caballero e Doctor ». No hizo falta combate porque el veredicto del emperador le fue favorable: « decía verdad » el caballero y *doctor*.

Al cabo del viaje, este caballero y doctor también se beneficiaría de la generosidad imperial, recibiendo, entre otros regalos, blasones. El emperador le concedió « sus tres divisas, que son el Dragón que daba como rey de Ungría, el Tusinique como rey de Boemia, el collar de las disciplinas con el águila blanca, como duque de Austeriche ». Hasta aquí el relato.

La narración quizá se deba al mismo caballero y doctor interesado, quien incluso pudo para ello llegar a inspirarse en el caso del blasón de Bártolo (106). Lo último del suyo puede ser particularmente problemático (107). El resto, con detalles como el de las lenguas, resulta más verosímil, pero seguiría siendo significativo aunque fuera incierto. Tampoco es el único caso documentado en el que el mencionado *doctor* alega el *de insigniis* para cuestión concreta de armas del rey de Castilla (108). La historia referida es en todo caso historia de entonces. El derecho lo expresa un *doctor*. El emperador lo respalda. La *autoridad*

---

(106) Se trata de Diego de VALERA, a quien ya conocemos con dicho manejo de Bártolo. El autor final de la crónica fue en 1517 el citado GALÍNDEZ DE CARVAJAL, también *doctor*, pero trabajó con materiales preexistentes, dejando anotada su sospecha sobre el crédito del capítulo en cuestión. Podía proceder del propio personaje: M. PENNA, *Estudio preliminar*, pp. CIII-CIV, en *Prosistas castellanos del siglo XV*, pp. V-CLXXXVII. Las demás crónicas conocidas de la época no hacen referencia al acontecimiento.

(107) No encuentro visos de tales blasones imperiales de Diego de Valera en Martín de RIQUER, *Heráldica castellana en tiempos de los Reyes Católicos*, Barcelona 1986, aunque tampoco es que intente ser un catálogo completo.

(108) D. de VALERA, *Epístola sobre la dubda que algunos tenían si el Rey Nuestro Señor devía traer las armas de Aragón e Cicilia juntas con las de Castilla e de León* (1475), en M. PENNA (ed.), *Prosistas castellanos del siglo XV*, pp. 9-11: « según lo nota Bártolo en el tratado *de insigniis et armis* » y según « la esperiencia e costunbre generalmente en el mundo guardada, la qual fase derecho ». Las repetidas alegaciones de Bártolo por el mismo D. de VALERA en su *Espejo de verdarera nobleza*, en pp. 89-113, las identifica el editor como remisiones al *de insigniis et armis*, pero no me parecen tales, sino a su comentario al título *De dignitatibus* (C. 12, 1), al contrario de lo que en efecto hace su *Tratado de las armas* ya citado. Son más las obras de Bártolo que maneja en ese y otros escritos. Que podían estar por aquí a mano desde antes de la imprenta, lo testimonia desde luego el *Iter Hispanicum*, pero ya he dicho, y otros también, que esta vía hispana aún está inexplorada: A. IGLESIA, *La recepción del Derecho Común: estado de la cuestión*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alegada es la de Bártolo, la del tratado *de insigniis et armis* sobre cuya autoría no había dudas.

El asunto afectaba a Castilla, pero también la transcendía. El caso era sobre ella y había de aplicársele un derecho situado por encima de ella. Ahí estaba Bártolo y su tratado. Aquí estaba la jurisprudencia. Y era una *autoridad* la jurisprudencial, lo era la de Bártolo, que tampoco es que pudiera sujetarse a reconocimiento político, como éste más particular del emperador o como aquellos más generales de Castilla y de Portugal. No eran así las cosas. Tampoco dependía lo uno, el orden jurisprudencial, de lo otro, la determinación política. Podía la una, la jurisprudencia, quedar por encima del resto, de reinos e imperios como de lenguas.

Tras la reunión de los territorios hispanos, esto cabía que se dijera a mediados del XVII acerca de la relación entre ellos o entre Cataluña y Aragón más en concreto: *licet Cathaloniae fuerit Arragoniae unita, ea tamen unio facta fuit principaliter et non accessorie, quae ex Sententia Bartoli priora Cathaloniae iura conservat* (109). Era régimen de existencia entonces más amplia (110), pero nos interesa la autoridad. *Sententia Bartoli*, esta determinación que parece tan decisiva, era el planteamiento de la unión de territorios en pie de igualdad atribuible a Bártolo y aplicable al propio caso por los juristas catalanes (111). He ahí una *opinión* que aparecía situada por encima de toda una monarquía de identificación también imperial como la hispana (112).

He aquí todo un clásico con una proyeción de siglos como corresponde. « La figura de Bártolo de Saxoferrato transciende, con su gigantesca obra de pensador, la estatura del jurista aun siéndolo por sí grandísimo, y tiene por tanto su lugar entre las figuras humanamente más excelsas del Trescientos italiano, junto al Dante, al Giotto, a la

---

e hipótesis de trabajo, pp. 291-292, en el mismo (ed.), *Dret Comú i Catalunya. II Simposi*, pp. 213-330.

(109) Arthur Duck, *De Usu et Authoritate Iuris Civilis Romanorum per Dominia Principum Christianorum* (1652), Londres 1689 (reprint, Bolonia 1971), libro II, cap. 6, par. 12.

(110) B. Clavero, *Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos*, en el mismo, Paolo Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990, pp. 47-86; José Mª Portillo, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las Provincias Vascas (1760-1808)* , Madrid 1992; Carmen Munoz de Bustillo, *Asturias, cuerpo de provincia. De la corporación provincial en la Castilla moderna*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 355-475.

(111) Víctor Ferro, *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Vic 1987; B. Clavero, *Cataluña como persona, una prosopopeya jurídica*, en A. Iglesia y Sixto Sánchez Lauro (eds.), *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje a Jesús Lalinde*, Barcelona 1990, pp. 101-120; y la expresiva nota del pasaje citado de A. Duck.

(112) B. Clavero, *Anatomía de España*, pp. 52-69; Pablo Fernández Albaladejo, *Fragmentos de Monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid 1992.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Catalina de Siena », afirmaba una presentación famosa del personaje (113). Estamos siempre atrapados por nuestras convenciones y extraños a las ajenas. Hágase la comparación con el mismo Giotto. Resulta que la posición que ocupa en la historia de la pintura parece que deriva de un mito *humanista* como el del realismo figurativo conforme lo entiende la historiografía contemporánea nuestra y no ninguna evidencia de su cultura histórica (114). Y no dudo de que con el Dante y con la Santa pasa, si no otro tanto, lo propio de lo mismo. Bártolo es desde luego un monstruo, pero siempre por sus razones y nunca por las nuestras.

6. *Siempre Bártolo y doctor, doble cola de león.*

Señoras y señores, pasen y vean, el mayor espectáculo del derecho: el león de doble cola de Saxoferrato. Pero la maravilla no era ésta, sino otra más bien diversa: la de un *doctor* cuya *opinión* era *signo* de *derecho*. La *opinión de Bártolo* podía ser efectivamente derecho y Bártolo era en efecto *doctor*. Puede seguir siendo todo un espectáculo. Puede convenir que así lo admiremos y miremos.

Ya sería el de *doctor* entonces todo un título. Los privilegios concedidos por el emperador al león de Saxoferrato podía éste transmitirlos a su camada, a aquellos de sus descendientes que fueran también *doctores*, siguiendo sus pasos de *profession* del derecho, como nos ha recordado Bodin y como parece en esto cierto (pp. 18-26). Ser *professor* de derecho era profesarlo en un sentido equivalente al de la religión, lo propio entonces del *doctor*. « La Jurisprudencia haze religiosos y sacerdotes a sus professores », a quienes la profesan o son así, con este alcance, los profesionales del derecho, puede ser epígrafe de un *arte legal para estudiar la jurisprudencia* de principios del siglo XVII (115). *Professor* era quien predicaba el derecho en una acepción más confesional y militante que la meramente académica. Los *doctores* eran confesores en el sentido como podía decirse de los *santos*. Los unos prestaban testimonio de un derecho como los otros de una fe. El *doctor* era quien lo enseñaba o lo materializaba bajo dicho supuesto, quien estaba dotado con título para ello. Nuestro león de Saxoferrato, Bártolo, era profesor, más que docente, y confesor, más que consultor.

No eran títulos indiferentes ni títulos cualesquiera. Se hacía notar

(113) F. Calasso, *Medioevo del Diritto*, Milán 1954, pp. 574-575.

(114) Geoffrey Hawthorn, *Mundos plausibles, mundos alternativos. Posibilidad y comprensión en la historia y en las ciencias sociales* (1991), Cambridge 1995, pp. 174-220. Debo a Jesús Vallejo la llamada de atención sobre este libro que, tratando entre otras cosas de pintura, puede interesar ciertamente al derecho.

(115) Francisco Bermúdez de Pedraza, *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, Salamanca 1612 (reprint, Madrid 1992), cap. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

su transcendencia. La recepción del *doctorado* por descendientes de Bártolo, por un nieto homónimo hijo de Nicola y Paola en concreto, otro Bartolomé al cabo, pudo ser objeto de manipulaciones similares a las de sus privilegios imperiales (116). Era el *doctoral* título principal dentro y fuera del Imperio. Tampoco dependía del mismo. La *Vita Bartoli* de Diplovatazio es parte, como se sabe, de un capítulo *de claris iurisconsultis* que a su vez pertenece a un tratado, éste hoy perdido, *de praestantia doctorum*, de la preeminencia de los doctores (117). *Doctor* podía ser el título último y así el primero. *Legum doctor*, profesor y confesor en derecho civil, se titulaba Bártolo. Así firmaba (118). Y entre Bartolomés *doctores* hubo más equívocos (119). Entre otros nombres, entre nuestros autores, se tiene conocimiento de todo un personaje que se presentaba como *dottore in leggi* sin que la historiografía se haya tomado en serio la titulación hasta que han llegado ellos (120).

Doctor era título de dignidad y *signo* propios para el derecho (121). La constitución del emperador Teodosio fundacional de la Universidad de los Estudios de Bolonia, aquella a la que ya aludí como falsedad auténtica, desperdicio hoy, *sacratissima constitutio* entonces, atribuye al *doctor* la *magistratus dignitas* (122), lo que no parece que fuera poco (123). El título mismo podía ser decisivo en lo que interesaba a la determinación del derecho, como nos recordaba también nuestro juez castellano. Allá en Castilla, reino exento e imperio incluso, de poco le servirían a Bártolo credenciales añadidas a la doctoral cual la de *signo* imperial, aunque tampoco dejara de comparecer como expresión de su autoridad.

He aquí lo que podía decir el *arte legal para estudiar la jurisprudencia*: el emperador « le honró (a Bártolo) con las armas que le dio de

---

(116) D. Maffei, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, pp. 71-74.

(117) H. Kantorowicz, *La vita di Tommaso Diplovataccio*, pp. 28*, 58*-66* y 105*-107*; el mismo, *Praestantia doctorum*, en sus *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe 1970, pp. 377-396.

(118) M. Ascheri, *Diritto medievale e moderno*, autógrafo reproducido entre pp. 160 y 161.

(119) D. Maffei, *Bartolomeo da Novara (+ 1408) autore della « Lettura Institutionum » attribuita a Baldo degli Ubaldi*, en *Rivista Italiana di Storia del Diritto*, 63, 1990, pp. 5-22, y atribuida también, por Bartolomé, al de Saxoferrato.

(120) O. Cavallar, *Francesco Guicciardini giurista. I Ricordi degli onorari*, presentación de J. Kirshner, Milán 1991, pp. 1-2.

(121) A. Romano, *« Legum doctores » e cultura giuridica nella Sicilia Aragonese. Tendenze, opere, ruoli*, Turín 1984; Ileana Del Bagno, *« Legum doctores ». La formazione del ceto giuridico a Napoli tra Cinque e Seicento*, Nápoles 1993, pp.89-164.

(122) S. Caprioli, *Indagini sul Bolognini*, pp. 84-85 y 218-219.

(123) Gaines Post, *« Status, id est Magistratus »: l'Etat, c'est Moi*, en sus *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton 1964, pp. 333-367.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un León en campo de oro con dos colas », añadiendo acto seguido, sin solución ni siquiera de un signo ortográfico, acerca del mismo Bártolo: « como sol obscureció con la luz de su doctrina a todos los luzeros del derecho ». Pero esto tampoco servía para dejarle situado en posición no sujeta al encuentro ordinario de *opiniones* de la jurisprudencia (124). La ley castellana que se la otorgaba ya sabemos por nuestro juez que había sido derogada y el emperador no tenía aquí una potestad equivalente ni similar. Su autoridad, la de Bártolo, sería la común entonces, la de carácter *doctoral* que no era desde luego tan exclusiva. ¿Por qué sin embargo su *signo* era tan distintivo? El propio juez nos decía que su caso no era precisamente tan común: « Doctor Bártulo », « grandíssima autoridad », « por el excelente y verdadero juycio que tuvo », « aunque fue uno solo ». « Príncipe de los Intérpretes », es también lindeza que le aplica el *arte* citado.

Pues la posición singular de Bártolo resulta toda una evidencia y no privativa ni mucho menos, como bien se sabe, de los casos ya entonces emblemáticos de Castilla y Portugal, es fácil tomarla como razón de sí misma, como explicación sin más, pero merece la fascinación que nuestros autores han dicho. Es un auténtico espectáculo, una verdadera maravilla. ¿Cómo pudo un *doctor* ser *signo* de derecho por sí solo? ¿Cómo es que lo fue su mero nombre, con todas las salvedades, controversias, contradicciones y reparos, a lo largo de los siglos y a lo ancho de un dilatadísimo espacio?

Los fenómenos históricos de tal envergadura no es raro que se dejen, no ya sin explicación, sino incluso sin identificación, como si su misma magnitud les situase en el terreno de la necesidad natural y no de la contingencia humana. Lo llamativo no es que falte bibliografía bartoliana, pues haberla se ve que hayla (125), sino que, cuando la misma mira global y frontalmente el fenómeno, precisamente entonces, venga comunmente a situarse, incluso por parte solvente, entre la celebración oportunista y la retórica intemporal (126). Aun con tan buena compañía como la ofrecida de Dante, Giotto y Catalina de Siena, venimos así a salirnos de la historia, de aquel *medioevo del derecho* no sólo medieval. A lo que más nos importa, se frustra el espectáculo trivializándose la

---

(124) F. Bermúdez de Pedraza, *Arte Legal para estudiar la Jurisprudencia*, pp. 55-56.

(125) Advierto que para este comentario no he tenido a mano unas obras añejas, pero aún sintomáticamente de referencia: Cecil N.S. Woolf, *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Mediaeval Political Thought*, Cambridge 1913; J.L.J. Van de Kamp, *Bartolus de Saxoferrato, 1313-1357. Leven — Werken — Invloed — Beteekenis*, Amsterdam 1936 (traducción italiana incompleta en *Studi Urbinati*, 9, 1935, pp.1-165); Anna T. Sheedy, *Bartolus on Social Conditions in Fourteenth Century*, Cambridge 1942.

(126) F. Calasso, *L'eredità di Bartolo*, en *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 1, pp. 1-21; Manlio Bellomo, *L'Europa del Diritto Comune*, Roma 1989, pp.195-200.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maravilla. Bueno es entonces que una *gramática de signos* nos fascine convirtiendo en interrogantes por despejar evidencias presuntas de manual.

Tal vez me he permitido una licencia al afirmar que puede estar sabida la naturaleza jurisprudencial del derecho de aquel tiempo. Quizá me he precipitado. Ya no es raro que se conceda, mas sin apreciarse la dimensión del espectáculo, la magnitud de la maravilla: sin advertirse todo el alcance constitutivo de la jurisprudencia misma y sin diferenciársele así respecto a la de otros tiempos más relativamente jurisprudenciales. En los de aquella *gramática de signos*, el derecho era *jurisdicción* y por ello había de ser *jurisprudencia*. Las mismas potestades normativas eran de carácter jurisdiccional, declarativas así de derecho, y el derecho resultaba entonces constitutivamente doctoral, determinado por los *doctores*, por quienes conocían el depósito de la tradición, manejaban los métodos de su interpretación y así tampoco es que tuvieran un poder directamente normativo (127).

A un mismo nivel y bajo una misma composición podían concurrir otros depositarios e intérpretes, como unos *santos*, pero no por sí solas unas potestades o poderes. Esto significa que eran inconcebibles y que no existían no ya sólo lo que hay llamamos un poder constituyente, sino ni siquiera lo que entendemos por uno legislativo. He aquí el cuadro en el que debemos situarnos. Un manual que así resueltamente lo hace, construyendo y amplificando todo un panorama histórico entre la *costumbre* y la *jurisprudencia*, nos recuerda por contraste que no es esa la visión historiográfica habitual ni siquiera de especialidad (128). Nos dice que es un *orden medieval*, mas no olvidemos que podía también ser *moderno*.

En este cuadro, ¿cómo se producen los cambios no superficiales? Producirse, se produjeron, pero ¿cómo podía ser sin medio constituyente o ni siquiera en rigor legislativo? Se nos ha dicho y repetido que Bártolo era dado a novedades. Ofrecía una imagen histórica más singularizada que la supuesta y producida por una historiografía al rescate de textos y personajes que entonces se encontraban menos a la

---

(127) J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada*, para la mejor exhibición a mi juicio del espectáculo. Para contraste, A. IGLESIA (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. IV Simposi. Homenatge al professor Josep M. Gay*, Barcelona 1995, pp. 148-150, crítica del mismo J. VALLEJO, recordando la naturaleza jurisprudencial del derecho histórico y el correspondiente carácter jurisdiccional de la ley, y defensa de Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, no sabiendo responder sino que eso es « punto de vista doctrinal » sin valor « de hecho » frente a « lo evidente » para hoy, que ley es una cosa y sentencia otra, dando así éste por liquidada cuestión tan básica con tal desprecio olímpico de la evidencia pretérita, con tal omisión presuntuosa de la diferencia cultural.

(128) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vista o estaban atribuidos a Bártolo (129). Y vuelvo a decir lo mismo. Importa lo primero más que lo segundo.

Interesa lo primero, el *signo* de Bártolo. Su nombre aparecía como la cumbre que parte aguas en el terreno del derecho entre *antiguos* y *modernos*. El mismo tratado *de insigniis et armis* podía constituir en todo primicia suya. Nos han asegurado dentro y fuera de Castilla que se daba incluso a *fantasías* y que, sin embargo, ahí estaba su autoridad. ¿Lo estaba a pesar de sus osadías, las que entonces se pensaran, o gracias a ellas? También hemos visto que su posición podía llegar a verse negativamente afectada por sus originalidades, pero esto ya se planteaba sobre la base de su misma singularidad, de su propia preeminencia.

Tampoco se trataría tan sólo de cuáles fueran las novedades sustantivas introducidas con éxito por Bártolo, sino la forma exquisitamente jurisprudencial, mediante conocimiento de un depósito y ciencia de una interpretación, como hubiera de hacerlo. Esto puede ser de entrada más decisivo. El *signo* de Bártolo fue algo construido jurisprudencialmente. Bártolo no nació ni se doctoró con él. No nació ni se doctoró león ni menos de doble cola. Murió potencialmente con esta naturaleza y así la legó actualmente a sus albaceas, comenzando por su yerno. Su actividad más característicamente *doctoral*, la *profesoral*, podía haber sido además antes oral que escrita, con lo que su *autoridad* tampoco tenía por qué quedar encerrada en sus escrituras.

No estoy diciendo con todo esto desde luego que las posiciones sustantivas de nuestro león fueran indiferentes. Sin ellas no se hubieran planteado novedades, pero su mera proposición no hubieran tenido autoridad ninguna. En la forma se encerraba la sustancia y así se generaba la *autoridad*. Así sería entonces la *jurisgeneratividad* que nuestros autores han dicho. En otro caso, Bártolo hubiera sido, no un jurisprudente, sino un legislador, cosa inconcebible con tal alcance. Tampoco es que la jurisprudencia supliera a la legislación, idea de sustitución sencillamente también anacrónica. El orden jurisdiccional y la cultura jurisprudencial tenían su propia entidad y pruducían su propia dinámica. El mismo *signo* del león estaba sujeto a las posibilidades de cambio por obra de otras autoridades también jurisprudenciales o, según el caso que comprobé, por *dicho de santo*, lo que mejor serviría para desbancar una autoridad tan eminente. Su posición era preeminente, pero no tanto como para escapar a lo que no escapaba la jurisprudencia.

Hay un contexto en el que deben situarse cosas como el significado

---

(129) D. Maffei, *La « Lectura super Digesto Veteri » di Cino di Pistoia. Studio sui Mss. Savigny 22 e Urb. Lat. 172*, Milán 1963; R. Feenstra, *L'école de droit d'Orléans au XIIIe siècle: un état de la question*, en A. Iglesia (ed.), *El Dret Comú i Catalunya.Ier Simposi*, Barcelona 1991, pp. 285-307; Laurent Waelkens, *La « Lectura Institutionum » di Raoul d'Harcourt*, en *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 3, 1992, pp. 79-91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

general del *doctorado* y la significación particular de algunos *doctores*, el mismo contexto cultural en el que se sitúa entonces, importando igualmente al derecho, el significado de la *santidad* y la significación de algunos *santos*. Si no se cree una cosa (130), tampoco se comprenderá la otra. Hay en efecto toda *una gramática de signos* por entender.

El del renombre de Bártolo no creo estarlo así descifrando. Siguiendo a nuestros autores, estoy tan sólo pergeñando una guía para el desciframiento, un prospecto para la admiración y comprensión de aquel magno espectáculo, de aquella esplendorosa maravilla, del león de Saxoferrato. La incógnita del *signo* de Bártolo no podremos despejarla sin el estudio interno tanto de sus operaciones jurisprudenciales como de sus posiciones jurídicas en el contexto de la jurisprudencia y del derecho de su tiempo y de los siglos en los que su autoridad efectiva se mantiene.

Nuestros autores lo saben, proponiéndoselo en su materia. « El propósito último de nuestro trabajo es el esclarecimiento del modo como las insignias y las armas fueron construidas jurídicamente por Bártolo y otros juristas italianos durante la Baja Edad Media y el Renacimiento » (p. 7). Y efectivamente se nos introduce en esta construcción jurídica de una materia de *insignias y armas* que, a través de bastante más jurisprudencia que la contenida en el tratado, va de los blasones feudales a las marcas comerciales pasando por los signos notariales y otras señas de identidad, como los propios nombres personales. Nuestros autores nos ofrecen lo prometido (pp. 40-87). Así podemos ir apreciando tanto el alcance sustantivo de unas novedades y de sus méritos específicamente jurisprudenciales, como el grado ulterior de su recepción y desenvolvimiento. Podemos así asomarnos al fondo sustantivo de un derecho y de su fascinación para un tiempo.

Compartamos la fascinación no sólo de nuestros autores, sino también la del tiempo, para poder o intentar al menos explicárnosla. La misma suerte de Bártolo como *autoridad* más o menos singular tampoco se comprenderá sin la consideración particularizada de sus posiciones sustantivas. No es cosa que suela contemplarse a este efecto preciso de la explicación del fenómeno de toda aquella autoridad del león de Saxoferrato. Puede todavía escribirse perfectamente sobre *Bártolo y España* sin hacerse cuestión de unas posiciones jurídicas (131).

En el caso de Castilla, pues España no era entonces entidad jurídica, la ley estableciendo que « en materia legal se prefiera la opinión del Bártholo » se promulgó y fue luego derogada en los años álgidos de confrontación y debate entre la costumbre de primogenitura

---

(130) André VAUCHEZ, *La sainteté en Occident aux derniers siècles du Moyen âge d'après les procès de canonisation et les documents hagiographiques*, Roma 1981.

(131) Hago referencia al significativo, respecto no sólo a la historiografía española, y ya citado *Bartolo de Saxoferrato y España* de A. GARCÍA Y GARCÚA.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y la jurisprudencia de legítimas, jugándose realmente una cosa, el régimen de sucesión, en la otra, la posición de Bártolo, y ayudando el *dicho del santo* a lo primero, al mayorazgo, frente al propio jurista (132). Y no parece desde luego la cuestión suficiente y única.

Podía ser mucho lo que se jugaba con la ubicación de Bártolo. Sus posiciones resultaban por ejemplo también menos favorables a unos intereses eclesiásticos que las que estaban imponiéndose por entonces en Castilla. Aunque no fuera él, como vimos, quien rigiera en materia canónica, su *autoridad* pugnaba. La doble cola podía tomarse como doble *doctorado*, no sólo así en derecho civil, sino también en el canónico. Quizá resulte sintomático respecto a Castilla que en el *arte legal para estudiar la jurisprudencia* llegara a motejarse a Bártolo « de mal Canonista » (133), lo que además de paso acusa que podía tenérsele por tal, por canonista. No sólo en nuestros tiempos se produce la ocurrencia, olvidándose que no lo fue (134).

Pero estos otros capítulos no están investigados o ni siquiera planteados propiamente para el caso. En el seno de la historiografía responsable, la historiografía del derecho que se ocupa como especialidad del asunto, estas cuestiones mayores se abordan y tratan por lo usual como si fueran de un carácter filológico y todavía no jurídico, como si constituyesen un problema de comunicación y recepción de textos que pudieran así transitar por el tiempo y el espacio con vida propia, como si este mismo movimiento migratorio de materiales inanimados pudiese explicar el fenómeno sustantivo de extensión, adaptación, implantación y localización de un derecho, como si no se tratase más bien de la viceversa, como si la misma filología pudiera ser de por sí historia y una historia además jurídica. También retrospectivamente suele tomarse el nombre del derecho en vano (135).

7. *Colorín colorado.*

Digamos que falta no sólo el debido trabajo historiográfico, sino también la obligada penitencia del historiador o historiadora. Faltan la

(132) B. Clavero, *Mayorazgo*, pp. 443-444; *« Beati Dictum »*, pp. 7-26.

(133) F. Bermúdez de Pedraza, *Arte Legal para estudiar la Jurisprudencia*, p. 59 (33 por errata).

(134) Giuseppe Forchielli, *Bartolo canonista?*, y Gabriel Le Bras, *Bartole et le droit canon*, ambos en *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti*, vol. 2, pp. 235-250 y 295-308 respectivamente, sin destacarse la carencia del doctorado en cánones que ya hemos advertido y que nuestros autores saben, aunque tampoco es que lo resalten (p. 6, n. 20).

(135) Resultan de todo esto a mi entender paradigmáticos, sobre todo por las posiciones del promotor, Aquilino Iglesia, mas no sólo para una historiografía española, los simposios sobre *El Dret Comú i Catalunya*, que tampoco es que se circunscriban al caso catalán, citados y por citar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toma de conciencia, no reconociéndose pecado, la muestra de arrepentimiento, no experimentándose escrúpulo, y el propósito de enmienda, no guardándose comportamiento. Con una cosa, la otra y la del medio, con culpa, remordimiento y rectificación, y siempre que con tanto viático nos condujéramos a la época, creo que podríamos introducirnos en el esclarecimiento de unos *signos*. Por unas exploraciones internas a la *gramática* de un tiempo, a su forma de jurisprudencia y a su materia de derecho en nuestro caso jurídico, es como pienso que cabe progresarse. Sin esta inmersión historiográfica en el propio tiempo histórico, quiero decir en el ajeno, no parece que quepa avance.

La filología que suele en cambio plantearse y llevarse a efecto, la que ha llegado a identificarse con una historia del derecho que se considera fundamental por versar sobre *autoridades*, o sobre *fuentes* si se prefiere, puede que sea, si no inservible en sus resultados, imposible en sus pretensiones. Ya no sólo es que por sí no sea historia del derecho ni fundamental ni accesoria, ni principal ni complementaria; es que tampoco es ni siquiera historia. No lo es del derecho ni de ningún otro elemento de cultura, como pudiera ser la misma lengua, pues tampoco se le sujeta a la propia historia. Con toda su laboriosidad y precisamente por ella, tal filología produce, si no la melancolía del esfuerzo inútil, la frustración de la fábrica inmadura. Mas hay también una historia del derecho que sabe encerrarse con los textos, con unos *signos*, sin quedar recluida en la filología, sin esta pérdida fatal de *gramática* (136).

Dicho de otro modo, con otra referencia de especialidad, lo que debemos procurar es colocarnos en la *antropología* de época y no en la nuestra (137). Hemos de comenzar por tomar conciencia de ésta, de la propia, para poder plantearnos la salida de ella y la entrada así en otra. Despejándose el estorbo para el acceso, cabe que procedamos. Hemos de proseguir entonces recuperando y reconstruyendo la antropología ajena para instalarnos e inmergirnos en ella. Al efecto es como importan los textos y su filología, nuestras *autoridades* o, si se prefiere, nuestras *fuentes*. Sólo así alcanza sentido la misma historia y sólo así puede tenerlo la propia historiografía. Solamente de este modo deja de constituir una actividad especular de reconocimiento de lo propio sin conocimiento posible de lo ajeno. A los mismos propósitos historiográficos, lo significativo ayer es lo obligado hoy, lo que merece la consideración nuestra. *Signo* era el Bártolo falso, el que ahora quiere

---

(136) B. Clavero, *Cosas del dominio (Lección de Paolo Grossi)* , en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 623632, por cuanto que creo que Paolo Grossi hoy realmente ejemplifica dicha superación de la filología en el ámbito profesional de la historiografía jurídica.

(137) Thomas Kuehn, *Law, Family and Women: Toward a Legal Anthropology of Renaissance Italy*, Chicago 1991, muy provechoso también tanto por su consideración más viva de la jurisprudencia como por su confrontación de la especialidad histórico-jurídica menos sensible en la línea reconocidamente del propio Julius Kirshner.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degradarse a *Pseudo-Bartolus*, y no lo era en cambio la persona real que respondiese en vida al nombre, aquel Bartolomé de Saxoferrato. Este sólo importa en la medida que interese al otro.

Importa el *signo* y éste tiene su *gramática*. El *signo* marca la misma necesidad *antropológica* de una *gramática* propia, la ajena entonces. Aquí mismo tampoco nos han faltado indicaciones en tal sentido que podemos decir antropológico. Escojo una, aquella que nos trasmitía nuestro juez castellano al admitir que la jurisprudencia podía ser general para añadir acto seguido que la costumbre era *local y particular*. Puede resultar una consecuencia de la misma entidad tan distinta como ajena de aquella otra cultura. Para nuestra misma cuestión del *signo* de Bártolo, de la *significación* de la obra suya y de toda la que corriera bajo su nombre, no cabe quizá contestación general por concluyente, sino que se precisan respuestas particularizadas por localizadas. Como el derecho era en último término *local*, nuestro conocimiento ha de serlo igualmente, comenzando ante todo por ser culturalmente localizado (138).

Castilla misma, ya no digo España, podía constituir un espacio todavía demasiado ancho como para respuesta ninguna concluyente. Sevilla constituía un caso, pero tampoco desde luego ni uniforme internamente ni único en el seno de Castilla. Los espacios regionales pueden resultar locales. Hay que localizar y particularizar al máximo si se quiere conocer y entender, no digo ya al mínimo, sino incluso lo más mínimo. Es requisito el del localismo y el particularismo también imprescindible, por incómodo y poco atractivo que resulte, por laborioso que también sea, para avanzarse (139). Con toda aquella biblioteca

---

(138) Clifford GEERTZ, *The Interpretation of Cultures*, Nueva York 1973; el mismo, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Nueva York 1983, particularmente en éste su octavo y último capítulo, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*. De ambos volúmenes hay traducciones tanto en castellano como en italiano.

(139) Como muestras de un trabajo en curso que ofrece también un modelo operativo de *localización* de la jurisprudencia, con alguna estupenda ilustración además de *las novedades* de Bártolo, J. KIRSHNER, *Wives' Claims against Insolvent Husbands in Late Medieval Italy*, en el mismo y Suzanne F. WEMPLE (eds.), *Women of the Medieval World: Essays in Honor of John H. Mundy*, Oxford 1985, pp. 256-303; *Materials for a Gilded Cage: Non-Dotal Assets in Florence, 1300-1500*, en David I. KERTZER y Richard P. SALLER (eds.), *The Family in Italy from the Antiquity to the Present*, New Haven 1991, pp. 184-207; *« Maritus lucretur dotem uxoris sue premortue » in Late Medieval Florence*, en *Zeitschrift der SavignyStiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 77, 1991, pp. 111-155; *« Mulier alibi nupta »*, en Ingrid BAUMGARTNER (ed.), *Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, Sigmaringen 1995, pp. 147-175, prometiendo prosecución tanto respecto a nuestra cuestión textual, a la obra de Bártolo, como a la materia sustantiva, al derecho sobre la mujer, aun trabajando hoy, según me comunica, sobre el del hermafroditismo. Y por lo que pueda potenciar unos proyectos, en los que ya he dicho que se comprende la edición de jurisprudencia histórica, y fomentar un estilo, el universitario cooperativo que también ya dije, no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dispersa y diversificada, con esta *edición crítica* de su obra entera, el propio estudio de Bártolo requiere localización y particularización. Y es una localización máxima que además no basta. Ni siquiera puede procederse a ella sin la ubicación que sitúe no sólo en un tiempo y un espacio, sino también y ante todo en una humanidad, en una culturalmente distinta a la nuestra.

Valla comenzaba por desarraigar y generalizar. Y así hace la historiografía al uso, que en esto ciertamente todavía le sigue. Valla fue injusto con Bártolo y la historiografía resulta su secuaz. Valla se situó por encima de Bártolo y la historiografía ofrece la secuela. Valla fue incapaz de entender a Bártolo y la historiografía permanece en esta inopia. Valla no supo dialogar con Bártolo, hacerlo con su obra, y la historiografía, la que tenemos al uso, aún corea el mismo solo. No sé sinceramente hasta qué punto tiene hoy sentido plantearse hacer justicia a Bártolo, intentar situarse en su mundo, esforzarse por entenderle y entablar diálogo, pero sé que lo tiene reparar injusticias históricas, superar soberbias humanas, traspasar barreras culturales y dialogar, intentar hacerlo. El ejercicio de nuestros autores en la obra de Bártolo transciende desde luego toda esta historiografía que digo al uso, pero puede también transcender la historiografía sin más.

Lo diré en prosa. En un medio tan multicultural como el norteamericano y en el que el estudio de la jurisprudencia medieval cristiana ha venido ofreciéndose como factor ideológico de afirmación social del sector dominante de matriz europea, donde esto se hace todavía incluso de forma explícita (140), el ejercicio de nuestros autores puede resultar salutabilísimo no sólo a efectos historiográficos, sino también a otros sociales a través suyo, mediante la historiografía misma. Captar la diferencia de una *antropología* histórica tanto habilita para la conciencia de diversidades presentes como indispone para operaciones de cancelación tan sólo ideológica y de reproducción por ende de la posición que se arrastra de dominio. No olvidemos que un imperialismo cultural se produce desde luego en el presente y reproduce por supuesto hacia el futuro, pero que se alimenta y educa, lo alimentamos y educamos, respecto al pasado, respecto a una historia que hacemos nuestra siendo también extraña. La apropiación de un tiempo no parece ajena a la dominación de una sociedad (141).

---

quiero dejar de recordar que Julius KIRSHNER es el alma del flamante *Center for Comparative Legal History* de la Universidad de Chicago.

(140) B. CLAVERO, *De la religión en el derecho historia mediante*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 15, 1986, pp. 531-549.

(141) Talal ASAD (ed.), *Anthropology and the Colonial Encounter*, Ithaca 1973; James CLIFFORD y George E. MARCUS (eds.), *Writing Culture: The Poetics and Politics of Ethnography*, Berkeley 1986; Edward W. SAID, *Culture and Imperialism*, Nueva York 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo digo como lo pienso (142). Y me pongo prosaico porque creo que la ocasión merece la prosa. Nuestro volumen inaugura una colección del *Institute of Religious and Civil Law* que ha venido a suceder en América, en Berkeley de California, al de *Medieval Canon Law* transferido a Europa, a Munich de Baviera, estableciéndose así el americano actual sin el emblema realmente distintivo de la identificación canónica (143). Parece también un *signo* y, si no me equivoco, si no interpreto mal el cambio de imagen, lo es de avance en la dirección que digo, dirección que tampoco resulta por supuesto indiferente, pudiendo ser desde luego saludable, para la misma Europa matriz, para esta cuna. No sólo en América, como vimos para la Donación de Constantino, había y hay factores, no voy a decir que bastardos, gravitando en la historiografía y alimentándose de ella.

Si no me equivoco y si así son de tal signo legítimamente actuales nuestras preocupaciones últimas, tampoco perdamos nunca de vista el transfondo del material que nos traemos entre manos. De blasón en blasón, de arma en arma, de título en título, de linaje en linaje, unos autores incluso de los tenidos por *humanistas* podían llegar a interrogantes como el siguiente: « ¿Quál es peor, venir de Moros, o venir de Judíos, o de Hereges? » (144). Nunca olvidemos no sólo que éstas eran cuestiones propias del mundo tanto de Bártolo como de Valla, sino tampoco que las mismas no son ajenas ni a un *Canon Law* ni a un *Civil Law* o ni siquiera, permítaseme el equívoco, a un *Common Law*, a unos derechos que tienen en común por blasón el tracto histórico. Y no nos llamemos a engaño: todos y todas entraríamos hoy en las categorías excluyentes de entonces.

Respecto a Valla, en un mundo como el nuestro inimaginable para él y no sólo para Bártolo, el progreso de nuestros autores ya es inmenso. Digo esto concluyendo, o más bien despidiendo pues conclusión no tengo, y lo expreso de esta forma, porque la historiografía al uso se

---

(142) B. Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994.

(143) La contraportadilla de *copyright* y créditos especifica los datos editoriales de portadilla que he registrado en la primera nota. La indicación de materia para catalogación no me parece que haga justicia: *Heraldry — Law and legislation*. Y me atrevo a decir que tampoco la rinde el prólogo de Laurent Mayali (pp. XI-XIII), con su imagen más universalista e incluso aún presentista de la jurisprudencia histórica: « a new (Bartolus') generation of *legum doctores* would endow the Western legal tradition with most of the principles which still caracterize it to this day »; puede confrontarse el mismo L. Mayali, *Mythes et réalité de la renaissance juridique au douzième siécle*, pp. 188-190, en A. Iglesia (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. III Simposi. « Ius proprium — Ius commune » a Europa. Homenatge a André Gouron*, Barcelona 1993, pp. 187-205.

(144) Antonio Agustín, *Diálogos de las armas i linages de la Nobleza de España*, Madrid 1734, p. 90; datable hacia 1577, es obra que editó tan póstumamente Gregorio Mayans i Siscar, reproduciéndose ahora sólo el aparato propio de éste, de Mayans, en sus *Obras Completas*, ed. Antonio Mestre, vol. 1, *Historia*, Valencia 1987, pp. 87-111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

encuentra hoy cómodamente instalada, con su presunción de razón tan intemporal como no local y su correspondiente crítica cancelatoria de fuentes, en la posición prácticamente de Valla, del Valla que ella se figura. No hay entonces más *lógica* que la actual, la propia, sin necesidad así de *gramática* y menos de *antropología*. ¿Cómo puede siquiera plantearse, no ya el desvelamiento de unas falsedades, sino su desciframiento como autoridades? ¿Cómo cabría entonces tan sólo aunque fuera imaginarse que la sinrazón propia puede que sea razón ajena? ¿Y cómo se podría diversificar, localizar, particularizar y así atribuir a cada cual lo suyo?

Ignaro, Valla nos induce a engaño. Conscientes, nuestros autores nos rescatan. Gracias a ellos sabemos que todo era *signo* y todo, por tanto, *gramática*. Todo, incluso Valla. Podrá también significarse. Su baldón de ignorancia podrá ser igualmente blasón de ciencia. Creando *signo*, generará *gramática*. Así podrá forjarse su significación y así habrá también de producirse nuestra comprensión. Tampoco vamos a ser injustos, presuntuosos, intransigentes ni intratables con respecto a Valla ni a su *signo* porque éste resulte primordialmente producto de la historiografía al uso. La lección se la debemos a nuestros autores: un *signo* pertenece a su *gramática* y tiene derecho a ella.

Podríamos recomenzar con otro registro de *gramática*, con el consabido: Valla mostró la confusión lingüística de Bártolo y esto afectaba al derecho. Mas si lo hacía, es porque Bártolo era *signo* jurídico y su *gramática* entonces jurídica. El comienzo sería al final uno mismo. No hace falta por fortuna que recomencemos. Así que *colorín colorado*, que no sólo es el colorido bohemio de la mascota de Bártolo (« me dió... un león colorado »), sino también, *colorín colorado*, el estilo convencional castellano de despedir un cuento, una fábula auténtica, una mentira veraz. *Èrase una vez*, esta especie de localización y extrañamiento, es el inicio, la convención primera. Ya lo sabemos: « Èranse una vez una epístola buena y un tratado malo... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI FURGIUELE

IPOTESI E FRAMMENTI TRA TEORIA E STORIA DEL DIRITTO CIVILE NELL'ITALIA REPUBBLICANA

(a proposito de « La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative »)

A. Prologo: delle verosimili ragioni che si frappongono agli studi di storia contemporanea del diritto civile e dell'opportunità di tali studi. — B. Temi, itinerari, intersezioni: a mo' d'inventario e di ricognizione critica: 0. L'occasione del discorso. - 1. I civilisti e i fondamentali problemi dell'*ubi consistam* della dimensione giuridica e dell'identità del giurista. - 2. I civilisti e la cultura giuridica. - 3. I civilisti e il metodo giuridico. - 3.1. I civilisti e i generi letterari. - 4. Dalla tendenziale unicità alla pluralità delle fonti del diritto civile. — C. Epilogo: « miseria » e « nobiltà » della civilistica alla vigilia del nuovo millennio.

A. Prologo: delle verosimili ragioni che si frappongono agli studi di storia contemporanea del diritto civile e dell'opportunità di tali studi.

Sono diversi, più lenti e cadenzati fin quasi a rasentare l'immobilismo, i tempi del diritto rispetto a quelli della storia?

È questa la domanda, in parte provocatoria, che verrebbe spontaneo rivolgersi considerando la pressoché totale assenza di studi di storia contemporanea del diritto.

Non può negarsi che in tempi più o meno recenti si sia avuto un diffondersi di attenzione per le vicende giuridiche dell'Italia unita e monarchica e, tuttavia, non solo molti e determinanti risultano i territori tuttora inesplorati, ma, addirittura, non può serenamente non ammettersi che, soprattutto per il periodo che all'incirca ha origine colla seconda metà del ventennio fascista, quanto emerge oltrepassa di poco le soglie di una prima e superficiale conoscenza (1). Certo non mancano le cronache, come tali intessute di notizie e di date, siano esse relative ai provvedimenti di legge, alle dottrine principali o alle pronunzie

(1) Quanto osservato nel testo accentua il profilo di contemporaneità rispetto al normale modo di intenderla, risalente nel suo inizio agli esordi dell'ottocento: in tal senso P. Villani, *L'età contemporanea,* Bologna, 1993, p. 23 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudiziali più significative, né le testimonianze rese da alcuni dei protagonisti in ordine ad episodi direttamente vissuti. Non è dato, però, riscontrare un qualsivoglia serio ed organico tentativo di avventurarsi all'interno del puro nesso delle cronologie o degli sviluppi descrittivi per ripercorrere la variegata trama delle motivazioni dei fatti, delle interferenze ideali, dei condizionamenti culturali delle decisioni (2).

Com'è ovvio, è possibile sostenere che la vicinanza nel tempo osti al necessario distacco che è proprio dell'autentica comprensione storica e che, ai fini di quest'ultima, tanto addirittura imponga una certa qual sorta di sospensione del giudizio. Saremmo, quindi, in presenza di un atteggiamento di ragionevole prudenza e, per ciò stesso, di una spiegazione del fenomeno, per così dire, tranquillizzante.

Ma seppur tutto questo senz'altro incide, vi è forse anche dell'altro e, se così fosse, si tratterebbe di qualcosa di molto meno tranquillizzante.

Il riferimento, anche per ragioni di delimitazione espositiva, coinvolge in maniera più immediata il diritto civile e, come risaputa conseguenza, l'educazione al giuspositivismo legalista che l'incentramento del sistema delle fonti sul testo del codice inevitabilmente comporta. È da chiedersi allora se la cristallizzazione della norma nelle forme del precetto legislativo non pervenga ad attrarre il giurista in una logica all'interno della quale, a livello di consapevolezza irriflessa, il fluire del tempo quasi diviene irrilevante e ad emergere sono solo i momenti « forti » rappresentati dai diversi e successivi atti d'imperio del legislatore. In altri termini la legge, pur essendo un prodotto eminentemente storico, a causa della natura vincolante che di essa è propria e della necessaria attitudine a durare nel tempo finirebbe per reagire sull'interprete nel senso di assuefarlo ad un'illusione « ottica », quella di operare in una dimensione di continuo, indefinito presente rispetto alla datazione del testo utilizzato. I tempi del giurista non conoscerebbero mezze misure, dal passato più o meno remoto immediatamente al presente, senza che il dipanarsi della vicenda storica più immediata sia destinato ad imporsi alla sua attenzione come esigenza di imprescindibile consapevolezza e, quindi, come tramite obbligato al fine di acquisire reale coscienza del proprio ruolo e della valenza culturale del medesimo.

L'esasperata « divisione del lavoro » fra cultore del diritto positivo e storico del diritto, da un lato, e, dall'altro, la ritrosia di quest'ultimo ad occuparsi non già di storia del diritto privato contemporaneo, bensì

---

(2) Formano eccezione per il diritto civile i contributi di N. Irti, del quale cfr. in particolare quanto raccolto in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990. Meritano altresì un richiamo C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia — 1865/1942*, Roma-Bari, 1985, p. 213 ss.; C. Salvi, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, p. 233 ss.; R. Teti, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche di storia del diritto privato moderno o, quanto meno, ad occuparsene sotto il profilo di tematiche sempre realmente significative e non invece in prospettiva più spesso di pura erudizione, contribuiscono al radicarsi di un atteggiamento di disinteresse. Il « vigentista », in effetti, perviene a ritenere altro da sé quanto concerne la storia, financo la più recente, quasi temendo che abbia a derivarne alcunché di simile ad una *deminutio* rispetto alla purezza del proprio impegno tecnico; lo storico, da parte sua, confinato in se stesso, si espone al duplice rischio di esaltarsi all'interno di micro-universi concettuali e, nel contempo, di smarrire la propria identità di giurista. La storia del diritto contemporaneo, relegata com'è in un limbo di cui, nella sostanza, l'interprete del diritto positivo e lo storico del diritto entrambi, seppur per ragioni diverse, diffidano, sotto la spinta di tutto ciò fatalmente manca di proporsi quale credibile oggetto di studio.

Qualora si ritenga che, come del resto è scontato, non di improbabili semplificazioni o di fittizie certezze vi sia bisogno a tutti i livelli o in ordine a qualsivoglia specialismo, tanto più se orientato all'applicazione del diritto positivo, e qualora per contro si ritenga che solo esponendosi a recepire la complessità che è nota indefettibile del giuridico sia possibile avvicinarne la comprensione, allora la prospettiva della storia e, a maggior ragione, della storia contemporanea diviene inevitabile presupposto di un processo conoscitivo e addirittura componente essenziale,inscindibile,del suo più autentico in sé (3). Sotto questo profilo la legge, lungi dal porsi quale « negazione » della storia, come parrebbe quasi fosse sua ineludibile peculiarità, verrebbe recuperata alla logica che è del flusso degli eventi e, soprattutto, in tale logica verrebbe vitalmente attratto il giuoco, non di rado cangiante, del suo tradursi in norma a seguito dell'intermediazione interpretativa.

L'ultimo Kelsen, quello dell'*Allgemeine Theorie der Normen*, giunge in un certo qual senso a negare l'ammissibilità di un pensiero giuridico (4). L'attività del legislatore, del giudice, quella stessa dell'interprete nell'atto di risolvere un conflitto fra norme o di ricondurre una fattispecie concreta nell'ambito di una fattispecie astratta, sarebbe attività espressiva di un volere, non conoscitiva e, quindi, non puramente logico-razionale.

Può obbiettarsi che il profilo del voluto (o della scelta fra i valori in eventuale alternativa), pur ineliminabile, non esaurisce in sé la specificità di quanto attiene al giuridico, bensì interferisce con una pluralità di fattori di cui rappresenta piuttosto la risultante che non la causa. Potrà

---

(3) Sulla necessità, anche per il giurista di diritto vigente, di conoscenza storica rimangono fondamentali gli spunti diffusi nelle opere di R. Orestano, del quale cfr. soprattutto *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 11 ss.; Id., *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 7 ss.

(4) Cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen,* Wien, 1979, p. 401 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dubitarsi della razionalità in assoluto dei singoli atti di volontà — del legislatore, del giudice, dell'interprete — e perciò anche dell'opportunità delle scelte volta per volta effettuate; ben difficilmente, a meno di incongruenze manifeste, potrà dubitarsi della razionalità in senso relativo dei medesimi, altro essi non integrando che valutazioni coerentemente volte al perseguimento di un determinato fine. Il dover essere della norma, lungi dal contraddire l'ammissibilità di un pensiero giuridico, finisce in tale ottica per rappresentarne piuttosto l'esaltazione.

Quel che nell'immediatezza dell'operare potrebbe sfuggire, la prospettiva della storia contribuisce a recuperare. È, cioè, il senso di una vicenda ininterrotta che la molteplicità degli atti di volontà normativa — del legislatore, del giudice, dell'interprete — riflette e tuttavia non è in grado di esaurire in se stessa. È, ad un tempo, il senso di una razionalità umana nelle sue conquiste, financo nelle sue illusioni o, addirittura, nelle sue miserie. Ne consegue che la dimensione temporale del diritto non possa più essere quella dell'eterno presente dell'atto di volontà del legislatore, e sia invece quella del presente che vive il proprio istante e che immediatamente si consuma consegnandosi al passato del suo in sé come espressione di voluto e altresì anche al futuro dei successivi atti di volontà i quali perverranno a realizzarsi sulla sua base, o, che da esso prendendo spunto, andranno alla ricerca di ulteriori e non di rado divergenti forme di razionalizzazione.

È, in definitiva, il diritto nient'altro che pensiero tradotto in atti di volontà e storia del medesimo. Lo è in qualsiasi momento del suo essere e non soltanto nelle fasi che ne rendono più scoperta la relatività temporale. Lo è seppur costituisca esperienza dove nulla è messo, e potrebbe esserlo, perennemente in discussione fin dalle fondamenta e dove, tuttavia, altrettanto nulla appare per principio sottratto alla realtà di evoluzioni.

Può ben dirsi a questo punto che la storia contemporanea, lungi dall'accreditarsi in posizione eccentrica rispetto all'impegno ed alla distinta qualificazione che sia legittimo chiedere e allo storico e al cultore del diritto positivo debba, sia dall'uno che dall'altro, essere recuperata come non può non avvenire di ciò che, in buona sostanza, concorre efficacemente a riaffermare uno, se non il primo, fra i tratti fisionomici del giuridico.

B. Temi, itinerari, intersezioni: a mo' d'inventario e di ricognizione critica.

0. *L'occasione del discorso.*

A riflessioni siffatte, che potrebbero in parte anche ritenersi pleonastiche, induce la pubblicazione degli atti del convegno veneziano del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giugno 1988 (5), in occasione del quale la civilistica italiana, pressoché totalitariamente convenuta, ebbe ad interrogarsi sulla vicenda attraversata dal diritto civile a partire dagli anni cinquanta.

Un tentativo di periodizzazione applicato alla civilistica dell'Italia unita potrebbe indurre, pur con tutte le approssimazioni inevitabili in siffatti tentativi, ad individuare — accanto e dopo le due prime e successive fasi, l'una di stampo esegetico e di derivazione francese che si protrae fino alla soglia degli ultimi due decenni del secolo diciannovesimo, l'altra d'impronta sistematica e d'ispirazione germanica che copre un arco di tempo di quasi cinquant'anni a cavallo fra i due secoli — un'ulteriore stagione, da taluno non impropriamente denominata neosistematica (6), che corre all'incirca fra gli anni trenta e i primi anni sessanta del secolo presente. È un'età in cui il civilista non rinnega la matrice pandettistica del proprio sapere, ma si propone il compito di andare oltre nell'intento, considerato prioritario, di pervenire all'acquisizione di concetti giuridici sempre più rigorosamente puri nella sostanza, sempre più logicamente rifiniti nella forma. Se ne hanno realizzazioni intellettuali non di rado ammirevoli, quando addirittura non si tratta di modelli insuperabili di costruzione giuridica. E tuttavia pressoché sempre ne risulteranno « edifici » cui potrà addebitarsi il limite di essere stati innalzati utilizzando di un solo materiale e di una sola tonalità cromatica, quelli forniti dal dato legislativo assunto esclusivamente in sé. L'indicazione risultante dal contesto della legge equivale per il neosistematico non ad uno degli strumenti di cui, assieme ad altri, il fenomeno giuridico si avvale per il perseguimento dei fini che di esso sono propri (7), bensì all'idea stessa del diritto e, quindi, dell'estremo margine della sua estensione territoriale. La ristrettezza dell'orizzonte in base al quale l'osservatore si propone di guardare al fenomeno agevola la percezione di alcuni dei suoi singoli profili, non però quella della complessità del problema che la legge sottende e non è per lo più in grado di esaurire (8). È uno stato di « tensione » ciò che perviene a crearsi, fra la seducente lineare univocità del concetto esemplato sulla legge e la molteplicità « irrazionale » dell'intrecciarsi delle prassi. La « tensione » rimane latente o può giustificare l'impressione che non vi sia altra necessità se non di semplici correttivi a fronte del combinarsi armonico dei concetti (9), ma è destinata a venire alla ribalta allorché

(5) Cfr. *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991.

(6) Così da R. Sacco, *Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, in *La civilistica* cit., p. 1002.

(7) Se ne ha un riflesso, tra l'altro, nelle concezioni correnti all'epoca in materia interpretativa. Per un'impostazione in materia in parte divergente cfr. R. Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947.

(8) Non mancano ovviamente eccezioni, da E. Finzi a T. Ascarelli, a G. Gorla per citarne alcune.

(9) Per quanto attiene al codice civile, i cinquant'anni della sua entrata in vigore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quei valori che dal legislatore si trasmettono all'interprete, e sono all'origine così delle formulazioni dell'uno come delle elaborazioni concettuali dell'altro, perdono credibilità — com'è naturale che sia a seguito del passaggio del tempo — rendendosi per ciò stesso palpabile tutta l'insufficienza e la precarietà di un approccio metodologico.

Ciò è quanto si determina all'interno della civilistica, trascorsa non di molto la metà di codesto secolo, dapprima per il tramite di contributi per metodo e stile « eterodossi » rispetto alla tradizione (10), quindi in forma non di rado scomposta così da attivare le ovvie resistenze da parte di settori non insensibili al nuovo e tuttavia ostili a secondare atteggiamenti sterilmente iconoclasti, infine in maniera più consapevole ed equilibrata senza peraltro possa dirsi che, ultimata la *pars destruens* della vicenda, sia anche pervenuta a definizione la *pars construens*.

È in tale ultimo stadio di sviluppo della sequenza che la progettazione del convegno veneziano tende ad inserirsi. Chi ne fu il principale tra gli organizzatori avvertiva con chiarezza l'indifferibilità di una riflessione che per suo obbiettivo avesse sì di rendere il civilista sempre più all'altezza dei compiti propostigli dal presente, ma che per corrispondere al riguardo non si sottraesse alla preliminare necessità di una verifica e di un confronto rispetto a quanto offerto dal passato più recente (11).

Se ne ebbero, e così non poteva non essere, utili indicazioni per un profilo della civilistica italiana alla vigilia del terzo millennio. Di siffatto lavoro si cercherà qui di seguito di mettere in rilievo le principali tracce, cercando di considerarle, oltre che in sé, sotto il profilo storico. Ne scaturirà una visione non relativa alle disparate e specifiche materie di natura civilistica, quanto piuttosto attinente alle idee generali e introduttive per come coltivate dall'esperto del settore. Il riferimento al volume offrirà i limiti di sviluppo del discorso; l'apertura alla storia un tentativo di ampliamento della considerazione.

1. *I civilisti e i fondamentali problemi dell'ubi consistam della dimensione giuridica e dell'identità del giurista.*

Un momento sopravviene, nel fluire del periodo storico cui qui si

---

recentemente compiutisi hanno dato modo alla dottrina di valutarne la persistente vitalità. Per un giudizio positivo al riguardo, largamente prevalente, per tutti cfr. P. Rescigno, *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. I, Milano, 1993, p. 9 ss.; Id., *Il « compleanno » del codice civile*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994, p. 11 ss.

(10) La mente, oltre che agli autori prima citati alla nt. 8, va in proposito immediatamente a P. Rescigno ed a S. Rodotá.

(11) Così G. Cian, *Il diritto civile come diritto privato comune (Ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo)*, in *La civilistica* cit., p. 19 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha riguardo, in cui al centro dell'attenzione del civilista si colloca addirittura il diritto, quale dimensione dell'esperienza umana da ripensare sotto il profilo dell'effettività della propria consistenza. L'impulso alla riflessione non è, ancora una volta, fine a se stesso, bensì conseguenziale ad un'istanza di mutamento di assetti che, a torto o a ragione, si ritengono ormai inadeguati. La prospettiva che non si ha più il timore di affrontare direttamente e, tanto meno, l'intenzione di esorcizzare è quella dell'intrinseca politicità del diritto. Da qui alla figura del giurista, all'identificazione del suo ruolo o, per dire altrimenti, alla rilevazione della sua specificità in quanto operatore sociale, il passaggio non poteva non rivelarsi immediato.

È il 1970 e la nascita di una rivista, *Politica del diritto*, segna colla sua presenza l'emersione di un tema, o, meglio, il suo ritorno e, più esattamente ancora, la non rimovibile necessità di confrontarsi col medesimo che è propria di ogni generazione e altresì di ogni singolo giurista nella quotidianità del suo impegno. Civilista, seppur di singolare personalità, ne era il direttore (12), interdisciplinare, fin dall'inizio, la provenienza dei collaboratori.

Fu, quella di *Politica del diritto*, almeno per i suoi primi anni di vita, una presenza « imbarazzante » soprattutto per la maggior parte dei cultori del diritto civile, all'epoca per lo più assuefatti alla prospettiva neosistematica, prospettiva, cioè, per un verso impegnativa, per un altro rasserenante essendo del tutto incline alla deresponsabilizzazione del giurista quanto alle scelte di fondo, consegnate queste, come si voleva che fossero, al puro arbitrio del legislatore null'altro, al riguardo, essendo rimesso all'interprete che una pura attività ricognitiva. Si trattava, viceversa, come a chiare note era detto nell'editoriale in apertura del primo numero della rivista, di contribuire alla formazione di una scienza giuridica come « scienza pratica e strumentale » (13), non puramente al servizio di un qualsivoglia legislatore e, per contro, « capace di guardare con occhi critici alla realtà e di progettare per il futuro » (14), non rivolta solo ad apprestare « strumenti tecnici che pretendono alla neutralità » (15) e, per contro, in grado anche di operare « coraggiose scelte politiche, capaci di restituire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori che soli possono condurre a trasformazioni profonde della società » (16).

Erano, queste, espressioni che potevano risultare sconosciute al giurista di allora (o che potrebbero apparire sorprendenti per il giurista di oggi)?

---

(12) Si tratta di Stefano Rodotà.
(13) *Pol. dir.,* 1970, p. 4.
(14) *Pol. dir.*, 1970, p. 6.
(15) *Pol. dir.*, 1970, p. 6.
(16) *Pol. dir.*, 1970, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non può certo dirsi.

Molteplici sono gli esempi che avrebbero potuto farsi nel 1970, e altri ancora se ne potrebbero aggiungere per il tempo successivo, in cui l'appello alla realtà, al mutamento dei valori sociali nel tempo, suole indurre da più parti a richiamare l'attenzione del giurista sulla necessità di farsi mediatore di tendenze alla revisione, radicale o meno, di assetti esistenti. Un *topos*, quindi, deve tutto ciò considerarsi almeno a far data, per segnare comunque un riferimento iniziale e di comodo, dall'età del Socialismo giuridico (17). Ma come per quest'ultimo, secondo quanto in sede storica per generale convincimento si sostiene (18), una valutazione non può limitarsi alla sola constatazione dell'opportuno richiamo rivolto all'interprete a manifestare sensibilità per le istanze riformatrici, ma deve per contro estendersi fino ad indagare gli strumenti concettuali messi in opera al fine di pervenire al risultato auspicato e la stessa portata degli esiti raggiunti, così anche per *Politica del diritto*, e per il movimento di pensiero cui può dirsi che all'epoca essa dette vita (19), un tentativo di giudizio impone di andare al di là della rilevazione che senza dubbio essa valse ad agitare le pigre acque stagnanti della civilistica in quel tempo ancora alla moda, ad insinuare dubbi alle coscienze dei suoi cultori, ad introdurre elementi forti di dibattito. Rileva in proposito Irti che ebbero modo di uscirne stimolati « la capacità inventiva ed il gusto progettuale del giurista » (20); che per il loro tramite trovava espressione « la fiducia illuministica nella razionalità del legislatore, la speranza che essa sia in grado di predisporre l' "equivalente moderno delle codificazioni" » (21); che « la coscienza civile e politica » (22) mirava così a reintegrarsi « con la coscienza giuridica dello studioso » (23).

E senz'altro questo fu *Politica del diritto*: ma fu anche altro.

Fu segno di divisione fra i civilisti (e i giuristi in genere), quasi una

---

(17) « Non trattasi più di rivedere e riordinare semplicemente, con qualche lieve modificazione di forma e di dettato, gl'istituti e le disposizioni esistenti; ma si tratta invece d'intraprendere una riforma ed un mutamento profondamente radicale in tutto l'organismo e la struttura del codice civile imperante: *instauratio facienda ab imis fundamentis* »: così per ricordare la posizione assunta da E. Cimbali, uno dei membri non secondari del movimento di riforma della fine dell'ottocento, in *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, 1885, p. 10.

(18) Rimane valido in materia il punto segnato dai due volumi dei *Quaderni fiorentini,* 3/4 (1974/75), dedicati al complessivo e generale movimento del Socialismo giuridico.

(19) Movimento di pensiero di portata generale, rispetto al quale quello dei civilisti è solo un settore fra i molti.

(20) N. Irti, *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica* cit., p. 977.

(21) N. Irti, *Una generazione* cit., p. 978.

(22) N. Irti, *Una generazione* cit., p. 978.

(23) N. Irti, *Una generazione* cit., p. 978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sorta di scelta di campo in base alla quale, per così dire, allineare i « buoni » e i « cattivi ». Non quindi, o almeno non sempre, luogo di serena discussione e di fruttuosa contrapposizione dialettica, bensì più spesso strumento con cui separare all'interno di un ceto, fino ad allora eventualmente articolato per sfumature di metodo, ma sostanzialmente unitario per opzioni ideologiche. A ciò era inevitabile che conducesse l'accentuata *vis* polemica che circolava fra le pagine della rivista e l'estrazione politicamente pressoché omogenea di quasi tutti i collaboratori.

Assunto con precisa consapevolezza un atteggiamento siffatto ne sarebbe derivato un effetto, forse non voluto e tuttavia fatale in presenza di premesse del genere: che la politica prendesse il sopravvento sul diritto e che il giurista, novello Icaro, elevatosi al di sopra dei territori a lui più consueti finisse per farvi ritorno senza molto in mano, privo, cioè, delle antiche e tuttavia, in taluni casi, illusorie certezze e peraltro analogamente privo di rinnovati strumenti concettuali con cui assolvere al compito ineludibile, che è il suo, di concorrere ad ordinare la realtà. Quanto di regola veniva portato alla luce era un materiale ancora grezzo, sospeso tra politica e diritto (24), certo da tenere presente com'è di ciò che rappresenta — o può rappresentare — il nucleo primordiale di un fenomeno; in quanto tale, però, non in grado di esprimere da sé solo la logica di un meccanismo, qual è quello giuridico, che deve, sì, uniformarsi al dato, ma per poi ridefinirlo alla luce delle sue proprie esigenze operative.

Nel 1983 Rodotà, dopo la fondazione di *Politica del diritto*, mentre quest'ultima permaneva in vita ma in posizione più defilata rispetto a quel che ne era al suo esordio, assumeva una nuova iniziativa. Appariva *Rivista critica del diritto privato* e nell'editoriale collocato in epigrafe al primo fascicolo il linguaggio sembra in parte mutarsi. Vi è sì la rivendicazione della continuità rispetto alle « acquisizioni teoriche dello "scomposto" movimento che attraversò gli anni '60 e '70 (e che non... sembrano davvero cancellate dalla produzione scientifica) » (25), ma vi è anche il rilievo critico nei confronti di tendenze all'interno delle quali « in realtà viene sacrificato il momento dell'autonomia e della specificità della ricerca giuridica, e ribadita una sua subordinazione verso l'esterno » (26). Vi è il rifiuto di modeste operazioni di « verniciatura tecnica » (27), ideologicamente pregiudicate non meno di altre cui aspirerebbero a contrapporsi, ma vi è anche la chiara enunciazione che il « punto

(24) Merita di essere ricordato al riguardo quanto osservato da F. Gény in *Science et Technique en droit privé positif*, Paris, 1924, vol. IV, p. 8 ss.

(25) S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1983, p. 7.

(26) S. Rodotà, *Le difficili* cit., p. 4.

(27) S. Rodotà, *Le difficili* cit., p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nodale del dibattito » (28) intorno al sistema privatistico « riguarda ormai la ridefinizione del centro di tale sistema, e le modalità teoriche di tale ridefinizione » (29). Si avverte, in definitiva, la consapevolezza circa la necessità del passaggio da una fase di pressoché esclusiva, ubriacante celebrazione dell'ideologia, ad un'altra, più consona all'essere del giurista, in cui all'ovvia e necessaria « ricognizione e alla riflessione intorno agli interessi, che costituiscono il riferimento concreto di categorie e costruzioni giuridiche » (30) si accompagni lo sforzo, eminentemente teorico e tecnico, di pervenire all'individuazione di siffatte categorie e costruzioni giuridiche (31).

E tuttavia un « vizio » di origine tende ad essere confermato, ché anche *Rivista critica*, per tipologia di collaboratori, perviene in sostanza a ribadire una filosofia di schieramento di ordine ideologico.

Può comunque dirsi che all'esordio degli anni '80 la stagione, iniziatasi un decennio prima, di declamazione « tribunizia » dei valori della politica si esaurisce e se ne apre un'altra, tuttora in corso, in cui la civilistica appare muoversi a fatica nel tentativo di raggiungere un nuovo equilibrio, non più fondato su illusioni irripetibili e peraltro sgombro dall'impaccio di qualsivoglia deteriore sedimento lasciato sul campo dalla ventata che ebbe a spazzare di un colpo le più fragili fra le costruzioni realizzate dalla neosistematica.

Di uno di siffatti « detriti » fu, almeno apparentemente, molto facile sbarazzarsi. Si trattava dell'uso alernativo del diritto, di cui si rese principale assertore Pietro Barcellona.

Il convegno veneziano, eccezion fatta per una voce isolata elevatasi a sua parziale difesa (32), testimonia dell'atteggiamento di rifiuto riservato alla proposta dalla comunità dei civilisti. Atteggiamento verosimilmente frettoloso se, nella sostanza, l'uso alternativo del diritto, a prescindere dalla denominazione dello stesso forse inesatta per eccesso di provocatorietà, volle significare soltanto, come il suo propugnatore ebbe a ribadire (33), configurazione del sistema alla luce di valori, quelli dell'individuo nella sua più autentica umanità, ben presenti a livello positivo nell'ordinamento costituzionale e da esso indiscutibilmente collocati in posizione emergente rispetto ad altri. Sotto un profilo di pura tecnica interpretativa deve poi osservarsi che nessuno ormai

---

(28) S. Rodotà, *Le difficili* cit., p. 8.

(29) S. Rodotà, *Le difficili* cit., p. 8.

(30) S. Rodotà, *Le difficili* cit., p. 7.

(31) In una prospettiva analoga cfr., tra gli altri, gli studi immediatamente successivi di U. Breccia, *Veri e falsi problemi*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, p. 3 ss.; Id., *Problema costituzionale e sistema privatistico, ibidem*, 1984, p. 687 ss. e di C. Salvi, *A proposito di analisi critica del diritto, ibidem,* 1984, p. 681 ss.

(32) Cfr. P. Rescigno, *Conclusioni*, in *La civilistica* cit., pp. 1022-3.

(33) Cfr. P. Barcellona, *Dialoghi tra generazioni... A proposito dell'uso alternativo del diritto*, in *La civilistica* cit., p. 988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rifiuta, e la stessa Corte Costituzionale autorevolmente avalla, la legittimità di un'ermeneutica eventualmente correttiva dell'enunciato legislativo, nelle varie possibilità di lettura del medesimo, alla stregua dei valori recepiti in Costituzione (34), laddove quindi il problema riguarderà piuttosto l'effettività della singola scelta fra valori conflittuali, e non le forme dell'operazione concretamente realizzatasi, del tutto simili, in definitiva, ad un uso alternativo del testo reso oggetto di considerazione.

Si obbietta che l'inaccettabilità dell'uso alternativo del diritto risiede nel fatto che, per suo tramite, il sistema giuridico reale ne risulterebbe compromesso per effetto di reiterate forzature interpretative (35). Il rilievo critico finisce così per collocarsi su due piani: di metodologia interpretativa, l'uno, di (pretesa) ontologia giuridica, l'altro. Con riguardo al primo non può non rinviare alla specificità delle concrete proposte ermeneutiche; con riguardo al secondo non pare risolutivo, come risolutivo non sembra, se non per linee estremamente generali, quel concetto di sistema giuridico reale di cui viene fatta utilizzazione (36).

In realtà non può escludersi che forzature « eversive » si cullassero nella mente e nel cuore di alcuni di quella vasta — e però non del tutto compatta come ebbero a manifestare le vicende successive — schiera di giuristi che parteciparono nel 1972 al convegno di Catania sull' uso alternativo del diritto, né può escludersi che schematismi, rozzezze, semplificazioni strumentali caratterizzassero più d'uno degli interventi in tale occasione verificatisi. Ma, ancora una volta, l'osservazione sembra incidere più sulla natura di una determinata modalità d'impiego, che non sulla legittimità in astratto e, in definitiva, sulla rispondenza al metodo positivo della prospettiva teorica delineata.

Altro fu, per contro, il limite dell' uso alternativo del diritto. Era, esso, la più concreta enunciazione sul piano dell'efficacia operativa che potesse formularsi una volta alteratosi l'equilibrio fra politica e diritto a tutto vantaggio della prima ed era anche, al tempo stesso, la naturale, più logica conseguenza cui potesse pervenirsi una volta che si fosse rinunciato ad ogni idea (o illusione) di autonomia del giuridico (37). Del

---

(34) Sul passaggio che ne consegue dalla « scientia juris » alla « jurisprudentia » cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 167 ss. Per un cenno in senso analogo cfr. J. HABERMAS, *Morale-Diritto-Politica*, trad. it., Torino, 1992, p. 74 ss. Per un non del tutto analogo modo di intendere la « mitezza » in ordine al diritto, di cui in Zagrebelsky, cfr. N. BOBBIO, *Elogio della mitezza*, Milano, 1994, p. 18 e *passim*; M. FIORAVANTI, recensione di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, in *Quaderni fiorentini,* 23 (1994), p. 475 ss.

(35) Così da parte di A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *La civilistica* cit., p. 957.

(36) A proposito del quale cfr. infra n. 3.

(37) « L'ipotesi di un "uso alternativo" non era forse l'ironica prova della neu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto, però, finiva così per essere coltivata una sola immagine, quella fornita dall'ideologia e, più in particolare, dall'ideologia di contenuto essenzialmente politico, in definitiva in tal maniera condannandosi a non percepire la reale, in quanto ben più articolata, dimensione del fenomeno. Un approccio riduzionistico, seppur di segno non analogo, era anche dei neosistematici asservitisi al culto della legge. L'uso alternativo del diritto ribadiva il modello di approccio, peraltro diversificandone il contenuto. Tentazione, questa, di abbandonarsi alle semplificazioni, da sempre ricorrente, ne sia privilegiato il rinvio alla sfera dell'eticità o, come di nuovo e più vigorosamente in tempi recenti, a quello dei valori economici (38). È, in questo caso, il criterio dell'efficienza cui si vuole debba orientarsi il sistema di produzione capitalistico a fungere da termine di *reductio in idem* e dell'economia e del diritto, laddove costituisce siffatto criterio non un valore di per sé assoluto, ma solo l'effetto di una scelta buona tutt'al più a richiamare, in definitiva il legislatore, alla necessità, in parte scontata, di non operare in radicale contraddizione colle peculiarità che contraddistinguono un assetto economico e tuttavia inidonea sia a porsi al vertice del sistema, sia a ricomprendere al suo interno tutto ciò che caratterizza l'ordinamento dello stesso microsistema imprenditoriale (39).

Se, viceversa, esiste un modo per restituire autonomia al giuridico esso risiede nel coltivarne l'intrinseca complessità (40), nel non abbandonarsi all'immediatezza di un riscontro, ma nell'approfondire la visione dell'insieme per riconoscere, senza preconcetti, la compresenza di motivi ulteriori che arricchiscano la prospettiva apparentemente unidimensionale trascendendone, per la giuridicità che è loro, l'intrinseca differenziata originaria sostanza. Etica, politica, ideologia, economia, psicologia, tradizione, cultura, pregiudizi, e altro ancora, tutto confluisce nel farsi dell'ordinamento giuridico in forme e modi diversi, più spesso combinandosi l'uno coll'altro fino a determinare la realtà di un fenomeno che è ciò che è proprio per l'irriducibilità alla prevalenza di un solo profilo.

---

tralità degli istituti giuridici ? »: in tal modo fingeva di chiedersi, e quindi in realtà affermava, N. Irti, *Una generazione* cit., p. 979, peraltro in un quadro di valutazione sostanzialmente negativo del movimento considerato.

(38) Per una coerente ed ampia introduzione al problema cfr. P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 563 ss.

(39) Per segnalarne un profilo problematico cfr. Corte cost., 3 febbraio 1992, n. 25, in *Giur. it.*, 1992, I-1, p. 1634 ss., con nota di A. Chianale.

(40) Quella della complessità è una prospettiva teorica che accomuna in sé molte prospettive di pensiero moderno, da quello scientifico a quello puramente speculativo. Non è però tale da ricomprendere sostanzialmente anche l'approccio in senso giuridico, nonostante le apparenze siano in tutt'altro senso: per una prima informazione cfr. G. Bocchi e M. Ceruti (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, 1987; G. Pasquino, *La complessità della politica*, Roma-Bari, 1985; D. Zolo, *Complessità e democrazia*, Torino, 1987; G. Nicolis e I. Prigogine, *La complessità*, Torino, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Della poliedricità di siffatto fenomeno financo il giurista è parte. La complessità del giuridico è quanto si offre alla sua considerazione, ma, ad un tempo, nel suo modo di essere è anche la risultante dell'opera su di essa dispiegata dal giurista.

La prospettiva suggestivamente affacciata nel convegno veneziano del giurista come dell'abitante dell'Eremo della Ruta che, « mentre nuvole cupe e sinistre si addensano sulla contrada » (41), prosegue « l'opera mirabile di Linneo » (42) e reca « ordine nell'efflorescenza selvaggia della natura » (43), sembra tradire il coinvolgimento nel farsi di un fenomeno rispetto al quale il giurista è spettatore e, nondimeno, protagonista.

Seppur è vero quanto osserva Rescigno che le acquisizioni del periodo successivo agli anni settanta debbono essere ridimensionate, « anche in base alla constatazione della incidenza relativamente modesta che il patrimonio accresciuto delle idee provoca sui temi e sul metodo di studio » (44), è altresì vero che, dopo di allora, nulla più potrebbe essere considerato eguale a prima. L'ideologia della neutralità del diritto e dell'interprete si rivela per quello che è. Altro è richiesto al giurista: la capacità di contribuire per mezzo di categorie ordinanti concettualmente adeguate, la consapevolezza delle possibilità e dei limiti dell'opera che è sua. Non, quindi, gli atti di orgoglio che inducono a forme di legittimazione contrarie al sistema, ma neanche il cedimento rassegnato all'irrazionalità del volere costituito. Non l'autocompiacimento esoterico di chi coltiva un linguaggio ignoto ai più, né, per converso, il preconcetto rifiuto delle possibilità di un discorso teorico, bensì la ricerca, nel libero confronto fra le idee in spirito di tolleranza, dei modelli che la ragione è in grado di offrire al fine di un giusto contemperamento degli interessi in conflitto.

2. *I civilisti e la cultura giuridica.*

La cultura giuridica del neosistematico aveva i suoi punti fermi: oltre alla premessa rappresentata dall'autonomia del giuridico, il convincimento in ordine alla razionalità ed all'effettività della posizione eminente riferita allo Stato ed alla legge, da un lato, l'idea della centralità del codice e della validità euristica del dogma, dall'altro. Avvinceva il tutto la prospettiva logica del sistema, termine, questo, *a quo* e *ad quem* dell'impegno del giurista, mediante il quale indurre elementi di continuità rispetto all'approccio derivante dalla tradizione, così intendendosi quella di matrice pandettistica. Sul piano filosofico lo

(41) N. Irti, *Una generazione* cit., p. 984.
(42) N. Irti, *Una generazione* cit., p. 984.
(43) N. Irti, *Una generazione* cit., p. 984.
(44) P. Rescigno, *Conclusioni* cit., p. 1022.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sfondo neoidealistico, proprio dell'epoca, legittimava un atteggiamento, rispetto al quale peraltro può ben dirsi che l'interprete, fiducioso nell'autosufficienza dei propri strumenti, pressoché per definizione escludeva la necessità, e addirittura l'opportunità, di ricavare conforto altrove (45).

Non si trattava, in buona misura, di punti fermi « immaginari ». Lo Stato era lo Stato monoclasse del liberalismo (46) o lo Stato autoritario del ventennio (47), un'entità comunque pensata come entità forte, in grado di esprimere una sua *voluntas* per il tramite della forma tecnica della legge. La società civile aveva il suo ordinamento, riconosciuto dallo Stato e tuttavia (in parte) al riparo da esso anche qui per il tramite di una forma tecnica, quella del codice, equiparata in astratto alla legge nella gerarchia delle fonti e tuttavia nella sostanza espressiva di un suo rilievo costituzionale (48). Legge e codice aspiravano a porsi in quanto espressioni di razionalità non episodica. In ciò ne risultavano agevolati, soprattutto il codice, dal fatto di dover tener conto di un solo e semplice modello di riferimento soggettivo, l'individuo astrattamente libero, proprietario o imprenditore che fosse. I correttivi, che pure la codificazione del '42 avrebbe arrecato all'astrattezza della sua libertà e del suo volere, tali erano e non radicali inversioni di rotta (49). Tutto, come ad un esito naturale, convergeva alla concettualizzazione sicura di sé ed all'interconnessione coerente fra le parti, quindi al dogma ed al sistema.

L'entrata in vigore del testo costituzionale si sarebbe rivelata foriera del primo perno della crisi: non già un solo valore, quello dell'individuo, libero poiché proprietario o imprenditore, bensì una pluralità di valori articolata come articolata non può non essere una prospettazione che voglia tener conto di vari interessi non sempre di classe, di conseguenza patrimoniali ma anche non patrimoniali; non più

---

(45) In materia cfr. le osservazioni formulate da A. De Gennaro, *Introduzione alla storia del pensiero giuridico*, Torino, 1979, p. 483 ss.

(46) Sul passaggio da Stato monoclasse a Stato pluriclasse cfr. i rilievi formulati da M.G. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 35 ss.

(47) Sulle caratteristiche in tal senso riferibili allo Stato fascista cfr. in primo luogo le indicazioni contenute in L. Salvatorelli-G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, VI ed., Torino, 1964, p. 386 ss.; R. De Felice, *Mussolini il fascista*, Torino, 1968, p. 297 ss.; Id., *Mussolini il duce, ibidem*, 1974, p. 127 ss.; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1995, p. 169 ss.

(48) Che questa fosse in passato la posizione riferibile al Codice nel sistema, è noto. Meno nota è la posizione attuale di buona parte del Codice rispetto alla Carta costituzionale. Quale sia il rapporto da inscrivere fra i due testi normativi, se di reale precedenza della Corte costituzionale o, viceversa, se di parità di livello, è problema in parte trascurato. Per alcune indicazioni cfr. tuttavia gli autori raccolti in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, t. I, p. 5 ss. Cfr. peraltro quanto osservato più avanti nel testo.

(49) Ciò naturalmente presuppone la profonda diversità del Codice del '42 rispetto al suo precedente, diversità che, però, non incide sugli aspetti sopra indicati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la determinatezza precettiva di quasi ogni norma codicistica a svolgere la trama di un discorso in sé vasto e tuttavia semplice nella scelta di quanto era chiamato a costituirne il presupposto, bensì l'indeterminatezza meramente espressiva di un ampio orizzonte ermeneutico propria della norma costituzionale; non più al vertice dell'ordinamento un testo, il Codice, con tutto ciò che esso rappresentava come insieme di concetti e, pertanto, di acquisite indicazioni precettive, bensì un testo ben diverso, la Carta Costituzionale, teso a sanzionare il passaggio da un assetto liberale ad un altro, solidaristico o sociale o pluriclasse e tuttavia nella configurazione dei suoi precisi contenuti, tutti ancora da definire, rimesso, più di quanto fosse per il passato, all'opera di concretizzazione dell'interprete (50).

Il civilista tentò di opporsi a ciò che avvertiva come un pericolo per il mantenimento di un edificio concettuale accortamente realizzato nel corso di quasi un secolo (51).

Fu solo pigrizia concettuale la sua, o solidarietà di classe e di ceto e, come tale, « astuzia » politica (52)?

Non può dirsi, ché piuttosto la portata rivoluzionaria, dal punto di vista della cultura giuridica, del testo del 1948 era tale da non poter essere recepita in tempi brevi. Era in ballo, da un lato, un'idea dell'ermeneutica giuridica, come attività (a torto) meramente ricognitiva, e del ruolo del giurista, quale tecnico (a torto anch'esso considerato) neutrale; dall'altro, una concezione della certezza del diritto imperniata sulla tendenziale indistinzione nel farsi della norma tra momento della formulazione legislativa dell'enunciato e momento della sua interpretazione. Era in ballo, in definitiva, il tratto fisionomico di una cultura, comune all'occidente europeo, attraversata da momenti di dibattito anche acuto, da evoluzioni ed involuzioni (53), e peraltro, almeno in

---

(50) « È ufizio delle leggi stabilire su i casi che accadono piu frequentemente; ma gli accidenti, i casi fortuiti, gli avvenimenti straordinari non potrebbero esser il soggetto d'una Legge... Sonovi dunque moltissime circostanze, nelle quali un giudice si trova senza Legge; ed allora fa d'uopo lasciare al giudice la facoltà di supplire alla Legge coi lumi del criterio naturale, e del buon senso »: J. E. M. Portalis, *Riflessioni generali sul titolo preliminare del Codice civile*, trad. it. in *Motivi rapporti e discorsi per la discussione del Codice civile di Napoleone il Grande*, Firenze, 1806, vol. I, p. 13.

(51) Cfr. i saggi raccolti in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943.

(52) Per una significativa obbiezione per tutti cfr. F. Santoro-Passarelli, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali del diritto*, in *Studi* cit., p. 333 ss.

(53) È significativo il silenzio pressoché assoluto che all'indomani del nuovo testo costituzionale ne accompagna la vigenza nell'ambito della manualistica di diritto privato. Di esso è espressione il valore limitato con cui si guarda alle formule piu generali contenute nella Carta: per tutti cfr. R. de Ruggiero-F. Maroi, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 1961, p. 20 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Italia, destinata a durare nel tempo sostanzialmente non scalfita nel suo nucleo (54).

Furono i fatti e non il dibattito teorico a determinarne il superamento. Nel 1956 si aveva l'istituzione della Corte Costituzionale e il suo operato, da cui anche norme codicistiche non sarebbero risultate immuni, avrebbe condotto alla facile sconfessione di formule meramente difensive, quali quella della natura solo programmatica di determinate norme costituzionali. La crisi della legge, assunta come entità per definizione espressiva di interessi generali (o, comunque, sovraordinati), conseguenzialmente del legislatore nella sua capacità di provvedere in ordine al mutamento, avrebbe ridimensionato l'idoneità di un presupposto ad offrirsi in quanto tale nei confronti di un'immagine teorica complessiva (55).

Il terreno su cui poggiava la neosistematica era inevitabilmente destinato a franare.

Tuttavia ciò che aspirava a prenderne il posto non avrebbe rivelato maggiore consistenza.

Alla cultura della legge si affiancò, fino a sopravanzarla, quella dell'ideologia; alla cultura della norma si sostituì quella del valore, più spesso di ordine politico; alla cultura della certezza quella del relativismo e addirittura dello scetticismo; alla cultura del dogma e del sistema, cioè della costruzione concettuale, quella della pura descrizione del molteplice, dei « raccontini » di cui altri parla (56) o, per dire altrimenti, delle cronachette — legislative o giurisprudenziali — al posto delle sintesi coraggiose; alla cultura del diritto quella in definitiva, precedentemente tratteggiata (57), della « fuga » dal diritto. Chi, senza ripercorrere acriticamente le vie del passato, tuttavia rifiutò di far proprie le mode del presente per ciò stesso ebbe a condannarsi all'emarginazione.

Non sembra immune da quanto proprio dello spirito di un'epoca l'irriverente ironia esercitatasi nell'occasione dell'incontro veneziano intorno alla figura del neosistematico. Venne, questi, assimilato ad una sorta di Giano bifronte il quale, da un lato, insegnava « a fare, con i concetti, ciò che il compositore seicentesco faceva con i toni negli "Otto ricercari sopra li tuoni a quattro" » (58), dall'altro, volgendosi al più minuto enigma interpretativo, ne additava la soluzione sulla base di quei concetti da lui precedentemente foggiati e come il « saggista

---

(54) Un segnale, valido piu di altri, può essere individuato e riferito: nella letteratura privatistica domina il riferimento a Kelsen, cui corrisponde il disinteresse per Gény.

(55) Sull'uso ironico del termine « crisi » se utilizzato da parte delle nuove generazioni cfr. comunque R. Sacco, *Metodo* cit., p. 1002.

(56) Il riferimento è a M.S. Giannini.

(57) Cfr. *supra* p. 623 ss.

(58) P. Zatti, *Il « senso » delle generazioni*, in *La civilistica* cit., p. 1010.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proustiano... stregato dall'infinito e concentrato sul fucile a ripetizione dell'esercito bulgaro » (59) era fatale che finisse così per precludersi di « vedere la scena del mondo » (60).

All'immagine grottesca dello stereotipo che in tal maniera ne usciva rappresentato, altri, una volta imboccata la strada del linguaggio a tinte forti, avendo di mira le tendenze diffusesi nella dottrina più recente, avrebbe potuto opporre — e forse con maggiore fondatezza — un giudizio altrettanto duro: « le idee richiamate si presentano, dunque, come la resa del pensiero scientifico di fronte alle difficoltà nascenti dagli aspetti nuovi della realtà giuridica » (61). Al fantasticare o al bamboleggiare onanistico del neosistematico sarebbe, cioè, subentrata l'impotenza del contemporaneo.

Posizioni estremizzanti entrambe, scontavano in misura pressoché eguale il difetto di non tener conto della peculiare e diversificata realtà che faceva e fa da sfondo agli atteggiamenti teorici così del passato, come del presente. Ben poteva, infatti, il neosistematico elevarsi fino alle eccelse vette del concetto puro per poi trarne lumi ad orientare la soluzione in ordine al problema, anche di minor rilievo, poiché la sua era opera di reinterpretazione di un sistema, di cui peraltro permanevano unanimente e generalmente condivisi sia i valori costitutivi del vero nucleo che la metodologia costruttiva, sia, soprattutto, l'attitudine ad offrirsi quale immagine credibile del fenomeno giuridico e, addirittura, quale componente imprescindibile del suo più autentico in sé. Concetto e specificità episodica dell'« enigma » interpretativo rientravano a pieno titolo nell'attività del giurista e non gli precludevano la visione della scena del mondo (del diritto), poiché tale mondo era ordinato a sistema, un sistema nella cui struttura il consenso era un dato scontato e rispetto alla cui intrinseca attitudine a fondare operazioni deduttive naturalmente non poteva non trovare spazio l'attenzione riservata alla singola occasione di problematicità offerta dal contesto legislativo. Una volta smarritasi la fiducia nella logica, e quindi nei valori, rappresentativi di siffatto sistema era fatale subentrasse il disorientamento, originato in parte dalla difficoltà di organizzare all'insegna di un minimo comune denominatore l'affollarsi di un materiale per sua consistenza sconosciuto al passato, in parte dall'incapacità del legislatore di dominare l'universo dei problemi, di esprimere al riguardo una sua visione progettuale unitaria ed esauriente, di non rilasciare conseguentemente vasti territori all'opera di supplenza effettuata dal giudice e, per ciò stesso, ampie possibilità al radicarsi fra gli interpreti di

(59) P. Zatti, *Il « senso » delle generazioni* cit., *loc. cit.*
(60) P. Zatti, *Il « senso » delle generazioni* cit., p. 1011.
(61) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 932.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

divergenze valutative in ordine all'apprezzamento delle scelte di fondo da effettuare (62).

Che ad uno stato di cose siffatto possa ovviarsi richiamando ad « un coerente e consapevole linguaggio » (63), quale segno efficace di « criteri e... di idee che costituiscano, legandosi tra loro, un coerente apparato di strumenti della conoscenza« » (64), può senz'altro accettarsi, ma a livello di iniziale, e in parte scontato, richiamo di ordine metodologico. La mente corre ai contributi conoscitivi offerti al giurista dall'analisi del linguaggio. Ad essa si affianca, ampliandone le prospettive, la dimensione dell'ermeneutica. Il civilista, alla ricerca di strumenti nuovi, non esita a proclamare la necessità di fare ad entrambe fiducioso ricorso (65).

E, in effetti, ausilio può venirne sotto il profilo della consapevolezza in ordine alle possibilità ed ai limiti delle operazioni concettuali realizzate dal giurista, in ordine, quindi, alla reale valenza delle categorie discorsive da esso impiegate. Filosofie, peraltro, espressive di un tempo di crisi della « filosofia » — o, per utilizzare di una formula invalsa nell'uso corrente, di « pensiero debole » (66) —, non sembrano di per sé destinate a risolvere il problema costruttivo che è il principale ad offrirsi oggi al giurista. Nella sua sostanza esso è problema innanzitutto di contenuti e, solo successivamente, di formule adeguate a tali contenuti. Nel reperimento dei contenuti più adeguati il giurista non potrà aspettarsi altro aiuto che da se stesso, dalla propria saggezza ancor più che dalla propria sapienza (67). In ciò il disvelamento del « cuore segreto dell'orologio » (68) (che il diritto è), dei suoi più reconditi meccanismi quali perverranno ad essergli manifestati dall'analisi del linguaggio, dall'ermeneutica, dall'indagine in ordine alle tecniche argomentative, dallo strutturalismo — o da altro ancora — non potrà essergli di aiuto più di quanto gliene sarà il ricrearsi all'interno della

---

(62) Su tali aspetti cfr. quanto rilevato da S. Rodotà, *Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *La civilistica* cit., p. 463 ss.

(63) P. Zatti, *Il « senso » delle generazioni* cit., p. 1015.

(64) P. Zatti, *Il « senso » delle generazioni* cit., p. 1015.

(65) Un riferimento per tutti, sia per l'una che per l'altra: cfr. N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, in particolare p. 63 ss. e L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 6 ss.

(66) Cfr. G. Vattimo e P.A. Rovatti (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 1983.

(67) « Il riferimento della scienza giuridica alla realtà è un tema primario e forse è il tema fondamentale della nostra responsabilità di esperti; lo è soprattutto quando il giurista deve confrontarsi con i grandi mutamenti secolari della società del suo tempo »: così F. Wieacker, *Pandettistica e rivoluzione industriale*, in *Diritto privato e società industriale*, trad. it., Napoli, 1983, p. 110. Osservazioni analoghe in G.B. Ferri, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *La civilistica* cit., p. 336.

(68) Per rifarsi al titolo del libro di « appunti » di E. Canetti, *Il cuore segreto dell'orologio,* trad. it., Milano, 1987.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coscienza sociale di un tessuto unitario di valori venuto meno, in Italia più che in altra parte dell'occidente europeo cogli sconvolgimenti successivi al '68, dipoi non ricostituitosi all'indomani della caduta del muro di Berlino e solo da poco in (almeno apparente) fase di lenta e faticosa ricomposizione.

Al compimento dell'opera gioveranno anche gli apporti conoscitivi provenienti dalla comparazione, qualora di ciò realmente si tratti e non di pure e semplici « spigolature », per di più non di rado effettuate in abito di provinciale, stupefatta devozione nei confronti dell'esperienza giuridica straniera visualizzata, soprattutto oggi se angloamericana (69).

Gioverà altresì, seppur su un piano in parte diverso, la disponibilità dello stesso cultore del diritto positivo all'indagine storica o, quanto meno, la sua disponibilità a non rifiutare come altro da sé, nella quotidianità del suo impegno, la prospettiva che è della storia. Potrà essa, infatti, consentire che non si abbiano distorsive ed acritiche ripetizioni di moduli inattuali, né demonizzazioni o invettive strumentali, bensì più equilibrati giudizi sul dipanarsi di sequenze spesso fra loro non sempre così ripetitive, contraddittorie o innovative come all'immediatezza di un'osservazione superficialmente appare (70). Potrà, soprattutto, far sì che si abbia ciò che di quanto aspiri a porsi come scienza costituisce la struttura portante, vale a dire il senso unitario di un'esperienza di riflessione che si svolge nel tempo differenziandosi nei contenuti e peraltro, per sua necessità vitale, non potendosi non alimentare nel presente, per condividerlo o rifiutarlo, anche di ciò che appartiene al suo passato (71).

3. *I civilisti e il metodo giuridico.*

Il profilo verso cui tutto converge è quello del metodo.

Esisteva, esso, in passato e per un lungo periodo dette buoni frutti. Era il metodo positivo, o tecnico-giuridico. Le due fasi, in cui ebbe ad articolarsi lungo un arco di tempo di circa un secolo, quella dell'esegesi e quella della sistematica, pur diverse nella forma non lo erano nella sostanza, poiché uno, il precetto legislativo, era il riferimento esclusivo o assorbente cui l'interprete era chiamato ad applicarsi. Sopravvisse, perdendo progressivamente vitalità, finché agli occhi del civilista i

(69) Un atteggiamento viceversa aperto all'elogio incondizionato dei contributi offerti dai c.d. comparatisti in R. Sacco, *Metodo* cit., p. 1005. Più cauto S. Patti, *Temi e metodo di una generazione di civilisti*, in *La civilistica* cit., p. 997 ss.

(70) In senso analogo cfr. A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 932 ss.

(71) Osservazioni del genere, svolte peraltro nell'ambito della storia della scienza, in G. Holton, *Scienza educazione e interesse pubblico*, trad. it., Bologna, 1990, p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concetti che ne erano derivati non si tramutarono in dogmi (72) e il sistema, che ne descriveva il reciproco rapporto, non divenne una parola vuota. Da allora, ed erano gli ultimi anni sessanta, il fenomeno cui si assiste parrebbe segnato da una sorprendente contraddizione. Il metodo proveniente dalla tradizione post-pandettistica viene reso oggetto del più risoluto ostracismo, fra i giovani civilisti nessuno più osa non tanto dichiararsene seguace, quanto solo riaffermarne un singolo aspetto e tuttavia il patrimonio degli strumenti concettuali che ne erano derivati non appare, almeno a grandi linee, accantonato. L'attenzione, come in parte è ovvio (73), risulta attratta dai fenomeni nuovi offerti dall'evoluzione della prassi nella cui analisi, peraltro, pur facendosi impiego anche di quelli che ormai si vuole siano meri dogmi, non è, quanto meno dai più, utilizzato il metodo che ne era all'origine né altro che, per sua consistenza e per riflessa consapevolezza che se ne abbia al riguardo, possa aspirare ad essere considerato tale. È la stagione dell'empiria, di cui altri parla (74), più che dello sperimentalismo, dal momento che quest'ultimo, per così essere nell'effettività, non può non pretendere si abbia coscienza, quand'anche in misura minima, in ordine allo statuto logico dei mezzi impiegati ed alla (pretesa) più rilevante portata dei risultati perseguibili. È altresì la stagione delle abiure di occasione o, viceversa, degli episodi da congiura del silenzio a strumentalmente minimizzare la rilevanza di un problema per contro reale, o anche ad evidenziare l'ottusa incapacità di percepirne la fondamentale incidenza.

Non esita taluno a manifestare il proprio disappunto a fronte dell'improvvisazione di ordine metodologico, da cui gli studi recenti di diritto civile risultano affetti, nonostante le premesse, considerate favorevoli al ricostituirsi di una metodologia unitaria e più adeguata rispetto a quella acquisita, che si sarebbero create a seguito del movimento di revisione critica sviluppatosi per la quasi totalità dei due decenni fra il 1960 ed il 1980 (75). Può viceversa dubitarsi che quanto ne integrava il nucleo recasse in sé l'attitudine a reagire in modo diverso da ciò che inevitabilmente se ne ebbe. L'incertezza dal punto di vista di un'affidabile approccio tecnico, che per lo più ne costituiva il tratto fisionomico, valeva a consentire aperture suggestive, fors'anche all'epoca — o in assoluto — necessarie, ma incontrollate o eclettiche e, per ciò stesso, non poteva agevolare né la formazione né la trasmissione di un metodo rigoroso, quanto piuttosto esaurirsi nel solo compimento di un'opera di

---

(72) La vicenda appare correttamente riprodotta in L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *op. cit.,* p. 19 ss.

(73) Argomenti, come, ad esempio, quello della responsabilità civile risultano particolarmente attraenti ed attirano su di sé l'attenzione dello studioso.

(74) Cfr. P. Zatti, *Il « senso » delle generazioni* cit., p. 1013.

(75) Fra i vari che potrebbero citarsi cfr. L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, XXXII (1985), p. 471 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

revisione critica del passato. L'obbiettivo che soprattutto si intendeva colpire era costituito dalle degenerazioni concettualistiche della neosistematica. L'esito, cui si pervenne, fu però anche di porre in dubbio la possibilità stessa di un pensare giuridico per concetti normativi. Accadde così che il civilista e, in particolare, le più giovani generazioni ebbero a ritrovarsi senza un metodo e col compito, gravoso e indifferibile, e peraltro non da tutti avvertito come tale, di considerare l'esigenza di misurarsi su un terreno siffatto quale il primo e il più delicato dei problemi da affrontare (76).

Una risposta formulatasi al riguardo muove dalla constatazione che « gli interessi dei gruppi e delle classi, componendosi e scomponendosi nel nuovo contrattualismo, generano una perenne e convulsa fluttuazione » (77) normativa e che per lo studioso del diritto civile « sarebbe inutile e artificiale » (78) pretendere di « costruire su questo terreno, così erratico e franoso, la razionalità del sistema » (79). Verrebbe ad essere scavato « un solco profondo tra l'astratta superbia del giurista e le delusioni del cittadino » (80). « Meglio allora "per il civilista" attendere alla fatica dell'esegesi, indicando alla società pratici criteri di comportamento, e scoprendo, di volta in volta, piccoli ed unitari sistemi di norme » (81). Sarebbe, questa, « l'unica, o ultima, razionalità » (82) consentita dai tempi al pensiero civilistico (83).

Non poteva da altri non obbiettarsi che chi suggerisce « di fare tornare lo studio del diritto nei canali dell'esegesi » (84) cancella « d'un colpo quel salto qualitativo che esso ha compiuto allorché adottando il metodo sistematico e collocandosi al livello dogmatico, si è proposto come autentica e completa scienza ermeneutica, pervenuta, mediante l'elaborazione della teoria generale del diritto, a una matura consapevolezza metodologica » (85).

In realtà, volendosi storicizzare la proposta teorica della neoesegesi, ad imporsi è un rilievo attinente non tanto, o non solo, alla senz'altro discutibile consistenza della prospettiva metodologica additata, quanto, piuttosto, alla conclusività di quel che ne fornisce la premessa logica, così intendendosi la (pretesa) odierna inattualità euri-

---

(76) Per un rilievo in tale prospettiva per tutti cfr. C. Castronovo, *C'è metodo in questo metodo*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1990, p. 199 ss.

(77) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 981.

(78) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 982.

(79) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 982.

(80) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 982.

(81) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 982.

(82) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 982.

(83) La conclusione dell'indagine svolta da N. Irti è nel senso della « complessità » e nel modo di intenderla da parte di E. Morin, *Le vie della complessità,* in G. Bocchi e M. Ceruti (a cura di), *La sfida* cit., p. 49.

(84) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 931.

(85) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 932.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stica della sistematica in dimensione totalizzante. In tale ottica deve senz'altro riconoscersi alla neo-esegesi l'attitudine a collocarsi al centro del problema, integrando, quello della configurabilità del sistema, il vero nodo cruciale di un discorso metodologico che miri a risultare non inadeguato ai tempi. È dubbio, peraltro, che, constatata la « perenne e convulsa fluttuazione » del precetto legislativo e riconosciuta l'esistenza e l'intellegibilità di « piccoli ed unitari sistemi di norme », se ne abbia anche, e di per sé, l'inopportunità di pervenire all'affermazione di un momento sistematico dal quale il tutto risulti avvinto. In linea astratta, infatti, o si ritiene che i (circoscritti) « pratici criteri di comportamento » di cui si parla siano idonei ad esaurire gli interrogativi in ordine ai quali il giurista è chiamato a pronunziarsi — e in tal maniera opinando si finirà anche per accreditare un'immagine del giurista inevitabilmente appiattita se non addirittura priva di una sua propria identità culturale (86) —; o si ritiene, con molta maggiore verosimiglianza, che così non sia e allora risulterà inevitabile ammettere, e altresì constatare nei fatti (87), il ricorso ad un patrimonio di idee, qualunque ne sia lo statuto logico che ad esso voglia riconoscersi, utilizzabile ed utilizzato in prospettiva sistematica.

Collocandosi, come parrebbe inevitabile, in tale seconda prospettiva quanto se ne ha è la rilevanza duplice di uno stesso interrogativo, attinente, cioè, per un aspetto alla consapevolezza critica circa la reale incidenza di quei contenuti elevati (cripticamente o meno) a componenti del sistema, per un altro alla sostanza dell'operazione discorsiva realizzata per effetto della configurazione e dell'applicazione dell'immagine di quest'ultimo.

Non può essere qui la sede per esaurire e neanche adeguatamente impostare un ragionamento in ordine a temi di così ampia portata, rispetto ai quali, oltretutto, il dibattito contemporaneo, in particolare nell'ambito della letteratura giuridica non italiana, si è fatto via via sempre più diffuso e attraversato da vivaci articolazioni al suo interno (88). Fra i pochi punti fermi suscettibili di essere segnati, seppur in

---

(86) In tale prospettiva cfr. P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese, e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini,* 17 (1988), p. 527 ss.

(87) Vale la pena ricordare le espressioni di K.R. Popper, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, in *Scienza e filosofia*, trad. it., Torino, 1969, p. 128: « La regola "purgatevi dai pregiudizi" ... significa "purgate la mente da tutte le teorie". Ma la mente, così purgata, non sarà una mente pura: sarà solo una mente vuota ... Noi operiamo sempre con teorie, anche se spesso non ne siamo consapevoli. L'importanza di questo fatto non dovrebbe mai essere sminuita. Piuttosto dovremmo tentare, in ciascun caso, di formulare esplicitamente le teorie che sosteniamo: ciò infatti ci dà la possibilità di cercare teorie alternative, e di discriminare criticamente fra due teorie ».

(88) Per tutti cfr. C. Atias, *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques,* Paris, 1987, p. 119 ss.; P.S. Atiyah-R.S. Summers, *Form and substance in Anglo-american Law. A comparative study in legal reasoning, legal theory and legal*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forma succinta e disorganica, vi è che non si ha conoscenza giuridica se non mediata per il tramite dell'elaborazione, coerente e ordinata, di concetti espressivi di regole di azione e, per ciò stesso, di razionali sintesi assiologiche circa la prevalenza nella tutela da accordare ad un singolo interesse rispetto ad altri. La riaffermazione che ne venne effettuata nella circostanza dell'incontro veneziano risultò chiara, perentoria ed opportuna: come « il sapere, per definizione, non sarebbe sapere, cioè qualcosa di più di un insieme di conoscenze giustapposte, senza un ordine » (89) e come « l'ordinamento e il coordinamento delle conoscenze... non possono verificarsi o perfezionarsi senza il potenziamento dei processi naturali o spontanei di generalizzazione e classificazione dei dati, con la elaborazione di categorie e la formulazione di leggi e principi (dogmi) » (90), così con riguardo al diritto « la conoscenza sintetica si conquista mediante la enucleazione dei principi che sorreggono l'ordinamento giuridico, con la loro collocazione lungo una scala gerarchica edificata sulla base del diverso rango che ad essi deriva dai valori giuridici che stanno rispettivamente a loro fondamento, e con la loro diversa latitudine operativa come discende dal livello di pluralità che ciascuno di essi raggiunge » (91). Quelli che pervengono in tal maniera ad acquisirsi sono i concetti giuridici, cioè « i concetti che hanno per oggetto valori giuridici, sia sotto il profilo della rilevanza degli interessi che motivano l'intervento del diritto — l'essere della loro verificazione — sia sotto il profilo della loro efficacia attraverso l'azione prescritta dal diritto — il dover essere della loro realizzazione — » (92). Dogmatica e sistematica, quali « due facce — rispettivamente quella sostanziale e quella formale — della medesima medaglia » (93), svolgono della metodologia giuridica il più autentico in sé o, per altro verso, ne costituiscono lo « sbocco... inevitabile e irreversibile » (94): « oggi non può ottenersi una strutturazione razionale della conoscenza giuridica senza l'impiego dei concetti sostanziali della dogmatica e non si può presentare un autentico sistema scientifico senza individuare e indicare le nervature sostanziali dei suoi principi; a sua volta la elaborazione dei dogmi di un ordinamento giuridico non può prescindere dal sostegno della organizzazione sistematica dell'intero diritto positivo » (95).

Così è senz'altro se della comprensione del giuridico il paradigma che voglia offrirsi aspiri alla scientificità. Ma la dogmatica quale « ri-

---

institutions, Oxford, 1987, p. 409 ss.; W. Twining-D. Miers, *Come far cose con regole*, trad. it., Milano, 1990, p. 407 ss.

(89) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 934.
(90) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 934.
(91) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 941.
(92) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 948.
(93) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 958-9.
(94) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 958.
(95) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 958.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cerca dei concetti e dei principi più generali che caratterizzano un ordinamento giuridico... rientra nella ermeneutica giuridica » (96) e ciò consente di effettuare un passo ulteriore: da quanto in linea logica è necessario perché si abbia conoscenza adeguata del giuridico alla natura dell'attività che a tal fine risulta concretamente dispiegata. Essendo quella del fenomeno giuridico comprensione ermeneutica, come del resto è in generale quanto meno per le scienze cosiddette umane (97), fatalmente ne viene che la dimensione *lato sensu* esistenziale dell'io che pone se stesso quale interprete non risulti estranea alla specificità dell'atteggiarsi del processo intellettivo e viceversa, in misura maggiore o minore, operi in collegamento dialettico coll'oggetto visualizzato nel senso di subirne l'influenza e, al tempo stesso, di influenzarne l'immagine in quei limiti, peraltro, che appaiano razionalmente ammissibili. Per di più è proprio in particolare, e tuttavia non esclusivamente, dell'ermeneutica giuridica che l'occasione al farsi della medesima incida sulle forme del suo atteggiarsi e, quindi, che il dispiegarsi della casistica sia anche il presupposto per un arricchimento di comprensione del testo interpretato. Tanto, assieme a quanto richiamato prima, fa sì che non risulti infondato un rilievo e cioè che ogni atto di interpretazione vale in sé anche quale atto di applicazione al caso concreto che ne costituisce l'antecedente (98).

L'opera di concettualizzazione necessaria realizzata dal pensiero giuridico è, pertanto, alla sua radice opera di natura ermeneutica, come tale subordinata alle esigenze della logica, ma non esclusivamente riducibile nell'ambito di quest'ultima (99). Ciò consente di guadagnare una visione maggiormente realistica del modo di essere della metodologia giuridica e però ne rende gli equilibri più precari di quel che la tradizione positivistica fosse disponibile ad ammettere.

Il rilievo direttamente incide sull'aspirazione al delinearsi di alcunché di assimilabile ad un momento di chiusura, cui potersi rinviare nell'intento di far sì che al dispiegarsi ed al verosimile divergere dei procedimenti ermeneutici si opponga quanto appaia idoneo, per sua tendenziale se non assoluta oggettività, a consentire sulla sua base di verificarne l'attendibilità. Poté fungere allo scopo l'idea del diritto positivo come *ius in civitate positum*, entità che si pretendeva del tutto oggettivabile e oggettivata in quanto frutto di un atto di volontà di provenienza normalmente legislativa (100). Poté altrettanto, e se ne ha

---

(96) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 946.

(97) N. Irti, *Una generazione* cit., in *La civilistica* cit., p. 981.

(98) Per un rilievo in tal senso cfr. H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it., Milano, 1983, p. 358 ss.

(99) Così anche G. Tarello, *I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione*, in *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 430 ss.

(100) Cfr. in materia in vario senso i saggi raccolti in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oggi un consistente accenno di ripresa (101), la contrapposta idea del diritto naturale, di un diritto, cioè, anch'esso oggettivabile e oggettivato poiché (ritenuto) conforme a quel che si vuole che dell'uomo sia per natura.

Parrebbe in una certa misura richiamare alcunché di giusnaturalistico la prospettiva, dalle lontane ascendenze savigniane (102), del sistema giuridico reale ribadita a Venezia con particolare autorevolezza. Si tratterebbe comunque, e non sarebbe cosa nuova, di un giusnaturalismo non metastorico, bensì vitalmente innestato nella specificità e nella contingenza di un determinato contesto sociale (103). Vuole, infatti, col concetto di sistema giuridico reale argomentarsi in ordine ad « un duplice postulato: che l'insieme delle norme in considerazione, anche anteriormente a sistemazioni legislative (ad esempio, codici ben riusciti), è compaginato da nessi di solidarietà deontica per cui la regola di azione è identificabile nella sua portata ultima ed effettiva solo reintegrandola nell'universo normativo di cui fa parte; che tale insieme abbia una sua collocazione nel mondo della realtà empirica » (104). Ne consegue che l'attività di interpretazione e di concettualizzazione articolata nelle due forme, distinte e tuttavia convergenti, della dogmatica e della sistematica in tanto approda a risultati attendibili in quanto si riveli « in grado di rappresentare correttamente la realtà attuale dell'ordinamento giuridico » (105) e cioè di riprodurre nei modi riflessi che sono propri della considerazione scientifica quell'insieme di valori giuridici, di natura in sé spirituale e nondimeno appartenenti all'ordine reale dei fenomeni, per mezzo dei quali riceve contenuto una determinata idea di giustizia e ne risulta specificata la sua appartenenza alla dimensione culturale che qualifica storicamente l'aggregato sociale di riferimento.

Quanto parrebbe potersi osservare a proposito di siffatto concetto di un sistema giuridico reale è che senz'altro ogni ordinamento giuridico nella sua fisionomia più generale aderisce a quel che contraddistingue per connotazione culturale (ma anche per una pluralità di altri fattori, com'è, *in primis*, della distribuzione dei rapporti di forza economica e politica fra classi, gruppi, aggregazioni d'interessi) l'organismo sociale che ne rappresenta il presupposto e tuttavia ben difficilmente tanto appare idoneo ad acquisire rilievo giuridico di per sé, reale, quindi oggettivo, così da imporsi all'interprete in maniera decisiva al momento dell'estrinsecarsi dell'opera che è sua, in assenza, cioè, di un

---

(101) Per tutti cfr. L. Lombardi Vallauri, voce *Diritto naturale,* in *Digesto delle discipline privatistiche — Sez. civ.*, Torino, 1990, vol. VII, p. 315 ss.

(102) Cfr. F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1886, vol. I, p. 220 ss.

(103) Cfr. L. Lombardi Vallauri, *op. cit.*, p. 319 ss.

(104) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 940.

(105) A. Falzea, *Dogmatica* cit., p. 963.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apprezzamento compiuto dal medesimo interprete circa la natura ed il rilievo del valore giuridico cui far capo o al quale riconoscere prevalenza. Altro è che, soprattutto in sede storica, guardandosi all'ordinamento giuridico per come realizzatosi in fatto attraverso l'azione congiunta del legislatore, del giudice e della dottrina possa riconoscersi un rapporto tra profili culturali e forme della disposizione normativa che sarà, però, quello attuatosi per effetto dell'intermediazione di ordine soggettivo (intendendosi per soggetto anche il legislatore) che sempre presiede al farsi del precetto giuridico.

Quand'anche si ritenga che così non sia, rimane comunque il fatto che quanto ascritto a contenuto del sistema giuridico reale risulta così indefinitamente caratterizzabile nei suoi specifici aspetti da non potersi, almeno di norma, prestare ad un'efficace utilizzazione, in difetto, quindi, di un'attività di ridefinizione, tutt'altro che scontata nei criteri e negli esiti, rimessa sia all'autore della disposizione normativa sia all'interprete chiamato a concretizzarne la sostanza.

A considerazioni non dissimili sembra prestarsi l'orientamento di chi, Luigi Mengoni, che, ribadita ai fini del pensiero giuridico l'importanza di un momento di suo sviluppo sistematico (perché ne conseguano garantite « l'esigenza di giustizia che vuole trattamento uguale dei casi oggettivamente uguali, e l'esigenza politica di certezza del diritto — almeno in una certa misura —, cioè di stabilizzazione delle aspettative sociali di comportamenti individuali e di gruppo » (106), ne concepisce l'odierna peculiarità non nel senso, tradizionalmente positivistico, della datità di un insieme di concetti ricavabili per astrazione generalizzante dal precetto legislativo e idonei a decidere di ogni specifico episodio di applicazione del diritto nelle forme logiche della deduzione, bensì nella prospettiva, in parte diversa, che è dell'atteggiamento mentale il quale non intenda limitare se stesso ad una visione atomistica dei fenomeni singolarmente presi. Sistema, in tale ottica, diviene piuttosto sintomo di esigenza di sistematizzazione o altresì di attività concettuale sistematizzante nell'inconclusa perennità del suo farsi (107). Dal punto di vista giuridico ad accettare la validità di un'impostazione siffatta incoraggiano sia il più evidente fra i tratti fisionomici da cui risulta contraddistinto l'ordinamento giuridico odierno, cioè la subordinazione dello stesso a « valori etico-sociali... ai quali rinvia la Costituzione come misura assiologica di controllo del diritto positivo » (108), sia l'idea di sistema aperto che fatalmente ne consegue (109).

---

(106) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico,* in *Diritto e valori* cit., p. 96.

(107) Cfr. N. Hartmann, *Zur Methode der Philosophiegeschichte,* in *Kleinere Schriften,* vol. III, Berlin, 1958, p. 5 ss.

(108) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., pp. 97-8.

(109) Per la cui sostanza cfr. già F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Che un pensiero giuridicamente razionale non possa non essere un pensiero il quale tende anche alla sistematica, è indubbio. Che possano derivarne conseguenze decisive con riguardo alle « scelte valutative operate nel contesto dell'invenzione ermeneutica » (110), nel senso di evidenziarne la « giustapposizione » o il « fondamento » solo quando « risulteranno integrabili nel sistema » (111), cosicché « sia possibile tramutarle, mediante il pensiero dogmatico, in concetti descrittivi di fattispecie sussumibili sotto una regola o una prevista eccezione » (112), lo è meno o solo a seguito di alcune necessarie precisazioni.

Nella logica del sistema aperto, infatti, il sistema da concetto rappresentativo del « reale » — come si vuole che sia dei dogmi in quanto ricavati dalla disposizione legislativa (113) — si tramuta, pur non evitando di rivelare tracce del precedente tradizionale significato, in argomento a sostenere razionalmente sia la scelta di estendere l'ambito di incidenza di un determinato precetto normativo, peraltro anch'esso individuato a seguito di precisa scelta valutativa, sia l'ulteriore o concomitante scelta di istituire fra precetti normativi un rapporto di compatibilità e di implicazione. Diviene, quindi, idoneo a giustificare alcunché dell'operazione compiuta non in senso assoluto, bensì relativo, relativo cioè alla coerenza interna di un discorso che, per sue innegabili esigenze, voglia evitare di farsi o episodico o settoriale.

Accresce il margine di discrezionalità che in tal modo è da riconoscere all'utilizzazione dell'argomento sistematico il suo far capo più spesso a riferimenti indeterminati, com'è dei valori, dei principi o dei sempre più frequenti episodi di impiego della tecnica di formulazione del precetto legislativo per il tramite di clausole generali (114).

Rimane, ed è altamente significativa, l'aspirazione alla conquista di una razionalità non puramente legislativa o formalistica che attraversa il dibattito odierno sul metodo e che tuttavia rivela difficoltà dell'interprete nel rendersi protagonista pressoché assoluto di un'impresa nel compimento della quale non gli è di aiuto l'incapacità, solo in parte fisiologica, del legislatore di padroneggiare il mutamento e, *a fortiori*,

---

trad. it., Milano, 1980, vol. II, p. 369 ss.; K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica,* trad. it., Milano, 1960, p. 187 ss.; J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto,* trad. it., Napoli, 1983, p. 138 ss.

(110) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., p. 95.

(111) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., p. 95.

(112) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., p. 95.

(113) Nella versione tradizionale del concetto di dogma giuridico, per tutti cfr. S. Pugliatti, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali,* in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica,* Milano, 1951, p. 665; Id., *La logica e i concetti giuridici, ibidem,* p. 671.

(114) Sul ruolo svolto da tutto ciò al fine di condensare una visione riformistica del diritto civile il rinvio è *in primis* a S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile,* in *Riv. dir. comm.,* 1967, I, p. 91 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'inevitabile frammentarietà del discorso giurisprudenziale (115). Da qui l'aspirazione, come già rilevato, al farsi di un momento di chiusura che renda in qualche modo criticamente controllabile l'*iter* argomentativo attraversato e peraltro l'ineludibile fragilità di siffatto criterio di controllo per la sostanza tipicamente valutativa che è anche della natura del medesimo.

Importante allora è che nel momento in cui si sceglie o, come nel momento attuale, si è costretti a guardare a fondo nel metodo giuridico non si corra il pericolo, esorcizzato a parole ma non tanto da evitare che in qualche caso non se ne abbiano ricadute, di tradire l'essenza oggettivamente non « quantizzabile » di un fenomeno — o quanto meno di illudersi di sfuggirvi —, la cui trattazione pertanto sarà adeguata se avrà tutta la chiarezza compatibile con la materia che ne è l'oggetto. Poiché, quindi, ciò che è giusto presenta tante differenze e fluttuazioni, che è diffusa l'opinione che essi esistano solo per convenzione, e non per natura, bisogna contentarsi, quando si parla di tali argomenti con tali premesse, di mostrare la verità in maniera per lo più approssimativa.

3.1. *I civilisti e i generi letterari.*

L'incertezza sul metodo non manca di riflessi sull'adozione dei modelli letterari di esposizione della materia. Non si hanno radicali cesure rispetto alla tradizione e tuttavia, a partire dagli ultimi anni settanta, il panorama al riguardo evidenzia aspetti non immeritevoli di considerazione.

Al classico commentario del codice civile promosso da Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, peraltro tuttora incompiuto, si affianca il commentario diretto da Piero Schlesinger (116). Una rivista, le *Nuove leggi civili commentate*, si propone di illustrare con continuità, nella forma appunto del commento, l'avvicendarsi della legislazione speciale più significativa.

Nelle più prestigiose riviste civilistiche compare una rubrica nuova, denominata *Sintesi di informazione* (117) o *Sentenze d'un anno* (118), e comunque con obbiettivi e caratteristiche nell'un caso e nell'altro pressoché analoghi. Quello della *summa* compilativa su specifici argomenti — di cui ovviamente non mancavano esempi nel passato — è comunque un genere cui arride il successo e anche un'ulteriore rivista,

---

(115) Motivi, questi, su cui cfr. R.A. Posner, *The problems of Jurisprudence,* Cambridge-London, 1990, p. 423 ss.

(116) Riconducibili al genere del commentario, peraltro piu brevi, sono i commentari al codice civile diretti, l'uno, da P. Perlingieri, l'altro da P. Cendon.

(117) Così nella *Rivista di diritto civile.*

(118) Così nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La nuova giurisprudenza civile commentata, sceglie di farvi costante ricorso.

La stessa *Nuova giurisprudenza civile commentata* inaugura uno stile di nota a sentenza in parte diversificato quanto meno sotto il profilo di una più ordinata scansione nella sequenza espositiva. Sempre sotto il profilo giurisprudenziale ancora una rivista, *Contratto e impresa*, che fa del dialogo colla giurisprudenza la propria nota caratterizzante, presenta la novità di brevi saggi ampiamente intessuti nel testo di brani di sentenze ad intercalare lo sviluppo delle considerazioni proprie dell'autore, laddove, in chiave monografica, a ciò sembra corrispondere in parte la diffusione del *case-book* di chiara ascendenza anglo-americana.

All'immagine consueta e naturale del trattato, quale opera di un singolo o di più autori, ognuno dei quali, però, chiamato ad elaborare un'intera monografia su un determinato istituto, si affianca quella del trattato con frammentazione degli argomenti relativi ai singoli istituti fra una pluralità di collaboratori e colla premessa, volta ad "unificare" il materiale raccolto nei volumi relativi a ciascun libro del codice, costituita dall'introduzione agli stessi ad opera del direttore del trattato, Pietro Rescigno (119).

Quella del "banco di lavoro comune" è pur essa una prospettiva cui sembra arridere il successo, poiché muovendo dal genere letterario del trattato tende a trasmigrare in quella del manuale di Istituzioni di diritto privato (120).

Quanto di tutto ciò sia il frutto di motivazioni, per così dire, contingenti, non fondate quindi su chiare premesse di ordine metodologico perseguite con coerenza, non sempre è facile dire. Opportuno senz'altro sarebbe distinguere fra l'uno e l'altro degli aspetti richiamati e, a non correre il rischio di valutarne impropriamente il rilievo, non meno opportuno sarebbe sottolineare che permangono, e ben vitali, i generi — manuale, trattato, monografia di maggiore o minore estensione tematica, nota a sentenza — nella purezza che è del concetto o della configurazione tradizionale di ciascuno di essi.

Un rilievo sembra comunque potersi formulare ed è che in special modo i modelli espositivi nuovi o diversificati, anche laddove risultino esposti a scontare il ridimensionamento che è della prevalente incidenza di ragione « spurie », nondimeno valgono a far sì che per loro tramite ne appaiano evidenziati sia il prevalere dell'aspirazione alla maggior concretezza, che si vorrebbe fosse della considerazione del dato assunto in sé e per sé; sia, corrispondentemente, il diffondersi della sfiducia nei

---

(119) Successivamente raccolti in volume di P. Rescigno dal titolo *Introduzione al Codice civile,* Roma-Bari, 1991.

(120) Cfr. il manuale di piu autori, a cura di M. Bessone, *Istituzioni di diritto privato*, II ed., Torino, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confronti delle operazioni a valenza sistematica o, altresì, di maggior impegno teorico-costruttivo (121).

È in questa stessa logica che deve guardarsi alla riproposizione della formula del commentario, in primo luogo riconoscendo all'origine della sua scelta un preciso significato di ordine metodico, consistente, cioè, nella reazione agli eccessi ideologici di cui agli anni immediatamente precedenti e nel conseguente richiamo indirizzato al civilista a fare del testo di legge il primo (se non esclusivo) oggetto del proprio impegno di studio.

A Venezia chi si era fatto espositore dell'odierna inattendibilità di altro dalla neo-esegesi non poteva non salutare con favore il ritorno in auge di un siffatto genere letterario (122), se non del tutto accantonato quanto meno collocato nello sfondo ad opera della neo-sistematica. E tuttavia anche a questo proposito un rilievo s'impone: un commento, che voglia essere autenticamente tale, pressoché mai potrà avvalersi di categorie, paradigmi e concetti esclusivamente desunti da quel che ne costituisce oggetto e ne svilupperà, anzi, considerazione adeguata se saprà con consapevolezza collocarsi su un piano non soltanto riferibile alla ristretta specificità di quest'ultimo. Tanto per altrimenti dire che, se al commentario deve riferirsi una più immediata predisposizione a consentire una prospettiva di studio di tipo analitico e se vuol richiamarsi all'opportunità di particolarmente curare siffatta prospettiva, non può di per sé conseguirne che quella dell'analisi abbia a divenire altro da ciò che è, una fase, quindi, necessaria ma solo iniziale nel realizzarsi del processo conoscitivo, né comunque risultarne smentito che ad ogni indagine analitica sia riferibile l'utilizzazione di "strumenti" in parte maggiore o minore indipendenti dall'oggetto della medesima e tuttavia fortemente implicati nella concretezza delle modalità proprie del suo farsi.

In definitiva, in un'età che ha conosciuto la sistematica al rifiorire del commentario può riconoscersi significato sotto il profilo dell'adozione di un diverso, e più immediato, punto di vista ad eventualmente controllare per suo tramite o a rivitalizzare risultati teorici connessi ad altra, e più generale, prospettiva, non, però, effettiva rilevanza sotto il profilo dell'idoneità al superamento di quest'ultima o a far sì che se ne abbia il concorso al superamento.

4. *Dalla tendenziale unicità alla pluralità delle fonti del diritto civile.*

Già si è detto dell'effetto dirompente che sulla cultura giuridica cui il civilista era avvezzo ebbe a prodursi a seguito dell'entrata in vigore di un testo costituzionale quale l'odierno, orientato a svolgere le premesse

(121) Con riferimento al tema cfr. i rilievi di G. Cian, *Il diritto civile* cit., p. 19 ss.
(122) Cfr. N. Irti, *Una generazione* cit., p. 981 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferibili all'ordinamento nella sua intierezza e non soltanto, com'era degli statuti ottocenteschi, ad arginare l'esercizio del potere politico del sovrano.

Per la verità non molti anni prima qualcosa si era verificato che, se avesse avuto vita più lunga di quanta ne ebbe, ben difficilmente non avrebbe potuto far sì che ne risultassero coinvolti fin dalle fondamenta atteggiamenti di pensiero indotti dal positivismo codicistico di stampo classico e liberale.

Con legge del 30 gennaio 1941 veniva, infatti, determinato il valore giuridico della Carta del Lavoro stabilendosi, all'art. 1, che « Le Dichiarazioni della Carta del Lavoro costituiscono principi generali dell'Ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge ». Al successivo art. 2 era, poi, previsto che « L'autorizzazione accordata al Governo del Re Imperatore con le leggi 30 dicembre 1923-II, n. 2814, e 24 dicembre 1925-IV, n. 2260, per la pubblicazione dei nuovi Codici e per il coordinamento di essi con le disposizioni relative alle medesime materie contenute in altre leggi, è estesa anche al loro coordinamento con le leggi emanate in attuazione della Carta del Lavoro, e con quelle che ne hanno integrato o parzialmente modificato particolari disposizioni. L'autorizzazione accordata al Governo del Re Imperatore è estesa in generale alla più organica sistemazione legislativa delle materie regolate, mediante le opportune modificazioni, funzioni e abrogazioni delle varie disposizioni contenute nei Codici e nelle leggi predette ».

Siamo nel pieno della convulsa fase conclusiva che portò alla stesura del secondo codice civile dell'Italia unita. Il regio decreto n. 262 del 16 marzo 1942 ne approvava il testo coll'espressa precisazione che esso doveva intendersi preceduto (e integrato) « dalle Disposizioni sul valore giuridico della Carta del Lavoro, dal testo della Carta del Lavoro, approvato dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927-V, e dalle Disposizioni sulla legge in generale ». « Disposizioni sul valore giuridico della Carta del Lavoro » e « Carta del Lavoro », nell'attesa dell'ultimazione dei lavori preparatori del codice, già avevano ricevuto collocazione provvisoria in capo al libro terzo sulla proprietà. Quello stesso 30 gennaio 1941, in cui veniva promulgata la legge sul « Valore giuridico della Carta del Lavoro », il Guardasigilli Grandi, nella Relazione al Re presentata nell'udienza tenutasi appunto in pari data per l'approvazione del testo del libro del codice « Della proprietà », rilevava che se nei primi due libri, sui rapporti di famiglia e successori, il collegamento coi principi indicati nella Carta del Lavoro non poteva che essere indiretto, ben più immediato esso doveva apparire negli ulteriori settori maggiormente caratterizzabili sotto il profilo patrimoniale (123). E poiché nella

(123) Cfr. D. Grandi, *Relazione al Re per l'approvazione del testo del Libro del Codice Civile « Della proprietà »*, Roma, 1941, p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rinnovata disciplina codicistica dettata al riguardo « la penetrazione dei principi della Carta del Lavoro è stata vasta e profonda » (124) e, quindi, « la Carta del Lavoro domina... completamente la disciplina del nuovo codice e informa di sé le sue disposizioni » (125), era divenuto inevitabile sanzionarne con chiarezza il valore giuridico, così come diveniva inevitabile per il momento collocarne il testo in capo al libro « sulla proprietà che inizia la serie di quelli che regolano i rapporti economici, e poi, definitivamente, quando sarà effettuato il coordinamento fra i vari libri » (126), porla « all'inizio del codice, come premessa di questo » (127).

Quali fossero il significato e l'obbiettivo dell'operazione che si aveva così in animo di realizzare non sfuggivano al Guardasigilli che chiaramente ne enunziava la portata nella relazione di accompagnamento al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del Lavoro". Si trattava di sanzionare il passaggio da una fase in cui « i primi lavori per la riforma, che risalgono a tempo anteriore all'emanazione della Carta del Lavoro, ebbero un prevalente carattere tecnico » (128) agli « stati successivi, e specialmente » (129) alla « fase conclusiva » (130), in cui essa « ha assunto più spiccato carattere politico ed è stata ispirata costantemente e decisamente alle direttive date dalla Carta del Lavoro, i principi della quale penetrano oggi [i.e. coll'approvazione della legge sul valore giuridico della stessa], così, completamente nella nostra legislazione, in modo da dare ad essa l'organica unità, la quale deriva dalla unicità dei criteri direttivi, morali, politici e sociali, che sono quelli della dottrina fascista fermata nelle dichiarazioni della Carta del Lavoro » (131). « Essa deve costituire il criterio interpretativo della legge, così da imprimere un carattere organico ed unitario a tutto l'Ordinamento giuridico » (132). « La Carta del Lavoro viene in tal modo a far parte dell'Ordinamento giuridico positivo, ma non come legge particolare che dia a ciascuna delle dichiarazioni forza normativa propria. Più alta è l'autorità della Carta del Lavoro » (133). « Come espressione dei principi generali dell'ordinamento... è quindi, per così dire, più che legge essa stessa, *super legge*: ispiratrice delle leggi presenti e future e

(124) D. Grandi, *Relazione* cit., *loc. cit.*
(125) D. Grandi, *Relazione* cit., *loc. cit.*
(126) D. Grandi, *Relazione* cit., *loc. cit.*
(127) D. Grandi, *Relazione* cit., *loc. cit.*
(128) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge « Valore giuridico della Carta del Lavoro »*, Roma, 1941, p. 6.
(129) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*
(130) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*
(131) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*
(132) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*
(133) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guida sicura nell'interpretazione e nell'applicazione quotidiana delle leggi » (134).

Quindi alla Carta del Lavoro, dal punto di vista non della forma bensì della sostanza, doveva essere riconosciuto valore costituzionale. Quindi il nuovo codice civile era destinato a nascere, ed effettivamente nacque, come fonte non esclusiva né prioritaria in ordine alla disciplina dei rapporti fra privati. Al vertice stava un atto, la Carta del Lavoro, espressivo « dei criteri direttivi, morali, politici e sociali, che sono quelli della dottrina fascista » (135). Il fervido dibattito, da tempo in atto (136), sull'opportunità di codificare i principi generali dell'ordinamento giuridico trovava il suo esito per il tramite di una decisione politica che troncava alla radice ogni discussione.

Corsi e ricorsi della storia: come oggi può sostenersi, intendendo prendere le distanze dal neopositivismo legalistico invalso fra i civilisti fin verso gli anni settanta, che il sopraggiungere della Costituzione abbia significato l'elevazione di « determinati valori etico-sociali... a fondamento del diritto positivo » (137), quale « misura assiologica di controllo » (138) dello stesso alla stregua di « punti di vista storicamente condizionati, la cui validità dipende dal consenso sociale-politico fissato nel patto costituzionale » (139), così, quasi mezzo secolo prima, con linguaggio solo in parte diverso, nel portare a compimento l'opera di rinnovamento della codificazione, già si poteva osservare che « fra diritto e politica v'è un nesso indissolubile, a torto disconosciuto da certa dottrina la quale crede di poter stabilire una netta separazione fra la sfera del diritto e le altre sfere di rapporti sociali extragiuridici, riducendo così la scienza giuridica ad una pura tecnica, di carattere formale, avulsa quasi da quello che è il contenuto sostanziale delle singole norme e sovratutto delle finalità etiche e sociali che esse sono destinate a realizzare » (140).

Certo non sovrapponibile è il contenuto dei valori e dei principi nell'un caso e nell'altro chiamati a fornire giustificazione al sistema nelle componenti formali dello stesso e tanto meno sovrapponibile è l'intonazione autoritaria che traspare dalla cogenza con cui nelle parole di Grandi è formulato il rinvio ai dettami del regime rispetto a ciò che ben diversamente per l'autore contemporaneo vuol significare apertura del giuridico alla recezione di istanze radicate (o, *rectius*, che si vuole siano radicate) nel contesto storico dei valori etici e sociali. E tuttavia in entrambe le ipotesi identica nella sua consistenza logica è l'operazione

(134) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*
(135) D. Grandi, *Relazione al disegno di legge* cit., *loc. cit.*
(136) Del quale è testimonianza il Convegno pisano per i cui atti cfr. la nota 51.
(137) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., p. 97.
(138) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., p. 98.
(139) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* cit., p. 98.
(140) D. Grandi, *Relazione al Re* cit., p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— giuridica — che perviene a realizzarsi: non più (o non più soltanto ([141])) l'immagine, legata al liberalismo ottocentesco, della codificazione civilistica quale strumento di garanzia in ordine all'esercizio dei poteri riconosciuti all'individuo, bensì la sua subordinazione ad un complesso ulteriore di entità ideali, rilevanti tecnicamente in posizione costituzionale. Quanto si ebbe all'immediato indomani del Codice civile del '42 fino al suo lento disciogliersi nel tempo fu l'attaccamento, quasi feticistico, all'immagine consegnata dalla tradizione del codice quale fonte tendenzialmente unica, o comunque prioritaria, della disciplina civilistica.

Altro ancora ebbe ad aggiungersi prima o poi nel tempo fino ad oggi: fu l'aggiungersi delle fonti sovranazionali — o di provenienza sovranazionale —, delle fonti per comodità di linguaggio denominate tuttora speciali. Il quadro complessivo risulta tuttora sconvolto, con prevalenza delle fonti aperte alla diversità di lettura solo in parte tecnica su quelle viceversa legate all'unità di un riferimento, con prevalenza altresì delle fonti specifiche su quelle di carattere generale. La sua ricostruzione in termini semplici — e ciò traspare dalla lettura dei saggi raccolti nel volume — risulta un problema più che un dato dalla cui acquisizione sia opportuno pur sempre prendere le mosse.

C. Epilogo: « miseria » e « nobiltà » della civilistica alla vigilia del nuovo millennio

Che può dirsi a conclusione del ragionamento finora svolto, peraltro frammentariamente ? Certo è che la civilistica pare accostarsi ai compiti dell'oggi attraversata da una profonda crisi nel metodo e nella sostanza. Si disperde per lo più la fiducia nell'idea sistematica, che tutto ricongiunge ed unifica. Se ne ha come conseguenza il riflusso nell'analisi dei singoli problemi, i quali attirano sempre più su di sé l'attenzione dello studioso. E laddove tende a riproporsi la validità di un approccio al sistema, esso appare prevalentemente idoneo a correggere l'impostazione attratta dal problema.

Eppure qualcosa di « nobile » sussiste e merita di essere sottolineato. Se la prospettiva sistematica inclina a vanificarsi non sembra venirne meno l'aspirazione, almeno fra i maggiormente provveduti. Quali siano, però, le linee di affermazione di tale tendenza è difficile dire. Manca (o tende a mancare) l'opera di coordinamento fra i vari settori e l'elevazione del discorso a chiave interpretativa delle singole difficoltà. Una conferma, nel caso specifico, potrebbe venire dall'esame degli argomenti dell'incontro veneziano su cui si è preferito astenersi.

Se una proposta può formularsi in questa sede potrebbe essere

([141]) Così D. Grandi, *Relazione al Re* cit., p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella di cominciare a rivedere la ragione unificante del sistema in una revisione della categoria riassuntiva del soggetto privato. La linea di misura della capacità di agire diviene uno e non il criterio di individuazione della categoria. Un'altra linea è quella a proporsi e aspira ad individuare nel soggetto un portatore di doveri e diritti, fra tutti in certa misura eguali. L'analogo, potenziale e concreto, soddisfacimento di siffatte prerogative personali diviene la prospettiva da cui può dipendere ciascuna delle parti ulteriori del discorso civilistico.

Al compimento di siffatta logica sono, in realtà, rivolte le osservazioni di cui in precedenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI MONTESANO

FEDE IN « VERITÀ METAFISICHE » E « ASSIOMA VALUTATIVO » NELLA DOTTRINA PROCESSUALCIVILISTICA ITALIANA?

(A proposito del saggio di Eduardo Grasso sulle « Storie » di Franco Cipriani in questi *Quaderni* 1994, pp. 499 e ss.).

Sono grato a Paolo Grossi della pubblicazione di questo scritto, che vuol dare ai lettori dei *Quaderni fiorentini* — i più dei quali, credo, non hanno conoscenza diretta e specifica dell'opera dei processualcivilisti italiani da Chiovenda a tutt'oggi — un'immagine di quell'opera diversa, per aspetti essenziali, da quella che ne dà il saggio di Grasso, almeno in alcune affermazioni generali e « programmatiche », non sorrette, poi, come tenterò di dimostrare, da esami più analitici.

Scrive Grasso che l'intenzione dichiarata da Cipriani nelle *Storie di processualisti e oligarchi, La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991 (e nel cui ambito sono rimasti, aggiungo — come sembra, del resto, constatare lo stesso Grasso: p. 500 — tutti coloro che prima di Grasso si sono occupati, come si vedrà, di quel libro) è estranea al « ripercorrere l'evoluzione della scienza processuale italiana » e, comunque, a superare « i limiti della ricerca storica » (p. 499); ma che, in realtà, il libro di Cipriani avrebbe (per vari aspetti esaminati specificamente da Grasso) un forte merito epistemologico, in quanto porrebbe in discussione una « idea di fondo », nella quale sarebbero racchiusi un « assoluto determinismo » e « un assioma valutativo » (p. 501). Gran parte della dottrina processualcivilistica italiana e di quella straniera, in specie ibero-americana, da essa influenzata, sarebbero cioè — prosegue analiticamente Grasso (p. 501-502) — ferme a tre postulati: « Il primo, e fondamentale, è che la scienza del diritto, ad un certo momento del suo corso, ha adottato e progressivamente raffinato un metodo che le consentirebbe di scoprire principi equivalenti a verità metafisiche, sulle quali ha poi costruito con rigorosa conseguenzialità le sue 'teorie'. Il secondo, implicito nel primo, è che ogni nuova 'scoperta' non può che segnare un reale progresso nella conoscenza del fenomeno giuridico. Un terzo postulato, che, a nostro avviso, ha avuto un valore determinante nell'orientamento della processualistica italiana, è che, fissati i principi (verità) validi per l'universo mondo del diritto (la teoria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale), è automatica la loro applicazione ad ogni ramo del sapere giuridico, anche se la sua specificità offra resistenze che obbligano a palesi forzature ».

In riguardo a questo discorso, c'è subito da domandarsi perché mai le opposizioni di processualcivilisti italiani alle suddette chiusure metafisiche, deterministiche e assiomatiche, essendo « non trascurabili » (ancorché minoritarie, secondo Grasso: p. 501), non abbiano già stimolato quella riapertura della discussione in materia, che Grasso auspica avvenga su impulso delle *Storie* di Cipriani (implicitamente deplorando che ciò non sia ancora avvenuto a tre anni dalla pubblicazione del libro in esame: p. 500). In risposta a tale domanda sembra doverosa l'ipotesi che di quella riapertura non ci sia stato e non ci sia bisogno, essendo nella dottrina processualcivilistica italiana postchiovendiana, di ieri e di oggi, non minoritaria, ma prevalente l'estraneità ai su richiamati assiomi e determinismi storicistici o meglio pseudostoricistici. E l'ipotesi trova verifica, se non m'inganno, proprio in quel che lo stesso Grasso scrive quando passa, come ho già accennato, dalle predette enunciazioni generali al concreto esame di metodi e contenuti delle dottrine in discorso. Vediamo così, ad esempio, posto in luce il relativismo storicistico, in riguardo ai « concetti » giuridici, di Redenti e di Calamandrei (di quest'ultimo non va dimenticata la vicinanza culturale a quell'idealismo crociano e postcrociano — si rammenti anche il suo sodalizio con Guido Calogero — che veda nella « dommatica » e nella « sistematica » dei giuristi non tanto « pseudoconcetti », quanto — come, del resto nell'opera dei legislatori — « volizioni astratte » o, forse meglio, elaborazioni di programmi destinati a vivere, e con ciò ad essere sempre più o meno violati, nelle « volizioni concrete », cioè nei singoli atti della esperienza giuridica). Vediamo ancora che Grasso richiama parole dello stesso Chiovenda, tutto preso dall'ambizione di « costruire un sistema », sull'essenza non certo perfetta e puramente scientifica (giacché ogni metodologia nel nostro campo ha pregi e difetti, armonie e disarmonie), ma più rispondente alle esigenze di un determinato momento storico, dell'« indirizzo sistematico » (così Chiovenda, nello scritto che Grasso richiama nella nota 11) e di un processualcivilista di oggi sulla necessità di astenersi da qualificazioni giuridiche prodotte da « la concettualizzazione elaborata da una teoria » « prima e al di fuori del contatto con la realtà normativa » (così Cerino -Canova nello scritto che Grasso richiama nella nota 38; non molto dissimili — se non per maggiore enfasi — sono le polemiche anticoncettualistiche di Salvatore Satta e — in qualche fase della sua attività di giurista — di Francesco Carnelutti).

Ho, forse, mente assai ottusa, ma, esaminando le opere dei processualcivilisti di cui, in generale, discorre criticamente Grasso, non sono mai riuscito a vedere « la pretesa di scoprire principi equivalenti a verità metafisiche » (p. 502). Tutt'al più, si rileva talvolta la pretesa di sotto-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porre la giurisprudenza teorica al « rigore metodologico » delle scienze matematiche, fisiche e « naturali » e di ritenerla capace di « scoperte » che segnino progressi irreversibili (irrilevante, ai fini del discorso qui svolto, aderire o no alle opinioni — rammentate da Grasso, p. 502 — « sul carattere convenzionale di ogni principio scientifico e quindi sulla relatività del suo valore conoscitivo », o, per dirla con Croce, sull'essere tutte quelle scienze elaborazioni di pseudoconcetti, utile frutto di attività astraenti dello spirito pratico, preordinate non a conoscere il mondo, ma ad agire su di esso e a trasformarlo). Affermazioni di questo genere si rinvengono più volte in scritti di Carnelutti (vedi, per citare un solo esempio, tratto da una delle sue ultime opere organiche, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. XIV), ma è facile accorgersi, se non mi inganno, che si tratta di parole con scarso significato, come è dimostrato dai continui mutamenti di opinione di chi le disse e da quello che Satta definì il suo spirito 'curiale' ed io definirei una sostanziale aderenza della sua giurisprudenza teorica alle esigenze spesso mutevoli della giurisprudenza pratica (traggo queste definizioni delle cosiddette teorie giuridiche e delle concrete attuazioni del diritto da discorsi di Kelsen universalmente noti), insita anche nell'essere Carnelutti un grande avvocato. Anche ad Allorio si potrebbero, a prima vista, attribuire impostazioni del genere; ma si tratta in realtà di accentuazioni della « sistematica » e della « dommatica », soprattutto in polemica con un « teleologismo », che, ad avviso di Allorio, comporta il rischio di interpretazioni delle leggi e di loro coordinamenti arbitrari e troppo lontani dalla realtà del diritto vigente. In concreto, poi, l'estraneità di Allorio ai sogni metafisici, di cui Grasso discorre criticamente, risulta dal modo ben noto (ed opportunamente rammentato di recente: Tarzia, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 644) in cui quel maestro insegnava, cioè con metodo dialogico nascente dall'esame di « casi ». Insomma, per concludere sui « metodi » che concorrono a dar titolo al saggio di Grasso, e in particolare su quello o su quelli che fanno o farebbero capo a Chiovenda, è fuori della realtà dire che fra i processualcivilisti italiani di ieri e di oggi si riterrebbe diffusamente — con singolare assenza di ogni più elementare sensibilità storiografica e, mi permetto di aggiungere, con pregiudizi ignoranti la storicità (con l'accidentalità e relatività sempre presenti, sia pure con peso variabile, in ogni fenomeno storico) della nascita e dello svolgimento di ogni metodologia nel campo giuridico — si riterrebbe diffusamente, dicevo, « neanche pensabile, sul piano storico, la possibilità che la conoscenza scientifica del processo, nel nostro Paese, potesse tenere un corso diverso » (p. 501 del saggio di Grasso): Tutt'al più si ritiene da molti, per ripetere ancora le parole di Grasso (loc. ult. cit.), che un diverso corso degli studi processualcivilistici in Italia non « sarebbe stato opportuno ». Da molti, ma non da tutti: lo stesso Grasso rammenta, nel seguito del suo discorso (come, più sommariamente, ho rammentato io, in *Riv. dir. proc.* 1992, p. 284 e ss.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spec. 291-292), che pure su quella opportunità non sono mancati e non mancano (anche da parte mia, come dirò in seguito) — per aspetti rilevanti — seri dubbi: nella dottrina processualcivilistica italiana sono, infatti, numerosi e profondi i dissensi da Chiovenda e da quella che si può, con qualche approssimazione, chiamare la sua scuola, in riguardo ai metodi, alle ricostruzioni storico-dommatiche, alle proposte *de iure condendo*.

Questo richiamo ai « dogmi » mi dà occasione per un chiarimento, forse utile. Un lettore superficiale del saggio di Grasso potrebbe avere l'impressione ch'egli identifichi i metodi « dogmatici » e « sistematici », usati da non pochi giuristi, con l'elevazione della cosiddetta dottrina giuridica al livello delle su richiamate « scienze non umanistiche » e con la pretesa di attingere « verità metafisiche », che, come s'è visto, lo stesso Grasso deplora (p. 502). Ma sono convinto che tale impressione sarebbe fallace, perché certamente Grasso — giurista colto e informato anche in « teoria generale » — sa bene che la interpretazione cosiddetta sistematica del diritto e la individuazione di « dogmi » o — per usar parole a mio avviso più semplici e chiare — di principi generali che sono insieme pilastri di sostegno e significati imprescindibili di « istituti » giuridici, o meglio di gruppi più o meno ampi e folti di norme, non hanno nulla a che vedere con quei deplorati « voli » scientistici e metafisici. Dacché mi sono sforzato di riflettere sugli strumenti dell'operare nel campo del diritto, che ho ricevuto e usato, mi sono convinto senza difficoltà (e tale convinzione mi par confortata da non pochi maestri e « teorici generali » del diritto e, del resto, dal buonsenso) che il metodo « sistematico-dogmatico », quello « storico-dogmatico », come, del resto, quello « esegetico », sono, appunto, strumenti di un lavoro « pratico » (seguo qui linee segnate da Croce, che mi sono sempre ostinato a non considerare « fuori moda » e, se non erro, sembra oggi a non pochi di nuovo « attuale ») e che nessuno di questi strumenti assurge a dignità di vero e proprio « metodo scientifico », servendo ciascuno di essi — con esclusività o con maggiore valenza rispetto agli altri, a seconda della fase storica in cui opera il giurista e specialmente del rapporto in tale fase tra i « poteri dello Stato » e in particolare tra legge e giurisdizione, o, pur nella stessa fase storica, a seconda della « politica interpretativa » preferita dal singolo giurista — a coadiuvare gli operatori, chiamati a tradurre in volizioni concrete le volizioni astratte della legge (per dirla ancora con Croce) o, in diverse parole, ad attuare di volta in volta i « programmi » del legislatore (con quel tanto di « violazioni e di programma », che, per dirla sempre con Croce, è insito in ogni sua realizzazione e con l'inevitabile dose di creatività che, per dirla con Kelsen, caratterizza la giurisprudenza pratica nel suo rapporto con le « fonti dell'ordinamento »). Ad esempio, il « metodo esegetico » può essere usato per mantenere la giurisprudenza il più possibile ligia all'effettiva volontà dei legiferanti o, per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

converso, per usare le medesime parole del legislatore nei significati ben diversi e talora opposti che esse acquistano nei tempi successivi alla emanazione delle leggi; il « metodo sistematico-dogmatico » per dare all'interprete maggiore libertà rispetto al legislatore, soprattutto per eliminare le sue incoerenze e per individuare ragionevolmente i valori « sottostanti » al « diritto scritto »: operazione, quest'ultima, che ben può essere agevolata dall'uso di dati storici.

Credo, anzi, che nell'ordinamento italiano, dal 1865 ad oggi, l'interprete abbia il dovere di usare tutte le metodologie ora richiamate, giacché le « preleggi » dei nostri codici civili (art. 3 nel 1865, art. 12 nel 1942) lo vincolano ai significati delle parole delle leggi (esegesi), alla intenzione del legislatore anche in funzione analogica (sistema, pure, ove del caso, coordinato a dati storici), ai principi generali (dogmi, anche qui con possibile ricorso a dati storici). Di questa complessità metodologica ho rinvenuto — pure come insegnamento per me esemplare, tratto anche da quelli che mi sono parsi gli aspetti più fruttuosi della multiforme attività giuridica di Francesco Carnelutti _ una delle più efficaci applicazioni nell'opera di Virgilio Andrioli, di cui Francesco Carnelutti ha ben detto che il pregio « sta nel fare dell'esegesi quasi sempre con gli strumenti della dogmatica più raffinata », dopo avere precisato, confrontando esegesi e sistema, che « questo non vale anzi non si fa senza di quella » (recensione a Virgilio Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1941, in *Riv. dir. proc. civ*, 1941, I, p. 88).

A questo punto mi par chiaro che il bersaglio — che Cipriani avrebbe, a detta di Grasso, colpito incisivamente e innovativamente — non esiste o, almeno, è tanto debole, per precedenti colpi, da rendere irrilevante l'ultimo che, secondo Grasso, gli avrebbe dato Cipriani.

Ho detto « secondo Grasso » perché sono convinto che nel libro di Cipriani non vi è nulla, nemmeno implicitamente, delle revisioni epistemologiche che gli vengono attribuite nel saggio, che ha dato occasione a questo mio scritto, anche perché, come rileverò fra breve, Cipriani ha in sostanza — al di là di qualche omaggio verbale — intenzioni tanto riduttive del valore dell'opera di Chiovenda e della successiva dottrina processualcivilistica italiana, che non si preoccupa di intaccarne fondamenti « scientifici », a suo avviso inesistenti o assai deboli.

Ma, prima di analizzare questo aspetto fondamentale dell'opera di Cipriani, debbo riconoscere un forte merito al saggio di Grasso, quello cioè di aver rilevato che il libro da lui esaminato va ben al di là della « mera cronaca erudita » (p. 499). Direi, cioè, che Cipriani in primo luogo vuol fare qui — per usare ancora terminologia crociana — storia in senso non solo « filologico » ma propriamente « storiografico », ed in secondo luogo — com'è dimostrato anche da suoi scritti successivi — tende con determinazione e coerenza a due concreti risultati, l'uno di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina, l'altro di riforma del diritto processuale civile (l'ho già rilevato negli scritti che sono richiamati da Grasso, p. 501 nota 2; e aggiungo qui che la lettura, anche superficiale, del libro di Cipriani e delle critiche ch'esso ha ricevuto non solo da me rende chiaro che i dissensi investono esplicitamente e motivatamente non solo interpretazioni di singoli avvenimenti — p. 501 del saggio di Grasso — ma l'impianto storiografico dell'opera, che del resto, almeno in alcuni aspetti di rilievo, ha fondamento essenziale, come ora si vedrà, proprio in interpretazioni di singoli avvenimenti).

Cominciando dall'aspetto storiografico, risulta evidente (e qui richiamo il cenno, fatto poc'anzi, alla svalutazione di Chiovenda e della scuola o delle scuole che più o meno direttamente da lui derivano), anche dalle premesse e dalle conclusioni delle « Storie », che:

a) Cipriani giudica la complessa « operazione » che mise fuori gioco Mortara come docente e in parte come teorico del processo civile — per determinante influsso di Vittorio Scialoja (considerato quale spregiudicato « barone » assetato di potere e usurpatore di una fama di grande studioso, ottenuta per mezzo di scarsi contributi personali e di monografie scritte, in sostanza, da altri: contro questa « demonizzazione » di Vittorio Scialoja si sono sollevate — sia pure con diversità di toni — dure critiche da più parti, non solo da me, negli scritti che Grasso richiama, ma anche da Gambaro, nella recensione di cui dirò fra breve, e da Pera, in *Rivista di diritto del lavoro* 1992, p. 271) quella complessa « operazione », dicevo, come « di brigantaggio accademico » ben più che come una impresa « culturale » (cosi, esattamente ed efficacemente, la recensione di Gambaro, in *Quadrimestre* 1992, p. 227 e ss. spec. 233); e tale opinione, sempre ad avviso del più attento recensore del libro di Cipriani, nasce da ciò « che la vicenda della scienza giuridica italiana a cavallo dei due secoli » è « ricostruita in modo cosi settoriale da apparire fuorviante ». (Gambaro, *Recensione* cit. p. 232;

b) considera — dico ancora Cipriani — alcuni degli aspetti fondamentali dell'opera di Chiovenda, in specie la sua « battaglia per l'oralità », di scarsa consistenza dottrinale, sia perché (come ben rileva Gambaro, *Recensione* cit., p., 234) intrapresa per obbedire da « studente sgobbone » (op. loc. ult. cit.) agli ordini di Vittorio Scialoja sia per carenze e superficialità intrinseche (mentre, a mio avviso, la superficialità è qui di Cipriani che, a tacer d'altro, ironizza sull'avere Chiovenda preso a modello della istruttoria civile orale il giudizio penale, che è preceduto da una istruttoria scritta, senza rendersi conto di un dato di immediata evidenza, che, cioè, quel modello è nel dibattimento penale, giacché Chiovenda sosteneva con intransigenza l'unità e l'identità tra il giudice che istruisce, o meglio tratta, la causa e il giudice che la decide, e la continuità inscindibile tra istruzione, o meglio trattazione, e decisione della controversia, e che quindi, in riguardo al processo civile, la fase parallela all'istruttoria penale era, per Chiovenda, l'opera degli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avvocati che, prima e nel corso della lite davanti al giudice, apprestano le istanze e le difese);

c) tenta — dico sempre Cipriani — di dimostrare che buona parte dello svolgimento della dottrina processualcivilistica italiana sia stata determinata dal « culto della personalità » di Chiovenda elaborato — soprattutto in funzione anticarneluttiana — da Calamandrei, operante per motivi di potere e di prestigio ben più che per convinzione di studioso (sulla « demonizzazione » di Calamandrei da parte di Cipriani — sostanzialmente avallata, con immotivate asserzioni, da Fazzalari, *Recensione* al libro di Cipriani, in *Riv. dir. proc.* 1991, p. 1110, che, peraltro, esprime un netto dissenso dalla svalutazione dell'opera di Chiovenda e, ancor più, dei postchiovendiani — si vedano le motivate critiche di Gambaro, *Recensione* cit. specie pp. 231-232, e mie, in *Riv. dir. proc.* 1992, pp. 287-288) da Calamandrei, dicevo, il quale — pur nutrendo costantemente sentimenti ostili a Chiovenda (ostile a Lessona, primo maestro dello stesso Calamandrei) di cui si proclamava opportunisticamente allievo (sentimenti pienamente ricambiati da Chiovenda) — riuscì nell'intento tanto che ha generato (p. 338 delle *Storie* di Cipriani) « il 'culto della personalità', di cui è tuttora oggetto Chiovenda, e lo spirito contemplativo con cui si sono poi lette le sue opere. Dal 1929-30 in poi, infatti, i suoi insegnamenti, grazie a Calamandrei, acquistarono ogni giorno di più il carattere di definitività e aspetti sostanzialmente oracolari, quasi fossero dei postulati o dei dogmi di fede, come tali per definizione indiscutibili e indimostrabili: non a caso, tuttora, se li si accetta, non si ha bisogno di motivare; se non li si accetta occorre scusarsi e motivare; se li si respinge, si rischia l'anatema ».

Si può ora passare dall'impegno storiografico a quello dottrinale di Cipriani, rilevando quel che, a mio avviso, è di evidenza innegabile, che, cioè, in riguardo ad una dottrina ridotta a tale livello di servile acriticità non c'è da discutere se essa sia o no metafisica e dogmatica nel senso serio ed elevato di cui discorre Grasso: c'è solo — come appunto fa Cipriani, al di là, lo ripeto, di qualche ossequio verbale — da combatterla, fugandone gli inganni, chiarendo ch'essa è frutto della su accennata « brigantesca invasione » e deplorando che tale « invasione » abbia interrotto il corso naturale e positivo di studi processualcivilistici cui dette essenziale impulso Mortara (1). La realtà terrena sulla quale —

(1) Cipriani rinnova — con l'adesione di Grasso (p. 501, ove si discorre criticamente, come dirà anche in seguito, della « idea di fondo », messa in discussione da Cipriani, che ad innalzare il livello culturale degli studi sul processo civile in Italia « Chiovenda avrebbe dato *da solo* impulso ») — l'accusa a Chiovenda e ai postchiovendiani di avere imposto — per ripetere le parole di Salvatore Satta (*Attualità di Lodovico Mortara,* in *Soliloqui e colloqui d'un giurista*, Padova, 1968, p. 460) — « ...la chiusura del libro di Mortara... » per « ...violenta sopraffazione di una scuola... ». Tale accusa non ha fondamento. Non ripeto tutto quel che ho detto — e che, se non erro, non ha ricevuto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con fermezza e coerenza — si muove Cipriani è, dunque, ben lontana dai cieli in cui si librano le dotte dissertazioni di Grasso.

Ben coerente alle convinzioni ora rammentate è il compito che Cipriani si assegna in riguardo alla legislazione sul processo civile. Secondo lui, il codice di procedura civile entrato in vigore nel 1942, essendo, in aspetti essenziali, figlio della processualcivilistica postchiovendiana, non poteva non averne i difetti di debolezza culturale e, ancor più, di astrattismo e perfino di utopismo, dimentichi della realtà della società italiana. Secondo Cipriani, quel codice, fortemente inquinato di fascismo, meritava le critiche che, soprattutto dall'avvocatura, gli furono rivolte subito dopo la caduta del fascismo e che ottennero risultati troppo scarsi, con la controriforma del 1950, a causa della strenua difesa dei postchiovendiani. Non solo, dunque — come si dice dai più — a carenze di strutture giudiziarie e mancati interventi settoriali del legislatore, ma soprattutto alla normativa di quel codice è da imputare, secondo Cipriani, il tristissimo stato attuale della giustizia civile italiana, cui sarebbe incisivo rimedio il ritorno, sia pure con qualche aggiustamento e ammodernamento, al cosiddetto processo sommario del 1901 — prodotto, in gran parte, del pensiero e dell'opera di Mortara — ritorno fortemente voluto, come si è accennato poc'anzi, dalla « sollevazione antifascista » dell'avvocatura ostile al « codice dei professori » postchiovendiani (Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992; *Autoritarismo e garantismo nel processo civile — a proposito dell'art. 187, 3º comma c.p.c. — Riv. dir. proc.* 1994, pp. 24 e ss.; *Procedimento cautelare, regolamento di giurisdizione e*

---

finora alcuna replica di sostanza — negli scritti che Grasso cita (p. 501 nota 2), e poi in *Riv. trim. dir. e proc. civ*. 1994, pp. 943-944, nota 2 — a dimostrazione che, al di là di polemiche contingenti (e delle valutazioni positive — riferite da Grasso, pp. 507, 510, 511 — ed espresse, almeno per qualche aspetto, in chiave « antichiovendiana » — che dell'opera di Mortara hanno dato Carnelutti ed Allorio), né Chiovenda né coloro che si possono dire, più o meno direttamente e propriamente, suoi allievi, hanno mai negato l'alto valore e la forza innovativa dei contributi dati da Mortara allo studio della giurisdizione e del processo civile. Mi limito a rammentare le parole dette da Chiovenda — sia quando Mortara era in vita sia commemorandolo — su quel valore e su quella forza, e in particolare il suo riconoscimento che senza i contributi di Mortara chi dopo di lui intraprese gli studi del processo civile *nulla avrebbe potuto fare* per il progresso di tali studi (queste parole di Chiovenda sono state opportunamente ristampate di recente, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. III, Milano, 1993, pp. 463 e ss., spec. 464, dalla Fondazione Piero Calamandrei, a cura di A. Proto Pisani). Le sottili e complesse « dietrologie » di Cipriani non possono convincere, a mio avviso, che quelle parole di Chiovenda non fossero sincere, sia per il carattere dell'uomo, libero, credo, da ipocrisie e comunque ben consapevole, e spesso esternante tale sua consapevolezza, della forza innovativa, e talora eversiva rispetto agli studi precedenti, dell'opera propria, sia perché — volendo elogiare, in vita e in morte, il più anziano collega — Chiovenda avrebbe facilmente potuto svolgere un discorso privo, pur nella dovuta cortesia, dei contenuti sù rammentati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riforma del processo civile, Giur. it. 1995, I, 1, col. 1389 e ss., spec. 1394; Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore, *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 543 e ss.).

Non posso far qui la critica delle opinioni di Cipriani ora riassunte, da me contestate, con sintetiche considerazioni, in altra occasione (*Cure efficaci per i mali del processo civile nella recente riforma?*, intervento al convegno promosso dall'Accademia dei Lincei, e svoltosi dal 30 giugno al 2 luglio 1993, negli *Atti* del convegno, Milano, 1994, pp. 481 e ss., spec. 482, e in *Giur. it*. 1993, IV, col. 573 e ss., spec. 573-574) e, se non m'inganno, approvate ora da Grasso (pp. 521-522). Mi limito a constatare che tali opinioni sono rimaste isolate, che quasi tutta l'attuale dottrina processualcivilistica italiana e la recente riforma del c.p.c. hanno intrapreso e percorrono vie opposte a quelle di Cipriani (ed è difficile pensare — anche per le ragioni sopra esposte e richiamate in critica della svalutazione delle dottrine postchiovendiane da parte di Cipriani — che tutti questi studiosi e legislatori siano affetti da astrattismo e da acritico ossequio ad ideologie utopiche) e perfino la resistenza di parte notevole dell'avvocatura (ma non della magistratura) alle dette riforme si dichiara (nonostante, a mio avviso, nostalgie occulte e più o meno inconscie per la legislazione processualcivilistica del 1865 e del 1901) estranea ad auspici di ritorno a normative antecedenti al c.p.c. entrato in vigore nel 1942 e arroccata piuttosto alla difesa del testo originario di questo c.p.c. controriformato nel 1950.

Rilevo poi che Grasso (p. 501, 2° cpv.) individua chiaramente le « radici dei dissensi dalla ricerca » di Cipriani nella « idea di fondo » che « Chiovenda avrebbe dato *da solo* impulso » a « la ricerca culturale vissuta dalla scienza del processo in Italia », « idea di fondo » che Grasso non meno chiaramente collega (p. 501, 2° cpv. e 3° cpv.) all'assoluto determinismo, all'assioma valutativo e alla pretesa di alcuni studiosi del processo di scoprire verità metafisiche, di cui ho detto all'inizio. Ritengo doveroso questo rilievo anche e soprattutto perché di quei dissensi _ che, come ho sopra rammentato, provengono da più parti — Grasso cita solo i miei (p. 501 nota 2). Che, infatti, le costruzioni della dottrina giuridica come « scienza » assistita da rigore metodologico analogo a quello delle « scienze non umanistiche », l'astratto « metafisicizzare », l'« assioma valutativo », la non consapevolezza degli aspetti accidentali d'ogni vicenda storica, la singolare idea che non sarebbe pensabile uno svolgimento degli studi processualcivilistici in Italia diverso da quello cui dette impulso Chiovenda, siano in gran parte estranei — come spero di aver chiarito nelle pagine precedenti — alle « scuole » contro le quali Cipriani lancia i suoi strali, non significa necessariamente che dai predetti assiomi e ideologie « scientizzanti » e « metafisicizzanti » siano lontani i critici di Cipriani, i quali, anzi, se avesse fondamento l'assunto di Grasso, sarebbero ancor più meritevoli delle sue censure, per essere stati « più realisti del re ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non spetta a me occuparmi del pensiero degli altri critici di Cipriani, cui Grasso fa riferimento sia pure implicito. Ma non riesco ad astenermi dal rendere noto ai lettori di questi *Quaderni* (non per « fatto personale », ma per amore di verità e per compimento delle critiche, che mi sono permesso di svolgere, sul saggio di Grasso) che, ritenendo di individuare come ho sopra rammentato le radici ideologiche dei miei dissensi da Cipriani, Grasso ha dato un'immagine della mia attività di studioso in tutto difforme dalla realtà (sono convinto — conoscendo la sua probità di uomo e la sua serietà di giurista — ch'egli abbia errato in buona fede, non avendo letto i miei scritti che contrastano con quella immagine).

Io, invero, sono tanto lontano dalle impostazioni « scientiste », « assiomatiche », « metafisiche » — delle quali, lo ripeto, Grasso discorre come forti ostacoli ad una visione critica e relativistica del diritto e della sua storia, ostacoli che Cipriani avrebbe fortemente contribuito a rimuovere — e tanto convinto, con Croce, della irrealtà della legge e della realtà solo delle sue concrete attuazioni e, con Kelsen, dell'essenza creativa della « giurisprudenza pratica », cui la « giurisprudenza teorica », priva d'ogni valore propriamente scientifico, è di mero ausilio pratico, che ho scritto in più occasioni della legge come programma astratto dalla viva e concreta realtà del diritto, che è solo nella cosiddetta attuazione della legge, opera dei giudici, i quali nella legge stessa trovano vincoli meramente linguistici, onde quella « attuazione » è in realtà creazione, che deve trovare, con l'ausilio dei « precedenti » e degli interpreti obbedienti ai valori insiti nella società e nelle comunità, di cui la legge è formale espressione, limiti politici (per altro relativi, perché superabili ovunque il potere politico non reagisca alla eccessiva « creatività » della giurisprudenza) limiti politici, dicevo, segnati non certo da costruzioni « scientifiche » dei « sistemi normativi », ma dalla posizione degli stessi giudici all'interno dell'ordinamento e soprattutto in riguardo alla sovranità del popolo e dei suoi rappresentanti (*Sul contenuto e sulle sanzioni del divieto di giurisprudenza « politica »*, in *Riv. dir. proc.* 1983, pp. 20 e ss.; *Aspetti problematici del « potere giudiziario » e della giurisprudenza « teorica » e « pratica » nell'Italia d'oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1991, pp. 665 e ss.; *La tutela giurisdizionale dei diritti*, I^a^ ed. Torino, 1985, pp. 74 e ss.; 2^a^ ed. Torino, 1994, pp. 85 e ss.).

Passando, infine, dalle idee generali sul diritto a quelle sull'influenza che — per mezzo di Chiovenda — la « scuola storico-sistematica tedesca » (p. 501 del saggio di Grasso) ebbe sugli studi del processo civile in Italia, ritengo che nessuna persona ragionevole possa giudicare non « pensabile sul piano storico » (Grasso, *loc. ult. cit.*) un corso diverso di quegli studi e, comunque, io non ho mai espresso giudizi del genere. Altro è, invece, che si ritenga « opportuno » (Grasso, *loc. ult. cit.*) il corso degli studi in questione. Di tale opportunità molti proces-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sualcivilisti italiani di ieri e di oggi sono convinti, alcuni senza riserve o quasi, altri con riserve di qualche rilievo, e si dà il caso che io sia fra questi ultimi, sì che dovrebbe essere chiaro — come non lo è a Grasso (secondo me, per i giusti motivi, di cui ho detto poc'anzi) — che le mie critiche a Cipriani in riguardo a ricostruzioni storiografiche e giudizi su comportamenti e dottrine di alcuni dei protagonisti delle vicende da lui narrate (mentre, per altri aspetti non meno rilevanti, ho riconosciuto valore di serio contributo storico all'opera di Cipriani: *Riv. dir. proc.* 1992, pp. 285-286), le mie critiche a Cipriani, dicevo, non muovono, né esplicitamente (come risulta evidente dalla lettura dei miei scritti citati da Grasso) né implicitamente, dalla fede nella infallibilità di tutto quanto è ancora « chiovendiano » nella processualcivilistica italiana d'oggi e neppure dalla convinzione che sia stato opportuno sotto ogni aspetto, in specie sotto quello delle radici germaniche, il corso impresso da Chiovenda e dai suoi seguaci agli studi del processo civile in Italia. Invero, i miei primi contributi, in forma di articoli su riviste, allo studio del processo civile sono di critica ad aspetti essenziali delle teorie di Chiovenda e dei suoi seguaci sul mero accertamento in genere e sull'accertamento incidentale in specie (*Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, pp. 253 e ss.; *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, pp. 329 e ss.); tutti i miei studi — dal 1953 in poi — sull'obbligazione e sull'azione da contratto preliminare hanno base essenziale nel rifiuto delle elaborazioni « germanistiche » in materia, in gran parte recepite da Chiovenda (*Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1970, pp. 1183 e ss.; *Obbligo a contrarre*, voce della *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 508 e ss.); dei processualcivilisti italiani d'oggi sono, se non erro, il solo che si contrappone radicalmente alla dottrina di Chiovenda — sostanzialmente recepita e perfezionata in studi recenti — sulla identificazione delle azioni, in quanto, a mio avviso, troppo legata a radici « pandettistiche » e perciò dimentica della procedimentalità della domanda, delle regole di lealtà e di probità nelle condotte processuali e delle ragioni di fondo che l'hanno resa e mantenuta sempre estranea alla giurisprudenza (*Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1993, pp. 63 e ss.; *La tutela*, cit., I^a^ ed., pp. 221 e ss.; 2^a^ ed. pp. 262 e ss., spec. 268 in nota) e che, dopo la morte di Salvatore Satta, critica a fondo gli « eccessi pubblicistici » delle dottrine postchiovendiane, mettendo in luce le distorsioni del diritto vigente cui essi conducono (*« Pubblico » e « privato » in norme del codice civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. dir. proc.* 1992, pp. 1011 e ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

EDUARDO GRASSO

NOTE A MONTESANO

Sono grato a Luigi Montesano per aver, prendendo le mosse dal mio scritto sull'opera di Franco Cipriani, dato inizio (che di un inizio spero si tratti) ad un discorso, improntato alla dialettica, sulle radici e sugli orientamenti della dottrina processualistica italiana.

Da tempo ho auspicato che a quella dialettica fossero interessati tutti gli studiosi del processo civile, ma con scarso successo.

È invece avvenuto che ciascuno si è in vario modo adoperato a dare forma e contenuto alle proprie idee, senza eccessivo interesse a confrontarle con quelle degli altri, quanto meno sul piano (di primaria importanza) della didattica che è la naturale ricaduta della dottrina che si professa.

Ciò premesso, non mi sembra che, trattando dell'opera di Cipriani, io abbia espresso improprie valutazioni sul pensiero di Montesano quale studioso del processo civile. E tanto meno che io abbia ravvisato in Lui un mero epigono di Giuseppe Chiovenda; anche se è evidente che le posizioni chiovendiane costituiscano il punto di partenza delle Sue costruzioni, sia nell'adesione che nella critica. (Non si ritiene forse hegeliano anche il pensiero di Marx?).

E, proprio di recente, intervenendo nel convegno di Catania sulla dottrina giuridica italiana alla fine del secolo, ho indicato, nella critica di Montesano alla tradizionale concezione, rigorosamente pubblicistica, della giurisdizione un non frequente esempio di infrazione dei miti del nostro passato di studiosi del processo.

Piuttosto possono destare stupore, nel Suo scritto, il confessato apprezzamento e la rivalutazione del pensiero di Benedetto Croce di cui sono note la definizione della scienza giuridica come costruzione di pseudo-concetti, e l'affermazione del carattere « economico » del diritto visto (solo) come manifestazione dell'utilità o della forza. Vi è adombrato l'epilogo di una vita di studioso, improntato allo scetticismo in ordine agli autentici fondamenti della scienza del diritto in generale e di quella del processo in particolare?

Quanto all'opera di Cipriani, mi sembra che le osservazioni di Montesano lascino intatte la validità e la fertilità di una ricerca e del suo esito per la conoscenza delle origini e dello sviluppo della scienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processualista italiana, e quale stimolo alla meditazione del suo percorso. Lo stesso Cipriani, per primo, ne ha tratto spunti e materia di riflessioni, che continua a svolgere con indubbia coerenza, sui modelli processuali (vedi dell'a., fra l'altro *Autoritarismo e garantismo nel processo civile* in *Riv. dir. proc.*, 1994, 24 ss.).

Mi resta di ringraziare la Rivista e il suo Direttore, per aver dato modo a studiosi del processo di promuovere e di svolgere un discorso, che, come dicevo, non considero concluso nell'interesse della scienza giuridica e non soltanto della processualistica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

IL PRIMO E L'ULTIMO FORSTHOFF

(a proposito di *L'ultimo Forsthoff. Scritti 1961/1969 di E. Forsthoff su Costituzione e amministrazione* tradotti e commentati da Alessandro Mangia, Padova, Cedam, 1995)

1. Con il titolo evocativo di *L'ultimo Forsthoff*, Alessandro Mangia offre ora al pubblico italiano la traduzione di alcuni significativi scritti appartenenti all'ultima stagione scientifica del grande giuspubblicista tedesco. Si aggiorna opportunamente così, con la traduzione di alcuni dei più importanti saggi aggiunti alla seconda edizione di *Rechtsstaat im Wandel*, uscita in Germania nel 1976, due anni dopo la morte dell'autore, un volume già in gran parte noto anche in Italia grazie alla traduzione che, nel 1973, Carlo Amirante aveva effettuato sulla prima edizione dell'opera, risalente al 1964.

Questo ultimo Forsthoff, a prima vista, appare particolarmente attuale: schierato, sin dall'inizio, nel dibattito costituzionale che segue l'entrata in vigore del *Grundgesetz* e le prime decisioni del Tribunale costituzionale federale, è un Forsthoff che s'interroga sulle potenzialità ed i limiti dell'interpretazione costituzionale; sul ruolo del principio di uguaglianza e proporzionalità; sulla funzione del potere giudiziario, e — più in generale — della divisione dei poteri, nello Stato di diritto; sulla precettività dei diritti sociali. Temi, tutti, ancora oggi al centro del dibattito costituzionalistico tedesco che, a distanza di più di venti anni dalla morte del giurista di Duisburg, ancora ricerca — si pensi ad Häberle o a Kriele, a Böckenförde o a Grimm — un punto di equilibrio tra teoria e dogmatica dei diritti fondamentali: un equilibrio quanto mai difficile, se, da una parte, non si è sempre disposti a sacrificare al primato del giudice costituzionale ed al suo ruolo — mai accettato sino in fondo — di attore politico, l'interpretazione esclusiva delle 'norme oggettive di principio'; dall'altra, invece, si è costretti, nei labili confini dei termini di riferimento normativi, per fondare, sulle decisioni del Tribunale costituzionale, un nuovo positivismo di marca giurisprudenziale.

Evocazione ricorrente del dibattito attuale — difficile che i suoi celebri scritti degli anni Cinquanta, al centro di importanti contrapposizioni, non vengano ancor'oggi ricordati —, l'opera di Forsthoff appare, tuttavia, per più aspetti lontana: il simbolo di una fase ormai

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risalente del dibattito, confinata al momento di vita iniziale della costituzione federale; l'espressione di posizioni ora acquisite, ora superate. È ormai pacifico che la costituzione non possa 'arrestarsi' alla sua natura « liberal-rechtsstaatlich »: « tesi che venne a buon diritto criticata e che incontra ormai pochi sostenitori » (1). La costituzione è sistema di valori, anche e soprattutto, nei suoi contenuti *sozialstaatlich* e quei valori vengono quotidianamente scanditi da una giurisprudenza quasi cinquantennale del Tribunale costituzionale, la cui centralità, impensabile nell'immediato dopoguerra, appare oggi quanto mai consolidata.

Sarebbe però un errore liquidare Forsthoff come un lontano epigono della contrapposizione tra contenuti costituzionali precettivi e programmatici: viva e vitale, appena le costituzioni del secondo dopoguerra entrarono in vigore; largamente superata, ora, da una voluminosa giurisprudenza costituzionale, comune a non pochi paesi dell'Europa continentale.

Forsthoff, infatti, non è soltanto, in anni in cui era ancora possibile indirizzare in un senso o nell'altro il contenuto del *Grundgesetz*, il sostenitore di una interpretazione fortemente riduttiva dei contenuti sociali in materia di diritti fondamentali; ma è anche, in Germania, — di qui il suo interesse e la sua complessità — lo scopritore, nella seconda metà degli anni Trenta, dell'amministrazione di prestazione, il giurista che ha trasposto il concetto di *Dasein* nel diritto amministrativo: il principale protagonista, in una parola, delle tendenze modernizzanti del diritto pubblico nazionalsocialista.

Molte analisi sui diritti fondamentali nella Repubblica federale muovono ancor'oggi dai suoi scritti, ora criticamente, per quella resistenza a portare i diritti sociali sul terreno costituzionale, che appare, ormai, per molti versi anacronistica; ora, invece riconoscendo, con onestà, al Forsthoff amministrativista la paternità di un nucleo concettuale importante, che pure confluisce nella teoria dei diritti fondamentali, ne mette in luce i limiti ottocenteschi, ne valorizza i nuovi aspetti prestazionali, parallelamente al progressivo offuscarsi della distinzione tra Stato e società.

Il critico acerrimo del valore costituzionale dei diritti sociali si colloca, così, in modo quasi paradossale, alle origini stesse delle prime, consapevoli, interpretazioni delle profonde trasformazioni dell'amministrazione e delle sue relazioni con i cittadini, ben prima che quelle interpretazioni venissero banalizzate, specialmente nelle parziali recezioni italiane, nell'immagine sfuggente e generica, nonché tipicamente combinatoria, dello Stato sociale di diritto.

---

(1) D. Grimm, *Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat*, 1983, ora in Id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1987, p. 157.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La tesi, secondo la quale valori e prestazioni si pongono e si realizzano soltanto sul piano amministrativo, asse portante della posizione di Forsthoff in materia di diritti fondamentali e di interpretazione costituzionale, rimonta quindi ad assetti costituzionali assai lontani da quelli della Repubblica federale, venendo a coincidere la sua prima formulazione — e non solo cronologicamente — con il momento in cui la *Rechtserneurung* nazionalsocialista incide fortemente sull'immagine e le funzioni dell'amministrazione, e la scienza amministrativistica tedesca vive, in piena consapevolezza, un primo, sensibile spostamento di baricentro, dall'amministrazione di garanzia all'amministrazione di prestazione.

La persistenza, dunque, più che l'attualità del pensiero di Forsthoff nel dibattito costituzionale odierno, dipende dal fatto che il nucleo problematico della sua interpretazione della costituzione federale precede lo stesso momento costituente, risalendo ad una fase epocale della storia della giuspubblicistica tedesca, di cui il Nostro fu, nel corso degli anni Trenta, un indiscusso protagonista, e nella quale, per la prima volta, si ebbe una compiuta registrazione dogmatica dei processi di trasformazione in corso nelle relazioni tra Stato e cittadini.

Lungi dall'immagine che si è venuta consolidando in Italia, a far data dalla pubblicazione, sulla *Trimestrale di diritto pubblico*, del 1956, dell'articolo su *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale* (2) e della già ricordata traduzione della prima edizione di *Rechtsstaat im Wandel* — immagine in parte confermata anche dalla traduzione che qui si annota — di un tardo sostenitore del formalismo ottocentesco e di un concetto tutto *rechtsstaatlich* della costituzione, Forsthoff ha sempre rappresentato in Germania anche uno dei grandi padri del realismo nel diritto pubblico ed il capostipite di un indirizzo scientifico destinato ad influenzare in modo rilevante la riflessione amministrativistica del dopoguerra. Con una ricaduta dogmatica, nella tradizione scientifica tedesca, paragonabile, almeno per fortuna e linguaggio, all'effetto di lungo periodo che ha caratterizzato, in Francia, la teoria del *service public*, a partire dalla grande querelle tra Hauriou e Duguit.

A rendere ancora più delicato il confronto, stava però la circostanza che il nucleo originario di quel realismo, risaliva, in Germania, quasi per intero alla riflessione degli anni Trenta: una riflessione che aveva preso le mosse dalle critiche più aspre del « pensiero antidemocratico » agli equilibri costituzionali della Repubblica di Weimar e che, magari, con l'ausilio mimetico di qualche pseudonimo (3), non aveva rinunciato a

(2) Vedilo in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VI (1956), pp. 549-562.

(3) Rudolf Langenbach, Georg Holthausen, Friedrich Grüter sono, per esempio, gli pseudonimi utilizzati da Forsthoff per alcuni scritti, 'militanti', del 1930 e del 1931: cfr. W. Blümel-H. Klein, *Bibliographie Ernst Forsthoff*, in *Festschrift für Ernst Forsthoff*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

salutare con estremo favore la presa di potere del partito nazionalsocialista.

La coincidenza cronologica con il nazismo ed, ancor più, l'intreccio e l'interdipendenza delle argomentazioni non pone tanto quesiti imbarazzanti all'interprete, che non ha il diritto di affrettare moralistici giudizi di responsabilità personale di fronte ad una vicenda di evidente responsabilità collettiva (4), quanto un oggettivo problema di comprensione e di valutazione di categorie — *Leistungsverwaltung*, *Teilhabe*, *Daseinsvorsorge* — che sono divenute parte integrante del vocabolario giuridico della Repubblica federale, vuoi per i diritti fondamentali, vuoi per le funzioni dell'amministrazione, ma che agli anni Trenta risalivano e che vennero concettualizzate in stretto parallelismo con l'affermazione, tristemente celebre, — « i diritti fondamentali sono morti » —, che pure ben sintetizzava il nuovo quadro costituzionale, salutato spesso dai giuristi con frenetico entusiasmo, che vedeva un materialissimo Stato totale sostituirsi all'evanescente Stato di diritto weimariano.

Forsthoff costituiva, dunque, nella tradizione giuridica tedesca, una presenza ingombrante, per la rilevanza oggettiva delle sue argomentazioni, ma anche per essere stato, prima, un giurista del regime — forse più generazionalmente che organicamente: era nato infatti nel 1902 —; per avere, poi, mascherato, nelle mutate condizioni costituzionali, dopo un'iniziale, dura ostilità al *Grundgesetz* (5), la forte dimensione ideologica del suo pensiero in una riconversione tutta *formal-juristisch*, che non gli aveva impedito comunque di rivendicare con orgoglio la continuità della propria elaborazione scientifica e del suo cursus accademico. Tant'è, che alla fine degli anni Cinquanta il suo scritto più importante del periodo tra le due guerre poteva essere ripubblicato nella sostanza delle sue argomentazioni, espungendo soltanto quei capitoli più legati alle immagini e al linguaggio del nazismo (6).

Questi bruschi *revirements* ed insieme questa ostentata e mai rinnegata continuità spiegano anche la forte oscillazione delle posizioni

---

zum 70. Geburtstag, hrsg. von R. Schnur, 2.Aufl., München, 1974, p. 501. Su questi saggi si può vedere l'analisi di GRIMM, *Die 'Neue Rechtswissenschaft'. Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz*, 1985, ora in *Recht und Staat*, cit., pp. 390 e ss.

(4) In questo senso, con specifico riferimento al problema di una « bancarotta morale » dell'intera disciplina amministrativistica tedesca durante il regime, M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, hrsg. von D. Simon, Frankfurt am Main, 1994, p. 229.

(5) Lo ricorda U. STOROST, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt am Main, 1979, nell'introduzione al volume.

(6) Nel 1959, con il titolo di *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Forsthoff ripubblica il primo e il quarto capitolo di *Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart und Berlin, 1938, con l'aggiunta di un'introduzione e del saggio, noto anche in Italia — *Stato di diritto in trasformazione*, cit., pp. 171 e ss. — su *Giustificazione e compiti di una scienza dell'amministrazione*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assunte nei suoi confronti dalla giuspubblicistica tedesca del secondo dopoguerra, a partire dalle critiche di Hennis (7), all'inizio degli anni Sessanta, sino, ormai dopo la sua scomparsa, alle ricostruzioni del suo pensiero demolitrici ed infarcite di critiche ideologiche sin troppo facili (8); oppure, sull'altra sponda, il ruolo di « protesta contro certe critiche infondate » (9) assegnato alle due *Festgaben* di scritti in suo onore.

Ed insieme, però, a dimostrazione della caratura del personaggio, la presenza costante dei suoi scritti nel dibattito anche recente sui diritti fondamentali, ben testimoniata dal rispettoso giudizio di un suo grande contraddittore come Peter Häberle, e più che altro, la consapevolezza, diffusa, della traccia profonda da lui lasciata sui sentieri del diritto amministrativo.

L'improbabile restauratore del pensiero liberale dell'Ottocento, lascia dunque il posto ad una figura più complessa e contraddittoria, ben calata all'interno delle forti ambivalenze metodologiche e progettuali di una scienza giuridica che passa, in rapida successione, da Weimar allo Stato totale e da questo alla Repubblica federale.

L'ultimo Forsthoff può riacquistare, allora, significato e spessore soltanto se pazientemente riannodato a quel nucleo di intuizioni fissate nel corso degli anni Trenta e che ancora rappresentano il suo maggior contributo alla scienza del diritto pubblico: soltanto, cioè, se quel primo Forsthoff, nonostante tutto ancora ben poco noto in Italia, riprende il posto che gli spetta all'interno di un modello sostanzialmente unitario.

La stessa difesa, contro la destabilizzazione giurisprudenziale del principio di certezza del diritto determinata da un giudice costituzionale più sensibile ai valori che alle norme, del modello savigniano d'interpretazione (10), non può essere vista soltanto come il recupero dell'integrità ottocentesca dello Stato di diritto, dopo la dolorosa parentesi del nazismo, ma va calata all'interno di una riflessione che si era ripromessa, proprio contro gli schermi formalistici eretti dalla scienza giuridica del secolo scorso, di riscoprire una più « vera » realtà costituzionale e amministrativa.

---

(7) W. Hennis, *Politik und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft*, Neuwied am Rhein-Berlin, 1963, pp. 67-69.

(8) Storost, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, cit.

(9) R. Schnur, *Vorwort*, in *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, cit., p. 3.

(10) Forsthoff, *Problematiche dell'interpretazione costituzionale*, in *L'ultimo Forsthoff*, cit., p. 79: quella « klassisch-hermeneutische Methode » secondo cui la costituzione deve essere interpretata nello stesso modo della legge, con la quale condividerebbe la medesima identità strutturale. Cfr. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik*, 1976, ora in *Staat-Verfassung-Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, spec. pp. 56-60, con particolare riferimento alla posizione di Forsthoff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Allievo di Carl Schmitt a Bonn, Forsthoff si trova ad iniziare la sua carriera scientifica proprio al culmine della vicenda weimariana, nel momento in cui drammaticamente appare *Der Rechtsstaat in der Krise* (11) e la costituzione del 1919 esprime ormai una democrazia senza *Volk*, un ordinamento fondato su libertà antiquarie, che si risolve nella ricerca di uno Stato privo di sostanza (12).

È un Forsthoff vicinissimo al maestro di Plettenberg: l'infatuazione nazionalsocialista, lo Stato totale che prende il posto del puro *Rechtsstaat*, prototipo di una comunità senza onore e dignità (13); lo Stato contenutistico che fa strame dello Stato vuoto, nichilizzato, minimalizzato dell'età liberale (14).

È il rinnovato dispiegarsi dell'autorità, della sovranità, che accompagna il ristabilirsi di una *Ordnung* effettiva, che soppianta gli assetti meramente procedimentali propri degli equilibri costituzionali della Repubblica.

Non si tratta di posizioni particolarmente originali: la ritrovata statualità è quella stessa statualità di cui, sino ad un attimo prima, si è proclamato costantemente la crisi; quella statualità dispersasi nella politica dissoluzione dei partiti già con il crollo dell'Impero guglielmino e la scomparsa del principio monarchico.

Allo Stato, che finisce preda del pluralismo sociale, fa da contrappeso una statualità rinnovata che riesce ad ingabbiare nella sua totalità la stessa totalità del politico.

Ad una società, inidonea ad esprimere una guida di qualsiasi tipo, che ha perso la forza per decidere, frammentata nel pluralismo degli interessi, in una politicizzazione che distrugge tutto ciò che tocca — burocrazia, esercito, amministrazione locale — si sostituisce una società necessariamente non democratica, che esclude in linea di principio ogni identità tra governanti e governati e che si affida alle mani salde e rassicuranti di una indiscutibile *Führung*.

Colpisce, certamente, il linguaggio, sprezzante nell'archiviare l'esperienza del primo dopoguerra ed ultimativo anche nei confronti della vicenda ottocentesca, di cui Weimar appare la degenerazione

---

(11) Su questo scritto apparso nel 1932 su *Deutsches Volkstum*, rinviamo all'analisi di GRIMM, *Die 'Neue Rechtswissenschaft'*, cit., p. 391.

(12) FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933, p. 20. Il volume viene pubblicato nella collana « Der deutsche Staat der Gegenwart », diretta, per i tipi della Hanseatische Verlagsanstalt di Amburgo, da Carl Schmitt ed in cui appaiono, in questi anni, alcuni dei contributi più significativi della *Neue Rechtswissenschaft* e non solo nel campo del diritto pubblico. Si vedano, con riferimento al mondo del diritto civile, P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker (1908-1994)*, in *Riv. dir. civ.*, XLI (1995), I, pp. 498-503; P. CAPPELLINI, *Franz Wieacker civilista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24 (1995), pp. 604-608.

(13) *Ibid.*, p. 13.

(14) *Ibid.*, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatale ed inevitabile. Ma si è colpiti più perchè non ci aspetteremmo quel linguaggio nel sostenitore integerrimo delle impostazioni *rechtsstaatlich* degli anni della prima applicazione della costituzione federale, che non per il suo oggettivo contenuto, in un momento in cui il pensiero antidemocratico che covava negli anni di Weimar rompe gli argini con il successo della NSDAP; nel momento in cui quasi l'intera scienza giuridica si riorienta politicamente, affidandosi senza riserve ad una nuova *Bewegung* politica.

Gli scritti di Forsthoff di questi anni non rivelano soltanto la sua franca adesione al regime, le sue ripetute collaborazioni alle colonne del *Deutsches Recht* (15) od alle iniziative manualistiche del Reichsrechtsführer Hans Frank.

È grazie a questi scritti ed alla sostanziosa rifondazione ideologica che vi è connessa, che, accanto ai nuovi totalitari rapporti tra Stato e cittadino, finalmente completata la costruzione costituzionale dello Stato nazionalsocialista, emerge anche il nuovo volto dell'amministrazione e si delineano i nuovi compiti della scienza amministrativa.

Può risultare sorprendente a chi è abituato a pensare a Forsthoff soltanto come ad un giurista degli anni di Adenauer, a considerarlo un interprete rigoroso, secondo gli stilemi del giurista ottocentesco, della costituzione federale, leggere che il sistema di legalità degli anni di Weimar ha determinato la rovina dello Stato di diritto borghese (16). Eppure, le novità concettuali, sul terreno amministrativo, come anche, più in generale, sul piano dell'emersione di una nuova dimensione sociale della funzione pubblica, nascono da un processo di rinnovamento giuridico rilevante, da una modernizzazione per più aspetti inconcepibile senza la soluzione che lo stato totalitario ha opposto alle crisi irrefrenabili di Weimar: nascono, cioè, in ultima analisi, all'interno del rapporto tra *Führung* e *Verwaltung.*

La capacità di Forsthoff di seguire le trasformazioni in corso nel mondo amministrativo era già emersa in uno dei suoi primi scritti dedicato ad un tema assai frequentato negli anni finali della Repubblica di Weimar: la crisi delle amministrazioni comunali (17).

Ma ora che la questione costituzionale è stata risolta con l'edificazione del *Führerstaat*, ora che le tendenze policratiche e pluralistiche, che non avevano risparmiato la stessa amministrazione, sono state ricomposte in una guida statale in grado di riposizionare il primato del politico in ogni campo della società, economia compresa, l'amministra-

---

(15) La rivista che costituisce il *Zentralorgan des Bundes NationalSozialistischer Deutscher Juristen*.

(16) *Ibid.*, p. 20.

(17) *Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat*, Berlin, 1932, spec. pp. 49 e ss., nonché *Um die kommunale Selbstverwaltung. Grundsätzliche Bemerkungen*, in *Zeitschrift für Politik*, 21 (1932), pp. 248 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione può essere analizzata nel suo oggettivo funzionamento e ne possono essere indagate sino in fondo le profonde novità strutturali.

L'amministrazione, liberatasi dei fardelli compensatori di cui la crisi dello Stato di partiti weimariano l'aveva sovraccaricata, diventa aggredibile 'realisticamente'. Il volto, sino a poco prima sbandierato come sintomo di crisi e di dissoluzione della statualità, di un'amministrazione che s'insinua nelle forme giuridiche del diritto privato e, persino, nelle attività commerciali, diviene 'improvvisamente' raffigurabile nella sua contraddittoria realtà, nei suoi intrecci, nella duplicità dei suoi statuti e delle sue funzioni.

La strada per l'approdo al realismo e per l'abbandono degli approcci *formal-juristisch* si dischiude nel momento in cui ogni preoccupazione costituzionale, ogni pericolo di dissoluzione della sovranità si è risolto altrove, nel solidissimo vincolo che lega il *Führer* al proprio *Volk*, mentre l'amministrazione, persa la funzione di baluardo della statualità, di cui era stata investita in una dimensione costituzionale che ha abbattuto il principio monarchico, può essere letta ed analizzata per ciò che è, senza distorcenti schemi costituzionali.

Sin qui l'intelaiatura argomentativa che 'consente' la valorizzazione del « significato sociale dell'amministrazione moderna » (18); sin qui le premesse per la definizione celebre e fortunata dell'amministrazione come *Leistungsträger* e della *Teilhabe* come nuovo baricentro delle pretese del cittadino nei confronti dell'autorità pubblica, che supera ed elimina il piano individualistico dei diritti di libertà e si fonda sull'assorbimento del singolo nelle istituzioni statali che hanno il compito di provvedere ai bisogni primari della comunità.

Si tratta di schemi argomentativi a lungo inseguiti negli anni di Weimar: quel nucleo di trasformazioni che, sino a pochi anni prima, rappresentava il segno più evidente della disgregazione e della crisi, diventa, negli indissolubili vincoli dello Stato totale, il punto di forza e di unione del singolo alla « politische Gemeinschaft » (19).

L'orientamento 'costituzionale' del celebre scritto del 1938 non costituisce allora soltanto una mera sovradeterminazione linguistica, dovuta all'ingresso prepotente delle immagini nazionalsocialiste nella letteratura giuridica del tempo, ma diventa, all'interno di quella tradizione giuridica, una condizione stessa dell'analisi e della modernizzazione amministrativa, resa possibile dall'effetto liberatorio che il vincolo tra *Führung* e *Verwaltung* (20) determina per i compiti e le funzioni dell'amministrazione.

---

(18) FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Deutsches Recht*, V (1935), p. 398.

(19) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., p. 19.

(20) Vincolo che comunque si fissa tra due funzioni autonome e distinte, collocate all'interno del « gesamten Staat »: FORSTHOFF, *Von den Aufgaben*, cit., p. 400.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La modernizzazione dogmatica negli anni del nazionalsocialismo (21) ha, alle spalle, un percorso estremamente accidentato nel decennio weimariano precedente: se le persistenti pregiudiziali pubblicizzanti, che avevano a lungo impedito di recepire i processi di trasformazione in corso nell'organizzazione e nelle forme d'azione, possono essere rapidamente rimosse, è perchè lo stesso rapporto tra pubblico e privato, tra Stato ed economia, tra partiti e Stato, si è risolto in una nuova, solidissima, unità del politico.

Non troppo diversamente, del resto, il recupero di un nuovo principio di unità (22) negli scritti dei giuristi italiani più vicini all'esperimento corporativo, aveva permesso di superare, in quell'ordinamento, antinomie e contraddizioni insolubili sul piano del regime costituzionale e amministrativo (23).

3. A differenza delle sovradeterminazioni che affaticano il discorso giuspubblicistico negli anni del regime, Forsthoff può vantare, però, una rivitalizzazione quasi completa del proprio modello descrittivo negli anni della Repubblica federale.

Depurato dei più evidenti richiami alle immagini care all'ideologia nazionalsocialista, quel modello ha saputo candidarsi, con i suoi istituti fondamentali — *Leistungsverwaltung*, *Teilhabe*, *Daseinsvorsorge, Planung* — come parte integrante della riflessione giuridica del secondo dopoguerra, quasi che il forte orientamento politico-costituzionale degli anni Trenta, opportunamente sostituito da un formalismo tutto *rechtsstaatlich*, avesse filtrato i soli risultati modernizzanti ed un realismo assolutamente neutro dal punto di vista costituzionale, pronto a svelare senza infingimenti la realtà giuridica di una società pienamente industrializzata. Quasi che il realismo nell'analisi dei fatti amministrativi potesse convivere indifferentemente, ora con una guida politica totalitaria e necessariamente non democratica, ora con le epifaniche riscoperte di un eterno ed astorico Stato costituzionale dell'Ottocento e con modelli d'interpretazione giuridica di marca strettamente positivistica. Quasi che la polarizzazione degli anni Trenta tra *Führung* e *Leistungsverwaltung* potesse naturalmente evolversi, senza contrizioni e rinnega-

---

(21) Sul punto, in sintesi, W. Meyer-Hesemann, *Modernisierungstendenzen in der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, hrsg. von H. Rottleuthner, *ARSP*, 18, Wiesbaden, 1983, pp. 140-51.

(22) Sulle nuove formule di connotazione della statualità, introdotte dalla giuspubblicistica fascista, cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, pp.414 e ss.

(23) Saranno i giuristi del corporativismo i primi a parlare di 'enti parastatali', di 'azionariato di Stato', di 'società commerciali pubbliche'. Sia consentito rinviare a quanto scriviamo in *Origine e itinerari scientifici della nozione di 'ente pubblico' nell'esperienza italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), pp. 311 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti di sorta e, dunque, senza apparenti contraddizioni, nella dialettica, tipologicamente distinta, ma di fatto corrispondente nella strategia del discorso giuridico, tra Stato di diritto e Stato sociale.

Atteggiamento camaleontico, opportunismo politico o, viceversa, continuità di un modello descrittivo nella sostanza immutato e immutabile?

Certo, l'altalena delle etichette di cui Forsthoff è stato, volta a volta, accreditato è quanto meno inconsueta. Ora Forsthoff è l'interprete fedele della nuova ideologia dello Stato totale e di lì a poco il realistico scopritore dell'amministrazione di prestazione, contro il formalismo della scuola di Otto Mayer, colpevole di averla troppo a lungo celata e sottratta alla dogmatica amministrativa. Ora è, invece, il sostenitore integerrimo, senza abiure ma anche senza nuove credenziali, dell'intangibilità dello Stato di diritto, contro le pretese di fondare, nella costituzione, Stato sociale e diritti sociali. Ora, infine, è il sottile interprete di una sociologia giuridica in grado di evidenziare alcune linee di trasformazione della statualità in una moderna società industriale.

Molte risposte si possono trovare e sono state in effetti avanzate per spiegare questo vorticoso alternarsi di posizioni all'apparenza così lontane tra di loro e che ancor più antinomiche possono risultare in una recezione come quella italiana, indirizzata soltanto verso alcuni segmenti, cronologicamente ben delimitati, della sua produzione scientifica.

A ben guardare, però, solo il piano costituzionale ha mostrato variazioni significative, ruotando dalla condanna del pluralismo policratico che mortificava la statualità nella crisi della Repubblica di Weimar e dalla rapida accettazione del *Totalstaat*, alla positivistica delimitazione del valore normativo di una carta costituzionale di cui si cerca di arginare in ogni modo una funzione costituente espressa dalla rappresentanza politica.

Al contrario, l'amministrazione — la *lebende Verwaltung* a suo tempo lucidamente segnalata da Häberle (24) — ha mantenuto intatti, nella sua realtà di amministrazione di prestazione, non solo il linguaggio e le categorie elaborate nel corso degli anni Trenta, ma anche la sua immutabile funzione di unica, vera fondatrice della statualità e della costituzione effettivamente materiale: nel 1938 come alla fine degli anni Cinquanta vero asse fondante dei vincoli comunitari di una compiuta società politica.

I materiali concettuali rielaborati da Forsthoff nel secondo dopoguerra risultano perciò notevolmente eterogenei. Soltanto a prima vista, il primato dello Stato di diritto viene ristabilito, saltando il nazismo e recuperando il filo bruscamente interrotto con la tradizione ottocente-

---

(24) P. Häberle, *Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk von Ernst Forsthoff*, in *Juristenzeitung*, 30 (1975), pp. 683 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sca. In realtà, solo il *Totalstaat* è venuto meno con la presa di Berlino e la caduta del bunker della Cancelleria. Lo Stato di diritto che vi si sostituisce è poco più di una formula di connotazione, che conserva un suo limitato valore prescrittivo soltanto se utilizzato in polemica dialettica con quello Stato sociale che rivendica un più ampio valore normativo delle enunciazioni costituzionali: in funzione di delimitazione, dunque, più che di qualificazione dei contenuti della costituzione.

Ed al contrario, c'è un nucleo forte che può essere tranquillamente riproposto nel dopoguerra e sul quale è ben possibile impiantare quello che è stato a lungo uno dei migliori manuali amministrativistici dei primi decenni della Repubblica federale: un manuale che trascende ampiamente quella tradizione ottocentesca che si vorrebbe recuperare ed affonda, invece, ben dentro la *Rechtserneurung* nazionalsocialista.

Anche questo è un fatto da segnalare e tanto più significativo, se si considera che, al contrario, tutta la letteratura giuridica nazionalsocialista diventava « carta straccia » (25) e che Forsthoff poteva essere uno dei pochissimi giuristi a dimostrare che quanto aveva scritto negli anni del nazismo era degno di essere ripubblicato e di essere sviluppato nel *Lehrbuch*, costituendo un punto di partenza importante e nuovo, anche rispetto a Weimar, per la riflessione amministrativistica del dopoguerra.

È vero che queste rivendicate continuità e questi repentini capovolgimenti di prospettiva insinuano non pochi dubbi anche nel lettore più disincantato, che finisce per guardare a queste pagine con sospetto, immaginando riconversioni di facciata od obiettivi interpretativi sin troppo palesi. Difficile, dunque, non cedere alla tentazione di vedere in questi rovelli scientifici niente altro che delle interpretazioni strumentali, necessarie, però, nel nuovo quadro costituzionale, per arginare il valore normativo del programma politico fissato nel *Grundgesetz*.

Ma, anche messo in conto quel tanto di strumentalità che è tipico della letteratura giuspubblicistica immediatamente successiva al rinnovamento costituzionale del dopoguerra, riesce pur sempre difficile comprendere perchè il più duro oppositore del *Sozialstaat* e del contenuto sociale della costituzione federale sia, per l'appunto, il giurista cui si deve, in Germania, la riscoperta del « significato sociale dell'amministrazione moderna ».

Anche in questo caso, si è costretti a registrare, quindi, nuove ambivalenze e nuove antinomie: il giurista che più degli altri, nella scienza giuridica tedesca a cavallo del secondo conflitto mondiale, ha contribuito scientificamente ad elaborare gli istituti dello Stato sociale, ne respinge poi drasticamente il valore costituzionale e la pariordinazione che il *Grundgesetz* ha fissato tra Stato di diritto e Stato sociale (26),

---

(25) STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 234.

(26) GRIMM, *Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform*, 1972, ora in ID., *Die*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riscoprendo, in modo anacronistico, come unica costituzione possibile quella dello Stato di diritto monarchico (27).

Certo è, che queste aporie non possono essere sciolte, concentrandosi soltanto sull'ultimo Forsthoff, che riscopre sì il metodo classico d'interpretazione giuridica, ma che pure ripubblica — come abbiamo visto — quasi integralmente il volumetto del 1938: un saggio effettivamente essenziale per comprendere appieno la sua posizione scientifica.

Sarebbe inesatto, oltre che banale, dal canto opposto, pensare ad un effetto di trascinamento dell'ideologia nazionalsocialista. Forsthoff certamente occupa, nella scienza giuridica tedesca del secondo dopoguerra, una posizione precisa: la prima edizione del *Lehrbuch* è del 1950; la sua ultima opera di rilievo — *Lo Stato della società industriale* — è del 1971, ma il nucleo principale della sua produzione scientifica di questo periodo data dall'inizio degli anni Cinquanta alla metà degli anni Sessanta, in un momento in cui lentamente la scienza del diritto amministrativo, e più in generale del diritto pubblico, prende confidenza con la costituzione federale, assorbe le continuità, anche individuali, con il periodo dell'anteguerra, riprende la tradizione dei congressi della Associazione degli *Staatsrechtslehrer* interrotta dal nazismo.

La nuova, diretta fondazione dei diritti nella costituzione, aperta dalle costituenti del secondo dopoguerra, gli è radicalmente estranea. Ma pure estranee gli sono le tendenze, che sbrigativamente potremmo definire garantistiche, che, in ambito amministrativo, inseguono la riduzione degli spazi assegnati ai rapporti di sudditanza speciale e la completa giuridicizzazione dei poteri, sino alla riformulazione dello stesso principio di legalità (28); la soggettivizzazione del rapporto; la procedimentalizzazione dell'azione e la ricerca di nuovi elementi legittimanti, di fronte alla crescente perdita di contenuto dell'atto legislativo (29).

Nelle stesse pagine del *Lehrbuch* si ritrovano immagini dell'amministrazione tutt'altro che coerenti con le nuove scelte costituzionali del secondo dopoguerra: il plusvalore assegnato all'amministrazione nell'equilibrio tra i poteri; la contestazione della mediazione legislativa; la

---

Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main, 1991, pp. 323-24; Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, 1972, ora in *Staat und Gesellschaft*, hrsg.von E.W. Böckenförde, Darmstadt, 1976, pp. 423-24.

(27) M. Fioravanti, *Quale futuro per la costituzione?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21 (1992), p. 627.

(28) N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, 2. Aufl., Heidelberg, 1986, pp. 258 e ss.

(29) Böckenförde, *Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt. Bemerkungen zur Entwicklung und zum heutigen Stand der Diskussion*, *Nachwort* alla seconda edizione di *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1981, pp. 375 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rilevanza dei poteri di autodeterminazione dell'apparato amministrativo; la discrezionalità amministrativa, tanto più estesa ed orientata ai valori, quanto formalistica dovrebbe essere, al contrario, l'interpretazione costituzionale (30). Sino alla confessione che « i problemi costituzionali del nostro tempo sono divenuti in verità problemi amministrativi » (31).

A buon ragione si è perciò sottolineato che la *Daseinsvorsorge* è divenuta nelle sue pagine un « eigentlichen Politikum »; che l'amministrazione — e l'amministrazione di prestazione, in particolare — rappresenta una « costituzione indipendente » da quella politica o, come pure si è scritto, una « controcostituzione », l'unico, effettivo « Naturzustand » (32): quella *Leistungsverwaltung*, come opportunamente sottolinea Mangia (33), che possiede una vera e propria « efficacia costitutiva dell'ordine sociale ».

I limiti della riconversione allo Stato di diritto sono quindi palesi, denunciandone, nonostante l'abbandono del più greve vocabolario idealistico e della *völkische Weltanschauung*, un'accezione marcatamente statualistica ed autoritaria.

Come spiegare allora la persistenza del Forsthoff amministrativista, anche quando, ormai oltre il delicato crinale degli anni Cinquanta, le sue tesi costituzionali perdevano progressivamente terreno sia nel dibattito scientifico, sia di fronte alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale? Quando non era più in discussione la precettività delle norme programmatiche ed emergeva con evidenza la specificità del *Grundgesetz*, non solo nei confronti dei rapporti ottocenteschi tra Stato e cittadini, ma anche rispetto alla stessa costituzione di Weimar, che veri e propri diritti sociali non aveva proclamato (34).

Divenuto improponibile un *Leistungsstaat* di natura esclusivamente amministrativa, che neutralizza la politica e la costituzione e riconduce ogni rapporto di potere al compito essenziale della *Staatsregierung* — ormai, certo non più la *Führung* — di provvedere ai bisogni essenziali del cittadino, tutta l'ossatura concettuale che era stata eretta nel corso

---

(30) I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2.Aufl., München, 1980, pp. 71-75; MANGIA, *Introduzione*, in *L'ultimo Forsthoff*, cit., p. 26.

(31) FORSTHOFF, *Giustificazione e compiti di una scienza dell'amministrazione*, 1959, in *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 173.

(32) Citiamo, rispettivamente, da HENNIS, *Politik*, cit., p. 67; HÄBERLE, *Lebende Verwaltung*, cit., p. 689; STOROST, *Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, hrsg. von E.V. Heyen, *Ius commune*, Sonderhefte 21, Frankfurt am Main, 1984, p.188; MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie*, cit., pp. 79-80.

(33) *Introduzione*, cit., p. 23.

(34) GRIMM, *Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat*, 1983, ora in *Recht und Staat*, cit., pp. 152-61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli anni Trenta è, tuttavia, rimasta. E, proprio intorno a questo nucleo concettuale, la giuspubblicistica tedesca ha continuato ad elaborare le proprie dogmatiche, tutte le volte che queste intersecassero le trasformazioni dell'amministrazione, i servizi pubblici o i diritti sociali. Così, il *Dasein* di Jaspers ed Heidegger, rielaborato da Forsthoff in chiave amministrativa tra *Leistungsverwaltung* e *Teilhabe*, connota ancora il linguaggio degli amministrativisti ed al Nostro si riconoscono importanti meriti di consapevolezza e d'impulso (35).

Molto, certo, si deve alla continuità istituzionale di uno Stato sociale che si radica nella vicenda weimariana, ma ancor più in quella del nazismo, il momento in cui la Germania conosce le prime politiche di programmazione (36) e le prime discipline economiche di settore (37).

E molto, pure si deve alla lucidità di Forsthoff, non l'unico, ma certo il più perspicuo tra i giuristi del nazismo nel cogliere le novità dell'amministrazione rispetto alle tradizionali sintesi descrittive, che con estrema lentezza avevano registrato l'inserimento di nuovi elementi organizzativi e funzionali negli impianti dogmatici di fine Ottocento (38).

Peculiare dell'esperienza tedesca rimane questo tipo di approdo alle novità dell'amministrazione, questa sorta di 'peccato originale' di concomitanza con il nazismo.

Se in Francia, al *service* si arriva nel pieno della Terza Repubblica, magari quando più minacciosa si fa la prospettiva di sindacalizzazione della funzione pubblica, ma anche quando è possibile elaborare una teoria dai toni marcatamente antistatualisti qual'è quella racchiusa nel geniale realismo di Duguit; in Germania, la *Wendung zum Wirtschaftsstaat* si delinea nella crisi più acuta di Weimar e si completa con uno sbocco al 'realismo' che s'intreccia indissolubilmente con le *Gemeinwohlformeln* (39) del regime.

Oggi, questa eredità è poco più di un tenue segno terminologico; un piccolo retaggio linguistico del vocabolario di quegli anni. Se, allora, *Teilhabe* programmaticamente non poteva né doveva significare diritto soggettivo, protezione giuridica ed, anzi, prendeva il posto di *Freiheit* a

---

(35) F. Ossenbühl, *Die Weiterentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 5, *Die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, 1987, p. 1148.

(36) Proprio Forsthoff segnalava nel 1937 che *Plan* e *Planung* erano specifiche forme d'azione del *Führerstaat*: *Führung und Planung*, in *Deutsches Recht*, VII (1937), pp. 48-49.

(37) Sintomatica ancora un'analisi di Forsthoff, relativa all'*Energiewirtschaftsgesetz* del 1935 (*Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit., pp. 33 e ss.) che introduceva una disciplina della produzione di energia indipendentemente dal carattere pubblico o privato delle relative imprese.

(38) Basti qui rinviare alla nostra analisi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 250 e ss.

(39) Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sintetizzare una 'partecipazione' rigorosamente antindividualista del singolo alla comunità, fatta, in modo speculare all'aborrita immagine liberale, di stretta dipendenza dell'uomo dallo Stato nella soddisfazione dei propri bisogni essenziali e di affidamento completo alla *Gemeinschaft* del popolo tedesco; ora, sotto la rubrica dei *Teilhaberechte* (40), una letteratura agguerrita, muovendo da quella pariordinazione costituzionale tra Stato di diritto e Stato sociale che abbiamo già ricordato, ricerca le specificità dei diritti sociali, la loro strutturale differenza rispetto ai diritti di libertà, con la loro condizionabilità finanziaria e quella necessaria mediazione legislativa che ne esclude l'immediata azionabilità giudiziaria, pena il dissolversi dell'ordinamento democratico nelle improbabili linee di uno « Justiz-und Richterstaat » (41).

Solo ora, il realismo del Forsthoff amministrativista è divenuto neutrale rispetto al *Grundgesetz*: ora che le sue posizioni costituzionali, anche quelle in tema di interpretazione della costituzione, cui ha dedicato molti saggi nell'ultima stagione della sua produzione scientifica, sono state superate. Ora che la sua *Gegenverfassung,* fondata soltanto sull'amministrazione e sulla capacità di questa di rispondere ai bisogni essenziali dei cittadini ci appare il vagheggiamento di una statualità ormai lontana ed il segno di una resistenza ostile ad ogni fondamento costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione (42). Ora che il *Leistungsstaat* non può più essere soltanto un sistema di prestazioni, indipendente e pure superiore alla costituzione politica, perchè ancorato alla sfera vitale della popolazione (43), ma un equilibrio bilanciato di funzioni che, reciso ogni legame organicistico, deve anche offrire risposte convincenti alle nuove esigenze di tutela e di garanzia nei confronti di un potere, magari più dolce, più contrattuale, meno imperativo, ma anche più sfuggente al vincolo giuridico e dunque, in ultima analisi, più libero ed insidioso (44).

La dialettica tra teoria e dogmatica dei diritti fondamentali non si è quindi chiusa nella Repubblica federale (45). Così, in Germania come negli altri paesi europei, il significato politico della costituzione e la normatività dei valori costituzionali e delle grandi scelte programmati-

---

(40) In sintesi, W. SCHMIDT, *Grundrechte. Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland*, in *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, cit., pp. 203-5.

(41) BÖCKENFÖRDE, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, 1981, ora in ID., *Staat-Verfassung-Demokratie*, cit., pp. 146 e ss.

(42) Sulla necessità di « porre su basi costituzionalmente più nitide e garantite anche il rapporto tra politica e amministrazione », si vedano le lucide indicazioni di FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di Raffaele Romanelli, Roma, 1995, pp. 450-52.

(43) FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, cit., pp. 72 e ss.

(44) GRIMM, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, 1990, ora in *Die Zukunft der Verfassung*, cit., pp. 159 e ss.

(45) SCHMIDT, *Grundrechte*, cit., pp. 209 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sembrano molto spesso cedere alla « strapotenza dell'esistente » (46), mentre la costituzione materiale, di fronte a tecnicizzazioni che, nell'attuale società postindustriale, risultano ancor più marcate di quelle ipotizzate da Forsthoff, pare assecondare le sue profezie e confinarsi alla mera prestazione dei servizi essenziali.

Che il giurista debba attrezzarsi contro le novità che lo Stato contemporaneo presenta nelle funzioni di produzione e di distribuzione del potere (47) non par dubbio. Verso alcune di queste novità Forsthoff ha certamente contribuito a far aprire gli occhi dei giuristi: senza dimenticare però che la sua dottrina dello Stato, ora suasivamente realistica, ora rigorosamente *formal-juristisch*, muoveva da uno sguardo « retrospettivo » (48) da cui oggi, di fronte ai problemi dello Stato costituzionale, è ormai indispensabile prendere le distanze.

---

(46) A. Orsi Battaglini, *In limine*, in *Diritto pubblico*, I (1995), p. VI.

(47) L. Ornaghi, *Per una teoria politica dello Stato. Prime notazioni e schiarimenti*, in *Quaderni di scienza politica*, II (1995), spec. pp. 338-39.

(48) Häberle, *Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische 'Gesellschaftslehre'? Zu Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (*ZHR*), 136 (1972), pp. 425 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

PER UNA STORIA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

(a proposito di F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au debut des années 1970)*, Paris, PUF, 1995)

1. Il contenuto di questa ultima, importante fatica di François Burdeau è già stato presentato al pubblico italiano da Sabino Cassese, sulle colonne de *Le carte e la storia* (1). È apparso, nondimeno, opportuno segnalare questo volume anche ai lettori dei *Quaderni*, non solo per un dovuto riconoscimento ad un'opera di sintesi di notevole importanza, ad una vera e propria opera prima, che si sobbarca l'onere non agevole di ripercorrere circa duecento anni di storia del diritto amministrativo francese, ma anche per sfruttare appieno un'occasione di riflessione che questo volume offre, intervenendo, con un proprio, peculiare approccio, in un campo storiografico in cui, anche in Italia, la ricerca si va da tempo impegnando.

È presto detto, intanto, perchè il volume di Burdeau costituisca, in qualche modo, un'opera prima. Il volume offre, infatti, al giurista francese come al lettore straniero, una sintesi brillante, spesso suggestiva, sempre lucida ed agile, abbracciando un periodo storico che muove dalla legislazione rivoluzionaria per addentrarsi sin nelle vicende della Quinta Repubblica, all'immediata vigilia del presente: un'opera da cui s'impara molto e che merita di essere annotata con attenzione.

Non che mancassero quadri d'insieme, sintesi utilizzabili nella letteratura francese: la tradizione d'indagine dei *grands arrêts* da Hauriou in poi; le sintesi storiche, non di rado eccellenti, rinvenibili un po' in tutta la manualistica amministrativa d'oltralpe, dalle pagine di Auby e Drago a quelle di Rivero, Waline, Chapus. ..; l'*Introduction* ed i numerosi saggi di Mestre; le monografie di Sandevoir e Chevallier, quelle più recenti di Troper e Redor, sino ai contributi della ultimissima storiografia italiana, da Lacchè a Mannoni (2).

---

(1) S. CASSESE, *Una storia del diritto amministrativo francese*, in *Le carte e la storia*, I (1995), n. 2, pp. 7 e ss.

(2) Le note a sentenza di Hauriou possono leggersi in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey*, Paris, 1929, 3 voll.; assai diffusa la silloge giurisprudenziale di M. LONG-P. WEIL-G. BRAIBANT-P. DELVOLVÉ-B.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per la prima volta, però, la sintesi è condotta a tutto campo, lungo un arco cronologico estremamente ampio, sempre vigile ed attenta, sia che si descrivano i provvedimenti normativi della Rivoluzione, sia che s'indaghi la realtà legislativa che segue la costituzione del 1958. Una sintesi in grado di orientare il lettore sui più diversi istituti dell'universo amministrativo francese, nello spazio di due secoli, con uno sguardo privilegiato verso la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, ma ricca di aperture anche verso la scienza giuridica, sia questa, quella grandissima di Hauriou e Duguit o quella del presente, alle prese con i difficili problemi di rivitalizzazione della tradizione amministrativa.

Il volume di Burdeau non può dunque che suscitare notevole interesse negli studiosi italiani, da sempre grandi ammiratori dell'opera creativa e sistematizzatrice del *Conseil d'Etat*, ed alle prese, invece, con un percorso amministrativo tanto più accidentato e controverso, anche oggi con molti segmenti di storia amministrativa poco noti ed indagati: si pensi solo alle diverse realtà, ancora così generiche e sfuggenti, del contenzioso amministrativo preunitario. Per di più, con una « attenzione alla giurisprudenza » (3) assai modesta, se paragonata all'effetto di vera e propria appartenenza ad una disciplina e ad una tradizione giuridica, prodotto dall'autoriflessione, sugli *arrêts* di *Conseil d'Etat* e *Tribunal des conflits* (4), che i giuristi d'oltralpe, accademici o meno, hanno praticato senza sosta, a dispetto di ogni possibile querelle tra « dogmatisme et empirisme » (5).

Il primo grande quadro sistematico del contenzioso si doveva, così, in Francia, proprio a quell'Edouard Laferrière (6) che, dalla *Section du*

GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9e éd., Paris, 1990, che muove dall'*Arrêt Blanco* del 1873. Per la manualistica, le sintesi storiche più importanti possono leggersi in J.M. AUBY-R. DRAGO, *Traitè de contentieux administratif*, Paris, 1962, pp. 93 e ss.; J. RIVERO, *Droit administratif*, 13e éd., Paris, 1990, pp. 24 e ss.; M. WALINE, *Droit administratif*, 9e éd., Paris, 1963, pp.16 e ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1982, pp. 1-80. Per le opere monografiche, cfr. J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985; P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964; J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et judiciaire*, Paris, 1970; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980; M.J. REDOR, *De l'Etat legal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, 1992; L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, 1995; S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, tm.I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, Milano, 1994; tm. II, *Dalla contestazione al consolidamento*, Milano, 1996.

(3) CASSESE, *Una storia del diritto amministrativo francese*, cit., p. 12.

(4) Istituito, dopo la breve parentesi del 1849, con la L. 24 maggio 1872.

(5) *Histoire*, cit., pp. 474-77, con riferimento alla querelle che oppone « le Palais-Royal et l'Université » nei primi anni del secondo dopoguerra.

(6) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 voll., Paris, 1887-88; 2a ed., Paris, 1896.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contentieux e poi dalla vicepresidenza, aveva pilotato con mano ferma il *Conseil d'Etat* nell'intero ultimo quarto del secolo scorso.

2. Per dominare una sintesi tanto impegnativa, Burdeau muove da una precisa definizione di *droit administratif*. Il diritto amministrativo è un diritto eminentemente giurisprudenziale: la sua storia è in qualche modo la storia stessa dei problemi del riparto di giurisdizione, i cui confini segnano, di volta in volta, insieme al novero degli atti impugnabili ed ai poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo, il cuore del racconto.

La storia del diritto amministrativo ha, dunque, un suo oggetto specifico; la sua trattazione s'identifica con ciò che « relève du contentieux ». Una storia di sentenze, quindi, e, tramite queste, del *Conseil d'Etat*, del suo ruolo, delle sue funzioni, del suo prestigio, non sempre identico a se stesso ed anzi da riconfermare e da riconquistare ad ogni mutamento di regime costituzionale.

Così, all'indiscutibile centralità napoleonica, segue l'iniziale debolezza del Consiglio nella prima Restaurazione; al « Corpo politico » della Seconda Repubblica, il *Conseil* creativo e garantista del Secondo Impero; alla prudenza e al servilismo negli ultimi tre decenni dell'Ottocento, si sostituisce, nel primo ventennio del Novecento, il baluardo dell'*Etat de droit* e l'artefice dell'« âge d'or du pouvoir créateur du juge administratif ».

Da questo osservatorio privilegiato, lo storico si muove per indagare il processo di trasformazione delle funzioni amministrative, il mutare dei compiti degli apparati, il delinearsi dei grandi istituti: l'eccesso di potere, la responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione, la contrattualità amministrativa.

Allo stesso modo, i cardini stessi del sistema francese di giustizia amministrativa — il Ministro Giudice, l'*Etat débiteur*, il progressivo dispiegarsi delle diverse *ouvertures* che legittimano il ricorso al giudice amministrativo — vengono attentamente ripercorsi e ricostruiti.

Si può seguire così, senza troppa fatica, l'intera vicenda dell'eccesso di potere, dal remoto *Arrêt Landrin* del 1826 sino alle pronunce più recenti in materia di giudizio di congruità e di bilancio 'costi-benefici', secondo scansioni estremamente puntuali e dettagliate, che ne indagano i primi fondamenti nella legislazione rivoluzionaria e nel vizio d'incompetenza; svelano gli iniziali 'camuffamenti' soggettivistici del *détournement de pouvoir*, sino ai più tardi approdi, ormai col nuovo secolo, nel pieno dell'*âge d'or* della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, alle sofisticate indagini della legalità interna, ispirate alla verifica, 'oggettiva', della *moralité administrative*.

Esame dei motivi ed apprezzamento dei fatti vengono a delimitare la vecchia sfera dell'amministrazione pura, trasformando ciò che per definizione era sottratto al contenzioso, in potere discrezionale giudi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ziariamente verificabile, innescando, fra l'altro, un vero e proprio successo di questo strumento di tutela che, dai 186 ricorsi del 1890 — come c'informa puntualmente l'Autore —, sale rapidamente ai 1160 del 1908, per attestarsi, oggi, su circa il 60% dell'intero contenzioso.

Centrato l'oggetto della storia del diritto amministrativo sul blocco di competenze su cui poggia la giurisdizione del *Conseil d'Etat* e sulle modalità e l'ampiezza del sindacato esercitato sui fatti amministrativi, l'immagine del percorso storico suscita, però, nel lettore, un'impressione di sostanziale continuità.

Il volume è naturalmente molto attento nel fissare fasi e periodizzazioni — *Gestation* dalla Rivoluzione al 1870; *Floraison* sino al 1925; *Commotions* sino al 1970 —, disegnando un percorso che è, prima, di incubazione e di sviluppo, magari non sempre uniforme, della specialità amministrativa, parallelamente all'allargamento dei poteri e delle funzioni dell'amministrazione; poi, invece, di progressiva incrinatura, di fronte alla fluttuazione dei confini tra pubblico e privato.

Ne risente, in primo luogo, l'equilibrio del riparto delle giurisdizioni, che, fermi alcuni confini estremi, tipicamente patrimoniali, per il giudice ordinario, tipicamente discrezionali, per il giudice amministrativo, vive, specialmente in materia contrattuale e di prestazione dei servizi pubblici, andamenti altalenanti, difficilmente prefigurabili con le categorie dogmatiche tradizionali e costretti, pertanto, per una sufficiente decifrazione, all'uso di una « méthode analitique ».

Ciò nonostante, le 'scosse' prodotte dalle trasformazioni novecentesche, pur incisive, in più punti, sulla linearità del disegno tracciato dalla giurisprudenza d'inizio secolo, non sembrano in grado di insidiare la tenuta complessiva del sistema tradizionale, meritevole, al più, di qualche parziale correzione (7).

All'immagine di sostanziale continuità contribuiscono, del resto, in larga misura, sia la continuità istituzionale del *Conseil d'Etat*, vero nucleo immodificabile della costituzione materiale, a dispetto degli spesso rapidi mutamenti di regime, sia la capacità del supremo giudice amministrativo di attribuire efficacia normativa alla propria giurisprudenza.

Forte delle solide fondamenta offerte dai *grands arrêts* della giurisprudenza amministrativa, si delinea, progressivamente, un quadro ricostruttivo di notevole compattezza. Ed il lettore ha così a disposizione un'opera che può leggere per intero, ma che può, altrettanto agevolmente, consultare: per istituti, per indirizzi giurisprudenziali, per dati legislativi, per categorie dogmatiche — amministrazione pura e

(7) Appaiono, quindi, relative e limitate sia la caduta dei criteri finalistici sia la crisi di autonomia del diritto amministrativo, su cui aveva, invece, richiamato l'attenzione M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992, spec., p. 166.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contenziosa; *puissance* e *service*; *gestion privée* e *gestion publique*. .. —, sfruttando appieno il felice equilibrio tra linee interpretative di sintesi ed indagini analitiche, che contraddistingue questa pregevole *Histoire du droit administratif*.

3. Quali mende può trovare, allora, in un volume così ben riuscito il recensore più accanito?

Non si può tacere, intanto, che la notevole compattezza dell'opera è il frutto, almeno in parte, di alcune semplificazioni non sempre convincenti.

Chiusa in un orizzonte del diritto amministrativo che coincide quasi per intero con la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, l'*Histoire* di Burdeau risulta elusiva su alcuni tornanti fondamentali del percorso storico compiuto dal diritto dell'amministrazione.

Sintetico ed insieme analitico, ricco di aperture ai settori più diversi del diritto amministrativo, sintantoché la continuità di quella tradizione, che definiamo amministrativa, risulta evidente e l'universo disciplinare si fonda, si evolve, magari riceve le prime scosse di assestamento, rimanendo però integro nella sostanza, il volume di Burdeau evita, invece, accuratamente ogni confronto con tutto ciò che da quella tradizione potrebbe risultare in qualche modo difforme.

Non è un caso che la periodizzazione scelta tagli fuori dall'itinerario ricostruttivo, all'inizio e alla fine della vicenda, i due tornanti più problematici: le origini del diritto amministrativo, da un lato; le trasformazioni del presente, dall'altro.

Può essere ineccepibile per chi vede nel diritto amministrativo un diritto eminentemente giurisprudenziale, prender le mosse dal momento in cui un primo assetto di giustizia amministrativa può dirsi definito, tra la Rivoluzione e Napoleone. Così come è ineccepibile che lo storico arresti la propria indagine al punto in cui ciò che è definitivamente trascorso assume, invece, i tempi del presente.

Eppure, una diversa periodizzazione, aperta, da un lato, verso l'Antico regime ed il suo universo giustiziale, dall'altro proiettata verso la forte contrazione della specialità amministrativa del presente, avrebbe introdotto non pochi elementi di problematicità e di turbamento per la vicenda descritta, offrendo in questo modo anche contributi importanti, con nuove domande, a quella storiografia che s'interroga sui percorsi della statualità e di cui il versante amministrativo non può che costituire un nodo assolutamente strategico.

Così, può essere comprensibile la prospettiva rigorosamente endofrancese, se è la storia del riparto ad aprire la strada alla storia degli istituti, ma la chiusura nazionalistica in molti casi risulta eccessiva (8),

(8) Si pensi al « tempo delle cattedrali », che non un cenno contiene ai percorsi della scienza giuridica continentale vuoi tedesca, da Mayer a Forsthoff, vuoi italiana, da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non solo perchè sacrifica circolarità storiche estremamente rilevanti sul piano europeo, ma anche perchè, arrivando sino a tacere l'esistenza di esperienze giuridiche, come quelle anglo-americane, a lungo prive di un diritto amministrativo, rinuncia in partenza a porsi qualsiasi interrogativo circa le origini ed i motivi della specialità amministrativa, nonché della sua attuale debolezza.

Non tutto, dunque, convince nel volume di Burdeau. Il lettore, proiettato, sin dalle prime pagine, in un universo di istituti giuridici già notevolmente specificati e definiti, non può fare a meno di pensare che l'Autore abbia in qualche modo evitato di costruire e problematizzare il proprio oggetto storiografico. Il diritto amministrativo è visto come un portato naturale della Rivoluzione, senza però indagarne le origini e il fondamento, senza interrogarsi sulla stessa originalità dell'itinerario francese.

Eppure, non tutte le fratture tra 'antico' e 'moderno' avevano automaticamente prodotto anche diritto amministrativo, alla fine del Settecento.

La grande diversità dei percorsi nazionali, in merito al diritto dell'amministrazione pubblica, avrebbe dovuto mettere in guardia dal riproiettare verso il passato, come dato costante ed immutabile, una specialità amministrativa tutta invece da capire, da seguire nel suo farsi, nel suo divenire.

Non è in discussione, certo, il *dies a quo* scelto per la ricostruzione. Per chi, come Burdeau, si riprometteva di solcare analiticamente la vicenda amministrativa francese sino alla vigilia delle riforme mitterrandiane dell'amministrazione locale e sino al varo delle autorità amministrative indipendenti, prender le mosse dalla Dichiarazione dei diritti era già un andare molto *à rebours* verso un possibile punto di partenza.

E la Dichiarazione, con la solenne proclamazione del principio di divisione dei poteri ed il suo legicentrismo, non poteva che essere un avvio indiscutibile: appunto, la data di nascita del diritto amministrativo moderno.

Quello che forse si può, invece, rimproverare a Burdeau, è di non aver aperto alcuna finestra verso l'antico regime, dando per scontato che una forte specialità amministrativa fosse già un frutto maturo dell'assolutismo monarchico: un frutto che, con la Rivoluzione, incontrava soltanto i primi parametri di legalità per l'azione degli apparati.

Orlando a Santi Romano, e tantomeno di quella anglo-americana da Dicey a Goodnow. Ma lo stesso si potrebbe dire per i diversi percorsi della giustizia amministrativa, per l'amministrazione per servizi, per i rapporti contrattuali. ... Così, procedimento amministrativo e democrazia dell'amministrazione, temi che in Francia iniziano a fare la loro comparsa in tempi recentissimi, non meritano neppure un paragrafo della trattazione, nonostante la scienza giuridica europea li abbia posti al centro delle proprie problematiche almeno dal primo dopoguerra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La specialità appare, perciò, già interamente disegnata nei secoli della Monarchia amministrativa. Con l'89, un potere amministrativo forte del suo passato assolutistico si limita a registrare le nuove esigenze costituzionali di un apparato servente della legge. Le eredità di Antico regime, da una parte, magnificate da quell'ampia letteratura di oltralpe pronta a ritrovare nell'Editto di Saint-Germain del 1641 l'antecedente immediato di una giustizia amministrativa anch'essa definita per intero prima dell'89; le novità della Rivoluzione, dall'altra, e, fra tutte, la necessità di individuare nuove legittimazioni per il potere pubblico, si fondevano armoniosamente nell'edificio, questo sì inedito, del *droit administratif*.

Il riconoscimento di un travaso quasi automatico (9) del settecentesco *pouvoir générale de police* in potere amministrativo sottoposto alla legge, ha evitato ogni interrogativo in ordine ai processi di trasformazione della realtà giustiziale di Antico regime ed ha consentito così al nostro Autore, che la storia del nuovo universo giuridico dell'amministrazione divenisse, da subito, una storia di istituti, addirittura una storia del riparto e dei poteri di cognizione del giudice (amministrativo).

Il regime amministrativo è, dunque, già definito in partenza nei tratti della sua specialità: poderosa invariante di cui si possono indagare, appunto, *gestation*, *floraison*, *commotions*, secondo un percorso storico non lineare, ma le cui 'scosse' possono essere assorbite dalla perenne centralità del *Conseil d'Etat* e dalla sostanziale identità, nel tempo, della sua funzione di « istanza iscritta nella sfera del potere, incaricata di sanzionare le deviazioni che l'indeboliscono e lo screditano » (10): simbolo di una tradizione secolare, sempre mutevole, eppure sempre fedele a se stessa.

Per questo, al *nouveau climat* del presente, cui lo storico, rispettoso del proprio habitus professionale, rivolge, come abbiamo visto, soltanto sguardi fuggevoli, può essere sufficiente, malgrado l'intensificarsi delle 'scosse', una parziale ripulitura, spinta dal fluttuare del confine tra pubblico e privato, di quella nozione di *service public*, che da oltre un secolo rappresenta — ed ancor oggi può costituire — la « notion de synthèse » (11), in grado di definire l'ambito e la *singularité* del diritto amministrativo.

Di fronte a questa dimostrazione di forza e di costante affidabilità di una tradizione in grado di rinnovarsi nell'arco di due secoli, grazie a ritocchi, tutto considerato, marginali ed indolori, il lettore italiano, pagato il suo tributo di geloso rispetto per il sistema d'oltralpe, e

---

(9) Quasi automatico perchè anche Burdeau ricostruisce i problemi di fondazione disciplinare per un diritto amministrativo che ancora non esiste e che lentamente prende forma negli anni della Restaurazione.

(10) *Histoire*, cit., p. 400, con riferimento alla persistenza di questa funzione del *Conseil d'Etat* anche nel secondo dopoguerra.

(11) *Histoire*, cit., p. 480.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confuso da visioni assai più enigmatiche, morfologiche, descrittive dell'amministrazione e del suo regime giuridico, incerto sulla possibilità stessa di una nozione di sintesi allo stato dell'arte, si chiede, però, anche se una storia del diritto amministrativo non debba porsi altre domande, diverse ed ulteriori da quelle ipotizzabili soltanto all'interno di una tradizione giuridica, isolata da qualsiasi passaggio epocale della statualità e salvata anche da ogni, pur minima, 'complicazione' comparatistica.

Il lettore italiano, forse perchè ha assorbito, a differenza del giurista francese, una vicenda del riparto così controversa e di così difficile restituzione dogmatica, matura la sensazione che la storia del diritto amministrativo debba porsi come obiettivo fondamentale quello di storicizzare sino in fondo quella tradizione giuridica, spezzandone dall'esterno gli elementi fondativi ed interrogando paradigmi ed enunciati di una specialità amministrativa che, per quanto forte, non può essere proiettata troppo a ritroso nel tempo, se si vogliono evitare effetti distorsivi sin troppo evidenti.

La specialità amministrativa, in altre parole, non può essere considerata una rigida « invariante », ma essa stessa un prodotto storico del tutto relativo e non necessario; e, dunque, volta a volta, da indagare e da assumere come problema.

Una storia del diritto amministrativo, anche a rischio di perdere di sistematicità, deve uscire dalla gabbia del proprio sapere disciplinare, interrogandosi sulle origini del proprio paradigma, mettendo in dubbio i materiali di cui è costruito, riflettendo sulle trasformazioni e le evoluzioni di lungo periodo.

Altrimenti, il nucleo di istituti, progressivamente edificato da giurisprudenza e scienza giuridica nel corso dell'Ottocento e da quest'ultima inserito, sul finire del secolo — e non solo in Francia — all'interno di una robustissima teoria generale, rischia di divenire troppo soffocante, costringendo lo storico ad un'indagine esclusivamente interna al paradigma ed, in ultima analisi, proiettata a scoprire una serie di micro-assestamenti di un sistema comunque già delineato ab initio nelle sue linee essenziali, con il concreto pericolo di perdere anche il senso e la portata della grande invenzione giuridica che fu, nel corso dell'Ottocento, il diritto amministrativo.

Per questo, il chiudersi all'interno della storia del riparto di un ordinamento giurisdizionale di cui, anche in questo caso, si rimuove il problema delle origini e della diversità dei singoli percorsi nazionali, non sembra una soluzione del tutto soddisfacente sul piano euristico.

Non c'è dubbio, che allargando il ventaglio temporale e comparativo, il percorso a ritroso divenga più accidentato e contraddittorio ed il volume ricostruttivo, che qui si ipotizza, non potrà essere consultato secondo la tranquillizzante paragrafatura di un manuale corrente. Il giurista di diritto positivo dovrà, giocoforza, divenir disponibile a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggere e comprendere ciò che è diverso e a chiedersi perchè su quelle diversità siano state poi erette le architetture dogmatiche per lui così consuete e delle quali però avverte anche, ormai da tempo, la crescente fragilità.

Se si vuol fare storia del diritto amministrativo, bisogna allora essere disponibili ad accettare sino in fondo che amministrazione (moderna) non è termine predicabile per ogni esperienza storica e geografica; che diritto amministrativo — nel senso di *droit administratif*, di diritto speciale e distinto dal diritto dei privati — non è stato sempre e comunque il solo, possibile diritto degli apparati pubblici; che entrambi, amministrazione e diritto amministrativo, sono problemi storiografici per i quali è urgente porsi domande e, possibilmente, ipotizzare risposte.

Proprio in questa prospettiva, non sembra neppure del tutto condivisibile la scelta (12) di tener radicalmente separato il piano istituzionale da quello più propriamente giuridico. Se la scelta è comprensibile, perchè produce leggibilità ed un buon utilizzo didattico, calibrato ora per studenti con maggiori cognizioni storico-generali, ora per studenti con migliori fondamenti giuridici, anche questa soluzione rischia, tuttavia, di suonare eccessivamente aproblematica.

Questo è particolarmente evidente all'inizio della vicenda, dove la ricostruzione di Burdeau finisce per sottacere proprio il percorso storico più rilevante: la costruzione di un potere amministrativo moderno.

Mentre, nel corso dell'itinerario, l'attenzione ai dati istituzionali è limitata agli interventi che incidono sugli organi della giustizia amministrativa, il *Conseil d'Etat* in primo luogo, e minore attenzione ricevono, invece, i temi dell'organizzazione, ivi compresi gli assetti centro-periferia (13), salvo che indirettamente giochino una qualche influenza sugli equilibri del riparto.

Così, lo stesso capitolo del *service*, che pure può vantare una preziosa e non comune ricostruzione del contrappunto tra Hauriou e Duguit, rimane assorbito all'interno di una trattazione troppo autoreferenziale, venendo a svalutare un indice fondamentale di trasformazione, che interpreta un nuovo concetto di pubblico ed apre la strada a nuove relazioni tra pubblico e privato. E la storia del *service* si riduce allora ad essere una storia prevalentemente processuale (14): la storia di

---

(12) Scelta del tutto consapevole e meditata, considerato che Burdeau può vantare al suo attivo anche una pregevole *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Paris, 1989 ed in cui si affrontano diffusamente i problemi della « naissance de l'administration moderne » (pp. 19 e ss).

(13) Anch'essi considerati un tema da riservare, quasi per intero, all'*Histoire de l'administration*: cit., pp. 31 e ss.; 81 e ss.; 186 e ss.

(14) Non solo processuale, ovviamente, se *service public* è istituzione amministrativa cui si applicano le norme di diritto amministrativo sostanziale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una nozione, magari sempre più inafferrabile, che ha però lo scopo principale di definire il raggio di competenza riservato al giudice amministrativo.

Una, sia pur rapida, apertura verso le vicende italiane dell'ente pubblico o quelle tedesche della *öffentliche Anstalt*, avrebbe dischiuso quei processi di trasformazione, assai più incisivi ed epocali, che accompagnano, per la prima volta, nell'Europa continentale, il delinearsi di una forte amministrazione diretta.

Questa limitata focalizzazione dei processi di trasformazione del pubblico si spiega anche perchè il nostro Autore, accogliendo un'accezione di *droit administratif* già per intero definita nella sua specialità sin dall'89, non ha incentrato la propria attenzione sulla dorsale pubblico-privato, anch'essa scontata come invariante. Si è così rinunciato, non solo ad indagare il momento fondativo della dicotomia, che pur tipicamente moderno era però al di qua del raggio cronologico scelto, ma anche il progressivo modificarsi dell'equilibrio a suo tempo fissato, dal legislatore napoleonico, tra *Code civil* e « bon système d'administration ».

Di qui, il peso relativo, già segnalato da Cassese, assegnato agli istituti espropriativi, più direttamente confliggenti con l'inviolabile diritto di proprietà; di qui, lo scarso interesse riscosso dal rapido declino della dicotomia, con il crescente interventismo statale e l'assottigliarsi del confine tra Stato e società. Una commercializzazione degli apparati e delle tipologie d'attività, certo estranea al ceppo classico del diritto amministrativo, ma pure essenziale per capirne i profondi rivolgimenti interni e le linee giuridiche di un « expansionnisme administratif » troppo presto lasciato alla competenza esclusiva della storia dell'amministrazione (15).

4. Se vuol tener fede all'impegno d'indagare compiutamente l'oggetto storiografico che le compete, la storia del diritto amministrativo, deve, allora, a nostro avviso, allargare i propri orizzonti problematici, uscendo dalla corazza della specialità e dal compito di ricostruire una razionalità semplicemente interna ad un sistema già predefinito.

In primo luogo, va concentrata l'attenzione sul valico tra Antico regime e Rivoluzione, tenendo il più possibile collegati il piano giuridico e quello istituzionale. Si deve cioè porre, al centro dell'itinerario ricostruttivo, quel « tempo fondamentale di trasformazione-connessione » (16), la cui analisi è essenziale per capire la lenta dissoluzione dell'universo giustiziale e la quasi improvvisa emersione di un'attività

(15) *Ibid.*, pp. 107 e ss.

(16) L. Ornaghi, *Per una teoria politica dello Stato. Prime notazioni e schiarimenti*, in *Quaderni di scienza politica*, II (1995), p. 368.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativa in senso proprio, a tipo esecutivo, asse portante di un'amministrazione effettivamente moderna.

La vicenda del diritto amministrativo può essere, cioè, convincentemente dipanata, soltanto se riusciamo ad elaborare una soddisfacente raffigurazione della nascita di quel valore speciale dell'amministrazione che segna un vero e proprio ribaltamento nella gerarchia delle funzioni pubbliche: una gerarchia ancora ispirata, per i secoli centrali dell'età moderna, al primato della *iurisdictio* (17) ed, immediatamente dopo la frattura rivoluzionaria, affidata, invece, al primato di una funzione amministrativa che monopolizza l'azione di governo, realizzando, in via amministrativa e secondo regole speciali, gli interessi pubblici.

È certo questo, il punto più delicato dell'intera vicenda. L'immagine, tranquillizzante, di un assetto statuale d'antico regime compiutamente amministrativo è venuto meno sotto il peso delle più recenti indagini storiografiche (18).

La sequenza ottocentesca, che vedeva un assolutismo monarchico fatto di pienezza di potere, di sovranità ed, appunto, di amministrazione e potere amministrativo, rivestirsi progressivamente del manto giuridico dello Stato di diritto, con i suoi vincoli normativi e gli istituti della legalità, giustizia amministrativa in testa, pare sempre meno convincente; essa stessa un prodotto della grande creatività del secolo scorso.

L'idea di uno Stato amministrativo già compiutamente realizzato nel corso dell'Antico regime non regge più alla verifica dell'indagine istituzionale.

Per ripercorrere la vicenda storica del diritto amministrativo, è necessario, allora, innanzi tutto, capire come e perchè il potere pubblico abbia spezzato i suoi legami, sino ad allora inestricabili, con l'universo giustiziale; come si sia enucleato un vero e proprio potere amministrativo e quali funzioni abbia assunto nel passaggio dalla *constitution ancienne* alla *constitution nouvelle*; come si sia delineata l'idea dell'amministrazione come potere pubblico generale, come cura d'interessi pubblici, centralizzata e sostantivata nello Stato, interprete via via sempre più esclusiva dei bisogni della collettività.

Bisogna, cioè, capire in che modo sia avvenuto il passaggio dai compiti pubblici — progressivamente definiti nel corso del Settecento,

---

(17) Un'analisi ravvicinata del sistema giuridico del potere pubblico in Antico regime si deve in particolare ad A.M. HESPANHA, *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, in *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, Milano, 1990, tm. I, pp. 135 e ss.; e a L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), pp. 23 e ss.

(18) Un'equilibrata, stimolante rassegna in L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di « Stato moderno »*, in *Storia costituzione amministrazione. Annale ISAP*, II (1994), pp. 259 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grazie soprattutto alla letteratura sulla *police* — al monopolio dell'amministrazione nel perseguire i fini dello Stato.

Già la trattatistica di Polizia aveva rappresentato una prima vistosa incrinatura dell'universo giustiziale, tipico della società di antico regime, ma il suo raggio d'azione non era andato oltre l'individuazione di alcuni compiti regolativi da realizzare prevalentemente in via normativa e regolamentare.

In questa fase, un apparato di potere pubblico che si distingua dall'universo giustiziale, per tipologie organizzative e strutturali e per tipologie funzionali, ancora non esiste. Le stesse, prime istituzioni burocratiche, dal Commissario, all'Intendente, al *Kreishauptmann*, sono ancora lontane dai modelli esecutivi di tipo napoleonico e non individuano, al più, che degli amministratori in forma giustiziale. Molto spesso le funzioni di *police* non vengono neppure esercitate da organi dello Stato e la stessa legislazione di polizia si affida ancora, in gran parte, per la sua esecuzione, a strutture cetuali (19).

Così, a lungo, i compiti di polizia non travalicano i confini cittadini e solo lentamente si estendono alle funzioni dello Stato territoriale (20). Ancora all'inizio del'700, il significato più comune del termine riguarda « l'ordre publique de chaque ville » (21).

Appare, perciò, prematuro parlare già di un « domaine propre » del diritto amministrativo (22). Più semplicemente, *police/Polizei* individuano un campo concettuale in cui il baricentro politico ed il modo di concepire la sovranità iniziano a spostarsi dall'assoluto primato del *Roi justicier* e ad indirizzarsi, nella persistente indistinzione di *Gesetz* e *Befehl* (23), verso quei compiti di prosperità e di benessere che ormai travalicano la semplice amministrazione della giustizia.

Police/Polizei non sono ancora amministrazione. Spesso, anzi, sono più legislazione che esecuzione, ma sono già un settore di attività dello Stato che si emancipa dalla *justice/Justiz*, e che riconosce l'esistenza di compiti pubblici ulteriori rispetto a quelli d'impartir la giustizia. È il primo segnale che una concezione amministrativa del bene pubblico

---

(19) M. Raeff, *The well-ordered Police State. Social and institutional change through law in the Germanies and Russia. 1600-1800*, New Haven and London, 1983, pp. 154-55; ed ancor più esplicitamente, negando ogni modernizzazione attraverso la legislazione di Polizia, R. Schulze, *La 'Policey' in Germania*, in *Filosofia politica*, II (1988), pp. 96-104, che sino al '700 vede il modello politico di *Polizei* incentrato sul ceto e non sullo Stato.

(20) G. Oestreich, *Polizia (Policey) e prudentia civilis nella società barocca della città e dello Stato*, 1976, trad. it. a cura di P. Schiera, in Id., *Filosofia e costituzione dello Stato moderno*, Napoli, 1989, pp. 213 e ss.

(21) N. Delamare, *Traité de la police*, Amsterdam, 1729, L. I, cap. I, p. 2.

(22) Mestre, *Introduction*, cit., p. 165.

(23) M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München, 1988, p. 373.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inizia ad affiancarsi a quel « fondement de l'ordre public » sino a quel momento individuato esclusivamente nell'« administration de la justice » (24).

Pur nel persistente carattere regolativo dell'azione del pubblico potere, stanno, dunque, emergendo delle attività la cui funzione è diversa da quella del *Juge* e il cui scopo non è più quello di assicurare semplicemente la « tranquillité publique », ma già delle utilità collettive sufficientemente specificate. « Sûreté, netteté, bon marché » (25): il « bon ordre du Gouvernement » inizia ad aprirsi a compiti materialmente amministrativi, anche se le modalità di attuazione, in un sistema ancora fondato su una concezione globale ed indistinta del potere, rimangono prevalentemente indirette e giustiziali. Garantita la giustizia, « il Governo si preoccuperà di promuovere la prosperità dello Stato » (26).

E, parallelamente alla progressiva costruzione del centro statale, compiti di *police* possono essere affidati ad uffici e funzionari che non appartengono al tradizionale ordine giudiziario (27), mentre emergono conflitti istituzionali non più circoscrivibili soltanto all'interno della *Justice* (28).

È un mondo ancora di Antico regime, fatto di persistente indistinzione tra pubblico e privato, tra burocrazie commissariali ed apparati cetuali, ancora lontano dalla netta autonomia costituzionale dell'amministrazione, come potere generale, che emergerà dalla frattura rivoluzionaria (29). Un universo giuridico fatto di compiti realizzati in via

---

(24) J. Domat, *Le droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, L. I, tit. II, sect. II, n. 3, éd. Paris, 1777, tm. II, p. 8.

(25) J.F. Von Bielfeld, *Institutions politiques*, La Haye, 1760, tm. I, cap.VII, p. 99; A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, trad. ital., *Lezioni di Glasgow*, a cura di Enzo Pesciarelli, Milano, 1989, p.3: « Le Roi, monsieur, vous demande sûreté, netteté, bon marché ». Con queste parole il Presidente del Parlamento di Parigi sintetizzava, nel 1667, in occasione dell'investitura di Marc René de Voyer D'Argenson, i compiti che avrebbe dovuto assolvere il nuovo Luogotenente generale della polizia di Parigi. Una descrizione più analitica delle funzioni in *Edit portant création d'un Lieutenant de Police de Paris*, del marzo 1667, che può leggersi in Jourdan-Isambert-Decrusy, *Recueil générale d'anciennes lois françaises*, tm. XVIII, pp. 100-103.

(26) Smith, *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 3; Lezione di Venerdì 24 dicembre 1762: « L'obiettivo primario di ogni sistema di governo è il mantenimento della giustizia...; garantire ad ognuno il possesso sicuro e pacifico dei suoi beni. Quando la pace interna è raggiunta il Governo si preoccuperà di promuovere la prosperità dello Stato. Ciò dà origine a quella che chiamiamo *Police*. Tutti i regolamenti relativi agli scambi, al commercio, all'agricoltura, alle manifatture del paese sono considerati pertinenti alla *Police* ».

(27) Schulze, *La 'Policey' in Germania*, cit. p. 76.

(28) E. Hinrichs, *'Giustizia' contro 'amministrazione'. Aspetti del conflitto politico interno al sistema nella crisi dell'ancien régime*, in *La società francese dall'ancien régime alla Rivoluzione*, a cura di Carlo Capra, Bologna, 1982, pp. 199 e ss.

(29) In questo senso anche B. Gonzáles Alonso, *Las raíces ilustradas del ideario*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indiretta, attraverso prescrizioni minute, dettagliate, attraverso un'attività che noi oggi definiremmo materialmente regolamentare e che nel momento in cui si traduce in atti autoritativi richiede la necessaria mediazione della funzione giurisdizionale.

Rimane da capire in che modo queste funzioni regolative siano divenute funzione amministrativa in senso stretto; attività specifica e ben distinta dello Stato per la realizzazione dei suoi scopi; in che modo l'« espansione qualitativa ed intensiva dei compiti pubblici » (30) abbia segnato anche il passaggio dall'antica *administratio* alla moderna amministrazione pubblica.

C'è un passaggio subitaneo e quasi paradossale da comprendere e che non può essere spiegato soltanto in termini di razionalizzazione e di efficienza della macchina statale. Per tutta l'età moderna, l'amministrare è inseparabile dal giudicare; una volta emersa, l'amministrazione ingaggia, invece, una lotta, via via sempre più intensa, per rendersi il più possibile autonoma dalla giustizia e per affidarsi a regole e principi derogatori rispetto a quelli che disciplinano il diritto dei privati.

Alcune convincenti risposte sono già state ipotizzate.

Da una parte, si è sottolineato il ruolo svolto dalla frattura costituzionale.

Nel momento in cui la costituzione esistente, la costituzione come ordine lascia il posto alla costituzione come progetto, alla costituzione che nasce dall'esercizio del potere costituente, tutto il composito, pluralistico ordine corporativo di Antico regime, con le sue necessità di equilibrio e di contemperamento giustiziale, sparisce; diventa oggetto di una scelta pubblica, di una decisione esclusiva che fissa nella costituzione il nuovo ordine politico e nell'amministrazione la struttura istituzionale in grado di realizzare quella scelta e quel nuovo ordine costituzionale (31).

Proprio perchè strumento di attuazione della scelta costituente, che ha drasticamente eliminato la pluralità dei corpi, l'amministrazione è in grado di acquisire, da questo momento, una dimensione insieme universale ed esclusiva. A questo punto non c'è più soltanto la cura in forma giustiziale di alcuni interessi pubblici. C'è un assetto costituzionale da imporre e la cui realizzazione spetta, appunto, alla nuova, modernissima funzione amministrativa.

Da un'angolatura ulteriore ma complementare, si è invece sottolineato (32), che accanto ai processi epocali che accompagnano la fine

---

administrativo del moderantismo español, in *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, pp. 159 e ss.

(30) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, trad. ital., a cura di P. Rossi, *Economia e società*, Milano, 1961, II, p. 286.

(31) Sintetiche ma suggestive indicazioni in P. Schiera, *Dal bene comune ai governi privati: aspetti storico-costituzionali dell'amministrazione in politica*, in *Storia costituzione amministrazione. Annale ISAP*, I (1993), pp. 170-74.

(32) L. Mannori, *Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'antico pluralismo, un vero e proprio processo di neutralizzazione investe nel corso del Settecento la funzione giudiziaria, che diventa sempre più *pouvoir nul* e viene spogliata dei compiti materialmente amministrativi esercitati per gran parte dell'età moderna. La primissima legislazione rivoluzionaria, all'ombra dell'art.16 della Dichiarazione dei diritti, lo confermerà con enfasi tutta particolare (33).

Alla commistione precedente l'89, si sostituisce una rigida separazione: la giurisdizione, in un ordinamento che va codificando le fonti del diritto e proclama l'assoluta centralità della legge come espressione della volontà generale, diventa sempre più l'applicazione sillogistica di una norma astratta ad una fattispecie concreta. L'amministrazione, al contrario, diventa attività, realizzazione di fini materiali, produzione di utilità; copre il vuoto che si è creato con la sparizione dei corpi e viene a farsi carico dei bisogni della collettività, ora che i rapporti di potere si stringono, senza mediazioni ulteriori, senza « canali mediani », tra lo Stato e i singoli cittadini.

Non si tratta di una semplice redistribuzione di competenze interna al pubblico potere: si compie, invece, una vera e propria metamorfosi della stessa funzione pubblica, parallelamente al completarsi del percorso costituente, che dispiega la sovranità su di una società di eguali, in cui il pluralismo dei corpi si semplifica nella scelta pubblica esclusiva operata dalla nazione sovrana.

La Rivoluzione (34) non ha dunque soltanto neutralizzato la funzione giurisdizionale, imboccando la strada della codificazione e della divisione dei poteri e spazzando via i potenti Corpi giudiziari di Antico regime. Né ha inventato soltanto il diritto amministrativo, introducendo i primi vincoli normativi all'esercizio di un'attività amministrativa già interamente definita nella sua realtà di potere. Ha inventato anche l'autonomia dell'amministrazione come funzione, quel monopolio amministrativo nella realizzazione dei fini dello Stato — come avrebbero detto i giuristi, un secolo fa — inconcepibile nel pluralismo istituzionale e corporativo d'Antico regime.

L'amministrazione viene così a coprire il vuoto che si è aperto con

---

l'Ancien Régime: justice, police et administration, relazione in corso di stampa presentata al colloquio *Administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans, 1993; ID., *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, di prossima pubblicazione in *Magistrati e potere nell'Europa moderna*, a cura di Raffaele Romanelli.

(33) Si vedano, in particolare, gli artt. 10, 12 e 13 del Decreto sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790.

(34) Naturalmente, la Rivoluzione non può essere considerata alla stregua di un unico modello amministrativo, sin dall'89 ispirata ad un rigido primato dell'amministrazione, e deve essere, invece, disaggregata per le diverse fasi del decennio rivoluzionario come ha fatto ottimamente, per il rapporto centro-periferia, MANNONI, *Une et indivisible*, tm. I, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la sostituzione dell'ordine individuale all'ordine cetuale del diritto (35) e l'art. 16 della Dichiarazione interpreta e scolpisce non solo la data di nascita del diritto amministrativo, ma anche quella dell'amministrazione moderna.

5. Diventa, però, a questo punto essenziale una seconda apertura, cui la storia del diritto amministrativo deve rendersi disponibile: il confronto comparativo.

Su di un piano generalissimo, che segue il rapido sviluppo della capacità di governo dello Stato, non c'è dubbio che in tutta Europa, all'aprirsi del diciannovesimo secolo, con l'affermarsi dell'individualismo giuridico, l'amministrazione divenga « il terreno principale di verifica della costituzione stessa » (36).

Solo rompendo i bozzoli dei diversi percorsi nazionali, è possibile, però, accedere a modelli amministrativi più specifici e concreti e rendersi conto del perchè alcune esperienze giuridiche più delle altre — la Francia e, in un breve lasso di tempo, anche il mondo tedesco e quello italiano — abbiano imboccato, contemporaneamente, la strada di una forte statualizzazione della funzione amministrativa e quella di un regime speciale per la pubblica amministrazione; siano divenute, cioè, come sinteticamente si dice, paesi a diritto amministrativo.

Certo, neppure per questi paesi, a più rapida e pronunciata statualizzazione amministrativa, i percorsi possono dirsi del tutto omogenei, dato che solo per la Francia lo schema della frattura rivoluzionaria può operare in modo compiuto.

Così, per l'itinerario prussiano è necessario recuperare un momento di svolta cronologicamente assai più disteso, che affonda negli anni dell'Assolutismo illuminato e si protende, senza particolari soluzioni di continuità, verso il primo statualismo romantico. Qui, i residui corporativi appaiono più persistenti e gli elementi individualistici più deboli, mentre i profili dinamici devono essere individuati nelle Riforme messe in cantiere dal 'Primo servitore dello Stato' e dai suoi *Bedienten*. L'opinione pubblica in merito a pubblici affari appare meno incisiva, tanto che una Nazione che agisce in qualità di corpo politico non riesce a delinearsi come attore costituente.

Anche in questo caso, però, sia pur lentamente, sul finire del '700, *Verwaltung*, sino a quel momento, ancora « ein ubiquitärer Aktionsbegriff » (37), diventa concetto autonomo ed astratto, parallelamente alla

---

(35) Questo processo epocale ha, ovviamente, alle spalle un preciso percorso costituzionale; cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2ª ed., Torino, 1995, pp. 28 e ss.

(36) Schiera, *Dal bene comune ai governi privati*, cit., p. 176.

(37) R. Koselleck, *Verwaltung, Amt, Beamter. Einleitung*, in *Geschichtliche Grund*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definitiva conquista, da parte dello Stato, del monopolio del potere (38). Sinché, con le riforme di Stein ed Hardenberg, la *'Revolution von oben'* (39) rompe definitivamente — anche qui con un pronunciato ribaltamento della tradizionale gerarchia delle funzioni pubbliche — il primato dell'amministrazione della giustizia, ancora presente nell'*Allgemeines Landrecht*, a favore di un'amministrazione esecutiva, che rafforzata dalla nuova organizzazione ministeriale, dalla statalizzazione dell'ordine delle città, dall'affermarsi del concetto di *Beamte* (40), si candida, con una priorità sulla costituzione, ininterrotta almeno sino al 1848, ad incarnare la stessa statualità (41).

L'unità dell'amministrazione s'impone progressivamente, per tutto il *Vormärz*, sui residui cetuali e sulle loro storiche pretese di *Mitverwaltung*, diffondendo controllo statale e moduli gerarchici ed isolando sempre più l'apparato amministrativo dalle forze sociali (42).

Più tarda sarà, invece, anche per il lento e contrastato radicamento di un giudice speciale dell'amministrazione, la conquista dell'autonomia disciplinare da parte del diritto amministrativo, raggiunta attraverso l'imporsi di un approccio specificamente giuridico, che traduce i successi del positivismo giuridico ed i progressi di un *Rechtsstaat*, che la sconfitta liberale nel 1848 porta presto ad identificare con la stessa istituzione della giustizia amministrativa (43).

Nel percorso italiano, invece, la frattura rivoluzionaria opererà, ma in modo indiretto, quasi di riflesso, attraverso un processo del tutto peculiare di recezione che coincide per intero con i tempi, l'estensione e l'intensità della dominazione napoleonica. Un processo che rivela un peccato di astrattismo, forse non circoscrivibile alla sola costituzione napoletana di Mario Pagano.

---

begriffe, Bd. 7, Stuttgart, 1992, p. 3; nonché A. SCHINDLING, '*Verwaltung', 'Amt' und 'Beamter' in der Frühen Neuzeit*, *ibid.*, pp. 3-69.

(38) J. SCHRÖDSER, *Die Einteilung des Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht*, in *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit*, hrsg. von Claes Peterson, Lund, 1993, pp. 185-91: soltanto alla fine del '700, diritto pubblico e diritto privato diventano « Hauptglieder des Systems ».

(39) Un'analoga 'Rivoluzione dall'alto', questa volta condotta dalle armate napoleoniche, riguarderà la diffusione dei modelli amministrativi francesi nei paesi riuniti nella Confederazione del Reno.

(40) Una rapida sintesi in D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Teilung Deutschlands. Ein Studienbuch*, München, 1990, pp. 198-206.

(41) Secondo la celebre interpretazione di R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, Stuttgart, 2. Aufl., 1981, trad. ital., *La Prussia tra riforma e rivoluzione. 1791-1848*, Bologna, 1988.

(42) Sul punto, in sintesi G. HAVERKATE, *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, in VVDStRL, 46 (1988), pp. 217-19.

(43) Un quadro efficace dei percorsi ottocenteschi del diritto amministrativo tedesco in M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 2. Bd., *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München, 1992, pp. 229 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In certi casi, come quello toscano, Riforme e Rivoluzione, sul piano dei modelli istituzionali, vengono messe repentinamente a contatto. La « gigantesca scopa » (44), che la Giunta di Toscana inizia prepotentemente ad usare, opera un vero e proprio travaso della legislazione napoleonica in un ordinamento giuridico, in gran parte, ancora fermo all'assetto settecentesco.

Si tratta, tuttavia, di una fase transitoria: già con la la Restaurazione, ci si mette a rifiltrare quella legislazione alla luce della tradizione riformatrice, tanto conservando e sviluppando — il catasto, il codice di commercio, il sistema ipotecario —, ma anche molto abbandonando — il codice civile e penale; i dipartimenti; l'organizzazione prefettizia; il contenzioso —, secondo una selezione severa, fedele in più punti alle soluzioni settecentesche.

La Toscana è comunque realtà appartata. Altrove, in Piemonte e nel Regno delle Due Sicilie, in particolare, i modelli napoleonici, nel drastico rifiuto di ogni costituzionalizzazione del potere, vengono più rapidamente abbracciati e l'itinerario codificatorio, da una parte, la frattura tra giustizia e amministrazione, dall'altra, si completano assai prima del 1848, mentre, in stretto dialogo con la letteratura d'oltralpe, una scienza giuridica importante, da Romagnosi a Manna, offre il suo decisivo contributo all'emersione del soggetto amministrativo e alla specialità delle sue norme.

Tra le realtà continentali il confronto è dunque pienamente possibile, non solo in ordine al processo di modernizzazione individualistica della società civile, ma anche in relazione ai più specifici itinerari istituzionali; può scontare eccezioni di percorsi e di tempi, ma rivela anche notevoli regolarità sul lungo periodo.

È sin troppo noto, però, che alla frattura giustizia-amministrazione, che contraddistingue, tra '700 ed '800, il percorso europeo-continentale, i paesi anglo-americani hanno contrapposto, al contrario, un rilevante continuismo giustiziale.

Anche verso questo confronto la ricerca dovrà essere indirizzata, approfondendo quei nessi tra assolutismo giuridico e diritto amministrativo, già opportunamente suggeriti da Bartolomé Clavero, e che potrebbero spiegare perchè i paesi anglo-americani, refrattari a sostituire alla *Rule of law* e all'imperio del diritto, un ordinamento codificato ed un'impostazione legicentrica, abbiano mantenuto anche, per il pubblico potere, la medesima base giustiziale precedente, pur quando le svolte costituzionali erano interamente maturate, e si erano dispiegate

(44) L'espressione è di L. Dal Pane, *La finanza toscana dagli inizi del secolo XVIII alla caduta del Granducato*, Milano, 1965, p. 235; mentre importanti indicazioni sulla vicenda toscana, a cavallo tra '700 ed '800, si possono trovare in M. Mirri, *Riflessioni su Toscana e Francia, Riforme e Rivoluzione*, in *1789 in Toscana. La Rivoluzione francese nel Granducato*, Cortona, 1990, pp. 117 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondo quei contenuti individualistici, radicalmente assenti nell'universo giustiziale d'Antico regime (45).

È ovvio che l'obiettivo non dovrà essere quello di rinverdire il mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo (46), né quello d'inseguire un'impossibile misurazione dei differenti tassi di discrezionalità e, reciprocamente, di giuridicità/responsabilità, propri del modello continentale e del modello anglo-americano, in una titanica, quanto inutile lotta tra specialità come privilegio e specialità come garanzia.

Occorrerà andare 'oltre Dicey' e le sue celebri asserzioni ed oltre la ricerca, che sin qui ha catalizzato gran parte dell'interesse, della formazione, sin troppo contrastata, secondo l'ottica continentale, di una giustizia amministrativa all'interno del mondo di *common law*.

È, invece, il percorso tra regolativo e giustiziale, compiuto dai modelli anglo-americani, senza particolari rotture con l'ordinamento delle funzioni pubbliche di antico regime, quello che oggi risulta più interessante sul piano dell'indagine storico-comparativa. Un percorso di avvicinamento alla specialità del tutto diverso da quello continentale e che è all'origine di un sistema che è certo amministrativo, eppure del tutto peculiare, per organizzazione, tipologie di attività, modalità di controlli giustiziali e giurisdizionali, rapporti centro-periferia.

Ed è il percorso più interessante, perchè ci dischiude un passaggio tra antico e moderno che sul piano delle tipologie funzionali è ispirato ad una sostanziale continuità: un percorso di approdo alla specialità speculare rispetto alla frattura tra giustizia e amministrazione che contraddistingue il punto di avvio del modello continentale.

Sullo sfondo, non ci sono soltanto le diversità degli itinerari ottocenteschi, per altro ben evidenti anche nel campo costituzionale delle libertà fondamentali, ma gli stessi approdi del presente: un'amministrazione giustiziale, tanto nuova per noi giuristi continentali — giunti al procedimento ed alle amministrazioni indipendenti in tempi ancora troppo recenti — e che, pure, suona tanto antica, tanto tributaria delle tipologie funzionali pre-rivoluzionarie.

Il confronto comparativo, in questo caso, scopre una continuità funzionale che non è fine a se stessa, ma che interpreta un preciso percorso statuale, che la *noble lie* della *Rule of law* (47) mantiene

---

(45) Riprendiamo qui interamente le considerazioni di B. Clavero, *Tutela administrativa o diàlogos con Tocqueville (a propósito de 'Une et indivisible' de Mannoni, 'Sovrano tutore' de Mannori y un curso mío)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24 (1995), spec., p. 453.

(46) Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), pp. 5 e ss.; Id., *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXV (1995), pp. 107 e ss.

(47) I. Harden-N. Lewis, *The Noble Lie. The British Constitution and the Rule of Law*, London, 1988, p. 82: pur destinata a caricarsi di una sua 'mitologia', la *Rule of law*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comunque estraneo alla forte concentrazione della sovranità che l'Europa continentale vive alla fine del '700.

Nel mondo di lingua inglese, un diritto amministrativo maturerà più tardi, in altra scansione di storia dello Stato, assai diversa dalla concentrazione di sovranità e dalla parallela neutralizzazione della funzione giudiziaria che contraddistinguono la fase di fine '700, e ben immersa, invece, nello sviluppo del *Welfare*, nel momento in cui un diritto speciale dell'amministrazione verrà alla fine introdotto, per garantire le possibilità d'intervento del « legislatore sociale » (48).

Questo non significa che i tassi di specialità siano stati minori sul lungo periodo, ma sono comunque diversi come da diversi modelli costituzionali dipendono. Un diritto amministrativo in senso proprio, nel mondo di lingua inglese, nasce solo con il *service*, come se la lunga storia della *puissance* non fosse mai riuscita, da una parte, a spezzare l'universo giustiziale che circondava l'esercizio del potere pubblico; dall'altra, a travalicare i confini dei privilegi della Corona, magari resistenti, magari odiosi, ma pur sempre espressione di quello che i nostri giuristi postunitari, definivano il diritto civile dello Stato.

Il risveglio dell'amministrazione continentale dal lungo sonno (49) della dimensione giustiziale apre ora nuove prospettive di confronto, restituendo circolarità con gli ordinamenti anglo-americani, a lungo escluse dalla frattura tra giustizia e amministrazione aperta in Europa dall'art.16 della Dichiarazione.

Nonostante si tratti di un ambito nel quale la ricerca storiografica appare più in ritardo, ed ancora refrattaria, anche per la complessità delle indagini, ad abbandonare la dimensione nazionale, è però intuitivo che soltanto quando saremo in grado di rappresentare sino in fondo i motivi della diversificazione dei sentieri imboccati dalla tradizione occidentale all'inizio dell'800, potremo anche convincentemente spiegare l'intera vicenda storica del diritto amministrativo ed interpretare i segni di confluenza del presente, che giungono, finalmente, a limare le persistenti polarizzazioni del secolo scorso.

6. Rimane un'ultima prospettiva di ricerca che la storia del diritto amministrativo non dovrebbe, a nostro avviso, trascurare: la dorsale tra pubblico e privato.

---

esprime, a fine '700, « the view that society and government were locked into an organic union, that government was subject to fundamental law and that the legal, political and religious realms intermingled ».

(48) Basti qui rinviare alla sintesi di D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 63 e ss.; 159 e ss.

(49) Più celere è stata la riunificazione della tradizione continentale e di quella anglo-americana in tema di diritti fondamentali, che data ormai dalle costituzioni del secondo dopoguerra. Una sintesi efficace in A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Su questo profilo, già il volume di Burdeau offre contributi di notevole importanza. Le pagine nitide dedicate all'elaborazione della responsabilità amministrativa, alla vicenda contrattuale, ai nessi tra *établissement public* ed *établissement d'utilité publique*, e, soprattutto, il capitolo che affronta il dispiegarsi, sul finire del secolo scorso, della « vaste entreprise cooperative des services publics » (50), disegnano i tratti di un diritto amministrativo la cui specialità segue e ripercorre da vicino, in stretta dialettica, i grandi istituti del diritto comune.

Sorprende, sul momento, che per il nostro Autore un oscuramento del confine tra pubblico e privato si delinei soltanto in tempi recenti, posteriori alla costituzione del 1958, nel momento di massima crisi della nozione di servizio pubblico. Ma anche questo si spiega per la rigorosa prospettiva endo-francese adottata nel volume, che ripercorre le tappe di un ordinamento in cui, sin dal primo impianto della giustizia amministrativa, il rigido privilegio del foro si accompagna anche al riconoscimento di una sostanziale multiformità delle manifestazioni amministrative, ben evidente nell'individuazione, sin dal 1790, fra le ipotesi più rilevanti sottratte al giudice di diritto comune, di un primo nucleo (51) di *contrats administratifs par nature*, come più tardi, da Jèze in poi, li definirà la Scuola del servizio pubblico.

E questo stesso privilegio del foro riuscirà, nel corso dell'800, ancor prima del celebre *arrêt Blanco*, a conquistare al campo pubblicistico, almeno per quanto riguarda l'amministrazione dello Stato, anche tutto l'ambito della responsabilità aquiliana.

L'approdo, già negli ultimi anni del secolo scorso, ad una nozione eminentemente teleologica, quale quella di *service public*, ha permesso, del resto, in Francia d'imbrigliare per tempo, all'interno di una « istituzione amministrativa », quelle manifestazioni dell'agire degli apparati che, quantunque non autoritative, non erano però neppure riducibili all'attività di gestione di un *Etat propriétaire* e non potevano perciò essere abbandonate al diritto comune.

L'ordinamento francese, quindi, lungi dall'inseguire la specificità della norma amministrativa ricercando una necessaria equivalenza tra pubblico e autoritativo, ha potuto fissare le coordinate della dicotomia tra pubblico e privato su di una linea assai avanzata del confine (52), dilatando la sfera del pubblico sino al punto nel quale l'attività

---

(50) L'espressione è di M. Hauriou, *La gestion administrative. Etude théorique du droit administratif*, Paris, 1899, p. III.

(51) Un nucleo che comprende le questioni d'interpretazione e di esecuzione dei *marchés de travaux publics* (art. 3 L. 6-7 e 11 settembre 1790), cui si aggiungeranno in periodo napoleonico, sempre per espressa disposizione legislativa, i *marchés de fournitures* (art. 14 decr. 11 giugno 1806).

(52) Un confine, certo, anch'esso mobile ed oggetto di una sistemazione giurisprudenziale non indolore, specialmente nella prima metà dell'800; cfr. Burdeau, *Histoire*, pp. 26-28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'amministrazione acquisiva significati e forme tipicamente patrimoniali.

Tant'è, che la crisi del *service* è emersa solo nel momento in cui la blindatura pubblicistica ed il carattere amministrativo che lo connotavano, sono stati messi a dura prova dallo sviluppo di una *gestion privée* interna alla stessa dimensione prestazionale che, valorizzando i soli profili economici del servizio al pubblico, contribuiva a quella dissoluzione dell'elemento organico, presto tradottasi nella crescente inafferrabilità della nozione di *établissement public*.

Di contro all'ordinamento francese, i percorsi degli altri paesi continentali appaiono più contraddittorii e più tesa e conflittuale risulta la linea di demarcazione via via tracciata tra pubblico e privato.

Basterebbe pensare alla vicenda italiana, in cui, proprio al centro del processo di costruzione della specialità, la legge abolitiva del contenzioso riconduce, non solo proprietà e gestione, ma pure diritti civili e politici, responsabilità e contratto — anche amministrativo — e, persino, la legalità (esterna) della stessa attività imperativa, all'alveo del giudice ordinario, avanzando verso il diritto comune il confine tra pubblico e privato.

Così, nell'itinerario tedesco, nel corso dell'800, in cui, sino agli ultimi decenni del secolo, un tessuto tipicamente amministrativo stenta ad emergere tra *Befehl* e *Vertrag*, tra un pubblico carico di sovranità e di discrezionalità, resistente perciò alla penetrazione della norma, ed un diritto privato che a lungo monopolizza le possibilità di giuridicizzazione delle manifestazioni degli apparati (53).

In questi casi, l'imporsi del diritto amministrativo come diritto comune dei rapporti tra Stato e cittadino risulta più travagliato e proprio lungo il confine tra pubblico e privato si scaricano i percorsi dogmatici di costruzione della specialità e si delineano le prospettive pubblicizzanti, che fanno leva su quella 'metamorfosi' pubblicistica degli istituti civilistici che offre il materiale necessario per l'elaborazione di una dogmatica amministrativa e di una prima teoria degli atti dello Stato. Percorsi che, per strada, si caricano di aspettative costituzionali, di timore di dispersione della sovranità, di difesa della statualità contro le minacciose trasformazioni che si annunciano (54).

---

(53) « Verwaltungsrecht ist nicht eine spezifische Art von Recht, sondern es ist die Summe derjenigen Rechtssätze, welche die öffentliche Verwaltung betreffen.... Spezifische, dem Verwaltungsrecht eigenartige Rechtsprinzipien gibt es nicht ». Così, l'emblematica posizione di Laband ribadita, in chiave polemica, nella recensione alla *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* di Otto Mayer (1886), in *Archiv des öffentlichen Rechts*, II (1887), pp. 155-56. Per un'analisi più ravvicinata, si può vedere il nostro lavoro: *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 123 e ss.

(54) Vicende alle quali neppure la Francia, pur all'interno di una vicenda costituzionale assai diversa da quella italiana e tedesca, riesce a sottrarsi. Interessanti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giungerà così a compimento la parabola ottocentesca dall'atto al provvedimento — particolarmente evidente in ambito italiano e tedesco — che determinerà la chiusura unilateralistica delle forme di azione della pubblica amministrazione e l'isolamento del provvedimento come atto negoziale tipico ed emblematico della funzione: quell'« atto amministrativo propriamente detto » (55) che viene a rappresentare il massimo momento di formalizzazione dell'attività e di « manifestazione della volontà dello Stato », certo espressione del pieno dispiegamento del principio di legalità e di giustiziabilità dell'azione amministrativa, ma che pure è il segno del tributo non piccolo pagato alla crescente sacralizzazione del potere.

Assai persistente si dimostrerà anche la tendenza ad assorbire all'interno del pubblico ogni spostamento al di là delle manifestazioni tipicamente autoritative, di cui l'indice principale è proprio il *service*, con quell'attenzione alla *continuité*, alla necessità che non venga interrotto « pendant un seul instant » (56), pena i più gravi turbamenti sociali, che rivela, da parte dei giuristi, un'energica difesa — evidente, con proprie varianti 'costituzionali', in tutte le esperienze continentali — di quel potere pubblico generale emerso con la Rivoluzione e che non deve tornare a contaminarsi con interessi privati, corporati, frazionali; che non può e non deve tornare ad esser territorio di conquista di un nuovo ed insieme antichissimo « feudalesimo funzionale » (57).

Anche l'isolamento dogmatico della concessione di pubblico servizio, che fa seguito allo sviluppo delle prestazioni a più evidente contenuto economico e industriale e agli effetti di quella « querelle du gaz e de l'electricité » (58) anch'essa ampiamente generalizzata, a cavaliere tra '800 e '900, nei diversi paesi europei, fa emergere uno statuto concessorio in gran parte indipendente — si pensi solo alla revoca — dalla disciplina contrattuale (59): una vera e propria *loi-convention*, come la definì, con sbrigativa efficacia, Leon Duguit (60).

---

prospettive interpretative in H.S. Jones, *The French State in question: public law and political argument in the Third Republic*, Cambridge, 1993, pp. 85 e ss.; pp. 155 e ss.

(55) « L'atto dell'ente che fa la concessione è un atto amministrativo propriamente detto, quindi speciale, proprio, d'impero, unilaterale »: O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, 1894, ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, vol. III, *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, p. 68.

(56) L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. XVII.

(57) Secondo il titolo di un celebre articolo di Gaetano Mosca sul *Corriere della Sera* del 19 ottobre 1907, ora in Id., *Il tramonto dello Stato liberale*, a cura di A.Lombardo, Catania, 1971, pp.198 e ss.

(58) Burdeau, *Histoire*, cit., pp. 284-86.

(59) Sia consentito rinviare a quanto scriviamo in *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Diritto amministrativo*, III (1995), spec. pp. 507-15.

(60) Una *Loi-convention* nella quale doveva essere contenuto lo statuto del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I percorsi avvicinabili lungo la dorsale tra pubblico e privato non riguardano comunque soltanto le immagini descrittive o la vita dogmatica degli istituti: il provvedimento, la concessione, l'ente pubblico, l'interesse legittimo... . Lungo questo crinale mobilissimo e sensibilissimo, si muovono anche le trasformazioni strutturali della pubblica amministrazione, il modificarsi della funzione e delle tipologie di attività.

Qui, si può osservare la crescente disaggregazione dell'apparato amministrativo, che progressivamente sostituisce all'organizzazione compatta ed accentrata dell'amministrazione ottocentesca, quella miriade di strutture frammentate e differenziate che vengono ad occupare una posizione anfibia: appunto, tra pubblico e privato.

Qui, rispuntano mediazioni con gli interessi che travalicano il meccanismo della rappresentanza politica ed il filtro legislativo e che non risultano più comprimibili al livello alto degli organi costituzionali di vertice.

È un pubblico che va incontro a contaminazioni crescenti e che trascende sempre più quel semplice, linearissimo, rapporto tra Stato e cittadino che la Rivoluzione aveva inteso creare, segnando un confine con la società sconosciuto alla realtà di Antico regime e di cui lo statuto dei diritti privati consegnato al *Code civil* rappresentava il segno più tangibile e duraturo.

Il sempre più fitto intrecciarsi dei legami tra Stato ed economia, il diffondersi di attività 'pubbliche', eppur materialmente industriali e commerciali, accelererà i processi di contaminazione. Non è più in questione soltanto il confine tra pubblico e privato, ma addirittura la distinzione tra statuale e commerciale, tra interesse pubblico e fine di lucro, oggetto di sconfinamenti sempre più evidenti, che finiscono per coinvolgere la stessa tipologia statuale.

A queste trasformazioni ci si è quasi sempre avvicinati dall'interno delle singole vicende nazionali, dovendo seguire cronologie, assetti sociali, costituzioni materiali, volta a volta, diverse e peculiari.

Una lettura in parallelo, al prezzo di una generalizzazione forse nemmeno eccessiva, offrirebbe anche in questo caso quegli spazi interpretativi di cui sentiamo il bisogno, per ricostruire la vicenda storica non meno che per decifrare le intricate linee del presente.

L'opportunità di una lettura trasversale ai diversi ordinamenti potrebbe, così, consentire di spiegare, su di un raggio più ampio, direzioni e ragioni di una pubblicizzazione che coinvolge, sul finire del secolo scorso, le diverse realtà continentali, Francia compresa, e di lì a pochi decenni, il processo inverso che conduce, dopo il colmo pubblicistico di fine '800, ad una rapida dissoluzione della dicotomia.

---

servizio pubblico esercitato dal concessionario: DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., pp. 136-37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Già ora è evidente, comunque, che in tutte le esperienze occidentali le nette demarcazioni ottocentesche sono state travolte dalle trasformazioni.

Così, nei paesi anglo-americani, il primato della *Rule of law* e l'unitarietà dell'ordinamento conoscono rilevanti incrinature, mentre si dischiude un nuovo universo pubblicistico, né legislativo, né giustiziale, ma tipicamente amministrativo: un tessuto giuridico liberatosi, nella sua specialità, in stretta dipendenza dall'imporsi di un volto prestazionale della funzione pubblica.

Nella vicenda continentale, il percorso è in qualche modo inverso: è al seguito di quella metamorfosi della funzione amministrativa in senso prestazionale, che la chiusura del pubblico nell'orbita statuale, determinatasi a fine '700 per le esigenze di concentrazione della sovranità conseguenti all'imporsi di un ordine individuale del diritto, ha iniziato ad incrinarsi ed ha lasciato il posto ad intrecci con il sociale che sembravano consegnati alle esperienze del passato. E questo spiega anche la lentezza con la quale, nelle esperienze caratterizzate da una più forte statualizzazione, l'analisi teorica ha registrato lo spostamento del baricentro pubblicistico dalla *puissance* al *service*, dalla *Eingriffsverwaltung* — alla *Leistungsverwaltung*, dalla sovranità alla prestazione.

Il quadro del presente è un quadro ancor più enigmatico.

Non è ancora chiaro, ad esempio, se il definitivo imporsi del procedimento come modo di realizzazione della funzione amministrativa e la stessa crescente diffusione, in settori spesso strategici dell'ordinamento, di autorità amministrative indipendenti che riuniscono poteri regolativi, arbitrali e di amministrazione attiva, e sfuggono, pertanto ai rigori della divisione dei poteri, rappresentino qualcosa di più di una prima, provvisoria ricomposizione della frattura tra giustizia e amministrazione, tanto nettamente segnata due secoli fa.

La stessa contrazione della sfera pubblica, avvertibile ormai da alcuni anni in tutte le realtà occidentali, ed il ritrarsi dello Stato come soggetto, con il conseguente arretramento della funzione ed il venir meno del carattere necessariamente pubblicistico dell'azione amministrativa (61), convivono, dal canto loro, con non pochi elementi che tendono, invece, a perpetuare — grazie anche alla strenua difesa svolta dai diversi giudici amministrativi nazionali — l'immagine tradizionale dell'amministrazione esecutiva a tipo autoritativo.

Lo dimostrano, in particolare, le alterne vicende del diritto amministrativo 'consensuale' (62) e la resistenza degli apparati a sposare i

---

(61) Lo ha spiegato molto bene C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Diritto pubblico*, I (1995), n. 3, pp. 393 e ss.

(62) Quel *konsensuales Verwaltungsrecht* che, da un lato, esalta il valore del consenso per la stessa efficacia dell'azione amministrativa in una società complessa e resistente ad accettare l'imperatività del comando, dall'altro, è costretto a registrare la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuovi strumenti convenzionali degli accordi — e così di *contrats* e *Verträge*, di *conventions* ed *Absprachen* —, nonostante che settori di punta della scienza giuridica fossero riusciti, almeno in parte, a dar concretezza normativa alla prospettiva di un diritto amministrativo « paritario ».

Anche l'*informales Handeln*, dopo l'enfasi sin eccessiva del decennio scorso, non è sembrato in grado di tradurre, diffusamente, sul piano amministrativo prassi 'cooperative' nate nell'ambito del processo penale (63).

L'ordinamento amministrativo presenta, perciò, duplicità ancora in notevole tensione e quindi difficili da interpretare. La tendenza di lungo periodo che per quasi due secoli ha spinto la forza espansiva del pubblico si è, comunque, irreversibilmente arrestata. Così, la parabola finalistica e teleologica del fine pubblico, che aveva assecondato, tra le due guerre, la crescita impetuosa dei compiti amministrativi e la ridefinizione dei confini e della natura del pubblico, ha imboccato da tempo il cammino discendente.

La specialità non sembra più appartenere agli *essentialia* e forse neppure ai *naturalia administrationis* e deve essere ricercata ed individuata volta per volta, non più all'interno di un'amministrazione monoliticamente identica a se stessa, ma all'interno dei tanti, singoli e specifici statuti amministrativi che, secondo equilibri diversi, ormai quasi federativamente ne compongono l'ordinamento. Quelle tipologie di attività e di organizzazione che storicamente non sono altro che i tanti, diversi statuti storici — il regolativo, il consensuale, l'imperativo, il prestazionale, il procedimentale — che si sono via sovrapposti e di poi intrecciati nella storia del pubblico potere.

Al contrario di quella che nell'800 sembrava una linea fissata una volta per sempre tra pubblico e privato, si assiste, dunque, ad un continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è, tra ciò che può dirsi amministrativo e ciò che amministrativo non è, mentre un diritto comune pubblicistico non può più dirsi esistente e le rigide scansioni ottocentesche hanno lasciato il posto ad una serie sempre più ampia di intrecci tra istituti comuni e discipline speciali, con valenze che ora possono assumere carattere privatistico ora pubblicistico; oppure, addirittura, a funzioni amministrative non più speciali, né

---

scarsa radicazione degli accordi sul piano concreto della prassi degli apparati. Un quadro ampio e problematico, non privo di intonazioni anche marcatamente diverse, può leggersi nei *Referate* di Joachim Burmeister, Walter Krebs, Christian Autexier, *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*, in *VVDStRL*, 52 (1993), pp. 190 e ss.; 248 e ss.; 285 e ss.

(63) Burmeister, *Verträge und Absprachen*, cit., pp. 196-99, con riferimento ad un dibattito originatosi dal volume di Eberhard Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin, 1981, che 'scopriva' la diffusione di prassi informali, talvolta persino contra legem, nell'ambito del diritto dell'ambiente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definibili a priori come pubbliche o private, ma determinate e caratterizzate dalle finalità oggettive dei singoli ambiti di attività (64).

Su di un altro versante, *Massenverfahren* e relazioni « poligonali » (65) stanno ormai soppiantando anche il rapporto individualizzato e bilaterale tra Stato e cittadino, aprendo quindi prospettive e problemi macroamministrativi, che cadono non solo al di là del rapporto tra provvedimento e contratto, ma anche oltre una dimensione procedimentale in cui le posizioni dei soggetti pubblici e privati possano essere puntualmente scandite.

Il confine tra Stato e società appare, perciò, quanto mai mobile ed incerto, alternando dissoluzioni ampie e devastanti ad improvvisi rigurgiti statualistici. Se tutto questo non ha restituito l'indistinzione tra pubblico e privato dell'Antico regime, né ha eliminato il monopolio del pubblico da parte dello Stato, nonostante le crescenti ramificazioni transnazionali ed il sempre più precario dominio statuale della politica — compromesso dai forti attori privati che rivendicano o detengono un ruolo costituzionale —, ha tuttavia reso notevolmente contraddittoria ed ondivaga la declinazione del pubblico.

Si è, comunque, ormai in grado di guardare con sufficiente distacco alle trasformazioni senza l'obbligo di una verifica millimetrica dello scostamento rispetto alla tipologia accreditata come emblematica dello Stato moderno.

I processi di de-territorializzazione e di de-istituzionalizzazione dello Stato e di ri-personalizzazione del potere, i rinnovati pluralismi, i paradigmi privatistici all'apparenza così inarrestabili, l'intrecciarsi di comando e persuasione, possono esser letti senza l'angoscia di perdere anche il fondamento di scientificità di un diritto pubblico chiamato al difficile compito di individuare nuovi principii e nuovi strumenti per disciplinare — o, almeno, coordinare — tendenze così manifestamente plurali e che deve sottrarsi al rischio di disperdere la propria, imprescindibile, funzione normativa nell'alternativa, sin troppo ottocentesca, tra l'arroccamento nella difesa di un'immagine tradizionale ed ormai sfuocata del potere amministrativo ed il mortificante accodarsi alle regole imposte dalle forze del mercato.

Per lo storico, probabilmente, questo è, però, il momento più propizio per cercar di spiegare le origini e i motivi della specialità amministrativa; il suo apogeo ottocentesco; il declino del nostro secolo; per afferrare con forza la *singularité* del diritto amministrativo e tra-

---

(64) Così, con riferimento all'attività amministrativa in ambito bancario e finanziario, N. Marzona, *Sull'individualità costituzionale dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, II (1996), n. 1, pp. 135-37.

(65) Sul punto in sintesi, M. Stolleis, *Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, hrsg. von D. Simon, Frankfurt am Main, 1994, pp. 250-52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

durla in compiuto problema storiografico, parallelamente ai percorsi di una statualità non più scandita dalla sequenza modellistica elaborata nel secolo scorso.

Solo così, quella specialità potrà cessare di costituire un dato immutabile ed immodificabile e tornerà ad essere, insieme all'*âge d'or* del diritto e della giustizia amministrativa, un'evenienza eminentemente ottocentesca, da ricollocare, con la sua oggettiva rilevanza, ma anche con la sua provvisorietà, nella lunga durata della vicenda storica delle norme rivolte al pubblico potere.

Solo così, ci si potrà chiedere, sgombri da ogni pregiudiziale, se le ragioni della specialità, evidentissime due secoli fa, abbiano conservato ancor oggi intatto il loro fondamento. O se, al contrario, le esigenze regolative; il bene amministrare; l'imparzialità e la tutela dei terzi; la *continuité*, *mutabilité* ed *égalité* del *service*, abbiano imboccato ormai strade lontane e divergenti da quelle, allora, solcate con tanta creatività.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JESÚS VALLEJO

EN BUSCA DE AUDIENCIAS PERDIDAS

(a propósito de Bartolomé Clavero, « Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia », estudio preliminar (pp. 5-95) de *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla,* edición facsímil de las de 1603-1632, Sevilla, Audiencia / Diputación / Universidad / Fundación El Monte, 1995, 1001 pp.)

Hay cierto género de literatura académica que se caracteriza por pretender el imposible de la exclusión de su lector natural. Son obras fieles a su origen, sin embargo, con tan clarísima adscripción de materia que no pocas veces basta con quedarse en la portada para conocer el campo del saber desde el que se escribe. A diferencia de las monografías, a las que a veces se parecen, son obras concebidas de modo que la exposición no deje lagunas al preconocimiento (y así al prejuicio) del lector, sin que ello suponga cerrar espacios a su inteligencia. A diferencia de los manuales, a los que en ocasiones se asemejan, son obras realizadas sin el condicionamiento traslaticio de la acumulación o del resumen, en las que el argumento surge de un rigurosamente cimentado esfuerzo de comprensión de una realidad presentada y desvelada como esencialmente compleja. Las que se parecen a las monografías no renuncian, por no serlo en sentido estricto, a la apertura de preguntas aparentemente obvias o a la reexploración de conocidísimos mediterráneos, actitud de la que a menudo resultan respuestas sorprendentes y descubrimientos de mares ignotos. Las que se parecen a los manuales están libres, por no serlo estrictamente, del doble yugo de hacer relación de lo incierto y de repetir lo inseguro, pudiendo entonces tomar la distancia crítica suficiente para la valoración y el entendimiento.

Si el lector acude a estos a modo de manuales para encontrar el lugar preciso en el que situar su dato, no hallará seguramente lo buscado, pero a cambio encontrará tanto el contexto en el que el dato es comprensible como elementos para reconsiderar su actitud primera. Si el lector acude a estas a modo de monografías con el solo objeto de aumentar el cúmulo de sus conocimientos con un conjunto mayor o menor de novedades a situar en un marco general ya conocido, no conseguirá tal vez lo que pretendía, pero a cambio podrá hacerse con los instrumentos precisos para poner en crisis lo que ya traía sabido.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Puesto que no son manuales, no quieren estas obras lectores de manuales, y puesto que no son monografía, tampoco de éstas los quieren. Se explica así la búsqueda del lector nuevo, el rechazo del autor a una lectura previsible, habitual y viciada.

Dejemos por ahora de lado la propuesta de los autores que ejercitan el recurso de dirigirse a otro público, a una audiencia que no es la suya, y reparemos en la respuesta de sus colegas, pues inútil es el empeño del autor de desplazar al especialista. Al historiador jurista que lee y se siente destinatario de la obra a despecho de la intención del autor le cabe el argumento añadido de que no se trata de obras de divulgación, género este que tenderá a considerar, dicho sea de paso, tan explicable en otros campos del saber como inaceptable en el suyo. Y es que los que nos vienen ocupando no son, ciertamente, trabajos de mera divulgación, por renunciar también el autor a esa indulgencia. ¿Qué son, entonces, estas obras concebidas, escritas y publicadas sin atención al cumplimiento de las claves y códigos que se estilan en las alturas de la monografía, en las bajezas de la divulgación, o en la común medianía de los manuales? ¿Qué lugar les corresponde, si no es tampoco el de la categoría ennoblecida de la alta divulgación, ni el de la innominada pero frecuente baja monografía, ni el que ocupan esos cursos o manuales raros por brillantes?

Quedan, en realidad, sin género al menos reconocible, lo que lleva necesariamente consigo que resulte más comprensible la actitud rebelde del lector especialista que la excluyente del autor en busca de nueva audiencia. Es difícil entender, pongamos por caso, a quien titula un libro *L'ordine giuridico medievale* para a renglón seguido, en la primera frase de la introducción, conminar al incauto *storico del diritto* en cuyas manos haya caído el volumen a soltarlo de inmediato: « Se questo libro capitasse, per avventura, nelle mani di uno storico del diritto, non esiterei a chiedergli di metterlo senza indugio da parte: é un libro che non fa per lui » (1). Más fácil es comprender las reacciones del lector, desde la más primaria (sentirse cogido en falta, cerrar el libro, y volverlo a abrir un instante después con el redoblado interés del que se siente injustamente recriminado) hasta la más serena, consistente en calificar como « dudosa » la « afirmación cautelar » del autor e interpretarla como señalamiento de género: « ni Manual exhaustivo, ni monografía para ser leída dentro del coto cerrado de los colegas » (2). Esta segunda reacción, pausada y reflexiva, parece la más justa, la más adecuada, pero la matización la invalida; pues si puede con ella entenderse, *sensu contrario,* que « dentro del coto cerrado de los colegas » la obra en

(1) Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale,* Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 5.

(2) Francisco Tomas y Valiente, en recensión a la obra citada en nota precedente, publicada en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 65 (Madrid, 1995), pp. 1139-1145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuestión puede leerse como monografía, o que, entre colegas o no, es posible considerarla manual no exhaustivo, cabe maliciar que el autor busca en realidad reacciones más primarias. Y no es que la intención se presuma sin fundamento: no es lo más llamativo que el autor (historiador del derecho) diga al lector (historiador del derecho) que deje el libro (de historia del derecho); lo es que considere que lo ha cogido *per avventura.* La frase es de una modestia inaudita o de un pesimismo radical; en cualquier caso es de un autor que siente que ha perdido su audiencia natural, o, lo que no es decir desde luego lo mismo, que su audiencia natural está perdida.

Era sólo un ejemplo, pues no vamos a ocuparnos de esa obra de Grossi que no es un manual, sino de otra de Clavero que no es una monografía.

No hay en este caso expulsión expresa. Todo lo contrario, el título es hasta acogedor, con « invitación » incluida. Son, si redondeamos, 100 páginas de historiografía y 900 de fuentes, las primeras invitando a la lectura de las segundas. Se deja que el historiador del derecho lea, estudie, descubra y aprenda, y también que confronte y critique, pero aunque las páginas de fuentes son de durísima lectura y valoración difícil incluso para el lector avezado, las de introducción no están escritas sólo para el especialista, sino también, o sobre todo, para quien no lo sea.

Es, por un lado, disposición o condicionamiento editorial: edita la Audiencia Provincial de Sevilla, citándose también al Consejo General del Poder Judicial en la *Presentación* de « Los Editores » (p. 3), lo que acredita interés de juristas y previsión de compra y lectura del volumen sobre todo entre jueces, magistrados, fiscales, abogados y procuradores, las gentes del foro, los profesionales de la justicia. Editan también la Diputación Provincial y la Fundación El Monte, instituciones sevillanas con la tradición y el compromiso de promover estudios sobre la ciudad, su pasado, su presente y su futuro, así que se prevé también buena acogida, compra y lectura, en los muy notorios círculos sociales que en la capital andaluza tienen a gala mostrarse ávidos por ensanchar su visión de Sevilla. Edita el Servicio de Publicaciones de la Universidad, que participa no sólo por el hecho de estar circunstancialmente dirigido por quien se viene señalando en la publicación y estudio de fuentes básicas para conocer la historia de la ciudad (3), sino, según cabe con toda lógica presumir, por entenderse obra en la que habrá necesaria-

(3) Me refiero a María Luisa PARDO RODRÍGUEZ, que publica en colaboración con Pilar OSTOS SALCEDO, *Documentos y notarios de Sevilla en el siglo XIII*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1989, con Pilar OSTOS SALCEDO y Marcos FERNÁNDEZ GÓMEZ *El Libro de Privilegios de la Ciudad de Sevilla. Estudio Introductorio y Transcripción,* Sevilla, Ayuntamiento / Universidad / Fundación El Monte, 1993, y con los ya señalados, más Mercedes BORRERO FERNANDEZ y Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Sevilla, ciudad de privilegios. Escritura y poder a través del Privilegio Rodado,* Sevilla, Ayuntamiento / Universidad / Fundación El Monte, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente de interesarse un no reducido público de historiadores de formación o profesión universitaria.

Pero sobre todo se trata de la convicción del autor de que en este concreto caso sus lectores pueden o deben ser más de los que habitualmente le siguen, de su voluntad de que, en su búsqueda de la Audiencia histórica de Sevilla, le atienda una audiencia más amplia y de varia procedencia.

Se aprecia en un primario análisis de estilo. El autor se esfuerza en ser comprendido, y procede a eliminar barreras que impidan o dificulten lo más mínimo su comunicación con el lector: a sabiendas de la anacronía, usa un dicho universalmente conocido para comenzar a explicar la posición del rey, que « reina pero no gobierna » (p. 28); acude a símiles de la realidad institucional o social presente para que la pretérita se comprenda, diciendo así, « para entendernos », que el del gobierno de Murcia era un « régimen bicameral » (pp. 42 y 57), que no cabía « la que hoy diríamos independencia judicial » (p. 23), o que « el corporativismo, que diríamos hoy, era algo intrínseco al orden de entonces » (p. 45); elimina, en fin, la posible aridez de algún pasaje apelando al sentido del humor de quien lee, que podrá así enterarse de que la edición original de las *Ordenanzas* « es algo que se parece a la edición de una obra que se pone al día en los kioscos mediante fascículos, pero con la pequeña diferencia de que ésta no se ofrece al público y por una razón más sustancial de que no hubiera todavía kioscos » (p. 93).

¿Hay peligro de que algún lector crea que se insulta a su inteligencia? Hay que contar con ello, pero el autor se pone en guardia dejando claras y expresas las limitaciones de la propia. Puesto que a duras penas — viene a decir — cabe la cabal comprensión del concreto objeto que nos ocupa, no deja de ser un verdadero alivio que sólo hayamos de vérnoslas con él, y no con otros asuntos de algún modo relacionados con el principal cuya consideración, obstáculo insuperable, haría ya imposible el intento. Así, cuando comienza a tratar del gobierno de Sevilla, advierte que « no vamos a intentar reconstruirlo completo... aquí no es necesario que hagamos ese esfuerzo en verdad bien arduo que otros y otras... vienen realizando » (p. 56); a veces esos otros y otras no existen, pero, aunque no se les pueda suplir, la inteligibilidad de la exposición se salva por la mínima: « menos mal que aquí se trata tan sólo de situarnos », y no de abordar jurídicamente el estudio de la Ciudad y Tierra de Sevilla (p. 62); se constata que en las circunstancias de tiempo y lugar pertinentes « había otras muchas justicias, pero tenemos suficientemente complicada la vida como para intentar contemplarlas todas » (p. 74); con todo ello, y con respecto a muchas de estas cuestiones conexas, « ya se ve que hay historia y una historia compleja, pero aquí no tenemos por fortuna que reconstruirla » (p. 80). El lector puede respirar tranquilo, adquiriendo a la vez una conciencia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

clara de la complejidad no sólo ya de las cuestiones que no se abordan, sino de las que en realidad se tratan; quien lee no podrá dejar de pensar que la exposición, efectivamente, avanza rozando complicados asuntos que son dejados de lado, pero sólo porque la línea que sigue no admite desviaciones, requiriendo toda la atención y toda la concentración de autor y lector.

Autor y lector, los dos juntos, pues el primero da pie suficiente al segundo para que éste deduzca, al compás de la lectura, que el avance es conjunto, que el aprendizaje es simultáneo, que al autor no se le sigue sino que se le acompaña. El uso de la primera persona del plural es signo de auténtica complicidad, la del esfuerzo que se reconoce compartido: en p. 25, por ejemplo, « ya sabemos que la cosa no estaba tan clara », lo que no es de extrañar cinco páginas después de señalarse que el « orden » que se busca « resulta... más liado todavía de lo que lo tenemos ». La exposición, con ese continuo estar al límite, adquiere un sensible carácter de desafío intelectual incesante, llevándose con frecuencia la complicidad aludida al extremo de situarse el autor en el lugar que habría de corresponder al lector (p. 22: « ¿En qué queda todo este galimatías? »), como si el primero supiera lo que el segundo piensa o, mejor, como si a su vez lo pensase. Ambos están en el mismo barco, y como en su arriesgada singladura por aguas tan procelosas todas las precauciones son pocas, lo mejor es estibar en la bodega, pronto para su uso, el más adecuado equipo (p. 15: « Pero conviene no dejar de observar estas cosas porque luego veremos... »; p. 20: « Vayamos reteniendo esto pues la otra cara de la moneda... la trataremos luego »). El lector evidentemente sabe que sabe menos que quien escribe, pero no le resultará difícil simpatizar con un autor que tampoco parece tenerlas todas consigo: el « no sabemos todavía » de p. 23 puede perfectamente ser argucia expositiva, pero no tienen la misma apariencia ni el « salvo mejor explicación que no tengo » de p. 55, ni el « no sé explicarlo » de p. 62, ni el « no sé », el « también ignoro » y el « ignorar, lo que más ignoro » que se agolpan en p. 69, ni los « no sé » de pp. 77 y 81. No, no está el lector ante el autor que domina una materia que generosamente enseña a quien quiera aprenderla, sino junto al autor que avanza aprendiendo y que comparte lo que aprende. No es el autor omnisciente que adopta una forma de narratividad tan aparentemente natural y aséptica como realmente artificial y contaminada; si la más clásica historiografía de ráiz decimonónica tuvo la referencia de la narrativa coetánea, la actual puede ofrecer a lectores ya largamente maleados por la literatura de su tiempo un discurso formalmente inseguro o discontinuo como cauce de un mensaje no necesariamente confuso, sino paradójicamente más claro (4). No es que estemos aquí

(4) Sobre esto, Peter Burke, *Historia de los acontecimientos y renacimiento de la narración* en Peter Burke (ed.), *Formas de hacer Historia* (1991), Madrid, Alianza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ante un supuesto extremo (5), pero la forma de escribir historia que Clavero en este caso adopta es tan llamativa que es ineludible prestarle atención detenida.

El autor no lo sabe todo, ni siquiera todo lo que puede saberse: « lo digo por animar siempre y hasta el final al trabajo », afirma, repitiendo lo que es ya a esas alturas un *leitmotiv* de su discurso, tras su última confesión de ignorancia (p. 94). El lector atento temerá, en cualquier caso, que tras toda una nueva oleada de animados estudiosos las cosas no se aclaren del todo. Ese lector atento podrá concluir que los asuntos de los que lee son, constitutiva y esencialmente, un « misterio », un « enigma », un « arcano » (p. 23): el misterio del orden de la justicia, el enigma institucional de la ciudad, el arcano de una cultura que resulta casi impermeable a nuestra comprensión. El lector puede perfectamente irse haciendo una idea de hasta qué punto están presentes el misterio, el enigma y el arcano; pero no precisamente porque vea que ni el autor, que sabe más, puede del todo con ellos, sino porque observa que ni sacándose a la luz los testimonios escritos más ocultos de aquellas edades se abre paso el entendimiento completo: el libro de las *Ordenanzas* de la Audiencia se mantuvo en su tiempo fuera del alcance del común de los mortales; era libro privado — que se imprimiera, segun se nos recuerda, no quiere decir que se publicara, que se hiciera público —, no venal y de circulación restringida a los miembros de la Audiencia (pp. 91-95), pero el hecho de que ahora pueda libremente comprarse, tenerse y leerse no implica que el secreto se haya desvelado.

¿Y es que acaso puede desvelarse, con los elementos que Clavero aporta? ¿Puede entenderse una Audiencia que es el rey pero no es el rey, que se inserta en un complejo institucional del que también forma parte un Consejo que también es el rey pero que tampoco es el rey y que en cualquier caso no lo es en la misma medida que la Audiencia, con respecto a la cual es el Consejo órgano superior sin poder en realidad serlo? ¿Puede entenderse un rey, ese rey, « doblemente desdoblado »? ¿Puede entenderse que las cosas « avancen y no avancen », que sean y a la vez no sean, que las actuaciones judiciales se regulen tan minucio-

---

(Alianza Universidad, 765), 1993 (versión española de José Luis Gil Aristu, a mi modo de ver no acertada en la traducción del título general, originalmente *New Perspectives on Historical Writing* y que en español prescinde de la novedad y de la escritura), pp. 287-305, especialmente pp. 293 y ss. Véase también Antonio Morales Moya, *Paul Ricoeur y la narración histórica*, en Carlos Barros (ed.), *Historia a debate. Actas del Congreso Internacional « A historia a debate » celebrado el 7-11 de julio de 1993 en Santiago de Compostela, vol. III: Otros enfoques,* Santiago de Compostela, 1995, pp. 183-193.

(5) Tampoco es que falten, y con excelentes resultados, en nuestra reciente historiografía jurídica: Antonio Serrano Gonález, *Chocolate a la española. Formación y afección de jueces en el siglo XIX*, en Aldo Mazzacane y Cristina Vano (eds.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'etá liberale,* Napoli, Jovene (Biblioteca di Unistoria, 2), 1994, pp. 425-462, especialmente pp. 431 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

samente para quedar sustancialmente desreguladas, que la imponente presencia de la norma escrita no contraríe el dominio de la costumbre y la tradición, que haya recursos extraordinarios por vía ordinaria, que la comunicación mediante recursos entre los diversos niveles de la justicia regia no responda del todo ni al despliegue jerárquico del poder político ni a la cautela frente al error en la aplicación del derecho, sino a la necesaria presencia en la cúspide de una instancia decisoria desligada hasta el extremo del *rigor iuris?* ¿Puede entenderse una ciudad que, contemplada desde fuera, sea *corpus,* corporación, un cuerpo cuya cabeza es el rey, y a la vez, contemplada desde dentro, sea *resplublica,* república, y como tal un menor (*minor et respublica pari passu ambulant,* era el tópico común con el que se argumentaba) tutelado por un gobierno de regidores que es entonces *rector universitatis* pero no *caput corporis,* teniendo siempre presente que « cuerpo », « cabeza », « menor » y « tutor » no son metáforas de un florido lenguaje político sino términos propios de un muy técnico lenguaje jurídico? ¿Se puede entender que la falsificación documental de un privilegio no se considere realmente tal por no concebirse invención histórica la concesión? ¿Podemos de verdad entender cosas como estas?

Podemos al menos intentarlo, pero a condición de que nos olvidemos de muchas otras, y no sólo desde el punto de vista institucional: es fácil admitir que el rey de hoy no es el mismo del siglo XVI, así que el lector reputará superfluo que se lo recuerden, pero ya no es tan fácil asimilar que lo que es « persona » hoy no es lo que era « persona » (y por tanto « persona del rey ») en el citado siglo; no constituye para nadie un problema irresoluble encontrar diferencias entre un alto tribunal de justicia de hoy y su equivalente en el quinientos, pero empieza verdaderamente a serlo encontrarlas y admitirlas en el concepto de « justicia » al que uno y otro se deben; cualquiera esperaría que los trámites procesales o los recursos no fuesen iguales (qué menos) ahora y tres o cuatro siglos atrás, pero no es sencillo asumir que la misma idea de proceso, o la función de los recursos, o, con aplicación o no a éstos, la percepción de lo ordinario o lo extraordinario, puedan ser radicalmente distintas. También podían serlo, e igualmente difícil es ponerse en situación de admitirlo, la diferencia entre lo verdadero y lo falso, o la distancia que separa lo real de lo ficticio, o la relación entre lo dicho y lo escrito.

El esfuerzo se pide al lector desde las primeras páginas, con alguna concretísima admonición en ese plural de complicidad tan utilizado: « no proyectemos nuestras apreciaciones a tiempos tan distintos » (p. 30). Es la primera herramienta para el entendimiento, el primer criterio de comprensión. Hay un segundo, situado un paso más adelante: desligarse del presente no supone dejarse caer sin más en las manos de la historiografía, sobre todo porque hay mucha, y clásica, y prestigiosa,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que no responde al primer criterio. Toda ella habrá de ponerse en cuestión, y no sobrarán entonces las preguntas del todo ingenuas que en nuestro texto desde luego abundan y de las que tal vez el mejor ejemplo sea el de p. 38, donde inmediatamente después de señalarse que « le toca a la ciudad », se añade un « ¿Qué significaba? » que conjura bibliotecas enteras. De la confrontación con las fuentes surgirá la valoración, a veces positiva — adviértase la justa posición preeminente que en las notas de Clavero adquiere la obra de Carlos Garriga (6) — y a veces no, en una lectura siempre crítica y nunca crédula.

El lector habitual de esta sede es lector habitual de Clavero, y habrá reconocido ya la prédica, nada nueva. Estamos, efectivamente, leyendo al Clavero que insiste en la discontinuidad que abre el mundo contemporáneo y en la consiguiente ajenidad del universo fenecido del antiguo régimen. Ya ofrecía argumentación específica hace alrededor de una década (7), con un lenguaje bastante menos acogedor que el que ahora usa — era entonces arduo el estilo, y la provocación frecuente (8) —, y con el corolario, ahora menos visible, de proponer criterio para llenar el vacío que en el análisis historiográfico han de dejar tanto las categorías de nuestro presente como las (a menudo idénticas) de curso historiográfico común (9). Que sea repetitivo el autor puede deberse a la ampliación prevista de su audiencia, y hay indicios de que el mensaje se ha recibido: la *Presentación* del volumen firmada por « Los Edito-

---

(6) Es quien hoy marca el estado de la cuestión, sobre todo en *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525),* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Historia de la sociedad política), 1994, trabajo más extenso pero igualmente sólido que otros del mismo autor, señaladamente, para lo que aquí interesa, *Observaciones sobre el estudio de las Chancillerías y Audiencias castellanas (siglos XVI-XVII)*, en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomas y Valiente (a cura di), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio, Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989,* Milano, Giuffrè (Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Biblioteca, 34/35), 1990, pp. 757-803, y *Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la « visita » del Ordenamiento de Toledo (1480)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 61 (Madrid, 1991), pp. 215-390.

(7) Bartolomé Clavero, *Historia y antropología: hallazgo y recobro del derecho moderno*, en *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea,* Madrid, Tecnos (Colección Derecho, Cultura y Sociedad), 1986, pp. 27-52; antes, bajo el título « Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno », en Joaquín Cerda Ruiz-Funes y Pablo Salvador Coderch (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación,* Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 9-35.

(8) Un ejemplo de esto segundo — de lo primero creo que no hace falta aportarlo — en Bartolomé Clavero, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia,* Madrid, Tecnos (Colección Derecho, Cultura y Sociedad), 1984, primera frase del prólogo: « Entre los enemigos de la ciencia histórica se cuentan las tradiciones empecinadas en imprimir sobre la propia historia imágenes de continuidad ».

(9) Y con modulaciones posteriores a lo ya citado: Bartolomé Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna,* Milano, Giuffrè (Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Biblioteca, 39), 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

res » es inusualmente ponderada, de una prudencia en la redacción que cabe atribuir, como mínimo, a la más enriquecedora de las perplejidades; no habrá, por otra parte, magistrado actual alguno que pueda reconocerse en un oidor de los que Clavero pinta, ni ningún profesional de la práctica jurídica que pueda identificar en la descrita por Clavero la Audiencia que él frecuenta, ni siquiera su embrión o su infancia. ¿Es este entonces el mensaje para esa audiencia perdida, o tal vez jamás ganada por la historia jurídica? ¿Es el mensaje para los juristas? Al menos es este uno de ellos, y desde luego lo es al menos para ellos.

Leerán también los historiadores de origen, los que no tienen más especialidad que la que ellos mismos asumen, los que un día lo fueron de las monarquías o de las naciones, de los eventos de la política, la diplomacia o la guerra, los que en los últimos decenios lo suelen ser de la sociedad o de la economía, o, cada vez más, de las mentalidades y de las percepciones, de lo cotidiano y de lo marginal, de las civilizaciones o de la cultura. Muestran sus cultivadores irrefrenables querencias de acotación del espacio, con el consiguiente y continuado auge de la historia local o regional (10), y también un indomable sentido crítico que, autoalimentándose, produce un vaivén de tendencias en el que ahora, y por causas de las que sólo en cierta medida sabría dar razón, está en alza cierta historia política con clara dimensión institucional y revalorización de lo juridico (11). Las *Ordenanzas* de la *Audiencia* de *Sevilla* no pueden dejar de suscitar interés en esta audiencia, que entre nosotros una vez se perdiera y que ahora parece mostrarse en la mejor

---

(10) Es lugar común reiterado en los felizmente frecuentes ejercicios de autocrítica del gremio: José Luis DE LA GRANJA SAINZ, *La historiografía española reciente: un balance*, en Carlos BARROS (ed.), *Historia a debate* (nota 4), *vol. I: Pasado y futuro,* pp. 299-307, especialmente pp. 303-304, y Julio VALDEÓN BARUQUE, *La historiografía española de finales del siglo XX: miseria de la teoría*, en el mismo volumen, pp. 309-317, especialmente pp. 309 y 313. En la misma obra, *vol. III,* se cuenta con las específicas contribuciones de Juan PRO RUIZ, *Sobre el ámbito territorial de los estudios de historia*, pp. 59-66, y de Bruno ANATRA, *Storia locale in veste regionale: il caso italiano*, pp. 51-57, que no se quedan, por supuesto, en la constatación del fenómeno.

(11) Atiéndase al fundado análisis de Jean-Frédéric SCHAUB, *L'histoire politique sans l'état: mutations et reformulations*, en Carlos BARROS (ed.), *Historia a debate* (nota 4), *vol. III,* pp. 217-235, o, de modo mucho más directo, las razones expresas de la perspectiva adoptada por Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO en las páginas prologales de su libro *Fragmentos de Monarquía. Trabajos de historia política,* Madrid, Alianza (Alianza Universidad 734), 1992. Ha de advertirse de los títulos engañosos: sin perjuicio de su interés, que lo tiene, no se encontrará apenas nada que afecte al argumento de esta nota en Richard TUCK, *Historia del pensamiento político*, en Peter BURKE (ed.), *Formas de hacer Historia* (nota 4), pp. 240-254, pero sí en Pablo SÁNCHEZ LEÓN, *Nobleza, Estado y clientelas en el feudalismo. En los límites de la historia social*, en Santiago CASTILLO (coord.), *La historia social en España. Actualidad y perspectivas. Actas del I Congreso de la Asociación de Historia Social. Zaragoza, septiembre, 1990,* Madrid, Siglo XXI, 1991, pp. 197-215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de las disposiciones para ser de nuevo encontrada (12). Las páginas de Clavero pueden brindar elementos para configurar un espacio imaginario donde esa convergencia sea posible, para que los historiadores que quieran serlo de las instituciones, procedan de donde procedan, puedan construir juntos en un terreno común (13) Hay para ello, primariamente, criterios de cronología, materia con respecto a la cual tantas son las veces en las que los historiadores saben situarse en un plano de profundidad o abstracción considerable para la discusion epistemológica (14), cuantas son, o seguramente más, las ocasiones en que respetan a ultranza segmentaciones del tiempo histórico que no tienen mejor fundamento que el muy operante de la definición académica de los departamentos universitarios de los que son miembros. Para la historia institucional no hay campo posible a definir con divisiones tales, y en nuestro caso, ¿cómo comprender la historia exclusivamente medieval o exclusivamente moderna de un concejo o del concejo, de una Audiencia o de la Audiencia, de unas ordenanzas o de las *Ordenanzas,* de la justicia o de las justicias? No se trata sólo de la más simple cuestión del encadenamiento entre antecedentes y consecuentes, sino de la constitución de una cronología que se extienda desde el nacimiento en fecha incierta hasta la desaparición difuminada y discreta de un modo de comprensión que también lo es, aunque no sólo lo sea, del derecho, cronología que ni cuadra con la que, con cierta dosis de fatalismo en el mejor de los casos, sigue aceptándose desde la perspectiva más general, ni puede artificialmente construirse con fechas de disposiciones normativas que enmarquen la biografía fantasmagórica de una institución desde que por primera vez la contemplan las palabras escritas de una ley hasta que en los términos expresos de otra se pretenda que mute o desparezca.

¿Podrá así contribuirse a que la historia institucional o, más clásica

---

(12) No deja de señalar ni el origen ni la pérdida Francisco Tomás y Valiente, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania* (nota 6), pp. 11-46, especialmente pp. 12-16 y 43-44, pero no conozco mejor crónica de la citada pérdida que Carlos Petit, *La prensa en la Universidad: Rafael Ureña y la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (1918-1936)*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 24 (Firenze, 1995), pp. 199-302.

(13) De que el encuentro viene produciéndose y sigue fructificando dan testimonio algunas de las obras citadas en notas anteriores, pero no estaría de más renovar, cumplida ya una década, el debate que impulsara Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985,* Milano, Giuffrè (Per la storia del pensiero giuridico moderno. Biblioteca, 22), 1986.

(14) Carlos Aguirre Rojas, *La larga duración en el espejo (más allá del tiempo « vivido » y del tiempo « expropiado »)*, y Julio Aróstegui, *La historia como atribución. (Sobre el significado del tiempo histórico)*, ambos en Carlos Barros (ed.), *Historia a debate* (nota 4), vol. III, respectivamente pp. 21-33 y 35-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y abiertamente, la historia jurídica, no sea vista desde otras parcelas del estudio del pasado como una mera historia legal? ¿Podrá así evitarse la prevención o el espanto ante los tecnicismos del derecho que en alguna ocasión se ha manifestado desde dichos fundos colindantes (15)? Tampoco es que deje de tener su razón histórica — dejando ahora aparte las incorrecciones de traducción de la actual lengua franca universal, que creo deben considerarse más un efecto de la incomprensión que una causa de la misma — el hecho de que pueda considerarse que quien estudia derecho estudia leyes, que quien estudia historia del derecho cultiva la historia de la legislación, o que pueda el historiador no jurista estimar intercambiables lo que cabe esperar de una perspectiva jurídica y de un « punto de vista legal », por utilizar una expresión no del todo infrecuente y utilizada con dicho alcance; pero identificar dicha razón histórica y tenerla presente no me parece requisito imprescindible para, a los más prácticos efectos historiográficos, superar el malentendido. Puede ayudar bastante, de todos modos; y hasta el punto de poder constituir condición suficiente aunque no sea, según acaba de decirse, necesaria: el desconocimiento o el olvido nos puede deparar el espectáculo de una historiografia que, partiendo de posiciones de exigencia epistemológica y buscando apertura de horizontes, corre el peligro de encerrarse en terrenos que se iban quedando vacíos precisamente porque los más rigurosos de sus antiguos cultivadores, ahogados en estrecheces, llevaban ya tiempo despejando el campo (16).

Y no es que, con las excepciones que se quiera, el historiador general no sea capaz de ver la reducción de perspectiva que es necesaria consecuencia de la consideracion exclusiva de la ley o — digamos, por ensanchar el concepto — de la norma, y no ya en el campo abierto de una historia con vocación globalizadora o totalizadora, sino incluso en el mismo seno de una especializada y sectorial historia del derecho. Pero tenderá a pensar que la miopía procede de la — indudable, reconozcámoslo — reticencia que suele mostrar el historiador del

---

(15) Carlos Petit hacía de ello argumento en *Sex, lies and videotapes*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 21 (Firenze, 1992), pp. 671-680, sobre la base de las intervenciones de Jacques Le Goff en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale* (nota 13), con ciertos miedos ante la historia jurídica que ésta quizás hiciera bien en no acrecentar, ni en los títulos ni en los motivos: Antonio Serrano González, *Drácula y el motor Diesel. Juristas y medios de expresión en tiempos de los Lumière*, en *Historia Contemporánea,* 12 (Universidad del País Vasco, 1995) (Monográfico: *Historia y Derecho*), pp. 209-230, con traducción alemana de Gabriele Rittig en *Rechtshistorisches Journal,* 14 (Frankfurt am Main, 1995), pp. 219-240, artículo cuya doble publicación coincide en fecha con el de Mariangela Ripoli, *Un mito moderno. Note di lettura sul Frankenstein di Mary Shelley*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica,* XXV-2 (Genova, 1995), pp. 439-461.

(16) Léase el prólogo del editor, con indicación de objetivos, en Carlos Martínez Shaw (ed.), *El Derecho y el Mar en la España Moderna,* Granada, Universidad / Centre d'Estudis d'Història Moderna Pierre Vilar, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derecho con respecto a los documentos de aplicación, falta de tacto (del documento) procedente de una previa falta de educación (histórica) que el historiador sin formación jurídica tenderá, y lo más visiblemente que pueda, a evitar (17), sin que se ocupe por lo común de valorar los intentos de reflexión sobre el acceso a las fuentes que se han venido produciendo en el sano de la historia del derecho (18). El simplificado prototipo del historiador jurista que se siente a sus anchas en una biblioteca rebosante de « códigos » y de tratados de « teoría » jurídica parece así poderse seguir oponiendo al no menos simplificado prototipo de historiador de la sociedad viva, experto conocedor de archivos, rápido en desanudar legajos, en revisar, transcribir, analizar y publicar documentos. Son simplificados, y son prototipos; pero en uno y otro campo se publican tan frecuentemente trabajos cuyos autores muestran tan considerable empeño en identificarse con modelos que, por serlo, habrían de tener la condición de irreales, que no debería caer en saco roto un intento como el que las páginas de Clavero, tan manifiesta como implicítamente, incorporan. ¿Advertirá el lector, el que ya sabe que la norma no basta, por qué no desvelaría razón sustancial alguna la consideración — particularizada o masiva, serial o cuantitativa que sea — del documento de aplicación de esta justicia que se ejerce en la Audiencia y se manifiesta en sus *Ordenanzas*? ¿Seguirá habiendo quien considere historia imposible la de la Audiencia de Sevilla en virtud del famoso incendio de su archivo? Adviértase: tras las cien páginas de la « invitación », sin cita en ellas de ningún capítulo de las *Ordenanzas* de la Audiencia — las normas no bastan — y sin transcripción tampoco en ellas de sentencias u otras decisiones de la Audiencia — documentos

---

(17) Desde los mismos títulos en ocasiones, y valgan dos de la obra citada en nota anterior: Jerónia Pons Pons, *Legislación y práctica en el seguro marítimo. Las contradicciones de la segunda mitad del seiscientos en Mallorca,* pp. 39-58, e Isabel Lobato Franco, *Reglamentación y práctica en las compañías mercantiles barcelonesas de la segunda mitad del siglo XVII*, pp. 59-79, con conclusiones de contradicción o ajuste, respectivamente, al cabo inexpresivas por un sustancial e irresuelto problema inicial de método para cuya superación no están las guías tan ocultas: Carlos Petit, *Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos*, en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania* (nota 6), pp. 315-500, así como el breve pero ilustrativo artículo del mismo autor *Ignorancias y otras historias, o sea, responsabilidades limitadas*, en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 60 (Madrid, 1990), pp. 497-507, títulos a los que, si es que dificultades hay, puede llegarse desde una publicacion más a mano para historiadores: Carlos Petit, *Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador*, en *Historia. Instituciones. Documentos,* 19 (Sevilla, 1992) (= *Homenaje al Pfr. Dr. D. Luis Núñez Contreras*), pp. 327-379 y especialmente p. 348; pero en este último puede espantar, si no la sede, sí el planteamiento.

(18) Valgan referencias de nota 7, añadiendo elementos para la reflexión, desde perspectiva muy diversa, Aquilino Iglesia Ferreirós, *Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones. La situación de los estudios de historia del derecho privado en España*, en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania* (nota 6), pp. 205-314.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apenas hay —, ¿puede el lector decir que el autor, a través de una integradora historia institucional, no le ha conducido en un acercamiento sustancial a la Audiencia, y no sólo a la sevillana, al gobierno de la ciudad, y no sólo al hispalense, a la justicia, y no sólo a la que se impartió a orillas del Guadalquivir? ¿Que cómo lo ha hecho? Para contestar sólo cabe invitar a la lectura de la invitación de Clavero.

Los juristas y los historiadores están invitados a plantearse y responder esas y otras preguntas, y también, ya lo indicábamos, los juristas historiadores. Si éstos se asoman a esta suerte de monografía, encontrarán material más que sobrado para la reflexión y la discusión. En un marco general, hay novedades particulares; con éstas, aquel marco general tampoco es el habitual.

No quiero en ningún caso decir que a los que somos historiadores del derecho nos sobren todos los mensajes anteriores, que seamos por definición audiencia ganada. De formación básicamente jurídica, tenderemos siempre a considerar que unas ordenanzas, se las mire por donde se las mire, son unas ordenanzas, y es difícil hacerse de verdad a la idea de que puedan no serlo, o no serlo del todo, o no del mismo modo ([19]). Quien no supere el obstáculo tenderá a pasar por encima de textos como estos, que salen al paso con sólo iniciar la lectura a la que Clavero invita:

> *Ordenanzas,* 1,1,6: « EL REY. Regente, y Iuezes de la nuestra Audiencia de los grados de la Ciudad de Seuilla, auiendo visto lo que me escriuistes sobre la pretension de el lugar en las honrras que se han de hazer en la Yglesia Mayor de essa Ciudad, por la Reyna que aya gloria, he ordenado lo que el Conde del Villar nuestro Assistente os dira de mi parte, hazerse ha aquello. De Eluas, siete de Enero, de mil y quinientos y ochenta y vn años. YO EL REY. Por mandado de su Magestad. Mateo Vazquez. fol. 11.»

Y si se considera que el texto que sigue inmediatamente al transcrito, dirigido al asistente, salva la aparente incoherencia, no hemos de avanzar mucho para encontrar otra:

([19]) Para el condicionamiento de la formación, añádanse a las referencias florentinas de nota 12 otras del mismo origen: Bartolomé CLAVERO, *Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* 21 (Firenze, 1992), pp. 37-87; del mismo autor, *Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia en el derecho*, en Paolo GROSSI (a cura di), *L'insegnamento della Storia del Diritto Medievale e Moderno. Strumenti, destinatari, prospettive. Atti dell'incontro di studio, Firenze 6-7 novembre 1992,* Milano, Giuffrè, 1993, pp. 357-400; en el mismo volumen, Carlos PETIT, *El segundo testimonio*, pp. 401-414.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> Ordenanzas, 1,1,8: « EL REY. Licenciados Blanco, y Don Iuan çapata, Inquisidores en la Ciudad de Seuilla, porque nos queremos ser informados de vos, de algunas cosas que tocan a nuestro seruicio, os mandamos que dentro de quince dias primeros siguientes, despues que esta nuestra cedula os sea notificada, vengays y parezcays personalmente en esta nuestra Corte, y no salgays della sin nuestra licencia y mandado, que venidos que seays, se os dira para que soys llamados. Fecha en Madrid a veynte y dos dias del mes de Diziembre, de mil y quinientos y nouenta y ocho años. YO EL REY. Por mandado del Rey nuestro Señor. Don Luys de Salazar. Fol. 22. ».

No puede dejar de parecernos extraño que algo así se recoja en una recopilación de ordenanzas, pero más extraño es que, al verlo, no nos preguntemos de inmediato qué son ordenanzas, o qué es recopilación. Y es que tampoco hay que pasarse mucho tiempo leyendo para poner a prueba nuestros frecuentes prejuicios acerca de qué sea recopilar (nota marginal a *Ordenanzas,* 1,1,7: « ... y todos los [autos] que cerca de lo suso dicho passaron, estan en el libro de los originales de estas ordenanças, folio 15 »), o sobre el papel que cumple el recopilador (nota marginal a *Ordenanzas,* 1,1,10, § 2, con relato de la práctica efectivamente seguida en el supuesto que se regula). Es el tipo de preguntas que no suelen hacerse en las monografías, porque suelen entenderse superfluas para los especialistas, y a las que el lector de Clavero, si sigue sus pasos, no puede renunciar.

Pero no caigamos en una lectura dirigida, que era posibilidad que el mismo Clavero rechazaba. Limitémonos a los cuatro ejemplos señalados, procedentes de las primeras nueve páginas de las *Ordenanzas;* sabiendo que éstas constan en total de unas novecientas, el lector podrá conocer por sencillísimo cálculo cuántos ejemplos similares, si la proporción es constante, podrían traerse a colación. Podrá aducirse que la resultante colección de rarezas no podrá dar cuenta del funcionamiento institucional de la Audiencia, ni de su inserción en el orden ciudadano. Tal vez, aunque ya sabemos que ni el libro entero lo resuelve. Pero en cualquier caso ayudarán a responder, pues obligan a replantearlas, preguntas más básicas, cuyas respuestas son cimiento de las que con más frecuencia suelen destacarse (20).

Y en este ámbito basilar, lo primero que se advierte es que Castilla

(20) Se habrá reconocido la receta metodológica de Robert Darnton, *La gran matanza de gatos y otros episodios en la historia de la cultura francesa* (1984), México, Fondo de Cultura Económica, 1987 (traducción de Carlos Valdés), p. 12 (« Cuando no podemos comprender un proverbio, un chiste, un rito o un poema, estamos detrás de la pista de algo importante. Al examinar un documento en sus partes más oscuras, podemos descubrir un extraño sistema de significados. Esta pista nos puede llevar a una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se sigue fragmentando. La rápida incursión sevillana de Clavero llega ya tras la paciente aventura asturiana de Carmen Muñoz de Bustillo (21). Son acercamientos impensables sin construcción (22) y reflexión (23) previas, que nítidamente se destacan sobre la imagen generada desde otras perspectivas (24). Se nos habla de una ordenación primera a fuero de Toledo que puede entenderse con mayor riqueza de significados que la que hasta ahora solía atribuirse al periodo inicial de repoblación, concesión y posteriores confirmaciones y reconocimientos de privilegios y fuero. Leemos acerca de una Sevilla foral prácticamente inédita. Se nos presenta una temprana y austríaca Nueva Planta sevillana y se nos sugiere la significación del modelo sevillano en la posterior y borbónica Nueva Planta aragonesa, asunto, el de dicha significación, invisible para la historiografía institucional que transita por los mismos pagos (25). Hay más: el uso alternativo — lo es frente a la utilización habitual, aunque debería ser el adecuado — de la literatura jurídica más castiza, consistente en entender la lectura del *ius proprium* desde su único contexto posible, el del *ius commune,* no es que sea un hallazgo sin

---

visión del mundo extraña y maravillosa »), relanzada ahora, recuperando origen, por Carlos Petit, *Oralidad y escritura* (nota 16), expresamente en p. 349.

(21) Con tres entregas hasta el momento: *Asturias, cuerpo de provincia. De la corporación provincial en la Castilla moderna*, en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 62 (Madrid, 1992), pp. 355-475; *De corporación a constitución: Asturias en España*, en el mismo *Anuario,* 65 (Madrid, 1995), pp. 321-403; *Encuentros y desencuentros en la historia: los territorios del Norte peninsular en la coyuntura del setecientos*, en *Historia Contemporánea,* 12 (Universidad del País Vasco, 1995) (Monográfico: *Historia y Derecho*), pp. 135-173.

(22) Señaladamente, António Manuel Hespanha, *L'espace politique dans l'ancien régime*, en *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 58 (Coimbra, 1982), (= *Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz,* II), pp. 455-510, ahora publicado, en traducción de Ana Cañellas Haurie, en António Manuel Hespanha, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Historia de la Sociedad Política), 1993, pp. 85-121, pudiendo acudirse también a obra mayor del mismo autor, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)* (1986), Madrid, Taurus (Taurus Humanidades), 1989 (versión castellana de Fernando Jesús Bouza Alvarez).

(23) Pablo Fernández Albaladejo y Julio A. Pardos Martínez, *Castilla, territorio sin Cortes (siglos XV-XVII)*, en *Revista de las Cortes Generales,* 15 (Madrid, tercer cuatrimestre 1988), pp. 113-208, en especial pp. 159 y ss.

(24) Juan Antonio Alejandre, *La tendencia anticentralista en la historia contemporánea de España*, en *Historia. Instituciones. Documentos,* 11 (Sevilla, 1984) (= *Homenaje al Pfr. Dr. D. José Martínez Gijón),* pp. 93-113, con sus referencias, sobre todo las iniciales.

(25) Santos M. Coronas González, *La nueva dimensión hispánica de la justicia del rey*, en AA.VV., *La aplicación del Derecho a lo largo de la historia. Actas: I Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén,* Jaén, Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Provincia, 1996, pp. 31-49, en especial la referencia de nota 11 en p. 38.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precedentes peninsulares (26), pero es también elemento nada frecuente y que en cualquier caso podrá contribuir a la mejora del índice de receptividad, entre especialistas, de estas páginas no escritas sólo para ellos. Y mejorarlo implica abrir paso a la idea, en cuyo fundamento se insiste, de que ese especialista que lee es especialista sólo hasta cierto punto, pues lo es en el mejor de los casos de una única faceta, la jurídica, del orden social impuesto en la época en la que Clavero se sitúa para hacer y deshacer el ovillo en que se cruzan los hilos de las ordenanzas, del concejo, de la Audiencia y.de la justicia; una única faceta y secundaria, además, pues si el derecho contribuye a la fijación y reproducción de dicho orden, no es, desde luego, el que lo crea, ni tampoco el que básicamente lo mantiene: es planteamiento tan fácil de entender como difícil de asumir, y no sólo en virtud de la consecuente incapacitación por desconocimiento a la que conduce (27); pero ha de reconocérsele como mínimo su capacidad de solventar la conclusión del conflicto irresuelto y permanente — incomprensible por insostenible — en la que pueden desembocar trabajos que hagan propias, sin esta, otras condiciones epistemológicas de las defendidas por Clavero para el estudio institucional del antiguo régimen (28).

* * *

Para el estudio institucional del antiguo régimen. Pero ¿es posible ese objetivo? ¿No había quien llegaba a poner lo en duda? ¿No era el mismo Clavero? ¿No lo relegaba a un terreno de radical ajenidad con el presente? ¿No había abierto vías de comprensión del presenta para las que lo prerrevolucionario no contaba? ¿No venía ya directamente

---

(26) Es añejo y habitual recurso de António Manuel HESPANHA, aun en aportaciones no expresamente portuguesas: *História das Instituições. Épocas medieval e moderna,* Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

(27) Sobre ello incidía Carlos PETIT, *Sex, lies and videotapes* (nota 15), sobre el que cabe ahora decir que si el sexo procedía del título de la obra sobre la que se reflexionaba y las mentiras se ponían de relieve bajo la mirada del crítico, las cintas de vídeo se introducían con calzador, poco sofisticado método de quien confesaba miedos ante la teología que no hacía prever la soltura con la que poco después se manejaba en *Ivstitia y Ivdicium en el Reino de Toledo. Un estudio de teología jurídica visigoda*, en *Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, XLII: La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V-VIII),* Spoleto, Presso la Sede del Centro, 1995, pp. 843-932.

(28) Si se me disculpa que utilice ejemplo de obra propia, es la distancia que media entre *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation*, en *Ius Commune,* 19 (Frankfurt am Main, 1992), pp. 1-29, con la conclusión citada, y *Amor de árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera el Viejo*, en Johannes-Michael Scholz (hrsg.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz (15. bis 20. Jahrhundert),* Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann (Rechtsprechung. Materialen und Studien, 8), 1994, pp. 211-269.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formulando propuestas de futuro (29)? ¿Para qué entonces cruzar tan a menudo la frontera que parece quererse siempre situada a la espalda, e invocar a San Bernardo, a Bártolo y a Lorenzo Valla (30), a los alcaldes y los oidores de aquella Sevilla compleja y rica, fortaleza y mercado, ciudad y tierra, concejo y audiencia, que sólo conserva algo de lo que tuvo pero nada de lo que fue? ¿Para qué convocar tan trabajosamente audiencias para ocupar las butacas de un teatro que parece querer abandonarse, donde se representan sin descanso las deshilvanadas escenas de una función incomprensible? ¿Es que acaso lo que se pretende es, más que el logro de una función terminada, ahormar en la audiencia un cierto modo de mirar? ¿No será que se considera que resulta más fácil aprender a despejar un supuesto presente que todavía lastra, si ya se sabe tomar drástica distancia con un pasado fenecido? Y siendo ese pasado tan complejo, ¿no adiestra mejor para la comprensión de un presente nada simple? ¿Y no es este el mejor modo de desarrollar una política de futuro profesando el derecho del pasado?

Los interrogantes afectan a toda la obra, y no sólo a la reciente, de Clavero, contexto en el que han de leerse esas últimas páginas sevillanas que nos han venido entreteniendo. Son de esperar nuevas contribuciones prerrevolucionarias, aunque puedan no parecer coherentes: el objetivo de hacer volver la cabeza a una audiencia acostumbrada a mirar hacia atrás requiere hacer las señales allí donde son más visibles.

Y para terminar, dos obviedades: la primera es que por mucho que haya quien se empeñe en encontrarlas, siempre habrá audiencias que se obstinen en perderse; la segunda es que la permanente validez de la proposición anterior se basa en el hecho de que los perdidos pueden alegremente ignorar, o con toda legitimidad rechazar, su extravío.

---

(29) Sobre el objeto de estas preguntas y de las que siguen ya he incidido, también de modo abierto, en otra ocasión, con referencias que ahora pueden aligerar notas: Jesús VALLEJO, *Paratonía de la historia jurídica*, a publicarse en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, 31 (1995).

(30) Aludo a trabajos recientes de Bartolomé CLAVERO: *Beati dictum: derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 63-64 (Madrid, 1993-94), pp. 7-148, y *Blasón de Bártolo y baldón de Valla (a propósito de una gramática de signos*), en prensa cuando escribo estas líneas, y que el lector podrá encontrar aquí al lado, en este mismo volumen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una nuova Rivista giuspubblicistica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il 9 maggio 1996, a cura del nostro Centro, veniva organizzato a Firenze un incontro per parlare della nuova Rivista scientifica « Diritto pubblico ». Siamo lieti di pubblicare qui di seguito gli interventi di Eugenio Cannada Bartoli e di Elio Casetta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

EUGENIO CANNADA-BARTOLI

NOVITÀ DELLA TRADIZIONE (*)

1. Una nuova rivista di diritto suscita attenzione, favorisce la critica e può anche dar luogo a polemiche, specialmente se pone in primo piano questioni di metodo (1), palesando qualche dubbio su considerazioni anche acute, volte ad indagare aspetti sociologici, aziendalistici di questo o quell'istituto giuridico, ma non pertinenti all'indirizzo giuridico. Né si può trascurare che una maniera sconsiderata di legiferare, troppo e male, induce alla tentazione di una parafrasi, ben lontana dall'esegesi ed ostativa ad una considerazione sistematica di questo o quell'istituto giuridico, la cui mancata delineazione è grave soprattutto nel diritto pubblico per l'incertezza che deriva nelle relazioni tra poteri pubblici ed amministrati.

È ben comprensibile che ne risulti uno scarso ordine concettuale e voglia rimediarvi chi avverte questo scompenso.

In tale atteggiamento è insita una polemica, quindi un invito alla riflessione, ad esprimere, senza pretese, qualche impressione su qualche punto del dibattito.

2. Crisi siffatte non sono una novità, ma la reazione alla caduta teorica e, spesso, politica del « giuridico ». Per non dilungarsi sul punto, conviene notare che radici prossime della insoddisfazione, che ha portato alla nuova rivista, possono rinvenirsi in uno scritto del Maestro, al quale va l'affettuoso pensiero e l'ammirazione di noi tutti, Giovanni Miele, che nel 1945 scrive un saggio doloroso e aperto, tuttavia, alla speranza, « Umanesimo giuridico ». Vi si legge: « affermando l'indirizzo giuridico, si mirò piuttosto a porre in rilievo l'autonomia della scienza

---

(*) Si pubblica, con adattamenti, la relazione svolta il 9 maggio 1996 al Centro di studi sul pensiero giuridico moderno della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Firenze, in occasione della nuova rivista « Diritto pubblico », diretta da Andrea Orsi Battaglini e della quale erano pubblicati tre fascicoli.

(1) È noto che esistono diverse maniere di studiare ciò che chiamiamo diritto: se ne ha un saggio nella recensione di Sabino Cassese alla suddetta rivista: *Alla ricerca del Sacro Graal, A proposito della rivista Diritto pubblico* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, 789 e nella replica di Orsi Battaglini, *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in *Diritto pubblico*, 1995, 639.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto rispetto ad altre discipline, l'esistenza di propri principi in seno ad essa, il modo tutto affatto peculiare con cui la scienza giuridica studia ed analizza il pensiero giuridico, ma non si pretese né di staccarla dall'albero delle varie manifestazioni dello spirito umano, in cui anch'essa s'inserisce durevolmente e da cui trae perenne alimento. Distinzione sì, non separazione » (2). E, poco più oltre, « l'intendere in un modo o nell'altro la scienza giuridica pare debba influire su quello che è il problema della legalità, oggi così pressante nelle buie contingenze dell'ora. Questo problema, sotto un certo aspetto, non è che quello stesso della scienza giuridica » e prosegue: « In realtà, il senso di legalità non ha un senso — si passi il bisticcio — se ad esso non si accompagna il senso di umanità » (3).

Parole alte e difficili, perché è difficile il canone, che direi crociano, della distinzione.

Nell'ultima citazione di Miele compare tre volte il termine « senso »; senso di legalità, senso nel significato logicosemantico, senso di umanità. E nelle considerazioni preliminari di Orsi Battaglini, nel primo numero della rivista, il termine « senso » è adoperato, se ho ben letto e ben contato, quattro volte; due in unico periodo « in ultima analisi, è temerario rivendicare la priorità della ragione sulle cose, la possibilità di dare ad esse ordine e senso (di ordinarle rispetto a un senso)? » e, nel successivo capoverso « Ammesso poi che la ragione, come ordine, come ordine autonomo del linguaggio della mente, sia tema di discussione idoneo a ristabilire quel tanto di intersoggettività che definisce una comunità scientifica, che dire del senso come qualificazione vitale dei paradigmi ordinativi? » e dopo qualche capoverso « Ed infine, scientificamente l'ordine è unità, coerenza del sistema rispetto ai suoi fondamenti, omogeneo riferimento di senso » (4). Senso di umanità nel Miele; senso come qualificazione « vitale » dei paradigmi ordinativi: quanto dire un richiamo alla realtà, giuridicamente appresa, filtrata e sistemata.

Un altro aspetto da segnalare: Miele osserva « quella che doveva esser semplice distinzione di punti di vista perdé a poco a poco, sotto la crescente pressione dell'indirizzo positivistico, il suo significato originario » (5); Orsi Battaglini rileva « l'atteggiamento antipositivistico mostra cosi il suo volto più propriamente antiscientifico; il discorso, talora cinico, talora romantico, celebra la sua resa alla « strapotenza dell'esistente »; e la scienza del diritto pubblico, in questa prospettiva, sembra finita da tempo » (6).

---

(2) G. Miele, *Scritti giuridici*, vol. 2°, p. 452.
(3) *Op. cit.,* p. 454.
(4) Orsi Battaglini, *In limine*, pp. V-VI.
(5) Miele, *op. cit.*, p. 451.
(6) Orsi Battaglini, p. VI cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tra queste due citazioni non v'è contrasto: il positivismo criticato da Miele è quello che non distingue ma isola; Orsi Battaglini contesta l'antipositivismo che celebra l'accadimento in quanto tale, gli accadimenti in quanto tali, che sono materia inerte se lo spirito, riflessione generale o disciplina specifica — non generale, per comodità di discorso — non li ravvivi. Lo spirito che è ragione e questo è il termine che Orsi Battaglini usa; la ragione come ordine, « idea che l'unico ordine di cui può parlarsi è quello che noi siamo capaci di formulare » (7).

3. Noi, chi? Tutti noi, la *maior pars*, la *valentior pars?* Vi si può sostituire ciascuno di noi, di guisa che l'unico ordine sia quello che ciascuno è capace di formulare? Il pericolo è che dopo aver tolto il velo dal santuario della dea, ciascuno — meraviglia delle meraviglie — veda riflesso se stesso. Donde l'esigenza di un'oggettività, che si comprende mediante il canone della distinzione, che limita il positivismo, il quale ha in sé una pretesa oggettivizzante di esclusione. Palese il riferimento al pensiero di Miele: la distinzione è possibile perché implica i nessi tra i distinti e non mi sembra remoto da quest'ordine di idee il rilievo di Orsi Battaglini, che risolve il senso nel rapporto con il mondo vitale del soggetto e lo definisce fattore di coesione del sistema (8).

Personalmente son rimasto legato alla tesi della storicità dei concetti giuridici; so di non essere ammodernato, ma, richiamando ancora una volta Benedetto Croce, mi tengo il mio temperino. Concordo con la tesi di fondo del carattere sistematico dell'ordinamento giuridico e so per certo che il sistema non lo troviamo come si trova un ciottolo lungo una strada.

Sistema, dunque, come costruzione sistematica, che deve consentire la misura giuridica dei fatti, in senso amplissimo, che sono rilevanti nell'ordinamento e può compiersi soltanto con unicità di metodo, senza per questo confondere il matrimonio con l'espropriazione per pubblica utilità.

Il sistema costruito non è chiuso, ma aperto e non per ragioni politiche o per meglio cogliere le peculiarità di questo o quell'oggetto e bearsi nel paradiso dell'immediatezza, quasi un'estasi giuridica. La ragione è puramente logica e dal 1931 è conosciuta come il teorema di Goedel, sulla indecidibilità di proposizioni appartenenti ad un sistema in base ai postulati del sistema medesimo (9). Non è, come si vede, una comoda scappatoia, ma una via impervia per ragionare, secondo logica e diritto. Se questo è vero, consegue che la pretesa di chiudersi nel mondo della legge non può essere condivisa, perché restringe il campo

(7) Orsi Battaglini, *loc. ult. cit.*

(8) Orsi Battaglini, p. 643.

(9) Ne ho segnalato l'importanza nell'articolo: *Di alcuni aspetti del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Milano, 1965 vol. 2°, p. 63 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della costruzione nei limiti della pura — non vuol dire semplice — deducibilità; non è però il caso di ritornare sulla distinzione tra diritto e legge. È bene precisare: non si sostiene che il giudizio giuridico possa normalmente prescindere dalla legge che ne costituice oggetto e criterio, con la conseguenza che quel giudizio è vero, ossia conforme a legge o è falso ossia contrario a legge; non entro nel ginepraio del compatibile o del non-incompatibile. Ma l'ordinamento può richiedere giudizi giuridici secondo modelli o secondo probabilità e qui i valori non sono più due vero o falso, ma improbabile, probabile, incerto se probabile

4. Non si tratta di trapiantare il probabilismo etico nel mondo giuridico. Alludo ad un problema che da tempo mi occupa ed ha il suo referente normativo nell'art. 97 della Costituzione. In termini più familiari per gli amministrativisti, si tratta della distinzione tra legittimità e merito dell'azione amministrativa alla luce del principio costituzionale del buon andamento. Il quesito è se il principio di legalità comprenda anche quello del buon andamento arricchendosi, in tal modo, la nozione di stato di diritto, e se l'azione amministrativa, il cui risultato sia improbabile in termini di buon andamento possa nondimeno qualificarsi legittima.

I tentativi compiuti per eliminare lo schema della degradazione come effetto dell'atto amministrativo; per distinguere il diritto amministrativo, in cui è inclusa la rapppresentazione del cittadino, dal diritto dall'amministrazione, (tale distinzione è tutt'altro che un ricalco di quella tra norme di relazione e norme di azione), per annettere un significato sostanziale alla nozione d'interesse legitimo, per limitare il carattere taumaturgico dell'interesse pubblico, per riconoscere la legittimazione del terzo nel processo amministrativo — sia permessa quest'allusione a precedenti lavori — consentono di porre quel quesito e ritenere che l'ordinamento lo legittima e richiede il concorso di discipline non giuridiche, non per soverchiare il giuridico, ma per contribuire al suo stabilimento.

Nel secondo scritto di Orsi Battaglini si nota una sottile ironia per la gloriosa tradizione del diritto amministrativo « giudiziale » (10) rispetto ad una valutazione espressa da uno studioso quale Sabino Cassese (11). In uno scritto sulla giustizia amministrativa (12) ho espresso l'opinione che la giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'eccesso di potere costituisce, contrariamente all'opinione dominante, non un ampliamento, ma una limitazione del sindacato giurisdizionale allo scopo di affrancare l'interesse pubblico, che rimane il *plaisir* dell'autorità

(10) Orsi Battaglini, *Il puro folle*, cit., p. 645.

(11) Cassese, *Alla ricerca*, cit., pp. 794 s.

(12) E. Cannada-Bartoli, *Giustizia amministrativa* nel *Digesto*, vol. VII *Pubblicistico*, Torino, 1992, *ad vocem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativa come prima lo era del sovrano. Per togliere o allentare vecchie pastoie occorre però l'integrazione giudiziale del diritto, che, beninteso, non dia luogo a quella singolare mancanza di motivazione delle sentenze che si compendia nell'invocare il diritto vivente, ma applichi i principi enunciati nell'art. 97 e, per tal via, ragioni giuridicamente dell'interesse pubblico, nella cui determinazione si manifesta abitualmente lo strapotere dell'esistente, per usare l'espressione di Orsi Battaglini.

Non credo che in tal modo si offuschi la chiarezza delle operazioni linguistiche e logiche, costitutive del diritto come disciplina autonoma.

5. Il senso, il rapporto con il mondo vitale del soggetto è nella storia, diverso oggi da ieri e il diritto come disciplina autonoma vi è coinvolto. Storia, non cronaca; non seguire il detto, piuttosto deprimente, che tanto il mondo va verso ..., come se ciascuno di noi fosse una persona trasportata e non un individuo guidato dalla propria coscienza; anche questa è una riflessione di Croce.

Per chiarire nella maniera più semplice e profonda queste considerazioni conviene citare un altro saggio di Giovanni Miele, scritto nel 1938 *sine ira et studio*, è il caso di dire. Colpiscono due affermazioni « che il fascismo respinge il principio della divisione dei poteri nel suo significato politico per farne un puro strumento dell'azione statale » (pag. 272) e che è « tuttora principio fondamentale della nostra costituzione che ogni limite alla libertà ed eguaglianza dei cittadini dev'essere introdotta per legge » (13). Il saggio è del 1938; seguirono eventi nefasti, disposti per legge, lesivi della libertà e dell'eguaglianza, in breve della dignità della persona umana e il giurista, che sente il peso di tali eventi sperimenta come uomo l'insufficienza della mera tecnica e nel successivo scritto del 1945 scrive che « la tecnica..., frutto del lavoro di generazioni e generazioni va, al pari di ogni altra tecnica, associata e piegata a quei valori universali, che hanno la loro radice nella natura dell'uomo » (14).

La tecnica come risultato di un affinamento storico, associata ai valori dell'uomo, il quale, come si usa dire, è protagonista della storia, sia per il coraggio sia per la viltà, che è assenza di valori.

È innegabile che la formula dello Stato di diritto e il principio di legalità, a parte qualche applicazione, alquanto anticipata, a Federico II, hanno coperto realtà non del tutto nobili (15) e si comprende che

---

(13) *Equilibrio tra potere legislativo e potere esecutivo* (*Studi sassaresi*, 1938), in *Scritti*, cit., vol. 1°, p. 255; le citazioni a pp. 272, 273. Per un'adeguata valutazione dello scritto del M., si legga D. Donati, *Divisione e coordinamento dei poteri nello stato fascista*, in *Archivio di diritto pubblico, 1938, pp. 5 ss.*

(14) *Umanesimo giuridico*, cit., p. 450.

(15) P. Biscaretti di Ruffia, *Il diritto costituzionale dell'impero germanico nei primi cinque anni di regime nazionalsocialista*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, p. 111; sul punto p. 154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appaiano ferri vecchi se ad essi non si annette, ragionando dell'ordinamento, valore sostanziale di garanzia dei cittadini.

Se guardiamo la realtà giuridica di oggi sulla scorta della notevole analisi di Giuseppe Ugo Rescigno (16) si comprende perché, tra l'ampiezza del potere regolamentare, la reiterazione dei decreti legge, lo Stato di diritto sia per Orsi Battaglini, giurista non cesareo, un progetto per il XXI secolo; ma era un progetto per il XX secolo, almeno per Cammeo, che nel Commentario ce ne mostra l'elaborazione ed insieme l'attuazione, nello scorcio dell'ottocento e nel primo decennio di questo secolo.

6. Il tempo trascorso consente di ritenere che quel modello degli inizi del secolo dev'essere arricchito sia per i valori, alcuni garantiti dalla Costituzione, sia per la tecnica;ma questa banale constatazione non può far dimenticare che quell'elaborazione segnò un progresso. Certe critiche, a dirlo chiaramente, si appuntano contro la data di nascita di studiosi, rei di aver ignorato quanto sarebbe stato proficuo nascere dopo.

Il corso di diritto pubblico interno dettato da V.E. Orlando nell'anno accademico 1911-12 nella Facoltà giuridica romana (17) dedica quattro capitoli ai regolamenti; cito soltanto due passi « interpretando alla lettera la teorica tedesca [Orlando si riferisce al Gneist] nel senso che solo perché non c'è una legge il principe possa provvedere con la facoltà regolamentare, si stabilisce tra il legislativo e l'esecutivo una specie di gara nella quale la competenza sarebbe il premio di chi giunge prima; per l'esecutivo sarebbe titolo sufficiente ad esplicare una illimitata competenza sopra una materia, il fatto che il legislatore non ha avuto occasione di occuparsene (18). Conclude Orlando: « non si può dire che ciò sia molto serio » (19). Nel successivo capitolo pone il quesito se vi siano materia di competenza della legge e quindi non di competenza del regolamento e materie di competenza del regolamento e quindi non di competenza della legge. Due questioni che si pongono ancor oggi. Si possono notare coincidenze tra le lezioni dell'Orlando e la precedente monografia del Cammeo nel volume terzo del *Trattato di diritto amministrativo*.

Interessa segnalare qualche riflessione di metodo: sull'elemento storico, che, per Cammeo, è di grande importanza a patto che non si cerchi di fondare la spiegazione dell'ordinamento odierno sui fatti storici più remoti, saltando a pié pari tutti i fatti storici intermedi e più

(16) G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, Riv. cit., pp. 247 s.
(17) V.E. Orlando, *Teorica della legislazione e del governo*, Roma, 1912.
(18) *Op. cit.*, pp. 392 s.
(19) *Op. cit.*, pag. 398 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recenti (20); sul tema, ancor oggi dibattuto, del carattere non vincolante delle definizioni scientifiche poste nelle leggi, giacché, per Orlando, il concetto resta vero o non vero solo in quanto ha o non ha base nella logica e nei principi (21): principi risultanti dalla trasformazione del governo costituzionale nel governo di Gabinetto, la cui maggiore giustificazione è che esso appare in un nesso di correlazione logica indivisibile dalla evoluzione della forma rappresentativa (22).

Gli accenni all'evoluzione dipendono dalla cultura dell'epoca: quel che importa è il metodo della costruzione storica e dell'approfondimento logico, senza dar soverchio peso al linguaggio in voga.

Qui mette conto di richiamare qualche pensiero del più anziano dei postorlandiani, cioè dello stesso Vittorio Emanuele Orlando, che termina il 20 giugno 1952 l'Introduzione ai Princìpi di diritto amministrativo (23), nuova edizione interamente rifatta, con affetto e perizia, per cura di Silvio Lessona, estinti i grandi Maestri, da Santi Romano a Giovanni Vacchelli, a Donato Donati a Federico Cammeo, ad Enrico Presutti, a Ugo Forti, ricordati a pag. IX-X.

Trattando, in generale, dell'atto amministrativo, Orlando osserva che « genera esso un'azione la quale fa si che l'organo sovrano (che tale continua ad essere, sempre, anche quello in cui si concreta ed opera l'Amministrazione dello Stato per raggiungimento dei suoi fini) viene a mettersi in rapporto col cittadino cui il comando è diretto » e questa è « una differenza essenziale e caratteristica » (24).

Prima, aveva rilevato: « né il legislatore né il giudice vengono in rapporto diretto con il cittadino cui è rivolto il loro comando » (25); giacché « il comando inerente all'atto legislativo come quello proprio dell'atto giurisdizionale arrivano normalmente al cittadino e determinano in lui il dovere di obbedienza, senza che, tuttavia si possa dire che ne derivi un rapporto intersoggettivo fra l'autorità da cui emana il comando stesso e il cittadino che deve prestare obbedienza » (26). Qualche pagina prima, citando il Cesarini Sforza, « in tutte le forme d'interpretazione che non siano meramente filologiche, l'elemento normativo o teleologico è sempre presente un grado maggiore o minore » (27).

---

(20) F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, nel *Primo Tattato di dir. amm. ital.* diretto da V.E. Orlando, vol 3°, Milano, 1901, p. 141.

(21) Orlando, *Teorica*, cit., p. 393 e *passim.*

(22) *Op. cit.*, pag. 21.

(23) V.E. Orlando, *Princìpi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952.

(24) *Op. cit.*, Introduzione, p. LXXXV.

(25) *Ivi.*

(26) Introduzione, cit., p. LXVII.

(27) *Op. cit.,* p. XLIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. Conviene salire sulle spalle dei giganti, secondo un suggerimento che viene da lontano; o, come scrive Costa, il giurista costruisce il proprio discorso di sapere attraverso una continua riscrittura della tradizione (28). Dal concetto iniziale del 1890 dell'amministrazione come attività diretta al raggiungimento del fine dello Stato alle ultime considerazioni su atto amministrativo e giurisdizione amministrativa rimane centrale l'impostazione teleologica e, come abbiamo visto, normativa, utile per comprendere le odierne trasformazioni della pubblica amministrazione, che tende a dismettere le insegne esteriori della *publica potestas.*

Non s'intende riproporre o discutere la distinzione che Orlando pose tra attività giuridica e attività sociale dell'amministrazione, ma soltanto notare il rilievo dato alla cooperazione tra enti pubblici e l'osservazione che il lato giuridico dell'attività sociale « è, per quanto importante, sussidiario e derivato » (29) e, nell'Introduzione del 1952, si precisa che « esso riguarda la forma onde si rende coattiva l'osservanza delle condizioni richieste perché il rapporto sociale sia osservato: in questo, non diversamente da quanto avviene nel diritto privato » e il novantaduenne Maestro prospetta le diverse forme di attuazione del servizio pubblico sociale, dall'azienda alla concessione alle forme miste di società con partecipazione anche dei privati (30).

Le citazioni dell'Orlando valgono a dimostrare che l'indirizzo giuridico è in grado di comprendere le trasformazioni dell'ordinamento; alcune opinioni possono non persuadere, così l'accentuazione nel diritto amministrativo della sovranità dello Stato, ma la critica concerne la posizione logica dei concetti o la rispondenza al diritto positivo, mantenendo, soprattutto nel diritto amministrativo, la distinzione rispetto a considerazioni degli istituti politici valutati « non solo in movimento, ma ben anco in lotta fra loro o con le classi sociali » (31).

8. La chiarezza delle operazioni linguistiche e logiche, sulla quale fondatamente insiste Orsi Battaglini, comporta l'attenzione alla semantica e alle distinzioni tra concetti, in presenza di termini ciascuno dei quali può avere significati diversi, senza, per questo motivo, dover essere accantonato.

Quest'aspetto fondamentale è esplicito e ragionato in termini di antinomie nello scritto del Costa, diventa un bisturi nelle mani di

---

(28) P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per un'antropologia del giurista* in *Rivista*, cit., p. 33. Il noto passo sui nani seduti sulle spalle dei giganti è oggetto d'interpretazioni diverse, riepilogate da G. Cassandro, *Lezioni di diritto comune*, Napoli, 1974, pp. 30 s.

(29) V.E. Orlando, *Princìpi di diritto amministrativo*, Firenze, 1908, pp. 26, 279 e 289.

(30) V.E. Orlando, *Princìpi*, cit., ed. 1952, p. 381 e Introduzione, cit., p. XCI.

(31) V.E. Orlando, *Princìpi*, ed. 1908, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rescigno e consente la bella lettura della giurisprudenza compiuta da Travi, che pone in luce le *rationes decidendi* (32). All'esigenza di una spiegazione ed interpretazione rigorose del linguaggio giuridico, tra il descrivere e il prescrivere è dedicato il notevole saggio di Angiolini, il quale mostra l'ambiguità di termini usuali, quali dovere, potere, permesso e indica nel concetto di regola condizionata il mezzo per ridurre i margini di ambiguità e per prospettare che « il diritto interpretato per regole condizionate ha i requisiti per essere in sé costituito, nel senso di raccogliere in sé proposizioni, le quali, in virtù del condizionamento, sono intrinsecamente prescrittive, non hanno bisogno di trarre la propria prescrittività da un fondamento che stia fuori o sopra di esse » (33).

L'invito ad utilizzare la logica per capire significato ed ambito di una norma dev'esse accolto con favore, in quanto esclude motivazioni non logiche, variamente emozionali. Il saggio richiederebbe un'ampia disamina, perché molti sono i contributi sulla metodologia giuridica in connessione con le moderne impostazioni di logica e di analisi del linguaggio; conviene stare alle tesi dell'Autore e, peraltro, ribadire la storicità del diritto e dei concetti giuridici, tesi ben compatibile con l'esigenza di soluzioni logiche.

La tecnica proposta da Angiolini non è limitata alle disposizioni costituzionali e questo risulta dal saggio e, ancor prima, dall'enunciazione del titolo, ancorché i temi di diritto costituzionale siano più trattati di altri; si prospetta interessante anche per l'amministrativista. Si tratta di uno schema, noto ai giuristi, ascrivibile alla logica dell'implicazione, secondo cui se A implica strettamente B, l'impossibilità di A esclude l'implicazione di B e questo può significare sia che la negazione concerna il vincolo, per cui viene meno la necessità di B, ma non la sua possibilità; può anche significare la negazione di B. Ma, a parte il carattere puramente formale della logica moderna e dei valori « vero », « falso », come risulta dalla tavola dei valori dell'implicazione (34), dalla suddetta relazione non si può derivare la prescrittività intesa come giuridicità della proposizione condizionata, che, in quanto tale, è una forma logica. Il giuridico è un contenuto (35), un valore della regola — non soltanto proposizione — condizionata, la quale, per la sua strut-

---

(32) A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, Riv. cit., p. 91 s.

(33) V. Angiolini, *Costituente e costituito nel linguaggio e nella logica dei giuspubblicisti*, Rivista cit., pp. 311 ss.; la citazione a p. 349.

(34) R. Blanché, *Introduction à la logique contemporaine*, Paris, 1965, 37.

(35) Significativa la considerazione della logica deontica come nomotecnica; v. G.M. Azzoni, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991, pp. 105 ss. Per considerazioni di ordine generale v.: G. Carcaterra, *Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1989, p. 30 e *Metodologia giuridica* nel vol. *Corso di studi superiori legislativi*, Padova, 1990, pp. 159 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tura, consente una rigorosa interpretazione del contenuto e degli effetti delle norme giuridiche e — questa osservazione dell'Angiolini è capitale — « può lasciare interdetto solo chi si prefigga una costituzione ed un diritto che possano sviluppare, facendosi totali a somiglianza del « costituente » o del « sovrano », una gamma pressocché infinita di prescrizioni » (36).

Non si può non notare che nel periodo sopra trascritto è il diritto che ha i requisiti per essere in sé costituito in quanto intepretato — il diritto — per regole condizionate, come tali intrinsecamente prescrittive. Rimane non del tutto chiaro il rapporto tra il diritto e le regole.

L'ordinamento si pone come totalità definita, in quanto ammette la giuridicità del non preveduto; questa osservazione non significa che l'ordinamento possa configurarsi come sistema compiutamente decidibile, come sopra si è rilevato. È un discorso che ben si fonderebbe sulla teoria istituzionale del diritto, concetto del quale bisogna verificare accuratamente l'estensione, dato che la pluralità degli ordinamenti giuridici si pone come possibilità e poiché è noto da tempo che a *posse ad esse non valet illatio*, la moltiplicazione degli ordinamenti dev'essere oggetto di dimostrazione. Ma il concetto generale, che è l'essere dell'istituzione, dell'ordinamento giuridico, sembra utilizzabile, in quanto insieme storicamente dato, nel quale le regole condizionate si compongono come regole giuridiche, norme, in unità sistematica o in sottoinsiemi sistematici, senza che l'ordinamento vi rimanga esterno. Il giudizio sulla verità o falsità della protasi è un giudizio storico, come afferma l'Angiolini; si può pensare che abbia per oggetto sia la norma sia il fatto in essa contemplato. D'altronde, il saggio di Angiolini è diretto a contestare che la norma giuridica mutui il suo dover essere da un fondamento esterno nonché la stessa posizione della norma fondamentale, che l'A. qualifica « immaginaria e pertanto assai malleabile » (37), con evidente *argumentatio ad hominem.*

Dal costrutto logico della regola condizionata l'Autore deriva che la norma, recando in sé una condizione che può essere « vera » o « falsa », reca anche in sé la libertà nel « non disciplinato » o nel « non preveduto » come libertà giuridicamente protetta (38) e rifiuta la tesi che il non disciplinato dal diritto ricada nella sfera dell'irrilevante giuridico, che è la nota tesi di Santi Romano.

Probabilmente occorre distinguere tra ciò che risulta non preveduto o non disciplinato per negazione della protasi e ciò che risulta non previsto da alcuna norma; la prima ipotesi è una negazione per la quale l'opinione dell'Angiolini potrebbe apparire corretta; la seconda ipotesi è una negazione assoluta di esistenza di norme giuridiche e per essa

(36) *Op. cit.*, p. 353.
(37) *Op. cit.*, p. 350.
(38) *Op. cit.*, p. 355.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

occorrerebbe altra dimostrazione, esaminando, in primo luogo se, sul presupposto della teoria istituzionale del diritto, l'irrilevante giuridico possa essere correttamente dedotto dalla mancanza di norme o di principi generali (39).

Il saggio, che, a ben guardare, si muove nell'ambito della logica tradizionale, non impedisce all'A. di sottolineare che la costruzione della protasi può ben richiedere l'interpretazione del contesto normativo, probabilmente per evitare che l'interprete scelga quali norme utilizzare.

L'esempio della sentenza della Corte costituzionale 23 maggio 1994 n. 218, sulla necessità di accertamenti sanitari per evitare infezioni da H.I.V. è ben significativo, ancorché l'A., ritenuti collidenti alcuni principi costituzionali ed esclusa quindi una soluzione univoca in base alla Costituzione sostenga la « libertà » del « non preveduto » ((40)). Conclusione che suscita qualche dubbio perchè sembra l'applicazione del « non liquet », rifiuto di ordinare le disposizioni costituzionali e gl'interessi tutelati, compiendo più un'*expositio* che un'*interpretatio* delle norme.

È ovvio che l'interpretazione dovrà essere ragionevole e ragionata (41) e non proposta come « diritto vivente », espressione il cui secondo termine finisce per assumere un'efficacia normativa legittimante; stando alla recensione del libro del Pugiotto « Sindacato di legittimità e 'diritto vivente' » è un rischio che l'Angiolini non corre (42). Sarebbe meno enfatico parlare di diritto applicato o interpretato, ma sarebbe un modo comune di dire e potrebbe apparire privo di problemi.

Quali che siano i dubbi che il saggio dell'Angiolini possa suscitare sui rapporti tra forma logica della norma e storicità della medesima e, fondamentalmente, dell'ordinamento giuridico, è certo che l'A. vuole la certezza dell'oggetto del giudizio per tutti gli istituti di giustizia rivolti a tutelare l'esercizio dei pubblici poteri, giustizia amministrativa compresa.

9. C'è una consonanza di fondo con le tesi di Orsi Battaglini. Ma il cammino non è stato breve.

Osserva Costa che « nella giuspubblicistica tardo ottocentesca non

---

(39) Nell'ambito di un « normativismo minimo » v. l'analisi di G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in *L'unità del diritto, Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, p. 177; a p. 269 l'affermazione della compatibilità con le concezioni istituzionalistiche, alle quali, a parer di chi scrive, dovrebbe riconoscersi una maggiore ampiezza.

(40) *Op. cit.*, p. 355.

(41) Per l'impostazione generale: A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi* in *Enciclopedia giuridica*.

(42) Rivista cit., pp. 477 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c'è niente che ricordi il rapporto che, nella giusprivatistica, viene a stabilirsi fra la « costruzione » del sistema e il riferimento alle fonti romane, prima, e successivamente, alla codificazione. La giuspubblicistica si svolge in una sorte di « vuoto » ermeneutico, che la costringe a presentare i propri standards di giuridicità al di fuori da significativi e continuativi collegamenti con testi prescrittivi » (43).

Questa frase può sembrare una critica, ma se si pensa al valore, che il Costa, attribuisce all'immaginazione e si riflette che il fenomeno costituito dai pubblici poteri non era certamente nuovo, ma richiedeva una nuova impostazione conforme alle idee liberali che si affermavano, si deve riconoscere che quegli standards erano la prima rappresentazione e interpretazione della novità, che non tutti ritenevano genuina, ed alla quale la riflessione giuridica non poteva che seguire. Può dirsi, con il filosofo, che qui la scienza giuridica ha costruito il proprio oggetto, con gli strumenti disponibili, adattati non senza qualche forzatura, sino alla maturazione, nel diritto amministrativo, di una più compiuta legislazione e di una dottrina man mano più avvertita, a cui contribuisce l'estendersi della giurisdizione, nella cui istituzione Orlando ravvisa il segno della maturità raggiunta da un dato diritto onde sia considerato come positivo (44); le variazioni di pensiero dell'O. sulla giurisdizione amministrativa (45) denotano che, anche per uno studioso come V.E. Orlando, il metodo giuridico esige un continuo controllo e affinamento.

Il discorso potrebbe continuare, ma deve finire con un'ultima notazione: il libro primo dei Principi di diritto amministrativo di V.E. Orlando è significativamente intitolato « La scienza » e dopo oltre un secolo, questa Rivista, con l'autorevolezza derivante dagli studi pubblicati, ripropone l'esigenza di un continuo approfondimento dei concetti, l'inveramento di vecchie formule in nuovi contesti giuridici e nei valori sostanziali che vi si esprimono nonché il rifiuto di teorizzare l'effimero. È una proposta di alto valore scientifico per quella tecnica, — piace ricordare ancora una volta il saggio del Miele —, « che opportunamente maneggiata costituisce un valido strumento di elaborazione e di raffinamento del diritto. Pensare di farne a meno significa precipitare in un romanticismo giuridico non meno letale, nelle sue ultime conseguenze, di una « pura » scienza del diritto » (46).

---

(43) P. Costa, *Discorso giuridico*, cit., p. 23.

(44) Introduzione, cit., p. LXXVII.

(45) Nei *Principi* del 1891, p. 355, nell'edizione del 1909, p. 373, nelle fasi della controversia con V. Scialoja, analizzate da B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, pp. 263 s.

(46) *Umanesimo giuridico*, cit., p. 451.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ELIO CASETTA

CONTINUITÀ ED EVOLUZIONE NELLO STUDIO DEL DIRITTO PUBBLICO

I. Non sempre la nascita di una rivista nel campo giuridico è accompagnata dalla esposizione del suo « programma » e dalla precisazione dei criteri guida che potranno orientare la produzione scientifica in essa ospitata.

L'indicazione di un « programma » è tuttavia presente nel numero di apertura di periodici divenuti di grande rilievo scientifico: « Diritto pubblico » in questo non si discosta dalle riviste ormai diventate costanti ed autorevoli riferimenti del dibattito dei giuspubblicisti in Italia.

Un siffatto atto di chiarezza ed onestà intellettuale è spesso occasione di osservazioni e riflessioni, il che è puntualmente avvenuto anche in questo caso. La discussione è stata vivace ed interessante. Non poteva che essere così, in quanto l'apparire di una rivista che nel suo titolo si richiama al Diritto pubblico rappresenta l'occasione per tornare a misurarsi con i mutamenti e le contraddizioni dello Stato, nonché per interrogarsi sul metodo della scienza che quello Stato fa oggetto del suo studio: perché è ovvio che i rami del diritto pubblico che vengono interessati dalla indagine teorica sono essenzialmente il diritto costituzionale e quello amministrativo; si discute cioè di Diritto dello Stato e dei rapporti tra i suoi poteri e i cittadini.

II. Profondamente mutato è il potere pubblico così come profondamente mutata è la scienza pubblicistica da quando, nel secolo scorso, quest'ultima acquistò definitivamente autonomia nei confronti degli altri rami del diritto e si costituì una vera e propria « Scuola », impegnata nell'elaborazione di principi giuridici sistematici e nell'eliminazione dei condizionamenti derivanti dalle scienze filosofiche, sociologiche e storiche.

Per quanto riguarda in particolare l'amministrazione, la sua evoluzione ha segnato ed accompagnato il mutamento dei rapporti con i cittadini. La Costituzione, la cui entrata in vigore ha indubbiamente rappresentato un riferimento ineliminabile dei dibattiti della giuspubblicistica, non ha offerto un modello unitario cui ispirarsi lungo questo processo, né ha introdotto una disciplina completa: sotto la rubrica « La

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblica amministrazione » si menziona la organizzazione « dei pubblici uffici » nella sezione II del titolo III dedicato al Governo, in ciò rispondendo alla concezione cavouriana dell'amministrazione facente capo al Governo, responsabile di fronte al Parlamento secondo una visione comunque accentratrice, in cui l'amministrazione è soprattutto amministrazione dello Stato.

Accanto ad essa deve però ricordarsi l'affermazione — collocata tra i principi fondamentali (art. 5) — del principio di autonomia e della sua realizzazione attraverso la possibilità per gli enti territoriali (Regioni, Province e Comuni: art. 114 e seguenti) di darsi un indirizzo politico amministrativo non in sintonia con quello del Governo dello Stato. La formazione dello Stato delle autonomie, se pur parziale, ha profondamente mutato il quadro di riferimento rispetto alla fine del secolo.

La Costituzione ha inoltre alimentato meditazioni profonde ed utili quanto ai principi che presiedono allo svolgimento dell'attività amministrativa e alla organizzazione.

E infine anche sul piano della legislazione spesso contingente si è assistito al mutare dell'amministrazione, intesa in senso sia oggettivo sia soggettivo. Si ponga mente in primo luogo alla moltiplicazione di soggetti pubblici associativi ed alla creazione di numerosi enti pubblici strumentali, fenomeno dovuto a una pluralità di fattori connessi con lo sviluppo della nostra società e alla correlativa espansione dell'attività amministrativa e dunque con la « pubblicizzazione » di interessi proprii di gruppi di cittadini.

Si pensi ai giorni nostri alla c.d. privatizzazione degli enti pubblici, che segue percorsi non sempre omogenei e lineari; si consideri infine la tendenza alla creazione di autorità indipendenti, organismi la cui collocazione negli schemi classificatori tradizionali risulta non semplice ed i cui tratti giuridici essenziali non sono facilmente individuabili. Senza dimenticare le leggi sul procedimento amministrativo, sulle autonomie locali e sul rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche, che profondamente hanno inciso (o avrebbero dovuto incidere) sulla modalità di azione dell'autorità amministrativa e sulla sua organizzazione.

Della complessità del quadro di riferimento, in continuo divenire, costituisce significativa prova la difficoltà di rinvenire una definizione di amministrazione pubblica soddisfacente o, quantomeno unitaria. Si possono ricordare le diverse nozioni offerte dalla disciplina sulla contabilità (art. 25 legge 5 agosto 1978, n. 468, mod. dalla legge 23 agosto 1988, n. 362), che si applica, sulle orme di una legislazione antecedente, al c.d. settore pubblico allargato e dunque anche alle amministrazioni non statali; si può richiamare la normativa sulla razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sulla revisione della disciplina in materia di pubblico impiego di cui a D. leg. 3 febbraio 1993 n. 29 e successive modificazioni, che per « amministra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni pubbliche » intende, oltre a tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, un vasto complesso di individuati enti pubblici. Ancora: un significato ulteriore e diverso dell'espressione « amministrazioni pubbliche » potrebbe ricavarsi dall'art. 3, 4° comma della legge 14 gennaio 1994 n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, che prevede il controllo successivo della Corte sulla gestione del loro bilancio e del loro patrimonio nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria. Secondo la interpretazione datane dalla stessa Corte dei conti, che pure si rifà a quella del D. Leg. n. 29 del 1993, la nozione di amministrazione pubblica è a tali fini più ristretta, rimanendone esclusi gli enti regionali e enti locali territoriali al di sotto di un certo numero di abitanti.

In sintesi: in presenza di più definizioni, manca « la » definizione, ed il diritto che quella « amministrazione » disciplina ed in verità concorre a rendere così complessa, risulta più variegato e di difficile sistemazione: di conseguenza, anche l'atteggiamento della dottrina nei confronti del suo oggetto di indagine è progressivamente mutato.

III. A questo proposito giova ricordare che la tecnica della scienza di diritto pubblico impiegata nello studio del suo oggetto fu in origine ispirata dalla c.d. pandettistica.

Tale richiamo non impedì però la percezione della peculiarità dello studio del diritto amministrativo e del soggetto « amministrazione ».

Proprio l'analisi delle modalità con cui il problema della « specificità » dell'amministrazione rileva nelle riflessioni teoriche costituisce uno dei percorsi di ricerca più affascinanti, non a caso affrontato con crescente interesse da autorevoli studiosi di storia del pensiero giuridico, molti dei quali proprio nel cenacolo di Firenze operano in modo fecondo e con risultati assai significativi.

Si è così scoperto che il metodo di analisi impiegato è sempre strettamente intrecciato — o, almeno, così appare — con l'oggetto indagato.

Il modello di riferimento, agli albori della Scuola di diritto pubblico italiano, era quasi naturalmente costituito dallo Stato liberale ottocentesco, di cui si predicava una intrinseca razionalità: tale prospettiva rispettava ed esaltava la primazia dello Stato borghese sul cittadino e rischiava di mascherare, più o meno consapevolmente, la realtà con le sue tensioni e i suoi fermenti. Essa comportava, sul piano del « metodo », la chiusura nei confronti della realtà, ritenuta irrazionale, della storia e della politica, nel segno di una aspirazione alla « purezza », dunque non suscettibile di essere interpretata soltanto come reazione più o meno comprensibile nei confronti degli eccessi cui non si erano sottratti gli studiosi che si erano in precedenza occupati di diritto pubblico con frequenti divagazioni e talora scarso rigore scientifico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il mantenimento degli schemi cui si è accennato era però destinato a palesare difficoltà di applicazione a fronte dei mutamenti istituzionali che si registrarono nei primi decenni del secolo. L'avvento di uno Stato pluriclasse, l'affollarsi degli interessi in conflitto, la perduta omogeneità della classe dirigente erano fenomeni che ostavano all'impiego del modello originario.

Esso non fu in realtà decisamente accantonato in occasione del fiorire di studi su argomenti diversi da quelli fino a quel momento condotti, costantemente caratterizzati dal riferimento all'atto amministrativo, espressione dell'autoritatività dello Stato e snodo essenziale del rapporto tra amministrazione e cittadini. Anche per effetto di influenze straniere, la dottrina si occupò della scansione procedimentale e della fase che si colloca tra potere ed atto finale; si concepì in termini oggettivi la volontà che si esprime nell'atto; si illuminò l'ambito dell'attività interna dell'amministrazione, precedentemente oscurata dall'ombra della personalità giuridica dello Stato e recuperata al giuridicamente rilevante mercé la realizzazione della crescente disciplina dei rapporti che si intrecciano in quello spazio.

Per quanto attiene al profilo del « metodo », si affacciarono comunque nuove proposte, caratterizzate dall'affermazione della necessità di volgere l'attenzione alla realtà ed alla storia, di verificare le soluzioni nel concreto, in sintesi di abbandonare schemi formalistici ed improbabili definizioni astratte e neutrali dell'amministrazione per dar voce alle pulsioni della società in continuo divenire ed al suo processo di democratizzazione, che non tollererebbe il mantenimento di una costruzione teorica ancorata ad un modello ormai tramontato.

Ma su ciò si tornerà brevemente più oltre.

IV. Ora è opportuno aggiungere che quelle modifiche della società e dello Stato cui si è fatto cenno incisero profondamente anche sull'approccio teorico verso categorie che non costituiscono oggetto specifico di studio del diritto amministrativo.

All'irrompere di istanze sociali differenti ed alla perdita di omogeneità della classe dominante, ad esempio, corrispose, sul piano giuridico, l'abbandono dell'idea della legge come dato coerente ed universale, espressione di valori generali e unanimemente condivisi.

Con tutta evidenza l'eterogeneità della classe sociale — o, meglio, la consapevolezza che a quella eterogeneità si dovesse dar voce sul piano politico e giuridico — si risolse nella contrapposizione tra valori giuridici, non suscettibili di essere ordinati da un legislatore sempre meno « ottocentesco ».

La legge è espressione di interessi particolari; essa viene perdendo i tradizionali caratteri di generalità e astrattezza per assumere il ruolo di soluzione concreta e contrattualizzata di vicende contingenti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non a caso è stato di recente proposto con acume di recuperare sul piano costituzionale quella esigenza — un tempo soddisfatta dalla legge — di sintesi unificatrice delle varie istanze sociali e di espressione di valori accettati da tutti.

Più in generale il mutamento della società trova il suo ambito privilegiato di analisi nel diritto che si occupa del rapporto sia tra i poteri, sia tra questi e le libertà: problematiche quali il principio di legalità, il significato dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, il ruolo dei giudici, le libertà dei cittadini, per limitarsi a pochi esempi significativi, risultano condizionati dall'evoluzione brevemente ricordata.

V. L'oggetto dello studio del diritto pubblico è dunque profondamente mutato nel tempo: di fronte alla nuova realtà il giuspubblicista si interroga e fornisce risposte spesso diverse, come mostra la discussione, giustamente auspicata nella pagina introduttiva del primo numero della Rivista, e che non è tardata a svilupparsi né ha tradito le attese.

In questa sede sembra interessante cogliere l'occasione della disputa teorica per abbozzare alcune linee argomentative, che sono in verità meri spunti di riflessione, piuttosto che definitive conclusioni.

In primo luogo preme sottolineare che la contrapposizione tra formalismo e atteggiamento realista pare evocare altre polemiche, spesso aspre, fiorite in differenti contesti culturali.

Il pensiero corre naturalmente alla contrapposizione tra teoria kelseniana, favorevole alla separazione tra momento giuridico e ambito del reale (si pensi alla distinzione tra Sollen e Sein) e le tesi che rivendicarono invece la necessità di un costante rapporto tra norma e società, tra diritto pubblico e dimensione concreta (si ponga mente a Smend, ed alla sua teoria dei processi di integrazione che si svolgono nello Stato, nonché a Heller, con il suo appassionato rifiuto della sovranità della e nella norma e la rivalutazione del ruolo della unità della volontà).

In realtà non sono ammissibili frettolosi accostamenti che potrebbero risultare arbitrari: l'influsso della Scuola di Vienna, ad esempio, non sempre condizionò i giuristi della corrente italiana accusata di formalismo. In secondo luogo, ed il punto è decisivo, molti esponenti della giuspubblicistica paiono oggi muovere dalla costante preoccupazione di rispondere adeguatamente sul piano teorico ai problemi che scaturiscono dal mutare dell'oggetto dello studio, costituito dallo Stato e dai rapporti tra poteri pubblici, oggetto che viene percepito concretamente e non già celato mercè l'adozione di impostazioni totalmente astratte. Sembra così scongiurato il rischio di un ripiegamento in un mondo di schemi svincolati dalla realtà, in una dimensione percorsa ed animata da asettiche « sfere di cristallo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È il modo con cui si risponde all'irrazionalità delle cose e della natura che varia, ora richiamando un ordinamento che esprime valori identificabili dall'interprete, ora abbandonando siffatta prospettiva per ricercare la regola dal caso singolo con operazioni creative. Al fondo del problema traspare quella tensione irrisolta che a ben vedere costituisce la peculiarità del diritto. La ricordata irrazionalità delle cose e il soggettivismo si scontrano con la (e si compongono nella) imposizione di regole eteronome o di un ordine che il giurista si assume comunque la responsabilità di scoprire. Emblematica è la vicenda, segnalata da acuta dottrina (Orestano), dello studio del diritto soggettivo: la sua definizione, coerente con la primazia del soggetto e rispondente all'istanza di valorizzazione dell'individuo nei termini di potere del suo volere, ha dovuto fare i conti con un ordine superiore o presente nella natura delle cose, e si è così giunti alla paradossale conclusione — sviluppo di concezioni gradualistiche — dell'espunzione della volontà del soggetto dall'interno del diritto, nel segno dell'accentuazione della volontà della legge e dell'affermazione di una concezione oggettiva del fenomeno giuridico. L'uomo, soggetto e protagonista dell'universo, non ha mantenuto la sua posizione di dominio quando è stato traslato sul piano giuridico, non è divenuto soggetto assoluto dei sistemi dei diritti, proprio perché in siffatta dimensione non si può ignorare il condizionamento del diritto obiettivo.

Insomma: sullo sfondo si profila la tensione tra razionalità ed irrazionalità, tra soggettivismo e oggettivismo, in un quadro complicato dal fatto che, talora, il preteso ordine oggettivo è servito a legittimare teorie illiberali ed a fornire supporto a regimi in cui l'individuo comunque soccombe di fronte all'autorità, che si attribuisce in esclusiva il ruolo di dar voce alla volontà generale.

L'incertezza in ordine all'oggetto del diritto pubblico (lo Stato con i suoi rapporti di forza e le sue contraddizioni) ovvero, ancor peggio, l'atteggiamento di apparente neutralità, possono pericolosamente trasmodare nella sottovalutazione o nella sopravvalutazione dello Stato, opzioni queste perniciose per il giurista, e non solo dal punto di vista del rigore scientifico. In questo senso ben vengano le esortazioni a non aderire a falsanti prospettive formalistiche.

Tuttavia l'appello a non dimenticare la realtà dello Stato ed a criticamente considerare la sua frammentazione deve essere accompagnato dalla consapevolezza che la lettura giuridica di quella realtà è condizionata dalla presenza di un ordinamento, e cioè da un ordine: che poi, questo ordine debba essere presupposto *ex ante* o ricercato *ex post* è questione diversa. In nessun caso da esso si può prescindere; in ogni caso esso è necessariamente influenzato dalla produzione legislativa e dai principi del diritto espressione della comunità organizzata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In sintesi il divenire del diritto può ben essere colto nella sua connessione con il sociale e con il dato storico, ma l'analisi dell'oggetto deve ancorarsi a principi e criteri propri della scienza giuridica.

VI. Certo è comunque che, collocandosi in prospettive differenti nei confronti del fenomeno giuridico, si possono raggiungere soluzioni diametralmente opposte.

La questione può essere esaminata assumendo un punto di vista privilegiato, costituito dal fenomeno interpretativo, che, pur non interessando esclusivamente il diritto pubblico, sicuramente è in quest'ambito rilevantissimo, non foss'altro perché i suoi tratti caratterizzanti sono condizionati dal ruolo che si voglia attribuire alla legge ed al legislatore.

Una prima corrente di pensiero traduceva, come noto, la preoccupazione che fosse comunque rispettata la volontà legislativa concependo l'interpretazione come ricerca dell'intenzione oggettiva della legge, nel corso del cui svolgimento non potrebbe trovar spazio la funzione creativa dell'interprete: questi, con una operazione quasi meccanica, in sede di applicazione del diritto, dovrebbe sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta, ricercando la regola giuridica unicamente nella volontà del legislatore.

Altre posizioni teoriche hanno nel corso del tempo sottolineato da un lato la rilevanza del « fatto » con riferimento al quale deve essere individuata la regola adeguata, dall'altro la funzione creativa dell'interprete. Questi, in particolare, di fronte alla norma da interpretare, non impiegherebbe un approccio meramente oggettivo-conoscitivo (Tarello), ma si presenterebbe con una serie di pre-giudizi e svolgendo una funzione valutativa (Paresce).

Anche a prescindere dalle teorie più radicali, è oggi generalmente riconosciuto che le esigenze del fatto, il quale si pone come punto di partenza dell'attività interpretativa, condizionino la scelta finale, momento complesso in cui si fondono interpretazione della norma e interpretazione del fatto. Il caso è la molla che « muove l'interprete e dà la direzione »; sotto altro profilo, la necessità che l'applicazione giudiziaria sia « adeguata » al fatto richiede la ragionevolezza della stessa (Zagrebelsky).

Non è qui dato proseguire oltre nell'analisi. È sufficiente aver posto in luce la delicatezza del problema: se il dato soggettivo è ineliminabile e non può essere celato evocando improbabili sequenze applicative in cui non trova spazio il soggettivismo, non deve essere del pari sottaciuto che la eventuale funzione creativa deve essere correlata alla responsabilità del suo autore e alla sua legittimazione e deve risultare ancorata a parametri che si impongano all'interprete o *ex ante* o *ex post,* quando cioè egli proceda alla verifica della intuizione iniziale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo senso non si può che convenire sulla necessità che i valori alla stregua dei quali effettuare le opzioni interpretative, e più in generale i limiti delle stesse, discendano da scelte legislative o comunque derivino dal richiamo di principi giuridici che debbono considerarsi presupposti.

L'importanza del principio di legalità, pur profondamente mutato rispetto al passato, è dunque ancora di tutta evidenza: esso è essenziale non solo per la limitazione dell'azione autoritativa di un soggetto che potrebbe altrimenti autoattribuirsi poteri incidenti sulle situazioni giuridiche dei privati, ma anche per evitare che un ruolo di supplenza sia svolto dagli interpreti e dai giudici, trasformando l'attuazione del diritto nella costante creazione di regole e mutando il giudice in legislatore.

Questo non significa auspicare la disciplina in via preventiva e astratta di tutti i casi della vita, operazione del resto impossibile; significa soltanto esprimere la preferenza per una predefinizione ad opera di fonti che siano il riflesso della volontà popolare dei criteri e dei principi alla stregua dei quali i soggetti chiamati ad emanare atti puntuali e concreti debbono ispirarsi e, sotto altro profilo, segnalare la necessità che a quei criteri e principi questi soggetti si attengano: non pare in altri termini corretto invocare l'irrazionalità e la complessità della realtà, di cui non si potrebbe scorgere un ordine, per legittimare soluzioni interpretative soggettive del tutto svincolate da parametri che anche la dottrina deve costantemente impegnarsi a ricercare ed illuminare.

VII. A conclusione di queste riflessioni pare interessante indugiare sulla nozione di Diritto pubblico come diritto dello Stato.

La formula secondo cui il diritto pubblico sarebbe essenzialmente diritto dello Stato impone alcune precisazioni.

In primo luogo non esiste soltanto il potere statale ma sussistono anche altri poteri. Essi tuttavia debbono pur sempre rapportarsi ad un ordinamento generale che quei poteri può legittimare o riconoscere; e, dunque, pur convenendo sull'autonomia degli ordinamenti cui si connettono quei poteri, per ciò stesso non sovrani, il loro studio giuridico permane nell'ambito del diritto dello Stato.

In secondo luogo il diritto pubblico è sempre più spesso diritto prodotto dalle fonti comunitarie. Il fenomeno è rilevantissimo ed effettivamente mette in luce l'imprecisione della formula « diritto dello Stato » ove sia intesa come diritto prodotto da fonti statali. Si noti comunque che gli atti comunitari, in quanto disciplinino il potere pubblico, oggettivamente valgono a comporre un unico ordinamento.

In terzo luogo la formula che identifica il diritto pubblico con il diritto dello Stato parrebbe risultare imprecisa in quanto le aree di privilegio dello Stato vanno progressivamente restringendosi e risultano occupate dal (o disvelano la matrice generale del) diritto comune. Al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riguardo si può osservare che l'autoritarietà non pare destinata a soccombere e, dunque, un diritto « speciale » in questo senso — e solo in questo senso — pur sempre dovrà permanere, il che è anzi positivo nella misura in cui esso assicuri forme di tutela aggiuntive e soddisfacenti in capo ai cittadini, nei limiti cioè in cui la « ricerca » del potere significhi garanzia dei destinatari del suo esercizio.

Ben venga inoltre l'erosione del potere quando ciò significhi smantellamento di ingiusti privilegi, ma si usi estrema cautela nella eliminazione di spazi a presidio del corretto perseguimento dell'interesse pubblico. Il discorso si intreccia con la delicata questione della trasposizione, spesso invocata, di modelli privatistici nel diritto amministrativo. Sul punto si deve osservare che la specificità dell'amministrazione, costituita dalla cura di interessi pubblici, non tollera accostamenti superficiali che ad esempio, pericolosamente, sostengano la piena negoziabilità del potere. Si badi che il diritto pubblico non è soltanto il diritto che si occupa del fenomeno autoritativo: anche in settori quali i servizi pubblici e gli accordi con i privati, la specificità connessa alla presenza dell'interesse pubblico non deve essere frettolosamente obnubilata. Sotto altro profilo il richiamo dei modelli privatistici, che poteva agli albori della Scuola di diritto pubblico apparire come il ricorso ad un insieme di regole e principi già maturi e sedimentati, oggi appare meno giustificato ove si risolva in un acritico rifiuto del percorso di crescita della giuspubblicistica che si è dispiegato per oltre un secolo.

In ogni caso — vestendo per un attimo i panni del « realista » — la riduzione del « pubblico » e la conseguente conquista del diritto comune sono spesso soltanto fenomeni apparenti, come la vicenda delle privatizzazioni mostra con evidenza, a tacere poi del fatto che le deroghe alla disciplina comune sono previste dalla stesso Trattato della CEE quando si faccia questione di cura di interessi pubblici o di esercizio di diritti speciali ed esclusivi.

VIII. Ove si scorra l'indice dei primi tre numeri della nuova rivista appare evidente che molti tra i nodi problematici indicati in queste brevi riflessioni sono stati puntualmente oggetto di analisi: la dottrina ospitata si è occupata, offrendo contributi di riconosciuto valore, del principio di legalità, di privatizzazioni, di diritto vivente, di democrazia, di diritto comunitario, solo per ricordare alcune aree tematiche.

È questa una conferma della sensibilità dei responsabili della rivista: il giurista coglie i problemi giuridici essenziali del suo tempo e con essi si confronta.

Proprio con un cenno al ruolo del giurista si intende chiudere questo intervento. Allorché furono poste le basi della scienza del diritto pubblico italiano era avvertita con forza la responsabilità che gravava su di una Scuola che si proponeva di accompagnare la crescita ed il consolidamento dello Stato italiano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oggi le condizioni sono, anche sotto questo profilo, diverse: pare comunque che, agli albori del 2000, in una società estremamente complessa e variegata, preoccupata e disorientata dalla rivoluzione del sistema informativo, impegnata nel processo di integrazione europea e ancora in attesa del definitivo trionfo della democrazia sostanziale, il giurista mantenga un ruolo importantissimo, di proposta, di richiamo e di stimolo, un ruolo per ciò stesso di guida nel progresso della società di cui è critica, anche se talvolta scomoda, voce.

A lui ben si attaglia l'esortazione che, nel Paradiso, Cacciaguida rivolge a Dante:

> Ma nondimen, rimossa ogni menzogna,
> tutta tua visïon fa manifesta;
> e lascia pur grattar dov'è la rogna.
> Ché se la voce tua sarà molesta
> nel primo gusto, vital nutrimento
> lascerà poi, quando sarà digesta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Redazione ritiene opportuno, pubblicando le pagine che seguono, rinnovare il ricordo di due non dimenticabili storici del diritto: Antonio Marongiu e Francisco Tomas y Valiente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIA SOFIA CORCIULO

IL MARONGIU « MINORE » (*)

(intorno alle opere minori dello storico del diritto e delle istituzioni Antonio Marongiu (1902-1989)

Non è pensabile che in questa disamina delle opere minori di Antonio Marongiu, io possa, anche sinteticamente, analizzare gli innumerevoli studi della sua operosissima vita.

Infatti, escludendo le monografie, soltanto la citazione dei titoli delle sue circa 250 pubblicazioni, occuperebbe già qualche pagina.

S'impone, pertanto, l'adozione di una qualche metodologia espositiva, più o meno empirica, che permetta in tal modo, almeno a grandi linee, di definire e delineare le principali direttive di ricerca dell'illustre storico delle istituzioni.

Immaginare un grande fiume, di vasta portata, di lungo e poco tortuoso alveo, arricchito durante il suo percorso da una serie di affluenti, più o meno importanti, è forse un modo significativo per far comprendere la vastità e la varietà degli interessi culturali di Antonio Marongiu.

Il letto del grande fiume rappresenta tutta la sua produzione scientifica mirante ad enucleare le prime e varie forme di « emersione », dai secoli buî, delle assemblee pre-parlamentari (secondo la sua definizione), da cui derivano i suoi amatissimi parlamenti; studi, questi, che gli hanno valso una reputazione scientifica ed una fama accademica internazionale (1).

(*) Relazione presentata al 43° Congresso Internazionale della 'International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions' (Università di Camerino 14-17 luglio 1993).

(1) Cito soltanto il più noto volume su tali assemblee: *Il Parlamento in Italia nel Medio-Evo e nell'età moderna*, Milano, 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Volendo continuare a mantenere la metafora fluviale, uno dei maggiori affluenti è stato, senza dubbio, quello dedicato agli studi sulla legislazione scolastica ed universitaria, nonché alla storia di talune università (2).

Gli altri più importanti immissari del « Marongiu river » sono stati da me « sintetizzati », quanto ad argomenti, in sei filoni: il primo fra tutti, quello dedicato alla Sardegna, in particolare alle istituzioni parlamentari dell'isola, ma non solo ad esse, con ben 18 studi (anche dal punto di vista cronologico, alla Sardegna fu dedicato il suo primo lavoro del 1932).

Il secondo gruppo, comprendente 17 pubblicazioni, verte sulla monarchia normanna e sui problemi istituzionali connessi, sia alla figura di Federico II, sia alla nuova realtà statuale da lui creata.

Dodici saggi sono poi dedicati alla famiglia e, in particolare, all'istituto matrimoniale, sul quale si era spesso posata la sua attenzione (l'ultimo lavoro di Antonio Marongiu, apparso nel 1992, tratta di alcuni aspetti connessi all'interpretazione manzoniana del matrimonio tridentino nella prima e seconda stesura dei « Promessi Sposi » (3).

A tali prime opere di Marongiu, non mancò l'apprezzamento di autorevoli studiosi. Recensendo il suo *Studi storici sulla famiglia nell'Italia meridionale*, del 1940, il Besta scriveva: « Scrupolosità di indagini, acutezza di osservazioni, sobrietà di deduzioni, chiarezza di esposizione, sono le doti del Marongiu che qui si riaffermano. Se talvolta può parere stringato, la stringatezza è il riflesso di un temperamento che rifugge dagli orpelli e cerca risultati positivi » (4).

L'incisività dello stile, giustamente rilevata dal Besta, preservò Marongiu da talune ampollosità retoriche proprie della sua generazione, non impedendogli tuttavia di usare un'aggettivazione varia e a volte sofisticata, con la quale spesso riusciva a sfumare taluni suoi giudizi sicuri e troppo drasticamente formulati.

Pur se numericamente inferiori nei restanti tre filoni degli studi di Marongiu si evidenzia una sì vasta ampiezza di conoscenze culturali ed un imponente apparato di puntuali e documentati

---

(2) *Stato e Scuola. Esperienze e problemi della Scuola occidentale*, Milano, 1974.

(3) Postilla a Pio FEDELE, *Il diritto canonico nei « Promessi Sposi »*, in *Ephemerides Juris Canonici*, XLVIII, (1992).

(4) In *Archivio storico sardo di Sassari*, 1987, p. 184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferimenti scientifici tali da evocare suggestioni storiche di ampio respiro e da non poterli considerare affluenti minori.

Faccio riferimento, innanzi tutto, ai suoi tre saggi sul nascente potere giudiziario visto attraverso la teoria e le prassi politiche, in rapporto oppure in conflitto con gli altri due poteri.

Si tratta dei seguenti lavori apparsi negli anni 1967-85:

Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri (5); *La place du pouvoir judiciaire dans les constitutions françaises du XVIII e XIX siècle* (6); *Diritto e potere nell'Inghilterra del 600* (7).

Nel primo saggio, la fondazione del potere giudiziario (in senso moderno) accanto all'esecutivo ed al legislativo, viene evidenziata dal Marongiu attraverso una precisa e documentatissima ricostruzione dottrinario-istituzionale della « forzatura » compiuta — secondo lui — dagli uomini della Rivoluzione nell'interpretazione di taluni passi del pensiero montesquieviano. Il filosofo aveva sostenuto la necessità di separare la funzione costituzionale da quelle legislativa ed esecutiva; ma aveva poi aggiunto che « delle tre funzioni, quella giudiziaria è in certo modo nulla, e quindi, non ne restano che due »; e ancora, proponendo che i giudici venissero scelti per elezione popolare, praticamente aveva escluso, « che essi costituissero un ordine a sè stante ». Insomma, secondo Marongiu, Montesquieu auspicava una sottrazione del potere giudiziario all'influenza del legislativo e dell'esecutivo, mentre i costituenti della Rivoluzione si spinsero più avanti — per errore o volutamente — e formularono la teoria della separazione dei tre poteri; una parte di essi era contraria (Mirabeau Monnier, Duport); ma alla fine prevalse la famosa dizione secondo cui « sarebbe male organizzato un potere giudiziario, il quale o dipendesse nella sua organizzazione da una volontà diversa da quella della nazione o potesse intervenire direttamente sulla formazione della legge » (8). Concludendo il saggio,

---

(5) In *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, 1972.

(6) In *Etudes historiques du droit de l'époque contemp.* (Poitiers - La Rochelle 1983, Parigi, 1985).

(7) In *Diritto e Potere nella storia europea* (Atti del IV Congresso Int. di Storia del Diritto, in onore di B. Paradisi), Firenze, 1982.

(8) In *Il posto del potere giudiziario*, ecc., cit., p. 689.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Marongiu scrive: « la presa di posizione dell'assemblea dell'89 è stata una delle grandi pietre nel cammino così aspro a percorrere per i tanti ostacoli che continuamente noi stessi vi introduciamo in nome di questo o di quest'altro ideale della libertà » (9).

Ci imbattiamo qui in una delle tematiche che più lo incuriosisce e lo affascina, quella dei sommovimenti sociali che, divenuti forze politiche, innovano al preesistente ordinamento statuale, non solo pacificamente ma, spesso, violentemente, perpetrando vere e proprie « usurpazioni » della legalità, in nome di una pretesa violazione della stessa. A commento della decapitazione di Carlo I Stuart, dichiarato dal Parlamento « nemico pubblico » poiché reo di « tirannide, tradimento ed assassinio », Marongiu commenta: « la forza senza diritto del parlamento e dell'esercito aveva avuto la meglio sul diritto senza sufficienti forze e sulla debolezza anche morale del re » (10).

All'inizio di questo stesso saggio, Marongiu descrive Giacomo I Stuart con una lapidaria ed incisiva frase, efficace più di un'intera pagina: « pomposo ed amico del fasto, ma non sufficientemente fornito di mezzi, il nuovo re doveva farsi vestiti ed uniformi e provvedere al guardaroba della regina » (11). L'accenno ai particolari apparentemente insignificanti, di carattere, diciamo così, privato, è piuttosto una costante negli scritti di Marongiu che, in tal modo, tende forse ad alleggerire il « peso » della sua vastissima erudizione nonché ad interessare maggiormente i lettori con talune curiosità storiche. L'attenzione, il rispetto per questi ultimi costituisce un'altra peculiarità della metodologia espositiva di Marongiu. Quasi sempre, iniziando un saggio, egli sente la necessità di spiegare dettagliatamente sia le motivazioni che lo hanno indotto ad occuparsi di quel determinato argomento, sia gli strumenti dei quali si servirà per effettuare un certo tipo d'indagine scientifica, (della quale denuncia spesso, con umiltà, i limiti), sia quali risultati si propone di conseguire. Emblematico di tale sua consuetudine è l'esordio dello stupendo saggio su *Il potere del capo dello Stato di*

---

(9) *Ibidem*, p. 693.

(10) In *Diritto e potere nell'Inghilterra del '600*, cit., p. 563.

(11) *Ibidem*, p. 545. Questa « leggerezza » descrittiva sarebbe molto piaciuta a Italo Calvino (cfr. *Lezioni americane*, 1993, Mondadori, pp. 8-35).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aprire e chiudere le sessioni parlamentari (12), una vera e propria cavalcata storico-istituzionale nell'Europa occidentale medioevale e moderna: « Come tanti altri argomenti, anche quello di cui stiamo per occuparci può essere studiato sotto più punti di vista... sotto il profilo storico-avvenimentale, come ricostruzione e spiegazione di ciò che in fatto si è verificato, dentro limiti tempo-spaziali determinati, oppure sotto l'aspetto della storia comparata delle istituzioni. Può essere considerato, del pari, sotto il profilo anziché della storia delle istituzioni ... dell'angolo visuale dell'incidenza concreta dei princìpi e del pensiero politico, oppure del valore giuridico-politico di determinate normazioni, e così via, a seconda degli interessi presi in maggiore considerazione. Nel caso nostro, tutto ciò significa, anche complessività di tema per l'impossibilità di circoscrivere lo studio ad uno solo degli aspetti sopra accennati e dimostrazione dell'importanza che la prerogativa sovrana di cui stiamo per parlare ha avuto per tanti secoli nei paesi dell'Europa occidentale ai quali limiteremo la nostra esposizione. Abbiamo detto prova, ma vorremmo anche dire misura. Tale sarà l'obiettivo del nostro saggio: obiettivo limitato e saggio modesto, poco più, forse, di un semplice schizzo, al quale però si vorranno riconoscere per i difetti che esso indubbiamente potrà presentare, le attenuanti della novità e persino della estrema difficoltà della raccolta e comparazione delle fonti conoscitive e della individuazione dei nessi avvenimentali o ideologici tra le diverse manifestazioni e statuizioni considerate e della stessa articolazione espositiva » (13).

Proprio l'attenzione, l'umiltà nei confronti del lettore, induce Marongiu ad esprimere con estrema franchezza la sua delusione allorché — egli stesso fruitore — non vede realizzate le sue aspettative ... scientifiche di studioso. Nell'eccellente saggio su *Pubblicistica anticuriale in Italia a metà del '700* (14) prendendo le mosse dall'opera di Franco Venturi, *Settecento riformatore. La Chiesa e la repubblica dentro i loro limiti* (15), Marongiu rimprovera, con garbo ma fermamente, all'illustre studioso sia di non aver collegato il

(12) In *Rassegna Parlamentare*, nn. 5-6, 1969.
(13) *Ibidem*, p. 355.
(14) In *Storia e Politica*, XVI, 1977.
(15) Cfr. F. Venturi, *Settecento riformatore ecc.*, II vol. (1758-1774), Torino, 1976.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discorso anticuriale alle riforme illuminate del periodo, sia di aver dimenticato, fra i polemisti anticuriali, quattro importanti autori di cui con pignoleria elenca i nomi e le relative opere. (Molto più bruscamente, in due saggi apparsi nel 1987, liquida l'ipotesi di un « favoloso potere papale », sortito da *Un'inquietante ipotesi americana intorno al Dictatus Papae*, sostenuta dall'americano Harold Berman) (16).

Marongiu non crede alla validità ed incisività di tale moto riformatore, rimasto, secondo lui, ai margini della storia: « le riforme — scrive — soprattutto in Italia le hanno fatte i pubblici poteri, per i loro fini ed interessi particolari... i nostri scrittori riformatori, del resto, non sono stati del moto anticuriale altro che dei fiancheggiatori, ben lontani certamente, dal possedere e dall'esercitare la forza d'urto dei loro maestri ed ispiratori transalpini. Come, d'altra parte, gli stessi governi riformatori, rimorchiati e mossi dalle spinte che venivano da fuori » (17).

Questa scarsa « originalità » viene dal Marongiu ravvisata anche nel riformismo, dapprima napoletano, e poi spagnolo, di Carlo di Borbone, la cui politica — egli afferma — « si era risolta in una lunga serie di misure, quasi tutte sagge ed utili, che di legge non avevano se non la forma, l'apparenza, ma non il contenuto normativo: leggi in senso soltanto improprio » (18).

In sostanza — continua il Marongiu — per il Borbone non si può parlare di « illuminismo giuridico », « ... nulla nella produzione legislativa, nell'uno o nell'altro regno costituisce un serio, adeguato tentativo sia di introdurre un sistema giuridico nuovo e concreto, cioè profonde e stabili novità nel campo del diritto, sia di riordinare, coordinare e avvalorare il tanto ricco patrimonio di tradizioni giuridiche dei due regni » (19). (Sempre attento ad informare il lettore delle novità storiche *in fieri* egli dà notizia nel testo dell'ampio ed

---

(16) In *Rivista di storia del diritto italiano*, anno LX, 1987. Cfr. inoltre, *Alle favolose origini di un potere legislativo pontificio unico ed esclusivo*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto* (Convegno Intern. C.N.R., giugno 1987).

(17) In *Pubblicistica anticuriale in Italia*, ecc., cit., pp. 727, 728.

(18) In *Carlo di Borbone legislatore*, in AA.VV., *I Borbone di Napoli e i Borbone di Spagna*, I, Napoli, 1985, p. 52.

(19) *Ibidem*, p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

arduo lavoro intrapreso da Mario D'Addio nella pubblicazione dell'epistolario del ministro borbonico Tanucci; ed aggiunge — con la consueta franchezza — non risultargli che « gli spagnoli stessero facendo lo stesso per i numerosi tomi delle lettere del sovrano a Tanucci, fra l'ottobre 1759 ed il marzo 1783, esistenti presso l'archivio di Simancas ») (20).

Come efficace esempio di politica anticuriale Marongiu cita quella di Maria Teresa d'Austria, costante e decisa nella regolamentazione dei rapporti fra Stato e Chiesa e nella separazione di questa da quella romana, validamente aiutata dal primo ministro Kaunitz, sul quale Marongiu non resiste a farci sapere che « passava dalle tre alle quattro ore al giorno per farsi acconciare la pettinatura » (21); stigmatizza, invece, l'operato e la prosopopea del figlio dell'imperatrice, Giuseppe II, che in una *brochure* vantava addirittura il merito di avere, con la sua azione politica, ispirato i costituenti francesi; in realtà di lui e del suo « rozzo » riformismo l'acuto Mirabeau aveva scritto: « il a imaginé qu'une ordonnance suffit pour changer soudainement 20 milions d'hommes répandus sur 30 mille lieues carrées » (22).

Mi accorgo ora, che, trascinata dal fervore espositivo degli studi del mio Maestro, sono definitivamente passata da quello che nel mio schema dovrebbe essere il quarto afffluente, al quinto, il quale fa riferimento soprattutto ai lavori sul '700, con qualche diramazione nell'800 e che, a mio parere, costituisce uno dei momenti più alti della sua ricerca. Siamo nel periodo precedente la Rivoluzione francese: di quegli anni e in particolare della Francia, Marongiu ci ha lasciato tre saggi: *Malesherbes, fra l'antico regime e la rivoluzione* (23); *I filosofi e la politica francese nella seconda metà del '700* (24); *Mably e gli Stati Generali francesi* (25).

Di Malesherbes, discendente da un'antica famiglia della nobiltà di toga, i Lamoignon, imparentata con Chateaubriand, Marongiu

---

(20) *Ibidem*, p. 48. Attualmente di tale epistolario sono apparsi i voll. 1-2-2-4-5-9-10-11-13 (Roma 1980-1994).

(21) In *L'Empereur Joseph II, sa politique aux Pays-Bas autrichiens et la brochure « La Vérité »*, in *Standen en Landen*, LXX, Bruxelles, 1977, p. 54.

(22) *Ibidem*.

(23) In *Rassegna di politica e di storia*, n. 112-113, 1964.

(24) In *Storia e politica*, III, 1964.

(25) In *Storia e politica*, VI, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delinea l'esemplare ritratto di un personaggio vissuto fra la fine dell'*ancien régime* e l'inizio del nuovo, esemplare, sia quanto a capacità intellettiva, sia quanto a conoscenza del funzionamento degli apparati statali. Malesherbes, nella sua carica di presidente della Cour des Aides (la suprema Corte Tributaria francese), condusse una battaglia contro le usurpazioni, diciamo così, « fiscali » governative, cassando, dall'alto del suo seggio, dal 1759 al 1763 una serie di ingiusti tributi (si trattava di imposte introdotte temporaneamente e divenute — come spesso avviene — definitive), fino alla celebre *Rémontrance* in difesa delle autonomie del Parlamento, del 18 febbraio 1771, che gli valse l'esilio da Parigi per quattro anni.

Questo abile e preparato servitore dello Stato suscita molto più di una semplice curiosità intellettuale in Marongiu: egli sembra, infatti, quasi affascinato dalla capacità di Malesherbes di comprendere — pure restando sempre fedele al sovrano — la necessità di non respingere le nuove aspettative politiche della società francese, particolarmente vive e sentite in quegli anni di stesura della *Encyclopédie*. « L'ambiguità » politica di Malesherbes — amico personale di D'Alembert, Turgot, Voltaire, Rousseau viene testimoniata dal suo atteggiamento « ondivago » per cui, nella sua funzione di direttore della *Librairie* dal 1750, pur vietando la pubblicazione dei primi due tomi della *Encyclopédie*, provvide poi personalmente ad eliminare da essa quei passi che ne avrebbero impedito la vendita ufficiale (ufficiosamente si era ugalmente diffusa): (lo stesso Malesherbes conservava clandestinamente *chez-soi* i volumi all'indice; ed egli stesso aiutò Rousseau a fuggire dopo la condanna dell'*Émile* da parte del Parlamento).

Da illuminato uomo di governo dell'*ancien régime* Malesherbes riteneva « che tutti debbono andare verso il popolo e difenderlo dall'arbitrio del dispotismo », e coerentemente propugnava una serie di riforme istituzionali presentate in una *memoria al Re*, nella quale di fondamentale importanza politica appariva una richiesta di una riforma degli Stati Generali, consistente sia nella loro permanente istituzionalizzazione, sia nell'introduzione del voto pro-capite, in modo che il Terzo Stato contasse almeno la metà di tutta l'assemblea. La morte di Malesherbes, avvenuta nel 1794, assieme a quella della famiglia della figlia, in piena temperie rivoluzionaria, concludeva un'esistenza in cui gli ultimi atti erano stati caratterizzati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalla più fedele devozione a Luigi XVI (Malesherbes aveva chiesto di entrare a far parte del collegio di difesa del sovrano ma al momento dell'arringa la commozione gli impedì di prendere la parola). Mi sono trattenuta qualche minuto su questo personaggio definito da Sainte-Beuve « un homme d'anciens jours, qui aurait voulu maintenir, régénérer, reformer », poiché la partecipazione intellettuale-emotiva di Marongiu per questo difensore del popolo, quando il sovrano era potente, e del sovrano, quando questi era in disgrazia, raramente si espresse con più efficacia. Sembra quasi che, in taluni accenni, egli si trovi in qualche modo somigliante a quest'uomo dei vecchi tempi attento, ma anche timoroso del nuovo, preoccupato di non disperdere ciò che restava del patrimonio ereditato dal passato. « Malesherbes — egli conclude — rappresenta per noi un mondo in crisi e rivela il perenne spirituale disagio di chi, pur stentando a staccarsi dalle profondità storiche e dalle tradizioni del passato, sente oscuramente che l'avvenire sarà ... diverso o che pur sentendo e persino desiderando ciò stenta a rompere questi legami. La serenità che egli sforza di mantenere ed alla quale impronta specificamente la sua attività di studioso e di memorialista, vuole comprovare il suo profondo lealismo con le nuove idee, che egli percepisce e condivide ed alla cui diffusione consapevolmente concorre con il suo comportamento. La sua difesa del sovrano è ancora ciò, ma significa pure l'incapacità o il definitivo rifiuto di inserirsi in questo nuovo mondo, iconoclasta, brutale, che egli aveva voluto e previsto ma che non si sente non solo di approvare ma neppure di sopportare. Travaglio, perciò, che non ha tregua, appassionato e perenne cruccio che solo la morte può placare » (26).

Sulla stessa scia si situa il terzo saggio di Marongiu che, con terminologia presa a prestito proprio da lui, possiamo definire « pre-rivoluzionario », dedicato a *Mably e gli Stati Generali francesi* nel cui esordio, apparentemente dimesso, egli descrive gli obbiettivi di una ricerca non certo semplice: « come alcuni altri miei studi, anche questo vorrebbe contribuire a diffondere la conoscenza storica e problematica dell'entità e del valore, cioè dei termini e della dimensione politica, del sopravvivere, nella Francia d'*ancien régime*,

(26) In *Malesherbes, tra l'antico regime e la Riv.*, cit., pp. 22-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'idea parlamentaristica in passato realizzata attraverso gli Stati Generali. Nel suo complesso, tale fenomeno è stato non solo poco noto, ma persino poco studiato, a causa, pensiamo, della difficoltà di percepire e valutare i dati, le notizie e le testimonianze » (27).

Similmente a quello precedente, anche in questo saggio, Gabriel Bonnot de Mably (fratello di Condillac), membro del Conseil d'Etat ed ispiratore della politica estera francese, vorrebbe far rivivere nel presente quelle istituzioni del passato che erano state garantite dalla legalità « nazionale » ora violata. Questo ritorno a talune parti della costituzione politica dell'*ancien régime*, non era auspicato dai *philosophes* favorevoli al governo di un solo principe illuminato, bensì veniva propugnato esclusivamente dagli uomini di governo e dell'amministrazione pubblica più sensibili alle esigenze della nazione. Mably, legato più a Rousseau che alla frazione maggioritaria dei *philosophes* (composta da Voltaire, Diderot, D'Alembert, Condorcet) è apertamente favorevole alla riconvocazione degli Stati Generali, dal momento che egli, come scrive, non ha alcuna fiducia nei monarchi da lui considerati « spergiuri, infedeli, dominati soltanto dall'ambizione ». L'idea centrale del suo pensiero consiste nell'attribuzione della sovranità esclusivamente al popolo, in modo che esso stesso diventi titolare della funzione legislativa: unica via, questa, a suo parere, per sfuggire all'inevitabile dispotismo dinastico. Si rendeva perciò indispensabile preparare per tempo la convocazione degli Stati Generali, ai quali, divenuti un'assemblea permanente, bisognava conferire competenza a deliberare in materia non solo tributaria. Tutto ciò — continuava Mably — sarebbe potuto avvenire pacificamente soltanto attraverso un processo di acculturazione del popolo, un « rinnovamento degli spiriti nello studio delle leggi naturali e nella conoscenza dei propri diritti e dei propri doveri » (28).

L'accenno anche ai « doveri » dell'uomo fa risaltare significativamente una difforme concezione della politica, specie se raffrontata a quella dei futuri rivoluzionari, preoccupati, com'è noto, unicamente dei « diritti ». Vissuto anch'egli a cavallo fra il vecchio e il nuovo mondo, Mably ne evidenzia qui sinteticamente quello che poi, esasperato, sarà il *vulnus* del secondo. Marongiu sembra esserne

(27) *Mably e gli Stati Generali francesi*, cit., p. 563.
(28) *Ibidem*, p. 595.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolarmente colpito, e ne riporta l'esatta formulazione del pensiero. « Noi ci troviamo in un secolo il quale si gloria dei suoi lumi e dei notevoli progressi, quotidiani dicono, della filosofia, per cui guardiamo con disdegno all'ignoranza dei nostri genitori; ma questa filosofia e questi ultimi, di cui noi andiamo fieri, ci illuminano abbastanza sui nostri doveri di uomini e di cittadini? » (29).

Il percorso scientifico di questa parte di studi del Marongiu « minore », si chiarisce sempre più man mano che si procede ad esaminare gli altri suoi scritti.

Dalla permanenza dapprima dell'idea dell'antico assemblearismo (imbavagliato da molti monarchi europei nei secoli XVII e XVIII) alla separazione dei poteri e successivamente alla nascita delle prime assemblee costituzionali, passando attraverso le diverse e molteplici forme di laicizzazione dello Stato moderno, di cui Marongiu ci ha evidenziato il percorso attraverso tutta una serie di mirabili saggi, di vario argomento, ma si può dire con un unico filo conduttore dei quali cito qui soltanto i principali: *La parola Stato in alcuni documenti del Tre-Quattrocento* (30); *La parola Stato nel carteggio Machiavelli-Guicciardini-Vettori* (31); *La politica ecclesiastica di Ferdinando il Cattolico nel regno di Napoli* (32); *Shakespeare e la corona imperiale nel regno di Inghilterra* (33); *Monarchia assoluta e istituto parlamentare nella politica Cinque-Secentesca* (34); *Jean Bodin et les Assemblées d'Etats* (35).

Continuando nel mio immaginario fluviale (siamo alle ultime anse del quinto affluente) che, del resto, si presta anche a descrivere la metodologia espositiva di molti saggi di Marongiu, laddove, dopo aver inquadrato il tema principale, fin dal suo primo evidenziarsi storico, ed averlo portato ad una conclusione, riprende significativamente — facendone quasi dei saggetti a parte — alcune problematiche minori,

---

(29) *Ibidem*, p. 586.

(30) In *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, a L., 1973.

(31) In *Storia e politica*, XIV, 1975.

(32) In *Atti del Congresso Intern. di Studi sull'età aragonese*, Bari, dic. 1968.

(33) In *Studia Gratiana*, vol. XI, 1967.

(34) In *Rassegna parlamentare*, nn. 3-4, 1964.

(35) In *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, 1960. (Questi saggi sono stati successivamente raccolti nel volume *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne*, Varese, 1979).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incontrate durante l'esposizione e che, a suo parere, meritano un approfondimento; attitudine questa, alla quale egli si applica sempre con diligente e puntuale attenzione quasi per tema di lasciare qualche aspetto poco chiaro ad un presunto, esigente lettore.

Mi addentro ora in una breve panoramica degli studi « ottocenteschi » e contemporanei dell'illustre storico.

Al ponderoso ed erudito *Parlamenti e Governi nella storia d'Italia* (36), validissima sintesi storico-istituzionale dei primi anni di istituzione dello Statuto Albertino, va aggiunto, *Le trasformazioni istituzionali dell'Europa post-napoleonica* (37). Tale saggio nasconde, sotto un titolo all'apparenza generico, non soltanto una originale interpretazione dell'epoca della Restaurazione, per la quale l'A. confessa di trovarsi — dissentendo dalla tradizione storiografica — « nell'impossibilità di riassumerla con una formula caratterizzante politico-istituzionale... », poiché « i regimi del quindicennio post-napoleonico presentano nei vari paesi lineamenti e sviluppi estremamente irregolari, ossia alterne e oscillanti vicende di aperture, promesse e concessioni, oppure di restrizioni... verrebbe voglia di dire che tali progressi, arresti o ritorni, meriterebbero di essere indicati ed espressi mediante diagrammi opportunamente impostati in ordine al tempo ed alla dinamica istituzionale dei vari paesi » (38). All'Europa napoleonica, accentrata a Parigi, subentrava, secondo Marongiu, un'Europa policentrica, « un potere oligarchico plurinazionale, ma anche supernazionale prendeva infatti il posto di quello assoluto e monocratico del grande corso » (39).

Opponendosi alla interpretazione tendente a generalizzare, uniformandoli, i mutamenti politico-istituzionali della Restaurazione, Marongiu la ribalta, concludendo che « esaminato.. nella globalità lo stesso periodo appare vario e molteplice, tanto da sconsigliarne nelle sue tante insorgenze e contraddizioni il nome del periodo delle Restaurazioni » (40).

---

(36) In *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952.
(37) In *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Varese, 1977.
(38) *Ibidem*, pp. 698, 699.
(39) *Ibidem*, pp. 687, 688.
(40) *Ibidem*, p. 704.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

All'inizio di questo stesso saggio, Marongiu si lascia andare — anche per giustificare la sua interpretazione del periodo in questione — a significative considerazioni sulla sua concezione della storia, di cui mi sembra interessante citare alcuni passi per comprendere meglio non solo la sua metodologia, ma anche la sua, diciamo così, *Weltaschauung*. Egli rifugge dalle generalizzazioni, diffida degli schematismi, ha una concezioni dinamica, combattiva, oserei dire quasi militante, della storia considerata un continuo mutamento e superamento di una staticità soltanto apparentemente razionale. « Lo sviluppo storico, l'alternarsi più o meno ciclico dei momenti e problemi della vita associata, non appare ai nostri occhi altro che l'effetto non già, appunto, di un principio assoluto e necessario, ma di spinte ora più o meno profonde ed oltremodo varie che sono anche il modo di valutare e di tradurre in atto interessi, tendenze, ed ispirazioni ora generali ora proprie dei molti o dei pochi, che fanno concretamente la storia o le situazioni storiche dei popoli. La storia non è un fatto o una serie di fatti o di fenomeni naturali, governati da un solo, più o meno razionale, principio di cui possa velleitariamente o ottimisticamente isolarsi o ricostruirsi la formula » (41). Su questa incombente — sulla vita dell'uomo — « irrazionalità » storica, lo studioso ritiene opportuno non esprimere giudizi etico-moralistici: essa va esclusivamente esaminata e interpretata, non per fornire modelli a futura memoria — poiché tutto è soggetto continuamente a perire o a rinascere — ma soltanto per arricchire il nostro grado di conoscenza, in definitiva la nostra comprensione di una parte non marginale dell'operato umano, quella della fenomenologia politica.

A metà del Settecento — nota Marongiu — Turgot ha scritto che « la scena del mondo rappresenta un continuo mutamento e che essa è dominata dall'interesse, dall'ambizione, dalla vanagloria. Ci interessa, di tale sua affermazione, cogliere qui l'aspetto dinamico dell'alternarsi di calma e di agitazione, di bene e di male anche se bene e male siano anch'essi, forse piuttosto problemi che elementi e dati concreti o addirittura figure retoriche » (42).

Nulla è più lontano dallo spirito di Marongiu che di erigersi a giudice delle vicende storiche dell'uomo e delle sue continue esi-

(41) *Ibidem*, p. 685.
(42) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genze « politiche », in senso lato. Secondo lui, si possono, anzi si devono « giudicare » soltanto le varie interpretazioni storiche, non coloro che concretamente fanno la storia, cioè, gli attori, ma soltanto coloro che guardano ad essa criticamente, ma senza esserne stati direttamente coinvolti, cioè, gli spettatori.

Alla luce di queste considerazioni, la specificità della storia delle istituzioni politiche si definisce come « storia dell'attività umana rivolta a costituire, riformare o anche soltanto rovesciare le istituzioni fondamentali delle società politiche, e storia propria di quelle istituzioni che di tale attività sono state lo svolgimento, il risultato, lo strumento oppure l'obiettivo » « ... si tratta dell'indagine dell'azione politica, di ciò che in fondo è il volto di ogni civiltà, di quel principio che ne plasma i tratti essenziali » (43).

Sono frasi tratte dal saggio di Marongiu sul *Valore della storia delle istituzioni politiche* (44), nel quale assieme all'assolutizzazione del momento politico istituzionale, egli poneva le fondamenta e delineava i muri maestri e la futura costruzione — distinguendola definitivamente da altre discipline più o meno affini — della neonata Storia delle Istituzioni Politiche da lui stesso insegnata fin dal 1949, alla libera Università Pro Deo (attuale Luiss).

Siamo giunti così al sesto ramo fluviale, quello metodologico e comparativo nel quale bisogna annoverare fondamentali saggi quali *Considerations sur l'histoire des institutions politiques* (45) ed il giustamente noto *Recent works and present view on the origins and development of Representative Assemblies*, presentato con la Cam e lo Stökl al Congresso Internazionale di Scienze Storiche, tenutosi a Roma nel 1955 (46). La passione per i suoi parlamenti indusse Antonio Marongiu ad occuparsi ancora della metodologia ad essi sottesa, (in *Réflexions sur l'heuristique des origines des institutions*

---

(43) In *Valore della storia delle istituzioni politiche*, in *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne*, cit., p. 12.

(44) Questo saggio, vera pietra miliare dell'allora nuova disciplina di studi, fu pubblicato, fin dal 1953, sia in *Il politico*, n. 3; sia in *Scritti di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, vol. II, Bologna.

(45) In *Miscellanea in onore di Roberto Cessi*, vol. III, Roma, 1958.

(46) Cfr. a tale proposito, *Le istituzioni parlamentari nell'ancien régime* (a cura di G. D'Agostino), Napoli, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parlementaires) (47) e, a fare il punto, nel 1982, sulla rivista ufficiale della sua amata Commission Internationale pour l'histoire des Assemblèes d'Etats, sugli ultimi contributi di storia parlamentare, nei quali — assieme a vari colleghi stranieri, comparvero i nomi di alcuni suoi allievi italiani (48).

Era, questa, un'altra virtù del compianto maestro: quella di promuovere e far conoscere quanto più possibile, qualora li avesse apprezzati, i *curricula studiorum* dei suoi discepoli.

Altri due scritti — entrambi del 1984 — vertono su problematiche diciamo così, attualmente *à la page*, e percepite già da allora dall'attento studioso come importanti nodi da dibattere, ed eventualmente da sciogliere, nello sviluppo della nostra democrazia; i titoli parlano da sé: *Crepuscolo dello Stato nazionale unitario?* (49) *I problemi della rappresentanza politica* (50).

Marongiu lavorò fino all'ultimo giorno della sua operosissima vita. Saggi apparvero anche negli anni 1987-1989 in cui più precaria fu la sua salute. (In quel periodo si dolse spesso con me di riuscire ormai soltanto a leggere, e non a scrivere). Morì il 27 luglio 1989.

Al termine di questa sintetica disamina del Marongiu « minore » ci si accorge, che in conclusione, tali studi, pur non essendo propriamente inquadrabili nel grande alveo tipicamente « parlamentare », sono stati quasi sempre « pensati » ed elaborati in connessione alle vastissime problematiche storico-politiche della nascita e sviluppo del principale istituto di democrazia contemporanea; ci si accorge cioè che in definitiva — come del resto è compito di ogni affluente — hanno portato acqua al fiume principale nel quale si sono riversati. E, certo, anche grazie ad essi, quest'ultimo ha raggiunto più maestosamente e più velocemente il mare.

---

(47) Cfr. *Atti del XIII Congrès Int. de Sciences Historiques*, Mosca, 1970.

(48) Cfr. *Progrès et problèmes des Assemblées d'Etats ed des parlements*, in *Parliaments, Estates, Representation*, n. 2, dic. 1982.

(49) In *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. I, Varese, 1984.

(50) In *Analisi storica*, II, Bari, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

ALLA RICERCA DI FRAMMENTI DI VERITÀ

(omaggio a Francisco Tomás y Valiente) (*)

I. Un libro (da meditare) per un personaggio (da ricordare). — II. Francisco Tomás y Valiente uomo di cultura: ricerca e rispetto de *le* verità, dei *fragmentos de verdad*. — III. Tomás storico del diritto. — IV. Tomás 'costituzionalista'.

I. Quando Bartolomé Clavero mi propose di pubblicare questa biografia intellettuale di Francisco Tomás y Valiente nella nostra 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno', la mia lunga esperienza di direttore di un Centro universitario, per avermi necessariamente familiarizzato con le mille difficoltà amministrative e finanziarie che in Italia sono — ohimè! — connesse con l'esercizio della ricerca scientifica, avrebbe dovuto consigliarmi un assenso di massima e, sul momento, nulla più. Invece, senza alcuna cautela, con un entusiasmo cui fiorentinamente non sono consueto, risposi subito dichiarandomi in ansiosa attesa del dattiloscritto.

Le ragioni di questo incontrollato (ma felice, e di cui mi compiaccio) atteggiamento sono due, e tutte e due validissime: la prima è che la proposta proveniva non soltanto da un carissimo amico, amico da sempre del Centro e dei 'Quaderni', ma da uno degli storici del diritto che io stimo di più, che reputo fra i maggiormente validi a livello mondiale; la seconda è che si trattava di onorare un personaggio di statura intellettuale altissima, onorarlo con l'unico strumento che non ricadesse nei riti stucchevoli d'un

(*) Dietro suggerimento di parecchi amici si pubblica qui la 'pagina introduttiva' al volume di Bartolomé Clavero, *Tomás y Valiente - Una biografia intelectual*, di recente stampato presso la 'Biblioteca' del nostro Centro. Ciò, al fine di garantire anche in questo 'Quaderno' un adeguato ricordo del grande studioso spagnolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cerimoniale, e cioè col ricordo (1). Ricordo integrale: del consapevole uomo di cultura; del maestro universitario amato e ammirato, che aveva preferito rinunciare alla funzione di Ministro della Giustizia del Regno di Spagna per restare nell'Università e tenervi corsi; del saggio, sensibile magistrato e Presidente del 'Tribunal Constitucional'; dello storico del diritto, che fu grande, coi suoi programmi proiettati verso il futuro, presaghi di futuro e ricolmi di futuro.

A Firenze, nell'àmbito del nostro Centro, si era spesso discusso e progettato — in coerenza coi nostri sentimenti di sincera ammirazione — di onorarlo adeguatamente, ma si era ancora incerti sul modo più efficace e conveniente, quando la mano assassina del 14 febbraio 1996 irreparabilmente impedì di realizzare un appuntamento festevole cui tutti tenevamo.

La pubblicazione monografica proposta da Clavero ci consente oggi di essere parte attiva in questa onoranza, a Francisco e a noi così congeniale perchè tutta consegnata al ricordo dello scienziato, del maestro, dell'operatore di diritto. E ci consente, ancora una volta ma su un terreno più durevole, di dimostrare l'aberrazione di quel gesto infame del 14 febbraio, e di urlare — insieme alla condanna che trova una motivazione inoppugnabile nella testimonianza di questo libro — il nostro sdegno che non si placa e il nostro dolore che non si attenua.

Nelle pagine che seguono Bartolomé Clavero disegna, con tratto sicuro, le linee maestre di uno straordinario itinerario intellettuale. Non sono pagine scritte a freddo, inerti; anzi, v'è in esse coinvolgimento, ma sempre all'insegna di una vigile criticità. Qui coinvolgimento non significa partigianeria umorale, significa piuttosto il rifiuto di un lavoro meramente compilatorio per tentare la strada difficile e ardua — oh, quanto ardua — della comprensione del proprio oggetto conoscitivo. E questa è opera autenticamente storiografica.

Aggiungerei una notazione: proprio perché la ricostruzione dell'itinerario intellettuale è qui atto di comprensione, Clavero ha

(1) Lo riconosce lo stesso Tomás nel suo 'discurso' dottorale in occasione della laurea *honoris causa* in diritto presso la Università di Salamanca: « el mejor homenaje es siempre el recuerdo » (*Discurso del nuevo doctor Profesor Francisco Tomás y Valiente*, in *Investidura de los Profesores Derek H.R. Barton, Irenäus Eibl-Eibesfeldt y Francisco Tomás y Valiente como Doctores 'honoris causa'*, Salamanca, 1995, p. 74.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

voluto fondarla — e ha fatto cosa egregia — in una analisi minuta filologicamente assai provvista. Il puntualissimo scavo filologico, le collocazioni dei singoli testi, la rilevazione delle varianti da manoscritto a pagina stampata o da una prima a una seconda versione o da una prima a una seconda edizione, l'utilizzazione dell'archivio privato di Francisco messo a disposizione da parte dei familiari, tutto questo dà forza al fermo e acuto disegno, a quella orditura di intuizioni in cui è l'essenza prima di un approccio veramente storico.

Aggiungerei una seconda notazione: l'ulteriore pregio obbiettivo del gran lavoro svolto da Clavero (cui va la gratitudine mia personale e del Centro) è che si offre al lettore di questo libro non solo l'interpretazione del Tomás conosciuto, quello consegnato nelle pagine dei tanti suoi scritti èditi e largamente diffusi, ma, in primo luogo, un sondaggio approfondito anche sul Tomás inèdito, sui suoi ultimissimi contributi non ancora stampati e particolarmente sui manoscritti incompiuti, gli abbozzi, gli appunti del suo lavoro in gestazione, quel lavoro interrotto bruscamente dagli assassini ma che pur sussisteva, con una sua trama ben precisata nella coscienza dell'Autore, già fissato in progetti né vaghi né fumosi, bensì nettissimi nella consapevolezza culturale che li sorreggeva. Alludo soprattutto a quella storia costituzionale spagnola e a quella storia del costituzionalismo che occupavano ormai uno spazio sempre più ingombrante sul tavolo di Francisco. Un Tomás inèdito che non era intento a rimasticare cose vecchie, ma, al contrario, completamente proiettato verso il futuro, con un progetto che gli piaceva, lo coinvolgeva e anche lo affascinava.

Offriamo al lettore, con questo densissimo volume di Clavero, splendida ricostruzione storico-giuridica, un omaggio postumo a Francisco Tomás y Valiente, ne redigiamo una sorta di elogio — come un tempo si diceva nei rituali accademici —, ma elogio scritto nelle cose, nelle testimonianze che lui ci ha lasciato. Poiché Clavero mi chiede di anteporre alla sua ricerca qualche mia parola introduttiva, son lieto di contentarlo, sia per fargli cosa gradita, sia per unire alla pagina documentatissima dello storico sivigliano uno schiettissimo omaggio personale a chi fu uno dei miei amici più stimabili.

II. Emergeva innanzi tutto in Tomás l'uomo di cultura. Egli ha infatti sempre impersonato ai miei occhi il primato liberante della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultura sull'ideologia, il primato dell'uomo di cultura sul portatore di ideologia, il primato e la vittoria della virtù unitiva e accomunante della cultura sul vizio disgregante e particolarizzante dell'ideologia.

L'amicizia intensa a tutta prova, il reciproco profondissimo legame di stima che vincolavano me e lui ce ne offre piena dimostrazione. Se c'erano infatti due persone ideologicamente diverse — se non opposte —, queste eravamo proprio io e Paco. Ma in lui, fortunatamente, vinceva l'uomo di cultura, e si affermava la propensione al dialogo, all'ascolto, al rispetto delle diversità, alla loro comprensione. A una condizione, s'intende: che queste posizioni e conclusioni diverse fossero culturalmente fondate.

Penso a due circostanze, a due vicende personali mie, che mette conto di segnalare per il loro valore testimoniale di quanto ho appena detto.

È su proposta sua che ho avuto uno dei più cari riconoscimenti accademici, il dottorato della Università Autonoma di Madrid, ed è in quella occasione che egli pensò, costruì, lesse (2), com'è costume del cerimoniale universitario, una cosiddetta *laudatio*, che resta per me autentico paradigma di comprensione, della comprensione che nasce unicamente dal respiro culturale dell'operatore.

È sempre su proposta Sua — e con Suo sacrificio — che è stato tradotto in castigliano il mio recente volume 'L'ordine giuridico medievale' (3); volume che accoglieva schemi ordinativi e presentava una lettura della civiltà giuridica medievale sicuramente a lui non congeniale, sicuramente a lui non simpatètica. Ma la simpatia, come invadenza emozionale, poteva e doveva essere in lui contenuta e rimossa da atteggiamenti costantemente critici che non abdicavano per un solo momento alla dimensione della razionalità (4).

In ciò mi appariva grande, ne avvertivo la statura superiore. E in ciò stava il suo fascino e il suo indiscusso prestigio. Come tale,

---

(2) E stampò nel volume collettaneo: *De la ilustración al liberalismo-Symposium en honor a Paolo Grossi*, Madrid, 1995.

(3) Madrid, Marcial Pons, 1996.

(4) Che per lui talune mie tesi fossero discutibili viene apertamente dichiarato in altri due documenti della sua disponibilità culturale, e cioè le recensioni che, a diversi livelli, egli redige del mio volume per lo *Anuario de historia del derecho español*, LXV (1995), p. 1144, e per una eccellente Rivista spagnola di divulgazione bibliografica di cui egli era assiduo collaboratore (*Una experiencia jurídica medieval*, in *Saber leer*, Abril 1996, n. 94, p. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poteva porsi (e, di fatto, si poneva) guida riconosciuta della storiografia giuridica spagnola, guida per tutti malgrado le divisioni ideologiche e di scuole che, ieri e ancor oggi, ne hanno segnato e ne ségnano il tessuto. Per questo, parlar di vuoto di fronte alla sua morte non è ripetere un luogo comune, ma piuttosto verificare una situazione negativa che si è venuta a creare per le discipline storico-giuridiche in Spagna e che rischia di protrarsi.

Francisco Tomás diffidava della ideologia per la sua triplice valenza negativa: di deformarsi sempre in atteggiamenti e valutazioni manichei; di degenerare inevitabilmente in sistema, in apparato oppressivo e coartante delle libertà individuali, delle libere opinioni e libere iniziative del singolo individuo; di essere — in fondo — una dimensione esclusivamente possessiva e financo espropriativa delle capacità critiche del soggetto.

Per l'identico motivo diffidava della fede di cui si facevan portatrici le grandi religioni rivelate. Non era infatti cattolico praticante non tanto perché i suoi genitori non gli avevan dato, da ragazzo, una educazione in tal senso, ma perché della religiosità della Chiesa Romana lo infastidiva quel suo immediato tradursi in sistema teologicamente compiuto, in un complesso ordinato di verità rivelate e trádite che componevano un sapere ortodosso perfettamente cementato nei rigorismi della logica scolastica (5). Un sapere tranquillizzante e appagante per chi non avesse avuto — come il giovane Francisco — il vizio sottile di porsi troppe domande. La sua religiosità, che pur era vivissima, si affidò al sentimento sollecitante e inquietante del mistero. Certamente, non fece però mai sue le rigidità dell'ateismo né le volgarità dell'anticlericalismo dozzinale (egli mi ricordava talvolta le sue grandi familiarità con molti degnissimi sacerdoti).

Non era adepto del marxismo — anche se in lui fu forte la sua lezione metodologica (6) — soprattutto per essersi questo pronta-

---

(5) Cfr. in calce al volume la prima appendice costituita dalla sua *Autobiografía intelectual y política*, redatta tra la fine dell'89 e i primi giorni del '90 (è datata: Benicasim, 2 de enero 1990). Per quanto si accenna nel testo cfr. p. 347.

(6) Interessante la *Entrevista a Tomás y Valiente* da lui concessa durante una sua visita di studio presso la Universidad Nacional Autónoma de Mexico nel 1981 (cfr. *Historias. Boletín de información del Instituto de investigaciones históricas*, 5 (1981); per il punto che qui ci riguarda, cfr. pp. 40-41).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente risolto in una scolastica, in un sistema chiuso negatore del suo storicismo originario, esasperatamente articolato in ortodossia ed eresie, in una realtà umana divisa fra ortodossi ed eretici, eletti e condannati, in una guisa addirittura più severa rispetto ai manicheismi dei cattolici (7).

Al personaggio maturo, erede di quello che fu « un joven con inquietudes » (8), si attagliava di più la posizione di « francotirador rabiosamente independiente » (9), come si autoqualificherà nella tarda lezione dottorale di Salamanca, quasi alle soglie della morte, che è greve di significanti contenuti retrospettivi. Il giovane che « en los tórridos, lentos y aburridísimos veranos de Alpera » — la città della provincia di Albacete donde si originava la sua famiglia e dove, presso la nonna, trascorreva le sue vacanze — si pasceva di Unamuno e di Ortega y Gasset, leggeva Marx e Nietzsche, ma soprattutto si faceva conquistare da Sartre e da Camus imperversanti nel dopoguerra in tutta Europa (10), quel giovane tormentato e dalle letture così tormentanti non poteva che arrivare al rifiuto di ogni comodo fideismo e approdare, sul piano intellettuale, a un razionalismo vigile e sereno (11) e, su quello religioso, a un agnosticismo parimente sereno e intessuto di disponibilità (12). Sul piano delle scelte politiche, il suo intimo antifranchismo non poteva tradursi nella iscrizione a questo o quel partito perché le maglie della organizzazione partitica gli sarebbero state senza dubbio troppo strette, ma piuttosto nella opzione a un socialismo democratico ampiamente intriso di liberalismo (come lui afferma (13); ma sarebbe

---

(7) Dirà chiaramente nella *Autobiografía*, cit., p. 355: « Nunca acepté que el materialismo histórico sea...una ciencia. El marxismo me apasionó como lectura de Marx y me produjo repulsión referido a sus cultivadores escolásticos ». Concetto ripetuto nella *Entrevista a Tomás y Valiente*, cit., p. 41: « calificarme a mi mismo como marxista 'a palo seco' o sin mas adjetivos, no me resulta cómodo; esto es, dentro del marxismo hay también una escolástica ortodoxa y la ortodoxía dentro de cualquier corriente ideológica, a mi me parece nefasta ».

(8) Autoqualificazione sua (cfr. *Autobiografía*, cit., p. 348).

(9) *Discurso del nuevo doctor Profesor Francisco Tomás y Valiente*, cit. p. 79.

(10) *Autobiografía*, cit., p. 350. Il riferimento alle estati trascorse ad Alpera è a p. 346.

(11) Alla « tranquila razon » come canone di vita accenna nella *Autobiografía*, cit., p. 348.

(12) « Vivo cómoda y libremente instalado en un sereno agnosticismo » (*ibidem*, loc. cit.).

(13) *Ibidem*, p. 357.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forse più veritiero parlare di un liberalismo segnato da venature socialistiche).

Una scelta conveniva invece al 'francotirador rabiosamente independiente', all'uomo senza fedi e senza dimensioni ideologiche condizionanti, all'innamorato della ragionevolezza della ragione, ed era l'Università, era il mestiere, la funzione, la missione di professore universitario. Questo fu il suo autentico *Beruf*, e questa fu la condizione professionale — più ancora: la collocazione nella società — che egli riconobbe come maggiormente sua. Sempre si sentì anzitutto universitario, scienziato e maestro. Ed è significativo che, assurto all'alta funzione di magistrato costituzionale e poi a quella ancor più alta di Presidente del *Tribunal Constitucional*, guardando successivamente, in maniera retrospettiva, a quei ben dodici anni nei quali era rimasto saldamente inserito fra le autorità supreme dello Stato, arrivasse a qualificarli semplicemente come un « voluntario y muy digno exilio extracadémico » (14); qualificazione clamorosa se si pensa che essa veniva pronunciata in una occasione ufficiale e solenne alla presenza del Re e della Regina. Ma Francisco non cercava la battuta impressionante né mirava a far l'originale ad ogni costo. Era soltanto di una disarmante sincerità, arciconvinto — moralmente convinto — che la sua condizione naturale fosse quella di professore di storia del diritto e che quella carica prestigiosa, ambìta, rispettatissima costituisse un fatto parentetico e transitorio, sia pure di lunga durata, nella sua vita (15).

Esilio significa lontananza dal proprio spazio domestico e scardinamento dalle proprie radici più riposte; così sentì Tomás i panni

(14) *Tríptico con prólogo y epílogo-Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado*, Madrid, 1994, p. 5.

(15) Già durante la sua altissima funzione magistratuale, nel 1984, egli scriveva de « mi condición de profesor de historia del derecho » e di quella « mas transitoria de magistrado del Tribunal Constitucional » (*La Constitución de 1978*, Madrid, 1984, p. 9). Mi sia consentito, a questo proposito, un ricordo personale. Quando il nostro Centro organizzò in Firenze, nella primavera del 1989, l'Incontro dedicato alla storiografia giuridica ispanica, egli, a capo della delegazione dei colleghi spagnoli e portoghesi, rivestiva in quel momento la carica di Presidente del *Tribunal*. Ero preoccupatissimo di ospitare una delle più alte autorità del Regno di Spagna, ma Francisco mi tolse immediatamente d'impaccio; chiese e ottenne di essere considerato un anziano professore di storia del diritto. E io potei cancellare con sollievo tutte le iniziative tendenti a garantire la presenza — almeno nella seduta inaugurale — di autorità italiane a livello nazionale e locale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di *magistrado* che la nomina reale gli aveva posto addosso e che portò sempre con grandissima dignità e con l'ammirazione universale, in Spagna e fuori. Ma le sue radici erano altrove, erano rimaste nei claustri universitarii, nelle aule affollate di studenti, nei seminarii, negli istituti di ricerca scientifica. E la ragione è chiara: perché a Francisco Tomás y Valiente, uomo di cultura, personaggio che proclamava e praticava il primato della cultura, era congeniale quella singolare irripetibile repubblica di maestri ed allievi, una repubblica senza poteri e senza armate, ben spesso scomoda per ogni apparato costituito e ben spesso mal tollerata o perseguitata, ma spazio privilegiato dello spirito umano nella sua avventura creatrice perché fucina di scienza, educatorio di criticità e quindi di libertà (16).

L'Università è sempre stata per Francisco il salvataggio rispetto alla confessione religiosa e al partito: qui fede e ideologia, lì dubbii, perplessità, discussione dialettica incessante, la propria verità che si confronta con verità altre e diverse affinandosi, modificandosi, magari capovolgendosi. Si dirà da taluno che siamo di fronte a una ingenua idealizzazione, ma non si deve dimenticare l'esperienza chiusa e oppressiva da cui il Nostro usciva, il clima opaco e piatto del franchismo in cui, se un filo d'aria continuava a muoversi, era pur sempre entro le cittadelle di alcuni centri universitarii.

Se cultura rappresenta, prima d'ogni altra cosa, nel suo significato più alto ed essenziale, contributo al rafforzamento della propria criticità, e quindi della propria autonomia intellettuale, e quindi — in sostanza — della propria libertà intellettuale, l'Università come laboratorio di cultura — malgrado tutti i suoi sclerotismi, i suoi tradimenti e pertanto le sue deformazioni e degenerazioni — era l'istituzione che gli dava più sicurezza e gli garantiva un minimo (se non un massimo) di spazio vitale; dove, più che altrove, poteva accadere il miracolo cui Francisco maggiormente teneva: il confronto delle verità.

Lo disturba — lui che non è uomo di fede, di ideologia, di

(16) Scriverà in quello che sempre più mi appare come il suo testamento spirituale e dove è scritto il suo più alto e commosso elogio dell'Università, il *Tríptico con prólogo y epílogo* da noi già citato: « donde no se crea ciencia, donde no se investiga, donde el espíritu humano no se esfuerza por buscar verdades y resolver enigmas, para transmitir de immediato, « in statu nascente », los resultados de su aventura creadora, no hay Universidad » (p. 9).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partito — la verità al singolare, la verità con la maiuscola iniziale, perché dalla sola ed unica verità nasce la certezza immobile, il sistema che non consente dubbii e dissensi. Ascoltiamo la sua voce franca ribadita in tutte e due le pagine dal sapore maggiormente confessorio, la 'Autobiografia' del 1990 e la lezione inaugurale alla Università Autonoma di Madrid del 1993.

Nella 'Autobiografia', dopo avere insistito sul rischio che la scolastica marxista veniva costituendo per l'uomo di cultura, il discorso si fa all'improvviso solenne e, contrariamente al suo costume stilistico sempre colloquiale, quasi declamatorio e sentenzioso: « La verdad es un proceso acumulativo de verdades. La ecuación Sistema=Verdad es falsa. Debemos aprender con modestia y relatividad a no perseguir la Verdad única y total, sino verdades parciales, tal vez transitorias o pasajeras, quizá contradictorias, no por ello infecundas » (17).

Conclusione ribadita ma anche chiarita e arricchita nella 'lezione': « Si la postmodernidad consiste en la desilusión frente a las grandes cosmovisiones filosóficas, bienvenida sea. El hombre camina con frecuencia entre la certeza de poseer la formula (credo religioso o sistema filosófico) que todo lo explica, y el nihilismo pesimista e impotente. Rechacemos ambos extremos. Instalémonos en la perplejidad, concebida como un estado de tensión ... usemos del pensamiento filosófico y del saber histórico como guìa de perplejos y contentémonos, que no es poco, con fragmentos de verdad » (18).

È l'elogio sentito della ragionevolezza della ragione, l'orrore per la abdicazione al terreno fertile del ragionevole, la condanna insieme del fideismo e del nichilismo identificati entrambi in una situazione di passività, addirittura di impotenza. È anche l'elogio del dubbio critico, del confronto, dell'ascolto. È anche l'elogio dell'umiltà come virtù somma dell'uomo di scienza e di cultura, portatore di un frammento di verità, che egli tende a confrontare e verificare con altri frammenti. Non la sicumera e la iattanza di un possesso esclusivo del vero — anche se fondato sulla buona fede, su quella che lui chiama con sottile ironia la « perversa buena fe » (19) —, ma

(17) *Autobiografía*, cit., p. 356.
(18) *Tríptico con pròlogo y epílogo*, cit., p. 12,
(19) Lo dice nella *Autobiografía*, cit., p. 349, parlando del suo vecchio professore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la ammissione che sempre nell'avversario o, comunque, nell'interlocutore v'è un frammento di verità da rispettare, da confrontare col frammento che è in me.

Il sincero uomo di fede potrà dire che v'è una sottovalutazione della dimensione religiosa nell'agnostico Tomás, ma non si potrà negare la grandezza di questa lezione di civiltà. Crollati o messi in crisi i grandi sistemi, le grandi cosmovisioni, che avevano popolato e tormentato con le loro risse e le loro intolleranze lo spazio del moderno, benvenuta sia l'era postmoderna se essa sarà segnata da una dialettica di verità parziali e transitorie, ciascuna delle quali è gelosamente custodita da ciascuno. Ciascuno è degno di rispetto perché portatore di un « fragmento de verdad ».

E torno al mio discorso iniziale e anche ai miei rapporti personali con Francisco: sicuramente ci saranno stati aspetti per lui discutibili nella mia interpretazione del medioevo giuridico e sicuramente assai discutibile — e ne parleremo più distesamente in seguito — sarà parso ai suoi occhi quel mio schema interpretativo del diritto privato moderno che io amavo (e amo) racchiudere nella immagine provocatoria dell'assolutismo giuridico. Però, c'era sempre in lui una posizione di ascolto, di rispetto per la voce dell'altro; egli si rifiutava di recitare orgoglioso il proprio monologo assumendo invece sempre come atteggiamento congeniale quello del dialogo, e la conclusione altrui trovava nella sua riflessione un giudice pacato, equilibrato, disponibile e anche un valorizzatore obbiettivo tendente a soppesarne gli aspetti positivi e soprattutto tendente ad appropriàrsene.

Si trattava di un personaggio in ricerca, in ricerca di una verità da trovare non solo all'interno di se stesso, ma negli altri.

Era la piena maturità dell'uomo di cultura che, nell'esercizio quotidiano di affinamento della propria coscienza critica, era pervenuto a una propria serena collocazione al di sopra degli alterchi umorali e delle contrapposizioni meramente ideologiche. Il mio pensiero non può non riandare alla immagine splendida del suo volto segnato da uno sguardo tanto aguzzo quanto chiaro e sereno, dominato da quel perenne sorriso che sapeva — insieme — di

---

valenciano di 'Derecho natural' José Corts Grau, un neotomista abbastanza impermeabile, di cui Francisco traccia tuttavia una immagine — tutto sommato — benevola.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

provvedutezza critica e di generosità cordiale, un viso in costante posizione di ascolto.

Mi perdoni il lettore questo inusuale riferimento somatico, ma quel viso mi appare esprimere con fedeltà, nella realtà delle cose sensibili, la statura di un personaggio che aveva vinto e superato meschinità e miserie di interessi partigiani; un personaggio, il quale — proprio perché vincitore — poteva permettersi di ascoltare, di fare della posizione di ascolto un atteggiamento naturale.

III. Tomás — lo abbiam detto — era essenzialmente scienziato e maestro; si sentiva, con umiltà ma intensamente, uomo di scienza e di scuola; con un oggetto privilegiato: il suo travaglio conoscitivo e il suo lavoro didattico si svolgevano entro il terreno della storia del diritto medievale e moderno. Ed anche in questo emerse presto la sua personalità forte, all'insegna di un preciso marchio di originalità.

Dice bene Clavero (20) che egli non ha maestri né è inseribile in una scuola universitaria, voce di quella realtà corale. E non certo per il motivo formale che fu allievo nell'Ateneo valenciano di un cultore del diritto processuale (21) con cui elaborò e discusse una dissertazione dottorale sul processo monitorio (22), giacché, immediatamente dopo, deciso a intraprendere la carriera universitaria, si legò accademicamente al dominatore della scena storico-giuridica spagnola nei tardi anni Cinquanta, Alfonso García Gallo, della cui cattedra madrilena divenne *adjunto*.

Il motivo è assai più sostanziale ed è legato alla sua intrinseca estraneità ai programmi delle cosiddette scuole accademiche, anche di quella di García Gallo.

Che egli fosse uno strano alunno senza maestri — e, dunque, autodidatta, ma nel significato più alto di questo termine generalmente inteso come riduttivo — lo dimostra il distacco che, grazie soprattutto a lui, si ebbe nel solco della storiografia giuridica spa-

(20) Cfr. più avanti, p. 25.

(21) Si trattava del Professor Victor Fairén Guillén.

(22) Nella quale erano prevalenti gli aspetti storico-giuridici e comparatistici. La sua tesi fu parzialmente pubblicata su Rivista processualistica (cfr. in calce al volume, Appendice II, Bibliografia, n. 1).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gnola rispetto a tutti gli storici fino ad allora imperanti. Distacco duplice, psicologico ed epistemologico.

Fu Tomás che, grazie alla propria vastissima e aggiornatissima cultura e grazie alla propria indubbia robustezza intellettuale, si caricò per primo — come storico del diritto — di una psicologia nuova riguardo a giuristi e a storici. La storia del diritto, fino ad allora ambigua e pressoché inutile creatura ermafrodita, ritrova la coscienza della propria funzione culturale togliendosi di dosso un complesso di frustrazioni in rapporto al giurista e allo storico generico.

Fu Tomás che, grazie alle proprie appassionate letture nel vasto territorio delle più agguerrite ricerche epistemologiche del Novecento — letture completamente estranee all'istrumentario usuale dei cosiddetti 'maestri' — ricondusse il problema della identità scientifica della storia del diritto fuori dei disarmanti ma ricorrenti semplicismi metodologici. La sua ricerca percorse due sentieri: l'avvaloramento di una nozione più complessa di diritto, con un recupero della sua — latente e troppo spesso trascurata — storicità come dimensione ineludibile; il rifiuto di una storia generica, accadimentale, perché mera astrazione, e avvaloramento invece di una storia come complesso di tante storie speciali, certezza cui lo guidava la lunga familiarità con le analisi del materialismo storico e della scuola delle 'Annales'.

La storia giuridica, sia come storia speciale indagante un aspetto vitale della società, sia come fondazione e pertanto strumento di comprensione della esperienza giuridica attuale, acquisiva una collocazione centrale. In particolare, nelle Facoltà di Giurisprudenza, si veniva a porre — correttamente intesa e perseguita — addirittura come indispensabile per un compiuto statuto scientifico del diritto che, se mutilato nel solo moncone incompiuto del presente, rischiava di ridursi a un sapere esclusivamente tecnico. E lo storico del diritto mutava il proprio atteggiamento psicologico, o almeno era messo nelle condizioni di mutarlo.

Chi volesse avere la probante documentazione di una siffatta operazione culturale, dovrebbe darsi la pena di leggere la garbata ma ferma puntualizzazione polemica che Tomás, nel 1974, nel colmo della sua maturità intellettuale, credette di dover segnare nei confronti di alcuni rischiosi semplicismi metodologici, rischiosi perché

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portati avanti e sostenuti con sicurezza da alcuni 'maestri'. Questi erano, nella specifica circostanza, Rafael Gibert e lo stesso Alfonso García Gallo al cui carro accademico si era pur aggregato. Il riferimento preciso è a due impegnative conferenze tenute contemporaneamente da Gibert e da García Gallo nel 1952 per commemorare il centenario della nascita di Eduardo de Hinojosa, uno dei padri fondatori della storiografia giuridica spagnola; due occasioni, due pretesti per affrontare il tema basilare di sempre: il rapporto fra storia, diritto, storia del diritto.

Da un lato, Gibert aveva individuato il problema — e, ohimè, secondo lui la irresolubilità del problema — nella « verdadera y radical antinomia » fra *historia* e *derecho*; dall'altro, García Gallo, probabilmente suggestionato dalla rispettosa attenzione che i civilisti hanno costantemente dato a un diritto romano pandettisticamente inteso quale sistema di astratti schemi ordinanti di indole squisitamente logica, aveva pensato di poter risolvere la crisi dei rapporti coi cultori del diritto positivo invitando gli storici del diritto a purificare le loro ricostruzioni delle esperienze giuridiche medievale e moderna e a farsi essi stessi — al pari dei romanisti — portatori di una dommatica e, comunque, di un sapere tecnico depurato delle troppe scorie storiche.

Netto è il dissenso di Tomás y Valiente, anche se manifestato col suo consueto equilibrio, con la finezza del suo stile amabile (23): gli è incomprensibile la antinomia che pretende sottolineare Gibert, proprio perché egli è convinto della intima storicità del diritto; gli è incomprensibile (anche se nei confronti del suo vecchio patrono il discorso si fa più sfumato) pure la proposta di García Gallo, giacché separare il diritto dal complesso di civiltà che esprime e di cui fa parte non può che ridurlo a una corteccia risecchita (24).

La sua risposta già la conosciamo: il diritto è e non può non essere dimensione d'una civiltà storica, quindi in strettissima e non eludibile connessione con le altre dimensioni formanti quella civiltà, e cioè l'ordine sociale, economico, politico, ma anche l'arte e la

(23) Nel saggio *Historia del derecho e historia* pubblicato dapprima nel *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, n. 35 (febrero 1975), e poi nel volume *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, 1976. Da esso sono tratti i riferimenti alle conferenze di Gibert e di García Gallo, dalle quali prende le mosse Tomás.

(24) *Historia del derecho e historia*, cit., p. 11 ss..

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultura in genere (25); da qui, la indispensabilità della storia del diritto come quella fra le scienze giuridiche che, più d'ogni altra, rileva e studia le connessioni tra forme e norme giuridiche e le strutture di civiltà sottostanti.

Anzi, in questa visione, la storia del diritto ha un privilegio singolare, ed è di cogliere il giuridico non frastagliatamente — come fanno il civilista, il processualista, il penalista, e tutti gli specialisti di settore —, ma come espressione della unità complessiva d'una civiltà. In altre parole, la storia del diritto arriva ad essere una dimensione culturale salvante, salvante perché l'unica capace di restituire al giurista il senso della unità espressiva del diritto, del suo essere specchio di civiltà.

Si capisce, allora, perché egli aborrisca da una visione formalistica della sua disciplina e perché ritenga inappagante il normativismo formalista in cui viene a consistere il preteso 'método institucional' di García Gallo.

E si capisce perché tenda, per quanto possibile, ad allargare la quantità e la qualità delle fonti, nella più limpida coscienza della inadeguatezza del solo diritto ufficiale a rendere fedelmente l'immagine della esperienza giuridica nella sua complessità. Fin nella sua tesi dottorale sul processo monitorio, di fronte a un istituto forgiato e continuamente rinnovato dalla prassi, non ha esitazione a raccomandare uno sguardo più ampio e a sperimentarlo immediatamente (26).

E si capisce perché abbia da sempre diffidato di quelle ricerche altomedievali, o comunque di origini, dove la estrema rarità di fonti costringe lo storico a degli esercizi ermeneutici che son troppo spesso vuote contorsioni mentali sorrette da una pseudo-filologia (27).

---

(25) Riaffermerà solennemente questa verità in uno dei suoi estremi contributi: « no hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante » (*Independencia judicial y garantia de los derechos fundamentales* (1995), ora in *Constitución. Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1996. Nella stessa *Autobiografía*, cit., p. 351, affermerà: « siempre he intentado relacionar el derecho con aquellos soportes ideológicos y sociopolíticos que lo sustentan... Por lo mismo me he esforzado por abrir la historia del derecho a otras historias especiales ».

(26) *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, in *Revista de derecho procesal*, 16 (1960), p. 138.

(27) È pienamente da condividersi quanto osserva più avanti nel volume Clavero (v. p. 33-34).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I suoi temi sono invece speculari dei grandi problemi d'una civiltà storica; e su questi egli ama tornare di frequente affondando il suo bulino di indagatore. Tre rilevanti tematiche sono così ripetute da assumere un valore paradigmatico: la vendita degli uffici pubblici, rivelatrice degli assetti profondi delle istituzioni politiche, un « gran tema clave para entender el funcionamiento de muchas instituciones del Antiguo Régimen », che compare tredici volte — se non andiamo errati — nella bibliografia tomasiana redatta da Clavero in calce a questo volume (28); la *desamortización*, specchio di tutta una politica economica dell'età del tardo assolutismo, nonché dei nuovi assetti della proprietà fondiaria nell'età moderna, presente dieci volte nelle lista bibliografica (29); il diritto e il processo penali (e particolarmente la tortura come strumento di prova processuale), voci eloquenti dell'atteggiamento più riposto del potere e del suo quotidiano esercizio, presente ben tredici volte (30).

Venta de oficios, desamortización, antiguo régimen, monarquía absoluta sono tutti termini evocatori di uno stesso clima storico, e permettono di introdurci pianamente a parlar d'un altro carattere tipico dell'operazione storiografica condotta da Tomás y Valiente. Finora abbiamo insistito sulla palingenesi spirituale dello storico del diritto, sul ripudio del formalismo e sul conseguente allargamento del suo osservatorio verso le altre storie speciali (per esempio, quella istituzionale, quella economica) e verso un nòvero sempre più ampio di fonti. I riferimenti ora fatti ci portano a segnalare il cammino nuovo che Tomás ha percorso e, nello stesso tempo, indicato ai suoi

(28) E precisamente ai numeri 12,18, 19, 25, 30, 32, 34, 44, 56, 76, 81, 89, 90. Nella *Autobiografía*, cit., p. 352, egli qualifica il tema della vendita degli uffici pubblici con la frase trascritta nel testo.

(29) E precisamente ai numeri 10, 14, 21, 22, 23, 24, 26, 29, 38, 53. Soltanto per il lettore non spagnolo precisiamo qui che, con il termine castigliano 'desamortización' si intende quell'enorme procedimento grazie al quale, dal regno di Carlo III in poi, masse imponenti di beni appartenenti alle manomorte ecclesiastiche, paraecclesiastiche, municipali furono convertite in 'beni nazionali' e poi vendute con asta pubblica al miglior offerente.

(30) E precisamente ai numeri 3, 7, 9, 11, 16, 17, 20, 33, 60, 65, 77, 78, 93. Dirà Francisco nella sua *Autobiografía*, cit., p. 352, con frase significativa e che riprenderemo più oltre: « En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella, el derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables intrumentos de poder ». Aggiungiamo anche che egli sentì il bisogno di tradurre personalmente in castigliano il libretto di Beccaria *Dei delitti e delle pene*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allievi e colleghi: l'indagine nell'universo storico del moderno, una indagine che l'esperienza di magistrato del *Tribunal Constitucional* e il suo sempre maggiore coinvolgimento nei problemi storici del costituzionalismo sposteranno in avanti fino al terreno del « contemporaneo » dove passato e presente si fondono (31).

E non è questa una precisazione di poco rilievo. Anzi, rispetto a una storiografia giuridica spagnola pressoché monopolizzata dai suoi interessi medievistici e addirittura protomedievistici, dove protagonisti sono il Regno dei Visigoti, il *Liber iudiciorum*, la personalità del diritto nelle civiltà barbariche, il salto è grosso ed è coraggioso.

I motivi di una scelta siffatta sono molteplici: in primo luogo, perché poteva e doveva finalmente colmarsi un vuoto storiografico pesante e ingiustificato; in secondo luogo, perché si trattava di uno spazio storico nel quale interi archivi pubblici e privati, con una dovizia inesausta di fonti, potevano gettare luce definitiva, mettendo il ricercatore di fronte non a tessere sparute di un mosaico perduto su cui fantasticare ma a quel materiale documentario di varia indole — fonti ufficiali e non —, greve di positività, che tanto garbava a Francisco e che tanto efficace gli appariva per ricostruire l'interezza della esperienza giuridica e non la sola corteccia legale e formale; e, poi, perché, trattandosi dello spazio storico immediatamente alle nostre spalle, poteva l'analisi storiografica porsi in un più stretto colloquio con il presente, con il cultore del diritto positivo (un personaggio da non lasciare mai solo) e, perché no?, con lo stesso indagatore, con le sue certezze morali.

Ma qui conviene sostare, giacché senza forzature siamo venuti a toccare un altro e certamente non secondario carattere del suo atteggiamento storiografico. La sua storia non è infatti il ritrovamento di pezzi archeologici da raccogliere in un armadio a vetri e contemplare distaccatamente. A Francisco non interessa fare il contabile dei granelli di polvere depositati sugli scaffali del passato; a lui interessa il vincolo fra quel passato e il proprio presente

(31) « Considero necesario recuperar el siglo XIX (entendido como mínimo desde 1808 hasta 1936) para la historia del derecho » (*Historia del derecho y derecho*, in *El primer año de Derecho*. Actas de las Jornadas de profesores de primer año de la Facultad de derecho en la Universidad de La Rábida, Madrid, 1978, p. 71).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spirituale, poiché solo da quel vincolo scaturirà il colloquio, e colloquio fecondo.

Rileggiamo insieme una frase preziosa della 'Autobiografia' — che, in parte, abbiamo già trascritto nel fondo di una nota (32) —, dove egli motiva al lettore le sue predilezioni per la storia del diritto penale e processuale penale dell'età moderna: « En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella, el derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder. La conexión entre la historia que vive el historiador y la historia que escribe siempre me ha parecido obligada, aunque sé que es metodologicamente peligrosa. Pero ¿ como se podìa escribir sobre la tortura en la España de 1960 o 1970? Yo lo hice hablando y condenando la tortura del 1690 o 1790. No me arrepiento, aunque algún disgusto me costó » (33).

Discorso complesso e che a un lettore superficiale potrà sembrare, per un verso, contraddittorio, per un altro verso, metodologicamente fragile. È, in realtà, un discorso franco, di indole quasi confessoria, in cui Tomás dichiara senza falsi pudori il suo tormento di scienziato e di cittadino. Non c'è dubbio che il Tomás chiuso nel suo studio della Università di Salamanca a indagare i documenti della monarchia assoluta non è schizofrenicamente entità separata e indipendente rispetto al Tomás che nei claustri universitarii stimola il dissenso studentesco contro il franchismo, lo appoggia, vi solidarizza, facendo sua quella « resistencia cívica activa » che fu propria di molti intellettuali spagnoli e che a Francisco stava per costare la stessa cattedra universitaria (34). L'afflato morale che lo spinge a compiere atti ardimentosi contro la dittatura è lo stesso che lo preme a scegliere come oggetto di ricerca non un innocuo tema neutrale ma delitti, pene, tortura, Inquisizione, che lo sollecita a tradurre Beccaria, che lo porta a consigliare come contenuto della dissertazione dottorale di una allieva l'istituto scottante del delitto politico (35).

---

(32) È nella nota 30.

(33) *Autobiografía*, cit., p. 352.

(34) Lo ricorda nella *Autobiografía*, cit., p. 353.

(35) È quella di Alicia Fiestas Loza 'Los delitos políticos (1808-1936)', letta nella Università di Salamanca nel 1975, stampata due anni dopo sempre a Salamanca. Scrive nel *Prólogo* alla tesi lo stesso Tomás (p. 20): « Este es un libro de historia, de historia del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si studia la tortura nel processo penale sotto gli Asburgo e i primi Borbone o nella pratica dell'Inquisizione, ma si combatte anche una battaglia ideale contro la polizia franchista. Inabdicabilità per lo storico al suo presente: egli deve inforcare gli occhiali dell'oggi, non può non leggere il passato che con questi occhiali e non con altri perché soltanto questi sono veramente suoi. Egli è tale, cioè è storico, solo se non rinuncia al suo presente, e la sua operazione intellettuale consiste nell'appropriarsi del suo oggetto lontano, cioè nel renderlo a sé spiritualmente contemporaneo; altrimenti, non v'è colloquio, non v'è comprensione, non v'è analisi autenticamente storiografica.

Pertanto, valore altamente morale di questa: la storia come ricchezza del mio presente e il mio presente che vivifica il passato risuscitando i morti e le cose morte. Passato e presente in continua osmosi, almeno a questo livello spirituale.

Di tutto ciò Tomás y Valiente è convinto: la sua storia è storia civile, è un contributo ideale all'abbattimento del regime, e forse tra i più pericolosi per il regime. L'operazione corre però su un filo di rasoio, e nasconde non pochi pericoli per l'indagatore. Di questi è coscientissimo: l'armonia, l'equilibrio delicato tra coscienza del presente e conoscenza del passato possono essere irrimediabilmente turbati da una invasione grossolana e accecante degli umori del ricercatore proiettati indiscriminatamente a ritroso fino a deformare e soffocare il messaggio del passato. La storia degenera nella sua immagine scimmiesca e diventa operazione culturalmente fallita e falsante.

È questo l'atteggiamento deteriore e antiscientifico, « pecado metodológico funesto », che egli chiama « presentismo » (36). La frase della 'Autobiografia' sopra trascritta non è portatrice di sentimenti in contraddizione fra di sé, ma nasce dalla constatazione di quanto ardua e difficile sia l'opera di un vero storico: che deve essere in sintonia spirituale col suo materiale documentario per farlo rivivere, ma che deve essere parimente sostenuto e guidato dal

---

derecho. Es un libro escrito desde el presente y para el presente. Lo qual no implica ningún error de enfoque metodológico, al menos a mi juicio ».

(36) *Martínez Marina historiador del derecho*-Discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, Madrid, 1991, p. 79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispetto verso quel materiale e verso il messaggio da esso promanante. Una strada ben diversa da quella del beato erudito con tutte le sue pseudo-certezze, perché strada battuta e tormentata da forze tra sé confliggenti, ciascuna validissima, ma che devono essere coniugate dall'indagatore in un equilibrio di difficilissima realizzazione; e l'indagatore è lì, quasi in croce con la sua coscienza complessa, con il suo patrimonio di conoscenze ma anche di intuizioni e di sensibilità, primo tormentato testimone di quelle forze confliggenti.

Di questa storia, a lui spiritualmente contemporanea ma pericolosamente minacciata dall'incubo del 'presentismo', Francisco Tomás y Valiente è il sincero e franco testimone con una lezione culturalmente e moralmente altissima, che è per noi lezione proprio quando ci mostra senza velami un personaggio combattuto e tormentato.

IV. Diciàmolo subito per evitare equivoci: quando qui si scrive 'costituzionalista', non si intende questo termine nella accezione lata di un Brunner o di uno Schmitt, bensì in quella più delimitata che è nel gergo comune dei giuristi. 'Costituzionalista' sta a individuare il giureconsulto che assume a oggetto del proprio interesse culturale e del proprio studio quelle redazioni scritte che dal Settecento ad oggi fissano in un complesso di principii programmatici e di precetti normativi le garanzie dei singoli cittadini avverso i poteri dei governanti nonché i limiti invalicabili di questi rispetto a quelli. Anche Francisco Tomás può non indebitamente essere qualificato un 'costituzionalista'.

È questa l'immagine che Clavero vuol fornire al lettore ed è questa la linea interpretativa, la linea unificante di tutto il lungo itinerario di vita e di lavoro che lo storico sivigliano ha seguìto passo passo, minuziosamente, con acribia filologica e con appassionato coinvolgimento. Un itinerario che ha il suo divenire e i suoi innegabili svolgimenti, che ha nel suo mezzo la vasta parentesi della permanenza nel *Tribunal*, ma che serba la sua perfetta unitarietà per essere dominato — dapprima — da un costituzionalismo in potenza, tendenziale, latente, e, successivamente, da una scelta progettuale che è già prefigurabile prima della ascesa al *Tribunal* ma che certamente quest'ultima avvalora e consolida in modo determinante.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La vita scientifica e didattica di Tomás appare a Clavero monopolizzata da quella che lui chiama efficacemente una « preocupación constitucional » e anche una « posición constitucional ». Un itinerario unitario ma progressivo, dove progresso significa la sempre maggior consapevolezza che Francisco viene via via ad acquisire fino a fargli identificare il nucleo e fulcro della sua attività didattica e di ricerca, e anche la caratterizzazione della sua stessa collocazione accademica, nell'àmbito della *historia constitucional*, più precisamente della *historia constitucional de España*.

E Clavero trova una conferma sicura di questa ipotesi ricostruttiva in una scheda proveniente dalle carte private, di recente redazione, dove lo stesso Tomás immobilizza autobiograficamente il corso della propria vita di studioso in una espressione sintetica ed efficace: « De la historia del derecho al Tribunal Constitucional y de éste a la historia constitucional de España » (37).

La chiave di lettura, anche se un pò enfatizzata da Clavero, è convincente. Non si forza la realtà delle cose se si dice che il pensiero dominante coglibile anche nel primo Tomás è costituito dalla attenzione verso i diritti fondamentali del singolo cittadino nel suo rapporto difficile con i poteri dello Stato, che è soprattutto a questo che egli pensa quando conduce le sue ricerche nel campo del diritto e del processo penali, quando — in particolare — studia la tortura e la prassi dell'Inquisizione; né si avrebbe torto di puntualizzare che il suo 'Manual de historia del derecho español', anche se vuol assumere un osservatorio amplissimo partendo da un esame della situazione addirittura preromana, ha il suo asse portante in quella parte quinta dedicata al « sistema normativo del Estado liberal » dove risalta la cura dello storico nel sottolineare il rilievo del fenomeno costituzionale e dove la stessa codificazione è còlta ed esaminata come espressione di quel fenomeno nel campo della disciplina concreta dell'ordine giuridico.

L'ulteriore svolgimento — come si sa, la prima edizione del 'Manual' è del 1979 — altro non è che una canalizzazione, un convogliamento massiccio e unitario di energie verso un fine che diventa sempre più chiaro nella mente dell'Autore, quasi ossessivo nella sua ripetizione: dedicarsi alla storia del costituzionalismo,

(37) Vedi più innanzi nel volume a p. 4 (anche la nota 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avviare la costruzione di una storia costituzionale dello Stato spagnolo, rivestire — anche sul piano della docenza formale — la funzione di professore, primo professore in una Facoltà giuridica spagnola, di storia costituzionale.

Certamente, l'esperienza — oserei dire la grande ed entusiasmante avventura — del *Tribunal Constitucional* dovette essere determinante per imprimere il carattere di scelta decisa a quella che era soltanto una coscienza culturale affiorante in un personaggio impregnato di cultura liberale e sinceramente democratico. La fase iniziale dell'appena costituito *Tribunal* pose quei primi *magistrados* di fronte a un'opera difficile e delicata, assai impegnativa ma soprattutto di indole sostanzialmente creativa. Tratteggia bene questa immane fatica (e anche questo cómpito appagante) lo stesso Tomás in uno scritto del '91 rievocatore dei primi dieci anni di attività dell'organo giurisdizionale, uno scritto percorso da un non celato sentimento di orgoglio e dalla coscienza limpida della rilevanza dell'opera svolta nella costruzione d'un ordine giuridico democratico in Spagna.

Il *Tribunal* rese norme, norme giuridiche, quelli che potevano sembrare soltanto dei vaghi principii astratti contenuti in una sorta di libro dei sogni chiamato 'Costituzione', rese giustiziabili (e cioè effettivi nella vita quotidiana) i diritti fondamentali, avviò una riflessione giuridica su nuove fondazioni culturali iniziando un profondo lavoro di rinnovamento in una scienza giuridica spagnola di diritto positivo abbastanza opaca e generalmente prona al regime (38). Conclama con soddisfazione legittima Tomás (che di quel *Tribunal* fu guida e orientatore dal 1986): « fuimos creando eso que los juristas llaman doctrina » (39). Il *Tribunal*, in altre parole, fece anche scienza, perché c'era bisogno di scienza per sorreggere adeguatamente e ordinare la nuova prassi; e fu 'scienza nova', come ebbe subito lucida consapevolezza il *magistrado* e poi Presidente Francisco Tomás y Valiente.

Ci siamo indugiati su questo momento della vita professionale del Nostro — gli anni dal 1980 al 1992 — per capire meglio il

(38) *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, in *Revista vasca de administración pública*, 31 (1991), pp. 21-22.

(39) Loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché, dopo quell'esperienza, egli sentisse il bisogno di una unità di indirizzo nella propria ricerca e avvertisse l'esigenza prepotente di non esercitare più il 'mestiere' generico di storico del diritto ma di specificarsi ormai in storico delle costituzioni e del costituzionalismo, con l'urgenza di cominciare a redigere il nuovo 'Manual', quello di storia costituzionale.

Chi vorrà saperne di più su questa svolta, non avrà che ad attingere alle pagine documentatissime di Clavero. A me interessa ora, in questa mia ricostruzione rapida dell'immagine essenziale di Francisco, di penetrare un pò più addentro in questo suo 'costituzionalismo', in questo suo essere (e ciò è indubitato) un 'costituzionalista'. Ciò servirà a continuare un dialogo scientifico con lui e a chiarire la dialettica che lo animò nella profonda diversità delle rispettive posizioni; ciò servirà ad avvalorare quanto abbiam creduto di sottolineare all'inizio: il primato in lui della dimensione culturale, la sua grande umiltà di ascoltare, ascoltare per apprendere, soprattutto quando la voce che gli parlava manifestava un timbro diverso dalla sua. Statura altissima di un personaggio superiore.

Comincerei con una affermazione che può sembrare sorprendente: il 'costituzionalismo' di Tomás si impernia e si fonda sullo Stato. E ha ragione Clavero di rimarcare che la sua storia costituzionale « es también estatal » (40), ossia è pensata e risolta o come storia costituzionale dello Stato spagnolo o come storia comparata di varii e diversi modelli costituzionali statuali.

Lo Stato è il grande protagonista del suo 'diritto costituzionale', della sua 'storia costituzionale'. Se questo può dirsi un atteggiamento costante, acquista però intensità e una maggior carica di autocoscienza via via che il tempo passa; particolarmente dopo la vicenda magistratuale; diventa quasi parossistico nei tempi immediatamente precedenti alla morte.

Già una 'Exposición de motivos' per la futura storia costituzionale spagnola ormai perfettamente programmata nella sua testa fertilissima, testo inedito ritrovato da Clavero fra le carte del suo scrittoio e datato 'dicembre 1993', potrebbe a ragione essere definito il più sentito elogio dello Stato che mai sia stato scritto: uno Stato visto come sintesi preziosa e superamento riuscito di forze partico-

(40) Cfr. più avanti p. 258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lari e confliggenti, il quale — proprio in questa sua funzione — è l'insostituibile garante dei diritti fondamentali individuali (41).

Di lì a poco, insiste sulla presenza necessaria dello Stato perché i diritti fondamentali diventino realtà effettiva, resi inattaccabili da un sistema di garanzie messo in opera dallo Stato (42).

In quella che è probabilmente la sua ultima manifestazione ed esternazione pubblica, in occasione della presa di possesso di un posto permanente e di una presidenza di sezione del *Consejo de estado*, e cioè il solenne discorso tenuto davanti al Consiglio il 18 gennaio 1996 appena pochi giorni prima della morte (43), ritiene di non potersi esimere da una accanita difesa dello Stato e della sua funzione positiva nella storia: « En momentos en que parece ingenuo o pasado de moda seguir creyendo en el Estado, yo quiero renovar mi creencia » (44).

Infine, in quello che è il suo ultimo articolo giornalistico consegnato a *El País* e drammaticamente pubblicato il giorno dopo del suo assassinio, egli ci dà un non previsto e non voluto testamento scientifico e politico mettendo ancora una volta in netto risalto le 'ragioni' dello Stato e i gravi pericoli ínsiti nelle 'tentazioni' sempre più ricorrenti di minarlo o distruggerlo (45).

Tomás y Valiente statalista? Sarebbe una qualificazione troppo spiccia, troppo frettolosa, e rischierebbe di darcene una immagine distorta; proprio in riflessioni sue ultime egli ha — con lucida, anche se velata autocritica — ben presente il carattere paradossale di diritti umani affidati allo Stato (46), e non manca di insistere anche sullo Stato come prodotto storico, come protagonista di un modestissimo

---

(41) Cfr. più avanti, p. 192. Nel *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 16, sottolinea che lo Stato « constituye una unidad de decisión y de acción ».

(42) « No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquellos sin fortalecer al Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay ni derecho ni derechos: sólo hay caos » (*Los derechos y el Estado*, ora in *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pp. 159 ss.).

(43) Inedito; sarà stampato nelle *Obras completas* attualmente in preparazione. Ne fornisce alcuni stralci — da noi utilizzati — Clavero nel corso del volume.

(44) Cfr. più avanti nel volume, p. 280.

(45) *Razones y tentaciones del Estado*, in *El País*, del 15 febbraio 1996.

(46) Vedi il testo eloquente trascritto nella nota 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frammento di storia, quella che corre per non più di qualche secolo alle nostre spalle; e ripete il suo carattere artificiale di prodotto di disegni umani e di forze umane: « el Estado es un artificio, un artefacto, an artificial body. Pero no un artificio caprichoso, sino necesario » (47); « un producto histórico humano, no una realidad natural, sino artificial, un artefacto, un artificio. No se hizo el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre » (48).

V'è però, indubbiamente, una valutazione assai positiva di questo « instrumento artificial » (49): è necessario, è nato per l'uomo, è la condizione per la tutela dei diritti umani. Più ancora: lo Stato è il diritto: « Estado igual a derecho » (50). Benefico è il vincolo — che si è venuto a maturare nell'emisfero moderno — fra Stato e diritto, positivo è il fatto che quello crei questo. Impensabile è una separazione fra l'uno e l'altro, perché il risultato sarebbe il caos politico e sociale.

È ovvio che Tomás guarda allo Stato democratico, certamente né a quello franchista né a quello fascista né a quello comunista (e lo dice espressamente). Il risultato è però un elogio generico di questo soggetto politico, che porta a pervenire a un procedimento di idealizzazione. Tomás finisce per cantare le lodi di un modello metastorico, in astratto assai positivo anche se in concreto il modello si è troppe volte compromesso, contaminato, deformato, capovolto.

Egli si inseriva nella più intelligente tradizione illuministica, che, dopo aver preteso di individuare regole naturali e non arbitrarie, ne aveva affidato la lettura, la decifrazione e la fissazione al Principe, identificando nella espressione della sua volontà — la legge — una norma di qualità superiore, e, in pratica, la norma per eccellenza, produttrice e controllatrice della giuridicità. Tomás era — e io aggiungerei: consapevolmente — l'erede agguerrito di quella tradizione, illuministica sotto un profilo filosofico, liberale sotto un profilo politico ed economico, che aveva progettato la più grave

---

(47) *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, in *La jurisdicción constitucional española. La ley orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1984*, Madrid, 1995, p. 20.

(48) Così nel *Discurso de ingreso en el Consejo de Estado* come consigliere non permanente, pronunciato il 31 gennaio 1995. Il testo è inedito e sarà pubblicato nelle *Obras completas*. Ne anticipa alcuni frammenti Clavero nel volume, donde li abbiamo tratti (cfr. più avanti, p. 276).

(49) Così esprime lo stesso concetto nel *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 14.

(50) Clavero offre, nel volume (cfr. p. 273), una ricca e probante documentazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antinomia della cultura politologica e giuridica moderna, e cioè il trapasso da giusnaturalismo a giuspositivismo; antinomia formalmente coperta dalla foglia di fico del modellismo, cioè del perverso ragionar per modelli, per cui il Principe è interprete affidante della natura delle cose e la legge è espressione della volontà generale ed è, per definizione e senza bisogno di prove, conforme al bene comune.

In questo senso Tomás è statalista, ed è conseguentemente anche legalista, con una evoluzione-involuzione che investe in modo intenso e sempre più crescente l'ultimo Tomás. È una posizione ideologica da cui discendono alcuni atteggiamenti ben precisi e che in questa posizione si giustificano: la sua diffidenza verso un autentico pluralismo giuridico — alla Santi Romano, per intenderci — e la sua convinzione del legame necessario diritto-Stato; la sua fiducia piena nello Stato e la sua diffidenza verso le comunità intermedie; la sua diffidenza verso ipotesi ricostruttive tendenti a spostare la giuridicità e la sua origine in un terreno prestatuale — come, per esempio, la mortatiana ipotesi della 'costituzione materiale' —, e la sua fiducia in un paesaggio giuridico popolato non di creature dai contorni necessariamente vaghi e sfumati, bensì di figure dal disegno netto e inequivoco come Stato, sovranità, Costituzione in senso formale, legge, con il risultato di disegnare l'ordine giuridico essenzialmente come sistema di norme; diffidenza — e, più che diffidenza, disprezzo e anche incomprensione — nell'àmbito della situazione spagnola per quel fenomeno singolare, storicamente così radicato, del *fuero* e del *fuerismo*, che trovano in lui un avversario implacabile in nome di uno Stato unitario — sia pure « nación de naciones », come afferma ripetutamente (51) — che non consente al suo interno, cioè all'interno della sua sovranità, se non autonomie (ma autonomie nel senso dei giuspubblicisti; intendiam dire autonomie derivate, derivate dallo Stato).

È a questo punto che il nostro discorso può ritornare a quell'accenno, fatto all'inizio del capitolo, sul dialogo scientifico fra me e Tomás 'costituzionalista', tra un personaggio ben immerso nella cultura del costituzionalismo di stampo liberale e chi, come me, aveva ritenuto insistentemente di parlare di assolutismo giuridico

(51) Una affermazione assai prossima — non so se l'ultima — è in *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, p. 92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per contraddistinguere il modo — chiamiamolo semplicisticamente — borghese di concepire il diritto, la produzione e la applicazione del diritto, il rapporto diritto-Stato.

Assolutismo giuridico è uno schema interpretativo che, nella mia visione, tendeva a mettere in luce anche le indubbie — ma quasi sempre eluse — conseguenze negative delle concezioni giuridiche borghesi. La mia riflessione sul tema — iniziata nel 1988 (52) e proseguita poi in diverse tappe, tra cui, esplicita, proprio la lezione dottorale letta in castigliano a Barcellona nel 1991 e ben conosciuta da Francisco (53) — aveva il significato di reazione a un generale movimento, trionfalistico e acritico, che coinvolgeva allora tutti i giuristi nella celebrazione e osannazione del bicentenario della Rivoluzione nonché dei principii e valori di questa.

La mia modesta voce aveva un fine modestissimo, ma che mi sembrava sacrosanto: prendere atto anche dell'altra faccia di quella testa bifronte che è la Codificazione del diritto (manifestazione prima e suprema del moderno diritto borghese); senza insulsi e ingenui donchisciottismi, segnalare la complessità del grande fenomeno 'codificazione', il più grande nella storia giuridica dei paesi di *civil law*; segnalarne, liberi dalla insopportabile retorica ottantanovarda, le sue valenze anche negative per la storia del diritto moderno proprio in grazia del suo carattere fondamentale di monopolizzazione da parte dello Stato del meccanismo di produzione del diritto, anche del diritto privato.

Questo schema non potè non interessare la curiosità intellettuale di Francisco e non potè non turbare la sua probità intellettuale, il suo atteggiamento magnifico di uomo di cultura in perenne ascolto. Ne apprezzava il valore demitizzante (come era nei miei precisi propositi) ma lo sentiva scomodo e dissacratorio in rapporto alle sue certezze e convinzioni anche morali.

La preoccupazione, di cui io mi facevo — e tuttora mi faccio — portatore, era per l'inevitabile impoverimento che la dimensione giuridica avrebbe sofferto (come soffrì) nel suo resecamento dalla

---

(52) Cfr. *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988).

(53) *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona, Universidad Autònoma, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complessità e ricchezza del *sociale* e nel suo affidamento ai lacci del *politico*, cioè dello Stato. Impoverimento innaturale, proprio perché il diritto è per sua natura voce ed espressione della società, è un modo d'essere della stessa società che, nel suo vivere incessante, fissa certi valori e li osserva.

Lo Stato è altra cosa; rispetto alla società rappresenta un artificio — e Tomás, come abbiam visto, è il primo ad ammetterlo —, perché costituisce un apparato di potere e una psicologia di potere, perché piove dall'alto su di essa ed è — in quanto potere — inevitabilmente percorso dalla tentazione a imporre le proprie regole più che a ordinarsi con disponibilità a orecchiare forze e voci plurali. Lo Stato ha inevitabilmente la tentazione al monocorde più che al corale, tende a ridurre ad unità (e certamente è questo uno dei suoi pregi) riducendo o eliminando le diversità.

Far di tutto per garantire al diritto il bene della socialità e della sociabilità mi è sembrato e mi sembra un'operazione da compiere, o da tentare, nella consapevolezza che, troppe volte negli ultimi due secoli, il diritto legale, ufficiale, il diritto statuale, si è ridotto a corteccia risecchita separata dalla linfa vitale sottostante.

Ritrovare il diritto come espressione del sociale aveva (ed ha) per me anche un altro significato rilevantissimo: lo sottrae all'ombra assorbente del potere politico, alle sue miserabili gestioni contingenti, alle non eludibili particolarizzazioni e strumentalizzazioni cui altrimenti viene sottoposto.

A Francisco, che esaltava la dimensione statuale come superatrice di localismi giuridici, di frazionismi di classe di ceto di corporazione, mi era facile — soprattutto nell'attuale momento di tensione verso una efficace unità giuridica europea — opporre un dato troppo spesso sottovalutato: essere anche lo Stato — necessariamente — parte di un tutto, ma, quel che è peggio, parte separata e riottosamente indipendente rispetto al tutto. Superamento e sintesi di interne frazioni — senza dubbio, come più di una volta ha messo in luce Tomás —, ma frazione esso stesso rispetto a un paesaggio politico-giuridico più ampio, e frazione netta e assoluta come le altre cristallizzazioni comunitarie manifestatesi nel divenire storico non erano state. Mi pareva, insomma, e tuttora mi pare, che l'ostacolo maggiore per il processo di ricostruzione unitaria dell'Europa anche sotto il profilo giuridico non venisse dalle micro-comunità che ben

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono presupporre, coi loro confini elastici, una struttura politico-giuridica superiore, ma dalle macro-comunità, i cui confini elastici non sono perché segnati dai picchetti fissi delle differenti sovranità.

Probabilmente c'è, al di sotto di tutta questa dialettica, una visione da parte mia che fa leva sugli aspetti negativi dello Stato e del potere politico, visione cui può legittimamente contrapporsene una che, ottimisticamente, mette invece a fuoco aspetti marcatamente positivi. È qui che le nostre visioni e valutazioni, quella mia e quella di Francisco, si divaricavano fino a diventare antitetiche. Egli, figlio fiero e orgoglioso d'una intelligente tradizione postilluministica, era convinto che lo Stato è sempre un positivo della storia, con una funzione benefica che certe ombre non possono distruggere ai nostri occhi. Lo Stato di Tomás è, come ho già detto, un modello di Stato, l'erede diretto — e non il traditore — del Principe illuminato, il solo che sappia leggere la natura delle cose sociali — e quindi le reali esigenze della società — e tradurle in regole savie ed opportune; regole che — in quanto presumibili come savie ed opportune — ben potevano pensarsi come generali, astratte, eterne. Lo Stato è per lui, insomma, un valore, un valore imprescindibile.

In questa sommaria evocazione un lettore impietosamente logico potrebbe cogliere delle sinuosità, dei nodi, delle disarmonie nella linea della vicenda di Tomás y Valiente. La linea, forse, non appare correre diritta come la logica vorrebbe; lo può indicare il suo ultimo statalismo legalista che sembra smentire il Tomás di altri anni, ansioso di ampliare il suo sguardo fino al diritto extralegale perché timoroso di rinchiudersi nel bozzolo del formalismo; e lo può indicare il suo gesto estremo (gennaio 1996) di lasciare l'insegnamento attivo nell'Università per assumere un ruolo permanente nel Consiglio di Stato, gesto che, forse, ci pare in contrasto con l'immagine di uomo di cultura, di maestro e di scienziato che ci siamo sforzati di disegnare.

La verità è che Tomás, personaggio tormentato, si è sempre trovato al centro di valori confliggenti, soprattutto Stato e Università. Egli che ne aveva costantemente avvertito la suggestione e l'incidenza, da ultimo, forse segnato dalla lunga esperienza del *Tribunal*, pareva aver subìto in maniera forte il richiamo al valore assorbente dello Stato, anche se è un dato certo che, appena tre anni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fa, aveva rifiutato senza esitazione la proposta di diventare Ministro della Giustizia.

La coerenza assoluta è propria delle creature mediocri, che non nutrono dubbii e perplessità, che ignorano i tormenti interiori, logoranti ma spiritualmente fertili. Incoerenza? Guai a misurare soltanto a fil di logica una vicenda intellettuale e morale! Arrestiamoci invece di fronte a una realtà che il nostro sguardo miope non riesce a decifrare perfettamente (54). Ogni giudizio sarebbe ingiusto soprattutto dinnanzi a una vicenda, come quella di Francisco, innaturalmente troncata e pertanto inespressa, incompiuta; ed è sterile e vuoto ipotizzare linee di uno svolgimento futuro, che era tutto affidato alla sua vigile coscienza di studioso e di cittadino.

Una ipotesi ritengo però legittima a chiusura di queste mie pagine: forse il richiamo al valore assorbente dello Stato avrebbe potuto esser tale da imprimere una svolta verso l'immersione nella politica attiva, ma anche in questo caso egli non avrebbe mai potuto deporre quella statua interiore di uomo di cultura che costituiva la sua ossatura spirituale e intellettuale; anche se, domani, deputato o ministro, egli avrebbe sempre impregnato la sua azione politica con l'atteggiamento che gli era nativo e congeniale: la dimensione critica dell'uomo di cultura.

Sono convinto che il Tomás delineato in queste pagine introduttive richiestemi da Clavero sia quello corrispondente alla sua statua interiore. Oggi, a me, nella intensa commozione del ricordo, piace pensarlo così: uomo di cultura in ascolto. Mi piace ripensarlo così come lo vidi l'ultima volta, a Miraflores de la Sierra, sulle montagne sopra Madrid, nel gennaio del 1994, in occasione dell'Incontro italo-spagnolo da lui organizzato. Lì si parlò molto del 'mio' assolutismo giuridico, con piene adesioni e con qualche riserva. Ricordo lui perennemente in ascolto, con il viso attentissimo e lo sguardo teso, tutto intento a percepire dalla fitta discussione i *fragmentos de verdad* che si celassero nella scómoda ipotesi interpretativa del suo amico fiorentino.

---

(54) Clavero ha una espressione felicissima: « La identificación del Estado con el Derecho y de este con los derechos, este verdadero misterio trinitario » (cfr. più avanti, p. 325).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© 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 1995/96

Nei giorni 26-27-28 settembre 1996 si è svolto a Firenze l'Incontro, da tempo programmato e organizzato dal nostro Centro, sui rapporti tra pensiero giuridico e sviluppo della legislazione in Italia dal 1948 ad oggi. In data 25 giugno 1996 il Direttore del Centro ne aveva dato annuncio formale ai Colleghi italiani diffondendo la lettera circolare che qui si riproduce per fornire ai lettori dei 'Quaderni' un minimo di informazione sui contenuti culturali e sui protagonisti dell'Incontro:

Caro Collega,

mi è gradito informarLa che, promosso e organizzato dal nostro Centro, si terrà in Firenze, nei giorni 26-27-28 settembre 1996, un Incontro di studio su:

Giuristi e Legislatori
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto

Tale incontro vorrebbe indagare il complesso rapporto tra sviluppo del pensiero giuridico e sviluppo della prassi legislativa, fra giurista 'accademico' e classe politica, così come si è venuto instaurando in Italia nel cinquantennio dalla Costituzione del 1948 ad oggi, nel tentativo di puntualizzare quale influenza il pensiero giuridico operante nei varii settori disciplinari ha effettivamente esercitato sulle principali trasformazioni degli apparati normativi. A questo scopo, saranno indagati nel corso dell'Incontro alcuni vitali settori dell'esperienza giuridica, che appaiono forniti di un particolare valore espressivo.

La introduzione generale ai lavori sarà tenuta da Enzo Cheli. Hanno accettato di essere relatori nei diversi campi di specifica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

competenza Umberto ALLEGRETTI, Giuliano AMATO, Ennio AMODIO, Carlo ANGELICI, Giorgio BERTI, Paolo CARETTI, Andrea FEDELE, Giorgio GHEZZI, Luigi MENGONI, Francesco PALAZZO, Andrea PROTO PISANI, Stefano RODOTÀ. Fin da ora si auspica una ampia e intensa discussione sulle varie relazioni.

Nei primi giorni del settembre prossimo sarà divulgato il programma dettagliato con la precisa scansione dei lavori nei tre giorni previsti. La odierna segnalazione ha soltanto una, per ora generica, funzione informativa.

Saremo grati a quanti vorranno farci sapere il loro interesse ad assistere ai lavori.

Mi è caro porgerLe un vivo ringraziamento per la attenzione che vorrà rivolgere a questo foglio ed anche il più cordiale saluto.

PAOLO GROSSI

Nei giorni previsti l'Incontro si è svolto secondo una scansione segnata nel programma inviato agli interessati. Ha presieduto le sedute iniziale e finale Giovanni CONSO, professore emerito di Procedura penale nell'Università di Roma I, già Presidente della Corte Costituzionale, già Ministro di Grazia e Giustizia. Hanno presieduto le altre sedute Paolo BARILE, professore emerito di Diritto costituzionale nella Università di Firenze, già Ministro per i rapporti col Parlamento, Maurizio FIORAVANTI, professore ordinario di Storia delle costituzioni moderne nella Università di Firenze e Preside della Facoltà giuridica fiorentina, Alessandro PIZZORUSSO, professore ordinario di Diritto pubblico generale nella Università di Pisa.

Il giorno 9 maggio, per iniziativa del nostro Centro, è stata presentata in Firenze, nella sede di Villa Ruspoli, la nuova Rivista scientifica « Diritto pubblico », diretta da Andrea ORSI BATTAGLINI, Rivista « fiorentina » perché trova la sua genesi e la sua progettazione nell'ambito del Dipartimento di diritto pubblico dell'Ateneo di Firenze. Ha presieduto Paolo BARILE, dell'Università di Firenze. Hanno svolto interventi Eugenio CANNADA BARTOLI, della Università di Roma I, Elio CASETTA, della Università di Torino, Alessandro PIZZORUSSO, della Università di Pisa.

Durante il 1995 è stato pubblicato nella 'Biblioteca' del Centro il seguente volume: (n. 46) Stefano MANNONI, *Une et indivisible* -

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II - Dalla contestazione al consolidamento.

Sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio i professori Julius Kirshner (della University of Chicago), James Whitman (della Yale University), William Ewald (della University of Pennsylvania), nonché i dottori Cecilia Salvago Gomez (della Universidad de Sevilla), Ana Lopez Diaz (della Universidad de Vigo), Manuel Martinez Neira (della Universidad Carlos III di Madrid), Fernando Martinez (della Universidad Autonoma de Madrid).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius

MICHAEL STOLLEIS, *De Regno recte instituendo et administrando* 13
Disputatio politica De Regno recte instituendo et administrando (a cura di Merio SCATTOLA) 23
MERIO SCATTOLA, *Nota bibliografica* 47
GIUSEPPE DUSO, *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e la costituzione del regno* 65
JEAN-FRÉDÉRIC SCHAUB, *Le temps et l'état: vers un nouveau régime historiographique de l'ancien régime français* 127
JOSE M. PORTILLO VALDÉS, *Los límites de la monarquía. Catecismo de estado y constitución política de España a finales del siglo XVII.* 183

LA DIMENSIONE GIURIDICA

PAOLO GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)* 267
BARTOLOMÉ CLAVERO, *Imperio de la ley y 'rule of law': léxico jurídico y tópica constitucional* 285
CARLO FANTAPPIÈ, *Alle origini della codificazione pio-benedettina — Nuovi sviluppi delle teorie canonistiche sotto il pontificato di Leone XIII* 347
ANGEL M. LOPEZ Y LOPEZ, *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular.* 409

FIGURE DELL'ESPERIENZA

MICHAEL L. MONHEIT, *The origin of the 'edictalis-decretalis bonorum possessio' distinction in a renaissance defense of scholastic hermeneutics* 469

LETTURE

Eugen Huber (1849-1923). Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars, Universität Bern (H. Schlosser) 487
E. J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein Politischer Jurist in der Bismarckzeit*, (M. Fioravanti) 490
Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline (V. Ferrari) 494

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna* (G. Rossi) 498
T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft* (R. Volante) 506

A PROPOSITO DI...

PAOLO CAPPELLINI, *One Way System?* (a proposito di N. IRTI, *Codice civile e società politica* e G. VETTORI, a cura di, *Persona e mercato - Lezioni)* 515
PAOLO CAPPELLINI, *Le confessioni di un 'Selbstdenker'* (a proposito di N. DIETER NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre* e FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Landrechtsvorlesung 1824*) 523
GIOVANNI CAZZETTA, *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini* (a proposito di UMBERTO ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*). 543
BARTOLOMÉ CLAVERO, *Blasón de Bártolo y Baldón de Valla* (a propósito de *una gramática de signos*) 573
GIOVANNI FURGIUELE, *Ipotesi e frammenti tra teoria e storia del diritto civile dell'Italia repubblicana* (a proposito de *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*) 617
LUIGI MONTESANO, *Fede in 'verità metafisiche' e 'assioma valutativo' nella dottrina processualcivilistica italiana?* (a proposito del saggio di Eduardo Grasso sulle 'Storie' di Franco Cipriani in questi *Quaderni 1994*) 653
EDUARDO GRASSO, *Note a Montesano* 665
BERNARDO SORDI, *Il primo e l'ultimo Forsthoff* (a proposito di *L'ultimo Forsthoff. Scritti 1961-1969 di E. Forsthoff su Costituzione e amministrazione*) 667
BERNARDO SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo* (a proposito di F.BURDEAU, *Histoire du droit administratif de la révolution au debut des années 1970*) 683
JESUS VALLEJO, *En busca de audiencias perdidas* (a propósito de BARTOLOMÉ CLAVERO, *Sevilla, Concejo y audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia*) 711

Una nuova Rivista giuspubblicistica

EUGENIO CANNADA BARTOLI, *Novità della tradizione* 731
ELIO CASETTA, *Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico* 743

MARIA SOFIA CORCIULO, *Il Marongiu « minore » (intorno alle opere minori dello storico del diritto e delle istituzioni Antonio Marongiu) (1902-1989)* 755
PAOLO GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente)* 771

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 1995-96 803

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del venticinquesimo "Quaderno"

Michael STOLLEIS
Ord. Professor für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte - Universität Frankfurt am Main - *Direktor* des Max-Planck - Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Merio SCATTOLA
Prof. Ordinario nei Licei Classici

Giuseppe DUSO
Prof. Associato di Storia della filosofia politica - Università di Padova

Jean-Frédéric SCHAUB
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales - Centre de recherches historiques - Paris

José M. PORTILLO VALDÉS
Titular de Historia contemporánea - Universidad del País Vasco

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Carlo FANTAPPIÈ
Docente di Storia del diritto canonico - Università di Urbino

Angel M. LOPEZ Y LOPEZ
Catedrático de Derecho civil - Universidad de Sevillla

Michael L. MONHEIT
Assistant Professor of History - University of South Alabama

Hans SCHLOSSER
Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte - Universität Augsburg

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia delle Costituzioni moderne - Università di Firenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vincenzo FERRARI
Prof. Ordinario di Sociologia del diritto - Università statale di Milano

Giovanni ROSSI
Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Trento

Raffaele VOLANTE
Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

Giovanni CAZZETTA
Prof. Associato di Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Giovanni FURGIUELE
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Firenze

Luigi MONTESANO
Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Roma I

Eduardo GRASSO
Prof. Ordinario f.r. di Diritto processuale civile - Università di Catania

Bernardo SORDI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Jesus VALLEJO
Titular de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Eugenio CANNADA BARTOLI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma I

Elio CASETTA
Prof. Ordinario f.r. di Diritto amministrativo - Università di Torino

Maria Sofia CORCIULO
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Roma I

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano