

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

26

(1997)



giuffrè editore milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

(ossia: delle miserie del legislatore italiano)

La 'Pagina introduttiva' del precedente volume si apriva con una espressione di compiacimento da parte del redattore, che salutava soddisfatto il XXV 'Quaderno' e il compimento — nell'anno 1996 — dei venticinque anni di vita della Rivista. Con una espressione di pari compiacimento deve iniziare anche questa 'Pagina introduttiva' per un evento maturatosi nel 1997, che non riguarda in senso stretto i 'Quaderni Fiorentini' ma sempre e comunque la vita della nostra piccola comunità di studio, del Centro e della 'Biblioteca' che a questo afferisce: è infatti nell'autunno 1997, contemporaneamente alla redazione di queste righe, che appare il cinquantesimo volume della 'Biblioteca'; altro numero tondo che sta a significare il molto lavoro che si è fatto in questi anni all'interno e all'intorno del Centro.

Ma c'è di più. Si tratta di un volume che, ad avviso dello scrivente, è di notevolissimo rilievo culturale, raccogliendo gli 'Atti' dell'Incontro, organizzato dal Centro e tenuto in Firenze alla fine del settembre 1996, su un tema delicato e sollecitante, poco indagato ma oggi culturalmente urgente: 'Giuristi e Legislatori — Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto'.

Il rilievo culturale è duplice.

In primo luogo, rappresenta la realizzazione di quella che è stata, fin dall'inizio, l'istanza programmatica del Centro: promuovere un sempre maggior colloquio fra i giuristi, fra le varie dimensioni della scienza giuridica, all'insegna d'una ritrovata e rinnovata consapevolezza dell'unità di questa scienza, che è unità di statuto epistemologico al di là e al di sopra delle differenti ramificazioni e

delle differenti competenze dei singoli cultori. Nell'incontro del '96, dapprima, e negli 'Atti' stampati, di poi, privatisti pubblicisti penalisti processualisti si sono ritrovati insieme, seduti a un comune banco di lavoro approntato da uno storico del diritto, e hanno riflettuto insieme sulla storia recentissima, dalla Costituzione italiana del 1948 ad oggi, dei rispettivi assetti disciplinari. Non han mutato mestiere improvvisandosi dilettantesamente storici ma hanno riflettuto storicamente percorrendo a ritroso il filo che unisce passato e presente, vigente e pretérito. Con il risultato positivo di relativizzare ma anche arricchire il presente troppo spesso, ai loro occhi, immobilizzato e assolutizzato, troppo spesso colto nella semplicistica e immiserente dimensione della 'vigenza'.

In secondo luogo, rappresenta il tentativo — riuscito — di guardare, per così dire, contro luce il problema della produzione legislativa in Italia negli ultimi cinquanta anni, cercando di cogliere le disponibilità e le sordità, gli accoglimenti e i rifiuti, rilevabili rispetto alle conclusioni operate nello stesso torno di tempo dal pensiero giuridico italiano (nelle sue manifestazioni dottrinali e giurisprudenziali). Il che è culturalmente pròvvido per un giurista di *civil law*, reso culturalmente passivo dalla legolatria imperante da due secoli e abituato a fare i propri conti con una legge normalmente accolta come prodotto da non discutere ma da applicare malgrado le sue claudicanze. Il che è culturalmente pròvvido perché immette il giurista, soprattutto il civilista protetto ed oppresso dall'ampio e suadente ombrello della codificazione, sul sentiero della riscoperta del suo ruolo attivo e contribuisce a relativizzare e a demitizzare quel burattinaio ingombrante del diritto moderno che è il legislatore.

Il legislatore! Questa entità suprema che il giurista mediocre menziona di continuo quasi evocando una creatura numinosa, però dai contorni pressappoco antropomorfici, in guisa non molto diversa da come l'antico credente evocava Giove insediato sull'Olimpo; questo nume tutelare che è servito — e serve — ad ammantare e riparare (ma anche a incentivare) la proverbiale pigrizia dei giuristi; questo legislatore troppo idealizzato va finalmente depresso da un olimpo immeritato, e guardato nelle sue miserie.

L'età dell'assolutismo giuridico, cioè gli ultimi duecento anni, è costellata da esempi di ammirevoli testimonianze legislative, di illuminati legislatori. Si dovrebbe probabilmente citare pressoché

tutte le grandi codificazioni europee, aggiungendo immediatamente una inevitabile considerazione: che dietro quei monumenti legislativi si stagliava netta la figura di un uomo di scienza o di un tiaso di uomini di scienza. È facile il riferimento a Windscheid per il BGB, a Huber per lo ZGB, a Filippo Vassalli per il vigente Codice civile italiano, a Calamandrei Carnelutti Redenti per il vigente Codice processualciviltistico italiano, e l'elenco potrebbe continuare; in Italia si dovrebbe menzionare, nell'immediato passato, almeno un singolo relevantissimo atto legislativo, la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, sollecitata dalle analisi di Feliciano Benvenuti e della sua scuola (con l'apporto sostanzioso di Mario Nigro).

Accanto, tuttavia, a questi punti fermi della storia giuridica moderna e nei quali — lo si ribadisca — è la riflessione scientifica che dà spessore all'atto legislativo, quale panorama desolante ci viene proposto! Limitando il mio esame all'Italia e senza la pretesa di trinciar giudizi su terreni che non conosco abbastanza, ci si para dinnanzi un ammasso legislativo di genesi prevalentemente parlamentare, composto il più delle volte di atti maggiormente vicini a volgari transazioni che a lucide diagnosi di bisogni oggettivi della comunità nazionale. Leggi, espressioni delle voci dei partiti, espressioni di interessi particolari, spesso all'insegna della più crassa incultura giuridica, con in più il frequente tocco ineffabile della ignoranza delle elementari regole grammaticali della lingua italiana. Un ammasso legislativo che smentisce troppo spesso tutto quanto si insegna ai nostri allievi del primo anno di una Facoltà di Giurisprudenza sulla generalità e sulla astrattezza come qualità prime di un atto legislativo.

Il campione di queste mostruosità giuridiche è, da qualche anno, in Italia, l'atto programmatore e regolatore della manovra finanziaria dello Stato, che viene comunemente conosciuto e denominato come 'legge finanziaria'. Un atto che, per sua natura, dovrebbe riguardare operazioni inerenti al bilancio statale per un determinato anno solare e che invece, grazie allo strumento della cosiddetta 'legge collegata', serve come contenitore degli oggetti più vari e diversi, anche di quelli che poco o punto hanno a che vedere con quel bilancio annuale.

Tanto per fare un esempio al lettore non-italiano di questa

Rivista internazionale, prendiamo l'ultima 'legge finanziaria' relativa al 1997: la legge collegata concernente 'Misure di razionalizzazione della finanza pubblica' è formalmente composta di tre *esigui* articoli nei quali sono distribuiti 708 commi (*dico settecentootto*) contenenti una miriade di disposizioni in materia di sanità, pubbliche amministrazioni, pubblico impiego, scuola, università, finanza locale e regionale, previdenza e assistenza, servizi di pubblica utilità, edilizia e urbanistica, disposizioni tributarie sull'aumento delle entrate, e così via. Siamo cioè in presenza di un atto legislativo stravolto nelle sue finalità originarie, deformato e alterato nella sua struttura per contenere *di soppiatto* e quasi per mascherare al suo interno un complesso di norme che, in grazia della loro rilevanza nella vita dei cittadini, avrebbero preteso di essere promosse discusse promulgate quali atti autonomi in nome di quella certezza del diritto che è un bene garantito ai consociati nelle moderne democrazie parlamentari e in esse considerato valore indefettibile.

Qui, in questo modo di agire del legislatore italiano, siamo in presenza di una crisi gravissima della legge come fonte di diritto e della stessa legalità, giacché di legalità puramente formale si tratta e per di più beffarda, beffarda del povero cittadino e soprattutto del più debole, che non è affatto appagato dalla qualità legislativa dell'atto ma che si sente scaricare sulle spalle — autoritariamente e ipocritamente insieme — i mille contenuti, taluni dei quali assai incisivi sulla sua difficile esistenza quotidiana quando non addirittura incisivi su dimensioni del suo *status*.

Qui siamo di fronte a un legislatore, per un verso così impotente e timoroso da non affrontare singolarmente e autonomamente le varie tematiche e proporle in un'aula parlamentare, per un altro verso, tanto sicuro di sé, tanto insuperbito dalla superiorità garantitagli da una tradizione bisecolare, che può permettersi (e sa di poterlo) la violazione sostanziale della legalità, giacché questa tradizione non ha contemplato, quasi fino a ieri, la figura dell'arbitrio del legislatore e gli ha consegnato ancor oggi una psicologia di assoluta sfrontatezza.

Ripetiamolo, invece, e conclamiamolo con la franchezza che nasce da una elementare probità intellettuale: non può e non deve aver rilievo la circostanza che questa autentica miriade di provvedimenti sia inserita — alla meglio e quasi pigiata dentro — in un

contenitore chiamato legge, questa volta più simile a una scatola cinese ricolma di sorprese e più degna di un prestigiatore da strapazzo. Che quel contenitore sia una legge, che abbia la forma di legge che sia varata dal Parlamento nazionale e dopo un procedimento assai circostanziato, nulla toglie alla sua sostanziale arbitrarietà.

Quello che preme al Centro e ai 'Quaderni Fiorentini' è una riflessione adeguatamente critica sullo strumento legislativo; ed è in questa direzione che va collocato e interpretato il nostro Incontro del '96.

È ora che il giurista si munisca sul piano delle fonti di un occhio più disincantato, si scrolli di dosso plagi secolari, attenui la sua pigrizia e si accolli il sacrificio di una psicologia finalmente attiva.

Non è passatismo, ma piuttosto il tentativo di cominciare a costruire un futuro che sia veramente futuro, ovvero liberato da pesanti ipoteche del passato. Il pluralismo giuridico, di cui è portatrice la nostra Carta costituzionale, lo esige; un pluralismo che constatiamo con soddisfazione raccolto da parecchi giuspubblicisti e che con rammarico constatiamo ignorato dalla maggioranza silenziosa; un pluralismo giuridico che deve sollecitarci a esigere la revisione di non poche delle norme contenute nelle decrepite preleggi al Codice civile vigente.

E dopo tante querimonie vogliam concludere con una nota di compiacimento. Concerne l'operato della nostra Corte Costituzionale, del nostro giudice delle leggi, un giudice collegiale dal forte contrassegno scientifico. Un filo che la Corte ci appare tessere finemente con grande consapevolezza progettuale riguarda proprio l'esigenza (e la realizzazione) di una nuova visione delle fonti nel tentativo di spogliarsi di un panlegalismo e di un filo-legalismo, che sono ormai per la società italiana una grave cappa di piombo.

La strada per rendere finalmente concreto il pluralismo giuridico, che la Costituzione propone, corre sul filo di una visione critica dello strumento 'legge', di un ridimensionamento della sua funzione, di una demitizzazione della numinosità del legislatore. Appaiono, in questa ottica, preziose le incrinature che la Corte ha ripetutamente provocato nella costruzione monolitica del nostro passato prossimo; ne cito soltanto due: l'affioramento del principio

della ragionevolezza della legge, il riferimento frequente al diritto vivente.

* * *

La 'Pagina introduttiva' del precedente Quaderno, terminava con una 'lettera-aperta' al Ministro per l'Università e per la Ricerca, Luigi Berlinguer, sul tema scottante e preoccupante della autonomia — anzi, della mancata autonomia — della Università italiana rispetto al potere politico. E scrivevo, un anno fa, che le preoccupazioni nascevano anche da un progetto di legge sul riordinamento del Consiglio Universitario Nazionale, progetto che non soltanto non lo identificava quale organo supremo di autogoverno dell'Università italiana, ma lo faceva recedere a un rango modestissimo costituendolo sostanzialmente quale organo di consulenza del Ministro.

Oggi il progetto è diventato legge (L. 15 maggio 1997, n. 127) e le poche speranze che venisse modificato durante l'itinerario parlamentare si sono definitivamente vanificate. Il Consiglio è unicamente un organo di consulenza del Governo, con poteri addirittura diminuiti in confronto al vecchio C.U.N.. Si continua parlare a scialo di autonomia, ma in accezioni decisamente ridotte e riduttive. Si parla di autonomia *delle singole università*, mentre — tralasciando localismi rischiosissimi — si dovrebbe porre mano a realizzare l'autonomia — voluta dal costituente — *della Università italiana*, cioè della intera e unitaria organizzazione universitaria della cultura; si parla di autonomie finanziarie dei singoli atenei, ed è l'atteggiamento di chi premia un pezzente (ché equiparabili a un pezzente sono i nostri poverissimi centri universitarii) con una beffeggiatrice patente di libertà; si parla di autonomia didattica, e si rischia di far dell'organizzazione didattica universitaria una sorta di composto vestito di Arlecchino.

Ma basta con le geremiadi inascoltate. Il discorso da parte nostra si chiude qui; e si chiude constatando che, su questo punto, nel momento preciso in cui si festeggia il suo cinquantenario, la nostra Carta Costituzionale resta inattuata; né si prevede — per ora — una svolta di segno positivo. Ciò deve essere ascritto senza indulgenze tra le passività non lievi dei Parlamenti e dei Governi che si sono succeduti nel lungo spazio di ben cinquanta anni.

Modelli e dimensioni

*Percorsi del centralismo borbonico in
Francia e Spagna nel XVIII secolo*

PRESENTAZIONE

L'idea di proporre ai *Quaderni fiorentini* una sezione franco-spagnola sulle forme del centralismo borbonico nei due Paesi è nata da una semplice constatazione: da qualche tempo, la storia comparata delle istituzioni segna il passo.

Dopo la fortuna degli anni Settanta, quando le ricerche sullo Stato assoluto attingevano senza pregiudizi e senza risparmio alle storiografie nazionali più appartate, la comparazione ha conosciuto un periodo di stasi se non di stagnazione, legato al declinare dei paradigmi che avevano contrassegnato la sua effimera celebrità. La reazione contro la scuola marxista ed una certa stanchezza per le abusate categorie weberiane hanno cospirato a marginalizzare un approccio che pareva sacrificare l'esigenza dell'*individualizzazione* storica sull'altare di astratti *idealtipi* sociologici. Tutto tornava troppo in quei modelli armoniosi ricostruiti a tavolino che sembravano relativizzare con tanta disinvoltura distanze spaziali e cesure temporali. Su quei corposi volumi dai titoli accattivanti aleggiava il sospetto di determinismo, di forzature teleologiche e di generalizzazioni anacronistiche — la « borghesia », la « burocrazia », l'« individualismo », la « razionalizzazione », il « capitalismo », le « rivoluzioni » etc.

Sentendosi defraudati di competenze che consideravano di propria esclusiva spettanza, gli storici hanno reagito con vigore, ricacciando le sintesi in questione nella *sedes materiae* che sembrava la sola ad esse appropriata — quella sociologica. In fin dei conti — si diceva — un secolo sono sempre cento anni e, dopotutto, la distanza tra Francia, Russia e Cina non è poi così trascurabile. Al lavoro negli archivi dunque, l'unico ed autentico *sacre de l'historien*. Quanto alle autorità riconosciute, che si rendesse pure loro un omaggio rispettoso, a condizione però di non sfoggiarne con troppa

indiscrezione le ingombranti categorie interpretative: la parola alle fonti, innanzitutto!

Diciamo subito, a scanso di equivoci, che questa reazione è stata salutare e molto proficua. Il *revival* di studi sullo Stato degli anni '90, affrancato da dipendenze troppo strette e deferenti, ha potuto esprimersi con tutta libertà, esplorando nuove strade e ripercorrendo con sguardo critico quelle un tempo trascurate. Grande beneficiario di questa svolta è stato il diritto. Spezzate le catene che lo legavano al carro marxista della sovrastruttura, il giuridico ha riconquistato la sua autonomia fino a divenire una chiave di accesso molto ricercata alla storia dello Stato. La sua ascesa è stata irresistibile: si è riconosciuto che il tempo del diritto è distinto da quello degli altri fenomeni sociali; si è ammesso che la dottrina giuridica è, in qualche misura, l'autocoscienza delle istituzioni; si è consentito, infine, a studiare il ceto dei giuristi e il discorso della loro legittimazione. L'insofferenza per la tecnicità e i sofismi dell'argomentazione legalistica ha lasciato il posto ad una schietta curiosità che si è tradotta in sofisticate ricerche su istituti, pratiche e dogmi. Persino la filosofia politica, da sempre arroccata in sdegnoso isolamento, ha dovuto più di una volta fare i conti con la nuova rivale, lasciando che questa espugnasse alcuni suoi agguerriti fortini: la sovranità, la rappresentanza, il governo. Era da un pezzo che la storia del diritto non osava tanto.

Non tutti i paesi hanno beneficiato in uguale misura della nuova tendenza. In Germania la discontinuità è stata meno sensibile per la forza tradizionale di una disciplina che, avendo sempre difeso con vigore e successo la sua autonomia, non ha dovuto disputare ad altri il terreno perduto — i discepoli degli *Annales*, ad esempio. In Spagna e Italia, al contrario, l'accoglienza riservata all'approccio storico-giuridico è stata particolarmente calorosa, in quanto dettata da un vivissimo interesse per l'oggetto storiografico « Stato ». Tralasciando i moventi più contingenti che possono avere riacceso questa attenzione, si può dire che, proprio perché più problematico in entrambi questi paesi, il tema delle origini e della formazione dello Stato moderno doveva necessariamente finire nel *carnet* degli storici più sensibili per formazione alla dimensione giuridico-istituzionale. Più controverso il quadro in terra di Francia, dove l'atavica incomunicabilità tra Facoltà di lettere e di giurisprudenza ha pesato

negativamente, rendendo il dibattito sullo Stato meno proficuo di quanto ci si potesse attendere. Se prescindiamo dal *feuilleton* Kantorovicz, non pare che la storiografia *parisienne* più *trendy* abbia messo granché a frutto la recente scoperta dell'esistenza di una qualche relazione tra diritto e istituzioni.

Casi nazionali a parte, la congiuntura pare decisamente favorevole ad orizzonti più ampi. Ora che storiografia giuridica e Stato sono entrati, quasi ovunque, in una relazione tanto feconda, viene da chiedersi se non valga la pena tornare a guardare con occhio più benevolo a modelli e idealtipi, riprendendo il filo interrotto della riflessione proprio dal modello per eccellenza, il classico Stato moderno europeo. Affinati gli strumenti metodologici, arricchita la base documentale e fugata la minaccia di marginalizzazione, la storia giuridica può ripercorrere senza timidezze e con ottime prospettive le strade indicate da Hintze e Weber all'alba del nostro secolo.

È curioso che l'invito a meditare questi autori sia venuto proprio da dove meno era prevedibile attenderselo: quella storiografia anglosassone che verso l'astrazione delle categorie « continentali » ha da sempre provato un'istintiva diffidenza. Con tipico stile *understated* un distinto storico britannico, John Brewer, ha gettato il sasso nello stagno con una tesi a prima vista sconcertante: l'apparato fiscal-militare inglese del XVIII secolo, apparentemente così debole, era in realtà più energico e « statale » del coevo Leviatano accentrato francese (1). Prendendo in esame le tipiche funzioni dello Stato — il drenaggio delle risorse fiscali, il controllo sociale, la ricerca del consenso intorno alle politiche pubbliche — Brewer ha mostrato come l'ordinamento inglese avesse risolto brillantemente il problema della loro coordinazione che tanto assillava le monarchie europee dell'epoca. Una piccola ma efficiente amministrazione governativa delle imposte indirette; un parlamento quale depositario esclusivo del consenso nazionale; un sistema pubblico di controllo del pauperismo: questi *in nuce* i fattori del successo internazionale della Gran Bretagna, vittoriosa sui mari ed arbitra dei destini europei in terraferma. Sull'altra sponda della Manica, sostiene Brewer, nessuna di queste esigenze trova una risposta altrettanto convincente: non

(1) J. BREWER, *The Sinews of Power. War, Money and the English State, 1688-1783*, London, 1988.

quella fiscale, rimessa per larga parte ad una compagnia di appaltatori privati (la *ferme*); non quella del monopolio del consenso, conteso tra una pluralità di soggetti, dal re giù fino ai Parlamenti e agli Stati provinciali; nemmeno, infine, quella del pauperismo, gestito solo a metà come la riforma agraria che ne era il risvolto economico.

Molti troveranno da ridire sulla perentorietà di conclusioni così assertive, ed a giusto titolo. Il dibattito che ha seguito la pubblicazione di questo libro in area anglosassone ha provveduto a ridimensionare la portata del *Brewer's paradox* senza peraltro mettere in discussione la serietà degli argomenti che ne sono il fondamento, ripresi e sviluppati da altri autori soprattutto nella direzione di un approfondimento del tradizionale nesso *State building-Nation building* ⁽²⁾. Non sembra invece che il libro di Brewer abbia colpito più di tanto gli storici continentali, forse per il suo marcato carattere *British*, che lo fa sembrare di primo acchito la ricorrente testimonianza della tanto gloriosa quanto insulare storiografia nazionale inglese. Resta il fatto che una risposta sembra opportuna, non fosse altro per cogliere l'occasione di rilanciare temi così importanti e, tutto sommato, ancora attuali. L'ambizione di questa sezione è, in un certo senso, quella di raccogliere il guanto di sfida andando a saggiare l'efficienza di alcuni ingranaggi cruciali del più temibile rivale della Corte di San Giacomo: lo Stato borbonico franco-spagnolo.

La scelta dell'angolo di osservazione non è difficile. Da Weber in poi, abbiamo imparato a riconoscere nel passaggio dallo Stato giurisdizionale a quello amministrativo (*Etat de justice - Etat de finance*) la svolta decisiva nella storia dello Stato europeo-continentale che segna il suo ingresso nella stagione della modernità. È dunque da qui che, bene o male, bisogna partire ancora una volta. In questo passaggio viene infatti a condensarsi il precipitato istituzionale del gioco integrato di variabili imponenti come la rivoluzione militare, la razionalizzazione del diritto, il mutamento dei rapporti di produzione, l'affiorare dell'*ethos* e dell'organizzazione burocratica.

(2) Il dibattito è culminato nella pubblicazione di una serie di pregevoli articoli a cura di Lawrence Stone (*An Imperial State at War. Britain from 1689 to 1815*, London and New York, 1994).

Croce e delizia degli storici delle istituzioni, il tema della successione dallo Stato dei giudici a quello dei funzionari rimanda ossessivamente alle due domande archetipiche del « quando »? e del « come »? Sempre molte risposte, mai una conclusione: lo storico — si sa — è condannato al supplizio di Sisifo. Con questa rassegnata consapevolezza abbiamo invitato alcuni qualificatissimi ricercatori spagnoli e francesi ⁽³⁾ a danzare tra loro in un minuetto all'insegna del giglio borbonico. La loro pronta e amichevole adesione ha permesso di giungere ad un approdo di grande interesse e in buona parte inedito su entrambi i versanti dei Pirenei.

Se volessimo riassumere in una formula ad effetto il risultato di questa comparazione potremmo dire che lo Stato borbonico in Spagna è meno arcaico di quel che si dice, mentre il suo cugino francese è un pò più tradizionale di quanto non sembri. Fuor di provocazione, è certo che gli assi prescelti per condurre questa analisi in Spagna e Francia, pur non giustapposti — abbiamo evitato un pedissequo confronto di identiche istituzioni ⁽⁴⁾ — sono esattamente simmetrici, al di là delle apparenze. Si badi bene infatti che, in tutti e due i casi, ci troviamo di fronte a un rapporto di conflitto-competizione-collaborazione tra *Etat de justice* ed *Etat de finance* con una differenza soltanto: nel caso della Francia, questa tensione corre all'interno della stessa istituzione quando si tratta del Parlamento di Parigi che qui è visto non come organo *costituzionale* bensì come apparato *amministrativo* al servizio del Re. Per spiegarci meglio: laddove il Parlamento custode delle leggi fondamentali del Regno ed estensore delle *remontrances* si erge a paladino di una legittimità alternativa a quella della Monarchia amministrativa; qui invece della Monarchia amministrativa esso ci appare fedele servitore ed interprete nella sfera della gestione ordinaria delle sue competenze di *police* (leggi: amministrative). Le riforme fiscali municipali e l'intendente in Spagna; il Parlamento di Parigi e gli ispettori delle manifatture in Francia: ecco quattro attori che se-

⁽³⁾ I contributi che vengono qui presentati sono il frutto di lunghe e laboriose ricerche di archivio.

⁽⁴⁾ Tali e tanti sono gli studi sull'intendente francese da renderne del tutto superflua un'ulteriore analisi in questa sede (ultimo in ordine: R. GREVET, *L'absolutisme en province: l'échec de l'intendant Caumartin en Artois (1759-1773)*, in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, avril-juin 1997, pp. 213-227).

guono itinerari riconducibili ad un'identica logica di razionalizzazione e centralizzazione.

A dispetto dell'insistenza sull'*eccezione* spagnola da parte di un'autorevole corrente della storiografia iberica ⁽⁵⁾, l'impressione che si trae dalla lettura dei saggi di Correa e Garcia Trobat sull'intendente e di Carmen Garcia sulle finanze locali è piuttosto nel senso di una chiara analogia tra le politiche di assestamento centripeto dei Borboni di Madrid e quelle dei cugini di Parigi. Per quanto l'intendente spagnolo abbia una vita molto più difficile di quello francese, di cui non condivide né gloria né potere, è chiaro tuttavia che la sua creazione risponde esattamente allo stesso tipo di valutazione compiuta dai *commis* di Versailles. Lo stesso vale per la riforma delle finanze municipali, settore in cui vediamo agire i medesimi principi e le identiche tecniche tutorie sperimentate in Francia, dove il potere centrale affronta su questo terreno difficoltà comparabili a quelle incontrate dai funzionari spagnoli. Che poi il rendimento di istituzioni e riforme sia in Spagna molto meno ottimale, che qui occorra attendere l'Ottocento inoltrato per assistere alla definitiva soluzione dei nodi lasciati dal centralismo borbonico, tutto questo non intacca la conclusione sopra enunciata: la Monarchia amministrativa spagnola del XVIII rientra a pieno titolo in una tipologia europea di Stato assoluto contrassegnata da una spiccata vocazione modernizzatrice.

⁽⁵⁾ L'antropologia culturale, applicata alla storia delle istituzioni, aiuta a ricostruire le rappresentazioni sociali così come le percezioni individuali dei rapporti di potere in un dato momento e luogo. Da questo punto di vista, essa è uno strumento indispensabile per narrare la storia *soggettiva* delle istituzioni. Se si adotta invece una prospettiva diversa, come quella del racconto di eventi a prescindere dal significato loro attribuito dagli attori, allora otteniamo una storia *oggettiva* delle istituzioni. Ciò che si perde sul versante della ricostruzione del significato contestuale, lo si acquista in termini di intelleggibilità della vicenda narrata *a posteriori*. La storiografia che, sulle orme di Clifford Geertz, cerca di ricostruire l'universo mentale dei protagonisti di un certo episodio o congiuntura, rende certo un grande servizio che non vanifica però affatto il senso di un approccio più classico, weberiano, diciamo per comodità. In storia non conta solo sapere come gli uomini vedessero le cose, ma anche le cose che essi hanno realizzato, ne fossero o no coscienti. Ammesso e senz'altro concesso che i giuristi di Antico regime non vedessero lo Stato così come lo vediamo noi, ciò non comporta affatto che si debba bandire la categoria euristica 'Stato' perché ideologica e anacronistica. In breve: a diverse domande, diverse fonti, metodi e racconti.

Sul lato francese, giungiamo alla stessa conclusione battendo una pista diversa da quella « Tocqueville ». Accanto all'ispettore delle manifatture, efficacemente illustrato da Philippe Minard, che incarna quanto di più avanzato la monarchia *éclairée* sia in grado di esprimere ⁽⁶⁾, ci imbattiamo nel Parlamento di Parigi di Philippe Payen, l'istituzione più legata ai dogmi e ai riti dell'*Etat de justice*. Ma la novità è che ora ispettori e *Gens du Parlement* concorrono insieme alla medesima causa: non lottano qui su fronti opposti. Beninteso, l'immagine di un *Etat de finance* che si apre la strada combattendo contro l'*Etat de justice* non è di per sé sbagliata: essa trova a tuttoggi periodiche conferme ⁽⁷⁾ che si aggiungono a quelle già ben note. Solo che essa appare troppo unilaterale e finisce così per falsare la comprensione di una vicenda che non si risolve in un rapporto antagonistico (funzionari contro giudici) e diacronico (dalla giustizia all'amministrazione). Si tratta piuttosto di capire i meccanismi di *integrazione* e di *divisione del lavoro* tra due ordini — la *justice* e la *finance* — che sono in rapporto talvolta conflittuale, ma più spesso osmotico — come hanno del resto documentato le biografie di tanti fedeli servitori del Re a Versailles. L'amministratore-giudice (l'intendente) è affiancato dal giudice-amministratore (il Parlamento) ⁽⁸⁾; l'*arrêt de règlement* è, ad un tempo, manifestazione di *justice* e di *police* (leggi: amministrazione) senza che il lettore di oggi debba scandalizzarsene: i Parlamenti, del resto, erano capaci di promuovere politiche pubbliche obbiettivamente omogenee all'ideologia illuminista, come mostra bene il saggio di Jacqueline Thibaut-Payen sulla vicenda dei cimiteri.

È tempo di chiudere, tornando al *Brewer's paradox*. Il sospetto

⁽⁶⁾ Si pensi, per trovare qualcosa di comparabile, alla fioritura della statistica amministrativa (per la quale si veda: E. BRIAN, *La mesure de l'Etat. Administrateurs et géomètres au XVIII^e siècle*, Paris, 1994).

⁽⁷⁾ Ci riferiamo, ad esempio, all'approfondita indagine di A. ALIMENTO, *Riforme fiscali e crisi politiche nella Francia di Luigi XV. Dalla « taille tarifée » al catasto generale*, Firenze, 1995 che prende in esame la battaglia tra Parlamenti e *Contrôle général* sulle riforme fiscali.

⁽⁸⁾ A richiamare l'attenzione sul paradigma della *iurisdictio* quale fonte di ispirazione duratura delle sistemazioni dei giuristi di Antico regime nelle materie « amministrative » è L. Mannori, giunto a conclusioni valide tanto sul versante italiano che su quello europeo.

è che il brillante storico inglese abbia guardato alle istituzioni britanniche dalle alture di Waterloo o dal ponte di una fregata della *Home Fleet*. Dimenticando così due particolari: che il Duca di Wellington fu salvato dai prussiani di Blücher e che una potente marina è meno ingombrante di un enorme esercito di terra. Smettiamo di invidiare la flemma imperiale della perfida Albione! Vi è da scommettere che senza quel braccio di mare chiamato Manica la testa di Carlo Stuart non sarebbe mai rotolata dal patibolo.

« Noi abbiamo detto di sopra come a uno principe è necessario avere e' sua fundamenta buoni; altrimenti conviene che rovini. È principali fundamenti che abbino tutti li stati, così nuovi, come vecchi o misti, sono le buone legge e le buone arme ». Chissà se le armi e le leggi dei Borboni sarebbero piaciute a Machiavelli?

STEFANO MANNONI

MANUEL MARTÍNEZ NEIRA

PILAR GARCÍA TROBAT Y JORGE CORREA BALLESTER

CENTRALISMO Y ADMINISTRACIÓN: LOS INTENDENTES BORBÓNICOS EN ESPAÑA

La creación de las intendencias en la península tiene como finalidad reforzar el poder del monarca mediante el control de la vida política y administrativa de la periferia. La labor del intendente es, sin duda, el punto central de la actuación del poder real de la España del XVIII en la administración. Justicia, policía, hacienda y ejército fueron competencias delegadas en la persona del intendente para que velara por el funcionamiento y administración de municipios y comarcas manteniendo informado al monarca a través del consejo correspondiente, sin que ninguna otra barrera se interpusiera o limitara sus competencias. Es un cambio cualitativo frente a la situación anterior, la monarquía polisinodial o de gobierno a través de los consejos. Como acertadamente ha puesto de manifiesto el profesor Hespánha, el desarrollo de los consejos y tribunales palatinos suele considerarse como manifestación palmaria del crecimiento del poder de la corona, pero se suele dejar de lado cuáles eran los medios institucionales que estos tenían para conocer, controlar y dirigir los poderes políticos que se podían considerar autónomos en la periferia de la administración (1). Así, ha sido usual que se percibiese el gobierno de la monarquía española como una organización administrativa extremadamente centralizada en la que el rey y sus secretarios se sitúan en la cúspide de una estructura de consejos que, sin embargo, no logran una administración eficaz (2).

Cuando Felipe V llega a España procedente de un país, Francia,

(1) A. M. HESPANHA, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político. (Portugal, siglo XVII)*. Madrid, 1989, pp. 154-155.

(2) H. KAMEN, *La guerra de sucesión en España 1700-1715*. Barcelona, 1974, p. 49.

donde existía ya un control gubernativo directo a través de las intendencias, se enfrenta a una administración que se articulaba en torno a un tejido de organismos colegiados, los consejos, que ejercían su gobierno de forma indirecta. Tras los primeros años de guerra, la victoria de Felipe V sobre los partidarios del archiduque Carlos de Austria iba a suponer la apertura a un nuevo orden de ideas y técnicas de gobierno con la finalidad de reforzar la monarquía ⁽³⁾. Para lograrlo, había que reformar las bases del absolutismo: administración, hacienda y ejército. En el ámbito local, los corregimientos de Castilla se habían creado con la finalidad de actuar en dependencia directa con el gobierno, pero desde su inicio a fines del XV se fueron convirtiendo a menudo en reductos de poder autónomos y en manos de una oligarquía ⁽⁴⁾. « La hacienda, por ejemplo, que precisaba de una burocracia inmediatamente sometida a su control, estaba obligada, para la recaudación de impuestos, a depender de recaudadores contratados a comisión, liberados de la obligación de rendir cuentas al gobierno o al pueblo » ⁽⁵⁾. Por último, el ejército necesitaba de una reforma y de modo especial de un control que escapara a los capitanes, con numerosos engaños en el cobro de retribuciones de soldados muertos o desaparecidos ⁽⁶⁾.

En manos del intendente se concentran poderes delegados del monarca: justicia, policía, hacienda y ejército, con la finalidad expresa de lograr el control de la propia administración. Debe cuidarse del funcionamiento y administración de municipios y comarcas manteniendo informado al monarca a través del consejo correspondiente. Ninguna otra autoridad o filtro se establece o limita sus competencias, lo que dará origen, como veremos luego, a su pugna con todo tipo de poderes, desde los capitanes generales hasta los corregidores y cabildos. Con la instauración de los intendentes se ensaya una de las medidas determinantes para conseguir la modernización de la monarquía.

⁽³⁾ B. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970, p. 245.

⁽⁴⁾ C. MERCHÁN FERNÁNDEZ, *Gobierno y administración en la España del Antiguo Régimen*. Madrid, 1988. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* p. 245.

⁽⁵⁾ KAMEN, *La guerra...*, p. 49.

⁽⁶⁾ C. BORREGUERO BELTRÁN. *Administración y reclutamiento militar en el ejército borbónico del siglo XVIII*, in *Cuadernos de investigación histórica*, XXII(1989), 91-101.

La cuestión que se planteaba era combinar la acción efectiva en la administración local con la subordinación a la autoridad central. El modelo vendría de Francia, como la nueva dinastía (7), pues aquí la corona ya disponía de un instrumento semejante desde la primera mitad del XVII (8), aunque Felipe V tiene buen cuidado en presentar el cambio desde una perspectiva hispana: « idea aviendo antiguamente nacido en la España, fue luego aprovechada de otras naciones, con notorias ventajas de su gobierno... » (9). Aunque, como señalan la mayoría de los autores es innegable el origen francés de la institución, también es cierto que se pueden indicar algunos antecedentes patrios que enlazan con determinados desarrollos institucionales en materia de administración (10). Un escrito de mediados del siglo XVIII los relaciona con los merinos:

En los Reynados de aquellos antiguos gloriosos Reynos cuyos exemplares boy buscando habia yntendentes y para que no se dude y que estos eran los que llamava merinos mayores, véase cómo los define la ley 23, título 9, partida 2ª « Merino es nome antiguo de España que quiere tanto decir como home que ha mayoría para facer justicia sobre algún logar señalado, assí como villa, o tierra. Estos son en dos maneras, ca unos y ha que pone el rey de su mano en lugar de adelantado a que llaman Merino mayor, e este ha tan grand poder como el adelantado; e otros ay que son puestos por mano del adelantado o de los merinos mayores. Pero estos a tales no pueden facer justicia si non sobre cosas señaladas, etc. » Regístrnse las leyes que ablan de esto y cotegeándolas con las ynstrucciones resultará la similitud de los empleos y la igualdad de las facultades... (11).

(7) Entre otros puede verse J. LYNCH, *Administración colonial española*. Buenos Aires, 1962, p. 151. También G. MORAZZANI, *La intendencia en España y América*, Caracas, 1966, p. 37.

(8) R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, 2 vols., París, 1980, 484-542. Fueron vistos por las clases y cuerpos representativos como instrumentos de coartar sus libertades. Abolidos durante la Fronda fueron restablecidos por Mazarino en 1648. Recibieron en el reinado de Luis XIV reglamentación definitiva.

(9) Puede verse en la exposición de motivos de la Ordenanza de 4 de julio de 1718 para el establecimiento e instrucción de intendentes de provincias y ejércitos. Archivo del Reino de Valencia, Real Acuerdo, 1718, fols. 132 y ss.

(10) Ya en el siglo pasado lo sugirió Alexander von Humbol, como recoge R. REES JONES, *El despotismo ilustrado y la intendencia de la Nueva España*, México, 1983, p. 74. Sobre los antecedentes patrios H. PIETSCHMANN, *Antecedentes españoles e hispanoamericanos de las intendencias*, en *Anuario de estudios americanos*, XL(1983), 359-372, p. 359; también R. GÓMEZ RIVERO, *La superintendencia de construcción naval y fomento forestal en Guipúzcoa (1598-1611)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVI(1986), 591-636.

(11) Informe del Marqués de Ustariz sobre la consulta del rey acerca de la

Los superintendentes de rentas creados a fines del XVII serían el precedente más directo. El 23 de julio de 1691 se había ordenado el establecimiento de un superintendente al frente de cada una de las 21 provincias de la corona de Castilla. Sus instrucciones, de 2 de septiembre del mismo año, les conferían generosas competencias de gestión y dependencia del consejo de hacienda. Su finalidad era hacer más racional y efectivo el procedimiento de recaudación de las rentas reales. Para ello se dividían las provincias en partidos, y cada lugar debía pagar todas sus contribuciones en un sólo partido. Un contador y un administrador de la confianza del superintendente gestionarían las rentas reales. Además tendría el superintendente competencias y responsabilidades en los asuntos de fomento y en el desarrollo económico y social de la provincia encomendada a su administración⁽¹²⁾. Se había previsto terminar con el sistema de arrendamientos de las rentas reales y establecer en su lugar una administración directa de las mismas por el flamante superintendente. Pero la nueva figura no encontraría adecuado acomodo institucional; una real cédula de 3 de junio de 1692 mandaba que « en las provincias donde las rentas estuviesen arrendadas o las hubieren tomado las ciudades por encabezamiento fixo se excusen los superintendentes para que las mismas rentas dejen de padecer la costa que causan sus salarios »⁽¹³⁾. En todo lo que hace referencia a sus atribuciones en materia de justicia y policía no presentan especial novedad puesto que se basan explícitamente en las ya ejercidas por los corregidores castellanos; y éstos, principales damnificados por la reforma borbónica serán quienes mayor resistencia y oposición planteen a la introducción de una nueva institución que venía a ocupar su lugar⁽¹⁴⁾. Finalmente, en lo militar encuentran su parangón en las facultades de los veedores generales del ejército⁽¹⁵⁾.

Pero, como hemos señalado antes, se trata de una reforma que introduce cambios cualitativos en la administración de la monarquía

reposición de las intendencias en España. AHN, sección Consejos, Leg. 1480, fols. 25v. y 26r.

(12) Nueva recopilación, Autos acordados, Lib. III, Tit. VI, auto II.

(13) J. L. BERMEJO, *Superintendencia en la hacienda del antiguo régimen*, en *Anuario de historia del derecho español*, LIV(1984), 409-475.

(14) GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...*, p. 369.

(15) PIETSCHMANN, *Antecedentes...*, pp. 3-4.

del siglo XVIII. No se trata solamente de activar un cierto control desde el centro hacia la periferia. La originalidad del intendente moderno está en que facultades antes repartidas entre cargos diferentes se reúnen aquí, en una misma persona, a quien en un ámbito territorial más extenso y con sujeción directa de Madrid, se le asignaron las causas de policía, justicia, ejército y hacienda. Frente a los encargados de determinados sectores o ramas de la administración, los nuevos intendentes son una institución central, esencial en la jerarquía administrativa hispana, con un abanico de competencias casi universales.

Especialmente se dejará sentir su importancia en la corona de Aragón, tras la guerra de Sucesión, cuando recaerá sobre estos nuevos empleados reales la labor de introducir junto al resto de transformaciones un diferente sistema fiscal — preocupación continua de la monarquía —. Primero, los intentos fallidos de trasplantar la hacienda castellana y, enseguida, la creación de las nuevas imposiciones: Equivalente en Valencia, Única Contribución en Aragón, Talla en Mallorca y el Catastro en Cataluña. Era en los territorios de Valencia, Aragón, Cataluña y Mallorca donde la revolución administrativa que se daría tras la abolición de los fueros necesitaba de oficiales capaces y poderosos que secundaran la nueva política ⁽¹⁶⁾. Y será aquí donde las intendencias logren mayor afianzamiento y estabilidad. Desaparecida la organización foral secular se quiere implantar el sistema castellano en un proceso más centralizador que unificador, pues « no se proclamó — con los decretos de Nueva Planta — que aquellos territorios pasaran a formar parte de la Corona de Castilla, ni que ambas coronas se fundieran en una superior llamada España » ⁽¹⁷⁾.

El éxito de la gestión de los intendentes, particularmente en cuestiones fiscales, decidió al monarca a colocar un intendente al frente de cada provincia, dando así a lo que era un cargo funcional una aplicación absolutamente territorial ⁽¹⁸⁾. La ordenanza de 4 de

⁽¹⁶⁾ H. KAMEN, *El establecimiento de los intendentes en la administración española, Hispania*, XCV, pp. 372-373.

⁽¹⁷⁾ P. MOLAS, *La monarquía española (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 1990, p. 121.

⁽¹⁸⁾ Este primer establecimiento está estudiado para Cataluña y Valencia, y aunque hubo otras intendencias fruto del plan Bergeyck y antes del establecimiento

julio de 1718 estableció un intendente en cada una de las provincias del reino, con total autoridad en los ramos de justicia, policía, hacienda y ejército. Pero esta medida se anularía tres años después, mediante decreto de 1 de Marzo de 1721, por la oposición de la clase burocrática existente. Para ésta la reforma era una amenaza para sus intereses y finalmente se suprimen las intendencias en las provincias donde no había tropas. El suceso más grave se dio en Canarias. A pesar de que el intendente, Juan Antonio Ceballos, no asumió el cargo de corregidor tuvo que enfrentarse a la hostilidad del resto de la administración insular y en 1720 muere en un motín popular. Antes de su violento fin se había enfrentado con el capitán general por haber propuesto el traslado de la residencia de éste a Gran Canaria, donde se encontraba la real audiencia, y con el corregidor por querer conocer materias correspondientes a la jurisdicción ordinaria más allá de lo que las ordenanzas se lo permitían ⁽¹⁹⁾. También el consejo de Castilla, que había ido recopilando quejas notifica al rey en una consulta de 22 de noviembre que los intendentes

han puesto todo su conato en abrogarse jurisdicción que V.M. no les ha conferido, queriendo persuadir a todos que en su provincia tienen una suprema autoridad, maior y de superior jerarchia que las demás justizias y tribunales... La conservación de estos empleos, sobre no ser útil a la causa pública, la considera el consejo por mui nociva en el todo y de gravísimo perjuicio a la Real Hazienda ⁽²⁰⁾.

La cédula de 1 de marzo de 1721 desarrollaba el decreto de 22 de febrero del mismo año y abolía los intendentes de todas las provincias donde no hubiera ejército, restaurando las competencias de las superintendencias de rentas ⁽²¹⁾. Así pues, el intendente de provincia desapareció quedando tan sólo en aquellos lugares donde había tropas (Valencia, Palma de Mallorca, Zaragoza, Sevilla, Bada-

general de 1718 apenas han sido estudiadas: Salamanca, La Coruña, Mérida y Sevilla. H. KAMEN, *El establecimiento...*, pp. 386-387.

⁽¹⁹⁾ J. PERAZA DE AYALA, *La intendencia en Canarias. Notas y documentos para su estudio*, en *Anuario de historia del derecho español*, XL(1970), 565-579.

⁽²⁰⁾ KAMEN, *El establecimiento...*, p. 377.

⁽²¹⁾ Cédula de S. M. para que en las partes donde no ay tropas cesen los intendentes, contadores y pagadores y que la thesorería mayor corra como antes de la planta del año de 1717, publicada por KAMEN en *El establecimiento...*, pp. 390-392

joz, Salamanca, La Coruña y Pamplona), y desde ese momento la distinción entre intendentes de provincia e intendentes de ejército quedó clara. A pesar de todos los intentos frustrados por generalizar las intendencias en toda la península, Fernando VI volvió a restablecerlos con carácter general el 13 de octubre de 1749, logrando la consolidación esta vez.

Regulación jurídica de la intendencia

Las dos normas básicas en las que se recoge y estructura la función y competencias de los intendentes españoles son las ordenanzas de 4 de julio de 1718 y de 13 de octubre de 1749 ⁽²²⁾. Pero su origen y primeros pasos son de unos años antes. Quizá la primera mención de la intendencia esta en el plan de Orry, enviado desde Francia en respuesta a la petición de ayuda de Felipe V a Luis XIV para reformar la hacienda real hispana. El plan de Orry, descrito por Kamen, no se aprueba, como tampoco el de Bergeyck ⁽²³⁾ y hay que esperar a 1711, cuando se producen los primeros nombramientos de intendentes de una forma dispersa y sin un proyecto claro — de hecho sin ordenanzas —. En estos primeros momentos son nombrados por el gobernador del consejo de hacienda; sus competencias: justicia, policía, hacienda y ejército, quedan enumeradas pero no especificadas en sus nombramientos. Quedan bajo su dependencia corregidores, alcaldes y justicias ⁽²⁴⁾. Son los primeros pasos y tanteos, pues no se trata de una implantación generalizada. Ahora solamente funcionarán las intendencias en los territorios donde sigue la guerra de sucesión ⁽²⁵⁾. En 1714 se da una *Instrucción para*

⁽²²⁾ La instrucción de 1749 está publicada por GONZÁLEZ ALONSO en *El corregidor...*, pp. 318-359.

⁽²³⁾ KAMEN, *La guerra*, pp. 252-253. También se frustrará el plan de Bergeyck: Biblioteca Nacional, Ms. 19710/39, que viene a ser un precedente del catastro de Ensenada.

⁽²⁴⁾ Nombramiento de intendente para Valencia el 2 de diciembre de 1711, Archivo del Reino de Valencia, Real Acuerdo 5, 1711.

⁽²⁵⁾ KAMEN, *El establecimiento...*, p. 373: «En el año de 11 se pusieron intendentes, y aunque se quitaron por haverse hecho odiosos con exacciones rigurosas o porque no se acertó en la elección de los sujetos o porque las ocurrencias de la guerra no permitieron la práctica de su instituto, dexánrose en las partes donde había guerra».

los superintendentes de provincias de lo que debían observar en el manejo de la superintendencia tocante a justicia, policía, finanzas y tropas (26). Dirigida a los territorios de la corona de Aragón, se primaba la función de administradores de los ejércitos; las de policía, justicia y hacienda se remitirían más tarde y ya se adelantaba que eran los máximos responsables de todo lo que pasara en las villas y ciudades que tenían encomendadas, debiendo estar informados de cuanto sucediera y visitarlas asiduamente para recibir las noticias que cada 8 ó 15 días debían transmitirles corregidores, alcaldes y justicias. Las primeras instrucciones y su implantación general en toda la península llegó en 1718. Recibe esta institución así, un respaldo del monarca, quien además en algunos lugares, como Valencia, une al cargo de intendente el de corregidor de la ciudad:

L'any 1718, amb motiu d'averse publicat el decret d'instauració de les Intendències, que hom pretengué generalitzar per tot Espanya, Felip V volgué enrobustir els titulars d'aquesta novella magistratura financera, radicats a les capitals dels regnes valencià i aragones. I un dels procediments adoptats fou el d'assimilar al càrrec de corregidor els intendents de València-ciutat i de Saragossa (27).

Los deseos de renovación y de transformación de los ilustrados se plasman en buena parte en la persona de los intendentes y sus funciones de fomento y hacienda. Son estos funcionarios (28) los encargados de impulsar las actividades productivas así como las obras públicas y servicios útiles a la comunidad, además de ser los máximos responsables de las cuestiones hacendísticas provinciales (29). Desde las primeras palabras de las intrucciones de 1718 y

(26) Archivo Histórico Nacional, (A.H.N.) Consejos, Lib. 1475, núm. 103, fol. 357, que se encuentra transcrito en el apéndice como « Documento IV ». Kamen recoge una transcripción de la copia que se conserva en el archivo del ministerio de hacienda, H. KAMEN, *El establecimiento...*, p. 368.

(27) J. MERCADER I RIBA, *Felip V i Catalunya*, Barcelona, 1985, p. 261.

(28) Aunque no puede decirse que el intendente reúna plenamente las condiciones de funcionario en todas su partes, sin embargo, al ser un miembro del aparato burocrático, con unas funciones previamente determinadas en las ordenanzas, con una responsabilidad ante el gobierno y un sueldo fijo, G. MORAZZANI no duda en presentarlo como un funcionario especial, aunque en la época no exista tal concepto, *La intendencia...*, pp. 55-60.

(29) M. ORTEGA, *La lucha por la tierra en la corona de Castilla*, Madrid, 1986, p. 244.

1749 se expresa su configuración de poder fuerte encargado de controlar el gobierno económico, la administración de justicia y la causa pública en general.

He resuelto formar, y establecer en cada una de las Provincias del Reyno una Intendencia General, comprehensiva de estas quatro causas, de Justicia, Policia, Hacienda y Guerra, nombrabdo para execerlas personas de grado, autoridad y representación, zelo, aptitud, y demás partes correspondientes al grave cargo de ellas, que ha de usar de las facultades, y jurisdicción, necesarias a los expresados fines...

Los nombramientos de los intendentes los hacía el monarca de acuerdo con los consejos de hacienda y guerra. Los intendentes de ejército y de provincia eran propuestos al rey por el consejo de hacienda de acuerdo con el de guerra; los de provincia por vía reservada del consejo de hacienda ⁽³⁰⁾. Las intendencias fueron de dos tipos: las de ejército y provincia — mejor dotadas y radicadas en los territorios con guarniciones militares importantes — y las de provincia ⁽³¹⁾. Estas no tenían funciones de guerra y se clasificaban a su vez en tres categorías, según los salarios que tenían atribuidos ⁽³²⁾. Abbad y Ozanam señalan que la mayoría de los intendentes procedían de la vía administrativa de hacienda o de servicios administrativos militares; el resto se distribuye entre gobernadores, corregidores, diplomáticos... En cuanto a las intendencias de ejército y provincia se elegían entre los que ya habían desempeñado esta función o habían sido intendentes de provincia ⁽³³⁾. Su origen social

⁽³⁰⁾ G. MORAZZANI, *La intendencia...*, pp. 111-112. Esta práctica quedó regulada por una real disposición de 26 de agosto de 1754, E. ESCARTÍN, *La intendencia de Cataluña en el siglo XVIII*, en *Cuadernos de Historia*, IX(1978), 39-112, p. 52.

⁽³¹⁾ Capítulos 142 y 145 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽³²⁾ El real decreto de 23 de enero de 1750 ofrece una relación de las mismas, quedando establecidos ocho intendentes de ejército y provincia en Cataluña, Aragón, Valencia, Sevilla, Zamora, Extremadura, Galicia y Mallorca; siete de provincia de 1ª clase: Madrid, Burgos, León, Granada, Córdoba, Toledo y Valladolid; seis de 2ª clase: La Mancha, Murcia, Segovia, Jaén, Cuenca y Salamanca; y cinco de 3ª: Palencia, Toro, Ávila, Soria y Guadalajara, Kamen, «El establecimiento...» p. 378; Escartín, «La intendencia...», pp. 50-51. En 1799 el número de intendentes era el mismo, aunque la intendencia de Sevilla aparece con el nombre de Andalucía y la de Zamora con el de Castilla, Morazzani, *La intendencia...*, pp. 33-34. Escartín, «La intendencia...», pp. 50-51.

⁽³³⁾ ABBAD Y OZANAM, *Para una historia de los intendentes españoles en el siglo*

radica frecuentemente en la pequeña nobleza, sobre todo caballeros de órdenes militares y clases medias⁽³⁴⁾. En general nos encontraremos con personas de sólida formación cultural o económica y sin duda entre convencidos ilustrados, pues iban a ser los máximos difusores de su doctrina⁽³⁵⁾. Las ordenanzas insistían en que se trataba de un cargo de confianza y por ello « si alguno de ellos, olvidado de lo que se debe así a mi servicio y órdenes contraviniese en este establecimiento, incurrirá en mi indignación y será depuesto de su empleo, quedando inhábil para ocupar (este ni) otro alguno »⁽³⁶⁾. En cuanto al periodo de mandato de los intendentes nada señalan las ordenanzas de 1718 y 1749 y, aunque el 3 de diciembre de 1749 una real orden reiterada por otra del día 16 ordenaba que las intendencias de ejército y provincia fueran trienales, su duración fue siempre potestativa del monarca. La duración del cargo osciló entre cuatro y cinco años, si bien algunas tuvieron dilatada ocupación; en Cataluña llegó a durar catorce años, o en Toledo nueve⁽³⁷⁾. Nada se preveía sobre la elección o ascenso, pues la ordenanza de 1718 se limitaba a destacar que se elegirían entre las personas de « grado, autoridad, representación y zelo »⁽³⁸⁾, mientras que en 1749 se añadía que era la corona quien elegiría y nombraría según la conveniencia y oportunidad del momento. Poco más afinaría una real orden de 26 de marzo de 1800 cuando afirmaba que en los intendentes debían concurrir « unos elevados talentos, una instrucción exquisita, una prudencia consumada y una probidad inflexible »⁽³⁹⁾.

En la escala jerárquica el superior del intendente era el superintendente general de la real hacienda, cargo habitualmente anexo al de secretario de estado y del despacho universal. En 1760 se

XVIII, en *Actas del IV Symposium de historia de la administracion*, 1983, pp. 579-612.

⁽³⁴⁾ E. ESCARTÍN, *La intendencia...*, p. 55.

⁽³⁵⁾ M. ORTEGA, *La lucha...*, p. 244.

⁽³⁶⁾ Capítulos 142 y 145 de las ordenanzas de 1714 y 1749 respectivamente. Las palabras recogidas entre paréntesis se hallan sólo en las de 1718.

⁽³⁷⁾ G. MORAZZANI, *La intendencia...*, pp. 121-122. F. ABBAD Y D. OZANAM, *Para una historia...*, p. 584.

⁽³⁸⁾ Exposición de motivos de la instrucción.

⁽³⁹⁾ F. GALLARDO FERNÁNDEZ, *Origen, progresos y estado de las rentas de la corona de España, su gobierno y administración*, 7 vols. Madrid, 1805-1808, vol. V. p. 291.

declaraba la jurisdicción privativa del superintendente general en lo referente a rentas y servicios, «jurisdicción que ejerce en primera instancia por sí o por medio de los intendentes como subdelegados suyos y por los demás del reino con apelación al consejo de la sala de justicia» (40). En estas cuestiones de justicia son auxiliados los intendentes por uno o dos tenientes letrados, en la jurisdicción civil y criminal, nombrados por el monarca a través del consejo de cámara a la vista de una terna. Luego serían aprobados por las chancillerías y audiencia. Cesaban en sus funciones con el intendente y no podían ser removidos sin justa causa y conocimiento del consejo de cámara. El teniente de lo civil debía ser el asesor ordinario del intendente en todas las causas y negocios de su conocimiento, aunque por real decreto de 14 de diciembre de 1760 y cédula de 17, se concede a los intendentes que en «causas de rentas o de fraudes y contrabando siempre que los intendentes tengan motivo para no asesorarse con los alcaldes mayores, propongan al superintendente general sugeto de su entera satisfacción, a fin de que con su aprobación nombre otro asesor» (41). El intendente debía subdelegar sus encargos en los corregidores; si lo hacía en persona diferente debía informar sobre las circunstancias que le habían movido a tomar tal decisión y esperar la aprobación real (42). Por otra parte, por cuanto queda al cargo de la economía y policía general del ejército están inmediatamente a sus órdenes los comisarios ordenadores y ordinarios de guerra, contadores y dependientes de provisión y hospitales, pudiendo incluso nombrarlos siempre que fuere por tiempo limitado (43). Como corregidor, el intendente presidía el ayuntamiento y, en caso de ausencia o enfermedad, podía ser suplido por el teniente de civil, a falta de este por el de lo criminal y en defecto de ambos por el regidor decano (44).

En cada provincia el intendente junto con un pagador y un administrador forma tribunal de hacienda subordinado al del consejo de hacienda y en conexión y correspondencia con el tesoro

(40) GALLARDO, *Orígenes...*, I, p. 107.

(41) Novísima recopilación, VI, 9, II.

(42) Instrucción de 1718, cap. 34.

(43) Capítulos 117 y 121 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(44) Instrucción de 1749, capítulos 2-8.

general ⁽⁴⁵⁾. En la *Instrucción de 10 de noviembre de 1760, mandada observar por el superintendente general de la real hacienda, para el mejor gobierno y recaudación de todas las rentas*, se mandaba que semanalmente el intendente se reuniera en su casa con los administradores y contadores de todas las rentas para rendir cuentas, debiendo a su vez informar de todo lo tratado al superintendente tras cada reunión. En fin, todos los empleados destinados a la recaudación y resguardo de las rentas deben obedecer sus órdenes ⁽⁴⁶⁾. Según Martínez Díez, las intendencias y los corregimientos establecerían las bases de una división administrativa que prefigura la futura distribución territorial en provincias y partidos ⁽⁴⁷⁾.

En cuanto a las competencias de los intendentes el artículo primero de ambas ordenanzas señalan los cuatro sectores de su actividad: policía, justicia, hacienda y guerra. Distinguiremos las que se refieren al gobierno y gestión de las jurisdiccionales. Hay que tener presente que la falta de distinción entre la función ejecutiva y la judicial se reflejaba en casi todas las instancias de poder (audiencias, consejos, corregimientos...) puesto que la justicia se entendía como función judicial y gubernativa. La complejidad de jurisdicciones y fueros típica del antiguo régimen y que quedan plasmadas en las prerrogativas del intendente que intervenía en tres ámbitos — justicia ordinaria, hacienda y ejércitos — obliga a un análisis pormenorizado de la legislación para entresacar de los distintos niveles de actuación las materias atribuidas al intendente como juez. El concepto de policía es distinto al contemporáneo. En el antiguo régimen se refiere desde las actuaciones destinadas a conservar el orden público, hasta la más compleja función de promover o fomentar la riqueza de su provincia. Como señalaba Gallardo Fernández, eran considerados «los agentes de la felicidad de los pueblos» ⁽⁴⁸⁾, y nada más perfecto para un ilustrado que obtener la

⁽⁴⁵⁾ Las instrucciones de estos empleados se recogen detrás de la ordenanza de 1718 y se mandan seguir en el capítulo 39 de la de 1749.

⁽⁴⁶⁾ Instrucción general de 4 de octubre de 1799, cap. I, art. 3. Instrucción de 1802, cap. I, arts. 3 y 4.

⁽⁴⁷⁾ G. MARTÍNEZ DÍEZ, *Génesis histórica de las provincias españolas*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, LI(1981), 523-593.

⁽⁴⁸⁾ F. GALLARDO FERNÁNDEZ, *Prontuario de las facultades y obligaciones de los*

felicidad a través de la utilidad pública. Justicia y policía implican en estos momentos ejecutar actos de gobierno, de ahí su estrecha correspondencia, pues para poder lograr un buen gobierno — son palabras de la ordenanza de 1749 — debía unirse a la recta administración de justicia « el cuidado de cuanto conduce a la policía y mayor utilidad » de sus vasallos.

Veamos primero las cuestiones sobre gestión y gobierno. Ya hemos señalado que la competencia del intendente en su provincia era casi universal. Destacan entre las funciones de los intendentes las dirigidas a velar por el « bienestar general de los pueblos », tanto físico como moral. En cuanto al primero: limpieza y ornato, conservación de murallas y edificios públicos, ensanche y enderezamiento de calles, reparación de edificios ruinosos, ... ⁽⁴⁹⁾. En cuanto al bienestar moral debían mantener « sin escándalos que causen lunar al christiano régimen » a sus pueblos. Para esta labor debían informarse de la vida y costumbres de sus vecinos y moradores, y luego corregir y castigar a los ociosos y vagabundos. Las penas previstas para las gentes de mal vivir eran severas. En el caso de los vagabundos le competía encarcelar a los que tuviesen edad para su reclutamiento y posteriormente entregarlos a un regimiento, en otro caso eran compelidos a trabajar en las obras públicas. Ancianos, enfermos o incapaces para el trabajo serían recludos en casas de misericordia, con cargo a los propios del lugar, para que pudieran alojarse en ellas ⁽⁵⁰⁾.

Le corresponde al intendente la supervisión general en lo administrativo y económico. Para ello se le dota de poder sobre corregidores, justicias y otros oficiales reales, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento de la administración de justicia y la paz de los pueblos. Así, el intendente era el encargado de fiscalizar las actuaciones para que corregidores y justicias no procedieran con « parcialidad, pasión o venganza », para que las causas se agilizaran y para que se cobrasen solamente los derechos señalados. Si no fuesen bastante sus advertencias debía informar al tribunal corres-

intendentes, subdelegados, contadores, administradores, tesoreros y demás empleados en la administración y recaudo de las rentas reales..., Madrid, 1806.

⁽⁴⁹⁾ Caps. 5-53 y 32 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁵⁰⁾ Caps. 38, 40, 42 y 21, 22 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

pondiente y al monarca. La instrucción de 1718 confería al intendente capacidad para sancionar a las justicias que procedían sin justa causa. Debía hacerlo por vía sumaria, económica o gubernativa excepto de aquellos pleitos que por su gravedad fuesen de oficio, debiendo seguir el curso legal por lo contencioso en el tribunal correspondiente. También podía impedir los recursos que antepusieran dichas justicias ante audiencias o chancillerías sin fundamento⁽⁵¹⁾. Otra cuestión fundamental de la labor de control de los intendentes tiene que ver con los juicios de residencia. En primer lugar, puesto que el intendente era « el más enterado que debe estar del estado de la provincia » se le imponía la tarea de asesorar e informar al juez de residencia acerca de las situaciones y casos que considerara conveniente castigar o corregir⁽⁵²⁾. Pero, por otro lado, también debían vigilar sobre el cumplimiento de las instrucciones de los ministros encargados de efectuar el control mediante las residencias; especialmente se señalaba que velaran porque no dejaran « disimulados o tolerados delitos o excesos dignos de castigo, por contemplación o interés ». También deberían amonestarles si se excedían en el cobro de sus salarios y, si sus indicaciones se mostraban insuficientes, podrían los intendentes informar al gobernador del consejo de Castilla. Son además los encargados de recaudar las penas pecuniarias que impusieran los jueces ordinarios y también colaborarían con el auxilio militar necesario cuando fuese requerido este por las justicias⁽⁵³⁾.

Otro aspecto fundamental de la labor en las intendencias tiene que ver con el estudio y planificación de la riqueza del territorio encomendado. Dos veces al mes informan al gobernador del consejo de Castilla sobre la situación de la provincia en frutos y cosechas, su abundancia o escasez, con el fin de promover la inversión agrícola y de que se tomaran medidas oportunas; entre estas destacan las que tenían por objetivo facilitar o impedir, dependiendo de los casos, el libre comercio de los productos. A este fin se dirigen numerosos artículos de las ordenanzas en los que se ordena desde la confección

(51) Caps. 2-3 y 9-10 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(52) Cap. 11 de la ordenanza de 1749. En parecidos términos se expresa el capítulo 4 de la ordenanza de 1718.

(53) Caps. 31 y 17 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

de mapas, en lo que se mostrara las propiedades de la corona, la iglesia y la nobleza, hasta la elaboración de memoriales acerca de los recursos mineros, industriales, agrícolas o ganaderos. Junto a esta tarea recopilatoria de información sobre la situación y estado de las provincias, sus cosechas o posibles soluciones, los intendentes emiten disposiciones, bandos, con cierta frecuencia para el fomento de alguna especie determinada ⁽⁵⁴⁾. Debían procurar la fertilidad de los campos, que las aguas se aprovecharan, fomentar la cría de ganado, en proporción a los pastos y de caballos generosos, así como conservar y hacer conservar montes y plantíos ⁽⁵⁵⁾. Entre sus tareas primordiales está proteger la industria y el comercio, fomentando en los pueblos fábricas de paño, ropa, papel, vidrio, jabón, lienzos, telares... capaces de competir con los productos extranjeros ⁽⁵⁶⁾. También deben favorecer el tráfico mercantil procurando facilitar los viajes de los comerciantes y demás viajeros y, para ello, conseguir con su actuación que puentes y caminos se mantuvieran en buen estado, con señales claras en los cruces y advertencias sobre si eran de carruaje o de herradura, que las posadas estuvieran bien provistas de alimentos y camas limpias, etc. ⁽⁵⁷⁾. Debían supervisar si los caminos estaban vigilados y advertir a jueces, alcaldes y cuadrilleros sobre su responsabilidad en caso de algún incidente ⁽⁵⁸⁾. También vigilan los pósitos ⁽⁵⁹⁾. En 1737 se entendía por tal la « casa donde se guardaba la cantidad de trigo en que las ciudades, lugares y villas se tiene repuesto y prevención, para usar en tiempo de necesidad y carestía ». Ya a finales de siglos, en 1796, se completaba esta definición haciendo ver su virtualidad en el socorro a los labradores. En buena parte su objetivo consistía en terminar con la escasez de pan y que su precio estuviera muy por debajo al de otras poblaciones

⁽⁵⁴⁾ M. ORTEGA, *La lucha...*, pp. 243-268.

⁽⁵⁵⁾ Caps. 44, 45, 46 y 24, 25, 26, 27 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁵⁶⁾ Caps. 43 y 23 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁵⁷⁾ Caps. 47, 49 y 28, 29 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁵⁸⁾ Caps. 51 y 31 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁵⁹⁾ Caps. 36, 39, 48, 58, 60 y 19, 20, 34, 46 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

cercanas ⁽⁶⁰⁾. Desde 1584 se regulariza la situación de los pósitos. A partir de esta fecha dependen del consejo de Castilla — en la corona de Aragón el número era muy pequeño — que a su vez comisionó en los corregidores. Con la creación de las intendencias será ahora el intendente el encargado de velar sobre los pósitos « obrando en tan importante materia sin contemplación, ni respeto humano, por depender, como depende, la subsistencia pública » ⁽⁶¹⁾. La competencia de los intendentes sobre este asunto cesó por real decreto de 16 de marzo de 1751. Ahora se creará una superintendencia general de todos los pósitos. Este nuevo organismo, presidido por un superintendente — el cargo recae en el secretario y del despacho de gracia y justicia — conoce privativamente y con inhibición de los demás magistrados y tribunales del reino ⁽⁶²⁾.

Corresponde al intendente velar por la correcta administración de los propios y arbitrios municipales; debía favorecer la buena administración de los mismos interviniendo en las subastas, de manera que éstas se efectuasen con el conocimiento de todos los vecinos, se evitaran las concesiones a favor de los intereses de los regidores y se obtuviera la mayor baratura de los abastos ⁽⁶³⁾. Aunque entre las competencias de los intendentes no se encontraba la intervención en las finanzas municipales, desde la instrucción de 30 de julio de 1760 se había concedido al consejo de Castilla el derecho de supervisar y examinar las cuentas anuales de los municipios. También se había creado una contaduría general, ejemplo típico de la expansión de la intervención centralista bajo el gobierno de los borbones, y una junta municipal de propios y arbitrios en cada población ⁽⁶⁴⁾. Esta sería presidida por los intendentes, con compe-

⁽⁶⁰⁾ M. DE C. FERNÁNDEZ HIDALGO y M. GARCÍA RUIPÉREZ, *Los pósitos municipales y su documentación*, Madrid, 1989.

⁽⁶¹⁾ Caps. 60 y 36 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente

⁽⁶²⁾ F. PÉREZ MORGA, *Colección de reales cédulas, instrucciones, órdenes y demás disposiciones del ramo de pósitos expedidas hasta el fin del año 1826, con algunas notas instructivas para mayor ilustración*. Madrid, 1827, p. 5.

⁽⁶³⁾ Caps. 37 y 14-15 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁶⁴⁾ Sobre el resultado de alguna de estas medidas en Valencia véase V. GIMÉNEZ CHORNET, *La comptaduris general de propis i arbitris: eficàcia d'una reforma borbònica*, en *Estudis*, XIV(1989), 35-49.

tencias para la fiscalización en la administración y remisión de cuentas (65).

Sin duda es en los asuntos fiscales y financieros donde resaltan las atribuciones de los intendentes, hasta el punto de que si desgajáramos sus competencias fiscales del cargo poca entidad tendría la figura analizada. Conocían privativamente de todas las rentas reales de su provincia, arrendadas o en administración directa y de todos los derechos pertenecientes por cualquier título al real erario (66). Reciben informes mensuales de los administradores y corregidores (67), supervisan las cobranzas y el mayor aumento de sus ingresos. Para lograrlo se les confiere poder sobre la actuación de todos sus subordinados (68). En aquellos casos en que resultaba necesario contar con auxilios superiores para contener y castigar a los empleados daban cuenta al superintendente general cumpliendo sus órdenes (la ordenanza de 1718 habla de «ejemplares castigos cuando fueren convenientes») (69). También le incumbía la vigilancia del manejo de los ramos arrendados, cuidando que no se pretendieran pagos excesivos de los contribuyentes, ni se dejaran de cobrar los tributos en los tiempos oportunos o no se ingresara en las tesorerías respectivas, los fondos debidos en los plazos señalados (70). Defienden a los contribuyentes evitando el despacho de ejecuciones, observando en cualquier caso la real cédula de 13 de marzo de 1725 en cuanto a los privilegios de los labradores y los meses de moratoria para la recolección de cosechas (71). También se informan sobre la justicia de los repartos. Estos debían hacerse en proporción a los bienes raíces, rentas y negocios de los vecinos sin reservar diligencia alguna para el perfecto conocimiento de los medios y reglas que

(65) R. L. DOU, *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado*, 9 vols. Madrid, 1800-1803, III, p. 259.

(66) Caps 8 y 41 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(67) Cap. 44 de la ordenanza de 1749. La ordenanza de 1718 dispone en su capítulo 10 que los informes sean semanales.

(68) Caps. 9 y 42 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(69) Caps. 12, 13 y 45 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(70) Caps. 11 y 43 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(71) Cap. 46 de la ordenanza de 1749. En la de 1718 estas ideas aparecen en los cpas. 16 y 18.

pudieran asegurar una contribución equitativa. Es labor del intendente atender a las reclamaciones de aquellos que no se muestran de acuerdo con los repartos; no deben permitir que se reparta más líquido de la contribución que el 6 por ciento concedido a las justicias por la cobranza, conducción y paga en arcas reales, con el pretexto de otros salarios. En el caso de que alguna población no recaudara lo solicitado el intendente se dirige no contra los morosos, sino contra los encargados de la recaudación, pues son ellos los responsables directos. En cualquier caso, debe el intendente informarse si el descubierto en la recaudación proviene de la ineficacia de los encargados de recaudar o si, por el contrario, lo que sucede es que las poblaciones son absolutamente incapaces de contribuir con lo señalado. En este último caso debía consultar por vía reservada de hacienda, suspendiendo el apremio hasta que se providenciara lo más conveniente ⁽⁷²⁾. Debe cuidar que no se produzcan fraudes mediante donaciones o traspasos de bienes a eclesiásticos así como prevenir la evasión del pago de las rentas reales, dando cuenta al consejo de hacienda y advirtiendo a los escribanos para que no formen instrumentos de aquellos contratos, aunque fuere con el nombre de venta, sin notificárselo antes al intendente ⁽⁷³⁾. Por último se le encarga controlar los pueblos con privilegio de feria o mercado franco, para evitar que los extranjeros valiéndose indebidamente de la misma exención introduzcan mercancías y frutos en fraude de la real hacienda y del comercio de los naturales ⁽⁷⁴⁾.

Sus competencias en materia de ejército se resumen en suministrar la paga de oficiales y soldados, cuidar de los gastos extraordinarios, abastecer a la tropa, informar sobre los caminos y lugares que debe atravesar el ejército, elegir o proponer a las personas que se encargarán de la provisión de víveres, reglar las contribuciones en tiempo de guerra y procurar los alojamientos a las tropas ⁽⁷⁵⁾.

Como se desprende de lo dicho las atribuciones de los intendentes son amplísimas. Como hemos señalado respondían a una

⁽⁷²⁾ Caps. 56, 12, 13, 16, 17, 18, 20, 21 y 37, 38, 39, 45, 56, 57 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁷³⁾ Caps. 19 y 51 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁷⁴⁾ Caps. 36 y 37 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁷⁵⁾ Caps 62-137 y 70-140 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

necesidad evidente: debían llenar el vacío existente entre los consejos y los poderes locales, fundamentalmente en materia fiscal. Los consejos de la monarquía, radicados en la corte, no disponían de un sistema de información eficiente sobre la labor de los empleados reales en la periferia, ni tampoco podían actuar con total eficacia (76). Los intendentes se configuran como una pieza esencial en el gobierno de la monarquía borbónica, sus ojos y oídos — pues informarán de « aquellas cosas graves que se ofrecieren y juzgaren dignas » de notificar (77) — y también el brazo ejecutor de una nueva manera de entender la gobernación. La propia amplitud y universalidad de las funciones y del poder de los intendentes conllevaba sus dificultades. Cierta observador de la época señalaba que a pesar de que el establecimiento de las intendencias respondía a necesidades evidentes, tantas atribuciones hacían que fueran utópicas: « un intendente de Andalucía ¿cómo es posible que conozca con todo detalle las funciones que le fueron asignadas? » (78). Competencias excesivas, confusión de las jurisdicciones en una misma persona, ya advertida en las instrucciones, que pretendía « evitar competencias y embarazos entre ellas, que tan frecuentemente se experimentarían estando separadas » (79). Desde la implantación de las intendencias los conflictos de competencias con otras instancias del poder serán constantes, recuérdese el caso de Canarias. Corregidores y justicias veían mermadas sus funciones e, incluso en el caso de los corregidores, disminuídas y fiscalizadas sus actuaciones. La ordenanza de 1749 aunque intentó corregir la de 1718 complicaría los cometidos de la institución al mandar que « se restablezca en cada una de las provincias del reino una intendencia, a la qual vaya unido el corregimiento de la capital » (80). El 13 de noviembre de 1766 se separa a los intendentes de los corregimientos tras los motines en las

(76) A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y estado en el siglo XVIII español*, Barcelona, 1988, p. 94

(77) Caps. 6 y 18 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

(78) G. DESDEVEISES DU DÉZERT, pone estas palabras en boca de Campomanes; según SARRAILH las cartas político-económicas donde se recoge esta frase fueron adjudicadas por error a Campomanes (*L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII^e siècle*, Paris, 1954) II, p. 137.

(79) Exposición de motivos de ambas ordenanzas.

(80) Exposición de motivos de la ordenanza de 1749.

provincias que se produjeron en la primavera del mismo año. Provocaron el fin de Esquilache y la expulsión de los jesuitas, pero además obligaron a un cambio en la política de Carlos III, entre ellas la citada separación. Antes, una cédula real de 15 de marzo de 1760 había indicado que el conocimiento de los 42 capítulos primeros de la ordenanza correspondía a los intendentes. En la cédula de 1766 se separaban los corregimientos de las intendencias y se disponía que los corregidores ejercieran en su partido las facultades de justicia y policía y los intendentes las de hacienda y guerra ⁽⁸¹⁾. Como se ha señalado, esta pérdida de competencias de las intendencias son uno de los rasgos que diferencian a la institución española de la francesa ⁽⁸²⁾. A pesar de todo seguirán produciéndose roces entre las autoridades de la monarquía. Los expedientes sobre estas cuestiones son numerosos y darían lugar a un buen número de disposiciones de la monarquía. Por ejemplo, según la regulación de las ordenanzas de 1718 y 1749, corresponde al intendente el conocimiento exclusivo y privativo sobre los derechos de las amortizaciones ⁽⁸³⁾. En Valencia, en 24 de julio de 1764 ⁽⁸⁴⁾, se insiste en que los intendentes son los jueces naturales en estas causas. Se ordena repetidamente a la audiencia que remita sus actuaciones al juzgado de amortización ⁽⁸⁵⁾. Tras la alegación de la audiencia ⁽⁸⁶⁾, otra real orden de 26 de febrero de 1766 insiste en que de estas causas conoce el intendente. Posteriormente, el 6 de mayo de 1766 el intendente protestará ante el consejo de hacienda ante la desobediencia a las órdenes anteriores de la audiencia; se vuelve a intimar a la audiencia para que

⁽⁸¹⁾ R. L. DOU, *Instituciones...*, II, pp. 121. 122. Es dudoso sin embargo que este real decreto recibiera total cumplimiento y se continuó la tradición de confundir las funciones judiciales con las administrativas. J. LYNCH, *Administración...*, p. 54.

⁽⁸²⁾ ESCARTÍN, *La intendencia...*, p. 50.

⁽⁸³⁾ Caps. 32 y 58 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁸⁴⁾ V. BRANCHAT, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al real patrimonio en el reino de Valencia y de la jurisdicción del intendente como subrogado en lugar del antiguo bayle general*, 2 vols, Valencia, 1784-1786, II, p. 629.

⁽⁸⁵⁾ Real Orden de 21 de setiembre de 1765 y real orden de 22 de setiembre de 1765, V. BRANCHAT, *Tratado...*, II, pp. 631-632.

⁽⁸⁶⁾ Archivo del Reino de Valencia (A.R.V.), Bailía A, expediente n° 3212. Agradecemos al dr. J. Palao la referencia de este asunto. Un estudio pormenorizado de la amortización en su tesis *La amortización eclesiástica en la ciudad de Valencia en el siglo XVIII: el juzgado de amortización*, Valencia 1992.

le transfiera dichos autos ⁽⁸⁷⁾. En 1768 se produce un hecho que pondrá en claro la competencia del intendente en las cuestiones relativas a los derechos de amortización. Fallece un sujeto que deja como heredera a la congregación de San Felipe Neri. Como esta carece en ese momento de privilegio para poder amortizar los familiares reclaman la herencia. El pleito se sustancia en la audiencia y se produce la reclamación del fiscal del juzgado de amortización, que reclama la jurisdicción en esta materia. Ante la negativa del fiscal de la audiencia que desestima la petición el intendente redacta un memorial al consejo el 16 de junio de 1733, reclamando la jurisdicción de este y otros asuntos referentes a la amortización ⁽⁸⁸⁾. La real cédula de 25 de julio de 1775 aprueba la instrucción de 30 de junio de 1775 sobre el conocimiento de los asuntos relativos a amortización, disponiendo que el consejo de cámara se encargará de la concesión de privilegios, mientras que la recaudación y pleitos en primera instancia será del privativo conocimiento del intendente y de la apelación conocerá el consejo de hacienda ⁽⁸⁹⁾.

En lo que hace referencia a las cuestiones de justicia destaca sobre todo la función jurisdiccional de los intendentes en materias de hacienda. El cambio de política que supone la instauración de la dinastía de los borbones se centrará en buena parte en intentar la recuperación económica del país mediante una actuación más centralizada.. Como ha señalado Artola, intendentes y secretario de hacienda conforman una estructura administrativa cuyo ámbito de actuación abarca todo el territorio y, por lo tanto, permitía la administración directa de la real hacienda ⁽⁹⁰⁾. Para lograr una gestión más racional y, sobre todo, más productiva para las arcas reales, era necesario que los empleados encargados directamente del control de las rentas reales dispusieran de competencias amplísimas, casi absolutas, que les permitieran terminar con la dispersión anterior. Ya hemos visto que la intendencia depende directamente del poder central, se sitúa por encima del resto de autoridades, origen de múltiples conflictos y debía permitir una explotación más efi-

⁽⁸⁷⁾ V. BRANCHAT, *Tratado...*, II, p. 636.

⁽⁸⁸⁾ Archivo General de Simancas, Secretaría de Hacienda, leg. 628.

⁽⁸⁹⁾ V. BRANCHAT, *Tratado...*, II, pp. 637 y ss.

⁽⁹⁰⁾ M. ARTOLA, *La hacienda...*, p. 17.

ciente de la riqueza potencial del país. En la jerarquía administrativa, por encima del intendente y dentro de su demarcación en lo fiscal y económico solamente estaba el superintendente general y el consejo de hacienda. En esta jurisdicción especial el intendente conoce privativamente y con inhibición de todos los consejos, chancillerías y tribunales, excepto el de hacienda, de todas las causas en que tuviera interés la real hacienda y de todas las tocantes a cualquiera de los ramos generales o particulares, arrendados o administrados, derechos feudales, servicios, diezmos e imposiciones y de todos los demás productos pertenecientes al real erario, sin admitir las partes recurso ni apelación, sino al consejo de hacienda ⁽⁹¹⁾. Se configuran además como única instancia jurisdiccional en todos los asuntos sobre imposición de censos, feudos o efectos de realengo cuyo dominio directo, alodial o feudal pertenezca a la real hacienda. De aquellos pertenecientes a la corona, conocen los tribunales aplicados y las apelaciones a sus sentencias corresponden al consejo de Castilla, chancillerías o audiencias, aunque tras la decisión final los fiscales deben notificarlas al intendente para que este se haga cargo de cobrar la pensión de estos derechos, si es el caso ⁽⁹²⁾.

Entre la enorme amplitud de sus atribuciones se destacaban las de conocer de la enajenación, cobro del importe, instancias y pleitos sobre los bienes confiscados por sentencia firme; casos de naufragio, arribadas, presas y bienes vacantes; fiscalización de los derechos de portazgo, pontazgo y pesquerías; conocimiento de los pleitos e instancias sobre laudemios de bienes en alodio de la real hacienda y amortización, aunque en este último caso estaban subordinados al consejo de cámara ⁽⁹³⁾. Su competencia se extiende a todas las causas civiles y criminales y negocios de subalternos y empleados en la administración y resguardo de la real hacienda que procedan de sus oficios, no de los demás. Supone el establecimiento de un fuero personal para todos los empleados de la real hacienda. En el XVIII la corona española mostró cierta tendencia a administrar directamente algunos impuestos hasta entonces arrendados a individuos o instituciones y a realizar servicios públicos que con anterioridad se

⁽⁹¹⁾ Caps. 25 y 26 de la ordenanza de 1718 y 52 de la de 1749.

⁽⁹²⁾ Caps. 27 y 53 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente

⁽⁹³⁾ Caps. 28-32 y 54-58 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

confiaron al manejo privado. Así se fueron desarrollando oficinas independientes de la ceca real y para el servicio postal. También se colocaron bajo la administración de la real hacienda, tras ser arrendadas, las rentas del tabaco, pólvora y naipes. Y, aunque estos se gobernaban privativamente por juntas y ministros encargados especialmente para ello, los intendentes en sus respectivas provincias conocían de todas las causas y negocios que se ofrecieren en estas rentas ⁽⁹⁴⁾.

Conocerán privativamente en todas las « dependencias, causas y cosas que se ofrecieran en materia del ejército y sus dependientes » ⁽⁹⁵⁾. En este sentido, su función primordial era, por una parte, procurar una cierta armonía entre el ejército y la población civil ⁽⁹⁶⁾, y por otra, evitar que el ejército defraudara a la real hacienda. En el primero de los casos, si « algún regimiento, compañía o gente destacada, hiciese daño a los pueblos, sea con extorsión, o recibiendo de ellos dinero, frutos, géneros u otras cosas, lo que no tocaba a las tropas, aunque sea a título de dádiva voluntaria y se justificase su importe » se deducirá de los sueldos de los oficiales y soldados, según su responsabilidad, el coste de los daños ⁽⁹⁷⁾.

Las decisiones de los intendentes son inmediatamente ejecutivas. Sólo excepcionalmente — el caso de « deposición de empleo » — se suspende la ejecución de la sentencia mientras se remiten los autos al monarca para que decida ⁽⁹⁸⁾. Si el capitán general recibiera antes que el intendente la noticia del desorden o los daños provocados por el ejército a alguna población, deberá informar al intendente y auxiliarle en lo que necesitare ⁽⁹⁹⁾. En el segundo de los

⁽⁹⁴⁾ Caps. 15 y 60 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁹⁵⁾ Caps. 90 y 94 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁹⁶⁾ Esta función, de aliviar los excesos del ejército, se plasmó sobre todo en Valencia tras la conquista. La ciudad de Valencia, en julio de 1716, ya imploraba la mediación de la autoridad ante los destrozos para cobrar las imposiciones: « Las continuas instancias que no sólo por el intendente general de este reino, sino también por el capitán general, que excede en los términos a una perpétua amenaza, y los desordenados modos con que pretenden cobrar las tropas las libranzas que les da la tesorería sobre esta ciudad y su huerta, le obliga a recurrir a su magestad por medio de usted... » J. CORREA, *El equivalente...*, p. 53.

⁽⁹⁷⁾ Caps. 99 y 103 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁹⁸⁾ Caps. 104 y 108 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽⁹⁹⁾ Caps. 106 y 110 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

casos, es decir, para evitar que en el interior de los cuerpos se defraudasen cantidades a los soldados y oficiales por los comandantes o sargentos mayores encargados de distribuir la paga, los intendentes pueden oír a los perjudicados y tienen poder para aplicar las penas correspondientes a los infractores, a pesar de que de ello se encargan los inspectores de los cuerpos ⁽¹⁰⁰⁾.

Además de estas amplias competencias jurisdiccionales, en las que el intendente es juez privativo hay que tener en cuenta el resto de casos que conoce en cuanto corregidor de la capital del territorio. Las ordenanzas de 1718 preveían que la unión de la intendencia con el corregimiento de la ciudad, cabeza de provincia, podía acaecer siempre que el monarca lo juzgase conveniente ⁽¹⁰¹⁾; en las de 1749 se mandaba que se restableciera « en cada una de las provincias del reyno una intendencia, a la qual va unido el corregimiento de la capital » ⁽¹⁰²⁾. Así pues, el intendente debía observar también los capítulos de corregidores ⁽¹⁰³⁾ en los puntos que no hallase prevenidos en la ordenanza de 1749 ⁽¹⁰⁴⁾.

Hemos analizado jurídicamente el desarrollo de esta institución. Pero, como suele suceder, será en la práctica donde se den las respuestas a esos avatares por los que la nueva clase burocrática se obligada a pasar.

Ya desde sus comienzos, esta institución — peor vista por sus amplias competencias que por su origen francés — tropieza con otros ámbitos de poder. Sus funciones, no bien determinadas hasta 1718 ⁽¹⁰⁵⁾, son excesivas y chocan con las de otros ministros o instituciones de la época. De hecho, ya hemos visto cómo poco después del intento de establecerlas con carácter general y con unas precisas instrucciones en 1718, se abolen — en 1721 — en todos

⁽¹⁰⁰⁾ Caps. 112 y 116 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽¹⁰¹⁾ Cap. 66 de la ordenanza de 1718.

⁽¹⁰²⁾ Cap. 1 de la ordenanza de 1749

⁽¹⁰³⁾ N.R. III, 6, auto 1, recoge los de 1648, para Valencia y Aragón se dan otros en 1719, ARV, Libro del real acuerdo, 1719, fol.

⁽¹⁰⁴⁾ Cap. 38 de las ordenanzas de 1749.

⁽¹⁰⁵⁾ Las primeras instrucciones se dan en 1711, con los mismos nombramientos de intendentes, y poco después en 1714 se dan unas más generales y específicas aun cuando sólo se refieren a sus funciones respecto al ejército.

aquellos lugares donde no había ejército⁽¹⁰⁶⁾. Las razones que expone el consejo al rey para que se adopte tal medida⁽¹⁰⁷⁾ — a pesar, como se reconoce, de que de « la observancia de las instrucciones se pudo esperar la felicidad común », importante deseo entre los ilustrados — fueron que « se reconoció que ni se podía encontrar persona con fuerzas y capacidad para cumplir con todo, ni de tanta confianza que a su justificación se pudiesen fiar las resoluciones y que entre tantos como al principio se nombraron no se dará uno que hubiese podido cumplir con todos los encargos que contenía la instrucción, antes bien desde los principios se reconoció que todos los intendentes escusando quanto era de trabajo y cuidado sólo trataron de elevar su autoridad y restablecer su independencia creyéndose absolutos en sus provincias sin la menor subordinación aún en materias de justicia a los tribunales superiores... ».

La falta de capacidad, las demasiadas obligaciones, los conflictos de competencia, la tiranía de los sujetos se presentan aquí como causas fundamentales para la abolición de las intendencias en aquellos lugares donde no había tropas y por tanto, se supone no son demasiado conflictivas. Las razones, sin embargo, van más allá y parecen estar más en las presiones, la resistencia que la clase burocrática existente presentó a la nueva autoridad. De ahí que la figura del intendente, con las mismas atribuciones, imposibles de cumplir según el consejo, continúe en los territorios de la corona de Aragón donde el resto de las altas instancias son igualmente nuevas. Luego veremos, cómo el nuevo funcionario tendrá que enfrentarse a la audiencia, o al capitán general, en estos territorios, incluso a la iglesia, o al mismo pueblo — debido a su impopularidad por encargarse de los temas de impuestos —, pero, no obstante, sobrevive ante esas críticas o resistencias. No se ve en él una amenaza para unos intereses tradicionalmente mantenidos, pues aquí, con los decretos de nueva planta, se había roto con la tradición.

Cuando el marqués de Uztáriz⁽¹⁰⁸⁾, con motivo de una carta del marqués de Rafal, debe presentar al rey, por orden suya, un informe sobre si deben o no volverse a reponer las intendencias, analiza —

(106) H. KAMEN, *El establecimiento...*, p. 377.

(107) Consulta del consejo en pleno de 22 de noviembre de 1720.

(108) A.H.N., Sección consejos, legajo 1480.

en 1748 — aquella deliberación del consejo de 1720 ⁽¹⁰⁹⁾. En sus conclusiones aduce cómo « antes de ver las nuevas instrucciones que se prevenían, conspiró contra ellas la multitud » y que « aunque ningún yntendente hubiese podido acertar en el desempeño de sus encargos no tendríamos que admirar. Duró poco más de dos años su egercicio y apenas pudieron empezar a poner en práctica sus facultades porque necesitaron de todo este tiempo para resistir las oposiciones que encontraron en los capitanes generales y en los tribunales de fuera, que se ofendieron de lo que se limitaban las suias

⁽¹⁰⁹⁾ Ante la expresión recogida con anterioridad de que « todos los intendentes escusando quanto era de su trabajo... », él respondía: « ... supongo que el señor gobernador del consejo que no tendría en aquel tiempo motivo para examinar por si la conducta de aquellos ministros expresa lo que le han informado, pues de otra suerte no se podía esperar de su juicio, literatura y delicada conciencia la expresión de que *todos* los yntendentes fueron malos o inútiles para el desempeño de sus encargos y se huviera limitado a decir *los más*, pues en esta forma no quedarían lastimados en su honor y en su opinión. Es verdad que en algunos de los yntendentes elegidos en aquel año no concurrían las circunstancias que se requerían para esta confianza y manejo porque aviéndose hecho poco antes una reducción en los tribunales y quedado sin empleo varios ministros señaladamente del de hacienda en que se comprehendían de algunosque sólo avían entendido en papeles de contaduría fueron tantos y tan justos sus clamores que obligaron a que mejorándolos se les atendiese en este establecimiento y como los más de éstos aunque hábiles en su profesión no avían gobernado una aldea se deja considerar cómo podrían manejar promptamente una provincia o un reyno, mayormente quando no es dudable por regla general que un ministro que aya empleado sus talentos en la corte por toda su vida se hallará muy embarazado en el exercicio de los encargos de fuera así como varias veces hemos experimentado ablando también en general que los que vienen de las provincias a empleos de la corte se hallan a los principios tan confusos aunque sean hombres que sólo les queda para no errar el arbitrio de pararse lo más que puedan para ir adquiriendo en este intermedio el conocimiento de que necesitan para partir con menos recelo en la expedición de los mismos negocios, como lo han confesado los mismos que en lo succesivo han sido aplaudidos por sus aciertos. También es constante que en aquellos yntendentes hubo algunos de quienes se pudo esperar mucho por su juicio, talentos, y experiencias y, aunque no nombro ni los unos, ni los otros por no ofender la memoria de algunos no puedo pasar en silencio que fue uno de los elegidos el señor don Joseph Patiño que aunque le noten de algunos defectos que tendría como todo hombre le aplaudirá la fama por todos los siglos a pesar de la emulación. Pues como se podrá decir, que quien logró tanto acierto en servir a los reyes en quanto tubieron por combeniente mandarle, no sería a propósito para manejar una parte mayormente quando avía exercido ya otras yntendencias y el año de 1712, la de Extremadura, donde adquirió tan grande opinión como lo confiesa todavía sin ser preguntada la agradecida memoria de aquellos naturales... », fols. 15 v., 16 r, 16 v y 17r.

en tanto grado que con la continua persecución apenas pudieron estos ministros entender en otra cosa que en su defensa. Aunque no hubiese sucedido así tampoco sería de admirar que no acertasen con todo, pues nadie ignora que los nuevos establecimientos tienen difícil práctica y que se necesita de muchos años para perfeccionar ésta... » (110).

Nos interesa destacar dos de las ideas recogidas en este párrafo: la oposición sobre todo, de altos funcionarios y la necesidad, para que el establecimiento de una nueva institución se afiance, de continuos retoques que dibujen y desdibujen su figura, sus competencias. Este último aspecto ya ha quedado reflejado al hablar del establecimiento y desarrollo de la institución en España. La experiencia va marcando los caminos por los que debía desenvolverse el intendente. Ahora, queremos profundizar en el primero, la oposición que supuso su establecimiento.

Esta claro que la figura no fue muy popular. Muchos testimonios quedan al respecto. Así, en Barcelona circularon desde muy pronto contra el intendente Rodrigo Caballero unas décimas anónimas: « el intendente severo/ que nadie en él tiene abrigo/ tiene mucho de Rodrigo/ y poco de caballero... » (111); Otro ejemplo de los muchos que nos han llegado, casi siempre anónimos si son por parte del pueblo — « no ban firmados por no quedar los que se señalaren echos blanco de la fuerza vengatiba del intendente que no pararía hasta ber su última ruina y perdición » — nos habla de las venganzas del intendente de Aragón, su vida licenciosa, sus corrupciones...

El mísero y lastimoso estado en que la abaricia, injusticia y atropellamientos de don Juan Antonio Díaz de Arce, intendente general de este reyno de Aragón tiene constituidos a los vasallos de vuestra magestad con gravíssimo perjuicio y menoscabo de su real hazienda, ruina y escándalo de la república, precisa a muchos vasallos de vuestra magestad fieles y deseosos del mayor beneficio de reales rentas y de la quietud pública a acudir con éste a los pies de vuestra magestad y poner en su real noticia y elevada consideración algunos de sus excessos para que enterados de ellos y su especie y gravedad, se digne vuestar magestad de tomar aquella resolución que tuviere por más conveniente

(110) Fols. 14 v y 17r., respectivamente.

(111) E. ESCARTÍN, *Los intendentes...*, p. 256.

y propia de su real justicia, cristiandad y amor a sus vasallos para el pronto remedio de tanto agravio y desorden... ⁽¹¹²⁾.

Pero en estos casos la postura del rey está clara. Aun cuando siempre manda persona que se informe sobre el asunto, a no ser cosa muy grave no se da fiabilidad a estos memoriales que se remiten, pues el monarca es consciente de que esa impopularidad le viene al intendente por ser el encargado de la administración y gestión de las rentas reales y, por tanto de los impuestos. Esa antipatía todavía es más radical en los territorios de la corona de Aragón donde se ensaya un tipo de contribución general basado en la renta de cada uno. En el caso que relatábamos anteriormente el informe que se envía al rey desdice las afirmaciones de los denunciantes: « dificulto que hasga ninguna — prueba en contra — que los acusantes, si son declarados, puedan justificar, pues en diez años que tengo la dicha de gobernar este reyno y con el mismo yntendente me ha constado siempre lo contrario, su mucho zelo por el rey, su desinterés y no menos su religión que corresponde a su obligación y a su edad que arrima de setenta años y casi del todo trémulo y sólo sé que los religiosos y particularmente los de San Francisco, frequentan continuamente su casa y conozco por experiencias repetidas la malignidad de estos naturales, quando los ministros quieren desempeñar sus empleos en beneficio de la justizia y del rey... » ⁽¹¹³⁾.

También con la iglesia, el intendente tiene problemas. Hemos estudiado la iglesia valenciana y no pocos testimonios nos encontramos para apoyar esta afirmación. Sobre todo los problemas aparecen en cuestiones hacendísticas: cuando se introduce el equivalente en las puertas de la ciudad de Valencia o cuando se firma el concordato de 1737 y la iglesia valenciana discute por el derecho de amortización. El rey, en estos casos aunque atiende las peticiones de los eclesiásticos, defiende a sus ministros que al fin velan por sus intereses. En cierta ocasión por ejemplo, en el año 1717 el intendente Rodrigo Caballero y el vicario general de Valencia, don Jacinto Ortí, discuten sobre si cuatro canónigos de la catedral deben

⁽¹¹²⁾ Archivo General de Simancas (A.G.S.), sección secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 536.

⁽¹¹³⁾ A.G.S., sección secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 536.

o no pagar equivalente. El rey interviene y duramente castiga lo que cree una insubordinación que atenta contra la real hacienda.

Que vuestra excelencia llame a el deán y le diga en nombre de el rey (para que lo haga entender a su cabildo) que ha estrañado mucho el atropellamiento con que ha procedido el vicario general en las censuras públicas contra don Rodrigo Cavallero, ministro suyo y superintendente general de sus reales rentas y, aunque su religioso y real zelo nunca permitirá que se ofendan las inmunidades de la iglesia, tampoco dejará de practicar el indispensable y primer encargo de su rela soberanía de mantener la paz y quietud de sus reynos conteniendo a los eclesiásticos, que con indiscreto zelo o pretextos de piedad quisieren turbarla y que tenga entendido el cabildo, que en esto no disimulará cosa alguna a ninguno de los capitulares que le componen y encarga el rey a vuestra excelencia que esté muy a la vista de las operaciones de todos sobre este asunto... (114).

Sin embargo, más decisivas son las resistencias que ofrecen instancias superiores, como indicaba el marqués de Uztáriz. Los problemas con los corregidores y sobre todo con el capitán general o la audiencia serán los que determinen la configuración definitiva de las intendencias en España.

Los problemas con el capitán general suelen sobrevenir por cuestiones de intereses. Tenemos el caso de Canarias (115), que acaba con la muerte del intendente... Pero esto eran los comienzos. No obstante, los conflictos entre estas dos grandes autoridades, los encontramos a lo largo de todo el siglo, increpando al monarca a dar una solución en casos de desavenencias más bien personales. En 1727 en Valencia, los ataques entre el intendente y el capitán general son tan duros que obligan al rey a trasladar al primero de destino. Todo parece desatarse, cuando el capitán general, el príncipe de Campoflorido, encarcela a D. Agustín Olóriz, escribano del intendente, según éste « siendo más verósimil que esto lo hiziese, no por delito, movido de algún resentimiento con el yntendente ». Clemente de Aguilar — el intendente — escribe una carta al monarca en que hace saber su difícil situación, para que dicte una providencia que « disuelva y determine los deshórdenes, robos y tiranías que aquí se padezen »:

...porque cada día y cada hora se recrece el furor y rabia ynfernal de estos autores — Príncipe de Campoflorido, D. Joseph de Alzedo Campuzano y Don

(114) Biblioteca de la universidad de Valencia, Manuscrito 178, número 25.

(115) PERAZA DE AYALA, *La intendencia en Canarias...*

Blas Jover — de ynmensa maldad, y a cara descubierta por todos los caminos, me increpan, perturban, aflijen y estrechan a tal esclavitud, que estoy inhavilitado para la menor acción del ministerio, en medio de tantas y tan ymportantes obligaciones en que me hallo constituido; porque ninguna oficina, obra, ni obedeze, sea por biciadas o por temor y todos los negocios y caudales del rey y del público, se están perdiendo a ciencia y paciencia unibersal...Y así todo se pierde, se aumenta el desorden y triumpha esta malicia a cara descubierta. Tanto que, últimamente, se puso por el capitán general en un calabozo en la ciudadela, al escrivano Agustín Olóriz, porque acudió a la puerta del Real a dar un testimonio sobre las rentas y le ha amenazado que le hará romper los guesos a palos a él y a qualquier otro escrivano, si se atreven a testificar sobre ello... (116).

Pero, el capitán general en su informe, como respuesta no se queda atrás. De su puño y letra dice que « aquello va mui mal y que subzederá alguna desgrazia al yntendente porque efectivamente es loco..., que a uno trata de pícaro, a otro de ladrón, a otro de ynfame »; y que al mismo capitán general en una ocasión le llamó « aquel nombre que sobre feo, es ofensivo a los casados » Por eso pide que le trasladen: « no pretendo que se quede en la calle sino que su Magestad le de otro empleo » (117). La situación era realmente insostenible y, el rey se decanta por el capitán general, destinando a Clemente Aguilar como corregidor ese mismo año a Granada (118), pues este intendente, aunque recomendado por el marqués de Rivas, como hombre « muy aplicado y zelado, del mayor servicio de su magestad y muy inteligente en el nuebo reglamento », había tenido los mismos problemas en Cerdeña, con el capitán general quien dice de él: « ese ministro es loco e irregular lo que ha ejecutado » (119). Pero tampoco podemos pensar que el capitán general en esta ocasión, no tuviera su parte de culpa, sino mucha; más parece cuestiones de intereses personales que realmente mala gestión del intendente. Poco sabemos de las actuaciones del capitán general en Valencia, pues los fondos se quemaron, pero por documentos sueltos encontrados en Simancas, parece ser que no velaba demasiado por los intereses reales ni mucho menos por los del

(116) A.G.S., sección secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 576.

(117) A.G.S., sección secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 536.

(118) F. ABBAD y D. OZANAM, *Les intendants espagnols du XVIII^e siècle*, Madrid, 1992, p. 26.

(119) A. ALONSO AGUILERA, *La conquista de Cerdeña*, p. 117.

pueblo. Así lo demuestra una curiosa carta mandada al rey donde le comenta dónde deben destinarse los sobrantes de las rentas del ocho por ciento recaudada a las puertas de la ciudad de Valencia ⁽¹²⁰⁾. Después de un largo listado de motivos conducentes a justificar que tales sobrantes deben pasar al rey, pues « gozando el rey el derecho de conquistador de aquel reyno y aboliendo los fueros y puestas las leyes de Castilla, debe igualmente gozar los aumentos de sus reales rentas, como las goza en las demás providencias porque de otra forma daría terminadas las rentas del reino de Valencia si lo que se aumenta no recayese a favor de su Magestad », concluye diciendo — mirando por sus intereses — que « en caso de que este aumento deve recaer en Su Magestad podrá servirse señalarlo para que se me pague los 50.000 pesos que yo alcanzo, pues aunque esta cantidad se pagará en el discurso de un año, yo daré las cartas de pago a los acreedores con algún premio y los contentaré por agora, de manera que pagará esta deuda sin minorar los efectos de Valencia » ⁽¹²¹⁾.

En el antiguo régimen las competencias no están bien definidas y muchas veces coinciden en distintas instituciones. De ahí que los choques con la audiencia y los corregidores sobre todo se deban a este motivo. En el caso de que el enfrentamiento sea con los segundos, la solución es clara, el intendente está por encima y, a lo sumo recibe una reprimenda por parte del rey, a veces consejo, en cuanto a los métodos que emplea ⁽¹²²⁾. Cuando los conflictos de competencia se plantean con la audiencia, el tema ya es más difícil de solucionar. Ya hemos visto que el intendente tiene entre sus funciones la de justicia. Su jurisdicción es exclusiva en materia de rentas. En estos casos la audiencia debe inhibirse. En Valencia, cuando las funciones, al principio, del intendente — todavía no se han dado instrucciones generales — se están determinando, el rey exhortará en ocasiones a la chancillería — que luego se reduce a audiencia — a que no se inmiscuya en asuntos relacionados con las rentas de la ciudad ⁽¹²³⁾. Finalmente, la real cédula de 24 de octubre de 1714

⁽¹²⁰⁾ Sobre este asunto, J. CORREA, *El impuesto del equivalente en la ciudad de Valencia. 1707-1740*, Valencia, 1989.

⁽¹²¹⁾ A.G.S., sección secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 574.

⁽¹²²⁾ A.G.S., sección secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 68.

⁽¹²³⁾ A.R.V., Real Acuerdo, 1713, fol. 201. M. PESET, *La creación de la Chancillería*

reconocía la jurisdicción específica del intendente, desapareciendo la subordinación con respecto de la chancillería, que ya no resolvería ni apelaciones, éstas debían pasar al consejo de hacienda. Pero no se acabarán aquí los conflictos y, en numerosas ocasiones, el intendente se quejará a la monarca de las actuaciones de la audiencia. Ante una de estas quejas planteadas por el intendente, la audiencia responderá en términos peyorativos para aquél: « no se queja el intendente de lo trabajoso que le es haver de estar lidiando siempre por la razón con los ministros de la toga, quando ni aún asomo de aquella tiene... » (124).

Los conflictos serán habituales, por eso, todavía en 1760, el rey, de acuerdo con el consejo en pleno se sirve declarar en el real decreto de 10 de junio de aquel año, que ninguna chancillería ni audiencia, especialmente la de Valencia, se entrometa en el manejo ni conocimiento de rentas reales: « ...siendo, pues, importante, que los intendentes restauren y conserven, assí las regalías, como los derechos y rentas del real patrimonio de Valencia, sin que se lo impida aquella audiencia, ni se mezcle en su conocimiento, por estar inhibida de él, he resuelto, que la misma audiencia remita luego, y sin dilación, a la intendencia de aquel reyno, los autos originales de todos los expedientes y causas en que se trate de intereses del real patrimonio y rentas reales y que en adelante se abstenga de conocer de causas o expedientes de esta naturaleza... » (125).

Pero si en materia de hacienda la solución parece fácil, los temas que corresponden al intendente son todos los relativos a rentas, no lo es tanto en otras cuestiones en las que el intendente también tiene atribuida la función de la justicia. Al intendente, como encargado del bienestar social y gobierno político de los pueblos le corresponde mantener en quietud y « sin escándalos que causen lunar al christiano régimen ». Por ello, debe informarse a través de sus subdelegados de la vida y costumbres de los sus vecinos y moradores, para corregir y castigar a los ociosos y vagabundos. Al intendente correspondía encarcelarlos para, los que tuviesen edad reclu-

en Valencia y su reducción a Audiencia en los años de la Nueva Planta, en *Estudios de Historia de Valencia*, Valencia 1978, 309-334.

(124) A.G.S. Secretaría y superintendencia de hacienda, legajo 577.

(125) A.G.S. Dirección general del tesoro- 24, legajo 649, núm. 378.

tarlos en algún regimiento o destinarlos a trabajar en obras públicas ⁽¹²⁶⁾. Su competencia en este asunto se regulará ampliamente en las instrucciones de 1751 y 1759 « para el recogimiento y útil aplicación al ejército, marina u obras públicas, de todos los vagantes y mal entretenidos ». El conocimiento de los intendentes en los incidentes provocados por los vagos y maleantes vuelve a ser una causa de conflictos con las justicias ordinarias. El fiscal Lope de Sierra en su respuesta a estas dos instrucciones, en 1763, tras indicar lo difícil que resulta reconocer a los que son vagos y mal-entrenidos, considera que el conocimiento que se atribuye a los intendentes en esta materia, la experiencia ha demostrado que « de nada ha servido, sino de dar ocasión a competencias y disputas y era preciso que así sucediese ».

Porque los intendentes están ocupados con tantos encargos del real servicio, que ni les queda tiempo para atender a la recolección de vagos y mal-entrenidos; y si se hiciese escrutinio de los que hai en las cabezas de partido, dende residen los intendentes, y pueden, como corregidores, expeler estos malos habitadores, se ballarían acaso permitidos muchos más, que en los restantes lugares comprendidos en la intendencia. Los intendentes se desdennan de todo lo que tiene visos de procesos judiciales: juzgan, y con mucha razón que su principal encargo es el cuidado a la real hacienda, y desatienden lo perteneciente al gobierno político, como impropio de su autoridad, aunque se juzga con facultades para todo y no se descuidan en defenderlas. Por estas razones le parecía al fiscal, que sería conveniente limitar las facultades concedidas a los intendentes... ⁽¹²⁷⁾.

Palabras duras las que se vierten en este texto sobre todo cuando se dice que los intendentes se creen con facultades para todo y así lo defiendan, aun cuando realmente desatiendan sus obligaciones. Pero, sin duda más duras son las del fiscal Campomanes, quien sobre el mismo asunto, en 1764, alega que, « las competencias de jurisdicciones entre corregidores e intendentes y aún con las salas del crimen y éstos últimos, han retardado el servicio del rey, atrahiendo los intendentes a su conocimiento con el título de vagos a verdaderos delinquentes, que por este medio solicitaban impunidad; la qual se lograba siempre que no se atajan tales competencias, restituyendo a

⁽¹²⁶⁾ Arts. 38, 40, 42 y 21, 22 de las ordenanzas de 1718 y 1749 respectivamente.

⁽¹²⁷⁾ Respuesta del fiscal Lope de Sierra sobre vagos, de 30 de julio de 1763, transcrita en S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992, p. 316.

las justicias ordinarias sus facultades con los auxilios indicados » ⁽¹²⁸⁾. En su alegato trata de despojar al intendente de cualquier atribución en materia de justicia que no tenga que ver con las rentas:

Pérmítase al fiscal recuerde las tres especies de justicias ordinarias y nativas del reyno, para que se conozca su suficiencia a poner en orden los vagos, si se les auxilia.

La primera es de los alcaldes electivos o ordinarios, que por lo común tienen jurisdicción en pocos pueblos, a excepción de donde están divididos en corregimientos, concejos, valles o merindades. No siendo posible poner un juez de comisión en cada una de estas jurisdicciones particulares, es forzoso que el comisionado, bien sea el intendente, o otro qualquiera, que se valga de las justicias ordinarias para lo que ocurra en sus respectivos pueblos; y, si en ellas está el defecto, mal lo podrá remediar el comisionado por sí.

Mejor lo remediara el corregidor, o alcalde mayor del partido, que es la segunda especie de jueces, y de los quales hai más que fiar, por el conocimiento práctico e inmediatez para que estén a la mira de los jueces ordinarios; y, sin multiplicar comisionados, que puedan con más facilidad, que los intendentes, hacer observar la ley que se promulgue, cesando competencias y dismembración de la justicia ordinaria.

Si el vago está complicado en delitos, no hallará la audiencia o sala del crimen en las justicias ordinarias, ni en las del partido la competencia que se experimenta de parte de los intendentes, de que hai varios egemplares; y, así tampoco conviene inhibirlas, ni es útil al fin propuesto, y ésta es la tercera y superior clase de jueces ordinarios, cuya autoridad conviene conservar ilesa para el buen éxito... ⁽¹²⁹⁾.

Campomanes trataba de resolver así los conflictos de competencias que se planteaban entre el intendente y los justicias ordinarias pero el problema era más grave aún. Aunque se limitaran en este sentido las facultades del intendente, desde 1749, a las intendencias se les había unido el cargo de corregidor de la capital de la provincia en la cual ejercían sus funciones. A aquellas amplísimas competencias que se les atribuían en las ordenanzas de 1718, tan criticadas por ser imposibles de cumplir por una sólo persona, se le unen ahora — además del sueldo claro está — las del corregimiento y no sólo en las intendencias de ejército — como también se prevenía en 1718 — sino a las de provincia.

En la real cédula de 13 de noviembre de 1766, el rey decide

⁽¹²⁸⁾ Respuesta del fiscal Campomanes sobre vagos, Madrid, 28 de diciembre de 1764, publicada en S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y derecho...*, p. 324.

⁽¹²⁹⁾ Respuesta del fiscal Campomanes sobre vagos, Madrid, 28 de diciembre de 1764, publicada en S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y derecho...*, p. 324.

separar los corregimientos de las intendencias « para evitar embrazos y confusión en la administración de justicia ». Esta real cédula se daría a instancia del fiscal Rodríguez Campomanes quien había advertido de los inconvenientes de esa unión. Sus palabras eran crudas pero a la vez muy claras « era imposible que un hombre, por dotado de luces que fuese, pudiese vacar a un tiempo a tan diferentes encargos, como la intendencia y el corregimiento ». Se pretendía con ello — como recogía la real cédula — que los intendentes se ciñeran a los ramos de hacienda y guerra, dejando para los corregidores las facultades de justicia y policía. Las razones que expresaba Campomanes para la adopción de tal medida volvían a incidir en los conflictos jurisdiccionales así como en la prepotencia del intendente. Desde que se había producido tal unión, indicaba Campomanes « estos corregidores se habían tomado autoridades desmedidas, y negaban a mis chancillerías y audiencias reales la que como jueces ordinarios debían reconocer, admitiendo para aquellos tribunales superiores de las provincias los recursos; que en lugar de seguir las cosas con esta dependencia y gradual subordinación, habían procurado autorizarse tanto que hacían inútil la disposición de las leyes; que habían intentado sojuzgar a los demás jueces ordinarios de las provincias, arrestándolos, multándolos y vejándolos por todos los medios, faltando a la armonía legal que debían tener con ellos; que había entrado la confusión y así se había observado prácticamente en varios casos en que los intendentes procedían, o debían proceder como corregidores; que a fuerza de atribuirse tanta autoridad, la mole de negocios les oprimía, les fiaban a subalternos y las cosas cayeron en todo el reyno en una general parálisis, porque los intendentes quisieron cargarse con todo, abatieron a las justicias y quedando sólo se hicieron insuficientes; que si los recursos iban en apelaación a mis chancillerías y audiencias reales, rehusaban obedecer; que el mi consejo no estaba esento de sus inhibiciones y todo caminaba arbitrariamente y con el desabrimiento, languidez y menoscabo, que traía consigo el despotismo... »⁽¹³⁰⁾. Duras palabras las de Campomanes que recogen el sentir general de las otras instancias de poder, sobre todo las judiciales, que veían cómo el

(130) Publicada en S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y derecho...*, p. 378.

poder omnímmodo del intendente trataba de abarcar facetas que según las instrucciones les competían...

* * *

Los intendentes tienen un poder omnicomprendivo. A través de ellos, el poder real quiere llegar a tener un control mayor sobre el resto de las provincias. En su tarea de fomento o de procurar la felicidad de los pueblos, unidas a las demás funciones o competencias se enmascaran todo tipo de actividades. A lo largo de todo el siglo XVIII los vemos ocuparse de actividades muy diferentes — en las universidades, en la expulsión de los jesuitas, en los informes sobre la ley agraria, en los consulados... — Los mismos conflictos con instancias superiores nos dejan ver su gran autoridad, el gran peso de una institución puesta por el monarca absoluto.

La función más importante o destacada que jugaron fue reorganizar las rentas, sobre todo en la corona de Aragón. La introducción de nuevos impuestos, que supusieran una equiparación de estas poblaciones con las gravadas castellanas fue éxito sin duda debido a los intendentes.

En el siglo XVIII se produce por parte del monarca el deseo de ir acaparando un mayor control sobre su territorio soberano, va a ir ocupando cada vez más zonas de poder y los intendentes serán la pieza clave para esa conexión. Porque los organismos anteriores — audiencias o corregimientos — vivían aisladas en sus competencias sin que el poder real se dejase sentir de una manera directa y aún menos en la corona de Aragón. La monarquía borbónica subraya su absolutismo principalmente a través de los intendentes.

CARMEN GARCÍA GARCÍA (1)

EL REFORMISMO BORBÓNICO Y LA FISCALIDAD LOCAL

1. Introducción. — 2. La situación previa a la reforma. — 3. Los antecedentes de la reforma: los proyectos de Ensenada. — 4. La formulación y desarrollo de la reforma. — 5. Algunas conclusiones.

1. A mediados del Setecientos los principales problemas a los que habían de hacer frente las haciendas locales se pueden sintetizar en un fuerte endeudamiento (2) y una elevada fiscalidad indirecta (3).

(1) Agradezco a Manuel Martínez Neira las ideas e información que me ha facilitado, pues sin su colaboración no hubiese sido posible la elaboración de este texto.

(2) Durante el Antiguo Régimen la deuda consolidada local adopta, invariablemente, la forma de censos consignativos, también denominados censos al quitar o censales en la Corona de Aragón. En este tipo de préstamos, el deudor — censatario — decidía cuándo iba a devolver la cantidad — principal — que había recibido del prestamista — censalista —. El censatario pagaba unos intereses anuales hasta que devolvía el capital que se le había concedido a crédito. La regularidad de los pagos quedaba garantizada mediante un bien o derecho que producía renta y pertenecía al censatario. En un informe emitido por el Consejo de Castilla en 1769 los capitales censales se cifraban, para un total de 10.216 núcleos, y aún quedaban más de 3.120 pueblos por contabilizar, en 798.406.281 rs. Al mismo tiempo, los intereses anuales ascendían a 16.606.424 rs., lo que suponía que los réditos consumían cada año el 22,1 por cien de los ingresos locales — 74.978.486 —. De cualquier manera el volumen de la deuda era más elevado, ya que en los datos señalados no se incluían los réditos atrasados. Según el mismo organismo, si se computaban esos atrasos la deuda superaría sobradamente los 1.000 millones. Una más amplia información en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis de las haciendas locales. De la reforma administrativa a la reforma fiscal (1743-1845)*, Valladolid, 1996, pp. 109-114.

(3) Entre los municipios castellanos que a mediados del siglo XVIII obtenían más de la mitad de sus ingresos a través de la fiscalidad indirecta se encontraban Madrid, Zamora, Salamanca, Burgos, Segovia, Valladolid, Medina de Rioseco, Toledo, Vitoria, Bilbao, Santander, La Coruña, Santiago de Compostela, Córdoba, Sevilla, Granada, Málaga, Murcia, etcétera. Algo similar ocurría en las más importantes poblaciones de la Corona de Aragón: Barcelona, Valencia, Castellón, Alicante y otros núcleos menos

Ambos fenómenos estaban estrechamente entrelazados, pues buena parte de los impuestos indirectos se habían creado para cubrir los intereses y amortizar los capitales de los débitos adquiridos. Esa situación era especialmente notoria en las grandes concentraciones urbanas, pero también se había extendido a poblaciones de tamaño mediano, e incluso el endeudamiento se había convertido en una importante rémora en núcleos de carácter rural ⁽⁴⁾. Con carácter general para los diversos territorios peninsulares, el primer plan de reformas para superar esos problemas lo formuló Ensenada en la década de 1740. No obstante, habrá que esperar al reinado de Carlos

relevantes como Gandía, Elche o Orihuela. El caso de Madrid en C. DE LA HOZ GARCÍA, *Las reformas de la hacienda madrileña en la época de Carlos III* » en EQUIPO MADRID, *Carlos III, Madrid y la Ilustración*, Madrid, 1988, pp. 371-386. Información sobre Salamanca en J. INFANTE, *El municipio de Salamanca a finales del Antiguo Régimen*, Salamanca, 1983, pp. 372-377. Los datos de Sevilla proceden de A.M. BERNAL, *Haciendas locales y bienes de propios, funcionalidad económica de los patrimonios municipales (siglos XVI-XIX)*, en *Hacienda Pública Española*, n. 55, 1978, p. 303. Para Murcia: C.M. CREMADES GRIÑAN, *Economía y Hacienda Local en el concejo de Murcia en el siglo XVIII (1701-1759)*, Murcia, 1986, pp. 221-375. Para diversas localidades castellanenses véanse los datos aportados por: F. ANDRÉS ROBRES, *Estructura y crisis de las finanzas municipales en el Castellón del Setecientos*, Castellón, 1986, pp. 50-111. Para Orihuela, Elche y Gandía: P. RUIZ TORRES, *Fiscalidad Señorial y Rentas Municipales en el País Valenciano a finales del Antiguo Régimen*. en M. ARTOLA Y L. M. BILBAO (Eds.), *Estudios de Hacienda: De Ensenada a Mon*, Madrid, 1984. pp. 493-496. La ciudad de Valencia en la tesis doctoral inédita de V. GIMÉNEZ CHORNET, *Política económica i hisenda municipal de la ciutat de València en el segle XVIII*, Valencia, 1995, p. 337. Para la ciudad de Alicante: C. SAÍZ PASTOR, *El control estatal de la hacienda municipal alicantina en el Setecientos*, en *Anales de la Universidad de Alicante. Revista de Historia Moderna*, n. 3, 1983, pp. 341-348. El caso concreto de la ciudad de Orihuela ha sido estudiado por D. BERNABÉ GIL, *Hacienda y Mercado urbano en la Orihuela Foral Moderna*, Alicante, 1989, pp. 117-118. Para Cataluña véase la tesis doctoral inédita de J. CASAS I ROCA, *La configuració de la Hisenda municipal liberal a Catalunya. 1813-1855*, Universidad Pompeu Fabra, Institut d'Historia Jaume Vicens Vives, 1994. Para las demás poblaciones C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 42-44.

⁽⁴⁾ Por ejemplo, en la provincia de Valladolid, de 147 pueblos evaluados sólo un 21,7 por cien de ellos no contaba con ningún adeudo. De los capitales tomados a censo en esta provincia, a la capital correspondía el 45,5 por cien, mientras que otro 26,9 por cien se distribuía entre las tres urbes que también superaban los 1.000 vecinos: Medina del Campo, Medina de Rioseco y Nava del Rey. El caso de Madrid es el más extremo de la península, pues en esta provincia los capitales censales de 87 poblaciones ascendían a 213.533.626 rs., tocando a la Villa y Corte el 97,1 por cien de ellos. Los datos en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis de las haciendas...*, ob. cit., pp. 110-114.

III (1759-1788) para que esas reformas se lleven realmente a la práctica.

Uno de los objetivos fundamentales de los reformistas era reducir la fiscalidad indirecta local, ya que ésta se había convertido en una incómoda competidora de la estatal ⁽⁵⁾. Además, para los ilustrados, los impuestos indirectos ejercían una perniciosa influencia sobre la economía del país, puesto que limitaban las actividades artesanales y el comercio. Según sus razonamientos, sólo si se reducía la tributación indirecta se podían incentivar ambas actividades. Por otra parte, para los reformadores, las dificultades financieras de los municipios se debían a las malversaciones y fraudes de los cuerpos capitulares, permitidos por la ineficacia del control existente sobre ellos. Desde luego se trataba de una explicación parcial y muy probablemente los analistas del Setecientos eran conscientes de ello. Sin duda la acción de las oligarquías urbanas limitaba la capacidad de recaudar de las arcas locales, pero a la hora de valorar los problemas hacendísticos municipales hay que tener muy en cuenta la política fiscal que venía practicando la Corona desde el siglo XVI. Así, un alto porcentaje de los adeudos se habían contraído como consecuencia de las sucesivas « ayudas » financieras realizadas por los concejos a la Hacienda Real ⁽⁶⁾. A pesar de ello, los

⁽⁵⁾ En 1770, cuando todavía no se habían computado 2.563 poblaciones, los ingresos locales suponían alrededor del 18 por cien de los estatales. De cualquier forma, los pueblos que no habían sido evaluados eran de tamaño reducido. Los datos sobre las haciendas locales en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 41-42. Los correspondientes a la Hacienda Real en R. PIEPER, *La Real Hacienda durante el reinado de Fernando VI y Carlos III*, Madrid, 1992, p. 99.

⁽⁶⁾ Para la ciudad de Valladolid véase F. RUIZ MARTÍN, *Procedimientos crediticios para la recaudación de los tributos fiscales en las ciudades castellanas durante los siglos XVI y XVII: el caso de Valladolid*, en *Dinero y Crédito (siglos XVI-XIX). Actas del I Coloquio Internacional de Historia Económica*, Madrid, 1978, pp. 37-84. También los más recientes trabajos de A. GUTIÉRREZ ALONSO: *Estudios sobre la decadencia de Castilla. La ciudad de Valladolid en el siglo XVII*, Valladolid, 1989, pp. 334-405. Del mismo autor *Un aspecto poco conocido de la crisis del siglo XVII: el endeudamiento municipal. El ejemplo de la ciudad de Valladolid*, en *Investigaciones Históricas*, n. 6, Valladolid, 1987, pp. 9-37. Para varios ayuntamientos de la Tierra de Campos: B. YUN CASALILLA, *Sobre la transición al capitalismo en Castilla. Economía y Sociedad en Tierra de Campos (1500-1830)*, Salamanca, 1987, pp. 371-397. El caso de Sevilla ha sido estudiado por: J.I. MARTÍNEZ RUIZ, *Donativos y empréstitos sevillanos a la Hacienda Real (siglos XVI al XVII)*, en *Revista de Historia Económica. Actas del II Congreso de Historia Económica*, n. 3 1984,

ilustrados defendían que aumentando el control central se podrían sanear los fondos locales, ya que con una más correcta administración se lograrían mayores rendimientos que permitirían la progresiva amortización de la deuda. Ello a su vez haría posible la reducción de los impuestos indirectos, pues como ya se ha dicho, en muchos casos esos impuestos se dedicaban al pago de los réditos censales.

El objetivo, por tanto, era lograr la reforma fiscal local, y esa reforma se conseguiría a través de la reforma administrativa. Por otra parte, los cambios a introducir en la administración suponían un nuevo modelo de organización para la Monarquía española, pues la « monarquía judicial » imperante desde los Austrias tenía que ser sustituida por una « monarquía administrativa ». Ambas posturas venían gestándose desde mediados del siglo XVII, pero fue a finales del reinado de Felipe V (1700-1746) cuando se proyectaron por primera vez sobre las haciendas locales ⁽⁷⁾. No obstante, la pugna

pp. 233-244. Del mismo autor: *La deuda municipal de Sevilla en la Edad Moderna: Tendencias a largo plazo (1537-1768)*. Comunicación mecanografiada presentada al IV Congreso de la Asociación de Historia Económica celebrado en Alicante en diciembre de 1.989. También véase la tesis doctoral del mismo autor: *Finanzas y Crédito Público en la España Moderna. La hacienda de la ciudad de Sevilla. 1528-1768*, Sevilla, 1992, especialmente pp. 147-316. Para Granada: J. MARINA BARBA, *El ayuntamiento de Ciudad Real a mediados del siglo XVIII*, Ciudad Real, 1987, pp. 298-304. El endeudamiento municipal de la ciudad de Córdoba se trata, aunque no se realiza un estudio específico de él, en: L. POZAS POVEDA, *Hacienda municipal y administración en la Córdoba del siglo XVIII*, Córdoba, 1986. Para Málaga: F. J. QUINTANA TORET, *La hacienda municipal de Málaga (1590-1714). Gestación y desenlace de una crisis*, junto con *Los « asientos » del concejo malagueño en el siglo XVII. ¿Una alternativa fiscal de la monarquía absoluta?*, ambos en *Fiscalitat estatal i hisenda local (ss.XVI-XIX). Funcionament y repercussions socials*, Palma de Mallorca, 1988, pp. 87-101 y 466-481 respectivamente. Para Toro puede consultarse: J. C. ALBA LÓPEZ, *La Hacienda Local en la Corona de Castilla: La ciudad de Toro en el reinado de Felipe II*, en *El pasado histórico de Castilla y León*, Vol II: Edad Moderna, Burgos, 1983, pp. 149-165. Para Madrid: C. DE LA HOZ, *El sistema fiscal de Madrid en el Antiguo Régimen: las sisas*, en *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, Vol. XXV, 1988, pp. 371-386. Sobre las relaciones entre la Hacienda Real y la local en el siglo XVIII: C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 130-136.

(7) Sobre el caso español para el período correspondiente al siglo XVII P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO ha desarrollado esos planteamientos en *Monarquía, Cortes y cuestión constitucional en Castilla durante la Edad Moderna*. Para el XVIII *Monarquía ilustrada y haciendas locales en la segunda mitad del siglo XVIII* y *La Monarquía de los Borbones*, todos ellos recogidos en *Fragmentos de Monarquía*, Madrid, 1992, pp. 284-300, 455-468 y 353-455 respectivamente. Puso ya de relieve el dualismo existente en

entre uno y otro modelo no se resolverá hasta bien entrado el siglo XIX. Con el fin de analizar los términos en los que se planteó y concretó la reforma, examinemos, si quiera brevemente, cómo se administraban las haciendas locales antes de los proyectos reformistas.

2. Durante el Antiguo Régimen los ayuntamientos afrontaban el total, o cuando menos una parte, de los desembolsos que generaban los diversos servicios públicos que recibían sus vecinos. Entre estos servicios se encontraban el mantenimiento del orden público — policía rústica y urbana —; la enseñanza primaria — maestro de « primeras letras », « profesor de latinidad » —; la sanidad — médico, cirujano, matrona, hospitales en algunos casos —; la beneficencia — casas de expósitos, manutención de presos pobres, cárceles —; el abastecimiento de productos básicos y las obras públicas de ámbito provincial o comarcal, además de las que se realizaban dentro de cada urbe. De igual forma, con los fondos locales se paliaban las calamidades que periódicamente azotaban a la población — escasez de trigo, plagas de langosta, ... — y se cubrían algunas contribuciones reales, ya fuesen de carácter ordinario o extraordinario. También las instituciones locales hacían frente a los gastos que podríamos considerar propios de la municipalidad — salarios de los miembros del ayuntamiento y los diversos dependientes concejiles, e incluso de los delegados regios en los ayuntamientos —. Por último, cabe destacar que todas las localidades dedicaban algunos remanentes a las festividades religiosas y civiles.

Todas estas atenciones eran financiadas por los municipios mediante la explotación de su patrimonio rústico y urbano, junto con la utilización de una serie de impuestos directos e indirectos. Este conjunto de rentas es lo que se conoce en la época como propios, arbitrios y repartimientos o derramas ⁽⁸⁾. En el siglo XVIII,

el Antiguo Régimen entre « lo gubernativo » y « lo contencioso » A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: Gubernativo y Contencioso*, Madrid, 1971. Para el caso francés, véase S. MANNONI, *Une et indivisible*, 2 vols., Milán, 1994 y 1996. También: L. BLANCO, *Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli « ingénieurs des ponts et chaussées »*, Bolonia, 1991. Del mismo autor: *Note sulla più recente storiografia in tema di 'stato moderno'*, in *Storia, Amministrazioni, Costituzione*, 2 (1994), pp. 259-297.

⁽⁸⁾ Sobre el contenido concreto de cada uno de esos términos, véase C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis de ...*, ob. cit., pp. 33-38.

sólo en las poblaciones pequeñas el patrimonio inmueble seguía aportando la mayor parte de los ingresos ⁽⁹⁾, y también era frecuente en ellas el recurso, de forma más o menos regular, a los repartimientos. Por el contrario, en las grandes concentraciones urbanas, y en muchos núcleos de tamaño mediano, la principal fuente de financiación eran los impuestos indirectos, ya se tratase de gravámenes específicamente locales o bien fuesen rentas segregadas de la Corona ⁽¹⁰⁾.

Hasta las reformas de Carlos III todas estas rentas eran administradas por los cargos rectores del municipio. En general, los ayuntamientos castellanos, y desde los Decretos de Nueva Planta también los correspondientes a la Corona de Aragón, estaban formados por un corregidor o alcalde mayor, como representante del rey, junto a los regidores y el procurador síndico general ⁽¹¹⁾. Como es conocido, estas corporaciones estaban fuertemente oligarquizadas. Por un lado, en muchos ayuntamientos la nobleza se reservaba gran parte o la totalidad de los cargos municipales; o bien para acceder a la condición de elector y elegible se exigía a los candidatos cumplir determinadas condiciones jurídicas — ejercer la vecindad, tener una determinada edad, ser cristiano viejo, no ejercer un oficio mecánico, no ser deudor o arrendador del concejo — y a veces también económicas ⁽¹²⁾. Por otro, se había generalizado la

⁽⁹⁾ Así por ejemplo, los concejos de la provincia de Valladolid de menos de 100 vecinos obtenían más del 75 por cien de sus ingresos a través de su patrimonio inmueble. Algo similar ocurría en otras regiones como la de Andalucía. Para las poblaciones vallisoletanas C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., p. 45 y para diversas localidades onubenses véanse los datos que aporta F. NUÑEZ ROLDÁN, *Haciendas municipales en el Reino de Sevilla a mediados del siglo XVIII*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, n. 12, 1985, pp. 95-105.

⁽¹⁰⁾ Véase la nota 3 de este texto.

⁽¹¹⁾ La complejidad y diversidad del Antiguo Régimen es característica también del régimen municipal. Así, hasta el período borbónico, la administración local de la Corona de Castilla y de la Corona de Aragón son diferentes, e incluso dentro de una misma corona o reino las diferencias entre los centros urbanos son con frecuencia acusadas.

⁽¹²⁾ En localidades como Madrid, Toledo, Sevilla, Málaga, Cádiz, Salamanca y Murcia los ayuntamientos habían de estar integrados por nobles. Véase respectivamente: A. GARCÍA BAQUERO, *Un aspecto «olvidado» del reformismo municipal carolino: la reinstauración de las regidurías añales en Cádiz*, en *Actas del Congreso Internacional sobre Carlos III y la Ilustración*, Madrid, 1989, T.I, pp. 391-92 J. INFANTE, *El municipio de Salamanca*, ob. cit., pp. 46-47 y C.M. CREMADES GRINÁN, *Economía y hacienda local del*

patrimonialización de los oficios públicos, mediante la renuncia o compra del oficio ⁽¹³⁾.

Son muy frecuentes las críticas de los tratadistas dieciochescos sobre la corrupción existente en la administración de los ingresos locales ⁽¹⁴⁾. Desde luego, la documentación de la época aporta abundantes ejemplos sobre la escasa rectitud con que se gestionaban

concejo de Murcia..., ob. cit., p. 52. Para Toledo: L. SANTOLAYA HEREDERO, *Una ciudad del Antiguo Régimen: Toledo en el siglo XVIII*, Madrid, 1991, pp. 231-242. Para Madrid: M. HERNÁNDEZ, *A la sombra de la Corona. Poder local y oligarquía urbana* (Madrid, 1606-1808), Madrid, 1995, pp. 55-61. Véase también A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Madrid, 1976, pp. 457-459 y A. HIJANO PÉREZ, *El pequeño poder*, Madrid, 1992. Sobre la oligarquización del régimen municipal en la Corona de Aragón, véase para el caso de Cataluña: J. M. TORRAS I RIBÉ, *Els municipis catalans de l'Antic Règim. 1453-1808*, Barcelona, 1983, pp. 94-117. Para Valencia J. CASEY, *La crisi general del segle XVII a València, 1646-1648*, en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, XLVI, Vol. II, 1970 pp. 96-173 y E. GARCÍA MONERRIS, *La Monarquía absoluta y el Municipio Borbónico*, Madrid, 1991, pp. 26-38. Para Castellón M. ARROYAS SERRANO, *Insaculación y oligarquía municipal. Aportación al estudio del gobierno municipal de Castellón a finales del siglo XVI*, en Jerónimo Zurita. *Su época y su escuela*, Zaragoza, 1986, pp. 353-361. Para Orihuela: D. BERNABÉ GIL, *Centralismo y autonomía municipal en Orihuela: De Fernando el Católico al «viraje filipino»*, en *Estudis*, n. 12, 1986-87, pp. 28-53.

⁽¹³⁾ El fenómeno fue tratado por F. TOMÁS Y VALIENTE en varios artículos: *Origen bajomedieval de la patrimonialización y la enajenación de los oficios públicos en Castilla*, en *I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1970, pp. 125-159. *Dos casos de incorporación de oficios públicos a la Corona en 1793 y 1800* en *II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971. *La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (siglos XVII-XVIII)* en *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, pp. 525-547. *Ventas de oficios públicos en Castilla durante los siglos XVII y XVIII*, en *Gobierno e Instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pp. 159-178. *Opiniones de algunos clásicos españoles sobre la venta de oficios públicos*, en *Filosofía y Derecho*, Valencia, 1977, pp. 627-649. Véase también A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La venta de cargos y oficios públicos en Castilla y sus consecuencias económico sociales*, en *Anuario de Historia Económica y Social*, n. 3, Madrid, 1975, pp. 105-137 y M. CUARTAS RIVERO, *La venta de oficios públicos en el siglo XVI*, en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983, pp. 723-747. En la Corona de Aragón también a partir de 1739 apareció la venta de oficios: E. GARCÍA MONERRIS, *La Monarquía...*, ob. cit. pp. 159-207 para la ciudad de Valencia. Para Cataluña: J.M. TORRAS I RIBÉ, *Els municipis...*, ob. cit. pp. 181-191.

⁽¹⁴⁾ Véase, por ejemplo, BRINGAS DE LA TORRE, *Tratado de los propios, arbitrios, valdíos, montes, pastos, servicio y montazgo, cavaña real y quantos efectos corresponden a un pueblo con las leyes establecidas y providencias tomadas para su mejor administración, conservación y aumento*. Mss. 2.453, B.N.

las rentas del « común ». En esas irregularidades intervenían los cargos rectores del municipio, pero también en ellas participaban otros grupos de presión. Así, las acciones fraudulentas del patriciado urbano sobre la fiscalidad concejil hacían posible que se desviaran fondos públicos locales hacia determinados grupos oligárquicos y también conducían a que la carga tributaria no se distribuyese entre las diferentes categorías urbanas con arreglo a lo establecido en la normativa. Es más, las irregularidades no sólo afectaban al sistema impositivo de los concejos, sino que de igual manera provocaron un uso interesado por parte de los poderosos de los bienes inmuebles de los que se podía obtener ingresos para la hacienda local. Por tanto, los fraudes, al margen de impedir el saneamiento de los fondos locales, agudizaban las desigualdades propias de la sociedad estamental ⁽¹⁵⁾.

No obstante, durante la época de los Austrias y los primeros Borbones, la Monarquía ejercía ya un cierto control sobre los ingresos locales. La supervisión se llevaba a cabo a través del Consejo de Castilla y sus delegados, los corregidores y jueces de residencia ⁽¹⁶⁾. El equivalente en la Corona de Aragón al juicio de residencia era la visita ⁽¹⁷⁾. Además, como ya se ha destacado, desde la llegada de la nueva dinastía, el régimen municipal castellano se aplicó a los territorios de esta Corona, introduciendo en ellos los cargos y mecanismos institucionales señalados.

El Consejo de Castilla, denominado también simplemente Consejo Real, era el primero en la escala jerárquica de los concejos. Éstos formaban una trama de organismos colegiados, a lo que se ha llamado régimen polisinodial. Tenía importantes funciones judiciales, legislativas y de gobierno y para desarrollar su labor estaba dividido en salas ⁽¹⁸⁾. Aparte del control que ejercía a través de los

⁽¹⁵⁾ El fraude sobre los fondos locales de Valladolid en el siglo XVIII en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis*, ob. cit. pp. 51-52 y 136-151.

⁽¹⁶⁾ L. DE SANTALLANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España*, Madrid, 1769 (edición de F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid, 1979). Véase también B. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970. Del mismo autor: *Sobre el Estado y la administración en la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, pp. 141-180.

⁽¹⁷⁾ D. BERNABÉ GIL, *Hacienda y mercado...*, ob. cit., pp. 21-41.

⁽¹⁸⁾ Sobre los miembros y competencias del Consejo: A. MARTÍNEZ DE SALAZAR,

corregidores y jueces de residencia, el Consejo tenía competencias directas sobre las haciendas de los municipios. Siempre que éstos querían realizar un desembolso extraordinario — obras públicas, festividades, contratación de médicos,... — y necesitaban también para cubrirlo de un medio extraordinario — creación de arbitrios, constitución de censos consignativos,... —, tenían que recurrir directamente a este tribunal. La Sala primera del Consejo era la encargada de tramitar todos estos expedientes y de revisar las cuentas municipales que se tomaban en las residencias ⁽¹⁹⁾.

Habitualmente, la resolución de este tipo de facultades resultaba larga y costosa para los municipios. En primer lugar, por la multitud de trámites que se les exigía, trámites que provocaban la necesidad de costear el salario de un agente en Madrid. Además, los subalternos del Consejo que despachaban este tipo de expedientes, los Escribanos de Cámara de Gobierno y de Justicia ⁽²⁰⁾, cobraban unos derechos por su tramitación. En definitiva, la resolución por parte del Consejo de los asuntos financieros locales exigía un «juicio formal» en la corte, con asistencia de algún representante del pueblo que hacía la solicitud. También la propia organización interna del órgano sinodial, y el cúmulo de asuntos que tenía que atender este tribunal, provocaba un considerable retraso en la toma de decisiones. De hecho, muchos de los procesos locales se prorrogaban a lo largo de 10 o 15 años, incluso algunos parece que no llegaban a resolverse ⁽²¹⁾.

Así pues, antes de las reformas de Carlos III, la Monarquía disponía de diversos mecanismos institucionales, que procedían en su mayoría del siglo XIV y XV, para controlar y supervisar la

Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo, Madrid, 1764. También: M.I. CABRERA BOSCH, *El poder legislativo en la España del siglo XVIII*, en M. ARTOLA, *La Economía española al final del Antiguo Régimen*, Tomo IV. Instituciones, Madrid, 1982, pp. 185-268. De la misma autora, *El Consejo de Castilla y la ley*, Madrid, 1993. Véase también J. FAYARD, *Los miembros del Consejo de Castilla*, Madrid, 1982.

⁽¹⁹⁾ Las salas que integraban el Consejo eran cinco: la Primera de Gobierno, la Segunda, la de Justicia, la Mil y Quinientas y la de Provincia.

⁽²⁰⁾ A mediados del siglo XVIII esta dependencia estaba integrada por siete burócratas que actuaban como secretarios del Consejo. Dos de las Escribanías eran de Cámara de Gobierno y las restantes de Cámara de Justicia.

⁽²¹⁾ Véase C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit. pp. 168-173.

actuación de los ayuntamientos en el manejo de las haciendas locales. Sin embargo, este control era más teórico que real, o cuando menos, en muchos casos, no se llevaba a cabo con la precisión deseada.

De un lado, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que en principio todos los centros urbanos quedaban bajo la inspección de la extensa red de corregidores que existía en la península, esta inspección, aun prescindiendo de la honradez de estos funcionarios, tenía que ser forzosamente limitada. No sólo era muy amplio el territorio sobre el que se extendía la jurisdicción del corregidor, sino que, además, las competencias de dichos oficiales eran muy numerosas.

De otro, aunque los juicios de residencia, en los que se inspeccionaba la labor de todos los cargos municipales que habían manejado fondos públicos, debían realizarse siempre que un corregidor cesaba en su cargo, esta periodicidad no se cumplía, la mayor parte de las veces, con la periodicidad prevenida (22). Además, no parece muy probable que las residencias se llevaran a cabo, al menos con una cierta regularidad, en los centros urbanos que por su menor relevancia carecían de corregidor o alcalde mayor.

Por otra parte, aunque los cargos municipales resultasen inculcados en los periódicos controles regios, siempre era posible demorar la aplicación de la sentencia recurriendo ante el Consejo, e incluso anular los cargos (23).

(22) Incluso en las cabezas de corregimiento que tenían problemas financieros, las residencias se llevaban a cabo cada 10, 15 o 20 años. Es el caso, por ejemplo, de Toledo. Véase C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 172.

(23) Resulta llamativo que los capitulares de Valladolid, tras ser condenados por un delegado regio en 1667 a reintegrar a los fondos locales casi un millón de rs., consiguiesen ser indultados a cambio de pagar 12.000 ducados de donativo a la Hacienda Real. Esta cantidad, junto con otros 2.150 ducados que supusieron los gastos judiciales, se tomó a censo sobre una sisa municipal cuyo período de disfrute estaba a punto de fenecer. Se relata el proceso en una Real Cédula expedida el 26 de agosto de 1699. Leg. 323, Documentación Municipal, A.R.CH. Se hicieron cumplido eco del caso J. RUIZ DE CELADA, *Estado de la bolsa de Valladolid. Examen de sus tributos, cargas y medios de su extinción. De su Gobierno y Reforma*, Valladolid, 1777 (Edición de B. YUN CASALILLA, Valladolid, 1990, p. 148-152) en donde se inserta la cédula del indulto. También J. COLÓN DE LARREÁTEGUI, *Informe sobre los gremios de Valladolid*, 1781, Mss. 41, Biblioteca de Santa Cruz.

Por tanto, el afán centralizador y de control sobre las haciendas municipales no es introducido por los Borbones, aunque sí que se aprecia, desde la llegada de la nueva dinastía, un paulatino afán por intensificar el control central. Además, en esta tarea aparecieron nuevos actores: los intendentes y los secretarios de estado y despacho y dentro de ellos el mayor protagonismo correspondió al organismo que se ocupaba del Fisco Regio, la Secretaría de Hacienda (24). Sus delegados a escala provincial fueron los intendentes (25).

El primer reformismo borbónico sobre las haciendas locales no parecía obedecer a un programa previo, sino que se realizó mediante medidas aisladas, que afectaron en muchos casos a municipios y territorios determinados, especialmente los correspondientes a la Corona de Aragón (26). De cualquier forma, las necesidades fiscales del primer monarca Borbón, Felipe V, propiciaron también una serie de reformas generales, de carácter administrativo, sobre las haciendas locales. El principal objetivo de las mismas era conseguir un mayor control sobre los recursos municipales que facilitase el cobro de las exacciones establecidas. Esa finalidad permitió una creciente intervención sobre los ingresos municipales de los organismos que se ocupaban de las rentas reales, la Secretaría de Hacienda y los intendentes.

3. Será ya al final del reinado cuando los planes reformistas adquieran un carácter innovador, pues a partir de 1738 se comenzó a proyectar una nueva concepción gubernativa para las haciendas

(24) Véanse los trabajos de J. A. ESCUDERO, *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, Madrid, 1969, 4 vols. y *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*, Madrid, 1979, 2 vols.

(25) H. KAMEN, *El establecimiento de los intendentes en la administración española*, en *Hispania*, XXIV, 1964, pp. 368-95; M. IBÁÑEZ MOLINA, *Notas sobre la introducción de los intendentes en España*, en *Anuario de Historia Moderna y Contemporánea*, 9, Granada, 1982, pp. 5-27 y J.G. PÉREZ MARTÍN, *Reformismo y Administración Provincial. La Intendencia de Burgos en el siglo XVIII*, Tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1987. Un buen resumen sobre las vicisitudes que atravesó esta institución hasta su implantación definitiva en 1749 en F. ABBAD Y D. OZANAM, *Les intendants espagnols du XVIII siècle*, Madrid, 1992, pp. 5-13.

(26) Para la ciudad de Valencia puede consultarse E. GARCÍA MONERRIS, *La Monarquía...*, ob. cit. pp. 269-293. Para Cataluña y algunas localidades del Reino de Valencia C. García García, *La crisis de...*, ob. cit., pp. 173-177.

locales. En esa concepción el Consejo perdía buena parte del protagonismo que había tenido durante siglos para compartirlo con la Secretaría de Hacienda. En definitiva, lo que se estaba sustanciando era el conocido enfrentamiento entre dos posturas distintas de organización de la Monarquía: la monarquía judicial y la monarquía administrativa (27). Ese enfrentamiento venía produciéndose desde el siglo XVII y ahora se proyectaba por primera vez sobre la organización de las haciendas locales. Los planes de recortar el campo de acción del órgano colegiado se iniciaron con Campillo y de manera más globalizadora e incisiva con Ensenada. De cualquier forma, el conflicto entre uno y otro planteamiento se mantuvo durante toda la segunda mitad del siglo XVIII y no se resolvió definitivamente hasta 1824.

Desde 1738 se publicaron sucesivas normas que fueron limitando las competencias del Consejo sobre estos ramos a favor de la Secretaría de Hacienda y, a nivel provincial y local, de los intendentes. El inicio de las nuevas medidas administrativas hay que relacionarlo con las necesidades de numerario de la Corona con ocasión de la guerra con Inglaterra. Así, en 1738 se estableció que se habían de incorporar a la Corona los « términos baldíos usurpados » tanto por concejos como por particulares. En 1739 se fijó un recargo de 4 por 100 sobre los arbitrios, recargo que ascendió al 50 por 100 a partir de 1741. En este mismo año se exigió la « décima general ».

Estas medidas no eran novedosas, ya con los Austrias se habían adoptado expedientes fiscales similares, lo nuevo era la organización administrativa mediante la que se pretendía hacer efectiva las exacciones. En 1738 se formó una Junta para que se ocupase tanto de los baldíos como de los arbitrios, pero en 1741 volvían estas competencias al Consejo. Un año después se nombró un « superintendente de baldíos y arbitrios », José Ventura Güell, que entendía en todo lo « gubernativo y económico » de ambos ramos, « con absoluta independencia e inhibición de tribunales y chancillerías y audiencias del reino » (28). El superintendente dependía directamente del Secretario de Hacienda y las competencias del Consejo se reducían a los

(27) Véase la bibliografía incluida en la nota 7 de este texto.

(28) Artículo 1º de la *Instrucción y reglamento que ha de observar don José Ventura Güell de 29 de enero de 1742*, en Leg. 545, DGR, 2ª remesa, A.G.S.

asuntos « jurídicos ». Se iniciaba, por tanto, en lo referente a la administración de las corporaciones locales, una nueva fórmula: la ejecutiva o gubernativa, como se llama en los documentos del momento, en sustitución de la judicial.

Respecto a los baldíos, se hicieron algunas incorporaciones, pero en 1747 se anularon todas las operaciones que se habían efectuado desde la creación de la Junta. En la misma Real Orden se suprimían la Superintendencia y todos los organismos anejos a ella (29). No obstante, parece que las devoluciones nunca llegaron a efectuarse (30). La suerte de los arbitrios fue diferente. A pesar de algunas protestas del Consejo, que en 1743 recordó al monarca las atribuciones que venía ejerciendo desde el Cuatrocientos en todo lo relacionado con los ingresos municipales, los proyectos de Ensenada sobre las haciendas locales continuaron. Así, con el fin de acelerar el cobro del comentado « valimiento de la mitad de sisas y arbitrios », que se había empezado a exigir en 1741 y que se mantuvo hasta 1750, se crearon « superintendencias » o « direcciones » específicas para algunos territorios (31). Al igual que había sucedido con la encomendada a Ventura Güell, la labor de los órganos sinodiales quedaba reducida en esas zonas a los recursos jurídicos que se presentasen ante la actuación del « director ».

Un nuevo paso se dio en 1745, pues buscando una vez más facilitar el cobro del « valimiento », ese año se aprobó una « Instrucción de arbitrios » que supondrá todo un hito en esta materia. En efecto, este texto señaló, a escala provincial y local, el cauce por el que discurrirá la administración de las haciendas municipales hasta las reformas liberales, bien entrado el siglo XIX (32). En la

(29) B. DE LA TORRE, *Tratado de los propios, arbitrios...* ob. cit.

(30) A. RODRÍGUEZ SILVA, *Venta de baldíos en el siglo XVIII. Una aproximación a su estudio. La comisión de baldíos de las cuatro villas de la costa del mar de Cantabria, en Desamortización y Hacienda Pública*, Madrid, 1986, tomo I, p. 141.

(31) Es el caso de la encomendada a Antonio de Aranda y Guillamas que comprendía las principales localidades de la provincia de Valladolid y de Salamanca. C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 180-181.

(32) En 1773 se publicó una *Colección de los Reales Decretos, Instrucciones y Órdenes de SM para el establecimiento de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reino, su administración gobierno y distribución baxo la dirección del Consejo y de las providencias dadas para su observancia y cumplimiento*. Se trata de un documento extenso

nueva norma, la dirección de los arbitrios a nivel provincial se encargaba a los intendentes; después, las Ordenanzas de 1749 potenciaron el papel de éstos sobre las haciendas municipales. En los municipios se creaban unas juntas que estaban formadas por dos regidores y presididas por los intendentes, con la finalidad de recaudar y administrar los arbitrios. Para desarrollar su labor el intendente disponía del contador de rentas reales de cada capital. Lógicamente debió ser en estas localidades donde realmente se hicieron efectivas las nuevas medidas, pues como se ha dicho, las juntas habían de ser presididas por los intendentes.

De cualquier forma, los planes de Ensenada iban más allá y se orientaron en una doble perspectiva ⁽³³⁾. No solamente había de modificarse la organización administrativa de las corporaciones locales, sino también se hacía necesario introducir cambios en su vertiente impositiva. Desde luego, la reforma de las rentas urbanas formaba parte de un proyecto más general de reorganización de todo el sistema hacendístico de la Monarquía. Tanto la hacienda municipal como la real se basaban en la misma clase de contribuciones, las indirectas, de ahí que inevitablemente cualquier proyecto reformista tuviese que contemplar conjuntamente a ambas fiscalidades. Así, para los ilustrados, la eliminación de las rentas provinciales debía ir acompañada de la supresión de los arbitrios locales. Tanto unos como otros gravámenes habían de ser sustituidos por un nuevo impuesto de carácter directo, la « Única contribución », que recaería sobre los rendimientos del capital, la tierra, la industria y el comercio ⁽³⁴⁾.

De aquí que las sucesivas reformas que se fueron introduciendo

en el que se recopila todas las disposiciones carolinas para el ramo, incluía la Instrucción de 1745. En 1803 se hizo una nueva edición actualizada de ese *corpus* normativo con el título de *Nueva Colección de los Reales Decretos, Instrucciones y Órdenes de SM para el establecimiento de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reyno, su administración, gobierno y distribución baxo la dirección del Consejo, y de las providencias dadas para su observancia y cumplimiento*. Posteriormente, muchas de estas disposiciones se recogieron en la Nov. Rec., VII, XVI: « De los propios y arbitrios de los pueblos ».

⁽³³⁾ Para los proyectos de Ensenada sobre las haciendas locales véase C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit. pp. 181-185.

⁽³⁴⁾ Puso de relieve el carácter global de las reformas de Ensenada P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos...*, ob., cit., pp. 456-457.

en la fiscalidad real se extendiesen también a la municipal. Por esto en la Instrucción de 1745 se optaba por la administración de los arbitrios municipales para su explotación, en lugar de los tradicionales « arrendamientos », tal y como se estaba haciendo con las rentas reales de algunas provincias ⁽³⁵⁾. Por esto también en la elaboración del catastro, que permitiría el establecimiento de la « Única contribución », se incluía un minucioso examen de la estructura fiscal de los concejos.

No obstante, mientras se recababa la información necesaria para llevar a la práctica el nuevo sistema impositivo, la intervención en las haciendas locales se hacía inevitable. Las exacciones exigidas en los últimos años no sólo habían reportado importantes ingresos a la Hacienda Real, sino también habían puesto de manifiesto los niveles que habían alcanzado los impuestos locales. Dada la escasez de burócratas, el valimiento de la mitad de arbitrios no pudo exigirse en todas las urbes que se valían de esos expedientes fiscales, pero a pesar de ello, en 7 años se habían logrado remanentes equivalentes a un tercio de lo que ingresaba cada año el Fisco Regio ⁽³⁶⁾.

Fue en 1750-51 cuando se elaboró un proyecto de nueva planta para la administración de las haciendas locales ⁽³⁷⁾. En él se recogían las líneas defendidas por Ensenada ante Fernando VI (1746-59) en su conocida representación de 1751 ⁽³⁸⁾. Así, en la corte se tenía que crear una Dirección general que se ocuparía de los propios y arbitrios del reino, dejando al Consejo sólo « lo contencioso en punto riguroso de justicia ». Mediante la crítica a la inoperancia e ineficacia de este tribunal se justificaba que no continuase con la administración de estos ramos. El Consejo concentraba en su seno

⁽³⁵⁾ La norma que establecía, con carácter general para toda la península, que las rentas provinciales se administrasen, se aprobó más tarde que la que afectaba a los arbitrios locales, exactamente en 1749. M. ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, p. 260. Véase también J. ZAFRA OTEYZA, *Fiscalidad y Antiguo Régimen. Las rentas provinciales del reino de Granada (1746-1780)*, Madrid, 1991, pp. 98-110.

⁽³⁶⁾ Entre 1741 y 1747 se consiguió recaudar 75.285.196 rs. y para el mismo período aún quedaba por cobrar 1.517.602 rs. Los datos en Leg. 975, S. y SH., A.G.S.

⁽³⁷⁾ El proyecto está fechado a 9 de noviembre de 1751, Leg. 785, G. y J., A.G.S.. Lo recoge también BRINGAS DE LA TORRE, *Tratado de los propios...*, ob. cit.

⁽³⁸⁾ D. OZANAN, *Representación del marqués de la Ensenada a Fernando VI*, en *Cuadernos de investigación histórica*, 4 (1980), pp. 67-124.

demasiadas cuestiones de gobierno y por tanto no podía « desminuzar nimiamente tantos puntos ». Las autoridades delegadas de la Dirección en las provincias serían los intendentes, y las juntas creadas en 1745 pasaban a ocuparse también de los propios.

Se pensaba que un más exhaustivo control de las rentas locales acabaría con el fraude, lo que redundaría en un mayor rendimiento de estos ramos. Esta maximización de los recursos permitiría pasar de la reforma administrativa a una reforma fiscal. Los remanentes conseguidos harían posible la amortización progresiva de la deuda, lo que permitiría la supresión de los arbitrios. Aliviando a los pueblos de esas cargas se daría libertad al comercio y se facilitaría el abastecimiento.

Con el fin de hacer efectiva la reforma, en 1752 se nombró un director de las haciendas de todos los pueblos que habían comprado su jurisdicción o alguna renta real. Actuaría en todo lo gubernativo, bajo las órdenes del Secretario de Hacienda ⁽³⁹⁾. En definitiva era una forma solapada de apartar al Consejo de la administración de las haciendas locales, pues un elevado porcentaje de concejos cumplían los requisitos señalados. La respuesta del órgano sinodial fue inmediata. En el mismo año de 1752 elevaba una representación al monarca recordando sus competencias tradicionales y formulando una « contrarreforma ».

En realidad, hasta que se llegue a una solución definitiva, el Consejo no dejó de plantear proyectos de reforma. Así, tras la caída de Ensenada en 1754, volvía a defender ante el monarca la elaborada dos años atrás y en 1756 diseñaba un nuevo proyecto. Tanto en uno como en otro, para hacer más efectivo el control se creaba como nueva dependencia del Consejo una Contaduría que revisase las cuentas municipales. Al mismo tiempo se potenciaba la actuación de los delegados territoriales que dependían directamente del órgano sinodial, los corregidores y jueces de residencia, en detrimento de los intendentes. Se dividía el reino en varios partidos y cada uno de los ministros, o bien de la Sala Primera en el proyecto de 1752-54 o bien de la Segunda en el de 1756, actuaba como superintendente de cada distrito.

En definitiva el Consejo se mostraba dispuesto, en cierta me-

(39) Leg. 3989, Consejos, A.H.N..

didada, a acoplarse a los principios de ejecutividad defendidos por Ensenada, siempre y cuando el control de las haciendas locales siguiese formando parte de sus competencias. En la propuesta donde se formulaba más claramente esa postura era en la elaborada en 1756, pues en ella, con el fin de agilizar la toma de decisiones, desaparecían las figuras intermedias — fiscal, relator, etc — que intervenían en todos los asuntos llevados por el Consejo. Los ministros despacharían directamente con el contador y decidirían por sí mismos sobre los asuntos de los pueblos de su distrito, planteando en la Sala sólo los casos de mayor gravedad. Por último, la otra novedad que introducía el proyecto de 1756 era que la dirección de propios, arbitrios, pósitos, montes y penas de cámara quedaba englobada en un único organismo: la Secretaría de Gracia y Justicia, cuyo titular pasaba a ser su superintendente general ⁽⁴⁰⁾.

4. Pero, como ya hemos dicho, la solución no vino hasta comienzos del reinado de Carlos III, cuando Esquilache encontró una fórmula de equilibrio entre las dos posturas enfrentadas. En realidad, la reforma aprobada en 1760 fue un desarrollo de las normas y proyectos que se habían elaborado en el período anterior. Buena muestra de ello es la prontitud con la que fue publicada, antes de terminar el primer año del nuevo reinado. En ella se mantenía la estructura fiscal vigente desde la época de los Austrias y los cambios se centraron, una vez más, en la administración de estos ramos.

En la corte los organismos que se ocupaban de la dirección de las finanzas locales eran los mismos que se habían fijado en dos decretos publicados en el reinado anterior, exactamente en 1749 y 1751 ⁽⁴¹⁾. Así, nominalmente el Consejo de Castilla mantenía sus competencias tradicionales, y para facilitar su labor el órgano sinodial pasaba a disponer de una nueva oficina: la Contaduría General de Propios y Arbitrios. Ahora bien, la Secretaría de Hacienda se reservaba un importante papel en el control de las haciendas muni-

⁽⁴⁰⁾ C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 181-186.

⁽⁴¹⁾ El R.D. de 2 de diciembre de 1749 estableció que el Consejo de Castilla había de tomar anualmente las cuentas de los arbitrios, e informar al rey de ello a través « de la vía reservada de Hacienda ». Otro R.D., de 19 de junio de 1751, extendía tal medida a los propios. La primera norma en Leg. 452, S. y SH., A.G.S. y la segunda en Leg. 3.117, n. 87, Osuna, A.H.N.

ciales, pues el Consejo había de informar al rey de todo lo relacionado con ellas a través de esa institución. También era su titular quien elegía a los funcionarios de la Contaduría General y a los delegados provinciales de los que se valía el Consejo: intendentes y miembros de las contadurías provinciales (42).

Efectivamente a nivel provincial y local se seguían las pautas establecidas en la Instrucción de 1745, pues los intendentes, contadurías provinciales y juntas locales mantenían las competencias fijadas en dicha norma, que ahora abarcaban no sólo a los arbitrios sino también a las restantes rentas urbanas. Además, las juntas municipales se hacían extensivas a todos los concejos y sí en la capital de provincia continuaban siendo presididas por el intendente, en las restantes localidades esa función correspondía al corregidor, alcalde mayor o «miembro más digno».

De igual forma se mantenían los principios que habían inspirado los proyectos reformistas de la época de Ensenada. Tal y como se ha señalado más arriba, la Secretaría de Hacienda no renunciaba al control de las finanzas municipales, aunque de momento parecían olvidarse las aspiraciones de lograr recursos extraordinarios de los concejos. A pesar de ello, el objetivo fundamental era lograr la reducción de los impuestos locales a través de la progresiva amortización de la deuda y sin duda ese objetivo hay que ponerlo en relación con la necesidad de eliminar cualquier freno a la capacidad de recaudar de la Hacienda Real. Además, como se había establecido en años anteriores, el saneamiento de las finanzas locales se pretendía lograr a través del exhaustivo control que ejercerían las instituciones centrales sobre las rentas urbanas. De hecho, no se introducían modificaciones en el régimen municipal y los remanentes se lograrían cortando las prácticas fraudulentas del patriciado urbano que controlaba los ayuntamientos. Para acabar con los abusos se redujo al mínimo la capacidad de actuación de las autoridades locales y se reguló de forma exhaustiva el método a

(42) La norma básica que definió la nueva planta fue el R.D. e Instrucción de 30 de julio de 1760. Con posterioridad a ella se publicaron un buen cúmulo de disposiciones, unas veces aclaratorias y otras introduciendo importantes modificaciones en el sistema, aunque la duración de estas últimas fue siempre limitada. Véanse las dos colecciones legislativas recogidas en la nota 32 de este texto.

seguir en la administración de los ingresos de sus urbes. Por un lado, se establecieron unas pautas generales acerca de cómo habían de explotarse las rentas de los municipios. Frente a lo publicado en 1745 sobre que se administrasen los impuestos indirectos, la normativa de 1760 volvía a los tradicionales arrendamientos, aunque en determinadas urbes el Consejo mantuvo, al menos durante algunos años, la administración ⁽⁴³⁾. Ésta fue finalmente implantada en los municipios importantes al finalizar el siglo, pues en 1799 se estableció que los arbitrios locales serían recaudados, junto con los impuestos centrales, por los empleados de la Real Hacienda. Una vez descontados los gastos de administración, los ingresos obtenidos pasaban a las arcas locales ⁽⁴⁴⁾.

No obstante, la supervisión central iba más allá, pues a cada población se le formó un *reglamento* de ingresos y gastos. Estos presupuestos los elaboraba la Contaduría General, a partir de los datos remitidos por los pueblos y los informes que sobre ellos realizaban las contadurías provinciales. En ellos, una vez evaluadas las rentas, se fijaban hasta el mínimo detalle cuáles habían de ser los desembolsos que podía realizar cada municipio y la cantidad que correspondía a cada uno de ellos ⁽⁴⁵⁾. Los concejos no podían modificar ninguna de las partidas incluidas en su presupuesto, pues cualquier cambio, por poco significativo que fuese, debía contar con el visto bueno del Consejo.

En 1765 ya se habían aprobado 5.659 reglamentos, 10.582 en 1769 y 12.500 en 1773, momento en el que el Consejo consideraba prácticamente concluida esta labor. Efectivamente la casi totalidad de los núcleos urbanos contaba ya con su presupuesto de ingresos y

⁽⁴³⁾ Es el caso de ciudades como Madrid, Valencia, Cádiz, Sevilla y Valladolid. Leg. 835, Consejos, A.H.N.

⁽⁴⁴⁾ La administración había de aplicarse en las capitales de provincia, cabezas de partido y puertos de mar. En el caso de la provincia de Valladolid, en 1802 la administración ya se había introducido en sus dos ciudades más importantes: la capital y Medina de Rioseco. Dentro de esta provincia era en estas urbes donde la fiscalidad indirecta había alcanzado niveles más altos.

⁽⁴⁵⁾ La data se dividía en diversos bloques de gastos y a cada uno se le asignaba una determinada cantidad, especificando, partida por partida, cómo se distribuía ésta. Únicamente en el último bloque, los gastos alterables o extraordinarios, no se llevaba a cabo esa especificación.

gastos y la excepción la constituían únicamente los pequeños pueblos que apenas contaban con ingresos y cubrían sus necesidades financieras mediante repartimientos. No obstante, a finales de los años ochenta se reglamentó también a este tipo de localidades y en 1787 se aprobaron 1.084 nuevos presupuestos ⁽⁴⁶⁾.

En los reglamentos, al margen del presupuesto de ingresos y gastos, también se contemplaba la forma en que cada localidad había de llevar la administración de sus fondos. En este punto se trató de simplificar el complicado entramado contable que hasta entonces había regido en muchas urbes, especialmente en las de cierta envergadura. Para ello se estableció la unidad de caja, suprimiendo las diferentes unidades económicas o « pagadurías » en las que hasta ese momento se habían dividido las haciendas de algunos ayuntamientos. Igualmente se estableció la unidad en la gestión, pues desaparecieron las diversas comisiones que administraban los ingresos de ciertos municipios y un solo organismo, la junta de propios y arbitrios, se ocupó de esas tareas ⁽⁴⁷⁾.

Dada la escasez de burócratas, tanto en las contadurías provinciales como en la Contaduría General, no se comprobó si los rendimientos declarados por los ayuntamientos eran los adecuados, de ahí que los presupuestos de ingresos y gastos no reflejasen muy fielmente la situación financiera de cada concejo. El que no se realizasen las aclaraciones necesarias dejó a las oligarquías urbanas la posibilidad de seguir utilizando las rentas locales en beneficio propio. Con el tiempo la experiencia demostró que la forma en que se evaluaron los ingresos municipales hizo posible que se mantuviesen muchas de las arbitrariedades que se venían cometiendo desde tiempo atrás ⁽⁴⁸⁾.

Con el fin de alcanzar la deseada amortización de censos todos

⁽⁴⁶⁾ Leg. 522, Consejos, A.H.N. y Leg. 438, S. y SH., A.G.S.

⁽⁴⁷⁾ Esos principios de unificación, aun sin llegar a los niveles que alcanzaron a partir de los años sesenta, habían empezado a introducirse en algunas ciudades en las décadas precedentes. Así se hizo, por ejemplo, en Sevilla con los arbitrios, aunque hasta 1767 se llevó de forma separada la contabilidad de los propios y arbitrios. Véase M.J. ÁLVAREZ DE PANTOJA, *Funcionalidad de las haciendas locales: Las reformas de propios y arbitrios sevillanos (1750-1780)*, en M. ARTOLA Y L.M. BILBAO (Eds.), *Estudios de Hacienda: De Ensenada a Mon*, Madrid, 1984, pp. 2-9.

⁽⁴⁸⁾ Así se reconocía en un informe de 1833 del entonces director general de

los reglamentos se planificaron de forma que resultasen sobrantes. La fórmula que se adoptó para conseguir los excedentes que se perseguían fue reducir los gastos de cada población. Dada la diversidad existente entre los desembolsos de unos concejos y otros, las reducciones variaban de un núcleo a otro ⁽⁴⁹⁾. De hecho, en este punto el Consejo siguió unos criterios bastante elásticos. Así, una vez cubiertas las dotaciones imprescindibles para el funcionamiento de la vida pública, el que se admitiesen o no determinadas partidas estaba en función de las deudas acumuladas y de los ingresos con los que contaba cada núcleo, más que de las cualidades del desembolso en sí ⁽⁵⁰⁾. Si esos planteamientos permitieron cortar ciertos abusos, también en algunas localidades supusieron una disminución de los servicios públicos que se cubrían con las rentas municipales ⁽⁵¹⁾.

En algunos reglamentos se recogía también cómo había de efectuarse el pago de réditos atrasados y la redención de censos. El Consejo tenía establecidas unas pautas generales sobre la forma en que había de llevarse a cabo la amortización de la deuda, pero esas disposiciones variaban de una localidad a otra, especialmente en los reinos de la Corona de Aragón.

propios y arbitrios. Una más amplia información en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 222-275.

⁽⁴⁹⁾ Por regla general las partidas que más se recortaron fueron dos: las referentes a salarios y las contempladas como «gastos extraordinarios». En el primer caso muy frecuentemente se suprimieron las gratificaciones que, aparte de sus remuneraciones ordinarias, recibían los capitulares y demás dependientes concejiles por la realización de determinadas funciones o por su asistencia a diversas conmemoraciones. A veces se eliminaron también algunos empleos, que en ningún caso eran miembros del ayuntamiento. En lo referente a los gastos extraordinarios, en los que se incluía cualquier desembolso accidental — obras públicas, pleitos, calamidades, ... —, el desfase entre lo presupuestado y las obligaciones locales debía ser notorio a juzgar por las continuas quejas de los municipios.

⁽⁵⁰⁾ Así por ejemplo, en Medina del Campo se mantuvo al «preceptor de gramática» como asalariado municipal, mientras que en otras villas como Coronil se suprimió. El presupuesto de Medina del Campo en Leg. 223, Caja 291, A.M.M.C. y el de Coronil en Leg. 2.999, Gobernación, A.H.N.

⁽⁵¹⁾ En Guadalajara se suprimió la asignación para la enseñanza de «primeras letras» y en Ágreda y Medina de Rioseco se eliminaron las dotaciones para el mantenimiento de los niños expósitos. El primer reglamento se encuentra en el A.M. de Guadalajara que está sin catalogar, el de Ágreda en Leg. 2.699, Gobernación, A.H.N., y el de Medina de Rioseco en Exp. 1.069, Caja 51, A.H.M.M.R.

En función del reglamento las juntas habían de presentar cada año las cuentas ante las contadurías provinciales. Éstas a su vez enviaban un extracto de las mismas a la corte, pues era el Consejo, a través de la Contaduría General de Propios y Arbitrios, quien en última instancia había de darles el visto bueno. En la práctica el campo de actuación de los concejos fue bastante más amplio del que cabría esperar al examinar la legislación. Así, pocas veces las juntas locales se atenían a las cantidades previstas en sus presupuestos. En parte el desajuste se debía a la ya comentada irrealidad con que se presupuestaron los gastos, especialmente los calificados como « extraordinarios » en los que se incluían todos los desembolsos accidentales, pero también a que periódicamente se repartían cantidades para obras públicas de ámbito comarcal o regional ⁽⁵²⁾.

Además, a pesar de los serios intentos de cortar los abusos, no ya sólo por parte de las autoridades centrales sino también de algunos ilustrados locales, continuaron las prácticas fraudulentas del patriciado urbano ⁽⁵³⁾. Varios problemas dificultaron la aplicación del estricto control que se pretendía lograr. Por un lado, ni la Contaduría General ni las contadurías provinciales disponían de los suficientes recursos, ni del personal necesario, para llevar a buen término las reglas de fiscalización previstas en la normativa ⁽⁵⁴⁾. Sobre este punto eran frecuentes las quejas de los intendentes,

⁽⁵²⁾ A Medina de Rioseco, cuyo reglamento había sido aprobado en 1766, se le fijaron 12.000 rs. para gastos extraordinarios. Por órdenes del mismo Consejo de Castilla, la Ciudad de los Almirantes tuvo que destinar entre 1766 y 1779 una media anual de más de 11.000 rs. a los cupos que se le asignaron para « puentes forasteros », con lo cual esta partida absorbía prácticamente la dotación prevista para gastos extraordinarios.

⁽⁵³⁾ Sobre los abortados intentos reformistas de algunos ilustrados locales véase, para el caso de Valladolid, C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 239-250.

⁽⁵⁴⁾ En los primeros años de su existencia la Contaduría General se componía de ocho oficiales y dos escribientes. Posteriormente se fue ampliando su dotación y en 1787 ya contaba con veinticinco oficiales, seis oficiales « supernumerarios » o « entretenidos sin sueldo » y doce escribientes. En el caso de las contadurías provinciales, en 1787 las que tenían más oficiales eran las de Cataluña — nueve — y la de Valencia — ocho —. Les seguían en importancia las de Aragón y Burgos, pues cada una de ellas contaba con siete. Por el contrario las provincias peor dotadas eran las de Toro, Soria, Murcia, Madrid, Jaén, Galicia, Córdoba y Ávila que tenían sólo tres. El número de miembros del resto de las contadurías oscilaba entre cuatro y seis. La intendencia que tenía que revisar menos pueblos era la de Zamora — 204 — y la que más la de Cataluña — 1.927 —.

denunciando la escasez de medios y la falta de oficiales en las contadurías a su cargo. Eso conducía a no tener al corriente ni la liquidación de cuentas, ni el despacho de los múltiples recursos de los pueblos ⁽⁵⁵⁾.

El retraso en la revisión de cuentas no sólo era un problema de las contadurías provinciales, sino que otro tanto ocurría en la Contaduría General. En un informe emitido por este organismo en 1785 se señalaba que las provincias cuyas cuentas no habían sido revisadas desde 1760 eran doce; otras doce estaban al día hasta 1783 y en una situación intermedia se encontraban las restantes seis intendencias ⁽⁵⁶⁾. Buena muestra de la falta de recursos para llevar a cabo el estricto control que se pretendía es que en 1779 el Consejo dictaba una norma general para todo el reino. En ella se daban por buenas las cantidades desembolsadas hasta 1777 que excedían lo previsto en los reglamentos. Las condiciones para aceptar esta clase de partidas eran que se hubiesen gastado según « costumbre » e invertido « en beneficio del común » ⁽⁵⁷⁾.

Bien es verdad que los casos estudiados, como el de la provincia de Valladolid, ponen de manifiesto los esfuerzos de las intendencias por hacer cumplir lo regulado en 1760 ⁽⁵⁸⁾. Si algunas contadurías provinciales desempeñaban las tareas que les correspondían, no ocurría lo mismo en el Consejo de Castilla. A pesar de lo previsto en la legislación, las funciones del órgano sinodial parece que quedaron básicamente reducidas a autorizar la realización de desembolsos extraordinarios, a aclarar determinados desarreglos, o a comunicar órdenes generales sobre estos ramos.

⁽⁵⁵⁾ Así por ejemplo, el intendente de Cataluña plantaba que el número de cuentas no revisadas en su circunscripción entre 1777 y 1786 ascendía a 11.937 y algo similar ocurría en las anteriores a 1777. Como ya se ha dicho, los pueblos que presentaban cuentas en esta intendencia eran 1.927. Leg. 437, S. y SH., A.G.S.

⁽⁵⁶⁾ Una, la de Aragón, lo había sido sólo hasta 1764 y la de Ávila hasta 1769. Las localidades de Soria habían pasado este control hasta el año 1774 y las de Murcia y la Mancha hasta 1775. Por último, las cuentas liquidadas en Guadalajara abarcaban hasta el año 1781. Leg. 3992, Consejos, A.H.N.

⁽⁵⁷⁾ C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit. pp. 237-238.

⁽⁵⁸⁾ De cualquier forma, a veces las intendencias, ante las justificaciones presentadas por los municipios, daban por buenas algunas de las cuentas presentadas por éstos, aunque excediesen lo previsto en los reglamentos. Así sucedía, por ejemplo, con las de Medina de Rioseco del año de 1775. Exp. 3.309, Caja 186, A.H.M.M.R.

Otro de los problemas que retrasó notablemente la administración de las haciendas locales fue las ingerencias de una serie de instituciones no contempladas en la nueva planta. A escala provincial las interferencias las provocaron las audiencias y chancillerías, pero los principales problemas surgieron en la corte, en el propio seno del Consejo de Castilla. Las dos dependencias de las que se valía este tribunal para la tramitación de los expedientes — la Contaduría General y las Escribanías de Cámara de Gobierno y de Justicia — se disputaron a lo largo del siglo las competencias sobre las haciendas locales. En realidad, se trataba, una vez más, de la pugna entre las dos formas distintas de llevar a cabo la solución de los problemas: la más lenta y costosa, la « contenciosa », frente a la más rápida y económica, la « gubernativa ».

El enfrentamiento entre la Contaduría y las Escribanías se inició nada más establecerse la nueva planta. La primera de ellas defendía que, tal y como se había fijado en 1760, todo lo relacionado con los propios y arbitrios había de despacharse a través de ella, « gubernativamente y de oficio ». Por el contrario, las segundas planteaban que a la Contaduría correspondía únicamente la revisión de cuentas y que los recursos de los pueblos a lo regulado por esta oficina, así como cualquier otra facultad, tocaba a las Escribanías. Según defendían, todos estos casos, con arreglo a las leyes tradicionales del reino, debían resolverse « mediante un juicio formal, con audiencia de los síndicos de los pueblos y otro cualquier vecino que se muestre parte ». Además, acusaban a la Contaduría de infringir el reglamento interno del Consejo, ya que despachaba con los ministros y los fiscales de la Sala personalmente y comunicaba ella misma lo resuelto a las autoridades inferiores ⁽⁵⁹⁾.

Efectivamente, con la creación de la Contaduría se habían introducido notorias modificaciones en la forma en la que se resolvían los problemas en el Consejo. Por un lado, se daba uniformidad a la gestión de los asuntos. Una sola oficina era la encargada de llevar todos los trámites necesarios hasta tener los expedientes listos para ser debatidos en la Sala Primera, sin pasar por todo el personal

⁽⁵⁹⁾ Diversos escritos de las dos oficinas del Consejo sobre cuáles habían de ser sus competencias en los asuntos de las haciendas locales en Leg. 427, S. y SH., A.G.S. y en Leg. 3.989, Letra A, Pieza 1ª y 2ª, Consejos, A.H.N.

subalterno del Consejo que hasta entonces intervenía en la preparación de los informes: escribanos de Cámara y de Gobierno, agentes fiscales y relatores. Por otro, se conseguía acelerar el proceso de toma de decisiones, suprimiendo muchos pasos burocráticos. El Contador General presentaba al Consejo los expedientes con los datos necesarios para decidir sobre ellos. La práctica mantenida hasta 1760 suponía que cualquier petición de los concejos, por poco importante que fuese, era vista primero por el fiscal y luego por el Consejo que tras esta primera revisión solía pedir a los ayuntamientos justificaciones de sus solicitudes. Los nuevos datos que llegaban al órgano colegiado seguían los mismos pasos — dictamen fiscal, discusión en la Sala — y así sucesivamente cuantas veces fuese necesario hasta conseguir la información suficiente para decidir sobre el asunto en cuestión. No sólo se suprimieron muchos pasos burocráticos, sino que también se agilizaron otros. Así, el Contador despachaba directamente tanto con los fiscales como con los ministros de la Sala de viva voz y no mediante escritos como lo hacían los otros subalternos del Consejo (60). Con el mismo afán de agilizar y también para hacer menos costosos a los pueblos la solución de sus problemas, la normativa establecía que todo lo relacionado con las haciendas locales se había de despachar « de oficio », evitando que se hiciesen contenciosos los asuntos gubernativos (61).

Mientras que Esquilache se mantuvo en el poder, la Contaduría será claramente protegida por la Secretaría de Hacienda, mientras que los Escribanos contarán con el apoyo del Consejo. De hecho, el 22 de noviembre de 1763 Esquilache comunicaba una orden a este tribunal señalando que todos los asuntos de las haciendas locales se habían de despachar gubernativamente a través de la Contaduría y nada tocaba en este punto a los relatores y escribanos. La orden no fue cumplida por el Consejo, de ahí que nuevamente el Secretario de Hacienda la comunicase a la corporación sinodial en 1766. Una vez

(60) Una más amplia información en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 208-210.

(61) Para costear los sueldos de los funcionarios de la Contaduría General, así como los de los oficiales y contadores de provincia, se estableció un recargo del 2 por cien sobre los ingresos locales, cesando el 4 por cien que hasta entonces gravaba a los arbitrios y que cobraba la Real Hacienda. En 1769 se aumentó en 8 mrs. Leg. 3991, Pieza 1ª corriente, A.H.N.

más fue desoída, y finalmente un dictamen elaborado en 1772 por dos de los fiscales del Consejo, Floridablanca y Campomanes, acababa con las controversias ⁽⁶²⁾. En él no se tenía en cuenta lo regulado desde 1760 por la Secretaría de Hacienda. Repartía entre una y otra dependencia los asuntos a tramitar, protegiendo claramente a las Escribanías y con ellas a la « vía judicial » ⁽⁶³⁾.

A escala local, las ingerencias de las Escribanías provocaron numerosos problemas. Los intendentes se quejaban de que a veces recibían dos órdenes totalmente contrapuestas del Consejo sobre el mismo asunto ⁽⁶⁴⁾. Incluso denunciaban que muchos municipios, sin pasar previamente por la intendencia, utilizaban la « vía de las Escribanías » como medio de burlar las últimas órdenes sobre el método que habían de seguir en la administración de sus caudales. A pesar de las quejas, lo establecido en el dictamen de 1772 fue la práctica que mantuvo el Consejo cuando menos hasta finales de siglo. De hecho, una Real Orden de 1798, comunicada una vez más a través de la Secretaría de Hacienda, volvía a poner en vigor lo regulado por Esquilache sobre las Escribanías en 1763.

No solamente la pugna entre las dos dependencias del Consejo puso de manifiesto la vigencia del conflicto entre la « vía judicial » y la « gubernativa ». En los años 1785-86 el enfrentamiento entre la Secretaría de Hacienda y el órgano sinodial resurgía por los mismos motivos que venían siendo tradicionales desde el reinado de Felipe V. En este caso muy probablemente fue la « extraordinaria contribución », que se había exigido durante los años 1780-84, lo que puso de manifiesto la necesidad de reorganizar la administración de las haciendas locales bajo unos principios que agilizaran la toma de decisiones.

⁽⁶²⁾ Hasta 1771 el Consejo contó con dos fiscales y en ese año se creó una nueva fiscalía. Los otros miembros del Consejo eran el gobernador o presidente, veintidós ministros que aumentaron a veintisiete en 1766, siete escribanos de Cámara de Gobierno y de Justicia, siete relatores y otra serie funcionarios como agentes fiscales, porteros, etc.

⁽⁶³⁾ Los detalles sobre el reparto de competencias que se hacía en el dictamen fiscal y en general sobre el mencionado conflicto en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 210-213.

⁽⁶⁴⁾ Así lo planteaba, por ejemplo, el intendente de Valencia en un informe del 9 de marzo de 1765 o el de Zaragoza en otro de enero de 1769. Los mencionados escritos en Leg. 3.989, Letra A, Pieza 3ª, Consejos, A.H.N.

Tras un largo debate entre el Consejo y la Secretaría de Hacienda, que tuvo como protagonistas de las mutuas acusaciones de ambas instituciones a los intendentes, la Real Cédula e Instrucción de 1786, que pasó a ser conocida como « Adicional a la de 30 de julio 1760 », recortaba en buena medida el campo de actuación del Consejo ⁽⁶⁵⁾. La nueva norma llevaba la firma del Secretario de Hacienda, Pedro de Lerena, y mediante ella se ampliaban las competencias de los intendentes y se dejaba a cargo de los fiscales, con total independencia del cuerpo colegiado, la capacidad de decidir sobre prácticamente todos los asuntos relacionados con los fondos locales ⁽⁶⁶⁾.

El *tándem* Floridablanca-Lerena estaba en realidad llevando a la práctica la vía intermedia propuesta por algunos miembros del Consejo en la década de 1750. Mediante ella el orden togado continuaba con sus competencias tradicionales, pero trataba de superar los problemas de lentitud que conllevaban los órganos colegiados. Para ello introducía los principios de *ejecutividad* dentro de su propia estructura interna. No obstante, un sector de los *jueces* seguía considerando demasiado avanzadas estas medidas, y el órgano colegiado trató de boicotear la actuación de los fiscales durante los seis años que se mantuvo la « Adicional » ⁽⁶⁷⁾. Además, al igual que había sucedido en el conflicto entre la Contaduría y las Escribanías, los enfrentamientos en el seno del Consejo provocaron serias interferencias a escala local,

⁽⁶⁵⁾ El primer escrito de la Secretaría de Hacienda, solicitando al Consejo justificaciones sobre la morosidad con la que actuaba, está fechado el 28 de agosto de 1785 y la « Adicional » fue aprobada el 12 de diciembre de 1786. Mientras que la Secretaría presentaba diversos informes de varios intendentes sobre la lentitud con que resolvía el Consejo, éste acusaba a los intendentes de los fallos que se le imputaban a él. Según el órgano sinodial, los asuntos de las haciendas locales se demoraban porque los intendentes se ocupaban fundamentalmente de los problemas relacionados con la Hacienda Real, ya que sus ascensos los conseguían a través de esta vía. Más información en C. GARCÍA GARCÍA, *La crisis...*, ob. cit., pp. 213-217.

⁽⁶⁶⁾ La « Adicional » no se incluyó en la recopilación legislativa de 1803 sobre propios y arbitrios. Puede consultarse en Libro 1.493, n. 41, Consejos, A.H.N.

⁽⁶⁷⁾ Nada más aprobarse la « Adicional », el Consejo formó una comisión con varios de sus ministros para que recopilase el material necesario que le permitiese recuperar sus competencias. Además, demoró todo lo que le fue posible la comunicación de la nueva normativa a las autoridades inferiores.

pues se siguieron comunicando dos órdenes contrapuestas a algunos municipios sobre el mismo asunto ⁽⁶⁸⁾.

Finalmente, el cambio ministerial de 28 de febrero de 1792 en el que Floridablanca era sustituido por su rival el conde de Aranda, permitió al Consejo recuperar sus competencias, pues el 29 de mayo de 1792 se anulaba la « Adicional » de 1786. Si de momento la balanza se había inclinado del lado del Consejo, los enfrentamientos de éste con la Secretaría de Hacienda no habían sido definitivamente zanjados. En 1796 el conflicto volvía a resurgir y por enésima vez el pulso de fuerza entre ambas instituciones se llevó a cabo como consecuencia de los principios defendidos desde la época de Campillo. Así, el Real Decreto de 30 de agosto del mencionado año nombraba a un Director general para las haciendas locales y el nuevo cargo pasaba a asumir las competencias que la « Adicional » de 1786 había dado a los fiscales. El Consejo consiguió anular la nueva medida, que no llegó a ponerse en práctica, y en 1803 la Secretaría de Hacienda seguía reclamando la necesidad de conseguir una administración más rápida y efectiva ⁽⁶⁹⁾. Dentro del marco del Antiguo Régimen aún no se había puesto punto final al largo debate, pues todavía en 1818 el Ministerio de Hacienda insistía en los mismos planteamientos ⁽⁷⁰⁾.

Habrà que esperar a la tercera década del XIX para que se apliquen definitivamente las reformas propugnadas casi un siglo antes por Campillo y Ensenada. El R.D. de 4 de abril de 1824, desarrollado en la Instrucción de 17 de octubre de 1828, creaba una

⁽⁶⁸⁾ Así sucedió en Valladolid en 1788, con motivo de las obras a realizar tras la inundación provocada por la crecida del Esgueva de febrero del mencionado año. El Ayuntamiento consiguió, a través de la Contaduría General, una orden del fiscal Antonio Cano Manuel para que no se invirtiesen fondos municipales en las reparaciones. Con la diferencia de un mes, otra institución local, la Junta de Policía, lograba un comunicado del Consejo en el que se regulaba justamente lo contrario. La orden del fiscal llevaba fecha de 30 de julio y la del Consejo de 5 de septiembre de 1788. Leg. 1.160-61, Consejos, A.H.N.

⁽⁶⁹⁾ Carta de Cayetano Soler al Gobernador del Consejo. Leg. 3993-94, Consejos, A.H.N.

⁽⁷⁰⁾ El 15 de noviembre de 1818 se había intentado nombrar a un nuevo Director General de Propios y Arbitrios con las competencias que se habían señalado al designado en 1796. Tampoco el mencionado decreto de 1818 llegó a ponerse en circulación. Leg. 2699, Gobernación, A.H.N.

Dirección General de Propios y Arbitrios, dejando todo lo relacionado con las haciendas locales bajo la órbita de las instituciones propias de la Hacienda Central ⁽⁷¹⁾. De cualquier manera los fines que perseguía la legislación aprobada en la Década Ominosa diferían notoriamente de los defendidos en los años centrales del siglo XVIII. En la última fase absolutista lo único que interesaba era conseguir recursos para el deficitario Erario Público y de forma abrumadora los ingresos locales quedaban supeditados a las necesidades de las arcas centrales ⁽⁷²⁾.

5. Bien es verdad que esos planteamientos habían empezado ya a manifestarse a comienzos de la década de 1780 y de forma más clara a partir de 1792. Al igual que venía sucediendo desde el siglo XVI, fueron las sucesivas crisis bélicas en las que se vio involucrada la Monarquía las que provocaron el establecimiento de nuevos gravámenes sobre los recursos municipales ⁽⁷³⁾. No obstante, hasta esas fechas, y a pesar de los problemas examinados, se consiguieron en parte los objetivos que se perseguían, pues se destinaron importantes remanentes a la amortización de censos y al pago de réditos no cubiertos de períodos anteriores ⁽⁷⁴⁾. Ciertamente es que la política de-

⁽⁷¹⁾ Un planteamiento general sobre esta fase en *La crisis...*, ob. cit., pp. 300-306. El caso de Madrid, para todo el reinado de Fernando VII, en M. MARTÍNEZ NEIRA, *Revolución y fiscalidad municipal. La Hacienda de la Villa de Madrid en el reinado de Fernando VII*, Madrid, 1995.

⁽⁷²⁾ A la altura de 1830, entre el 25 y el 35 por cien de los ingresos de arbitrios pasaba a manos del Estado y las deducciones sobre los propios superaban esos porcentajes. Más información en *La crisis...*, ob. cit., pp. 332-334.

⁽⁷³⁾ Hasta los inicios de los años noventa las rentas municipales estaban gravadas con un 7 por cien. Casi un tercio de la mencionada exacción se destinaba a cubrir los sueldos de los empleados de las contadurías provinciales y Contaduría General y el resto se distribuía entre los Hospicios de Madrid y San Fernando, Casa de Consejos, Escuela de Veterinaria, Fábricas de Alcaraz y en las primas que se repartían a los comerciantes extranjeros que introducían trigo en la península. En 1794 las deducciones subieron a un 17 por cien. El nuevo 10 por cien debía invertirse en la extinción de la deuda estatal. Además, en 1796 se fijó que una vez hechas las deducciones señaladas, los municipios que aún contasen con sobrantes debían invertir la mitad de ellos en la amortización de vales reales y la otra mitad en el desempeño de los abastos de Madrid. *La crisis...*, ob. cit., pp. 259-262.

⁽⁷⁴⁾ Entre 1760 y 1785 se eliminaron 226.134.618 rs. de capitales y réditos atrasados. Eso no significaba que se hubiesen conseguido idénticos excedentes, pues en

fendida en el sistema implantado en 1760 no había dado los frutos esperados en muchos municipios, ya que ni se lograron los excedentes previstos en los reglamentos, ni se inició la liquidación de los débitos acumulados ⁽⁷⁵⁾. Ahora bien, cuando menos a lo largo de tres décadas los fondos urbanos se invirtieron en desembolsos locales y en la construcción de obras públicas de ámbito provincial o regional ⁽⁷⁶⁾. La necesidad de recursos extraordinarios durante las guerras, y de afrontar en los períodos de paz los débitos que esos conflictos habían provocado, truncaron definitivamente la política de saneamiento. Al mismo tiempo, los crecientes gravámenes que se exigieron sobre los ingresos urbanos dieron lugar a atrasos a escala local. También conllevaron una reducción de los servicios públicos que cubrían los municipios y el recurso a una serie de expedientes fiscales — nuevos impuestos indirectos, detracciones de instituciones benéficas, ... — de muy negativas consecuencias sobre la población, máxime si tenemos en cuenta las dificultades agrícolas y comerciales que habían surgido a comienzos de la nueva centuria.

Así pues, si las deficiencias y enfrentamientos institucionales facilitaron que las oligarquías urbanas mantuviesen su desacertada y fraudulenta gestión, la crisis fiscal de la Monarquía postergó definitivamente los planteamientos de superar los problemas hacendísticos locales.

muchos casos los censualistas consintieron importantes rebajas. Además, no en todos los concejos se inició la amortización de los débitos acumulados.

⁽⁷⁵⁾ Para diversas localidades vallisoletanas véase *La crisis...*, ob. cit., pp. 234-259. La evolución de Madrid durante el reinado de Carlos III en C. DE LA HOZ, *Las reformas de...*, art. cit., pp. 100-101. Para Granada véase J. MARINA BARBA, *Poder municipal y reforma en Granada durante el siglo XVIII*, Granada, 1992, pp. 318-332.

⁽⁷⁶⁾ La cantidad que se invirtió en esos fines entre 1760 y 1785 ascendió a 65.999.688 rs. Legs. 426-437, S. y SH., A.G.S. y Leg.3.992, Consejos, A.H.N.

PHILIPPE MINARD

L'OEIL ET LA MAIN DE L'ÉTAT:
LES MISSIONS DES INSPECTEURS
DES MANUFACTURES EN FRANCE AU XVIII^e SIÈCLE

De 1669 à 1791, l'industrie textile française a fait l'objet d'une attention constante et d'un fort encadrement réglementaire de la part du pouvoir royal ⁽¹⁾. Au moment où il édicte la grande ordonnance de 1669 destinée à réglementer la draperie, en effet, Colbert crée un nouveau corps d'administration, l'inspection des manufactures, constitué au départ d'une poignée de commis, qui s'est ensuite pérennisé jusqu'à sa suppression en 1791, et dont on redécouvre aujourd'hui le rôle stratégique dans le domaine de la politique manufacturière. On n'a pas fini de mesurer, dans la longue durée, l'importance de l'héritage colbertien ⁽²⁾.

S'inscrivant dans un schéma mercantiliste, la politique de Colbert en matière d'industrie textile vise à garantir la qualité des produits pour conserver les débouchés conquis à l'exportation. C'est dans ce but qu'il instaure une réglementation précise des fabrications et impose un contrôle de la qualité des pièces de tissu. Les inspecteurs des manufactures (qui sont des commissaires et non des officiers propriétaires de leur charge), ont pour mission première de s'assurer que les normes réglementaires sont respectées par les fabricants, que les contrôles sont efficaces. L'essentiel se joue dans les bureaux de marque où les étoffes sont examinées et reçoivent une marque qui vaut certificat de conformité et donc de bonne qualité.

⁽¹⁾ Il s'agit essentiellement des secteurs drapier et toilier (toiles de lin et chanvre). La soierie et le coton échappent au régime général, bénéficiant de divers privilèges.

⁽²⁾ Voir les appréciations divergentes de Philippe MINARD, *Les mésaventures du colbertisme. L'État et l'industrie au XVIII^e siècle*, Paris, Fayard, à paraître en 1998, et Alain GUÉRY, *Industrie et colbertisme: origine de la forme française de la politique industrielle?*, in *Histoire, économie et société*, 1989/3, p. 297-312.

Les inspecteurs, qui ne sont qu'une vingtaine au départ, avant d'atteindre l'effectif maximal d'une grosse soixantaine au XVIII^e siècle, n'effectuent pas eux-mêmes ces contrôles: leur travail consiste bien plutôt à s'assurer que les 500 ou 600 bureaux sont bien tenus par les gardes-jurés des communautés de fabricants ou de marchands qui en sont responsables.

Le contrôle s'effectue en deux temps. Tout d'abord, à la fin du processus de fabrication: dans les « bureaux de visite », les draps et toiles jugés conformes reçoivent, moyennant un droit d'un ou deux sous, l'estampille de conformité. Les étoffes sont vérifiées et marquées une seconde fois, au moment de leur mise en vente, au « bureau de contrôle » installé dans les halles marchandes des villes. La tâche incombe, dans le premier cas, aux gardes-jurés désignés par les fabricants, et dans le second, aux représentants des marchands. Le plus souvent, ces bureaux sont ouverts une ou deux fois par semaine, les jours de marché. Ils se tiennent dans un local alloué par l'échevinage ou à défaut par les jurandes des métiers textiles. Dans les régions où la fabrication est totalement dispersée dans les campagnes, faute de toute organisation corporative parmi les fabricants à domicile, on a recours, pour la tenue des bureaux de marque, à des commis qui sont appointés sur le produit du droit de marque ⁽³⁾.

Les inspecteurs ont donc été initialement chargés de veiller au bon fonctionnement de ce dispositif. Mais d'emblée, le gouvernement leur a assigné d'autres missions, de plus large portée. Il a fait d'eux une sorte d'enquêteurs permanents, chargés de décrire l'économie du pays, l'état des manufactures, l'évolution du commerce, et de dresser une statistique de la production textile à partir des registres des bureaux de marque: le roi veut savoir où, comment et combien l'on produit. La troisième mission des inspecteurs consiste à tenter de promouvoir l'essor de la production, en encourageant l'activité manufacturière par tous les moyens possibles, en favorisant l'innovation et la diffusion des nouveaux procédés.

⁽³⁾ Les préposés commis à la marque sont bien des employés nommés par commission royale, comme les inspecteurs, mais ils n'en ont ni les appointements ni les prérogatives. Ils exécutent simplement les fonctions de contrôle des étoffes dévolues ailleurs aux gardes-jurés.

Très vite, ces trois missions apparaissent largement contradictoires, et les inspecteurs éprouvent bien des difficultés à les concilier. L'examen de ces contradictions et de la façon dont elles travaillent les représentations et les pratiques des inspecteurs, conduit à s'interroger sur la place d'un tel dispositif de contrôle, sur le sens d'une telle intervention de la puissance royale dans la production et le commerce. Chemin faisant, c'est la question du « colbertisme » qui se trouve posé: le XVIII^e siècle a-t-il vu s'opposer la force montante d'un libéralisme impétueux, heurtant de plein fouet de vieilles conceptions interventionnistes devenues anachroniques? Analysant la question du point de vue des négociants et des manufacturiers, Jean-Pierre Hirsch a montré qu'il n'en était rien, que les vrais enjeux devaient être appréhendés autrement ⁽⁴⁾. Je propose pour ma part d'aborder la question par l'autre versant, du côté de l'Etat et de ses agents: ont-ils été les fonctionnaires bornés et tâtilons que l'on a dit, ou bien l'appareil administratif a-t-il su évoluer?

L'OBSESSION RÉGLEMENTAIRE.

Pour bien comprendre les comportements et manières de faire des agents royaux, il faut saisir les représentations de l'économie qui organisent leur univers mental et guident leur action. Dans les états, rapports, mémoires qu'ils rédigent périodiquement, ils exposent l'idée qu'ils se font de leur mission et livrent par bribes les éléments de la doctrine implicite du corps.

Une économie politique de la qualité.

« Les manufactures ne se soutiennent que par la bonne fabrique. Il faut pour cet effet employer de bonnes matières et fabriquer

(4) Jean-Pierre HIRSCH, *Les deux rêves du Commerce. Entreprise et institution dans la région lilloise, 1780-1860*, Paris, Editions de l'EHESS, 1992. Voir les comptes-rendus parus dans *The European Journal of the History of Economic Thought*, vol. 1; n. 3, Autumn 1994, p. 625-630, et dans la *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, 44-3, juillet-septembre 1997, p. 537-540.

les étoffes dans les justes proportions qui sont désignées par les règlements. Si on s'en écarte, on détruit la qualité, et la manufacture tombe insensiblement » (5). C'est ainsi que l'un de ses membres résume les principes doctrinaux qui fondent l'idéologie économique de l'inspection, et organisent ses pratiques. On retrouve cette idée inlassablement martelée dans toute sa correspondance: « Si on ne cherche pas à maintenir la bonne fabrique, les fabricants, ou peu instruits ou de mauvaise foi, introduiront dans le commerce des étoffes de mauvaise qualité, rien ne les distinguera les unes des autres et le consommateur venant à s'en dégoûter, il n'est pas douteux que l'établissement croulera ». Et de conclure, presque invariablement, qu' « il n'y a que le maintien de la bonne qualité qui puisse soutenir une manufacture » (6).

Dans ce credo économique, on peut apercevoir tout d'abord l'héritage des corporations médiévales, faisant de la qualité de la production un honneur et un idéal, au nom de la dignité du métier d'une part, et de la protection du consommateur d'autre part. Bien souvent les inspecteurs dénoncent les manquements aux règles de fabrication en termes moraux (« fraudes », « infidélités ») et prétendent défendre le consommateur final qui n'a pas toujours les moyens d'estimer la qualité exacte du produit qu'il achète: certaines couleurs éclatantes peuvent faire impression, et ternir ensuite après trois lavages; on ne peut pas savoir, en l'achetant, si un tissu a été bien foulé ou non. Il s'agit donc d'empêcher que le consommateur ne soit « la dupe de l'apparence » (7), des défauts non visibles à l'oeil ou au toucher, et qu'à la première pluie, par exemple, un habit fait dans un mauvais drap ne se mette à rétrécir. Les règlements ont pour fonction d'éviter que le consommateur ne soit victime des vices cachés d'un produit.

Plus profondément, cet impératif de la qualité procède d'une pensée économique puisée aux sources du mercantilisme qui inspi-

(5) Archives Municipales (désormais AM) Valenciennes HH 2/79, 1er cahier: Crommelin à Trudaine, Valenciennes, 28 mars 1765.

(6) AM Valenciennes H 2/82, 3e cahier: Crommelin à l'abbé Terray, Valenciennes, 11 mars 1770.

(7) L'expression est empruntée à l'inspecteur de Sedan, argumentant contre les fabricants de drap, en 1781 (Archives nationales (désormais AN) F/12/1358, Delo Desaunois à Blondel, Sedan, 10 février 1781).

rait Colbert. Sous la plume des inspecteurs, viennent alors certaines formules proches de l'aphorisme, comme une forme vulgaire du bullionisme mercantiliste: « L'avantage d'un établissement est de vendre à l'étranger le plus possible pour faire entrer leur argent dans le royaume et leur en faire passer au contraire le moins que l'on peut » (8). Ce chrysohédonisme élémentaire fonde le primat accordé au commerce extérieur sur les échanges intérieurs. L'inspecteur de Coisy, chargé des toileries bretonnes, en donne une version explicite en 1751: « Il est de principe pour l'Etat qu'une fabrique qui trouve sa consommation directe et unique chez l'étranger doit être plus avantageuse à ce même Etat, à cause des retours réels qu'elle y procure en or et argent, qu'une autre qui ne se débouche que dans le royaume »; pour lui, les « marchandises de la consommation du royaume (...) ne forment qu'une espèce de troque (sic) d'une province à l'autre, où l'une fournit ce qu'elle a produit et l'autre également » (9). L'échange intérieur n'est pas créateur de richesse.

Les inspecteurs sont les plus fermes partisans de la protection du marché français, en particulier contre la pénétration des marchandises anglaises: « il est certain que la consommation qui se fait en France des étoffes étrangères est autant de perdu pour l'industrie nationale », assure Tricou (10). Il en va non seulement de la puissance du pays, mais aussi de l'emploi et de la subsistance des peuples: « l'étranger, principalement les Anglais, fabriquent presque toutes les qualités d'étoffes qu'on trouve à Amiens, et s'ils prenaient pied sur nous, dans l'esprit du consommateur, le discrédit de cette manufacture entrainerait les plus grands maux dans cette province; il y a plus de 40 000 personnes soit dans la ville soit dans les environs qui y sont occupés et y gagnent leur vie » (11). Tout se tient: protéger les fabriques françaises; employer sur place toutes les matières premières disponibles; procurer emploi à tous les bras et subsistance

(8) AM Valenciennes HH 2/82, 1er cahier: Crommelin à Montaran, Valenciennes, 29 septembre 1766 (cf. également Archives Départementales (AD) Nord C 8205).

(9) AD Ille-et-Vilaine C 3929: « Mémoire concernant la fabrique des toiles Créées qui se fabriquent dans la Basse-Bretagne », et « Mémoire concernant la fabrique et le commerce des toiles appelées Bretagnes qui se fabriquent en Bretagne », de Coisy, 1751.

(10) AN F/12/650/VIII: « Tableau de situation des manufactures des Trois-Evêchés », Tricou, Sedan, 1 juin 1785.

(11) AN F/12/674: Imbert de Saint-Paul, Amiens, 7 juillet 1761.

à toutes les bouches. L'administration du Commerce vit dans la hantise de la concurrence étrangère, que ce soit sur le marché intérieur, par des importations à plus bas prix que leur équivalent français, ou sur les marchés d'exportation espagnols, américains et levantins. On retrouve du reste les mêmes préoccupations dans les écrits des Fermiers Généraux ⁽¹²⁾.

A partir de cet héritage mercantiliste, l'inspection a bâti toute une représentation des mécanismes économiques et de la société des hommes, aboutissant à légitimer son action au nom du « bien public ». Le principe fondateur, on l'a vu, est l'impératif de la qualité des produits: « il est très important pour le maintien du commerce de n'envoyer point les marchandises, surtout pour l'étranger, qu'on ne soit assuré de la bonne qualité de l'étoffe » ⁽¹³⁾. A partir de là se développe une véritable économie politique de la qualité.

Premier axiome: on ne peut vendre que de bonnes marchandises, la qualité fait le débouché. Seule celle-ci permet de l'emporter sur un concurrent. Un marché se ferme-t-il, un débouché est-il perdu? Les inspecteurs fournissent toujours la même explication: « le commerce n'est diminué que parce que les fabricants se sont trop relâchés et ont altéré la qualité » ⁽¹⁴⁾. On peut tromper son monde pendant un moment, mais le client finit toujours par s'apercevoir que la marchandise livrée n'a pas la qualité annoncée: il « se dégoûte », et le marché est perdu. Selon de Coisy, les « infidélités » commises par les producteurs des toiles « Créées » bretonnes, avant le règlement de 1736, ont bien failli causer leur perte ⁽¹⁵⁾. De

⁽¹²⁾ Philippe SAVOIE, *Pratiques et mentalités administratives sous l'Ancien Régime: les tournées des Fermiers Généraux*, Paris, thèse de l'EHESS, sous la direction de Daniel Roche, novembre 1982, p. 164-70.

⁽¹³⁾ AN F/12/654: Carget, Bayonne, 7 août 1779.

⁽¹⁴⁾ AN F/12/651/III/6: Montaut, Dourdan, 18 décembre 1778.

⁽¹⁵⁾ AD Ille-et-Vilaine C 3929: « Mémoire concernant la fabrique des toiles Créées qui se fabriquent dans la Basse-Bretagne », de Coisy, septembre 1751. Les fabricants et marchands bretons cachaient dans les plis de leurs toiles les malfaçons; seules les extrémités avaient la qualité annoncée. Ils cachaient encore la qualité inférieure au moyen d'un apprêt provisoire à l'amidon, qui leur donnait un moment meilleure apparence. Ils trichaient sur les longueurs des pièces: la description de toutes ces « infidélités » occupe plusieurs pages du rapport de l'inspecteur, et veut justifier son plaidoyer en faveur du règlement de 1736.

même Dubet s'inquiète-t-il, en 1778, de la perte probable du marché nord-américain pour les draperies languedociennes: « A l'instant de la paix, les insurgents fuiront les manufactures françaises dont ils auront reconnu la mauvaise fabrication et la mauvaise foi. Car on leur a vendu très cher de très mauvaises choses, que le besoin seul leur a fait accepter. Les fabricants ont gagné, les commissionnaires ont fait une fortune rapide, les acheteurs sont dupes, et l'Etat a fait une faute peut-être irréparable » (16).

Encore convient-il d'expliquer cette attitude, apparemment suicidaire, des fabricants « déloyaux » et des marchands « fripons ». C'est le second axiome de base: ces gens ont la vue courte, ils n'aperçoivent que leur intérêt à court terme, ils « raffinent de tromperie sur tout ce qui leur est avantageux, aux dépens de la bonté des étoffes, et n'envisagent qu'un profit momentané, sans s'embarrasser que deviendra leur fabrique » (17). Par un comportement irresponsable, ils hypothèquent leur débouché futur. Cherchant à s'enrichir au plus vite, ils trompent l'acheteur, ils trichent sur les étiquettes, vendent le mauvais pour du bon. Huet de Vaudour n'a pas de mots assez durs pour stigmatiser la cupidité et la « friponnerie » de tels irresponsables, « guidés uniquement par leurs vues d'intérêt personnel, qui ne suivent que leur penchant à gagner le plus qu'ils peuvent et ne s'inquiètent guère que les fabriques prospèrent ou tombent, pourvu qu'ils aient le temps d'y faire fortune ou d'amasser du bien pour se reposer et se retirer du commerce » (18). C'est là une antienne cent fois reprise, manifestant une vision assez pessimiste de l'homme en général, et de l'entrepreneur en particulier. On voit ressurgir la vieille condamnation thomiste du négoce et du négociant, dans la description d'un univers où chacun espère tromper l'autre, où l'égoïsme est universel. Le négociant peut être trompé par le fabricant, et vouloir aussi duper le détaillant, dans une chaîne sans fin. De fait, les conditions

(16) AN F/12/1235: Dubet, Nîmes, 21 décembre 1778.

(17) AN F/12/654: Carget, Bayonne, 1 mai 1778. Il ajoute: « Ils se gabergent d'une manière indécente de l'argent qu'ils ont extorqué ». Dans un autre rapport, il stigmatise l'impéritie des fabricants d'Oloron: « ils ne peuvent en général résister à l'attrait d'un profit momentané au risque de décréditer la fabrique » (AN F/12/659/A/1, 26 février 1780).

(18) AN F/12/1235: Huet de Vaudour à Tolozan, Toulouse, 23 décembre 1778.

concrètes de la commercialisation des étoffes offrent de multiples occasions: dans le commerce à longue distance, les commandes se font sur échantillons, et l'on peut ne présenter que les plus beaux; d'autre part, le négociant n'a jamais le temps de vérifier précisément le contenu de tous les ballots qui passent par ses magasins; enfin, la multiplicité des intermédiaires tend à déresponsabiliser chaque maillon de la chaîne commerciale. Mais au bout du compte, c'est toujours à la région ou au pays producteur qu'on imputera la responsabilité de la mauvaise qualité ou de la tromperie (19). La cupidité particulière de chacun menace donc le crédit de tous.

La puissance publique est alors fondée à intervenir, pour préserver l'avenir, et faire prévaloir l'intérêt général contre des pratiques « destructrices du commerce ». Telle est la troisième certitude qui fonde l'action des inspecteurs: la loi doit mettre un frein au déchaînement aveugle des intérêts particuliers. Crommelin l'exprime de façon tranchée (20): « le fabricant demande toujours à être surveillé », puisque « par intérêt, il emploiera le moins de matière qu'il pourra et fera par conséquent de mauvaises marchandises ». Toute la légitimité de la réglementation colbertienne découle de cette conviction pessimiste, qui engage une théorie de l'Etat, de son rôle de garant du bien public, dans une société livrée au jeu des intérêts particuliers. La doctrine des inspecteurs relève ici autant de la philosophie morale que de l'économie politique. Elle rejoint les représentations holistes de l'organisation sociale, auxquelles elle emprunte pour s'opposer à la philosophie de l'individualisme libéral:

« Il importe, écrit Delo, que le commerce soit gouverné pour se maintenir dans tout son éclat. Les restrictions qu'une sage politique y apporte ne sauraient être considérées comme une gêne. La liberté qu'il convient de lui accorder doit consister uniquement dans la faculté de faire ce

(19) « Le négociant espagnol, constate de Coisy à propos des courtiges (fraudes sur la longueur) qui ont failli discréditer les toiles créées en Amérique, était bien instruit de cette soustraction d'aunage, mais le détailleur étranger était le seul à en souffrir. Aussi crie-t-il avec raison contre le Français » (AD Ile-et-Vilaine C 3929)

(20) AD Nord C 9261, cf. Philippe GUIGNET, *Mines, manufactures et ouvriers du Valenciennois au XVIII^e siècle*, New-York, Arno Press, 1977, p. 102, qui voit en Crommelin le plus « augustinien » des inspecteurs.

qui est à l'avantage de la société. Le surplus serait dérèglement, et ne tendrait qu'à rendre le bien général la victime de l'intérêt particulier » (21).

Cette conviction est maintes fois répétée: « un intérêt particulier ne peut être mis en balance avec le bien général » (22). On est ici à rebours de Mandeville, pour qui les vices privés concourent au bonheur public. Il ne s'agit pas de nier le rôle de l'intérêt, mais de reconnaître que l'intérêt général, que doit faire valoir le gouvernement, ne se réduit pas à la somme des intérêts particuliers. La loi est là pour mettre un frein à ces derniers lorsqu'ils menacent l'avantage public (23). « Il faut une main adroite, écrit de Coisy, prudente et sage qui connaisse le génie du peuple de tel ou tel canton, qui les instruisse, les menace, les punisse (...) » (24). La Bretagne manufacturière de l'inspecteur n'est pas le rucher de la fable. Ici, nulle harmonie naturelle des passions et des intérêts. Les inspecteurs développent une pensée de l'économie qui ne fait pas confiance à la main invisible, au pur jeu du marché et des intérêts abandonnés à eux-mêmes: ils rejettent Mandeville et — à l'avance — son héritier Smith.

La question est alors posée du statut de la concurrence dans la pensée économique des inspecteurs. A rebours de toute émulation, la rivalité commerciale est souvent considérée comme un facteur régressif, tirant la qualité de la production vers le bas. Huet de Vaudour, dans un de ces rapports-fleuves dont il est coutumier, expose ce point de vue avec force arguments (25). Pour lui, la

(21) AN F/12/1358: Delo Desauois, Sedan, 1 avril 1785. L'intendant de Soissons, en 1778, résume de façon éloquente cette conception holiste de la société: « la fortune de l'individu qui fabrique étant une partie de la fortune générale, il doit l'employer au gré et à l'avantage de la société » (AN F/12/676/A, Le Peletier de Mortefontaine à Montaran fils, Soissons, 14 juillet 1778).

(22) AN F/12/651/III/5: Crommelin, mémoire sur le Hainaut, s.d.

(23) L'intendant de Soissons, cité dans les notes précédentes, poursuit ainsi: « Si l'on doit regarder comme constant que l'intérêt est le principal mobile des actions humaines, il s'ensuit que quiconque forme des entreprises de commerce ne le fait qu'en vue de gagner; mais comme il n'y a qu'un pas, de l'intérêt à la cupidité, il faut donc des bornes à l'un pour prévenir les abus de l'autre » (AN F/12/676/A, 1778).

(24) AD Ille-et-Vilaine C 3929: « Mémoire concernant la fabrique et le commerce des toiles appelées Bretagnes qui se fabriquent en Bretagne », de Coisy, 1751.

(25) AN F/12/1235: Huet de Vaudour à Tolozan, Toulouse, 23 décembre 1778.

concurrence et l'intérêt bien compris veulent qu'on produise au moindre coût et qu'on vende au meilleur prix: chaque acteur cherche à maximiser son profit. Résultat: on y perd la qualité du produit. Le fabricant, en effet, pour s'attirer la préférence du marchand sans réduire son bénéfice, emploie des matières premières inférieures, ou économise le fil. Dès lors, il peut vendre moins cher que les « bons fabricants, qui travaillent bien, employant de bonnes et belles matières ». Très vite, ces derniers sont contraints, *volens nolens*, de s'aligner. La mauvaise marchandise chasse la bonne, par un processus irrépressible de contagion.

Ainsi la « concurrence et rivalité réciproque » entre les fabricants, tout d'abord, puis entre les marchands, ne peut qu'alimenter ce que l'inspecteur appelle la « progression descendante de nos manufactures », tendant insensiblement à de « cruelles révolutions »: le discrédit, la chute, la ruine et l'anéantissement final. Comment contrecarrer cette spirale néfaste qui menace d'emporter toutes les fabriques, sinon en imposant le respect universel de règles uniformes? « Que la même loi s'exécute partout ». Huet retrouve la conviction exprimée soixante ans plus tôt par son collègue du Berry: pour être effective, l'application des règlements doit être générale, afin « qu'il n'y ait de différences entre les manufactures que le degré de perfection »⁽²⁶⁾. La concurrence entre les fabricants doit s'exercer sur les coûts de production en fonction de leur seule habileté, à partir de normes de qualité égales pour tous.

De cette façon, la « loyauté » dans les échanges se trouvera assurée, la règle commune contiendra la concurrence et la soif de gagner dans de justes bornes, empêchant les « vues d'intérêts personnels » de chacun de nuire à l'intérêt collectif de la nation, mais aussi des marchands et fabricants eux-mêmes. Point de commerce durable, en effet, sans règle pour tempérer les égoïsmes, sans loi pour réduire la crainte d'être trompé. La doctrine de l'inspection proclame avec force que « la confiance est la base du commerce »⁽²⁷⁾: celui-ci s'effondre si celle-là est trahie. Une formule résume bien cette pensée de l'économie qui ne croit pas à l'ajustement

⁽²⁶⁾ AN F/12/673: Pasquier à Desmarets, Bourges, 26 mai 1716.

⁽²⁷⁾ AN F/12/654/4: « Réflexions des inspecteurs soussignés des manufactures sur le régime actuel des fabriques françaises », s.d. (circa 1783).

spontané des intérêts particuliers par l'effet magique d'une main invisible: « Il y a des règles que l'art prescrit, les échanges ont des principes ». On ne peut donc pas faire n'importe quoi en matière de commerce. Et les inspecteurs de citer Montesquieu: « ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le commerce »⁽²⁸⁾. Règlements et inspecteurs ont pour fonction de soutenir la confiance réciproque des acteurs économiques: « Si le commerce veut être libre, le commerçant et le fabricant veulent être surveillés »⁽²⁹⁾. Il ne s'agit en aucune façon d'entraver l'industrie de chacun. Tout au contraire, les inspecteurs protestent régulièrement contre les douanes intérieures, les barrières fiscales de tous ordres qui gênent le commerce⁽³⁰⁾, et les inégalités fiscales qui faussent la concurrence⁽³¹⁾.

La police des manufactures vise au contraire à établir des conditions de concurrence identiques partout, un jeu égal pour tous. Ce qui suppose, d'une part, l'assurance d'une concurrence minimum, contre toute situation de monopole commercial, et d'autre part, que soient dissoutes toutes les coalitions, ligues et cabales qui créeraient, par le même « défaut de concurrence », des situations déséquilibrées⁽³²⁾: il s'agit de maintenir « l'égalité, ou si l'on veut,

(28) AN F/12/654/11: « Extrait des mémoires et avis envoyés en réponse » (à l'enquête Necker de 1778 sur le système intermédiaire); MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XX, 12. On retrouve la même justification de l'action réglementaire chez Forbonnais, qui fait écho à Montesquieu: « La bonne foi d'une nation est évidemment intéressée à ce que l'acheteur soit à l'abri des surprises que l'oeil ne peut découvrir; cette sûreté facilite les consommations. C'est pourquoi l'on ne saurait veiller avec trop d'exactitude et de rigueur à ce que les plombs et les marques ne désignent rien que ce qui existe réellement » (François VÉRON DE FORBONNAIS, *Eléments du commerce*, Leyde/Paris, chez Briasson, 1754, I, *Manufactures*, p. 259).

(29) AN F/12/654/4: « Réflexions des inspecteurs soussignés des manufactures sur le régime actuel des fabriques françaises », s.d. (circa 1783).

(30) « C'est une charge, et toute charge est odieuse », écrit Crommelin (AM Valenciennes H 2/79, 1^{er} cahier: lettre à Trudaine, Valenciennes, 14 juillet 1764). De même les inspecteurs du Languedoc s'insurgent-ils contre certains agissements des Fermiers Généraux à la foire de Beaucaire (AN F/12/1230, Leblanc et Lansel, 1^{er} septembre 1783).

(31) Tricou, à Sedan, analyse longuement les fiscalités régionales comparées du Languedoc et des Trois-Evêchés, pour montrer combien cette dernière province se trouve pénalisée: dans ses conditions, la concurrence n'est pas égale entre les fabriques (AN F/12/650/VIII, 1^{er} juin 1785).

(32) Carget, par exemple, entend « détruire la ligue » d'un groupe de fabricants

l'équilibre entre le vendeur et l'acheteur »⁽³³⁾. Encore une fois, le marché ne peut être abandonné à ses seules forces aveugles et déséquilibrantes.

Le souci d'un certain équilibre social fournit un ultime argument. Les inspecteurs craignent les effets destructeurs d'une trop grande disproportion dans la répartition de la richesse dans l'univers du négoce: « l'intérêt de l'Etat est que les richesses et les bénéfices du commerce soient divisés entre ses sujets le plus qu'il est possible », écrit Delo Desauois, qui s'inquiète, à Sedan, du fossé qui se creuse entre quelques très gros entrepreneurs privilégiés, et le reste des nombreux petits manufacturiers⁽³⁴⁾.

Cette économie politique de la qualité, qui justifie l'encadrement institutionnel du marché par toutes les raisons que l'on a dites, a ainsi bâti sur le socle du mercantilisme une conception particulière de la notion de concurrence équilibrée. Mais la doctrine réglementaire se heurte à une importante difficulté: En rejetant dans la catégorie de la « fraude » et des « défauts » les textiles de qualité inférieure aux normes de fabrication légales, en les frappant en quelque sorte d'indignité commerciale, elle paraît incapable d'envisager la commercialisation durable des marchandises de bas de gamme ou échappant aux spécifications légales. Emporté par son réquisitoire contre la « mauvaise fabrication », Huet de Vaudour en vient par exemple à défendre la qualité pour la qualité, oubliant totalement son argument initial: le dégoût inéluctable, à terme, du consommateur s'apercevant qu'on l'a trompé. Il stigmatise l'aveuglement des « gens de la campagne, les artisans, le bas peuple, qui ne regardent que le meilleur marché sans faire attention à la supériorité d'une étoffe de même espèce sur une autre ». Autrement

d'Oloron, qui fausse la concurrence et tente de dicter sa loi à toute la fabrique: l'assemblée des fabricants doit décider en toute liberté, des règles communes doivent s'imposer à tous; « les fabricants ne pourront former aucun parti secret, les uns contre les autres, chacun sera informé de tout et aura la liberté d'ouvrir son sentiment sur les affaires qui seront mises en délibération » (AN F/12/654: « Observations sur la conduite de plusieurs fabricants d'Oloron qui influe considérablement aux abus dont vient d'être parlé et cause des troubles à la fabrique », Carget, Bayonne, mémoire de 1778).

⁽³³⁾ AD Hérault C 2570: Leblanc, Montpellier, juillet 1780.

⁽³⁴⁾ AD Ardennes HH 11: Delo Desauois au Contrôleur général et aux intendants du Commerce, Sedan, 15 mars 1774.

dit, la qualité devient pour lui une valeur en soi, une manière de dogme ⁽³⁵⁾.

C'est que les inspecteurs sont habitués à raisonner sur la production et la vente de produits normés, au débouché assuré à travers des circuits commerciaux éprouvés: toileries pour l'Espagne et l'Amérique, draperies exportées au Levant, etc. Ils ne s'intéressent guère aux étoffes grossières destinées à la seule consommation locale, qu'il s'agisse de commandes directes au fabricant, ou plus encore d'auto-consommation paysanne. Seule compte pour eux la production commercialisée qui irrigue des circuits marchands d'ampleur interrégionale ou internationale. Dans tous les cas, il s'agit de marchandises aux spécifications fixées et reconnues de longtemps, pour lesquelles la concurrence joue sur les prix, étant assez peu inélastiques quant à la qualité ⁽³⁶⁾. Mais que de mauvaises étoffes puissent se vendre paraît une étrange incongruité, relevant de comportements obscurs et anti-économiques. Taillarda de Vaucelles, à Orléans, ne comprend pas que les fabricants « emploient des rebuts et des ordures, et ne visent pas à une fabrication supérieure », quand la région produit tant de belles laines. D'autant qu'à ses yeux, la mauvaise étoffe est encore vendue trop chère pour ce qu'elle est ⁽³⁷⁾. Mais il faut parfois se rendre à l'évidence: les toiles du Lavedan, constate l'inspecteur de Bayonne, « sont de beaucoup inférieures à celles qui se fabriquent en Béarn, néanmoins le bas prix fait qu'il s'en consomme considérablement » ⁽³⁸⁾. Carget met ici le

⁽³⁵⁾ AN F/12/1235: Huet de Vaudour à Tolozan, Toulouse, 23 décembre 1778. Même sentiment de gâchis chez Crommelin: « Les meilleurs fabricants accoutumés à fabriquer des toiles fines et bien frappées se trouvent à présent à se gêner la main en ne faisant que des toiles grosses et de bas prix qui ne leur laissent point de bénéfice » (AD Nord C1258 supplément, mai 1765).

⁽³⁶⁾ Constatant que les toiles de Silésie tendent à l'emporter sur les blancards de Normandie, Goy écrit: « à égale qualité, elles sont meilleur marché » (AN F/12/650/XIV: « Mémoire sur les bureaux de toilerie établis dans la ville et généralité de Rouen... », Rouen, 12 novembre 1782). Inversement, l'inspecteur de Castres assure que les draperies languedociennes pourront percer en Amérique du Nord: « Nous pouvons procurer du plus beau, du meilleur, et à plus bas prix que ce que les Anglais fournissent » (AN F/12/1235: de la Genière, Castres, 21 décembre 1778).

⁽³⁷⁾ AN F/12/651/I/4: Taillarda de Vaucelles, Orléans, 24 avril 1779. « Un mauvais fabricant vend sa marchandise bien plus cher à proportion que la bonne ».

⁽³⁸⁾ AN F/12/654: Carget, Bayonne, 24 avril 1779.

doigt sur une notion qui échappe à l'idéologie économique du corps: le rapport qualité-prix n'a guère sa place dans une doctrine réglementaire fondée sur l'impératif de la qualité.

C'est aussi que l'économie des inspecteurs est une économie de l'offre: la demande et les faits de consommation n'y tiennent qu'une place seconde. Les relevés semestriels établis par les inspecteurs révèlent un regard centré sur les conditions de la production. Du reste, il s'agit bien d'états de fabrication; le débouché ou la consommation n'apparaissent que dans une ultime colonne, à l'extrémité droite des tableaux, souvent sous la rubrique « observations ». Ces tableaux, d'une façon générale, visent à rendre compte des fluctuations semestrielles, en indiquant « le fort et le faible » de la fabrication, ses variations, du semestre considéré par rapport au même semestre de l'année précédente. L'œil collé au mouvement conjoncturel, le regard de l'inspecteur est myope. Il ne prend en compte que le temps court dans les variations de l'allocation des facteurs de production. En premier lieu, le volume disponible et le coût des matières premières: la « rareté des fils », ou « la cherté des laines » sont des maux récurrents. En second lieu, la main-d'oeuvre: quand « on manque de bras », le coût du travail augmente et réduit la compétitivité de la production ⁽³⁹⁾.

Les facteurs proprement commerciaux sont moins facilement appréhendés. Le mécanisme de la crise d'Ancien Régime et la sous-consommation de produits manufacturés induite par la hausse du prix des blés, ne sont bien sûr pas ignorés des inspecteurs. Les grands facteurs qui pèsent sur les exportations sont également familiers aux inspecteurs, qui évoquent les guerres, la politique douanière, la concurrence et les prohibitions étrangères, pour expliquer les fluctuations des débouchés extérieurs. Mais dans toutes leurs analyses de la conjoncture, les inspecteurs présupposent toujours du débouché qu'autorise nécessairement, à leurs yeux, la qualité de la production française: « Les variations de ce commerce me font espérer qu'il reprendra de lui-même son équilibre par tout le courant de l'année », écrit l'inspecteur des draps du Levant à

⁽³⁹⁾ « Le plus grand obstacle au progrès de l'industrie dans cette province vient de la cherté de la main-d'oeuvre », écrit Latapie (AN F/12/676/B, Bordeaux, 29 décembre 1779).

Marseille. En somme, par-delà les variations conjoncturelles, il y aurait comme un point d'équilibre permanent du marché, auquel on reviendrait toujours, par un mouvement de balancier. Faute d'autres outils analytiques, les administrateurs envisagent les mécanismes commerciaux, et notamment la formation du prix, à travers le concept, purement empirique ici, d'équilibre: « Il faut une juste proportion entre la quantité de draps qui se fabriquent, et la consommation qui peut s'en faire, pour que cette branche de commerce se soutienne » (40). L'approche des marchés et du commerce reste donc assez fruste.

Au total, toute la police des manufactures est fondée sur cet article de foi: il faut tenir bon la barre des règlements, qui doivent être uniformément appliqués. Le succès de l'industrie nationale est à ce prix.

La répression des fraudes.

Dès lors, l'action des inspecteurs se développe dans plusieurs directions. La répression des « fraudes », tout d'abord. L'objectif n'a pas varié depuis Colbert: « Contenir l'ouvrier, maintenir le bon ordre que demande le bien du commerce » (41). Mais la tâche est immense; comment une cinquantaine d'inspecteurs peuvent-ils surveiller 5 à 600 bureaux (42) et contrôler un pays si étendu, où l'on file et tisse dans les villages les plus reculés? En 1728, les deux inspecteurs des toiles de Rouen indiquent combien est limité le rayon de la zone qu'ils contrôlent. Leurs prérogatives ne n'exercent guère au-delà des faubourgs. Impossible pour eux d'aller inspecter les villages environnants « à moins que d'y exposer sa vie ». Ils gardent en effet le souvenir cuisant d'une visite qui a failli mal tourner, dans

(40) AD Bouches-du-Rhône C 4640: L'intendant à Jean-Alexandre Artaud, Aix, 12 juillet 1766.

(41) AN F/12/739: Godinot à Trudaine, Rouen, 12 mai 1755. « Il faut que des connaisseurs mettent un frein à l'avidité des fabricants », écrivait de la Genière (AN F/12/1382, Clermont-Lodève, 19 janvier 1731).

(42) Il s'agit d'une estimation, en l'absence d'une liste exhaustive. Dans les années 1780, leur nombre est réduit à 440. Voir la carte publiée dans G. BÉAUR, PH. MINARD, *Atlas de la Révolution française*, volume 10: *Economie*, Paris, Editions de l'EHESS, 1997, p. 73.

un village situé à seulement trois quarts de lieue de la ville: « On nous y fit une rébellion (...) et si nous ne nous étions pas retirés, ils nous auraient maltraités, et peut-être tués, puisqu'ils s'étaient rassemblés en très grand nombre pour nous insulter et nous empêcher d'enlever plusieurs pièces de marchandises que nous avions saisies ». Dans ces conditions, aller inspecter des fabriques éloignées de dix ou quinze lieues de Rouen paraît trop dangereux, « n'y ayant dans ces lieux ni jurande ni maîtrise, et par conséquent point de gardes jurés pour nous indiquer et accompagner dans les maisons des fabricants qui sont tous laboureurs » (43).

Dans la première moitié du siècle, les efforts se sont donc portés sur le renforcement des jurandes, considérés comme un relais institutionnel indispensable. Il faut désigner des responsables, sur lesquels on fera plus facilement pression, sans cela les tournées d'inspection seront inefficaces: avertis de l'arrivée des inspecteurs, les fabricants dissimulent à loisir leurs fraudes (44). Avec un interlocuteur institutionnel responsable sur place, et contraint de faire appliquer la police des manufactures, celle-ci sera plus efficace. L'administration du Commerce compte aussi sur la dualité des bureaux de marque et l'intérêt bien compris des gardes-jurés marchands, qui tiennent les bureaux de contrôle et peuvent arrêter les pièces que les fabricants laissent passer au bureau de visite: « Les marchands deviendraient nécessairement les surveillants des fabricants » (45).

Le système n'est toutefois pas sans défauts. « S'il est effectivement des gardes-jurés qui soient animés de l'esprit du devoir et du bon ordre pour ne pas s'en écarter dans leurs visites des toiles,

(43) AN F/12/674: Clément et Le Chéron, Rouen, 18 avril 1728. Ils suggèrent également qu'une brigade de maréchaussée les accompagne en renfort, pour plus de sûreté.

(44) Les visites, expliquent les deux inspecteurs rouennais, « ne serviraient pas de grandes choses puisque nous ne pourrions au plus prendre que le premier ouvrier, chez lequel nous tomberions; les autres, informés de notre marche, ne manqueraient pas de démonter leurs métiers, et d'en ôter les marchandises qui ne seraient pas conformes aux règlements, et ne les remonteraient que quand nous serions partis, ce qui se communiquerait bien vite de village en village » (AN F/12/674, Rouen, 18 avril 1728).

(45) AN F/12/731: « Mémoire pour réduire à un seul les huit inspecteurs établis en Languedoc », rapport de 1744-45 sur la réorganisation des services de l'inspection.

assure un inspecteur de Rouen, combien en est-il dont le travail exige d'être surveillé, et combien de fois l'irrégularité de leurs visites, leur esprit d'indépendance, et le ton qu'ils ont voulu prendre n'ont-ils pas occasionné de contestations? ». Leurs relations avec les inspecteurs s'avèrent souvent orageuses, ceux-ci accusant ceux-là de partialité dans l'exercice de leur charge. La position de garde-juré permet parfois de pénaliser un concurrent, en rebutant systématiquement ses pièces, ou au contraire, de favoriser un allié, à charge de revanche, puisque la fonction est exercée à tour de rôle. Telle est finalement la faiblesse intrinsèque d'un système fondé sur l'auto-discipline des acteurs: « inspecter, pour refuser, saisir, ou admettre, ce qu'on achète (ou fabrique) soi-même ne donne-t-il pas lieu de craindre la partialité? »⁽⁴⁶⁾. En fait, c'est plus souvent la complaisance qui domine: ne pas risquer de représailles. Il peut ainsi s'établir un consensus pour la fraude collective, solution de facilité⁽⁴⁷⁾. Attitude d'autant plus répandue que la fonction n'est pas rémunérée⁽⁴⁸⁾: c'est autant de temps perdu pour son propre travail. Les fabricants comme les marchands renâclent donc devant la tâche, et inclinent à tout laisser passer sans rien inspecter. Certains font même défection, « les uns pour cause de santé, mauvaise ou délicate, les autres par leurs affaires particulières »⁽⁴⁹⁾. Or, il importe que les opérations de marque soient rapidement menées, pour ne pas immobiliser la marchandise ni retarder la vente trop longtemps. Les inspecteurs doivent donc jouer les gendarmes.

Après 1750, ils ne nourrissent plus guère d'illusions à cet égard: Partout règne « un esprit d'insubordination et d'oubli des règ-

⁽⁴⁶⁾ AD Drôme C 8: Goy, inspecteur du Dauphiné, Romans, 3 septembre 1790. Cette ambiguïté n'a pas cessé depuis 1669.

⁽⁴⁷⁾ C'est ce que dénonçait déjà en 1720 l'inspecteur de Bourges: « Les gardes-marchands et jurés-drapiers, ordinairement, passent tout à la légère, ne voulant point s'attirer l'inimitié de leurs confrères, qui pourraient les chagriner à leur tour » (AN F/12/673, Pasquier, Bourges, 6 juillet 1720).

⁽⁴⁸⁾ Sinon par une part du produit des amendes et confiscations. Le produit du droit de marque, quant à lui, sert à couvrir les frais de bureau et, bien souvent, les appointements de l'inspecteur.

⁽⁴⁹⁾ AN F/12/655/A/VII: rapport de Godinot sur les toileries de Rouen, 1 juillet 1779.

les »⁽⁵⁰⁾. A Nîmes, les marchands-fabricants « sont d'un caractère haut et fier, on peut ajouter qu'ils sont républicains, ne donnant point leur confiance à demi à celui qui a su la mériter, mais méprisant celui à qui ils ne veulent pas l'accorder », et l'inspecteur, manifestement, est de ces derniers; quant aux ouvriers, « ce sont pour la plupart des gens qui n'ont de l'homme que ce qu'on ne peut pas lui refuser »: Lansel ne voit pas comment venir à bout de ces sauvages, décidément incontrôlables, jurandes ou pas⁽⁵¹⁾. Dompter les fabricants indociles paraît alors un travail de Sisyphe: un inspecteur a-t-il quelque peu réussi à établir son autorité? Tout est à recommencer quand il est muté ailleurs, et que son successeur doit la reconquérir entièrement. « Je m'aperçois que j'aurai ici beaucoup de mal, que je trouverai de la résistance et de l'opiniâtreté; le génie y est rempli de vivacité et de prévention », constate Imbert en arrivant à Amiens⁽⁵²⁾.

Dans certaines régions, où la fabrication est totalement dispersée dans les campagnes, la difficulté est bien plus grande encore: les préposés commis pour tenir les bureaux, qui sont payés 400 ou 500 livres par an sur le produit du droit de marque, ne sont guère plus fiables, et le risque de concussion ou de corruption tout aussi grand. Ainsi en Bretagne, les inspecteurs de Coisy et Guillotou ont souvent constaté, dans les années 1760 et 1770, que la comptabilité des bureaux de Quintin, Uzel et Loudeac ne correspond pas aux états d'exportation des toiles bretagnes que livrent les visites dans les ports: il y a tout lieu de craindre que la marque n'ait guère été apposée sérieusement dans ces bureaux⁽⁵³⁾.

Gardes-jurés, ou préposés commis à la marque: dans tous les cas, la vigilance s'impose, pour combattre la négligence ou le « relâchement » que les instructions royales ne cessent de stigmatiser. L'inspection a bien vite compris qu'elle ne peut compter que sur elle-même. Aussi serre-t-elle les rangs. L'institution fonctionne

⁽⁵⁰⁾ AD Calvados C 2957: l'intendant de Caen à l'inspecteur Morel, Caen, 12 septembre 1764.

⁽⁵¹⁾ AN F/12/745: Lansel, inspecteur ambulant de passage à Nîmes, 9 septembre 1785.

⁽⁵²⁾ AN F/12/674: Imbert de Saint-Paul, Amiens, 7 juillet 1761.

⁽⁵³⁾ AN F/12/737: de Coisy, Rennes, 1763; AD Ille-et-Vilaine C 1542, C 1549, et C 1540: mémoires et lettres de Guillotou à l'intendant, 1771-1775.

comme un véritable réseau dont les filets sont tendus à l'échelle du territoire tout entier. A Paris, la Direction du Commerce centralise toutes les informations et les répercute à tous les inspecteurs concernés. A-t-on quelque doute sur l'expédition de toileries normandes non conformes dans certaines provinces? Les inspecteurs en fonction dans ces régions sont avertis, ils vont renforcer leur surveillance sur les marchés et dans les halles. A-t-on saisi des pièces défectueuses aux foires de Niort, Beaucaire ou Guibray? On avertit immédiatement les responsables des régions productrices. Mais les mailles de ce filet sont bien lâches, et quelque énergie que déploient les inspecteurs, n'ayant pas le don d'ubiquité, l'essentiel leur échappe.

Aucun ne se résigne pourtant, et l'on voit fleurir de multiples propositions pour augmenter l'efficacité du système. D'esprit pratique, et toujours soucieux d'améliorer le service, ils ne sont jamais en reste d'un projet de réforme. Jubié, en poste en Auvergne en 1782, envisage une alternative à la surveillance incertaine des gardes-jurés⁽⁵⁴⁾. Il s'agirait de dessiner de petits arrondissements de 4 à 5 lieues de rayon, et de placer dans chacun un commis appointé. On dresserait la liste de tous les fabricants domiciliés dans l'arrondissement, en distinguant ceux qui travaillent toute l'année sur leur métier, des paysans ayant d'autres occupations; chacun devra, au sortir du métier, faire viser les étoffes tissées au bureau de visite; les pièces seront soigneusement numérotées, et le commis connaîtrait exactement la production de chaque fabricant, au mois voire au jour près. On aperçoit ici à quel point l'idéologie réglementaire, et le souci de constituer une statistique fiable de la production, peuvent susciter tout un imaginaire de la discipline et du contrôle: mettre des commis partout, c'est resserrer les mailles du filet jusqu'à ce que plus rien ne puisse échapper à l'autorité gouvernementale. L'idée n'est pas nouvelle, qu'avait déjà lancée, sous une forme légèrement différente l'inspecteur de Caen en 1715: il voulait utiliser le produit des amendes pour payer des commis « que je désire mettre en chaque endroit de mon département pour avoir la vue sur

(54) AN F/12/650/VI: conclusion du journal de tournée de Jubié, Clermont-Ferrand, 18 octobre 1782.

les gardes en mon absence » (55). Hantés par l'idée que les fabricants se dérobaient à leur inspection, qu'ils cachent une part de leur activité, certains inspecteurs du début du siècle avaient imaginé de les obliger à se faire enregistrer auprès des autorités de police, pour disposer d'une liste complète. Un autre voulait pouvoir consulter les livres de compte des marchands, pour connaître « la demeure des tisseurs » qui travaillaient pour eux et « aller faire des visites sur leurs métiers » (56).

L'obsession de la surveillance peut donner lieu à toutes sortes de procédés policiers, comme ceux que Lancel a mis en oeuvre à Nîmes, pour lutter contre l'émigration clandestine des ouvriers et l'exportation des métiers à bas en Espagne: il soudoie des indicateurs; la nuit, il fait placer des valets de ville en sentinelle aux portes de la cité (57). L'inspection voudrait devenir police des frontières et réseau d'espionnage. Elle retrouve les accents de l'autorité toute-puissante, qui sait tout, voit tout, et exige l'obéissance absolue des ouvriers et fabricants, enrôlés dans la grande armée de la production nationale: « Leur qualité de sujets, leur probité et leur avantage exigent d'eux cette fidélité et cette soumission » (58). Cette politique de surveillance et d'autorité s'accompagne d'un souci de stabilité, car tout ce qui est mouvant, instable, fluide, échappe au quadrillage policier. Comme les pauvres et les errants, les colporteurs et marchands forains ont mauvaise réputation (59). Dans cette vision, le bon fabricant, le marchand honorable, sont ceux que l'on peut enregistrer, inscrire dans un grand livre où toute chose serait connue, stabilisée, fichée. Cette obsession de la surveillance et de l'ordre est fille de son temps: plus qu'à Colbert, elle emprunte à l'imaginaire technique de la discipline sociale, dont l'idéal panopti-

(55) AN F/12/673: Michelot Des Saudrais, Caen, 29 mars 1715. Brunet, à Alençon en 1774, formule la même proposition, demandant qu'on lui accorde « un surveillant dans les principales fabriques » de son inspection (AN F/12/739, lettres du 19 et 25 avril 1774).

(56) AD Isère 2 C 99: Boutillier, tournée de 1728 en Dauphiné; AN F/12/732: Conquet, Carcassonne, 3 janvier 1741.

(57) AN F/12/744: Lancel, Paris, 10 août 1784.

(58) AN F/12/1235: Tricou, Saint-Chinian, 20 décembre 1778.

(59) Laurence FONTAINE, *Histoire du colportage en Europe, XV^e-XIX^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1993.

que constitue une manière d'aboutissement à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècle.

Une administration pédagogue.

L'action des inspecteurs se développe également dans une autre direction, tout à fait complémentaire: pour eux, point de police qui ne cherche à convaincre de la justesse de ses principes; l'autorité est toujours pédagogue. Aussi les inspecteurs prétendent-ils instruire les fabricants, leur apprendre à se corriger. L'effort porte tout d'abord sur la diffusion des règlements par voie d'affichage ou par la constitution de petits recueils imprimés aux frais de l'intendance, contenant en 30 ou 40 pages toute la réglementation locale en vigueur et les spécifications de chaque type d'étoffe.

La tournée constitue le second moyen de cette entreprise. Suivons un moment Boutillier en Dauphiné vers 1728⁽⁶⁰⁾. Partout les procédés de fabrication lui semblent mauvais. Mécontent, l'inspecteur convoque marchands et tisserands, fait élire des gardes-jurés, installe des bureaux de marque là où il en manque, ordonne de faire de fréquentes visites, de tenir régulièrement les registres, et surtout d'appliquer la réglementation avec détermination. Bref, il sermonne son monde. Le style des procès-verbaux laisse transparaître ce ton de réprimande adopté par les inspecteurs dans les assemblées de Commerce qu'ils tiennent lors de leur passage: « Je ne fus pas bien content de certaines pièces... », « je me plaignis de quelques couleurs... », « j'ai été mécontent du blanc... », « je recommandai de corriger cela... ». L'inspecteur tance, admoneste, rappelle à l'ordre et met en garde. Il exhorte à mieux faire, dans l'intérêt des fabricants et négociants eux-mêmes. Au besoin, pour se faire entendre, il n'hésite pas à « faire quelques exemples »: « J'ai essayé de faire beaucoup de bruit, ce début inspire la crainte et à proportion que le fabricant témoigne en être pénétré, on se réduit à le persuader »⁽⁶¹⁾. Véritable redresseur de la fabrique, il défend la belle ouvrage, comme un médecin combat la maladie: « Je fais de mon

⁽⁶⁰⁾ AD Isère 2 C 99: journaux de tournées, 1728-1729.

⁽⁶¹⁾ AN F/12/674: Imbert de Saint-Paul, Amiens, 7 juillet 1761.

mieux pour arrêter le progrès du mal » (62). Il se comporte surtout en instituteur des fabricants. Voulant leur enseigner à bien faire, il cherche à « détruire le préjugé » chez de malheureux tisserands qui travaillent « à l'aveugle », « sans règle » (63). A la campagne, l'inspecteur se trouve véritablement en pays de mission. Imbert le souligne en arrivant à Amiens, à la veille de l'arrêt de 1762 entérinant l'existence d'une activité proto-industrielle rurale massive: la campagne n'est pas la ville; « Je me suis attaché, écrit-il, à connaître le génie de ceux qui composent cette fabrique, leur esprit, leur penchant. C'est une étude essentielle dont je me suis bien trouvé. L'administration dans les fabriques des villes est quelquefois toute différente de celle qu'on opérera dans les fabriques de la campagne ». Vingt ans plus tard, les tisserands ruraux de Picardie apparaissent encore à Roland « un peuple nombreux, en tumulte, qui tient à ses opinions ou à ses erreurs, et qui n'entend pas facilement raison » (64). Il y a du missionnaire dans le personnage de l'inspecteur, et certains, en visite dans les villages les plus reculés de leur ressort, n'hésitent pas à employer le terme (65). Aussi, pour convaincre, il faut démontrer: les inspecteurs rassemblent les fabricants et procèdent devant eux à des démonstrations, ils leur donnent sur place de véritables leçons de tissage ou de dégraissage des étoffes, persuadés que seul l'exemple peut déterminer un peuple effarouché et misonéiste à suivre leurs conseils (66). L'inspecteur se comporte en véritable instituteur de la fabrique. Citadin et lettré

(62) AD Bouches-du-Rhône C 4640: Artaud, Marseille, 25 janvier 1765.

(63) Expression empruntées à Taillarda, de Romorantin (AN F/12/736, 26 août 1762), et Guillotou, de Rennes (AN F/12/651/I/5, 22 août 1779).

(64) AN F/12/674: Imbert de Saint-Paul, Amiens, 7 juillet 1761; AN F/12/650/II: Roland de la Platière, Amiens, 10 août 1781.

(65) « Certainement, il y a peu de missionnaires qui aient plus exhorté que moi les fabricants à faire bien » (AN F/12/1235, Cazaban à Tolozan, Carcassonne, 30 décembre 1778). De Mettreville, en Bretagne, emploie la même expression (AN F/12/733, 14 mars 1740). De son côté, pour se faire bien voir, un candidat au poste de Beauvais proclame: « un inspecteur est le flambeau qui éclaire les fabricants et marchands » (AN F/12/738, candidatures à Beauvais, 1771).

(66) AD Bouches-du-Rhône C 3346: de la Genière, en tournée en Provence, entre septembre et novembre 1749, s'emploie à donner ainsi des leçons publiques sur le dégraissage des draps (« Journal de travail », Aix, 18 décembre 1749).

égaré dans des campagnes arriérées, il rencontre là un peuple-passion, presque infantile, qu'il faut encadrer et éduquer, que la novation rebute. On doit l'y acclimater par des démonstrations répétées, puisque, incrédule, il ne se convainc que de ce qu'il voit: Derrière l'attitude pédagogique, on perçoit la condescendance de l'administrateur, assuré de sa supériorité sociale et culturelle, et en vérité étranger aux modes d'apprentissage propres aux sociétés paysannes.

Position flatteuse que celle du professeur qui montre à bien faire: l'inspecteur se prend parfois pour le démiurge de la manufacture, s'attribuant tout le mérite de ses progrès ou de sa perfection. Les bons résultats de la production locale deviennent les siens: « Je puis annoncer l'augmentation du commerce de Romorantin », claironne Taillarda en 1762 ⁽⁶⁷⁾. Il finit par s'identifier à son inspection, au point d'en épouser la cause, comme celui de Sedan: « Les manufactures de Reims viennent faire filer jusqu'à nos portes et causent un grand préjudice à nos fabriques, elles nous enlèvent nos ouvriers » ⁽⁶⁸⁾. Le recul de la production peut être vécu comme un échec personnel: « C'est avec peine que l'inspecteur présente un résultat aussi peu satisfaisant », s'excuse Morel en envoyant son état semestriel de fabrication ⁽⁶⁹⁾.

LA STATISTIQUE MANUFACTURIÈRE.

La statistique industrielle constitue la seconde grande mission des créatures de Colbert: prendre le pouls des manufactures, en fournir régulièrement le bulletin de santé. « Ledit commis, précise l'instruction de 1670, fera un état des lieux où il y a commerce et manufactures établies, de quelle espèce et qualité elles sont, verra comme elles se fabriquent, observera leurs bonnes et mauvaises qualités, (...) fera mémoire de leur largeur et longueur de la pièce et

⁽⁶⁷⁾ AN F/12/736: Taillarda, Romorantin, 26 août 1762.

⁽⁶⁸⁾ AN F/12/650/VIII: Tricou, Sedan, 1 juin 1785. Les exemples de ce type abondent.

⁽⁶⁹⁾ AD Calvados C 2854: Morel, Caen, 22 avril 1768.

du prix d'icelle, combien de pièces il s'en fait par année, et du nombre de métiers de chaque espèce en chaque lieu » (70).

La Monarchie en quête d'information économique.

Cette volonté de recenser à la fois la production et l'équipement productif s'inscrit pleinement dans les préoccupations statistiques de Colbert et des grands administrateurs du XVII^e siècle: il faut savoir, pour agir et décider juste. Une telle soif de connaissance, et surtout de connaissance chiffrée, doit être replacée dans le double contexte d'un appareil administratif en voie d'édification et d'une économie politique inspirée du mercantilisme. Dans l'histoire de la monarchie, pouvoir et savoir sont intimimement liés. Le roi veut connaître le nombre de ses peuples, et leurs facultés contributives (autrement dit, productives): c'est à cette aune que s'évalue la puissance, dans la doctrine mercantiliste (71). À mesure que s'affirmait l'autorité royale sur les provinces et que s'organisait un appareil administratif, une tradition statistique s'est ainsi constituée (72). D'une part, on a lancé de grandes enquêtes visant à donner une description générale du royaume, passant en revue le sol et les produits, les institutions et les hommes. D'autre part, l'administration royale s'attache à établir une comptabilité annuelle de la population et du prix des subsistances. Des pratiques comptables régulières se mettent ainsi en place, et au XVIII^e siècle les

(70) P. CLÉMENT, *Lettres, intructions et mémoires de Colbert*, Paris, Imprimerie impériale, 1863, tome II/2, p. 840.

(71) François FOURQUET, *Richesse et puissance. Une généalogie de la valeur*, Paris, La Découverte, 1989, p. 149-64. Voir également Jacqueline HECHT, *L'idée de dénombrement jusqu'à la Révolution*, in *Pour une histoire de la statistique, tome 1: Contributions*, Paris, Economica/INSEE (1ère éd. 1977), p. 21-82.

(72) Jean-Claude PERROT, *Les économistes, les philosophes et la population*, in Jacques DUPÂQUIER éd., *Histoire de la population française*, volume 2: *De la Renaissance à 1789*, Paris, PUF, 1988, p. 499-551; repris dans Jean-Claude PERROT, *Une histoire intellectuelle de l'économie politique (XVII-XVIII^e siècle)*, Paris, Editions de l'EHESS, 1992, p. 143-92. Cf. également Alain DESROSIERES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 1994, et Marie-Noëlle BOURGUET, *Déchiffrer la France. La statistique départementale à l'époque napoléonienne*, Paris/Montreux, Editions des archives contemporaines, 1988.

bureaux peuvent fournir au gouvernement des données numériques sérielles. A partir des années 1720, une véritable fièvre statistique s'empare des administrateurs, qui rêvent de mettre en tableaux la population et l'économie du pays. L'engouement pour le chiffre dépasse le seul objectif fiscal, pour devenir un moyen de connaissance de la société elle-même, avec la statistique morale de Montyon (73). Ce n'est plus par la description, mais par la quantification que le royaume devient connaissable dans son entier. La collecte des données brutes doit permettre d'établir les comptes de la nation, d'évaluer la « richesse territoriale » de la France. Un même mouvement relie donc le *Projet d'une dixme royale* de Vauban en 1707, les enquêtes des Contrôleurs généraux Dodun (1724), Orry (1730 et 1745), Laverdy (1764), aux entreprises des physiocrates et à l'estimation de Lavoisier en 1791 (74). La volonté de savoir n'a fait que grandir à mesure qu'on voyait croître les moyens et l'efficacité des dénombrements dans tous les domaines, et à la fin du siècle, tous les espoirs paraissent permis. En matière d'économie et de commerce, Tolozan publie en 1789 un bilan qui fait date (75). Au moment où Lavoisier, en 1790, met la dernière main à sa *Richesse territoriale*, on comprend que, dans ce contexte, Necker affiche le plus grand optimisme quant à la possibilité de fournir une évaluation précise de la production industrielle: « On croit pouvoir assurer que dans peu on aura des connaissances plus parfaites que celles qu'on a eu jusqu'à présent des différents produits de notre richesse industrielle », déclare-t-il (76). Le moyen? Les états de fabrication des inspecteurs des manufactures, auxquels il vient de fournir de

(73) Jean LECUIR, *Criminalité et 'moralité': Montyon, statisticien du Parlement de Paris*, in *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, XXI, juillet-septembre 1974, p. 445-93.

(74) Bertrand GILLE, *Les sources statistiques de l'histoire de France*, Genève, Droz, 1980, p. 23-45; Guillaume GARNIER, *L'Etat et la statistique en France au milieu du XVIII^e siècle: l'enquête du Contrôleur général des finances Orry (1745-1755)*, mémoire de DEA, Université Paris-I, 1990, sous la direction de Jean-Claude Perrot; LAVOISIER, *De la richesse territoriale du royaume de France*. Texte et documents présentés par Jean-Claude Perrot, Paris, Editions du CTHS, 1988.

(75) *Mémoire sur le commerce de la France et de ses colonies*, Paris, Moutard, 1789 (reprint Munich, Kraus-Thomson, 1980).

(76) AD Côte-d'or C 3717; NECKER, *Nouvelle instruction pour les inspecteurs des manufactures donnée par l'administration du commerce au mois de mai 1789*, Paris, 1789.

nouveaux modèles, et dont il souligne le rôle irremplaçable de collecteurs de chiffres. Ce faisant, Necker rappelle que, pour imparfaite qu'elle fût, la statistique industrielle a alors déjà plus d'un siècle d'existence en France.

Produit dérivé du contrôle de qualité instauré par Colbert, le recensement de la production textile est vite devenu une mission majeure pour les inspecteurs: « Le roi désirant savoir ce qui se fabrique de pièces d'étoffes dans le royaume et en particulier dans chaque province, et leur qualité, les inspecteurs feront de six mois en six mois chacun dans leur département un état général des pièces d'étoffes qui y auront été marquées » (77). En 1691, le Contrôleur général Pontchartrain met l'accent sur l'importance d'une bonne tenue des registres de marque pour la constitution d'états statistiques (78). Le système paraît cependant avoir du mal à se mettre en place, si l'on en juge par une circulaire de 1694 réclamant aux inspecteurs d'envoyer les relevés semestriels en retard depuis trois ans. En 1714 encore, le Contrôle général se plaint des lenteurs et de la négligence de ses agents, mais la périodicité semestrielle des états n'est pas remise en cause (79). A deux reprises par la suite, l'administration centrale accentue ses exigences et réclame, mais en vain, des relevés chaque trimestre (80): ces deux moments

(77) AN F/12/673: arrêt du Conseil du 12 janvier 1689.

(78) AN G/7/6, et *Recueil des règlements généraux et particuliers concernant les manufactures*, Supplément, Paris, Imprimerie royale, 1734, tome 1, p. 227. Le texte est repris dans A. de BOISLILE, *Correspondance des contrôleurs généraux des finances*, Paris, Imprimerie nationale, tome 1, 1874, p. 558-60.

(79) AN F/12/673: circulaire du 28 février 1694; AN F/12/673: correspondance du Contrôle général et des intendants relative aux procès-verbaux des inspecteurs 1714-1715 (notamment une circulaire du 20 janvier 1714: modèle pour leurs états semestriels).

(80) AN F/12/733: dossier relatif au projet d'une nouvelle instruction pour les inspecteurs des manufactures de Languedoc, 1740-1741: « Le sieur... nous enverra à la fin de chaque quartier un état général par noms et qualités de toutes les pièces de draps qui auront été fabriquées dans toute l'étendue de son inspection ». Pour Orry, le rythme trimestriel constitue également un moyen de pression sur les inspecteurs, ainsi qu'il l'écrit à l'intendant de Caen, le 9 janvier 1741: « à l'égard de la proposition que vous faites de n'envoyer ces états que tous les six mois, ce délai serait trop long, parce qu'en vous faisant rendre compte tous les trois mois par vos subdélégués et les inspecteurs de la suite de l'exécution des règlements des manufactures, c'est le moyen de les obliger de veiller exactement à ce qu'il n'y soit point contrevenu » (AD Calvados C. 2852). AN

d'intensification de la demande statistique correspondent à deux phases de durcissement de la politique réglementaire, dans les années 1740 sous Orry, et après 1777 avec la réorganisation impulsée par Necker. En fait, pendant tout le siècle, le rythme semestriel demeure la règle, même si certains inspecteurs, comme ceux de Rouen, réussissent dans les années 1750-60 à fournir des relevés quatre fois par an ⁽⁸¹⁾.

Au début des années 1740, le Bureau du Commerce s'est efforcé de mettre au point un modèle de procès-verbal de tournée, afin de rendre plus homogènes les informations reçues à Versailles. La normalisation de la statistique industrielle doit permettre de mieux suivre les variations conjoncturelles et d'établir des comparaisons ⁽⁸²⁾. De novembre 1740 à juillet 1741, sous la direction de Rouillé de Jouy, le Directeur du Commerce, et de l'inspecteur général Fosse, les bureaux travaillent à rédiger une longue instruction aux inspecteurs. Plusieurs projets circulent, sont amendés, corrigés, réécrits, sur la base d'une première version signée par Orry lui-même ⁽⁸³⁾. Des différents brouillons conservés, il ressort un grand souci d'homogénéiser les informations transmises par les inspecteurs des provinces. Leurs mémoires devraient toujours avoir la même forme, afin qu'on puisse facilement s'y reporter, établir des comparaisons entre les différentes fabriques et d'une année sur l'autre, « l'uniformité de ce travail étant essentiellement nécessaire pour en faciliter l'examen en tous temps ». L'instruction se présente sous la forme d'un long formulaire manuscrit in-folio, où se succèdent les cases à remplir, rubrique par rubrique. Le souci de lisibilité

F/12/676/A: une circulaire de l'intendant du Commerce de Cotte, du 12 décembre 1777, exige des états tous les trois mois.

⁽⁸¹⁾ Les instructions de Necker en 1781 et en mai 1789 demandent des états semestriels (publiées in *Encyclopédie méthodique, Manufactures*, Paris, tome 1, 1784, p. 71-3, et *Supplément*, 1790, p. 145-8); AD Seine-Maritime C 164 et 166: états des manufactures de la généralité de Rouen.

⁽⁸²⁾ C'est le Languedoc qui sert de laboratoire pour cette tentative (AN F/12/733: dossier relatif au projet d'une nouvelle instruction pour les inspecteurs de Languedoc).

⁽⁸³⁾ Le dossier comporte deux principales versions: l'une, de mai 1741, compte 31 articles regroupés en 12 chapitres; l'autre, de juillet 1741, 15 chapitres répartis selon un mode de classement différent. Mais le projet initial, signé par Orry le 7 novembre 1740 se trouve dans AD Hérault C 2516.

et d'homogénéité est poussé jusqu'au point de préciser le format du papier à employer, les marges à respecter, et la taille des caractères: l'inspecteur « aura attention d'écrire chaque mémoire sur du papier de cette même grandeur », il faut que « le corps d'écriture de tous les mémoires soit contenu dans un encadrement exactement pareil et pour l'étendue et pour les marges ou bords à celui qui renferme la présente instruction » (84). En effet, « tous sont destinés à entrer dans un recueil général de tout ce qui aura été fait sur cette matière »: des marges uniformes permettront chaque année de relier tous ces rapports en un seul volume.

A travers ce projet de compilation statistique, on aperçoit toute l'importance qu'attachent les bureaux centraux au rassemblement d'une information économique la plus complète possible: seul le « travail de scribe » de tous les inspecteurs, ressort par ressort, peut y pourvoir. L'un des rédacteurs propose même, pour leur faciliter la tâche, que le Bureau du Commerce fournisse des états imprimés prêts à remplir. Mais on n'a pas trace que ce formidable projet de statistique administrative ait jamais été exécuté (85).

L'idée de formulaires imprimés envoyés à tous les inspecteurs pour uniformiser leurs relevés ressurgit cependant en 1777-78, lorsque Necker entreprend de réorganiser l'inspection des manufactures. Il s'agit toujours d'adopter « un plan uniforme » dans la rédaction des états de production (86). Le même Necker fournit enfin, en 1789, à la suite ses nouvelles instructions aux inspecteurs, un modèle corrigé de relevé semestriel, en soulignant encore une fois combien la normalisation est indispensable: « L'uniformité dans la manière de classer les produits contribuera infiniment à mettre dans

(84) Il y a là tout un apprentissage de la mise en forme d'un tableau, une véritable discipline d'écriture. Cf. Jack GOODY, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, Paris, Editions de Minuit, 1979 (1^e éd. 1977), *La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines*, Paris, Armand Colin, 1986, en particulier *L'Etat, le bureau, le dossier*, p. 97-131, et *L'oralité et l'écriture*, Paris, PUF, 1994.

(85) On trouve cependant trace d'états imprimés pour les généralités de Rouen et Caen vers 1725. Ils semblent que ces modèles imprimés prêts à remplir aient disparu ensuite (AD Seine Maritime C 158 et 160, AD Calvados C2948).

(86) AN F/12/676/A: circulaire de l'intendant du Commerce de Cotte, 12 décembre 1777.

les travaux des inspecteurs un ensemble absolument nécessaire pour connaître la masse totale de notre commerce »⁽⁸⁷⁾.

On voit donc que la pression de la demande statistique venue d'en haut n'a cessé de croître au cours du XVIII^e siècle: les bureaux centraux ont toujours plus soif de chiffres toujours plus précis. Mais on demande aussi aux inspecteurs de fournir une radiographie d'ensemble de l'activité manufacturière, d'indiquer la nature des fabrications, les débouchés commerciaux, l'état des techniques en usage, les perspectives de développement de l'économie régionale.

Pour recueillir toutes ces données, les inspecteurs doivent sillonner leur département. Quand ils ne sont pas à leur table de travail, dans leur cabinet, ils sont sur les chemins, par monts et par vaux. La tournée est au centre de leur activité, et une large part de leur temps se passe à courir les routes, de villes en bourgs et en hameaux, partout où l'on carde, file et tisse. Le voyage paraît le meilleur instrument d'information et de connaissance, mais surtout l'unique moyen d'une bonne administration du territoire: le maillage très lâche de l'infrastructure administrative d'Ancien Régime contraint les agents publics à un éprouvant travail de terrain.

La tournée d'inspection est alors une pratique tout à fait courante⁽⁸⁸⁾, comme le montre par exemple l'article « visite » de l'*Encyclopédie méthodique*, section Finances, qui évoque aussi bien les visites pastorales des évêques dans leurs diocèses que les tournées des grands maîtres des Eaux et Forêts dans leurs départements⁽⁸⁹⁾. On doit cependant distinguer trois types différents de tournées. Celle qu'accomplit un administrateur fraîchement nommé à l'occasion de sa prise de fonctions n'a pas vocation à se répéter.

⁽⁸⁷⁾ AD Côte-d'or C 3717: NECKER, *Nouvelle instruction pour les inspecteurs des manufactures donnée par l'administration du commerce au mois de mai 1789*, Paris, 1790.

⁽⁸⁸⁾ Philippe SAVOIE, *Les tournées des Fermiers Généraux*, thèse cit. Ce type de pratique a traversé la Révolution, comme le montrent les mémoires d'Alexandre, inspecteur général des droits réunis sous l'Empire (Charles-Alexis ALEXANDRE, *Les tournées d'un inspecteur général des droits réunis (1806-1814)*, in *Etudes et Documents*, IV, 1992, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, p. 483-565). Autres éléments de comparaison dans Jean-François PERNOT, *les chevauchées des ingénieurs militaires en France au XVII^e siècle: la maturité des voyages d'études politico-administratifs*, in *La découverte de la France au XVII^e siècle*, Paris, CNRS/CMR 17, 1980, p. 327-47.

⁽⁸⁹⁾ *Encyclopédie méthodique, Finances*, tome 3, Paris, 1787.

L'intendant qui arrive dans une généralité prend ainsi une large « connaissance du local », avant de se reposer ensuite sur ses subdélégués. La tournée d'inspection d'un représentant de l'administration centrale en mission temporaire est d'un autre ordre. Le Fermier général comme l'intendant du Commerce n'ont pas à explorer dans le moindre détail toute l'étendue d'un ressort particulier, mais à suivre un itinéraire: ils ne font que passer, quand l'intendant au contraire s'installe pour plusieurs années. Leur action est de contrôle et de vérification, non de gestion d'un département particulier ⁽⁹⁰⁾. Les tournées des inspecteurs généraux et des inspecteurs ambulants sont de cette nature: ce sont de longs périple à travers plusieurs provinces, destinés à rendre compte de la situation de l'économie régionale, mais aussi à contrôler le travail des inspecteurs locaux. Les tournées qu'accomplissent ces derniers ont nécessairement un rayon plus limité, et constituent une troisième catégorie: l'enquête approfondie circonscrite à un département particulier. En effet, à la différence du tourneur de la Ferme ou de l'inspecteur ambulant, l'inspecteur des manufactures réside sur place, et contrairement à l'intendant, il ne se contente pas d'une tournée inaugurale: ses visites sont répétées périodiquement. Il doit connaître à fond tous les lieux de fabrique de son ressort.

Le rythme des tournées d'inspection dépend à la fois de l'étendue de la circonscription, de la configuration du relief et de la nature du climat. Dans une zone montagneuse difficile, comme l'Auvergne, l'hiver suspend toutes les opérations. En Dauphiné pareillement, l'inspecteur attend le printemps: « Voici le moment où nos montagnes vont se dépouiller de leurs neiges, écrit Dubu un 9 avril. Dès que les chemins y seront libres, je me propose d'y faire une tournée » ⁽⁹¹⁾. Les distances parcourues sont considérables. Brisson, en Beaujolais, déclare couvrir plus de 1000 lieues chaque année, et Brunet paraît toujours en déplacement: il fait six tournées de six semaines par an, et passe quinze jours à la foire de Guibray. Bref, il est en voyage dix mois sur douze ⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ Philippe SAVOIE, *Les tournées des Fermiers Généraux*, op. cit., p. 85-96.

⁽⁹¹⁾ AN F/12/676/A: Dubu, Romans, 9 avril 1771.

⁽⁹²⁾ AN F/12/740: Brisson à Trudaine, 29 octobre 1774; AN F/12/739: Brunet, Alençon, 25 avril 1774. Sans doute fatigué, Simon, en poste en Provence, a inventé

L'inspecteur fait sa tournée à cheval, et tout seul, à moins d'avoir les moyens de se faire accompagner par un domestique - ce qui suppose un second cheval à entretenir. Certains peuvent aussi quelquefois voyager en chaise ou en cabriolet. Sur la route, on dîne et l'on dort à l'auberge, dans un confort précaire. Le périple est généralement fatigant, dispendieux (7 à 10 Livres t. par jour), et parfois même dangereux car les chemins ne sont pas sûrs. Tels sont les risques du métier, et il faut bien les assumer. Mais là n'est pas le pire. Le principal souci des inspecteurs tient aux conditions mêmes de leur enquête, qui les font douter de la fiabilité des chiffres et des informations qu'ils peuvent rassembler.

L'enquête impossible?

Dans leur travail d'enquête, les inspecteurs rencontrent des difficultés de tous ordres. La première tient à la très large diffusion des activités de fabrication textile à travers les campagnes⁽⁹³⁾. L'industrie est aux champs depuis longtemps, et les arrêts de 1762 et 1765 autorisant la libre fabrication dans les campagnes n'ont fait que consacrer officiellement un état de fait ancien⁽⁹⁴⁾. Or,

« l'anti-voyage »: pour remplir ses états et répondre aux enquêtes de la Direction du Commerce sans bouger de chez lui, il envoie aux gardes-jurés des différents bureaux de son inspection un long questionnaire imprimé, qu'il les presse de compléter au plus vite! (AD Bouches-du-Rhône C3361, janvier 1784).

⁽⁹³⁾ Sur l'industrie rurale dispersée et le processus de proto-industrialisation, voir la monographie remarquable de Didier TERRIER, *Les deux âges de la proto-industrie. Les tisserands du Cambrésis et du Saint-Quentinois*, Paris, Editions de l'EHESS, 1996, et les mises au point récentes dirigées par Sheilagh C. OGILVIE, Markus CERMAN, (ed.) *European Proto-Industrialization*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, et René Leboutte (éd.), *Proto-industrialisation. Recherches récentes et nouvelles perspectives*, Genève, Droz, 1996, ainsi que le numéro spécial de la revue *Continuity and Change*, vol. 8, part 2, august 1993.

⁽⁹⁴⁾ AN F/12/560: arrêt du Conseil « qui permet à tous les habitants de la campagne et à ceux des lieux où il n'y a point de communautés de fabriquer les étoffes suivant les dispositions des règlements (...) », 7 septembre 1762; réitéré par un second arrêt le 13 février 1765. Emile Levasseur a montré, dès 1900, que le sens véritable de ces arrêts était moins d'autoriser le travail rural que d'essayer, en en reconnaissant officiellement l'existence, de le soumettre à un minimum de contrôle (*Histoire des classes ouvrières en France avant 1789*, Paris, Rousseau, 1901, tome 2, p. 770).

l'exurbanisation de la production, son essaimage et sa dispersion croissante en rendent le contrôle de plus en plus difficile. Les campagnes sont remplies de paysans fabricants à temps partiel, il faut bien s'y résoudre: « La dispersion des métiers s'oppose à leur dénombrement exact » (95).

A l'obstacle de la dispersion s'ajoute celui de la défiance, voire de la dissimulation, bien plus difficile encore à surmonter. C'est que le mode de paiement des inspecteurs n'a pas peu contribué à alimenter l'hostilité des fabricants et des marchands: pendant longtemps en effet, les tournées des inspecteurs ont paru des opérations fiscales intéressées, puisque leurs appointements faisaient l'objet d'une répartition entre les différents bureaux de marque, voire entre les jurandes elles-mêmes. L'inspecteur présentait alors le visage répulsif du décimateur ou du gabelou. Conscients de la difficulté, Trudaine et ses successeurs ont fait en sorte, à partir des années 1750, de transférer progressivement la charge des appointements à la Caisse du commerce (96), mais certains inspecteurs doivent encore, vers 1775, aller « mendier » leur traitement auprès de fabricants réticents, et l'habit de maltôtier leur sied mal: Aubry, à Tours, exprime toute « la peine qu'il ressentait d'être obligé d'aller ainsi demander ce qui lui était dû à de pauvres ouvriers qui avaient à peine de quoi le payer », et Watier de la Conté rapporte qu'à Beauvais, « il n'a pu jusqu'ici être payé que par des significations et des poursuites qu'il a été obligé de faire. Ces sortes de contraintes au nom de l'inspecteur ne conviennent point, elles ne lui attirent que des ennemis » (97).

Mais c'est surtout la peur de l'impôt nouveau qui alimente cet « esprit de défiance et de crainte qui règne parmi les fabricants » (98). L'attitude des acteurs vis-à-vis de l'inspecteur est parfaitement analysée par Latapie: « Ils le redoutent comme le scruta-

(95) AN F/12/1351: Louis Vilard, Amiens, mémoire de 1788.

(96) Institution encore mal connue, que je me propose d'étudier. Voir également Joël Félix, *Une enquête préalable à la création de la caisse générale du commerce*, in *Etudes et documents*, VIII, 1996, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, p.643-657.

(97) AN F/12/676/A: Aubry, Tours, 10 novembre 1777; AN F/12/737: Watier de la Conté, Châlons, mai 1775.

(98) AN F/12/654: Cornuau, Limoges, 26 mars 1780. Il est vrai qu'en Limousin,

teur de leur commerce, l'indicateur de leur mauvaise foi, et ce qu'il y a de pis, comme un agent fiscal qui ne les observe et ne les questionne que pour leur occasionner des surcharges »⁽⁹⁹⁾. La crainte d'un alourdissement de la pression fiscale hypothèque durablement tous les efforts de l'enquêteur, quelques bienfaites que puissent être ses intentions. Ainsi, en Normandie, « il n'est pas possible de savoir ce que chaque fabricant a de métiers battants (...). Ils cachent le plus qu'ils peuvent l'état de leur commerce, dans la crainte qu'on ne les augmente à la capitation »⁽¹⁰⁰⁾. Les inspecteurs se voient donc refuser tous les renseignements qu'ils sollicitent: « Il n'y a point de loi qui les oblige de répondre », constate encore Latapie⁽¹⁰¹⁾. Bruyard, en 1778, renonce à essayer de dénombrer les fabricants du ressort d'Aumale, car « cette démarche pourrait faire sensation parmi les fabricants, toujours jaloux de laisser ignorer ce qu'ils font »⁽¹⁰²⁾. Personne n'apprécie que l'Etat fiscal vienne mettre le nez dans ses affaires, et à Montauban comme ailleurs, « les négociants craignent que le commerce de chaque particulier ne soit connu de l'administration ». Mais leur méfiance va plus loin: ils refusent également de laisser les gardes-jurés visiter leurs magasins, « nul négociant ne voulant pas permettre à un autre de connaître la nature et l'étendue de son commerce ». Le secret des affaires s'oppose à toute forme d'enquête ou d'inspection⁽¹⁰³⁾.

Dans ces conditions, l'enquêteur ne peut guère espérer rassem-

à cette époque, les bureaux de marque ne fonctionnaient plus depuis vingt ans: l'inspecteur qui annonce son intention de les remettre en service est donc mal reçu.

⁽⁹⁹⁾ AN F/12/654: Latapie, Bordeaux, 3 décembre 1779.

⁽¹⁰⁰⁾ AN F/12/650/XIV: Goy, Rouen, 12 novembre 1782 (à propos des fabricants de toiles de Rouen, qui font travailler des métiers 8 lieues à la ronde).

⁽¹⁰¹⁾ AN F/12/654: Latapie, Bordeaux, 3 décembre 1779.

⁽¹⁰²⁾ AN F/12/560: Bruyard, Aumale, 11 décembre 1778.

⁽¹⁰³⁾ AN F/12/655/B: Bruté à Montaran, Montauban, 23 et 26 septembre 1781.

Les enquêtes sur les forges, étudiées par Bertrand Gille, rencontrent les mêmes difficultés (Bertrand GILLE, *Les origines de la grande industrie métallurgique en France*, Paris, Domat/Montchrestien, 1947, p. XVI-XVII). On comprend que dans ces conditions, les questionnaires envoyés par les inspecteurs aux entrepreneurs aient peu de chances de succès: essayant de recenser les moulinsages de soie de son ressort, à l'extrême fin de l'Ancien Régime, et ne pouvant « se rendre dans tous les lieux en une seule tournée », Goy a envoyé une lettre circulaire « à tous les entrepreneurs ». Déception: « Beaucoup n'ont pas répondu » (AD Drôme C 8, Goy, Valence, mémoire de 1790).

bler de données chiffrées fiables. Que faire alors? Retrouver les réflexes du réglementarisme le plus intransigeant, en concevant la tournée d'inspection comme une descente de police? C'est ainsi qu'agissait Darinel, à Dijon, dans la première moitié du siècle: « Je fais des visites à l'improviste, je me dérouté dans mes voyages à dessein de dérober ma marche en quelque manufacture dont les ouvriers m'attendaient à leur ordinaire, leurs métiers toutdémontés, pour ôter toute connaissance de leurs contraventions »⁽¹⁰⁴⁾. Cornuau, en 1779, ne songe nullement à recourir à de tels procédés: « Il faut user de beaucoup de précautions dans les recherches, et ce n'est quelquefois que par adresse et avec le temps qu'on peut parvenir à se procurer des résultats sur lesquels on puisse compter »⁽¹⁰⁵⁾. L'inspecteur de Bordeaux, pour sa part, compte plus sur la remise en ordre des bureaux, à laquelle s'est attelée l'administration du Commerce sous Necker: « Si le Conseil veut connaître l'état de l'industrie année par année, il faut absolument que ces notions lui viennent du fond de la police qu'il établira, puisqu'il est impossible qu'il les espère de l'aveu des fabricants et des marchands »⁽¹⁰⁶⁾. Notre homme précise qu'il n'est pourtant « pas un ami de la rigueur », mais pour établir la statistique industrielle exhaustive dont il rêve, il a besoin d'une base solide qui ne peut être que la marque obligatoire des étoffes, ne fût-ce qu'à des fins d'enregistrement, sans contrôle des qualités.

De fait, en l'absence de points de passage obligé, permettant un tel enregistrement, le dénombrement industriel paraît impossible. Lepage, à Rouen, se demande comment donner un aperçu de l'activité de la bonneterie, qui ne passe par aucun bureau de marque⁽¹⁰⁷⁾. Rechignant à une tournée sans doute longue et coû-

⁽¹⁰⁴⁾ AN F/12/673: Darinel, Dijon, 22 août 1724.

⁽¹⁰⁵⁾ AN F/12/676/B: Cornuau, Limoges, 28 juin 1779.

⁽¹⁰⁶⁾ AN F/12/654: Latapie, Bordeaux, 3 décembre 1779.

⁽¹⁰⁷⁾ « Pour savoir leur nombre, pour connaître les endroits où il y en a le plus, ceux où il y en a le moins, il faudrait aller jusque dans le plus petit hameau de la généralité et prendre une liste exacte des fabricants et de leurs métiers. Cette tournée ne peut être que très longue et conséquemment très coûteuse » (AN F/12/676/B: « Observations sur les bureaux d'inspection de la généralité de Rouen », Lepage, élève-inspecteur à Elbeuf, 4 février 1780).

teuse, il ne voit pas d'autre solution que de solliciter les subdélégués de l'intendant, comme cela se pratique si souvent pour les enquêtes agricoles, notamment.

Latapie procède de la même façon en 1777, en arrivant à Bordeaux et n'ayant pas le temps d'entreprendre une tournée complète pour répondre aux questions pressantes de la Direction du Commerce. Mais l'initiative n'est pas du goût de l'intendant Dupré de Saint-Maur: «J'ai été surpris qu'il soit question d'exiger des fabricants des détails qui peuvent leur paraître onéreux, ils ont assez de difficultés à vaincre pour soutenir leurs fabriques sans leur imposer l'obligation de rendre compte à un officier public (en l'occurrence, le subdélégué) de tous les détails de l'exercice de leur profession et encore moins du produit de leur travail». Pas question, donc, d'envoyer les subdélégués tous les trois mois chez les fabricants! Necker, du reste, désavoue l'initiative intempestive de l'inspecteur: l'enquête industrielle n'a pas d'intention fiscale et ne vise pas à connaître le chiffre d'affaires individuel de chaque entrepreneur, elle consiste simplement à recenser la quantité et la qualité de la production enregistrée au bureau de marque, de façon totalement anonyme. Les subdélégués n'y ont par conséquent aucune part, et l'on doit mettre cette erreur sur le compte de l'inexpérience d'un inspecteur tout récemment nommé ⁽¹⁰⁸⁾.

La formule du questionnaire a toutefois paru à certains inspecteurs un moyen commode de se renseigner. Ne pouvant aller partout, ils ont tenté de s'appuyer sur le dernier relais possible de l'administration dans les villages: le curé. Après tout, c'est bien ainsi que l'on procède pour les enquêtes sur le mouvement de la population. En 1779, l'inspecteur du Mans a donc communiqué au Contrôle général une copie du questionnaire qu'il a fait imprimer: «Sur 1000 ou 1100 paroisses qui composent mon département, il y en a plus de 120 dans lesquelles il y a des fabriques, et je ne puis me transporter dans toutes», explique-t-il. D'où cette circulaire d'enquête envoyée non seulement à tous les gardes-jurés des bure-

(108) AN F/12/676/A: Dupré de Saint-Maur à Necker, Bordeaux, 27 décembre 1777; réponse de Necker, brouillon s. d.

aux, mais aussi à tous les curés, qui sont fermement invités à prêter leur concours à l'opération ⁽¹⁰⁹⁾.

De leur côté, les dirigeants du Bureau du Commerce des années 1780 ne désespèrent pas d'établir enfin une véritable relation de confiance entre leurs représentants et les acteurs économiques. Une circulaire d'enquête de 1778 invite les inspecteurs à « éviter avec soin toute démarche qui prendrait le caractère de l'inquisition ou qui pourrait en faire naître l'idée. Agissez avec zèle mais avec prudence » ⁽¹¹⁰⁾. Même invite, dans un contexte politique plus tendu, il est vrai, en mai 1789: « Demander le nom d'un fabricant, c'est quelquefois l'inquiéter, surtout dans les campagnes. Il est très bon qu'un inspecteur les connaisse, mais il faut avoir l'air d'éviter de faire un dénombrement; on prend plus difficilement confiance dans l'inspecteur » ⁽¹¹¹⁾.

La confiance est cependant plus facile à proclamer qu'à obtenir: elle ne se décrète pas unilatéralement.

Au total, l'institution n'échappe pas à la contradiction constitutive du personnage-même de l'inspecteur, qui réunit les figures du contrôleur et de l'enquêteur: on pourrait peut-être finir par prendre confiance dans le second, si l'on ne craignait le premier, ce gardien sourcilieux des normes officielles de fabrication. Et la contradiction apparaît plus forte encore si l'on considère la troisième mission dont sont investis les inspecteurs: encourager l'essor et le perfectionnement de la production. Ils en ont pourtant relevé le défi dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle.

⁽¹⁰⁹⁾ AN F/12/676/B: de Tournai, Le Mans, 20 mars 1779; circulaire et questionnaire imprimés sont datés de février. L'opération a été renouvelée en 1784.

⁽¹¹⁰⁾ AN F/12/676/A: circulaire de la grande enquête préalable à la révision des règlements et à la mise en place du système intermédiaire, 15 décembre 1778. Ce paragraphe a été rajouté par l'un des intendants du Commerce sur le brouillon conservé dans les archives. Le message est bien reçu par la base: « S'il n'est pas nécessaire pour le bien du service que l'inspecteur soit d'une liaison intime avec les fabricants, nous dit Cazaban, il n'est pas non plus utile qu'il soit considéré de leur part comme leur plus cruel ennemi » (AD Hérault C 2582, Carcassonne, 1780).

⁽¹¹¹⁾ AN F/12/551-552: circulaire des inspecteurs ambulants aux inspecteurs, 14 mai 1789.

LA PROMOTION DES MANUFACTURES ET DE L'INNOVATION.

Règlements, contrôles, saisies, amendes: l'historiographie n'a souvent retenu, de l'action des inspecteurs, que l'aspect coercitif d'une sévère police de la production, négligeant totalement le fait que leur activité ne s'est pas limitée au contrôle réglementaire et à l'enregistrement de la production. Elle comporte au contraire une large part d'action plus incitative que répressive, d'encouragement et de soutien: ils doivent contribuer au « progrès des manufactures », rechercher sans relâche « les moyens de les perfectionner », d'accroître leurs débouchés. Autrement dit, les inspecteurs ne se contentent pas de « parler commerce », comme l'écrit un secrétaire de l'intendance du Languedoc, qui pour sa part ne conçoit pas qu'ils se mêlent de la fabrication et des procédés techniques: « On n'apprendra pas aux fabricants à bien fabriquer, ils le savent », assure-t-il ⁽¹¹²⁾. Or, le Bureau du Commerce pense exactement le contraire, et les inspecteurs du XVIII^e siècle sont expressément invités, justement, à s'occuper de « la mécanique de la fabrique ». Dès lors, leur fonction prend une tout autre dimension: au-delà du contrôle réglementaire et de la statistique industrielle, les agents de l'administration sont appelés à jouer le rôle de techniciens-conseils et de propagateurs des nouveaux procédés.

Le Bureau du Commerce mène en effet à partir des années 1740-50 une véritable politique de l'invention impliquant non seulement les savants des académies, mais aussi les inspecteurs des manufactures, qui sont ses principaux agents et relais dans le pays. De fait, ceux-ci se trouvent en première ligne, dans la politique de diffusion des procédés, et l'on aperçoit à travers leur action, mais aussi leurs lectures et leurs écrits, une pleine adhésion au « parti des Lumières ». Leur engagement au service du « progrès des manufactures » et de « l'industrie nationale » ne s'inscrit pas seulement dans un « industrialisme » préfigurant Saint-Simon, il participe bien plutôt de ce que l'on pourrait désigner, par le même type de néologisme, comme un « développementisme »: la conviction que la

(112) AD Hérault C 2527: mémoire, s.n., s.d., de l'écriture de Leblanc, secrétaire de l'intendance du Languedoc (et futur inspecteur). Il s'agit vraisemblablement d'une note préparatoire à la lettre de l'intendant à Trudaine en date du 17 décembre 1761.

technique rend possible, dans l'industrie mais plus largement dans tous les secteurs, l'amélioration générale de la société, le progrès synonyme d'emploi et de bien-être pour tous.

La mobilisation industrielle.

C'est la prise de conscience de la concurrence croissante de l'Angleterre, à la fois rivale et modèle, qui conduit les responsables du Bureau du Commerce à décréter en France une véritable mobilisation industrielle - à la mesure toutefois de leurs faibles moyens-. En matière industrielle et technique, l'avance anglaise apparaît comme un défi et devient une véritable obsession. De Trudaine à Tolozan, toute la correspondance administrative résonne de cette angoisse croissante. Tout est alors mis en oeuvre pour combler le retard, notamment en acclimatant en France les techniques anglaises. Pour cela, des savants, des ingénieurs, des inspecteurs sont envoyés outre-Manche, pour des missions d'étude, ou d'espionnage, qui se multiplient à partir des années 1750-1760 ⁽¹¹³⁾. On fait venir, plus ou moins clandestinement des plans et des machines, et pour les faire marcher, on tente de recruter des ouvriers anglais, des techniciens susceptibles d'apporter aux Français le savoir-faire qui leur manque pour faire fonctionner, et ensuite reproduire, les appareils secrètement rapportés d'outre-Manche. On connaît le cas célèbre de John Holker, installé près de Rouen, à qui on a offert la place d'inspecteur général des manufactures, précisément ⁽¹¹⁴⁾.

Cette politique de transfert technologique s'inscrit ici dans une action plus large de promotion de l'innovation technique, développée par les Trudaine père et fils, qui se succèdent à la tête du Bureau du Commerce après 1750. L'invention devient alors comme une cause nationale. Les sciences et les arts sont mis à l'honneur, les figures du savant et du mécanicien démiurges sont exaltées. L'horlogerie fascine et les automates de Vaucanson font fureur dans

⁽¹¹³⁾ John HARRIS, *Essays in Industry and Technology in the Eighteenth-Century: England and France*, Aldershot, Variorum, 1992.

⁽¹¹⁴⁾ Le livre d'André RÉMOND, *John Holker. Manufacturier et grand fonctionnaire en France au XVIII^e siècle, 1719-1786*, Paris, Marcel Rivière, 1946, reste la meilleure somme disponible, en attendant la publication de l'ouvrage que prépare John Harris.

les salons parisiens. On loue la gloire de l'ingénieur, le technicien est proposé en modèle aux artisans inventifs. Surtout, à travers la politique d'encouragement et de promotion du machinisme menée par le gouvernement, l'invention se trouve comme institutionnalisée. Le mécanicien devient un héros, enrôlé au service de la cause nationale du progrès des arts et de l'industrie. Politique et technique sont ainsi durablement liées en France ⁽¹¹⁵⁾.

L'inspection des manufactures occupe une place centrale dans le dispositif mis en place par Daniel Trudaine. De fait, le corps a endossé avec enthousiasme la politique volontariste du gouvernement, se rangeant parmi les « améliorateurs » éclairés, soucieux de croissance économique et de progrès technique, convaincu que l'industrie nationale devait relever le défi britannique.

Les inspecteurs en première ligne sur le front de l'invention.

De ses inspecteurs, le gouvernement attend qu'ils dressent un état des lieux des techniques manufacturières, sans cesse remis à jour, et le plus précis possible: « L'inspecteur ne saurait entrer dans un trop grand détail toutes les fois qu'il aura à décrire un fait ou procédé de fabrique. Outils, instruments, machines, et la manière de s'en servir, tout lui doit prêter des images. Il en doit faire connaître la figure, les dimensions, les utilités, les défauts » ⁽¹¹⁶⁾. De la même façon, il doit décrire les matières premières et les ingrédients utilisés: origine, qualités, coûts, substituts possibles etc. On accorde donc une grande importance à l'information proprement technique que peuvent fournir les inspecteurs: hormis les praticiens eux-mêmes, ne sont-ils pas les seuls à fréquenter les ateliers et les fabriques? Leurs mémoires sur la filature, le tissage, les procédés de blanchissage et d'apprêt en vigueur dans leur région, composent ainsi une manière d'encyclopédie permanente des techniques du XVIII^e siècle.

⁽¹¹⁵⁾ Liliane HILAIRE-PÉREZ, *Inventions et inventeurs en France et en Angleterre au XVIII^e siècle*, thèse de l'Université Paris-I sous la direction de Daniel Roche, janvier 1994, dactylogr.

⁽¹¹⁶⁾ AN F/12/733: projet d'une « instruction générale et préliminaire pour expliquer l'esprit dans lequel il convient d'exécuter l'instruction particulière en forme de modèle donnée ci-après », 1741.

Ces descriptions ont en fait une triple fonction. Il s'agit tout d'abord d'informer en permanence le pouvoir central et l'administration. Mais il est aussi nécessaire que l'information technique circule, et traverse les frontières linguistiques et culturelles qui séparent les différentes provinces du royaume. Désenclavement est ici le maître-mot. Par-delà les spécialisations régionales, l'objectif est de rassembler, pour les faire connaître, tous les procédés, les découvertes, les tours de main qu'une communication réciproque permettra d'enrichir et de perfectionner. La circulation des inspecteurs d'un poste à l'autre, d'une région à l'autre, au cours de leur carrière, répond au même impératif: décloisonner les connaissances, articuler les compétences. De même, certains inspecteurs sont envoyés en mission d'information hors de leur département de rattachement. Il faut ensuite que le savoir accumulé soit largement répercuté auprès des fabricants: la vocation pédagogique de l'inspection des manufactures est clairement affirmée. Le corps devient l'instrument privilégié d'une politique fondée sur la conviction des bienfaits de la divulgation, de la vulgarisation des procédés. Le progrès repose sur la circulation, la complémentarité et l'enrichissement mutuel des savoir-faire locaux, de ces multiples bricolages d'atelier dont le cumul peut engendrer l'avancée créatrice. On comparera donc les manières de faire en usage à Sedan aux façons de la draperie elbeuvienne⁽¹¹⁷⁾. Mais l'interpolation des connaissances peut s'accompagner de brouillages, d'hésitations: il convient d'éviter les fausses pistes, et c'est le rôle d'une administration éclairée que de démêler le vrai du faux, le bon du mauvais. L'inspection a donc cette troisième fonction, qui consiste à opérer le tri des connaissances utiles, des procédés prometteurs et perfectibles. La dimension comparative est toujours présente: les mémoires des inspecteurs doivent permettre de «démêler le vrai des procédés»⁽¹¹⁸⁾. C'est ce qui explique le ton tout autant prescriptif que descriptif de leurs rapports. Ils recommandent telle méthode ou telle machine dont ils ont

(117) AN F/12/1357: Delo DESAUNOIS, «Mémoire d'observations sur la fabrication des draps», 20 septembre 1756. Voir Gérard GAYOT, *Les draps de Sedan*, Paris, Editions de l'EHESS, 1998, à paraître.

(118) AN F/12/733: projet d'une «instruction générale et préliminaire pour expliquer l'esprit dans lequel il convient d'exécuter l'instruction particulière en forme de modèle donnée ci-après», 1741.

pu observer les effets heureux, et comparent les résultats de différents procédés concurrents.

Les inspecteurs apparaissent ainsi comme de véritables experts, capables de conseiller à la fois leurs supérieurs, dans l'orientation de la politique industrielle et technique, et les fabricants locaux, en leur faisant connaître des procédés éprouvés ailleurs.

C'est bien sûr vers de tels spécialistes que se tourne le Bureau du Commerce lorsque lui sont soumises des demandes de subventions ou de privilège pour une invention ou une manufacture. Il s'agit alors d'évaluer le bien-fondé de la requête, le caractère d'utilité, la nouveauté et la supériorité réelle de la prétendue innovation. L'inspecteur est dépêché sur les lieux, en visite solennelle, pour assister à une démonstration qui est une véritable mise à l'épreuve ⁽¹¹⁹⁾. S'agit-il d'un appareil ou d'un procédé? Il veut pouvoir le tester. S'agit-il d'une nouvelle manufacture? Il examine l'emplacement et la disposition des lieux, il jauge la capacité des hommes, l'efficacité des méthodes, la qualité de la fabrication. Il ne suffit pas en effet pour le requérant de promettre, il faut prouver. Toutes les affirmations contenues dans sa demande, les résultats auxquels il prétend parvenir, doivent être vérifiées *de visu*. La visite de l'inspecteur, et l'impression qu'il en retire, sont déterminantes: son approbation est nécessaire pour que la requête suive son cours et aie une chance d'aboutir.

Les démonstrations se déroulent de façon très solennelle, comme sous l'oeil d'un commissaire ou d'un huissier venu constater les faits, et consigner scrupuleusement ce qu'il aura vu. L'expérience est une mise en scène où chacun joue un rôle: dans l'atelier, tout a été minutieusement préparé; l'entrepreneur, l'artisan, ou le mécanicien, a mobilisé ses aides ou ses ouvriers. Chaque étape du processus est clairement désignée, montrée, expliquée, afin que le résultat ne puisse être mis en cause. Les opérations s'enchaînent, selon un ordonnancement réglé, jusqu'au verdict final de l'expérience. Pour être probante, cette « cérémonie de la preuve » ⁽¹²⁰⁾ est parfois répétée plusieurs fois: il s'agit de montrer que

⁽¹¹⁹⁾ On s'appuie ici sur les dossiers d'inventions et de demandes de privilèges consultées dans le fonds AN F/12, et sur les nombreux exemples fournis par Liliane Pérez dans sa thèse.

⁽¹²⁰⁾ Liliane HILAIRE-PÉREZ, thèse, *op. cit.*, vol. 1, p. 99.

l'on a dépassé le stade expérimental, que la production en série est possible. A Limoges, certaines épreuves de fabrication du papier ont ainsi mobilisé l'inspecteur Desmarest vingt jours durant, sans qu'il ait pu beaucoup dormir ⁽¹²¹⁾.

La solennité des opérations est en fait à la hauteur des enjeux, de part et d'autre: l'inventeur joue sa consécration officielle, et l'inspecteur entend faire reconnaître son statut d'expert autorisé. Chacun met en balance ses capacités techniques, et fait assaut de science. L'examen est réussi quand l'examiné et l'examineur se sont reconnus l'un l'autre comme des spécialistes patentés. On voit bien l'intérêt des inventeurs: il y a des subsides, voire un privilège à la clef. Pour les inspecteurs, l'enjeu symbolique est très fort, puisque ces mises à l'épreuve leur permettent d'affirmer leur propre expertise non seulement aux yeux des fabricants, mais aussi à ceux de leurs supérieurs ⁽¹²²⁾.

La longue patience des améliorateurs.

Les inspecteurs ne sont pas seulement chargés d'apprécier l'utilité et l'efficacité des nouveaux procédés: une fois celles-ci reconnues, ils doivent en assurer la reconnaissance et la diffusion. L'inspection est « un centre de communication toujours agissant, un point d'incidence toujours réfléchissant », selon l'expression flatteuse de Roland de la Platière ⁽¹²³⁾. Son activité de promotion des nouveaux procédés revêt des formes multiples, en fonction des secteurs concernés. Nous pouvons en repérer les diverses modalités.

⁽¹²¹⁾ AN F/12/2259. L'épisode est rapporté par Liliane HILAIRE-PÉREZ, thèse, *op. cit.*, vol. 1, p. 80 et 99. La date n'est pas claire, mais sans doute proche de l'arrivée de Desmarest à Limoges, en 1762.

⁽¹²²⁾ L'inspecteur Brisson se croit ainsi autorisé à stigmatiser en termes très vifs l'ignorance et la fausse science d'un inventeur: « il n'avait aucun principe de physique et de mécanique, il n'avait rien lu ni étudié en ce genre » explique-t-il, manière de souligner que ce n'est évidemment pas son cas (AN F/12/1446: dossier Noroy de Riverye, inventeur d'un curieux « mouvement à eau », 1767).

⁽¹²³⁾ Jean-Marie ROLAND DE LA PLATIÈRE, extrait des *Lettres écrites de Suisse, d'Italie, de Sicile et de Malte*, lettre du 20 janvier 1777, tome 4, 1780, repris dans l'*Encyclopédie Méthodique, Manufactures*, tome 1, 1785, article « inspecteur », p. 67*.

Elle passe tout d'abord par l'organisation d'une intense circulation d'échantillons et de modèles: il s'agit de prouver la validité d'une méthode, ou l'efficacité d'un appareil, pour convaincre les fabricants de les adopter, et par-là même orienter leur activité vers de nouvelles fabrications appelées à se substituer aux importations anglaises, voire à les concurrencer sur les marchés extérieurs. Le Bureau du Commerce expédie des modèles dans les provinces, demande qu'on lui renvoie les premiers résultats des essais locaux. Depuis Rouen, Holker distribue les échantillons d'étoffes anglaises que ses correspondants de Londres ou Manchester lui fournissent. Les inspecteurs entretiennent également des correspondances avec les négociants français de Marseille, Cadix ou Smyrne auxquels ils envoient à leur tour des échantillons: le produit conviendrait-il au marché levantin, espagnol ou américain? Au début des années 1760 notamment, une intense campagne est menée pour développer la fabrication des bayettes, ces draperies que l'Angleterre écoule massivement en Espagne. Holker, inlassablement, envoie conseils, sollicitations et recommandations aux inspecteurs et aux intendants des deux grandes régions lainières concernées, le Languedoc et la Picardie: à charge pour eux de solliciter les fabricants capables de produire les mêmes étoffes. Holker rédige également une brochure de 56 pages, avec deux planches à l'appui, pour exposer les meilleures méthodes anglaises en la matière ⁽¹²⁴⁾. Ce *Mémoire instructif* largement diffusé doit devenir le *vade-mecum* du fabricant et de l'inspecteur qui suit ses efforts. Toute l'administration, jusqu'aux subdélégués, est mobilisée pour informer les entrepreneurs du soutien que le gouvernement offre de leur accorder pour leurs premiers essais.

Un effort tout particulier est mené dans le domaine de la filature, qui doit occuper les temps morts du travail agricole et procurer à la population rurale un revenu complémentaire. Dans les régions lainières, il s'agit de substituer à la quenouille et au petit

⁽¹²⁴⁾ AD Bouches-du-Rhône C 1793: *Mémoire instructif sur la fabrique, les apprêts, dégraissage et blanchissage des bayettes et autres lainages anglais, par le Sieur Holker, inspecteur général des manufactures étrangères*, Paris, Imprimerie Royale, 1764, in-4°, 56 pages et deux planches. On en rencontre des exemplaires dans bien d'autres dépôts départementaux, ayant été largement diffusé auprès des intendants.

rouet à main, le grand rouet à pied, beaucoup plus performant: « Le grand rouet anglais est monté sur un seul point d'appui bien fixe, traversé par un axe horizontal sur laquelle la roue tourne aisément (...). La filature faite avec ces rouets en est plus soyeuse et plus forte et la fileuse fait plus d'ouvrage dans le même espace de temps »⁽¹²⁵⁾. L'attention portée au développement de la filature du coton dans les campagnes françaises s'inscrit à la fois dans l'objectif de la substitution d'importations et dans une politique générale d'amélioration de la qualité⁽¹²⁶⁾. De passage à Villefranche en 1755 lors d'une de ses grandes tournées à travers le pays, Holker note que « la fabrique consiste en velours de gueux, fort en diable », et diverses autres toileries fil et coton d'aussi médiocre qualité: « Toutes ces marchandises sont extrêmement grossières, et le coton qu'on y emploie vient tout filé du Levant, ce qui rend cette fabrique peu profitable à l'Etat par le peu de main-d'oeuvre qu'elle y emploie ». D'où la nécessité de « faire lever des filatures dans ce canton »⁽¹²⁷⁾. En Beaujolais, la médiocrité des fils provient d'un matériel inadapté: « Je trouve qu'il est impossible de faire de bonne filature ni même en grande quantité avec de pareils ustenciles », et les métiers à tisser « très incommodes » ne valent guère mieux. Conclusion: « J'appréhende que par les mauvaises habitudes que ces ouvriers ont pris ils soient très difficiles à corriger ». Holker engage donc l'inspecteur Brisson à distribuer les « ustenciles propres à faire lever une bonne filature »: des cardes d'un nouveau modèle, des rouets et des dévidoirs à l'anglaise. A son instigation, l'intendance de Lyon finance en 1756 la distribution de 1217 rouets dans les villages du Beaujolais, Forez et Mâconnais⁽¹²⁸⁾. Brisson consacre ensuite chaque année un budget de 300 livres à la fourniture gratuite de rouets et de cardes⁽¹²⁹⁾. Depuis Rouen,

⁽¹²⁵⁾ John HOLKER, *Mémoire instructif ...*, cité note précédente, p. 14-16.

⁽¹²⁶⁾ Serge CHASSAGNE, *La diffusion rurale de l'industrie cotonnière en France (1750-1850)*, in *Revue du Nord*, LXI, n. 240, p. 97-114, spécialement p. 101-4.

⁽¹²⁷⁾ AN F/12/674: « Observations sur la fabrique de Beaujolais », Holker à Trudaine, et « Observations sur les fabriques de Troyes, Reims, Villefranche, Pont-de-Veyle, Lyon et Beaujolais... ». Les rapports ne sont pas datés, mais la lettre-circulaire adressée aux inspecteurs des régions concernée est du 16 mai 1755 (AN F/12/740).

⁽¹²⁸⁾ AN F/12/674: Holker, « Observations... » citées plus haut; AN F/12/1341: correspondance du Bureau du Commerce avec l'intendant de Lyon.

⁽¹²⁹⁾ AN F/12/740, 741 et 676/B: encouragements distribués par Brisson. Un

l'inspecteur Godinot entreprend en 1760 une campagne pour faire connaître les cartes construites en série par les frères Lemarchand, qui ont récupéré les machines conçues par John Kay; il envoie des prospectus et reçoit les commandes des fabricants par le canal des intendants et des inspecteurs des manufactures ⁽¹³⁰⁾.

Mais ce n'est pas tout de distribuer du matériel; encore faut-il enseigner aux ouvriers et aux fileuses à s'en servir. Dans son ambition industrielle, Holker ne perd jamais de vue la dimension pédagogique. Les brochures distribuées par l'administration ont cette fonction. Ainsi le *Mémoire sur la filature* diffusé en 1759 tente-t-il, en huit pages, d'expliquer l'intérêt du nouveau dévidoir proposé aux fabricants et du « tarif anglais » qu'il permet d'appliquer pour rémunérer les fileuses ⁽¹³¹⁾. Mais rien ne saurait remplacer la formation pratique: « Il faudra que dans chaque endroit où le Conseil jugera à propos d'établir des filatures, y envoyer un commis avec deux fileuses et les ustenciles nécessaires »; les deux maîtresses-fileuses feront des élèves, par groupe de vingt, qui une fois formées, iront à leur tour instruire leurs parents, amies, et voisines ⁽¹³²⁾. Dans ce but, Holker fait venir en France deux fileuses du Lancashire, et leurs élèves vont bientôt répandre les méthodes anglaises en Bourgogne, à Lyon, dans le Dauphiné, le Berry, le Languedoc ⁽¹³³⁾. Les inspecteurs s'emploient à favoriser

rouet neuf coûte environ 3 livres (4.10 livres s'il est double); une paire de cartes revient à 1 livre et demi ou 2 livres (AN F/12/740: note de frais présentée par Brisson en mai 1777).

⁽¹³⁰⁾ AN F/12/992 ; AD Seine-Maritime C912, Trudaine à Thiroux de Crosne, 21 août 1771.

⁽¹³¹⁾ BN Fond Joly de Fleury Ms. 362, f°40-43: *Mémoire sur la filature*, Paris, Imprimerie Royale, 1759, 8 pages Le « tarif anglais » consiste à payer les filés très précisément en fonction de la finesse du fil: il permet à la fois de mieux contrôler la qualité des écheveaux et d'éviter les tricheries des fileuses, qui mêlent des fils de grosseurs variées, ou filent irrégulièrement. Imprimé en 1759 et très largement diffusé, ce texte anonyme reprend exactement le système proposé par Holker à Morel et Trudaine en 1752. Voir l'étude de William M. REDDY, *Modes de paiement et contrôle du travail dans les filatures de coton en France, 1750-1848*, in *Revue du Nord*, LXIII, n. 248, janvier-mars 1981, p. 135-46, qui s'ouvre sur une analyse du « tarif anglais ».

⁽¹³²⁾ AN F/12/674: « Observations sur les fabriques de Troyes, Reims, Villefranche, Pont-de-Veyle, Lyon et Beaujolais... », 1755.

⁽¹³³⁾ AN F/12/1340 et 1341; voir A. RÉMOND, *John Holker...*, *op. cit.*, p. 107-8.

leur venue dans leur région, et l'établissement d'« écoles de filature » devient une de leurs préoccupations permanentes.

Quel bilan les protagonistes tirent-ils de leurs efforts? Il est difficile de faire la part de ce qui revient aux encouragements gouvernementaux dans la diffusion du travail du coton. Roland de la Platière tient celle-ci pour négligeable dans le domaine de la filature manuelle, et ironise sur l'agitation dérisoire de John Holker, qu'il n'aime pas⁽¹³⁴⁾. En Beaujolais, Brisson déclare en 1776 avoir distribué pour quelques 15000 livres d'encouragements aux fabricants, en 26 ans d'activité; il aurait également établi 150 écoles de filature « dont l'effet a été une main-d'oeuvre immense, quoique toutes n'aient pas réussi », précise-t-il⁽¹³⁵⁾. Mais que penser de ses proclamations tonitruantes: « La voie de l'instruction et de l'encouragement que j'ai prise a fait accroître de près d'un million la main-d'oeuvre seule dans les provinces de mon département »⁽¹³⁶⁾? Pour Holker, tout dépend en fait des subsides que pourra distribuer l'administration du Commerce: subventions pour les essais de fabrication des entrepreneurs, indemnités versées aux fileuses qui viendront apprendre les nouvelles méthodes⁽¹³⁷⁾. Les premiers résultats, dans les années 1760, paraissent encourageants: « M. de La Genière, inspecteur de Castres, me mande qu'il trouve notre nouvelle façon de filer beaucoup supérieure à celle pratiquée jusqu'à ce jour dans son inspection. Les fileuses après trois jours de travail sur les nouveaux rouets travaillent un cinquième davantage que sur les anciens ». Mais les nouvelles envoyées de Montauban par l'inspecteur Bruté sont moins bonnes: « On ne veut pas démordre de l'ancienne méthode pour filer la laine peignée au rouet et à la quenouille. Cela me fait penser, commente Holker, que nous aurons de la peine à introduire nos rouets à l'anglaise dans les endroits où la filature à la quenouille est déjà établie »⁽¹³⁸⁾. Mais cela ne fait que

⁽¹³⁴⁾ *Encyclopédie Méthodique, Manufactures*, volume 2, article « toiles », p. 300.

⁽¹³⁵⁾ AN F/12/740: Brisson, Lyon, 27 août 1776 et 27 juin 1772.

⁽¹³⁶⁾ AN F/12/740: Brisson, Beauvais, mars 1775 (il parle du Beaujolais et du Lyonnais).

⁽¹³⁷⁾ AN F/12/560/III/6: Holker à Trudaine, Rouen, 16 février 1763.

⁽¹³⁸⁾ AN F/12/560/III/6: Holker à Trudaine, Rouen, 23 juin 1763, et 19 février 1763.

renforcer la détermination de Holker, qui affiche un volontarisme calculé.

Ces exemples montrent la voie suivie avec constance par Trudaine et le Bureau du Commerce: proposer, diffuser à la fois des outils, des méthodes, des savoir-faire nouveaux, inciter par des encouragements pécuniaires et la distribution de matériel. L'administration se fait également pédagogue, en diffusant des brochures et en favorisant la formation de la main-d'oeuvre par des ouvriers (ou ouvrières) qualifiés. Bref, il s'agit de montrer à bien faire ⁽¹³⁹⁾. L'inspecteur, relais essentiel de cette politique, est ici un « guide » pour le fabricant ⁽¹⁴⁰⁾. Il voudrait l'être également pour le cultivateur ou l'éleveur, bien qu'il ait moins de prise sur cet univers. La culture des plantes tinctoriales, la plantation de mûriers, l'amélioration des bêtes à laine sont encouragées. Des efforts semblables sont menés, dans les années 1770, pour acclimater en France l'usage de la jenny, rapportée d'Angleterre en 1771 par Holker junior ⁽¹⁴¹⁾. S'agissant d'équipements mécaniques en effet, la méthode est la même: pour convaincre les fabricants réticents, les entrepreneurs trop prudents, les inspecteurs font procéder à des démonstrations publiques, ou subventionnent des ateliers-pilotes. Le transfert technologique s'opère par l'appel à des techniciens anglais, recrutés par l'intermédiaire de John Holker, auxquels on associe des entrepreneurs prêts à tenter l'aventure moyennant le soutien de l'Etat. On installe les machines, on forme des techniciens français, qui iront ensuite installer ailleurs de nouvelles manufactures.

⁽¹³⁹⁾ En Provence, la diffusion d'une courte *Instruction pour parvenir à la perfection du tirage des soies* (rédigée par l'intendant du dauphiné Fontanieu en 1739), est relayée par la proposition de l'inspecteur des manufactures d'offrir un prix aux meilleures tireuses de soie de la province, à la fin des années 1740 (AD Bouches-du-Rhône C 2300: *Instruction...*, Paris, Imprimerie Royale, 1739, 4 p.; AD Bouches-du-Rhône C 1791: « mémoire sur la nécessité d'encourager les ouvrières à tirer la soie »). En Bas-Languedoc, l'*Instruction* est rééditée à Nîmes en 1741 (AD Gard IVE206).

⁽¹⁴⁰⁾ « On a très bien prévu ici l'utilité de mes avis et le besoin qu'on avait d'un guide dans la soierie », écrit Jean-Baptiste Rodier (AN F/12/736, Castres, 19 février 1755).

⁽¹⁴¹⁾ Harold PARKER, *An Administrative Bureau during the Old Regime. The Bureau of Commerce and its Relations to French Industry, from may 1781 to november 1783*, Cranbury, University of Delaware Press, 1993, p. 79.

Proposer, convaincre, stimuler: manufactures-modèles et démonstrations publiques s'inscrivent dans une politique volontariste d'incitation industrielle, qui est relayée par le corps tout entier, convaincu que l'innovation ne peut se répandre et porter ses fruits que dans un environnement social préparé à la recevoir et à l'adopter.

Mais les inspecteurs sont également conscients des obstacles à surmonter: sous leur plume revient sans cesse la dénonciation de l'esprit de routine, d'une part, et de la pauvreté des ouvriers, d'autre part. Or, pour innover, il faut non seulement la volonté, mais aussi en avoir les moyens. Cette conviction renforce la détermination des inspecteurs en faveur de l'intervention gouvernementale: « Il n'y a que les commencements qui soient difficiles, pénibles et coûteux », explique Imbert⁽¹⁴²⁾. La distribution d'encouragements financiers, sous forme de prêts ou de primes à la production, paraît donc un préalable indispensable. « On ose le dire, assène de La Genière, lorsque le grand Colbert voulut encourager les Arts et établir des manufactures, il n'y parvint qu'à force d'argent »⁽¹⁴³⁾. En même temps qu'il prodigue un soutien matériel décisif, le gouvernement devrait aussi mettre à l'honneur les producteurs: les inspecteurs voudraient combiner aide financière et reconnaissance sociale. Ainsi Latapie, à Bordeaux, propose un prix annuel de 200 livres au fabricant qui dans l'année aura présenté la pièce d'étoffe la plus jolie, et divers avantages fiscaux pour les ouvriers « qui se distingueront le plus ». Autre possibilité: distinguer les fabricants d'élite qui entretiennent au moins quatre métiers battants et n'ont jamais été pris en contravention, en leur permettant d'orner leurs étoffes d'une fleur de lys ou d'une étoile⁽¹⁴⁴⁾. Chacun rivalise ainsi de projets, de propositions en tous genres pour stimuler les activités manufacturières. Imbert voudrait « insinuer au peuple le goût d'industrie » (sic) et « le tirer de l'état de fainéantise où il n'est que trop

⁽¹⁴²⁾ AD Bouches-du-Rhône C 3360: Imbert de Saint-Paul aux Etats de Provence, Aix, 12 novembre 1778.

⁽¹⁴³⁾ AD Bouches-du-Rhône C 3360: *Mémoire*, par Pierre-Marie de la Genière, imprimé à Aix en 1776.

⁽¹⁴⁴⁾ AN F/12/676/B: Latapie à l'intendant du Commerce de Cotte, Bordeaux, 29 décembre 1779. Les avantages fiscaux consisteraient en diminution de taille ou exemption de milice pour le fils aîné du fabricant.

livré »⁽¹⁴⁵⁾. Dupont de Nemours voudrait « inspirer au peuple l'amour du travail » et répandre la filature dans toutes les campagnes⁽¹⁴⁶⁾. Clicquot de Blervache brosse le tableau idyllique de villages rendus prospères par l'établissement de petites écoles professionnelles, dirigées chacune par un couple de maîtres: « La femme donnerait des leçons de filature aux filles (...); le mari donnerait des leçons de lectures et d'écriture (...) sur des livres élémentaires d'agriculture »; on apprendrait à lire dans l'*Instruction sur la manière de soigner les bêtes à laine* de Daubenton⁽¹⁴⁷⁾.

Adhérant à l'élan pédagogue du siècle, les inspecteurs se vantent de prodiguer partout « des conseils, des instructions, des encouragements »⁽¹⁴⁸⁾. Dans leurs états de service, ils ne manquent pas de mettre en valeur leur activité inlassable en faveur de l'industrie, de la mise au travail, et contre le misonéisme d'un peuple décidément rustique, qu'il faut à la fois « animer », rassurer et instruire. Brisson s'honore du titre d'« excitateur » des manufactures et présente avec fierté le bilan de son action en Beaujolais: « Les ouvriers étrangers que j'ai attirés, les écoles de filature que j'ai établies, les genres de fabriques que j'ai introduits, ont donné à l'industrie du Beaujolais un accroissement qui n'a peut-être pas d'exemple dans les pays de montagne »⁽¹⁴⁹⁾. Cazaban s'attribue tout le mérite de l'amélioration des apprêts à Nîmes, des plantations de mûriers et de l'introduction de la culture du sainfoin autour de Saint-Chinian⁽¹⁵⁰⁾. Carget n'a

⁽¹⁴⁵⁾ AD Bouches-du-Rhône C 3360: Imbert de Saint-Paul aux Etats de Provence, Aix, 12 novembre 1778.

⁽¹⁴⁶⁾ Pierre-Samuel DUPONT DE NEMOURS, *Lettre à la Chambre de Commerce de Normandie...*, Rouen/Paris, 1788, p. 19-20.

⁽¹⁴⁷⁾ Simon CLICQUOT DE BLERVACHE, *Essai sur les moyens d'améliorer en France la condition des laboureurs, des journaliers, des hommes de peine vivant dans les campagnes (...) par un savoyard, (ou L'Ami du cultivateur)*, Chambéry, 1789, vol. II, p. 274-7.

⁽¹⁴⁸⁾ AN F/12/736: Brisson, Saint-Symphorien-de-Lay, 26 mars 1757.

⁽¹⁴⁹⁾ AN F/12/740: Brisson, Lyon, 28 avril 1777; AN F/12/741: Brisson, Lyon, 7 avril 1778.

⁽¹⁵⁰⁾ AN F/12/745: Antoine Cazaban, deux lettres datées du 12 juillet 1786, Carcassonne. Le récit de son action prend le ton de la geste épique: « Dès mon arrivée dans cette ville (Nîmes), je m'aperçus que l'on apprêtait mal les étoffes en faisant usage de quantité de gomme arabique et de trop de chaleur aux cartons servant à leurs apprêts. Je représentai aux négociants qui en faisaient le commerce qu'il leur serait très avantageux de changer de méthode, qu'ils y trouveraient l'économie et la célérité »; mais

cessé de courir les généralités d'Auch et Pau: voyant tout, organisant tout, il « est parvenu à répandre la plus grande émulation dans les campagnes »⁽¹⁵¹⁾. Mêmes accents de fierté, mêmes titres d'honneur au tableau de l'industrie, pour Godinot de Ferrières en Normandie, et bien d'autres encore⁽¹⁵²⁾. La représentation de l'inspecteur en démiurge et dispensateur généreux de conseils et d'encouragements est si bien établie qu'on la retrouve sous la plume de candidats à l'inspection, désireux de manifester leur totale adhésion à ce qu'ils croient percevoir, de l'extérieur, de l'idéologie de l'institution: candidat au poste de Beauvais, en 1771, Le Bon décrit l'inspecteur comme celui « qui ranime les fabricants, qui donne aux ressorts engourdis cette action qui perpétue le mouvement et le fait passer dans toutes les parties de cette machine immense (...). Un inspecteur est le flambeau qui éclaire les fabricants et les marchands. Son oeil perce dans tous les détails du commerce en dirigeant les premiers bras à l'avantage de tout le corps. Jaloux de l'avancement des manufactures, il doit faciliter la propagation de l'industrie, encourager les efforts et donner des ailes au génie (...). Il lève avec discrétion le voile qui couvre le sanctuaire du commerce pour donner du ressort aux mouvements les plus cachés »⁽¹⁵³⁾. Voilà un portrait flatteur que nul inspecteur ne renierait.

Le corps tout entier, de fait, se reconnaît dans la philosophie de l'amélioration que professent les élites éclairées. Le « développementisme » est une conviction unanimement partagée, par des inspecteurs qui entendent travailler pour le progrès économique, pour le bien de la société. Lecteurs, diffuseurs, mais aussi parfois

il lui faut des années pour les convaincre. Deux, enfin, finissent par lui commander « des cartons et des platines de fer propres aux apprêts que leur avais indiqué. Ces objets étant arrivés, je fis construire un fourneau pour chauffer les platines et montrai aux ouvriers la manière de s'en servir ». « L'heureux succès » convainquit bientôt les autres. Et voilà comment la fabrique nîmoise put présenter des apprêts irréprochables...

⁽¹⁵¹⁾ AN F/12/744: « Mémoire des services du sieur Carget... », 8 mars 1785.

⁽¹⁵²⁾ AN F/12/742: Jean-Baptiste Godinot de Ferrières, états de service, 4 juin 1792. Sous la plume de Pierre Laboreys de Chateaufavier en 1778, la prospérité des manufactures d'Aubusson devient le titre de gloire de sa famille, titulaire du poste de père en fils depuis 1733 (AN F/12/729, Chateaufavier à Tolozan, Aubusson, 24 janvier 1778).

⁽¹⁵³⁾ AN F/12/738: « Mémoire pour l'inspection des manufactures en la ville de Beauvais », Le Bon, Beauvais, 30 avril 1771.

auteurs de brochures ou de traités techniques, les inspecteurs sont d'infatigables zéloteurs du progrès, des militants des Lumières toujours en quête de prosélytes.

CONCLUSION: LE TROISIÈME ÂGE DE L'INSPECTION DES MANUFACTURES.

La contribution des inspecteurs des manufactures au développement industriel a longtemps été sous-estimée. Sur le front de l'innovation de procédés, le bilan de l'action incitative menée par l'inspection des manufactures n'est certes pas spectaculaire. Mais on se tromperait à tenir pour négligeables cette addition de petites améliorations et les effets cumulés d'une attention constamment portée à encourager, stimuler les initiatives et les inventions, faire connaître les procédés, décloisonner les savoir-faire, faire se rencontrer des cultures techniques régionales et sectorielles variées. L'industrialisme professé par le corps n'est pas un vain mot, et la doctrine s'incarne bien dans une pratique véritable. Les inspecteurs ont joué un rôle essentiel d'animateurs et d'organiseurs de l'amélioration des procédés et de l'introduction du machinisme dans l'industrie textile.

Certes, objectera-t-on, mais l'Angleterre n'a pas été rattrapée, et la France des années 1780 attend toujours sa révolution industrielle⁽¹⁵⁴⁾. En outre, il peut sembler difficile de concilier les images apparemment opposées des inspecteurs qui ont été successivement envisagées. Le réglementarisme, dans la doctrine et l'action des inspecteurs, ne contrecarre-t-il pas l'élan industrialiste? L'Angleterre, les règlements: ce sont là deux problèmes étroitement liés, car l'avance anglaise est toujours mise au crédit du prétendu libéralisme en vigueur outre-Manche. Malgré toute son ardeur incitatrice, l'administration du Commerce, toute animée de bonnes intentions qu'elle fût, n'aurait-elle pas bridé l'essor manufacturier en France?

Nous touchons là à un vaste débat, qui dépasse la seule étude du rôle des inspecteurs. On ne discutera pas ici le problème de « l'avance » anglaise ni des causes supposées ou réelles du fameux

(154) François CROUZET, *De la supériorité de l'Angleterre sur la France*, Paris, Perrin, 1985, p. 22-89; Maurice LEVY-LEBOYER, *Les processus d'industrialisation: le cas de l'Angleterre et de la France*, in *Revue historique*, CCXXXIX/2, 1968, p. 281-298.

« retard » français. On laissera également en suspens la question du rôle des règlements, et plus largement des normes de fabrication, dans la régulation de la production et du commerce sous l'Ancien régime, renvoyant à d'autres contributions (155). Pour l'heure, je voudrais simplement insister sur la manière dont l'administration éclairée de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle a résolu la contradiction soulevée plus haut: le même fonctionnaire peut-il être à la fois le gardien sévère de l'application des règlements, et un conseiller technique écouté?

Il faut en fait distinguer plusieurs moments dans l'évolution du corps et de ses fonctions. Après 1750, l'inspection est entrée dans son troisième âge, après la période fondatrice (le premier âge) sous Colbert puis Pontchartrain, puis la réorganisation des années 1730, quand le corps s'est hiérarchisé et redynamisé (son deuxième âge). Cette troisième phase se caractérise par une nette inflexion des pratiques des inspecteurs. La répression des fraudes, la surveillance réglementaire qui faisaient initialement sa mission principale, tendent à passer à l'arrière-plan. L'accent est mis sur l'impulsion, l'incitation et le soutien. Le centre de gravité de la politique manufacturière de la monarchie s'est en effet déplacé, sous l'influence croissante du courant libéral, notamment autour de Vincent de Gournay et de son groupe (156).

Est-ce à dire pour autant que l'Etat a renoncé à toute politique économique, pour se réfugier dans une doctrine de la pure abstention? On a vu que non. Le libéralisme qui prévaut de plus en plus à l'intérieur du Bureau du Commerce et des sommets de l'administration ne préconise pas l'absence totale d'intervention de l'Etat, mais une réorientation de celle-ci. Il prône non pas un Etat

(155) Philippe MINARD, *Normes et certification des qualités: les règles du jeu manufacturier au XVIII^{ème} siècle*, in *Bretagnes. Art, négoce et société de l'antiquité à nos jours. Mélanges offerts à Jean Tanguy*, Brest, Université de Bretagne occidentale/Association des amis de Jean Tanguy, 1996, p. 173-192.

(156) Simone MEYSSONNIER, *La balance et l'horloge. La genèse de la pensée libérale en France au XVIII^e siècle*, Montreuil, Editions de la Passion, 1989, et *Aux origines de la science économique française: le libéralisme égalitaire*, in Gérard GAYOT, Jean-Pierre HIRSCH (éd.), *La Révolution française et le développement du capitalisme*, Villeneuve d'Ascq, *Revue du Nord*, Hors-Série Histoire n. 5, 1989, p.111-124 .

manchot, mais un Etat horloger, incitateur et régulateur. C'est une redécouverte récente que l'originalité de ce courant libéral français, antérieur à la physiocratie, et qui ne doit rien à celle-ci. Sa relecture indique la nécessité de se dégager du schéma simplificateur qui a longtemps prévalu, opposant terme à terme, bloc contre bloc, deux conceptions radicalement antagoniques appelées « libéralisme » et « dirigisme » : ne réduisons pas les politiques économiques à leurs expressions les plus radicales. Pour les administrateurs en charge de l'industrie après 1750, les formes et les modalités de l'intervention de l'Etat sont moins affaire de principe que de degré et de champ d'application pertinent. Ainsi, on constate que tous les inspecteurs n'ont pas totalement abandonné les principes de l'économie de la qualité qui fondaient leur action. Mais ils conviennent que ces règles ne valent pas forcément pour toutes les productions, et qu'il faut moduler leur application selon les types de produits et de marchés. L'inspection s'est faite pragmatique, et elle est consciente que la diversification de la production textile, la différenciation croissante des circuits et des modes de consommation, exigent de moduler les règles établies un siècle plus tôt.

La contradiction se résout en fait en une inflexion progressive et un décalage dans le temps. On comprend alors que les inspecteurs de la fin du siècle sont devenus tout autre chose que des défenseurs tâpillons et bornés d'un système réglementaire rigide. Adhérent largement au « parti industrialiste » et à la politique d'incitation libérale menée par Trudaine, ils ont su adapter leurs pratiques et ont été partie prenante de cette grande évolution de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle : l'Etat de police assurément s'efface, laissant la place à ce qui apparaît de plus en plus comme un Etat de service, un Etat pédagogue et incitateur, propagateur de la novation et organisateur du progrès.

PHILIPPE PAYEN

PARLEMENT ET ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Le terme d'administration judiciaire est moderne. Sous l'Ancien Régime, on ne parlait que d'administration de la justice. Le sens est-il le même? « Administration judiciaire » semble signifier administration par les organes judiciaires, alors que « administration de la justice » induit la distribution de la justice. La différence est de taille, sauf à prendre en compte le sens très large que l'Ancien Régime donnait à la justice. Que penser, en effet, de la conception de Prost de Royer qui déclare l'administration de celle-ci omniprésente et omnipotente jusqu'à l'assimiler à la législation: « Religion, gouvernement & police, agriculture, commerce & finance, fortune, honneur & vie: *l'administration de la justice* embrasse tout »⁽¹⁾. Pourtant, en dépit de ce vaste programme, l'administration de la justice n'était pas réservée au roi; elle appartenait également aux juridictions de l'ordre judiciaire — du moins certaines — comme l'indique le titre même de l'ouvrage de Prost de Royer. De cette brève confrontation terminologique, il ressort que l'administration judiciaire peut, à bon droit, recouvrir l'administration de la justice confiée aux juridictions. Elle s'enrichit, en outre, du domaine de cette dernière, si bien que les deux sens sont fusionnés: organisation et fonction.

Reste un point à éclaircir, celui du moyen d'action qui permet à l'administration judiciaire de remplir la fonction qui lui est dévolue.

(1) PROST DE ROYER (A. Fr.) et RIOUZ (Fr. A.), *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire de Brillou, connu sous le titre de Dictionnaire des Arrêts & jurisprudence universelle des Parlemens de France et autres Tribunaux; augmentée des matières de Police, d'Agriculture, de Commerce, de Manufactures, de Finance, de Marine & de Guerre, dans le rapport qu'elles ont avec l'administration de la Justice* (Lyon, 1781-1787), t. III, p. 2.

Un pouvoir d'ordonner, de régler étant nécessaire, l'acte réglementaire s'ensuit. Mais tous les tribunaux sont loin de posséder pleinement le droit d'exercer l'administration de la justice; seuls les Parlements peuvent y prétendre en vertu de leurs Édits de création (2). Partant, ils ont l'exclusivité du pouvoir réglementaire dont la manifestation revêt la forme de l'arrêt de règlement.

L'importance de cette catégorie d'arrêts est parfaitement reçue, mais, comme tout ce qui l'est, souvent la notoriété couvre des pans obscurs. En effet, dans l'historiographie parlementaire ou, plus généralement, institutionnelle, la place faite aux arrêts de règlement est des plus pauvres. Nous avons fait cette constatation surprenante en débutant nos recherches; nous la faisons encore maintenant au vu des actes récents d'un colloque, pourtant très riche, sur les Parlements provinciaux (3). Des mentions dispersées et fort rares témoignent de leur existence, mais sans plus s'y attarder, la préoccupation des auteurs s'attachant uniquement à l'objet traité.

Pourtant, une exacte connaissance de l'arrêt de règlement permet de saisir toute la richesse de l'activité réglementaire des Parlements. Certes, il est communément avoué que la fonction contentieuse n'était pas la seule et unique occupation des Cours; mais c'est pour affirmer aussitôt que là cependant résidait leur vocation naturelle et primordiale, celle d'assurer le contrôle et la délivrance de la justice au plus haut niveau. Telle est la définition essentielle des Cours souveraines, définition imprégnée, qu'on le veuille ou non, de l'esprit révolutionnaire, y compris celui des Lumières. Ainsi, Malesherbes, pourtant au fait des arcanes et de l'esprit des institutions de l'Ancien Régime, à la fois par tradition et par état, ne paraît pas un guide très sûr en la matière:

« ... tout magistrat que j'étois, j'ai toujours pensé comme, à ce que je crois, tous les gens raisonnables, qu'on ne doit pas donner une influence principale dans l'administration aux Parlemens. 1° parceque ce corps est composé de gens qui n'y ont jamais été initiés, qui n'en ont jamais fait leur étude et n'en ont aucune connoissance. 2° parce que la Magistrature n'est point en France un corps choisi par la nation et ayant mission d'elle, que nos magistrats au contraire ne sont choisis que dans un seul ordre de citoyens et parconsequent ont une foule de prejugsés et d'interets contraires au vrai bien

(2) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1051, fol. 78.

(3) *Les Parlements de Province. Pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*. Textes réunis et présentés par J. Poumarède et J. Thomas (Toulouse, 1996).

de l'Etat. Ainsi j'ai toujours pensé et dit quand j'en ai eu l'occasion que lorsque le Roi voudroit se faire éclairer contre les surprises des Ministres par le suffrage de la Nation, ce ne seroit point l'ordre seul des jurisconsultes qu'il faudroit regarder comme les representans du peuple » [*sic*] (4).

Deux observations, pour ce qui nous concerne. Tout d'abord, à vouloir séparer outrancièrement la magistrature du gouvernement, en la cantonnant dans une activité purement contentieuse et de conservation des lois, si indispensable soit-elle (5), il oublie que la magistrature judiciaire était fort souvent le vivier de celle du Conseil et que l'on passait tout uniment du Parlement au gouvernement. Quelques noms parmi les plus connus suffiront pour l'attester: outre Malesherbes lui-même, Lamoignon (son père), les deux Maupeou, d'Aguesseau, ses deux fils, L'Averdy, Terray, Gilbert de Voisins, deux Joly de Fleury... » (6). On précisera même que le trajet ne se faisait pas toujours dans le sens Parlement-Conseil, car l'inverse se trouvait. Par là même l'accusation du défaut d'études particulières tombe, lesquelles ne sont d'ailleurs pas d'une nécessité impérieuse, si l'on en juge par la valeur de certains Conseillers d'État (7).

Ensuite, que l'administration, telle que la conçoit ici Malesherbes, signifie matières de gouvernement. Il ne peut y avoir aucune ambiguïté sur ce point quand on lit plus loin que les ambitions du Parlement sont anciennes et que, présentement, elles sont renforcées et légitimées par la décadence des organes représentatifs de la

(4) Malesherbes, lettre au baron de Breteuil, 27 juillet 1776, dans P. GROSCLAUDE, *Malesherbes et son temps*, t. II: *Nouveaux documents inédits* (Paris, 1964), p. 139.

(5) *Idem, ibid.* p. 138: « Je regarde la Magistrature comme un corps nécessaire à conserver dans notre constitution, parceque ce corps est le gardien des loix qui reglent les interets des citoyens, et qui font leur unique sauvegarde contre les entreprises du despotisme. Je conviens que ce frein est très faible dans les affaires publiques, mais il a toujours de l'efficacité dans les affaires particulieres... » [*sic*].

(6) Cf. M. ANTOINE, *Le gouvernement et l'administration sous Louis XV. Dictionnaire biographique* (Paris, 1978), *passim*.

(7) Cf., *ibid.*, p. 257, le jugement porté sur l'abbé de Radonvilliers, Conseiller d'État, par le Garde des Sceaux Miromesnil en 1785: « C'est un homme admirable par ses vertus; il seroit bien difficile d'en bien faire l'énumération. Le Roy le connoît. Il a pour ainsi dire deviné les matières de législation et de jurisprudence, n'ayant été occupé que de littérature avant d'être conseiller d'Etat. Il n'est point de meilleur juge. Il est de plusieurs bureaux, auxquels il assiste régulièrement et où il est fort utile, ainsi qu'au Conseil ».

nation (8). A l'évidence, cette opinion, plus politique qu'institutionnelle, n'est utile que comme témoignage du progrès des idées nouvelles; elle ne peut, par conséquent, contribuer à une juste évaluation de la réalité du phénomène administratif sous l'Ancien Régime.

Chez Tocqueville, la notion d'administration est plus conforme, encore qu'il ne la dégage pas nettement de la législation (9); mais il est, lui aussi, marqué par son temps lorsqu'il écrit que « nous avons chassé la justice de la sphère administrative où l'ancien régime l'avait laissée s'introduire fort indûment (10) ». L'adverbe est très fort; il gouvernera l'analyse des historiens futurs. Les pages que consacre Tocqueville à cette question sont très classiques; elles brossent le lent et opiniâtre cheminement de l'État vers la centralisation administrative, qui accapare tout à la fois administration et justice (11).

« ... il ne faut jamais oublier que si, d'une part, le pouvoir judiciaire, dans l'ancien régime, s'étendait sans cesse au delà de la sphère naturelle de son autorité, d'autre part, il ne la remplissait jamais complètement [...] Tantôt on permettait aux tribunaux de faire des règlements d'administration publique, ce qui était manifestement hors de leur ressort [= compétence]; tantôt on leur interdisait de juger de véritables procès, ce qui était les exclure de leur domaine propre » (12).

Ainsi donc, le domaine judiciaire est rogné par les évocations; mais l'autre volet, l'administratif, gratifié, lui, d'une croissance indue

(8) Malesherbes, lettre au baron de Breteuil, 27 juillet 1776, dans P. GROSCLAUDE, *Malesherbes et son temps*, t. II: *Nouveaux documents inédits* (Paris, 1964), p. 139-140: « Il étoit aisé de prévoir qu'il y auroit bientôt des occasions, ou le Parlement retabli avec l'air de triomphe voudroit s'emparer de l'administration, projet que ce corps a toujours eu et qu'il est impossible qu'il n'ait pas depuis qu'on ne convoque plus d'états du Royaume, que la plupart des provinces n'ont meme pas d'états particuliers, ainsi, que la plus grande parte de la nation est sans representans » [*sic*].

(9) Cf. A. de TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Livre II, chap. 2: « Des cours de justice prennent part indirectement à la puissance législative; elles ont le droit de faire des règlements administratifs qui obligent dans les limites de leur ressort »; dans (*Œuvres complètes*, t. II, vol. 1 (Paris, 1952), p. 128.

(10) *Ibid.*, chap. 4; *op. cit.*, p. 125.

(11) Pour la confrontation de la thèse de Tocqueville aux réalités institutionnelles de l'Ancien Régime, voir S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, t. I (Milano, 1994; Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 44), spécialement p. 13-37.

(12) *Ibid.*

n'est pas indemne d'accaparement puisqu'il est reversé à l'Intendant, chargé de faire pièce aux antiques pouvoirs décentralisés. Profitant de leurs divisions et de leur indolence, le Commissaire départi s'est infiltré sans grande résistance, si ce n'est de la part des Parlements. Assurément, l'État a dû prendre acte de leur ténacité, mais il finit par triompher.

« Le pouvoir judiciaire seul l'avait gêné dans cette grande entreprise; mais là même il avait fini par saisir la substance du pouvoir, n'en laissant que l'ombre à ses adversaires. Il n'avait pas exclu les parlements de la sphère administrative; il s'y était étendu lui-même graduellement de façon à la remplir, presque tout entière. Dans certains cas extraordinaires et passagers, dans les temps de disette, par exemple, où les passions du peuple offraient un point d'appui à l'ambition des magistrats, le gouvernement central laissait un moment les parlements administrer et leur permettait de faire un bruit qui a retenti dans l'histoire; mais bientôt il reprenait en silence sa place, et remettait la main sur tous les hommes et sur toutes les affaires »⁽¹³⁾.

Une telle formulation, en raison de son allure excessivement synthétique, demande plus à être crue que partagée, car elle bute sur la notion même d'administration, sa fonction et son contenu. D'ailleurs, la dépossession opérée par le pouvoir royal n'est qu'à peine ressentie comme telle par ses victimes, les Parlements ayant d'autres ambitions à satisfaire:

« Si l'on veut bien faire attention à la lutte des parlements contre le pouvoir royal, on verra que c'est presque toujours sur le terrain de la politique, et non sur celui de l'administration, qu'on se rencontre. Les querelles naissent d'ordinaire à propos d'un nouvel impôt; c'est-à-dire que ce n'est pas la puissance administrative que les deux adversaires se disputent, mais le pouvoir législatif, dont ils avaient aussi peu de droits de s'emparer l'un que l'autre »⁽¹⁴⁾.

Qui plus est, l'abandon du terrain administratif s'explique aisément, selon l'auteur, par l'incompétence des Parlements:

« Il en est de plus en plus ainsi, en approchant de la Révolution. A mesure que les passions populaires commencent à s'enflammer, le parlement se mêle davantage à la politique, et, comme, dans le même temps, le pouvoir central et ses agents deviennent plus expérimentés et plus habiles, ce même parlement s'occupe de moins en moins de l'administration proprement dite; chaque jour, moins administrateur et plus tribun. Le temps, d'ailleurs, ouvre

⁽¹³⁾ *Ibid.*, chap. 5; *op. cit.*, p. 128.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*

sans cesse au gouvernement central de nouveaux champs d'action où les tribunaux n'ont pas l'agilité de le suivre; car il s'agit d'affaires nouvelles sur lesquelles ils n'ont pas de précédents et qui sont étrangères à leur routine. La société, qui est en grand progrès, fait naître à chaque instant des besoins nouveaux, et chacun d'eux est une source nouvelle de pouvoir; car lui seul est en état de les satisfaire. Tandis que la sphère administrative des tribunaux reste fixe, la sienne est mobile et s'étend sans cesse avec la civilisation même »⁽¹⁵⁾.

Indéniablement, nombre de passages de Tocqueville méritent d'être réfutés; nous nous limiterons, pour notre part, à contribuer à la nécessaire restitution des pouvoirs des Parlements à travers l'exemple du Parlement de Paris, parce que, sur ce point comme sur bien d'autres, il peut à bon droit être considéré comme modèle.

Trois fonctions parlementaires sont dégagées par Tocqueville: justice, administration, politique. Toutes trois inégalement légitimes aux regard de sa conception de la séparation des pouvoirs.

Sur la fonction judiciaire, parfaitement légitime, il n'y a guère à reprendre, si ce n'est préciser que l'évocation est de droit royal, étant la juste contrepartie de la délégation de justice accordée aux tribunaux. Si les études précises manquent sur la question — notamment sur la courbe de fréquence —, il est certain que les Parlements les supportaient mal, principalement les évocations concernant l'administration royale et celles de propre mouvement qui intervenaient dans des affaires sensibles, religieuses ou politiques ⁽¹⁶⁾. Mais Tocqueville ne se borne pas à méconnaître le fondement de l'évocation, il fausse également le sens de l'administration en l'assimilant au gouvernement, ce qui le conduit à professer une maxime qui peut avoir son intérêt pour d'autres temps ou lieux, mais qui est dénuée de pertinence pour la monarchie française ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 128-129.

⁽¹⁶⁾ Cf. M. ANTOINE, *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV* (Genève, 1970; Mémoires et documents publiés par la Société de l'École des Chartres, 19), p. 292-296 et 515-519. Voir aussi, en dernier lieu, J.P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République* (Paris, 1995), pp. 96-97 et 99-100.

⁽¹⁷⁾ Cf. A. de TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Livre II, chap. 4: « ... comme on le voit, le gouvernement s'introduisait sans cesse dans la sphère naturelle de la justice, et nous l'y avons laissé: comme si la confusion des pouvoirs n'était pas aussi dangereuse de ce côté que de l'autre, et même pire; car l'intervention de la justice dans l'administration ne nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de l'administration

Quant à l'illégitimité de l'action administrative des Parlements, la tolérance surveillée et rapidement reprise du gouvernement dans ce domaine, l'abandon de la part des magistrats convaincus de leur inexpérience, elles méritent d'être sérieusement réévalués; car on a l'impression que les choses n'ont guère véritablement avancé depuis 1856. En effet, si, à la suite de Tocqueville, les historiens ont marqué la place d'une activité de police dans la panoplie parlementaire, c'est à la manière d'un appendice, comme juxtaposée à la fonction judiciaire. Négligence qui conduit les auteurs d'un article consacré à la police à omettre quasiment le Parlement ⁽¹⁸⁾, lui qui pourtant, à suivre Saint-Simon, était le « supérieur des fonctions de police » !

Reste enfin le dernier volet, qui outre nettement le rôle des Parlements: leurs manifestations tonitruantes dans la vie publique. Là encore, l'accusation d'illégitimité doit être modérée, car les Remontrances sont partie intégrante du droit public. Seuls les excès sont blâmables.

En outre, ces trois fonctions apparaissent totalement cloisonnées, bien qu'en réalité elles soient unies, ne serait-ce que par l'instrument qui les anime, occasionnellement ou régulièrement, et qui est presque toujours occulté: l'arrêt de règlement. Et ce fonctionnement compartimenté du Parlement, rejaillit sur la perception de l'arrêt de règlement qui se trouve éclaté entre une vocation purement privée — les arrêts rendus sur procès —, une vocation administrative résiduelle et une vocation politique. C'est d'ailleurs l'intervention des arrêts de règlement dans ce dernier domaine, jugée abusive au regard de la souveraineté royale, qui les a déconsidérés.

On ajoutera à cela que, pour les historiens, les uns et les autres sont pris pour le ressort entier, lequel fait indissolublement corps avec l'activité du Parlement. Dès lors, le Parlement apparaît comme un organe unificateur, tant sous l'angle du droit privé que du droit public. Fédérateur et fédéraliste tout à la fois, il assurerait une

dans la justice déprave les hommes et tend à la rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles »; *op. cit.*, p. 125.

(18) M. BIMBENET-PRIVAT et M.-F. LIMON, dans L. BÉLY (sous la direction de), *Dictionnaire de l'Ancien Régime* (Paris, 1996), V^o « Police », pp. 993-994.

cohésion juridique et se poserait en porte-parole des provinces qu'il coiffe face aux ingérences et aux exigences accrues de l'État.

Vision indéniablement séduisante même si, d'une certaine façon, elle s'inscrit toujours dans la dialectique tocquevillienne de l'opposition État-pouvoirs intermédiaires.

Pourtant, qui ne voit qu'une telle conception pêche par son caractère excessivement militant et généralisateur? Elle peut se soutenir — dans son volet fédéraliste surtout — pour les Parlements régionaux qui sont nés lors du rattachement des provinces et gardent, de ce fait, prétention à défendre les particularismes locaux. En revanche, l'application est viciée dès qu'on considère le Parlement de Paris; car, d'une part, il régit un très grand nombre de provinces disparates, d'autre part, il est issu, non pas du rattachement des provinces, mais de la volonté royale par démembrement des institutions centrales.

En fait, tout est plus compliqué et plus simple à la fois qu'il n'y paraît dans la présentation sommaire et éclatée classique. Plus compliqué, car une variété très grande de possibilités existe, qui fait que, lorsqu'on étudie de près les arrêts de règlement, on navigue de formules originales en formules originales. Plus simple aussi, car, au-delà des apparences, existe une unité fondamentale qui trouve sa racine dans la mission même du Parlement. Cette mission est de juger, c'est-à-dire, au premier chef, rendre la justice à chacun; mais également de pourvoir, c'est-à-dire éteindre par prévoyance les contestations futures. Ce deuxième aspect, lié assurément au premier mais détaché de lui, procède du pouvoir réglementaire.

Ce sont ces différentes formes que nous avons étudiées, après les avoir découvertes et caractérisées à partir d'éléments des plus ténus et apparemment des plus insignifiants. Ce faisant, nous nous sommes efforcé de reconstituer tant le mécanisme que le fonctionnement du pouvoir réglementaire du Parlement à travers son mode d'expression, tout à la fois unique et plural, l'arrêt de règlement (I). Une autre singularité de cet arrêt doit être signalée, qui tient à sa nature mixte. Formulé par une Cour judiciaire, il est nécessairement l'œuvre des magistrats appelés à le rendre: magistrats du siège et concours du Ministère public. C'est la loi de tout arrêt, et en ceci il ne se distingue guère des arrêts ordinaires. Mais en tant que règlement, il bénéficie d'un traitement spécial, à savoir d'une ins-

truction particulière qui repose tout entière sur le Procureur général. Grâce à ce rôle, de plus en plus absorbant dans l'activité du haut magistrat, celui-ci en arrive, sous le couvert du Parlement et par le canal des arrêts de règlement, à gouverner l'ensemble du ressort, ce qui n'est pas un mince paradoxe au regard de l'activité contentieuse dans laquelle on cantonne pour l'essentiel les Parlements (II). Ainsi allégé du poids de l'étiquette classique qui lui assigne une fonction régulatrice en fait de droit privé, l'arrêt de règlement s'inscrit simultanément et pleinement dans le monde du droit public. Cette activité, nullement usurpée comme le donne à croire Tocqueville, est la suite normale de la Police générale qui fonde le pouvoir réglementaire du Parlement dans toutes ses manifestations (III) (19).

I. LE MOYEN: L'ARRÊT DE RÈGLEMENT

Face à la doctrine simplificatrice en fait d'arrêts de règlement, qui les décrit comme épousant la totalité du ressort et l'universalité de ses justiciables, force est de constater que la gamme est très large et bien plus nuancée. Cela s'oppose à une conception trop moderne de la loi à laquelle, traditionnellement, l'arrêt de règlement est assimilé sans précaution. Procéder ainsi revient, d'une certaine façon, à pécher contre l'Histoire, puisque le fonctionnement normatif de l'Ancien Régime était tout autre. En effet, l'ancienne France était caractérisée par une extrême diversité qui correspondait à des critères historiques et répondait à des nécessités et à des particularismes. Propriété des groupes humains, ceux-ci s'opposaient à toute intention nivelleuse; et, de fait, la royauté, respectueuse des acquis, n'y attentait que timidement et avec grande prudence. Ce sont ces intérêts séparés qui expliquent d'ailleurs que, dans un domaine où l'action du roi semble à l'abri de toute contestation et où il est parfaitement le maître, celui de sa législation, les modes d'expression sont variés: Lettres patentes générales et spéciales, comme aussi bien arrêts du Conseil. A l'instar donc de la pratique législative royale et

(19) Cet article étant forcément schématique et sélectif, nous renvoyons pour toutes les démonstrations et références à notre thèse: *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, vol. I: *Dimension et doctrine* (Paris, 1997), vol. II: *Physiologie* (à paraître).

en harmonie avec le tissu sociologique, le Parlement se devait de diversifier son mode d'action.

Arrêts généraux et particuliers.

En premier lieu s'impose la division entre arrêts généraux et arrêts particuliers selon que les dispositions portent sur la totalité du ressort ou sur une fraction seule de celui-ci, quand bien même serait-elle large. Si certaines matières, en raison de l'intérêt général qu'elles présentent, sont plus portées à être régies par des arrêts généraux, cela souffre tellement d'exceptions qu'il ne saurait y avoir de doctrine ferme sur ce point. De plus, à l'intérieur de la catégorie des arrêts particuliers une hiérarchie se découvre en faveur de certains arrêts considérés comme généraux dans la mesure où leur champ géographique d'exercice est plus large que celui des autres.

Toutefois, la discrimination proposée, si adéquate soit-elle aux réalités, n'est pas dévoilée aussi simplement dans les archives du Procureur général. On rencontre en effet des variantes propres à désorienter le chercheur comme l'opposition arrêt général-arrêt particulier dans le sens où le premier traite à fond une question, alors que le second n'aborde qu'un aspect de celle-ci. Il n'en reste pas moins, après examen, que l'un et l'autre sont des arrêts particuliers, et, par là même, confirment la *summa divisio*. Toutefois, celle-ci n'est qu'à usage interne, et encore! puisque l'appellation de « général » est préférée à celle de « particulier », pourtant plus juste, tant dans les correspondances, les imprimés que même dans les notes des bureaux, preuve que le Parlement ne connaît qu'une sorte d'arrêt de règlement, comme le manifestent au surplus les registres des arrêts qui ignorent superbement toute distinction.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt de règlement est rarement général. Trop d'usages, de situations juridiques mettent un frein à cet emploi. Et lorsqu'on y a recours, il n'est pas rare de remarquer que sur tel ou tel point on renvoie aux usages locaux, voire qu'on prévoit de régler des privilèges par arrêt particulier. Dans ce cas, l'arrêt particulier vient compléter l'arrêt général sur la demande de ce dernier. Le poids des usages est tel, d'ailleurs, qu'ils triomphent presque toujours. C'est pourquoi, lorsqu'on vient à découvrir qu'ils

sont bafoués par un arrêt particulier, un autre arrêt, correcteur du premier, assure leur respect. L'arrêt particulier est si bien inscrit dans la réalité, si bien justifié par celle-ci, que sa multiplication ne suscite pas le désir simplificateur de l'absorber dans un arrêt général. Il faut pour cela des raisons impérieuses.

Quant à l'arrêt général, lorsqu'il n'est pas retenu par l'existence de titres locaux, il doit encore tenir compte des circonstances et s'y adapter. Les situations urgentes le démontrent à l'évidence. L'instruction accoutumée se révélant impossible à conduire en raison de sa longueur, un arrêt vient pourvoir à la nécessité présente tout en réservant aux juges locaux l'appréciation des remèdes indiqués.

Outre ce rôle d'adéquation aux particularismes locaux, l'arrêt particulier est utilisé pour assurer l'application de l'arrêt général, parce qu'on obéit mieux à une règle particulière faite pour un siège ou une collectivité qu'à une règle générale devant laquelle on a davantage tendance à regimber ou prétendre échapper. Cela témoigne que l'existence de l'arrêt général ne dispense pas toujours de l'arrêt particulier qui, en tout état de cause, a l'avantage d'éteindre une contestation et de témoigner considération pour ses bénéficiaires. Il y a là un aspect sociologique de l'ancienne France qui mérite d'être relevé. Enfin, quand les arrêts généraux sont mal exécutés en raison d'interprétations tendancieuses, aucune remise sur le chantier n'est envisagée. On se contente de reprendre ponctuellement les lieux ou sièges réticents par des arrêts *ad hoc*. L'impression qui en ressort est triple: *primo*, la généralisation n'est pas dans les mœurs; *secundo*, elle est trop difficile à mettre en œuvre pour répondre efficacement aux besoins du ressort; *tertio*, on évite le plus possible de susciter des problèmes là où ils n'existent pas, la sagesse consistant à limiter l'intervention là où elle est nécessaire.

A l'évidence, les arrêts particuliers possèdent une audience limitée aux lieux qu'ils régissent, mais cela ne les empêche pas de servir de modèle pour d'autres arrêts, tant particuliers que généraux. Cette pratique ne va pas toutefois jusqu'à la reproduction servile, car les arrêts dérivés doivent bien évidemment tenir compte des particularités locales, soit en réservant leur existence s'ils sont généraux, soit en les incluant dans la règle nouvelle s'ils sont particuliers. Indépendamment de l'utilisation dont ils peuvent faire l'objet, les

arrêts particuliers marquent encore une tendance dont on tient compte dans les bureaux du Procureur général pour l'établissement d'une doctrine. Cela étant, l'arrêt particulier possède la même autorité que l'arrêt général au regard des catégories législatives, son classement dans les archives en témoigne.

Technique d'administration souple, on pourrait être tenté de penser que les risques de son emploi sont minimes, et que sitôt sollicité il est accordé. En réalité, il n'en est rien, et le souci manifesté par le Parlement de respecter les usages locaux ne le conduit pas pour autant à verser dans un laxisme qui n'aboutirait qu'à un désordre. Sa délivrance fait par conséquent l'objet d'une attention scrupuleuse.

Leur prolifération, qui est indéniablement un avantage sur le plan de la pratique administrative, est reçue avec critique par la doctrine de la fin de l'Ancien Régime. Les auteurs déplorent que cette voie conduise à des solutions disparates et parfois contradictoires. Mais, cette querelle n'est pas faite uniquement aux arrêts du Parlement puisqu'elle vise également la multiplicité des lois. Derrière le souhait d'en revenir à une « jurisprudence générale » ou aux « principes généraux », se dessine la conception d'une loi plus uniforme et universelle.

Les homologations.

A côté des arrêts particuliers et généraux qui sont rendus du propre mouvement du Parlement, il faut noter les homologations, sur la technique desquels les arrêtistes ne s'étendent pas, preuve que la catégorie n'est pas essentielle quant à la nature de l'arrêt de règlement.

Bien évidemment, les homologations dont il s'agit relèvent du droit public; il convient, par conséquent, de les distinguer des actes de juridiction gracieuse ou de l'*exequatur* délivrés par le Parlement, ou encore de l'approbation des textes coutumiers. Essentiellement facultatives, elles peuvent porter d'autres noms, ce qui ne manque pas d'accroître la difficulté de l'identification (exécution, confirmation, enregistrement ou autorisation); elles seules nous retiendront.

Il s'agit donc de textes à vocation réglementaire proposés par les

corps, communautés ou sièges de justice pour recevoir la sanction de la Cour. Cette formule s'inscrit totalement dans la palette réglementaire, puisque le Procureur général est entièrement libre d'y donner suite ou non, de choisir cette voie plutôt qu'un arrêt de propre mouvement qui lui a été demandé. Ce n'est pas la considération de l'objet qui détermine l'orientation, non plus que la taille des ressorts géographiques, car pour la même période on trouve des lieux régis par l'un ou par l'autre mode. L'homologation ne possède donc pas de domaine réservé. Les bifurcations peuvent intervenir à tout moment et sans aucune considération de valeur normative. Ainsi, il n'est pas exceptionnel de constater que la voie de l'arrêt de propre mouvement initialement choisie, est finalement abandonnée au profit de l'homologation; et que même la procédure d'enregistrement d'une Déclaration royale, pourtant engagée, est délaissée pour une solution de moindre relief. Enfin, l'homologation peut se surajouter à des arrêts de règlement antérieurs classiques, dans la mesure où le texte nouveau aborde des points qu'ils ne réglaient pas.

Plusieurs raisons poussent à adopter la voie de l'homologation. Lorsqu'il s'agit de corps et communautés, il est plus habile d'exercer la Police sur eux en s'assurant leur concours, l'exécution n'en est que meilleure. Cela ne réduit pas pour autant le Parlement à la passivité, puisqu'il se garde le droit d'ajouter des mesures complémentaires en superposant un arrêt *proprio motu* à l'arrêt d'homologation, ou d'agir directement si le texte à homologuer n'est pas réalisé à temps. Quand cela concerne des autorités de police inférieures, le mobile relève plutôt de la prudence, qui consiste à ne pas engager excessivement le prestige du Parlement.

D'une façon générale, l'homologation apparaît comme un instrument particulièrement adapté à la tutelle du Procureur général sur les corps et juridictions, puisqu'elle le conduit à contrôler les actes soumis à l'agrément du Parlement. Ceux qui n'ont pas été revêtus de cette estampille encourent le risque d'être réformés ou annulés à l'occasion d'un procès. En outre, ses avantages sont nombreux: procédé fort souple, il ne déploie l'autorité du Parlement que relativement à un siège ou à un corps, et cela permet de revenir en arrière plus aisément ou de procéder à de nécessaires ajustements. Reflet de la prudence administrative, au sens de vertu, qui anime le Parquet général, elle permet de régler les situations singu-

lièrement et de servir de banc d'essai à des interventions *proprio motu* ultérieures. A cet égard, le nombre d'homologations accordées peut fournir argument pour décider le Parlement à rendre un arrêt général. Son utilisation, comme celle des arrêts particuliers — mais avec moins d'engagement puisque la responsabilité de la mesure est copartagée —, procède de l'esprit de tradition et de liberté de l'Ancien Régime. Ce faisant, en modulant les règles selon les lieux et les personnes concernées, elle se place aux antipodes de l'égalité contemporaine.

Sans doute, l'homologation n'est pas l'apanage du Parlement. Certaines juridictions inférieures (Châtelet), d'autres Cours souveraines, les Intendants, le Conseil, le roi par ses Lettres patentes l'utilisent, chacun dans un domaine précis, mais certains objets restent étrangers à une quelconque spécialisation en fait d'homologation. Si la concurrence s'exerce principalement entre le roi et le Parlement, c'est vraisemblablement en raison du caractère général de leur autorité, même si l'intensité de celle-ci est profondément différente. Du reste, l'homologation royale n'a pas de valeur supérieure aux autres. Ainsi, sans égard pour les Lettres patentes qui homologuent un mandement épiscopal sur l'observation des dimanches et fêtes, et qui ont été enregistrées au Parlement, des officiers de justice attendent encore un arrêt de règlement. Si fait que le Procureur général est conduit, bien qu'il leur ait représenté l'inanité de leur prétention, à faire rendre des arrêts pour ordonner l'exécution et des Lettres patentes et de l'arrêt d'enregistrement. Est-ce le signe d'une méfiance à l'égard des Lettres patentes sur requêtes dont la prolifération amenuise le crédit, ou bien un indice que l'activité réglementaire en fait de Police est assurée de plus en plus par le Parlement?

Les caractères de l'homologation sont doubles: contrôle pour vérifier que l'ordre public n'est pas troublé et approbation des mesures en considération du bien public. Ce sont là deux éléments d'une tutelle.

Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une augmentation de valeur de l'acte homologué, mais bien plus sûrement d'une novation qui fait passer cet acte dans la catégorie législative. Et là encore, les mentions des archives ou des arrêtistes ne font pas de distinction entre arrêt d'homologation et arrêt de règlement pur et simple, ce

qui fait que cette dernière dénomination est la seule catégorie juridique admise.

L'utilité de l'homologation est évidente. Elle assure l'exécution des ordonnances de police des juges inférieurs quand ils sont en droit d'en prendre. Sans le soutien accordé par le Parlement, celles-ci sont généralement dépourvues de toute vigueur. Cela est encore plus net pour les règlements épiscopaux. De toute façon, les juridictions ne doivent exécuter que ce qui a été revêtu de l'approbation du roi ou du Parlement.

Acte juridictionnel émanant du Parlement, et, par conséquent, revêtu de l'autorité de la Cour, l'homologation ne saurait donc être compensée par le long exercice d'une convention. Celle-ci peut bien lier les cocontractants, elle ne peut aller au-delà et engager leurs successeurs. La règle, caractérisée par la permanence, demande un règlement, et seule une autorité habilitée peut le procurer. Il s'ensuit que le Parlement assure son soutien à l'acte homologué: il le fait respecter judiciairement, le garantit contre l'appel et son effet suspensif, sans toutefois porter préjudice aux intérêts lésés puisque d'autres voies de recours leur restent ouvertes (opposition, requête civile). Enfin, l'intérêt de l'homologation est si net qu'il ne peut y avoir de délai de forclusion pour son obtention: vingt à quarante ans plus tard, le procédé reste toujours possible et souhaitable.

Le principe est que les auteurs des règlements en demandent eux-mêmes l'homologation, mais cela souffre des exceptions puisque ceux qui y sont intéressés indirectement sont admis à la requérir, pour tout ou partie, selon la nature de leur intérêt. Lorsqu'il s'agit du règlement d'un corps fait par une juridiction inférieure, il arrive que ce soit ce corps qui en fasse la demande. En revanche, lorsque une délibération de communauté a été homologuée par un siège inférieur, alors l'initiative appartient à ce tribunal. Dans ce dernier cas, la requête ne se fait pas dans la forme classique de l'introduction des causes judiciaires avec constitution de procureur. Le procureur du roi ne remplit pas ce rôle; il s'adresse à son supérieur hiérarchique qui requiert en son nom propre, car il ne s'agit plus d'intérêts privés ou considérés comme tels, mais d'ordre public. Mais il s'en faut que la règle relative à la qualité des impétrants soit absolue. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que les homologations requises par le Procureur général concernent tout aussi bien des

actes qui ne proviennent pas de juridictions royales. Le critère de son intervention repose donc sur la part d'ordre public contenu dans ces actes. Si celui-ci n'est pas en cause, le Procureur général laisse aux auteurs le soin de demander l'homologation. Mais l'ordre public n'est pas non plus un motif suffisant, puisque nombre de sentences ou ordonnances de juges seigneuriaux traitent de cet objet sans pour autant mériter l'intercession du Procureur général. Au demeurant les critères de l'introduction des demandes en homologation, tels que nous venons de les esquisser, ne sont pas à l'abri d'entorses comme le montrent les variations auxquelles le Procureur général est parfois sujet. Il arrive, en effet, qu'il opte initialement pour la procédure civile — requête présentée par les intéressés avec constitution de procureur —, puis opère ensuite un revirement en se chargeant lui-même de demander l'homologation. Indéniablement, il existe un pouvoir discrétionnaire du Procureur général dont la clé se trouve dans la nature du dossier, clé qui ne nous est pas toujours parvenue.

La justice réglée.

Ce terme désigne la procédure conduisant à un arrêt qui met fin aux contestations en procurant un Règlement. Mais la pratique indique que les conflits touchant à l'ordre judiciaire en sont le vivier. On pensait généralement que les différends opposant officiers entre eux au sujet de leurs attributions respectives étaient portées au Conseil, mais le très grand nombre de ces procédures montre à l'évidence que le Parlement occupe sur ce terrain une place non négligeable.

En l'espèce, jamais le Procureur général n'intervient pour prendre le fait et cause d'un officier, quand bien même celui-ci serait l'un de ses substituts. Les arrêts rendus sont toujours des arrêts contradictoires qui forment la loi des parties. C'est pourquoi, dans la mesure où il est appelé à donner des conclusions, le Procureur général reste très réservé lorsque les officiers l'interrogent sur leurs querelles: il ne leur dicte jamais une conduite, mais se borne à leur rappeler les règles connues, les laissant libres de se pourvoir au Parlement. Cette neutralité du Procureur général ne va cependant

pas jusqu'à l'empêcher de requérir un Règlement lorsque les prétentions sont enchevêtrées et que tous les officiers d'un même siège se trouvent en contestation, et à condition toutefois que tous soient d'accord pour s'en remettre à lui. Bien évidemment, le même effet concernant des officiers peut être obtenu lorsqu'un procès intenté par des particuliers vient en appel au Parlement; dans ce cas, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la justice réglée, le Règlement est procuré *proprio motu*, comme accessoire de la contestation judiciaire.

Cela dit, les arrêts de justice réglée sont eux aussi de véritables arrêts de règlement; ils relèvent de la catégorie des arrêts particuliers dont il sont une variante. Comme pour ceux-ci donc, leur valeur restreinte est relativisée par le fait qu'ils servent de tendance ou de modèle pour des officiers d'autres sièges.

A mi-chemin entre arrêts de droit public et arrêts sur procès, leur avantage est considérable: d'une part, ils éteignent des contestations sans être tenus par l'autorité de la chose jugée puisqu'ils assurent la stabilité pour l'avenir; d'autre part, dans la mesure où ils sont obtenus par les officiers eux-mêmes, leur exécution s'en trouve favorisée.

Les arrêts provisoires.

En dépit de cette appellation sous laquelle nous les individualisons, ils participent tout comme les autres du caractère réglementaire. A vrai dire, la qualité qui les singularise n'apparaît que très rarement comme telle dans les arrêts eux-mêmes (titre ou corps de l'arrêt); il faut généralement la découvrir sous des mentions qui contiennent ordre ou défenses d'exécuter, ordre de suspendre. Quoi qu'il en soit, ils interviennent pour régir une situation en attendant qu'un Règlement définitif soit établi.

La proposition faite à la Cour de statuer provisoirement relève du Procureur général seul, quand bien même la requête émane de ceux qui y ont intérêt. Comme dans les formules précédentes, l'option prise par le Procureur général en faveur de l'arrêt provisoire ne le lie pas puisqu'il peut, en cours de route, décider de sauter cette étape et requérir immédiatement un arrêt définitif.

En doctrine, l'arrêt provisoire se justifie par la longueur de l'enquête pour parvenir à un arrêt définitif: l'urgence de la situation requiert d'y pourvoir promptement. Mais, aussi bien, le Procureur général peut se servir de cet arrêt comme d'un instrument d'administration flexible dans différents cas de figures. C'est ainsi que les mesures provisoires sont utilisées à titre expérimental avant que de faire un Règlement. Elles le sont encore, inversement, pour revenir sur une décision législative qu'il n'est pas permis de réformer officiellement; en foi de quoi, l'exécution de Lettres patentes accordant des privilèges est suspendue lorsque les avantages justifiant l'obtention de ces Lettres ne se trouvent pas confirmés. L'arrêt provisoire peut encore dissimuler sa nature en masquant une volonté définitive qu'on ne souhaite pas faire apparaître, ou encore en servant à temporiser lorsqu'une situation n'a pas besoin fondamentalement d'être modifiée.

Sa durée s'apprécie jusqu'au Règlement définitif. Toutefois l'arrêt provisoire peut être renouvelé sans que, pour autant, on en vienne à se déterminer pour un arrêt définitif.

Sa nature réglementaire se manifeste doublement: au premier chef lorsqu'il statue positivement, mais aussi dans le cas contraire, quand il suspend l'exécution d'un acte réglementaire, royal ou parlementaire: bien qu'il ne soit que provisoire, il rétablit bel et bien une règle.

Le repérage des arrêts.

Ces différents types d'arrêts de règlement sont fort difficiles à saisir, car le texte de l'arrêt ne mentionne pas d'une façon évidente qu'on se trouve en présence d'un arrêt de règlement. A cet égard, le contenu même du dispositif n'est pas révélateur.

Pour mener à bien cette identification, il est tout à fait illusoire de faire crédit à des mentions « parlantes ». Les arrêts en robes rouges ont, certes, disparu à notre époque, mais, de toute façon, ils n'étaient nullement assimilables purement et simplement aux arrêts de règlement, sauf à remplir les conditions de ces derniers. Quant aux arrêts généraux, on a vu ce qu'il fallait en penser à propos des arrêts particuliers. La pratique indique en effet que le terme de

général est affecté aux arrêts particuliers qui ont traité exhaustivement une matière pour le lieu de référence ou dont l'audience géographique est suffisamment vaste pour contenir une part de généralité. Enfin, lorsqu'on rencontre l'expression « en forme de Règlement », il faut se garder de croire qu'elle correspond uniquement à une présentation sous forme d'articles. Une terminologie spéciale n'emporte donc pas de privilège de sens.

Dans ces conditions, le critère doit être trouvé ailleurs. Il faut le recevoir de la publicité ordonnée par le Parlement. Elle est essentielle, car, en son absence, un arrêt, même général au sens géographique ne peut prétendre être appliqué; il faut, pour ce faire, qu'un nouvel arrêt vienne le corriger. Bien évidemment, la palette des modes de publicité est fort riche et les variantes sont nombreuses. Quant aux injonctions faites aux officiers, elles tiennent lieu de publicité à condition de les interpréter correctement. Ainsi, les arrêts dépourvus de publicité mais comportant des injonctions personnelles doivent être considérés comme des arrêts particuliers. En revanche, des injonctions de faire exécuter un arrêt ne sauraient se passer des mesures de publicité idoines.

Comme il se doit, la publicité, en dépit de son caractère indispensable et reconnaissable, n'est pas un critère irréfragable. Rien n'est absolu en fait d'administration judiciaire sous l'Ancien Régime. Si fait que, mis à part les oublis de publicité qu'on corrige lorsque la découverte est immédiate, ou auxquels on remédie par un nouvel arrêt lorsque la révélation est plus tardive, l'absence caractérisée ne doit pas tirer à conséquence. Elle doit être reçue comme l'exception qui confirme la règle.

Devant cette très grande variété de formes d'arrêts et de modalités d'expression qui toutes expriment l'arrêt de règlement, la tâche de l'historien n'en est que plus délicate, mais il ne peut que prendre acte qu'elles sont la preuve que l'arrêt de règlement doit répondre à des nécessités extrêmement différentes. Dès lors, son caractère essentiel ne réside pas dans son aspect, mais dans l'intention réglementaire qui l'accompagne.

A ne prendre que l'aspect conceptuel — théorique, normatif —, l'unité ne serait qu'un vain mot, puisqu'elle se heurterait au paysage réglementaire bigarré. Cette unité se retrouve, au contraire,

lorsqu'on ne dissocie pas l'arrêt de règlement de son maître d'œuvre, le Procureur général.

II. L'AGENT: LE PROCUREUR GÉNÉRAL

Le rôle du Procureur général en matière réglementaire n'est pas sans analogie avec celui qui est le sien en matière pénale. A ne s'en tenir qu'aux crimes publics, le ministère public poursuit d'office, sauf les cas exceptionnels où les magistrats du siège se substituent à lui. En tout état de cause, quelque soit l'origine de la mise en mouvement de l'action, l'Ordonnance criminelle fait obligation de communiquer au parquet toutes les pièces à chaque étape de la procédure. Pour les Règlements, la communication s'impose tout autant, et on retrouve, en fait d'initiative, une répartition de principe entre le Procureur général, les intéressés et le Parlement. Là s'arrête la ressemblance, car, non seulement le rôle du Procureur général se trouve singulièrement majoré, mais il est encore considérablement renforcé. Pour ce faire, il utilise toutes les ressources de la hiérarchie judiciaire qu'il coiffe, et qu'il a d'autant plus de raisons de tenir fermement en main.

A. *La fabrication de l'arrêt.*

Si l'on s'en tenait intrinsèquement à l'arrêt de règlement, c'est-à-dire à son simple caractère instrumental, on ne verrait que la règle qu'il porte. Cela ne serait certes pas négligeable pour la compréhension de l'Ancien Régime, car à travers la règle seule toute la société défile et ses problèmes émergent. Il n'en resterait pas moins que la connaissance de l'arrêt de règlement serait incomplète, puisque tout ce qui est en amont et en aval (causes, conséquences), ne peut être perçu qu'à travers les difficultés de sa maturation et de son application. Au contraire, lorsqu'on se penche sur cette question, la règle de droit ou administrative cesse d'être décharnée et la vie réglementaire se trouve animée. Les différents acteurs sont au premier chef les requérants, qu'ils soient particuliers ou institutionnels, mais aussi les opposants, les agents du roi et le gouvernement même. Mais ce monde n'a lieu de se manifester avec autant de vitalité que parce que

le Procureur général est investi d'un rôle particulier en matière de Règlement, un rôle qui dépasse sa fonction classique de chef du Ministère public. Il coordonne toutes les informations qui convergent vers lui ou qu'il sollicite, car il est véritablement l'âme du pouvoir réglementaire et le tuteur nécessaire de l'arrêt de règlement. A ce titre, il dirige toutes les étapes de l'élaboration et de la fabrication de cet arrêt.

L'examen préalable.

Le principe est que toute question comportant une incidence réglementaire doit être soumise préalablement au Procureur général. Cependant, dans les affaires de droit privé ou de procédure qui sont de nature à être vidées au Parlement, le Procureur général se garde d'empiéter sur la fonction judiciaire. En conséquence, il se refuse à prendre l'initiative d'un arrêt de règlement et même à préjuger la question, à la fois par respect du Parlement et par égard au ministère des Gens du roi afin de ne pas les placer dans une situation délicate au cas où leur avis viendrait à être infirmé par la Cour. Qui plus est, cette attitude est justifiée souvent par un devoir de prudence dans la mesure où l'application pure et simple des arrêts de règlement à d'autres lieux et circonstances, alors que les faits de la cause originaire n'ont pas été conservés, est souvent très malaisée. Les questions de justice réglée en offrent de nombreux exemples attendu leur fréquente singularité. Sachant que ces affaires peuvent arriver devant le Parlement, le Procureur général se garde donc de s'aventurer. Cela ne l'empêche pas, dans tous les cas, d'indiquer son sentiment à ses correspondants, mais en l'établissant sur une interprétation stricte des Ordonnances.

Dans les autres domaines, on procède à un inventaire législatif et réglementaire qui conclut à leur respect lorsque ces textes existent. En cas contraire, ce sont les principes énoncés par des arrêts antérieurs, voire l'esprit qui les sous-tend, qui plaident éventuellement pour l'inutilité du Règlement sollicité. Étant bien entendu que la référence au précédent (application d'un arrêt de règlement existant) n'est pratiquée qu'avec circonspection: les différents arguments sont pesés, et on ne se range jamais à un arrêt de règlement

sans examen minutieux, tant des circonstances qui ont provoqué le Règlement de référence que de celles qui en postuleraient un nouveau.

Cela fait, et le terrain étant libre pour une nouvelle réglementation, reste à considérer sa nécessité, à peser ses avantages et inconvénients.

Le caractère nécessaire s'apprécie objectivement. Il faut que le besoin soit réel et actuel. En aucun cas l'argument d'événements passés n'est péremptoire; au contraire, il faut une continuité, même épisodique. En outre, du moins pour les arrêts comportant une certaine généralité géographique, ils ne sont concevables que si des situations semblables, des causes identiques plaident en nombre suffisant pour une réglementation, le Procureur général restant maître de l'appréciation du quantitatif. On redira à ce propos que l'arrêt général n'est pas la panacée, même lorsque la suggestion de se mettre à l'unisson d'un Parlement de province vient du Garde des Sceaux. Si des Règlements partiels, confortés par des ordonnances de police, existent et que les autorités de police veillent avec diligence à leur exécution, son économie peut parfaitement se justifier.

Il faut encore examiner si le Règlement souhaité ne contreviendrait pas aux usages établis. Le poids de ceux-ci est tel dans l'ancienne France qu'ils ont légitimement le dernier mot. Mais, pour autant, le respect qu'on leur marque n'est pas aveugle; ils ne sont recevables que s'ils sont conformes aux principes généraux du Droit et bornés dans les justes limites de l'ordre public. S'ils y contreviennent, l'abus est réprimé par voie réglementaire, et, par là même, l'usage dans sa nature originelle s'en trouve conforté.

Vient ensuite le tour des avantages et inconvénients, pour lesquels la part de subjectivité est plus grande. Elle relève de la prudence et de l'intelligence du Magistrat-administrateur, qui se marque en premier lieu par le scrupule de ne pas léser la liberté des individus à laquelle les hommes de l'Ancien Régime étaient profondément attaché. Précisément, une réglementation trop stricte ne peut que la restreindre. C'est pourquoi, une entorse discrète aux Règlements paraît toujours préférable à une vaste réforme qui renverra désavantageusement des situations établies et paisibles. Quant au respect des usages, il ne peut être poussé inconsidérément,

au risque d'aller contre son but. C'est ainsi que l'inscription d'un usage généreux dans un arrêt particulier peut engager d'autres paroisses, animées tout autant par un souci d'humanité, à ne pas tolérer l'instauration d'un usage semblable pour ne pas avoir à en supporter les conséquences. Enfin, le désir de régler doit faire la part des possibilités sous peine de ne pas obtenir l'exécution escomptée. N'y a-t-il pas exagération, par exemple, à tenir les maîtres responsables de leurs domestiques et ouvriers pour des faits étrangers à leur service? Assurément, ces critères ne sont pas toujours pris en compte. Le seraient-ils que cela aboutirait souvent à ne pas régler, mais, à tout le moins, ils indiquent un cadre de réflexion.

Devant ce lacs de contraintes, il n'y a pas lieu de s'étonner de ne pas trouver d'arrêts de règlement là où on les attendrait attendu ceux qui ont été pris pour des situations voisines.

Cet examen préalable étant effectué, le Procureur général requiert ou conclut après avoir dûment conseillé les intéressés et surveillé l'établissement des Règlements proposés à l'agrément de la Cour.

L'instruction.

Elle est ouverte parfois par un arrêt préparatoire qui a pour but de procurer les éclaircissements nécessaires au Règlement, arrêt requis, bien évidemment, par le Parquet général. Lors d'un procès, si les pièces produites ne sont pas suffisantes pour concevoir un Règlement, le Parlement peut charger le Procureur général d'en faire un, et cette invite tient lieu d'arrêt préparatoire. Dans le cas contraire, l'affaire suit son cours judiciaire et les Gens du roi auront à donner leurs conclusions sur le rapport établi par le conseiller chargé de l'affaire. En dehors de tout procès, le Procureur général peut trouver l'idée d'un Règlement complémentaire dans l'arrêt de règlement qu'il propose à la Cour; il lui en fait part dans le même mouvement et, l'arrêt rendu, tout règlement qu'il soit, vaut encore comme arrêt préparatoire pour le second. Enfin, le Procureur général peut parfaitement, lorsqu'il le juge utile et sans qu'une

contestation soit pendante, requérir *proprio motu* un arrêt préparatoire.

Concrètement, l'arrêt préparatoire demande l'apport de titres, de procès-verbaux et de tous éléments nécessaires, soit devant le Procureur général, soit devant le lieutenant général du bailliage. Cet arrêt doit être approprié à son objet, tant par le choix des sources d'information que par la qualité de l'enquête qu'il ordonne. S'il apparaît que celle-ci doit être longue, on en fait l'économie pour ne pas entraver l'urgence du remède; mais, sans aller jusque là, l'enquête peut simplement subir un allègement pour gagner en efficacité. Une fois l'enquête ordonnée, le temps mis pour satisfaire aux exigences de l'arrêt est loin d'être uniforme: il va de un mois à plusieurs décennies. Si le cas limite rencontré est de soixante-cinq ans, durée pendant laquelle l'arrêt préparatoire a gardé toute sa valeur, il est plus courant de procéder à un rappel par un autre arrêt auquel le Procureur général veillera exactement cette fois-ci.

Les éléments ainsi fournis devront ensuite être moulés dans la forme réglementaire par le Procureur général. Et, en cela, il n'y a guère de différence avec les arrêts requis *proprio motu* par le Magistrat.

Lorsque l'arrêt préparatoire n'existe pas, les premiers éléments sont constitués par les faits qui sont dénoncés au Procureur général. Il lui appartient de les vérifier, de les éclairer en procédant à des collectes d'avis et à des recherches documentaires. Pour celles-ci, une investigation plus ou moins large s'ensuit tant dans les registres du Parlement, les recueils de textes législatifs, qu'en tout endroit, notamment sur les lieux mêmes lorsqu'il s'agit de textes les concernant. Quant aux avis, ils sont requis des officiers de justice, mais également d'experts scientifiques ou juridiques de qualité variée. On s'adresse, en effet, aussi bien à des magistrats du pénal pour un Règlement sur les serrures, car ils connaissent par métier des vols et effractions, qu'à des juges consuls lorsque le commerce est intéressé, ou encore à des ecclésiastiques si la matière le requiert. Pour les questions scientifiques, c'est vers les médecins, chirurgiens, vétérinaires ou ingénieurs que l'on se tourne⁽²⁰⁾. Quant à ceux qui sont

(20) Pour plus de détails, voir l'article de J. THIBAUT-PAYEN dans la présente revue: *Salubrité publique et sépulture, un exemple d'administration judiciaire au XVIII^e siècle*.

intéressés au premier chef par le Règlement, ils ne sont pas oubliés, comme il se doit; qu'il s'agisse de réglementation corporative qui ne suit pas la voie de l'homologation ou de questions d'intérêt local pour lesquelles assemblées d'habitants et fabriques sont tout désignées. Mais, dès qu'une enquête locale est prescrite, les officiers sont généralement appelés à collaborer, soit pour informer personnellement, soit pour recueillir les avis, et, en tout état de cause, pour joindre le leur.

On sait également utiliser les compétences au delà de la simple production d'avis pour avancer dans la voie du Règlement. En ce qui concerne la discipline des corps et communautés, leur collaboration paraissant juste et utile, ils sont habituellement mis à contribution pour rédiger un projet par l'intermédiaire de leurs organes directeurs. Ces documents de travail sont ensuite vérifiés, soit auprès des corps lorsqu'ils n'ont pas été établis par eux, soit auprès de personnes qualifiées indépendantes des préoccupations corporatives locales; il peut s'agir, par conséquent de corps identiques d'une autre ville ou simplement d'individus. La compétence professionnelle n'est pas bornée au domaine corporatif; elle a lieu de s'exercer encore pour les Règlements généraux où des individus choisis ès qualité sont requis de dresser des projets d'arrêts: des ecclésiastiques pour un Règlement sur les fabriques, un procureur pour un Règlement sur les procédures, ou le premier médecin du roi pour un arrêt organisant les études de Médecine. Le cas échéant, la vérification s'opère quelquefois même en sortant du strict domaine professionnel puisque des substituts de province jugés particulièrement éclairés sont appelés à se prononcer, au même titre que les archidiacres de Paris, sur un projet concernant l'administration paroissiale.

Pour parvenir à la forme réglementaire, le Procureur général et ses auxiliaires immédiats cherchent principalement des modèles dans les arrêts du Parlement de Paris, tout en ayant recours occasionnellement aux arrêts des Parlements de province qui lui ont été transmis. Là, cependant, ne s'arrête pas l'inspiration, et des sources diverses sont mises à profit: arrêts du Conseil, ordonnances de police, statuts des corps, etc. Une alchimie s'opère qui n'a aucun égard à la qualité des textes ou à la hiérarchie des autorités dont ils procèdent: des éléments d'arrêts généraux viennent en composition

d'un arrêt particulier, alors que des arrêts particuliers, y compris des arrêts homologatifs, inspirent un arrêt général ou servent de guide à d'autres arrêts tout aussi particuliers. On s'aperçoit d'ailleurs qu'il existe des arrêts-matrices auxquels on se réfère en priorité. La méthode la plus simple consiste à reprendre un arrêt dans son entier et à le faire exécuter dans un autre lieu, que ce soit directement ou à l'occasion d'une homologation dont le Procureur général complète le texte, voire à l'imposer dans tout le ressort. Toutefois, fort souvent les particularités locales ne permettent pas une méthode aussi directe; elles appellent au contraire, dans nombre de cas, à innover en faisant des emprunts sélectifs aux Règlements voisins. Quoi qu'il en soit, l'utilisation de modèles, intégralement ou partiellement, assure à la fois une unité réglementaire et une garantie de légalité. Quelque soient les avantages procurés par ces matériaux, le Procureur général possède l'entière liberté de s'en affranchir selon les circonstances. Les principes lui servent alors de guide; c'est d'ailleurs à eux qu'il est contraint de recourir lorsque les textes de référence font défaut.

Confection du Règlement à homologuer.

Cette question demande un développement particulier en raison de la particularité de cette technique réglementaire. A première vue, la demande d'homologation étant présentée au Parlement par les intéressés eux-mêmes, il paraîtrait normal que le chef du Parquet général ne remplisse pas la même fonction que pour les arrêts de règlement émanés directement de la Cour. En fait, le rôle du Procureur général est tout aussi central et indispensable. D'une part, parce que les textes à homologuer doivent préalablement lui être soumis par les requérants pour qu'il puisse conclure; d'autre part, parce qu'il requiert personnellement une très grande part des homologations.

Tout d'abord, l'acte doit remplir des conditions de fond et de forme pour être recevable. Cet examen, opéré par le Parquet général, se poursuit auprès des officiers royaux des sièges dans le ressort desquels le Règlement s'appliquera. Cette communication, qui prend les allures d'une enquête *de commodo et incommodo*, est

ordonnée par arrêt sauf lorsque c'est le Procureur général lui-même qui requiert l'homologation en lieu et place des particuliers ou corps; mais la communication reste de droit, excepté pour les règlements des sièges inférieurs qui ne sont pas soumis à un autre contrôle hiérarchique que celui du chef du Parquet général.

L'ensemble étant transmis au Procureur général, l'examen qu'il conduit ensuite est loin d'être une formalité; il est, en effet, amené la plupart du temps à modifier le texte soumis, tant et si bien que finalement l'homologation portera sur sa version. Justifiées par l'étude attentive des pièces produites et par les avis ou renseignements fournis par les consultants du Procureur général, les modifications ne sont jamais imposées unilatéralement; elles sont, au contraire, toujours soumises à l'appréciation des requérants. Telle est la règle de l'homologation, qui postule l'existence d'un texte élaboré en dehors des bureaux du Parquet général. L'homologation, on le voit, n'est ni une décharge d'activité pour le Procureur général, ni une diminution de sa compétence; étroitement surveillée, elle est parfaitement intégrée au mécanisme réglementaire, tout en répondant parfaitement à la psychologie de la société d'Ancien Régime. On en veut pour preuve, tout d'abord que le Procureur général se substitue plus souvent qu'on ne le croirait aux corps et communautés, et qu'il requiert en son nom l'homologation des ordonnances et sentences des juges royaux, et quelquefois seigneuriaux mêmes, du ressort. Ensuite, qu'il s'efforce toujours de procurer l'homologation souhaitée quand bien même les mesures proposées sont inadaptées: il fournit, dans ce cas, des indications précises pour améliorer le texte. Une navette s'engage alors entre les requérants et lui, d'une durée variable selon les circonstances, mais dont on fait l'économie, en cas d'urgence, quitte à se contenter d'un texte simplifié. Contrairement donc à ce qui a été parfois affirmé, le Procureur général est loin d'avaliser purement et simplement les demandes d'homologation.

Cette direction officieuse recouvre une véritable fiction, car, à s'en tenir au rôle officiel du Procureur général, exprimé dans ses requêtes et conclusions, il est impossible de saisir son activité réelle. En apparence donc, il se borne à soumettre un texte à l'agrément de la Cour, en présentant, le cas échéant des objections. Ainsi, l'esprit de l'homologation est respecté, tout comme la révérence due au Parlement, qui en est le seul juge. En réalité, le Procureur général a

acquis une autonomie administrative reconnue par tous. L'activité déployée par lui apparaît bien comme le gage que, sauf exceptions rarissimes, les arrêts homologuent presque toujours sans modifications. Une fois l'arrêt rendu, l'acte homologué acquiert une force réglementaire contre laquelle les requérants ne peuvent revenir, mais il est toujours loisible au Parlement de corriger ou augmenter ultérieurement son arrêt.

* * *

Ainsi préparées, les dispositions réglementaires sont prêtes à recevoir la sanction de la Cour. Selon la nature de la procédure, le Procureur général requiert ou conclut, mais le premier mode fournit la masse la plus imposante des arrêts. La raison en est que, comme les Lettres patentes de propre mouvement, ses requêtes couvrent en fait celles qui lui sont adressées. Le développement de la notion d'intérêt public et le perfectionnement de la mission du Procureur général ne sont pas étrangères, semble-t-il, à ce phénomène. Cela explique que, quelque soit la voie utilisée, la Cour se range généralement aux vues du Magistrat, d'autant que le cas d'un grand nombre d'arrêts a été concerté avec le Premier Président et le Ministère. Mais, bien entendu, le Procureur général peut n'être pas suivi. En effet, à la différence de ce qui se passe au Conseil du roi, le Parlement ne pratique pas de fiction en matière d'arrêt: tous sont délibérés.

B. *L'administration du Procureur général.*

Par son rôle vigilant, constant et primordial, le Procureur général est sans conteste la cheville ouvrière de l'arrêt de règlement. Celui-ci est bel et bien un instrument dans ses mains pour régler nombre de situations du ressort. Via le Parlement, le Procureur général intervient judiciairement dans les aspects les plus divers de la Police générale. Tout convergeant vers lui, rien ne lui échappe, si mineur cela soit-il à nos yeux (coutres de charrues, ébourgeonnement, pois gâtés, etc.). Certes, on pourrait sourire de ce qu'un aussi grand personnage en fasse son ordinaire, si l'on oubliait que le Lieutenant général de Police n'est pas logé à meilleure enseigne, et qu'un administrateur véritable ne peut jamais s'offusquer d'avoir à

résoudre les humbles problèmes qui sont le lot quotidien des populations. En étant *curator de minimis*, le Procureur général ne fait, du reste, que prendre exemple sur les dieux de l'Olympe. Ne lui enseignent-ils pas que « partager un brin d'herbe entre quelques fourmis » n'est pas moins noble que de s'occuper d'affaires prétendument éminentes (21). Une telle tâche suppose toutefois une administration appropriée, administration que précisément le Procureur général a su développer et régir.

Le réseau.

En dépit des apparences, car protocolairement il se tient entre le Premier et le Second Avocat général, le Procureur général est sans conteste le chef des Gens du roi. Des spécialisations existent entre eux, mais elles cèdent devant le principe que tout ce qui tend à un Règlement lui appartient de droit. Les Avocats généraux, au nombre de trois à Paris, composent son conseil naturel; leur participation à son travail législatif et réglementaire en est une illustration.

Ce collège de hauts magistrats serait de peu d'effet s'il n'était puissamment aidé par le personnel du Parquet général. Ce groupe auxiliaire, peu fourni, se compose en premier lieu de quatorze substituts, qui sont des officiers en titre, de cinq secrétaires (dont deux pour le Procureur général) et de quelques commis ordinaires et extraordinaires. Au total, une petite phalange qui compose à elle seule l'administration centrale, et qui tranche singulièrement sur celle qui assiste l'Intendant de Paris dont le ressort est pourtant incomparablement moins vaste. Il est vrai que le Procureur général dispose, au delà, de l'imposant réseau constitué par les substituts dans les sièges royaux. Mais l'importance de ce personnel doit être mesurée à l'aune de l'étendue du ressort, quand, dans le même temps, l'Intendant de Paris couvre sa Généralité avec trente-quatre subdélégués. Ces substituts provinciaux, qui doivent être distingués des substituts du Parquet, excellents juristes et collaborateurs immédiats du Procureur général, sont les officiers du ministère public. Sur place, ils sont procureurs du roi, mais, vis-à-vis du Parlement ou

(21) Cf. LA FONTAINE, *Fables*, XII, 21: « L'Éléphant et le Singe de Jupiter ».

du Procureur général, ils sont ses substituts. En l'espèce, la hiérarchie des sièges n'a aucune incidence. Les procureurs du roi des prévôtés ne sont pas les substituts des procureurs du roi des bailliages: tous sont directement substituts du Procureur général. Les substituts font corps avec le siège auquel ils sont attachés, et leur subordination envers le Procureur général est le pendant de celle qui unit leur tribunal au Parlement. Dès lors, ce réseau est exclusif: il est inconcevable que les Procureurs généraux des Cours supérieures d'attribution puissent en bénéficier.

Quant aux procureurs fiscaux, du fait qu'ils sont chargés du ministère public auprès des justices seigneuriales, ils ont des obligations similaires envers le Procureur général, mais ils ne peuvent pas pour autant être considérés comme ses substituts puisqu'ils sont à la nomination des seigneurs. Leur valeur est sans doute moindre que celle des procureurs du roi et ils participent globalement des tares qui accablent les officiers seigneuriaux, encore que certaines justices seigneuriales savent s'attacher des officiers consciencieux et diligents. Néanmoins, tout comme les substituts dans les sièges royaux, ils correspondent régulièrement avec le Procureur général, l'informant des situations locales, sollicitant ses conseils ou son aide; en retour il leur fait passer ses ordres et les textes judiciaires ou législatifs.

L'addition de ces différents relais compose un remarquable réseau de renseignement et de surveillance que d'autres administrations (le Contrôleur général ou les Intendants) peuvent envier au chef du Ministère public parisien.

Le gouvernement du ressort.

Il suit de l'existence de ce personnel ramifié et coordonné par le Procureur général que celui-ci exerce une tutelle sur tous ses membres. Cela est naturel pour ses substituts proprement dit, mais elle s'étend aussi, d'une manière moins directe, sur les officiers inférieurs de quelque qualité qu'ils soient. Saisi des difficultés qu'ils rencontrent, il leur indique des règles de conduite, leur prodigue des encouragements, mais sait aussi tempérer leur ardeur en les invitant à user de plus de prudence ou d'indulgence, à éviter le scandale, tout

en ne manquant pas aux devoirs de leur charge. Une assistance qui sait aussi rappeler à l'ordre ceux qui s'en écartent ou qui négligent les règles les plus sûres. A survoler le flot des correspondances échangées avec le Procureur général, on peut concevoir une piètre estime pour la valeur de ces agents qui demandent sans cesse d'être éclairés. Mais on n'aura garde d'oublier que nombre d'officiers connaissent parfaitement la voie qu'ils doivent suivre; n'ayant pas de raison d'interroger le Procureur général, ils n'ont pas laissé de traces. Cependant, même les plus compétents ne sont pas à l'abri de quérir un secours hiérarchique : la diversité des situations locales, la nouveauté de telle ou telle mesure générale avec les bouleversements subséquents (le déplacement des cimetières, la politique frumentaire ministérielle, par ex.), les poussent à se couvrir en demandant l'autorisation de requérir une ordonnance ou d'engager une procédure.

Ce secours est procuré également par l'homologation des ordonnances ou sentences de police. La tentation d'y voir un acte de tutelle est grande; certains l'ont d'ailleurs cru. Des précisions s'imposent donc. Indéniablement, les limites fixées à l'activité réglementaire des juges inférieurs ne pouvaient que contribuer à développer le recours à cette technique qui connaît une fortune croissante au XVIII^e siècle. Mais, pas plus que l'homologation ne doit pas être analysée, nous l'avons vu, comme réductrice du pouvoir du Procureur général, pas plus, à l'inverse, ne constitue-t-elle un moyen pour lui d'assujettir les juges inférieurs en les contraignant à recevoir l'estampille du Parlement. Cela se prouve, d'une part par les demandes adressées dans ce sens par les officiers eux-mêmes. D'autre part, par la confiance que le Procureur général leur témoigne lorsqu'il leur enjoint de faire rendre une sentence dont il sait tracer le profil, avant que de la faire homologuer pour lui procurer plus de force; ou encore lorsqu'il insiste pour qu'ils en suivent l'exécution, réservant le recours à l'homologation en cas d'insuccès. Au demeurant, même face à des difficultés prolongées, l'homologation n'est pas la panacée puisque le Procureur général peut continuer de préconiser l'exécution pure et simple de l'ordonnance. Au total, des homologations nombreuses associées à des exceptions qui ne sont pas moins certaines. Précisément, l'existence de ces dernières ne permet pas de considérer cette

pratique comme un renfort indispensable du pouvoir borné des juges inférieurs. Les limites de leur compétence sont suffisamment établies par ailleurs sans qu'il soit besoin de l'homologation pour l'amoindrir encore. En revanche, l'homologation, tous assujettis confondus, comporte, nous l'avons vu, des effets de tutelle sur l'acte lui-même.

Dans la mesure où presque toutes les homologations sont soumises à la censure préalable du Procureur général, cela lui donne l'occasion d'appliquer ses vues d'administrateur et d'utiliser cette technique comme un instrument de gouvernement au service de la Police générale dont il a la manutention. Juge de la légalité, il l'est encore de l'opportunité qu'il apprécie uniquement en fonction de l'intérêt public ou de celui des corps.

La tutelle sur les hommes, assurément bénéfique, ne manque pas, comme il se doit, d'être assez étroite; elle est la contrepartie de la situation qui fait du Procureur général « le dépositaire des doutes et le juge de la conduite des officiers du ressort du Parlement », selon la juste expression de Miromesnil. Nécessaire, il est impossible de s'en affranchir en s'adressant directement au Garde des Sceaux. Aussi, s'il advient que des officiers tentent de contourner l'autorité du Parlement, le Ministre de la Justice rétablit aussitôt l'ordre hiérarchique. Cette direction est à deux sens. D'un côté le Procureur général est attentif aux problèmes de ses subordonnés et les conseille en conséquence; de l'autre, il diffuse auprès d'eux les ordres de la Cour. Dans un sens comme dans l'autre, il est le lien indispensable qui relie le Parlement aux juridictions de son ressort et le pivot sur lequel repose la Police générale.

Par son rôle de conseil, le Procureur général participe au maintien de l'ordre public qu'il faut sans cesse surveiller et faire respecter. Par son pouvoir hiérarchique, il exerce une action disciplinaire ou, inversement, assure la protection de ses subordonnés. Pour ce faire, il interpose soit son autorité personnelle, soit celle du Parlement. En effet, lorsqu'une ordonnance est illégale et qu'il vient à l'apprendre, le Procureur général menace les officiers de la faire annuler par le Parlement s'ils ne la réforment pas; il les engage, par la même occasion, à être plus circonspects à l'avenir et, pour plus de sûreté, leur recommande de lui soumettre leurs projets d'ordonnances avant que de les rendre. En ce qui concerne la défense de ses substituts,

son attitude lui est dictée par sa double fonction. Dans les conflits de juridiction, le Procureur général assiste en spectateur et ne prend pas parti; de même, en matière de justice réglée, il se borne à prendre des conclusions en tant que Ministère public, et il s'en tient à la même neutralité si le Conseil du roi vient à en être saisi. Il en va autrement, en revanche, lorsque la contestation concerne l'exercice de la police: alors, le Procureur général soutient l'appel formé contre la sentence de police incriminée.

Ce n'est que lorsque le Procureur général ne peut, par son seul magistère personnel, redresser l'incurie ou les désordres des sièges inférieurs, qu'il a recours à l'autorité du Parlement qui rend, sur sa requête, un arrêt de règlement à cet effet. Si bien qu'en matière disciplinaire comme en matière normative, le Parlement a le dernier mot parce qu'il en a le pouvoir et le devoir.

III. LE FONDEMENT

Le pouvoir du Procureur général peut, à bien des égards, paraître arbitraire, mais le mot n'a rien de choquant sous l'Ancien Régime. Il est même parfaitement honorable dès lors qu'il s'appuie sur une légitimité. Et celle-ci, en l'occurrence, ne fait pas défaut. Le Procureur général est par état le plus haut représentant du Ministère public, au point de l'incarner. Investi, de ce fait, de la défense des intérêts du roi confondus avec ceux de l'État, il se trouve conduit à veiller au respect de l'ordre public dans le ressort parlementaire. En même temps il est l'œil et le bras du Parlement pour tout ce qui concerne cette partie des attributions extrajudiciaires de la Cour qu'est le pouvoir réglementaire, naturellement tourné, par vocation, vers la « félicité publique »⁽²²⁾.

La compétence réglementaire du Parlement.

Dès la fin du XVI^e siècle la mutation doctrinale des pouvoirs régaliens est consommée par la prééminence de la souveraineté sur

(22) Cf. PROST DE ROYER, *op. cit.*, p. 2: « ... l'administration de la justice n'a & ne doit avoir qu'un objet, c'est la félicité publique ».

la justice (23). Jusque là, l'administration et la police procédaient de la justice, car elle comportait un aspect prévisionnel qui la portait naturellement au pouvoir réglementaire. Désormais c'est la souveraineté qui les légitime. Malgré cela, l'organe judiciaire reste investi de ce pouvoir. La tradition y est pour beaucoup, certes, mais des raisons de nécessité pratique et doctrinale conduisent également à conserver ce *statu quo*. D'une part, la souveraineté, si majestueuse que soit sa construction théorique, est tributaire de ses moyens d'action et de l'étendue du territoire sur lequel elle s'exerce. A l'évidence, comme le souligne Loyseau, le roi ne peut veiller personnellement à tout, donc pourvoir promptement en tous les lieux. Une délégation s'impose donc en faveur des structures établies qui quadrillent le royaume. L'organisation judiciaire, solidement hiérarchisée et déjà familière des tâches de gestion, offre, à cet égard, des garanties appréciables. D'autre part, le prestige acquis par la souveraineté est tel que la loi, qui l'exprime hautement, ne peut se charger d'entrer dans des détails dévalorisants. A d'autres, donc, revient le soin de compléter et adapter. Telle est la fonction subordonnée aux lois que le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot assigne aux Cours souveraines.

La question se pose alors de savoir si toutes les Cours souveraines sont dotées du même pouvoir réglementaire. Si la manière de conduire l'analyse diffère selon les auteurs, la réponse de la doctrine et du Parlement est unanime. Delamare (24) est, pour sa part, catégorique: le droit de faire des Règlements n'appartient qu'au roi et aux Parlements. Domat (25), de son côté, concède ce droit aux Chambres des Comptes et Cours des Aides, mais c'est pour préciser aussitôt qu'elles n'ont pas la connaissance de la Police, ce qui amenuise fortement ce droit. Le Parlement, quant à lui, souligne que ces Cours ne sont que des juges d'attribution, ce qui les prive du pouvoir réglementaire plénier. Par ailleurs, étant dépourvues de

(23) Sur le débat doctrinal soulevé par cette question, voir en dernier lieu: M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique moderne à l'aube des temps modernes*, dans J.-L. THIREAU (sous la direction de), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation* (Paris, 1997; Publications du centre d'Histoire du Droit de l'Université de Picardie), p. 143-186, spécialement p. 184.

(24) N. DELAMARE, *Traité de la Police* (Paris, 1722-1738).

(25) J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (Paris, 1745).

territoire et de juridiction contentieuse, elles ne possèdent pas l'universalité de juridiction qui seule autorise la connaissance de la Police et le pouvoir réglementaire subséquent. Sur ce point, le Parlement se montre d'une intransigeance totale. Il en va de sa dignité, certes, mais surtout cela ne manquerait pas de détruire l'ordre des juridictions et d'ajouter une confusion dommageable par l'incertitude qui s'ensuivrait dans l'exécution. D'ailleurs, ces conflits, lorsqu'ils se produisent, tournent à l'avantage du Parlement, mais la justesse de son droit demande cependant d'être démontrée à chaque fois, que ce soit à Paris ou dans les provinces.

La résistance peut sembler plus discutable lorsqu'elle affronte le Conseil, si l'on se réfère à la nature du pouvoir royal dont ce dernier est le prolongement. Elle n'en est pourtant pas moins vigoureuse. Les occasions sont fournies par des évocations ou cassations sur procès de droit privé quand le Conseil pousse jusqu'à contester au Parlement le pouvoir de faire des Règlements. Des Remontrances viennent alors revendiquer la compétence bafouée et dénoncer ceux qui « ont méconnu un des droits les plus essentiels au tribunal de la justice souveraine de Votre Majesté chargé non seulement de terminer les contestations entre les particuliers, mais encore de tarir la source des procès par des règlements généraux; en un mot de faire en votre nom, Sire, tout ce qu'exige le bien de la justice dont l'administration lui est confiée »⁽²⁶⁾. Par là, sans ambages, est affirmée la liaison intime entre pouvoir réglementaire et justice souveraine.

Il ne peut être question d'analyser toutes les circonstances et les raisons de ces heurts; seuls les principes nous importent ici, et, de ce point de vue, il apparaît que la position du Parlement se soutient assez légitimement. De fait, il existe un *modus vivendi* sur la base, non pas d'un partage de compétences, mais d'une délégation de pouvoir sous certaines conditions, qui veut que le pouvoir judiciaire ou administratif accordé par le roi, s'accompagne toujours du pouvoir réglementaire correspondant. Mais, une fois faite cette délégation originelle, elle ne peut être révisable et elle développe par

⁽²⁶⁾ Remontrances du 1^{er}-5 juin 1767, dans *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, publ. par J. FLAMMERMONT et M. TOURNEUX (Paris, 1888-1898, 3 vol.), t. II, p. 782.

elle-même toutes ses virtualités. Sans doute, le roi peut-il toujours reprendre sa délégation — en vertu de sa souveraineté —, mais à condition de ne pas fausser l'équilibre, de ne pas abuser et d'agir exceptionnellement. La nature générale de la délégation rend la reprise bien délicate, et, comme l'appréciation de l'opportunité est souvent sujette à discussion, le Parlement ne manque pas de s'élever contre tout acte qu'il considère, de son point de vue, comme une dépossession. Le Parlement est donc administrateur et « législateur » parce que juge. Et cela jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, parce que l'harmonie institutionnelle n'a pas cessé d'exister. Si fait que ceux qui professent que les germes de la séparation des pouvoirs sont décelables sous les institutions de la monarchie absolue dénaturent leur organisation et leur esprit. Les entorses à l'ordre normal — judiciaire et administratif — ne peuvent être que des escarmouches qui sont incapables, à elles seules, de renverser les structures.

En dehors des questions de principes, le Parlement se trouve encore confronté à un autre genre de rivalité. La pratique administrative, où les Intendants s'avancent en concurrents, en offre des exemples. Il est par trop classique de mettre en vedette les tensions entre ces deux institutions pour valider ce canon historique au XVIII^e siècle sans bénéfice d'inventaire. Dans le ressort du Parlement de Paris on constate, au contraire, qu'une certaine intelligence règne entre les Commissaires départis et le Procureur général. Il est vrai que ce Parlement n'est pas habité par un esprit particulariste et que les protagonistes possèdent, les uns et les autres, le même sens du service du roi et de l'État. Il en va de même d'ailleurs, et avec encore plus de confiance, entre le Lieutenant général de Police et le Procureur général. Cela étant, des conflits de compétence, voire des empiètements, sont parfois inévitables. *Ratione materiae*, les attributions respectives des Intendants et du Parlement sont très difficiles à établir hormis les questions financières qui sont à l'avantage des premiers. En revanche, l'étendue de la compétence territoriale du Parlement lui permet d'avoir une position dominante en ce qui concerne la Police. Quoi qu'il en soit, toute tentative de classification se trouve faussée par des raisons de politique administrative: refus d'agir même au prix de céder le terrain, pente naturelle qui pousse des administrations voisines à coopérer. Mais prétendre

généraliser ces observations à l'ensemble du royaume serait abusif dans l'état actuel des connaissances.

Au reste la coopération se justifie par la place que le Parlement occupe dans le dispositif réglementaire et que les Intendants sont loin de sous-estimer. En matière de Police, Guyot et Merlin soulignent que ces derniers n'ont qu'une compétence spéciale et bornée (27). Il a été noté, à juste titre, que cette restriction, valable pour l'ensemble de leurs compétences, était soulignée à dessein pour celle-ci, comme pour laisser entendre que les possibilités d'extension sont sans limites pourvu que l'autorité royale le veuille (28). Cela n'est pas contestable, mais ne serait-ce pas plutôt la reconnaissance qu'à la fin de l'Ancien Régime la possession du Parlement en matière de Police est parfaitement établie, et que les polices attribuées ne sont en rien comparables à la Police générale.

La Police générale.

Ce terme désigne la fois une fonction et une vocation qui sont sans commune mesure avec l'administration de la justice dans son sens primaire. Les définitions données par les auteurs de l'Ancien Régime, et reprises par les historiens, ne sont guère satisfaisantes, ou plutôt, il leur manque une dimension qui précisément fait la caractéristique de la Police générale. Elles tournent toutes autour de la notion d'ordre public, de sûreté, ce qui n'est pas de nature à la distinguer de la simple police. De leur côté, les archives du Procureur général ne s'étendent pas sur cette notion, pourtant au centre du pouvoir réglementaire, et comme tel si jalousement revendiquée. Ce n'est que très occasionnellement que l'on en rencontre des illustrations, mais leur aspect des plus banals n'est pas de nature à

(27) Cf. GUYOT et MERLIN, *Traité des droits, fonctions, franchises, exemptions, prérogatives et privilèges annexés en France à chaque dignité, à chaque office et à chaque état* (Paris, 1786-1788), t. III, p. 253: « ... un commissaire départi ne doit rien ordonner ni juger de son chef dans les cas pour lesquels il n'a point d'attribution expresse et spéciale ».

(28) Cf. Fr.-X. EMMANUELLI, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien: l'Intendance du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle (France, Espagne, Amérique)* (Aix-Paris, 1981), p. 75.

procurer des éclaircissements. Il faut convenir que, pas plus que les arrêts de règlement, la Police générale ne suscitait à l'époque l'intérêt doctrinal qu'on cherche aujourd'hui. Ces deux notions étaient alors parfaitement reçues et leur complexité ne posait aucun problème. Comme il ne peut être question de dresser un catalogue de cette Police éminente gouvernée par le Parlement, on se bornera à noter que la Police générale est de nature purement civile. A ce titre elle comprend le vagabondage; les objections du Conseil d'Artois, qui a essayé de criminaliser ce délit, parce qu'il ne possédait pas la Police générale, ne l'ont pas emporté face au Parlement de Paris. On ajoutera encore sous la rubrique du civil, les appels comme d'abus et la police religieuse, marquée par les refus de sacrements qui ont largement occupé la première moitié du XVIII^e siècle. Mais là le Parlement s'est heurté à plus puissant que lui, le roi, et la querelle a pris un tour dramatique. Freinée d'en haut par l'autorité royale, la Police générale l'est aussi d'en bas par les coutumes et usages qu'il faut manier avec la plus grande précaution. Dans ce cadre, la Police générale a une vocation universelle, ce qui ne signifie en aucune façon qu'elle est imprécise, car elle n'éprouve pas de difficulté pour connaître les objets qu'elle régit; elle est seulement indéfinie, en ce sens qu'elle ne peut consubstantiellement avoir de limites. De ce fait, pas plus que pour les cas royaux, il n'est possible de la cantonner. Elle se définit positivement comme « cette Partie enfermant dans le Corps Politique d'un Etat tout ce qui en regarde la conservation et l'avantage dans le dedans »; et négativement, comme n'étant ni « Affaires d'Etat » ni « Justice distributive » (dans le sens de justice commutative). Supérieure à toutes sortes de polices, elle possède au plus haut point et à plus juste titre les caractères de la police, pertinemment résumés par un historien américain⁽²⁹⁾: fin et moyen tout à la fois, son rôle est tout autant politique qu'administratif.

Le moyen ramène à la juridiction, car la justice est indispensable à la police pour assurer son exécution. Si bien que la police, qui procédait de la justice dans la conception médiévale, y retourne pour une autre raison après avoir été autorisée par la souveraineté. Il en résulte logiquement pour Domat qu'aucune charge de police ne se

(29) Cf. S. KAPLAN, *Le pain, le peuple et le Roi* (Paris, 1986), p. 26.

conçoit sans un pouvoir de justice correspondant. Toutefois, la police n'est pas un simple attribut de la juridiction; elle est, au contraire, une juridiction en elle-même. Et Brillon ⁽³⁰⁾, qui insiste sur cette identification, l'installe très au-dessus des juridictions spéciales, en raison de la valeur de sa mission qui est d'assurer l'existence des sociétés. Loyseau ⁽³¹⁾, pour sa part, pousse plus loin la discrimination. Ce faisant, il dégage la spécificité de la police par rapport à la juridiction ordinaire : la ligne de fracture se situe dans le pouvoir réglementaire qui « approche et participe davantage à la puissance du Prince, que non pas celui du Juge, attendu que les réglemens sont comme loix et ordonnances particulières ». L'exégèse de cette formulation a donné lieu à des conclusions exagérées tendant à séparer la police de la justice contre toute raison, alors qu'elle signifie simplement que la fonction réglementaire, l'une des caractéristiques de la police, n'est pas accordée à tous les juges.

Donc, au lieu d'une délégation judiciaire qui comprend *ipso facto* une délégation réglementaire, il existerait deux délégations simultanées, la deuxième étant implicite à la première en raison des liens que la police entretient avec la justice. Mais cette deuxième délégation est nécessairement sélective et parcimonieuse à partir du moment où la police procède de la souveraineté, car la souveraineté ne peut s'éparpiller au risque de se diluer. Dès lors la délégation se fait uniquement sous la forme de la Police générale à ceux qui ont reçu une universalité de juridiction. En sont donc exclus les tribunaux d'attribution mais aussi le Grand Conseil, parce que, changeant constamment « et d'assiette et d'objet » selon les termes mêmes du Parlement, il ne possède pas de territoire ni de juridiction fixe. Police, justice et territoire sont parfaitement indissociables. Cependant la justice et le territoire ne suffisent pas pour l'autre sens d'universalité de juridiction qui signifie non plus généralité de compétence mais complétude géographique. Dans ces conditions la Police générale s'arrête au niveau des Cours souveraines judiciaires: les Parlements dont le pouvoir épouse l'intégralité du ressort.

Dès lors, dépourvue de cette fonction, la mission primaire de

⁽³⁰⁾ P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts* (Paris, 1727).

⁽³¹⁾ Ch. LOYSEAU, *Traité des seigneuries* (Paris, 1713).

dire le droit et de distribuer la justice ne peut prétendre posséder la plénitude de magistrature que les Parlements, au XVIII^e siècle, revendiquent pour eux seuls et dont ils démontrent la légitimité. Au reste, dans les deux derniers siècles de l'Ancien Régime, aucune contestation ne se produit au sein de l'appareil judiciaire. Il est acquis que la Police générale est d'une autre essence que la simple police, car elle comporte le pouvoir réglementaire que les juges inférieurs ne possèdent pas par eux-mêmes. Ils ne l'approchent que par reflet, et seulement dans des cas très précis sous la stricte surveillance du Parlement. L'homologation des ordonnances de police est la marque tangible de cette restriction. Il en ressort que la notion de hiérarchie en matière de police n'est pas concevable. Si, en fait de justice, la subordination se manifeste en remontant les degrés de l'appel, à l'inverse, en matière de police, elle n'existe pas: la concession par le Parlement n'établit aucun droit en faveur des juges inférieurs. Leur activité en ce domaine peut prêter à confusion dans la mesure où le mot de police se retrouve dans Police générale. Mais il y a autant de différence entre les deux qu'entre une autorité décisionnelle et la force exécutive comme le démontre Loyseau: « En toutes les parties de la Police, il faut soigneusement distinguer le droit de faire réglemens politiques (en quoy seul consiste le vray droict de police) d'avec l'exécution et connoissance des contraventions à ces réglemens qui dépend sans doute de la simple et ordinaire justice ». On rapprochera cette police subordonnée de la police particulière qu'exercent les juges seigneuriaux et municipaux, et qui ne connaît que de ce qui lui est abandonné par la Police générale parce que jugé de peu d'importance. Elle est naturellement soumise au contrôle de la Police générale, voire à celui des autorités qui en sont investies par attribution (Intendants par ex.).

L'importance de la matière, son intérêt primordial pour le Parlement font qu'au sein même de la Cour une sélection est opérée entre les formations: sa connaissance n'appartient qu'à la Grand'Chambre, voire à l'Assemblée des Chambres dans les affaires qui touchent la susceptibilité parlementaire.

Ces critères étant établis, la Police générale s'affirme sans concurrence dans le ressort du Parlement. Elle ne le cède que devant des polices spécialisées (police ecclésiastique, monastique, militaire, Grands chemins, Fermes), mais cet effacement n'est que pour partie,

et également devant la Police de l'État, dont le champ est bien plus large. La Police de l'État ne se réduit pas aux affaires de haut gouvernement; elle comprend aussi certaines matières de Police générale que le roi s'attribue occasionnellement en vertu de son pouvoir suprême de Police. Car, pas plus que pour la justice, la délégation de Police n'est un abandon. De même qu'il existe une justice déléguée et une justice retenue, de même la Police déléguée appelle la Police retenue. En l'espèce, cette Police s'exerce par voie législative, mais aussi au moyen d'ordres, de directives qui mettent à contribution les autorités naturelles de police. Il n'y a pas d'administration spécialisée dans la Police de l'État. Exercée directement par le roi et ses ministres, elle peut l'être aussi par attribution, notamment par le canal de l'Intendant.

Trois sortes de raisons poussent à cette reprise par le roi. La première, lorsque l'incidence de certaines questions dépasse le ressort parlementaire. Ainsi en est-il de ce qui concerne la vie des populations (subsistances, salubrité). La circulation des grains dans le cadre de la politique libérale de L'Averdy ⁽³²⁾, le déplacement des cimetières hors des villes ordonné par la Déclaration de 1776 ⁽³³⁾, l'épidémie de peste de 1720 en offrent des exemples éloquentes. Il s'agit dans tous ces cas, soit de favoriser la circulation, soit, au contraire, d'éviter la propagation, ou encore d'assurer une unité de vues. L'affaire de la peste est tout à fait représentative, car les trois objectifs se rejoignent. L'arrêt du Conseil du 14 septembre 1720 expose nettement que les mesures prises par les différents Parlements sont trop étroitement protectrices et que, de ce fait, elles nuisent à l'approvisionnement et à l'économie ⁽³⁴⁾. La seconde

⁽³²⁾ Cf. S. KAPLAN, *op. cit.*

⁽³³⁾ Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État* (Paris, 1977), p. 205-437.

⁽³⁴⁾ « Le Roy estant informé que le bruit de la maladie contagieuse dont la ville de Marseille est affligée ayant répandu la crainte et l'inquiétude, non seulement dans les provinces voisines, mais dans les lieux les plus éloignés, plusieurs parlements de ce royaume ont cru devoir rendre des arrests, où leur zèle pour la conservation des provinces de leur ressort les a porté à prendre des précautions surabondantes et capables non seulement d'augmenter l'allarme et la consternation dans le cœur des peuples, mais encore d'interrompre le cours ordinaire du commerce et de priver leur pays même, par un excès de prévoyance, des secours qui leur sont le plus nécessaires. Sa Majesté dont les veüs s'étendent également au besoin de toutes les provinces de son royaume, a jugé

raison tient à la nécessaire surveillance de certaine professions en raison du danger que leur activité fait courir à l'État. De cette catégorie relève l'orfèvrerie, car le travail des métaux précieux — or et argent — a des incidences sur le crédit de l'État⁽³⁵⁾. Enfin, dernière raison, l'étroite connexion des affaires à la politique. A cet égard, l'ampleur de la question janséniste justifie parfaitement la compétence de la Police de l'État quoi qu'en pensât le Parlement dont la tendance affirmée était de ne pas faire de différence avec la Police générale.

Ainsi située, la Police générale doit encore être confrontée au vocable administration dont l'essor au XVIII^e siècle dans un sens autonome est patent. Prost de Royer, qui s'est particulièrement intéressé à la notion, distingue la grande administration et l'administration particulière. La première n'est pas retenue par lui, car elle correspond au domaine souverain du roi, exercé par lui selon les différents moyens dont il dispose: législation, voie administrative ou réglementaire. L'analyse de l'arrêtiste est rejointe par la pratique des Parlements qui applique le « grande administration » au gouvernement, à l'organisation du royaume, et, plus précisément, aux services du Contrôle général des Finances. Il apparaît donc qu'à la fin de l'Ancien Régime le sens d'« administration » reste proche pour une bonne part des fonctions gouvernementales. Quant à l'administration particulière, de nature organisationnelle, et la seule à mériter ce nom, elle recouvre les règles de fonctionnement des corps. Qui plus est, elle est soumise au contrôle de la Police générale, preuve que l'administration ne supprime nullement la Police comme certains ont cru le comprendre.

Dès lors, les prétentions des Parlements en matière administrative ou de Police générale restent entières, et le recours à l'Édit de

à propos de renfermer dans un seul arrêt toutes les précautions qui ont paru nécessaires et suffisantes pour empêcher d'un côté la communication du mal dont elle espère que la ville de Marseille sera bientôt délivrée, pour conserver de l'autre la liberté du commerce entre les différentes provinces de son royaume et veiller également à leur sûreté et à leur abondance ». Cité par F. HILDESHEIMER, *Les parlements et la protection sanitaire du royaume*, dans *Les Parlements de Province*, op. cit., p. 486-487.

⁽³⁵⁾ Nous ne pensons pas, contrairement à E. FAURE (*La Disgrâce de Turgot* [Paris, 1961], p. 432), que l'imprimerie et la pharmacie relèvent de la Police de l'État. L'Édit de février 1776 semble viser uniquement l'orfèvrerie.

Saint-Germain de février 1641 ne peut en aucun cas les rabaisser. Par tradition historiographique plus que par examen attentif de son texte, l'Édit a été présenté avec une constance singulière comme formulant la séparation de l'administration de la justice et, par conséquent, excluant les Parlements du domaine administratif. Or, ce que proscriit l'Édit, et uniquement, c'est l'ingérence du Parlement de Paris dans les affaires politiques.

* * *

Tout au long de ce survol de l'administration judiciaire exercée par le Parlement, nous avons volontairement présenté l'action du Procureur général de façon désincarnée et intemporelle. Notre but n'était pas de mettre l'accent sur les hommes. Une mention s'impose néanmoins. De 1717-1790, le Procureur général au Parlement de Paris a toujours été un Joly de Fleury. C'est une dynastie d'administrateurs remarquables, parlementaires certes, mais tout autant, sinon plus, agents du roi. Encore bien méconnus, voire englobés dans le mépris qui accable le Parlement, leur rôle sous ce double rapport méritait d'être rétabli ⁽³⁶⁾, mais tout n'a pas été dit, loin de là, pour leur rendre pleine justice. On se bornera à souligner ici que les Joly de Fleury sont indissociables de l'administration réglementaire au XVIII^e siècle, parce qu'ils ont contribué très largement à l'épanouissement du ministère qui leur était confié.

A mesure que les fonctions du Procureur général s'étendent et se précisent, que les substituts dans les sièges sont de mieux en mieux gouvernés, l'arrêt de règlement peut se développer dans les directions les plus variées. Il se détache de la règle de droit privé, de son origine jurisprudentielle, pour aborder le vaste domaine du droit public. Il échappe, quant au fond, au Parlement judiciaire, mais il y reste attaché quant à la forme.

On assiste alors à quelque chose de parfaitement original: le Parlement reste maître de l'arrêt de règlement, lui donne existence et autorité, mais la substance est pour l'essentiel fournie par le Procureur général. Sans lui, il n'y aurait pas d'arrêt de règlement ou bien il serait réduit à une très petite expression judiciaire.

⁽³⁶⁾ Cf. Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, *op. cit.*

Ainsi, l'unité de l'administration et du judiciaire est-elle accomplie. Avec cet avantage que l'organe de justice par excellence assure le contrôle des actes réglementaires. L'élaboration et le contentieux étant exercé selon le mode judiciaire, des garanties juridictionnelles évidentes en découlent pour les justiciables.

JACQUELINE THIBAUT-PAYEN

SALUBRITÉ PUBLIQUE ET SÉPULTURE:
UN EXEMPLE D'ADMINISTRATION JUDICIAIRE
AU XVIII^e SIÈCLE

Dès qu'on sort du strict cadre judiciaire ou politique, le rôle du Parlement laisse encore sceptiques les historiens. Une flèche spirituellement lancée, lors d'une récente soutenance de thèse, le manifeste. Selon l'éminent archer, le transfert des cimetières à la fin du XVIII^e siècle n'aurait été laissé au Parlement qu'à la manière d'« un os à ronger ». Derrière cette formule macabre se profilent la fermeture du fameux cimetière des Innocents et les processions nocturnes au cours desquelles les restes des fidèles défunts, arrachés à cette terre consacrée, étaient finalement transférés à la tombe Isoire. Toutefois, le réalisme de la boutade dissimule à peine un certain dédain pour l'activité du Parlement qui s'exerce sur une si mince pâture. Ce faisant, elle illustre le courant historiographique dominant qui privilégie l'action du gouvernement et des Intendants à travers l'action du Conseil si remarquablement analysée (1). Par voie de conséquence, et dans le même mouvement, l'administration judiciaire est dépréciée lorsqu'elle n'est pas ignorée. Peut-être le terme « police », utilisé tout au long du XVIII^e siècle pour désigner l'œuvre administrative du Parlement, n'est-il pas stimulant pour l'esprit moderne? En effet, la substance de ce mot s'est considérablement appauvrie après l'épisode révolutionnaire, et, sans doute, cette cure d'amaigrissement a-t-elle pesé inconsciemment dans l'opinion des historiens. Seul le Lieutenant général de Police a

(1) Cf. M. ANTOINE, *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV* (Genève, 1970; Mémoires et documents publiés par la Société de l'École des Chartes, 19).

trouvé grâce à leurs yeux, en raison vraisemblablement de son rattachement étroit au Conseil.

Pourtant, le Parlement n'a pas lieu d'être évincé aussi promptement, ni d'être suffisamment satisfait des restes de la table institutionnelle. Certes, la Cour a dépensé beaucoup d'énergie pour obtenir la salubrité des lieux d'inhumation et l'éloignement des cimetières hors des agglomérations (2), mais, au titre de la Police, elle avait beaucoup d'autres questions substantielles à se mettre sous la dent (3). Dire que le Parlement avait une activité administrative considérable serait insuffisant si on ne la manifestait concrètement. Cela n'est pas aisé, tant les difficultés sont nombreuses. Lorsqu'on les surmonte, on a le bonheur de découvrir que la stéréotypie des arrêts s'éclaire par le rôle souterrain, mais primordial, du Procureur général. La Collection Joly de Fleury, du nom de la famille de magistrats qui a exercé cette charge au XVIII^e siècle, le démontre en fournissant les éléments que la sécheresse des archives judiciaires ne permet pas de soupçonner. Déjà, en étudiant la politique de salubrité visant à éloigner des habitations des vivants « les demeures infectes des morts », suivant la saisissante rhétorique de Le Peletier de Saint-Fargeau (4), nous avons saisi ce rôle; une thèse récente vient de mettre en pleine lumière, le maître d'œuvre de la Police générale et son moyen d'action: l'arrêt de règlement.

Le thème de la salubrité et des sépultures a sensibilisé fortement l'opinion au XVIII^e siècle. A cela plusieurs raisons. La première tient à la persistance des mentalités religieuses. Le Doyen Le Bras rappelait qu'« au Moyen Age, on ne se soucie des corps que pour le salut de l'âme. Une croyance attestée par des textes nombreux est que la proximité de l'autel, des reliques saintes et même des murs de l'église assure un contact bienfaisant. D'où la sépulture dans les

(2) Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État. Recherches d'histoire administrative sur la sépulture et les cimetières dans le ressort du Parlement de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles* (Paris, 1977).

(3) Cf. St. L. KAPLAN, *Le Pain, le peuple et le Roi. La bataille du libéralisme sous Louis XV* (Paris, 1986); et, d'une façon plus générale, Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine* (Paris, 1997).

(4) Michel Etienne Le Peletier de Saint-Fargeau, Avocat général ayant requis l'arrêt du 12 mars 1763.

églises ou contre les églises » (5). Cela est encore vrai au XVIII^e siècle puisque, dans ses lettres imprimées en 1745, le père Porée conserve la même analyse pour dénoncer une déviation de la piété: « C'est ainsi qu'on donnait une sphère d'activité à des prières et à des cérémonies religieuses dont l'effet est tout moral » (6). Toute atteinte à cette croyance ne pouvait que susciter défiance et hostilité. Or, précisément, une idée nouvelle émerge dans les cercles scientifiques: la présence des cadavres au milieu des vivants est une source de contagion. Rapidement les fidèles « éclairés » seront gagnés jusqu'à former une bonne partie de l'opinion publique, du moins celle qui compte. Sans doute trouverait-on dans l'élite des esprits moins portés à cette crainte, mais le poids de la science l'emportait, car la putréfaction des corps à fleur de sol ne présentait aucun caractère imaginaire; elle était quotidiennement tangible et suscitait çà et là des réclamations (riverains, fidèles dans les églises). Qui plus est, en matière d'épidémies, les alarmes populaires sont toujours prêtes à surgir; nulle époque n'en est à l'abri (7), la nôtre y compris.

Une autre raison tient au caractère démographique de l'Ancien Régime. Une forte mortalité abaisse la longévité moyenne. Dans ce contexte les épidémies demeurent redoutables, même si elles sont moins meurtrières que les pestes d'antan. La mort est donc souvent présente, et le lieu d'inhumation — le cimetière après l'interdiction quasi totale d'enterrer dans les sanctuaires — ne peut manquer d'exercer une influence sur les populations, d'autant plus qu'il est souvent placé au cœur des villes, en annexe des églises. Une des raisons avancées pour justifier le transfert d'un cimetière est très

(5) G. LE BRAS, Observations à la suite de la communication de Ph. ARIÈS, *Contribution à l'étude du culte des morts à l'époque contemporaine*, in *Revue des travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1996, I, p. 25-40.

(6) « ... les peuples s'imaginèrent que leurs âmes auraient plus de part aux prières et aux sacrifices, lorsque leurs corps seraient plus près des autels et des prêtres. De là leur empressement à être mis dans les église et jusque dans le sanctuaire, persuadés que les suffrages agissaient sur eux avec plus d'efficacité et en raison des distances [...] C'est ainsi... »; cité par le Dr. GANNAL, *Les cimetières depuis la fondation de la monarchie française jusqu'à nos jours. Histoire et législation* (Paris, 1884), p. 34.

(7) A l'époque médiévale, pour éviter le risque de contagion, les léproseries importantes étaient dotées d'un cimetière, ce qui dispensait d'utiliser le cimetière paroissial souvent contigu à l'église; cf. J. IMBERT, *Les hôpitaux en droit canonique* (Paris, 1947), p. 91 et 95.

instructive à cet égard: « ... personne n'ignore que l'indispensable nécessité d'assister aux offices de la paroisse et de voir en conséquence par le nombre des fosses le ravage d'une épidémie, n'influe considérablement sur sa propagation soit par la simple frayeur d'être atteint de la même maladie, soit par le renouvellement de sensibilité et de douleur de marcher sur le tombeau de ses proches ». L'auteur de ces réflexions, correspondant de la Société royale de Médecine, s'annonce, en quelque sorte, comme précurseur de la médecine psychosomatique en pensant que l'inquiétude et la douleur fragilisent. Un deuxième rapport rédigé, lui aussi par des experts, préconise donc un emplacement tout différent, « très caché », à portée des deux paroisses, « de façon qu'à peine les cadavres en seront sortis qu'ils seront transportés au lieu de leur sépulture par des voyes très peu fréquentées, on évitera le triste spectacle de la longueur des convois qui trop répétés dans les temps d'épidémie, jettent l'alarme et l'accablement dans les esprits, ce qui mérite beaucoup de considération »⁽⁸⁾. Il convient de souligner que ces notations psychologiques, dépourvues de visée polémique, ne sont pas extraites d'une publication scientifique ou d'un ouvrage de vulgarisation, mais qu'elles entrent dans des rapports destinés à l'administration judiciaire en la personne du Procureur général. Cela témoigne indéniablement d'une confiance dans l'aptitude du haut magistrat à entendre de tels arguments. Sa disponibilité et son ouverture d'esprit étaient loin d'être négligeables pour diriger les opérations qui s'imposaient alors.

Les développements que nous avons déjà consacrés à l'état des cimetières en 1776⁽⁹⁾ serviront de toile de fond à l'étude présente qui verse au dossier des documents inédits. Ils confirment tout d'abord que les usages ancestraux persistent. Ainsi à Serigné, dans le diocèse de la Rochelle, les habitants se plaignent de ce que le cimetière « ressemble plutôt à un champ désert qu'à un lieu saint » et que le syndic de leur communauté en dispose pour y envoyer

⁽⁸⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 38 et v^o, rapport des experts; fol. 52 v^o, rapport du maire et des experts, 30 juin 1777.

⁽⁹⁾ J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 227 sq. (« L'état des cimetières en 1776 »).

paître les bestiaux⁽¹⁰⁾. Au moins ce cimetière ne paraît pas insalubre. Il n'en est pas de même de celui de Romagnat, près de Clermont-Ferrand, qui est dans « une position très funeste à la santé des habitants. Il est situé dans le bourg et étant relevé en terrasse, la putréfaction filtre au travers des murs qui le soutiennent, et elle répand une odeur cadavéreuse qui dans certains tems rend le séjour des maisons qui l'environnent impraticable »⁽¹¹⁾. On pensait ce trait réservé aux alentours du plus célèbre cimetière parisien; visiblement il n'en est rien. Des experts de Saumur n'hésitent pas, quant à eux, à décrire le cimetière Saint-Nicolas comme « une espèce de cloaque [...] souvent noyé, tant par l'engorgement des eaux pluviales que par les inondations; ce lieu infect répugne autant à la vue qu'à l'odorat et est capable de remplir le quartier des plus mauvaises exhalaisons »⁽¹²⁾.

La deuxième constatation, c'est que l'état des cimetières est d'autant plus déplorable que les inhumations dans les églises sont prohibées depuis la déclaration de 1776; l'engorgement du champ des morts s'en trouve considérablement aggravé et cela multiplie encore les causes d'insalubrité traditionnelles. Dans certaines paroisses, les fossoyeurs resserrent tellement les fosses qu'ils « écornent avec leur bêche les cadavres voisins »⁽¹³⁾. A Romorantin, les exhalaisons, toujours elles, empoisonnent les habitants et la terre est tellement saturée de cadavres qu'ils mettent « seize ans à se consumer »⁽¹⁴⁾. La paroisse Saint-Martial de Montmorillon servira pour clore ces évocations plus ou moins dantesques: « ... les chiens et les cochons arrachent des tombeaux les froides reliques des morts et les emportent en les rongant, choses misérables à voir »; la vie ne perd pas pour autant ses droits, car « le cimetière de cette paroisse est des plus indécents en ce que les foires s'y tiennent [et qu'] on y

⁽¹⁰⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 418 *sq.*

⁽¹¹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1190, fol. 319, lettre du seigneur de Romagnat au Procureur général, 11 mai 1785.

⁽¹²⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1203, fol. 300 *sq.*, procès-verbal de visite, 1784.

⁽¹³⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 139 *sq.*, résumé des bureaux concernant Evron.

⁽¹⁴⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1201, fol. 113, résumé des bureaux, avril 1787.

attache les bêtes de charge aux croix » (15). Le malheureux curé qui relate ces faits, impuissant à les réformer, témoigne de toute sa désolation.

L'analyse de ces relations fait ressortir une trilogie que le Parlement reprend dans ses arrêts prescrivant les opérations nécessaires pour le transfert des cimetières: « salubrité de l'air », « exhalaisons », « maladies contagieuses » (16). La présence du cimetière au sein des habitations et son exigüité présentent, en effet, toujours des « inconvénients pour la salubrité de l'air ». Quant à l'objectif de la réforme, il est constamment justifié en ces termes: « ... étant de l'intérêt des habitans d'une ville aussi considérable que Lyon de prévenir tout ce qui peut occasionner des maladies contagieuses... » (17). Mais l'importance de la ville n'y est pour rien, puisque la formule et la préoccupation qui la sous-tend se retrouvent pour les moindres agglomérations, telle la petite châtellenie royale de Souvigny, en Sologne (18).

En s'en tenant à l'uniformité dégagée par les arrêts du Parlement, on n'aurait qu'une très faible idée du rôle du Procureur général, d'autant que le travail préparatoire auquel il procède avec son équipe n'aboutit pas toujours à un arrêt. Ainsi, le dossier concernant le transfert du cimetière de La Rochefoucauld montre que cette opération a duré au moins deux ans et que les directives et conseils qui aboutissent à l'éloignement des sépultures n'ont pas été pris à son insu; néanmoins Joly de Fleury ne fera pas rendre « arrêt à l'ordinaire » (19). Si fait que, dans ce cas comme dans d'autres, on ne trouve aucune trace dans les arrêts du Parlement de l'activité, pourtant primordiale, du Ministère public. La nécessité des arrêts

(15) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1197, fol. 152, extrait des pièces concernant les cimetières, et fol. 188, lettre du curé au Procureur général.

(16) Nous avons effectué la vérification pour les deux années qui suivent la déclaration de 1776.

(17) Arch. nat., X^{1a} 8569 (30 janvier 1777).

(18) Arch. nat., X^{1a} 8573 (22 décembre 1777): « ... les exhalations qui en proviennent sont entièrement contraires à la salubrité de l'air ...] comme il est important de prévenir les effets que les maladies contagieuses pourroient occasionner dans la ville de Souvigny... ».

(19) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 227 *sqq.*, dossier La Rochefoucauld.

n'en est pas pour autant diminuée; une lettre du procureur du roi d'Issoire à son supérieur hiérarchique en témoigne: « Nous vous conjurons pour tous nos citoyens menacés des maladies les plus affreuses d'après l'avis de leurs médecins, de vouloir bien nous envoyer le plutôt possible un arrêt qui tranquillise les esprits » (20).

De ces peurs morbides qui naissent désormais dans le sillage des progrès de la médecine (21), les populations cherchent à se délivrer; elles se tournent alors vers leur protecteur naturel, car le plus proche: l'administration judiciaire. La vérité oblige à reconnaître cependant que l'alarme n'est pas universelle (22); lorsque le Parlement de Paris ordonne son enquête générale sur les cimetières de la capitale en 1763, les marguilliers du cimetière Saint-Paul, pourtant d'une insalubrité incroyable, assurent contre toute raison que « ce cimetière est le plus aéré de Paris et n'incommoder personne » (23). Mais ces marguilliers expriment plus leur désir de ne rien bouleverser que la réalité. Il n'en est pas moins vrai que la crainte des épidémies est soulignée constamment dans les correspondances ou rapports qui affluent dans les bureaux du Procureur général. A Beaune-en-Gâtinais, la petite vérole règne depuis un an et on enterre tous les jours (24). A Feuquières-en-Beauvaisis, sur deux mille cinq cents habitants, on compte quatre cents malades et on a recensé soixante décès (25). A Beauvais, « les cimetières sont presque remplis, à cause d'une maladie épidémique qui a enlevé beaucoup de monde » (26). Un cercle vicieux se forme: non seulement les épidémies remplissent les cimetières, mais les cimetières, à leur tour, provoquent des épidémies. Le marquis de La Garnache, en Bas Poitou, le démontre à Joly de Fleury: « ... depuis un mois il y a

(20) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 57 v^o, lettre du procureur du roi d'Issoire au Procureur général, 4 juillet 1777.

(21) Cf. sur ce point, le très suggestif tableau de la médecine au XVIII^e siècle brossé par J. Mc. MANNERS, *Death and the enlightment* (Oxford, 1981), p. 24 sq.

(22) Nombreux également sont ceux qui sont persuadés de l'innocuité du cimetière; cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État, op. cit.*, p. 411 sq.

(23) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1207, fol. 176, « Extraits des procès-verbaux des commissaires et des mémoires des fabriques... », 1763.

(24) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1186, fol. 313 sq., lettre d'un notaire au Procureur général, 3 septembre 1781.

(25) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 259 sq., dossier Feuquières.

(26) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1186, fol. 398 v^o, note des bureaux.

été enterré plus de deux cents personnes, aujourd'hui encore dix [... une] cruelle maladie désole tout le pays [et] selon les plus célèbres médecins, le foyer est dans le cimetière »⁽²⁷⁾. Une partie de l'opinion est incontestablement obsédée par la croyance que la proximité de cimetières insalubres fait courir des dangers considérables. Le Procureur général lui-même s'en fait l'écho auprès des prélats, l'évêque de Noyon en l'occurrence: « J'ai l'honneur, M., de vous représenter que la déclaration du mois de mars 1776 a eu principalement pour objet de veiller à la salubrité de l'air, et je suis persuadé que si on vous avoit informé des maladies épidémiques qui sont survenues dans la paroisse de Feuquières, vous auriez fait pourvoir aussitôt pour qu'il fût procédé sans délai à la bénédiction du nouveau cimetière et je vous prie d'y faire pourvoir pour qu'on ne puisse pas imputer les maladies épidémiques qui pourroient encore survenir dans cette paroisse aux inhumations qu'on feroit dans l'ancien cimetière de cette paroisse »⁽²⁸⁾. Faute d'éléments décisifs, le Procureur général ne prend pas parti sur le fondement des émotions; il cherche seulement à apaiser les inquiétudes populaires.

Comment l'administration judiciaire, et surtout le Procureur général placé à sa tête, ont-ils géré cette importante querelle des vivants et des morts? Tout au long du XVIII^e siècle, le Parlement de Paris a eu l'occasion de surveiller de près les lieux de sépulture. Les tentatives radicales de la Cour pour expulser les morts de la capitale ont été maintes fois retracées⁽²⁹⁾. Elles s'enlisent devant les difficultés inextricables, mais elles ne sont pas vaines pour autant. Il faut, en effet, y voir la genèse du premier texte royal à envisager globalement un vaste problème de salubrité publique touchant la « conservation » de la vie des sujets du royaume, et, il faut le

⁽²⁷⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 2, lettre du 3 octobre 1779. Par ailleurs on sait que « les exhalaisons continuelles émanées tant de ses fosses ouvertes que par les cadavres trop superficiellement enterrés [chargent l'air] de miasmes corrompus et méphitiques, propre à occasionner des maladies épidémiques telles que fièvres putrides ou malignes et même pestilentielles... » (fol. 5).

⁽²⁸⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 292, lettre du Procureur général à l'évêque de Noyon (1787).

⁽²⁹⁾ Cf. la bibliographie et l'analyse de arrêts des 12 mars 1763 et 21 mai 1765 dans J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit.

souligner, à avoir une portée préventive. Consacrant les efforts des magistrats et des prélats éclairés, tel Loménie de Brienne, la déclaration royale du 10 mars 1776 décide deux mesures qui se complètent. La première interdit d'inhumer désormais dans les églises. Ne sont exceptés de cette disposition que les évêques, curés, hauts-justiciers et fondateurs, chacun, cela va de soi, dans son église respective, et à condition de faire construire les caveaux réglementaires. En conséquence, les cimetières, non prévus pour une telle affluence, vont accueillir la quasi-totalité des fidèles défunts. Il n'en devient que plus urgent, c'est la deuxième mesure, d'éloigner des habitations des vivants les lieux d'inhumations. L'article 7 ordonne ce transfert, mais avec prudence toutefois puisqu'il précise que les cimetières « insuffisants pour contenir les corps des fidèles seront agrandis; et ceux qui, placés dans l'enceinte des habitations, pourroient nuire à la salubrité de l'air, seront portés, autant que les circonstances le permettront, hors de ladite enceinte »⁽³⁰⁾. Ni le Parlement ni le Procureur général ne sont mentionnés dans ce texte, à croire que son application doit se faire sans eux. En réalité c'est tout l'inverse, et leur rôle a été plus que prépondérant. Sur l'ensemble de la question, nous renvoyons à nos recherches antérieures. Nous voudrions simplement ici mettre en relief deux aspects qui méritent un éclairage supplémentaire: le fonctionnement de l'administration et l'attention portée par elle aux données sociologiques.

I. UNE ADMINISTRATION COMPÉTENTE ET RÉALISTE

Un esprit contemporain, imprégné de la tradition napoléonienne, a du mal à concevoir que le Procureur général du roi, haut magistrat s'il en est, puisse exercer une activité administrative. C'est pourtant sur lui que repose l'instruction et l'application des décisions du Parlement en la matière. La singularité de cette fonction vient de ce qu'elle n'est subordonnée à personne, sauf au Parlement, mais seulement quant à l'expression de la décision. Et encore convient-il de préciser que celle-ci est plus que tributaire des

⁽³⁰⁾ Cf. le texte de la déclaration, *ibid.*, 435-437. Précisons que l'article 8 réserve le cas de Paris en raison de sa complication.

informations que le Procureur général fournit et de la conduite qu'il propose. On peut dire, par conséquent et sans exagération, que le chef du Parquet général est relativement indépendant dans son appréciation des situations. Dès lors, la liberté décisionnelle en fait de salubrité des cimetières, inscrite dans la déclaration, repose entièrement sur lui. Il lui appartient donc de mettre en œuvre les moyens nécessaires à la réalisation du but poursuivi. En l'espèce, cela implique une connaissance technique des lieux que le Magistrat ne peut avoir personnellement. Le recours à des personnes compétentes s'impose. Mais le Procureur général n'est pas davantage lié par ces collaborateurs occasionnels que par les auxiliaires naturels que sont ses substituts dans les sièges.

A. *Les méthodes administratives du Procureur général.*

L'ampleur du ressort du Parlement de Paris et les lenteurs bien connues de la justice sous l'Ancien Régime semblent défier l'efficacité d'une administration issue du Parlement. Si l'on ajoute à cela que le personnel immédiat dont le Procureur général dispose est en nombre très restreint, la vision ne peut être que pessimiste. Pourtant, la réalité forme un singulier contraste. L'activité du Procureur général révèle, en effet, que la diligence et l'exactitude qu'il manifeste sont éclairées par la sagacité et la diplomatie que tant lui que ses collaborateurs déploient.

Contrôle de l'information.

Le très vaste et riche réseau d'informateurs relié au Procureur général ⁽³¹⁾, lui fournit quotidiennement des renseignements croisés, à cause de la diversité des sources, mais qui, dans tous les cas, se complètent. Selon les lieux, la liste des contributeurs est plus ou moins riche. Il n'existe pas de règle. Pour ne prendre que deux exemples, La Rochelle nous offre une palette des plus larges en mettant en scène le procureur du roi, les officiers du siège présidial,

⁽³¹⁾ Cf. Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris*, op. cit., p. 225-235.

les officiers municipaux, les curés des paroisses, l'évêque et l'Intendant⁽³²⁾; tandis qu'à Provins les causes des maladies épidémiques sont exposées par les officiers municipaux et un médecin⁽³³⁾. Entre ces deux extrêmes, la gamme offre de multiples variations, car habitants, seigneurs, curés et officiers de justice, acteurs au premier plan, ne manquent pas de rendre compte des événements locaux⁽³⁴⁾. Mais plusieurs strates sont à distinguer: sur une information spontanée, qui émane par conséquent d'une ou deux catégories de personnes, viennent se greffer, au fur et à mesure du développement de l'affaire, d'autres avis aux fins de contredire ou appuyer, sans oublier les points de vue que le Procureur général requiert des autorités concernées. Le supplément d'enquête demandé par Joly de Fleury au procureur du roi de La Roche-sur-Yon correspond à cette troisième vague: « Je vous envoie le mémoire qui contient de nouveaux éclaircissements que j'ai reçu au sujet de la paroisse de Poiré. Je vous prie de vous transporter sur les lieux, de vérifier par vous-même les faits de ce mémoire et de me faire part ensuite de vos observations en me les renvoyant »⁽³⁵⁾.

Toutes les pièces reçues sont analysées avec grande précision et sagacité. L'examen est mené en considération seule de l'objet et non de l'importance du lieu, ville ou simple village. Souvent, il est nécessaire de déceler le non-dit, de relever la partialité. Même ceux qui par état ne devraient pas être suspectés n'échappent pas à la perspicacité des bureaux du Procureur général. De fait, derrière l'obéissance apparente des substituts, il faut scruter si toutes les formalités ont été respectées, si tout a été mis en œuvre, bref si l'esprit du programme a été suivi. Ainsi, à Calais, le procureur du roi « s'est conformé extérieurement à ce que M. le Procureur général lui marquait [mais] il n'a fait entendre dans l'information *de commodo et incommodo* qu'il a jugé à propos de faire, aucuns propriétaires des maisons voisines du cimetière. Il s'est contenté de faire entendre un

(32) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 277 *sq.*

(33) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 555, fol. 393 *sq.*

(34) Au Hamel-sous-Corbie, les heurts et rebondissements liés au transfert du cimetière sont relatés ou dénoncés régulièrement (cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1182, fol. 181 *sq.*).

(35) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 63, lettre du 10 septembre 1779 relative au Poiré-sur-Vie.

prêtre habitué de l'église, deux serviteurs de la paroisse, et une vingtaine d'ouvriers et de journaliers demeurant dans le voisinage du cimetière. Ces 25 témoins déclarent, il est vrai qu'ils n'ont reconnu aucun inconvénient au cimetière actuel, et que l'eau de la citerne royale qui touche à ce cimetière est la meilleure de la ville. Mais une pareille déclaration remplit-elle le vœu de M. le Procureur général? »⁽³⁶⁾. La psychologie des administrés et les ressorts sociologiques, étant parfaitement pénétrés, ne sont pas davantage de nature à tromper ou illusionner. En vertu de quoi, tel mémoire adressé par un curé qui souhaite conserver son vieux cimetière est rapidement jugé à sa juste valeur: il « est signé de dix huit habitans seulement, et suivant les procès-verbaux, cette paroisse est composée de plus de sept cents habitans. Les signatures de ces 18 paroissiens ont été données par déférence au curé »⁽³⁷⁾.

Les notes de service émanant des bureaux sont nombreuses et précieuses à plus d'un titre. Non seulement elles dévoilent la technique d'instruction des dossiers, mais elles révèlent encore comment les obstacles innombrables et variés qui surgissaient étaient soupesés et surmontés; elles nous renseignent, en outre, sur les différentes options envisagées par les collaborateurs du Procureur général⁽³⁸⁾. De façon synthétique, le cas de Feuquières-en-Beauvaisis résume cette activité. On trouve tout d'abord le résumé d'un mémoire anonyme: « On demande la translation du cimetière comme trop petit pour les inhumations ordinaires et d'ailleurs il est rempli et placé dans le milieu du village composé de 2500 personnes »; puis, une deuxième main a ajouté sur cette note: « Comme le mémoire n'est signé de personne, fera-t-on l'arrêt tout de suite, ou écrira-t-on au procureur du roi de Clermont-en-Beauvaisis pour avoir des renseignements »⁽³⁹⁾. Les solutions immédiates se dégagent rarement, car les situations embrouillées ne manquent pas: « Que faire en ce moment. Le terrain du s^r Vernet indiqué par le 1^{er} procès

⁽³⁶⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1187, fol. 138 v^o-139, note des bureaux.

⁽³⁷⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 365, note des bureaux concernant Auzais, 28 décembre 1779.

⁽³⁸⁾ Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 300-305, en ce qui concerne les cimetières; et sous un autre angle: Ph. PAYEN, *Les arrêts de réglemant du Parlement de Paris*, op. cit., p. 345-387.

⁽³⁹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 261, note des bureaux.

verbal, jugé convenable par les 1^{ers} experts, adopté par l'arrêt du 4 avril 1780 est rejeté aujourd'hui [...] On a, dit-on, découvert depuis l'arrêt que ce terrain est mal situé et exposé au vent du midi, mais ce fait n'est constaté par aucun procès verbal [...] D'un autre côté l'évêque, le curé, le maire [...] le procureur du roi voudroient qu'on prît le terrain du s^r Rochon de Valette [...] le plus convenable à tous égards... » (40). Peu importe ici le choix final, il suffit de constater la perplexité des bureaux.

Souplesse et prudence.

Habituelles chez le Procureur général et ses collaborateurs, ces deux qualités sont particulièrement manifestes dans l'application de la déclaration de 1776.

Pour épouser les informations nouvelles ou l'évolution de la situation, des modifications sont portées aux décisions déjà prises, à l'instar du médecin qui change ses prescriptions en fonction de l'état de la maladie (41). Sur requête du Procureur général, le Parlement a rendu un arrêt prescrivant des mesures d'information; c'est une procédure classiques, à laquelle le Procureur général, saisi de plaintes, a souvent recours pour faire vérifier la salubrité d'un cimetière par la justice des lieux. Or, à la suite de renseignements supplémentaires, le cours des choses vient à changer. En conséquence, le procureur du roi en la sénéchaussée à Riom reçoit l'ordre de se conformer à la nouvelle position du Parquet: « Je vous ai envoyé le 12 de ce mois l'expédition d'un arrêt rendu par le Parlement le 1^{er} [...] relativement au cimetière de la paroisse de Laurier, vous voudres bien me renvoyer cette expédition et ne donner aucune suite à l'exécution de cet arrêt jusqu'à ce que vous ayes eu de mes nouvelles ». Cette rétractation demeurerait mystérieuse si elle ne s'éclairait par une sollicitation de rendez-vous de la part du vicaire général de Saint-Flour. Une note laconique enregistre la décision prise: « 18 juin 1779 / convenu avec l'abbé de Massals, grand vicaire, d'attendre ». Cela reste encore sibyllin. Mais quelques mots sup-

(40) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 4 *sq.*, note des bureaux (1783).

(41) Allusion au flair du Politique que Platon oppose à la rigidité obstinée de la loi.

plémentaires permettent d'entrevoir les raisons du revirement: « Riom à 18 lieues — Saint-Flour, 4 à 5 lieues ». Probablement chargé par l'évêque de Saint-Flour de procurer le transfert souhaité et, à cet effet, de ne pas trop obérer les finances de la paroisse, le mandataire a sans doute souligné l'éloignement excessif de Riom. Ces raisons ont dû conduire le Procureur général à retirer l'exécution de l'arrêt aux officiers de ce siège et à suspendre la procédure en considération, vraisemblablement, des problèmes diplomatiques locaux ⁽⁴²⁾. Un pragmatisme semblable se retrouve lorsque l'attitude des populations elles-mêmes vient à changer, car le Procureur général a besoin de leur coopération tant pour le choix du nouveau lieu d'inhumation que pour leur acceptation générale du transfert. Or, précisément, dans bien des villes, le choix et l'acquisition d'un nouveau terrain suscitent des clans qui s'opposent avec véhémence. Et lorsque les rapports de force évoluent, à l'occasion d'un changement de maire par exemple, le Ministère public est conduit à requérir une mesure totalement différente de la décision primitive. Guéret le montre, où, par un deuxième arrêt, on revient sur l'implantation précédemment décidée du nouveau cimetière dans le terrain d'un particulier.

Sans aucun déplacement, sans aucune tournée d'inspection, telles celles effectuées parfois par les Intendants ⁽⁴³⁾, le Procureur général, grâce à la diversité des informations qu'il centralise, peut prendre des décisions qui correspondent étroitement aux nécessités locales. Le réalisme et la souplesse du Ministère public y sont pour beaucoup, mais aussi, dans un registre voisin, la prudence, parce que le traitement d'une question aussi délicate dans tous ses prolongements que le déplacement des défunts, requiert de n'agir qu'en parfaite connaissance de cause.

Seules les épidémies impliquent une célérité sans faille; en dehors de cela, les informations doivent être plurales et concordantes. Il ne saurait être question de se satisfaire d'un seul élément, quand bien même existerait-il un commencement de procédure entouré apparemment de toutes les garanties de régularité. Un des

⁽⁴²⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1201, fol. 98 *sqq.*, dossier Laurie.

⁽⁴³⁾ Cf. M. BORDES, *L'administration provinciale et municipale en France au XVIII^e siècle* (Paris, 1970), p. 134.

cimetières de Gragay ayant été jugé insalubre par les experts commis par les officiers du bailliage d'Issoudun, ils ont indiqué pour le remplacer un terrain appartenant au chapitre de Graçay. Mais les chanoines refusent obstinément de se laisser déposséder, avec quelque raison semble-t-il, puisqu'un substitut du Procureur général conseille une réserve prudente: « Il semble que dans cette position il n'y a rien à faire. Le procureur du roi d'Issoudun n'a pas encore écrit. Personne ne se plaint de la conservation du cimetière, dont la translation n'a été jugée nécessaire que parce qu'il est dans l'enceinte de la ville. C'est une affaire qu'il ne faudra réveiller que quand il y aura des plaignants ou que le procureur du roi d'Issoudun écrira »⁽⁴⁴⁾.

A plus forte raison, la perplexité s'impose lorsque les mobiles sont obscurs. Le cas de Beaufort, où « il y a douze ans qu'on s'occupe de la translation du cimetière [...] sans pouvoir en venir à bout », est assez représentatif. L'année précédant la déclaration royale, un arrêt en avait ordonné la visite, mais, le résultat étant peu probant, le Procureur général « crut que c'étoit le cas de laisser cette affaire ce côté ». Onze ans plus tard, en 1786, l'insistance du procureur du roi provoque un second arrêt aux mêmes fins. Toutefois, le comportement de cet officier ne semble pas s'être amélioré, puisqu'il suscite la réprobation du substitut en charge du dossier: « Il ne paraît pas que pour exécuter cet arrêt le procureur du roi ait cherché à se concerter avec les officiers municipaux »; et de détailler les irrégularités commises dans la procédure. De son côté, le procureur du roi, sûr de lui, « prie le Procureur général de faire ordonner que le cimetière sera transféré dans le Champ de Monbeaume [?] appartenant à l'hôtel Dieu ». Cette démarche pressante embarrasse visiblement les services du Procureur général; ils la trouvent en effet quelque peu prématurée au vu des différentes pièces en leur possession. Certes, on convient que le climat local pouvait justifier une certaine détermination de la part de l'officier du ministère public, puisqu'« en général les habitants de Beaufort sont mutins et intraitables ». Mais cela ne peut tout excuser: « d'un autre côté, on ne peut se dissimuler que le procureur du roi n'a pas agi avec la circonspection convenable et qu'il eût dû ne pas brusquer les

(44) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 261.

opérations comme il l'a fait. En outre un ancien mémoire présenté à M. le Procureur général par les officiers municipaux annonce que le procureur du roi ne presse la translation du cimetière que pour augmenter avec le terrain du cimetière actuel le jardin de son beau-père ». Cela dit, le rédacteur de l'analyse soumet ses doutes à Joly de Fleury: « En cet état, fera-t-on l'arrêt... » (45).

Et si, inversement, les vœux des différents acteurs concordent, l'adhésion du Parquet général n'est pas gagnée pour autant. Il faut, pour le convaincre, un minimum de régularité. Précisément, les habitants de La Chaise-Dieu y ont manqué dans le choix du nouveau cimetière. Cela est résumé dans une note interrogative: « Peut-on rendre arrêt sans que les propriétaires aient été consultés, sans que le terrain ait été visité. D'un autre côté, il est certain que le cimetière actuel est insuffisant et le curé, le procureur fiscal, le bailli écrivent à M. le Procureur général pour demander l'homologation » (46).

Toutefois, le respect des formalités légales n'est pas toujours scrupuleusement requis lorsqu'elles concernent des points accessoires. Dans ce cas, de légères entorses sont tolérées, comme l'indiquent des mentions appelant à « fermer les yeux... » (47). Ces libertés sont commandées, assurément par la conscience du traumatisme que peut causer dans les populations la fermeture du cimetière ancestral, et qu'il ne faut pas accroître, mais également par la difficulté de satisfaire les exigences de la réforme. Dans l'un et l'autre cas, le réalisme est indiscutable.

Interprétation des mesures gouvernementales.

Le transfert des cimetières prévu par la loi doit s'effectuer « en vertu des ordonnances des archevêques et évêques diocésains », « les juges des lieux, les officiers municipaux et habitants » étant tenus d'y « concourir ». Nous ne nous arrêterons ici que sur

(45) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1186, fol. 210-211, résumé des bureaux concernant Beaufort-en-Vallée.

(46) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 368.

(47) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1205, fol. 220. Les officiers municipaux de Troyes envisagent de clore le cimetière par une simple palissade en roseau, parce que de véritables murs feraient « un mauvais effet pour la promenade de la ville ».

l'expression « juges des lieux », plus ambiguë qu'il n'y paraît ⁽⁴⁸⁾. Certes, des concours locaux sont indispensables, mais, si l'intervention du ministère public semble aller de soi pour les justices royales, celle des justices seigneuriales appelle une interprétation et plus de délicatesse dans son utilisation.

L'attitude la plus expédiente est de considérer tous les officiers de justice comme juges des lieux. Ainsi procède-t-on tout d'abord pour Romagnat: « ... aux termes de la déclaration de 1776, il semble que c'est aux juges des lieux à connaître de ce qui est relatif aux cimetières »; en foi de quoi le rédacteur de la note prescrit d'écrire « à M. de Bezance pour savoir s'il y a [...] des officiers de justice en titre » et si ce village est éloigné de Clermont. Sur la distance, la réponse est nette: une lieue. Quant au reste, elle est assortie d'un commentaire peu engageant: « ... les juges de ce bourg sont institués par moi et la justice se rend en mon nom. Mais je ne sais si par le nom de juge des lieux, le roy a entendu parler des juges seigneuriaux ». Cette réaction mérite d'être remarquée, dans la mesure où, contrairement à ce que l'on aurait pu supposer, ce seigneur, par ailleurs premier conseiller à la Cour des Aides, ne semble guère flatté de la considération portée à ses officiers par le Parlement. Peut-être ne souhaite-t-il pas endosser la responsabilité des opérations vis-à-vis de la population, ni charger ses officiers d'une tâche supplémentaire. Quoi qu'il en soit, les objections de M. de Bezance n'ont pas été jugées sans fondement par le Procureur général, puisque le 22 août 1785, il requiert un arrêt commettant les officiers de Clermont pour effectuer les opérations relatives à ce cimetière ⁽⁴⁹⁾.

A Romagnat, c'est l'absence de juges royaux qui créait le problème. Ailleurs, leur présence ne le supprime pas, dès lors qu'ils ne sont pas seuls à rendre la justice, comme le démontre le cas de Laval: « M. le Procureur général doit décider si, pour les opérations à faire pour les cimetières de la paroisse Saint Vénérand de Laval, on adressera la commission par l'arrêt qui sera rendu au juge royal des

⁽⁴⁸⁾ Sur les autres difficultés d'interprétation, voir J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 279 sqq. (officiers municipaux) et p. 338 sqq. (évêques).

⁽⁴⁹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1190, fol. 321, note des bureaux; fol. 324, lettre du seigneur de Romagnat au Procureur général, 20 juillet 1785; fol. 325 sq., requête pour l'arrêt.

exempts ou au juge de la justice ordinaire qui est seigneurial ». Pour résoudre ce dilemme, le rédacteur de la note s'empresse de produire des arguments difficilement réfutables en ce qu'ils reposent sur la pratique constante du Parlement: « Par l'arrêt du 30 janvier 1627, il est dit que les arrêts de la Cour seront exécutés par celui auquel ils seront adressés. Comme le Parlement ne commet jamais les officiers subalternes et qu'il adresse toujours les commissions aux officiers royaux, je crois que M. le Procureur général pourra préférer d'adresser l'exécution de l'arrêt au juge royal des exempts ». Toutefois, il ne cache pas que d'autres considérations, qui vont dans l'autre sens, sont à prendre en compte, à savoir que le seigneur est peut-être moins indifférent à ses prérogatives que celui de Romagnat: « Mais M. le duc de la Tremoille pour la conservation de ses droits de justice pourra peut-être former opposition à l'arrêt. M. le Procureur général voudra bien montrer le dispositif de l'arrêt à M. le Président son frère et lui faire part de la difficulté ». Dans ces conditions, le substitut suspend la rédaction de la requête⁽⁵⁰⁾. Finalement, conformément à la pratique constante du Parlement, l'arrêt sera expédié au juge royal.

Si la doctrine semble privilégier le juge royal, le juge seigneurial n'est pas pour autant négligé. Des raisons pratiques justifient son concours, notamment l'urgence, la distances entre les sièges, les frais de déplacement, sans compter les susceptibilités locales. Toutes raisons qui se conjuguent. A Feuquières-en-Beauvaisis, après avoir balancé entre les deux possibilités, on s'est décidé pour le juge seigneurial⁽⁵¹⁾. A La Chaise-Dieu, un arrêt de 1783 a pris la même option, mais cet officier ne semble pas suffisamment apte à surmonter les complications nouvelles. Son désaisissement est alors prévu, mais auparavant on tente de le motiver: « ... on peut ou parler à M. le cardinal de Rohan abbé de la Chaize Dieu, ou écrire au procureur fiscal d'aller en avant, sinon qu'on fera faire les opérations par le juge

⁽⁵⁰⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 245.

⁽⁵¹⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 272, « brouillon de requête — 8 juillet 1784 — arrêt conforme »: « ... comme il est important de prévenir les effets que les maladies contagieuses pourroient occasionner [...] Qu'il plaise à la Cour ordonner qu'à la requête du procureur fiscal... ».

roial le plus prochain »⁽⁵²⁾. Ce n'est qu'en cas de manque caractérisé de diligence qu'on s'adressera au juge royal. L'utilisation du juge seigneurial possède sans conteste des avantages qui le font préférer souvent au juge royal, quand bien même celui-ci aurait déjà procédé à des investigations. Averti de la présence d'épidémies très pernicieuses dans les environs de La Bazoches-Gouet en 1785, le Procureur général écrit au procureur du roi d'Yenville pour connaître les mesures prises depuis deux ans. Cet officier étant décédé, son substitut répond qu'il s'est lui-même transporté sur place, que le cimetière est bien dans le cas d'être transféré, mais que les habitants sont très divisés. Ce qui appelle les réflexions suivantes de la part des bureaux du Procureur général: « En cet état, il semble qu'il faut arrêter, mais comme Yenville est à 16 lieues de la Bazoches-Gouet, ne seroit-il pas plus convenable de charger les officiers du lieu des opérations. Mais avant il faut vérifier s'il y a une justice particulière... »⁽⁵³⁾. Cela étant assuré, un arrêt confie en conséquence l'affaire aux officiers seigneuriaux. Il est patent que la position du Ministère public et, partant, du Parlement, s'est déterminée à la fois par un souci d'efficacité administrative et d'économie.

En dépit du principe, le réalisme l'emporte sur les préoccupations de hiérarchie entre justices royales et justices seigneuriales. Les juges seigneuriaux sont commis subsidiairement: s'ils collaborent, très bien, sinon l'application de la loi reste entre les mains du juge royal. Mais, en tout ceci, la décision appartient au Procureur général. C'est à lui, en tant que suprême administrateur, qu'appartient le choix des moyens pour assurer la meilleure exécution possible du texte royal.

B. *L'expertise: une science auxiliaire.*

Les documents utilisés dans cet article ne modifient pas l'exposé précédemment fait des critères de désignation des experts et des qualités qu'ils doivent remplir⁽⁵⁴⁾. En revanche ils complètent le tableau des arguments scientifiques avancés par ceux-ci. Quelque

(52) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 357 v^o, note des bureaux.

(53) *Ibid.*, fol. 344, note des bureaux.

(54) Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 282-291.

discutables qu'ils puissent paraître à nos yeux, ils reflètent une époque et un état des connaissances scientifiques. Dès lors, le fait qu'ils soient acceptés par le Procureur général ne saurait plaider pour sa crédulité. Il n'a donc aucune raison de contester les conclusions des experts de Boulogne lorsqu'ils estiment qu'à Calais il ne « peut résulter aucune espèce d'inconvénient pour la citerne roiale » de la proximité du champ des morts, parce que « les miasmes montent toujours »⁽⁵⁵⁾. Si donc il vient à écarter ces jugements, ce ne peut être que pour des raisons purement administratives, comme à Feuquières-en-Beauvaisis. Le procureur fiscal signale à Joly de Fleury que les villageois sont « dans l'usage de faire mettre sur les fosses nouvellement faites des croix de fer et de bois ». Il le prie, en conséquence, « de faire ordonner par le nouvel arrêt que les croix et épitaphes seront enlevées », car « les experts ont décidé que ces croix étaient très nuisibles en ce qu'elles favorisoient l'évaporation des miasmes putrides ». Le collaborateur du Procureur général qui analyse cette lettre ne porte aucun jugement sur l'appréciation; en revanche, il ne semble pas pressé de faire avaliser par arrêt le remède suggéré. Une demi-mesure lui paraissant plus opportune: « Faudra-t-il arrêt pour cela et ne suffira-t-il pas de répondre au procureur fiscal qu'il peut le faire ordonner par le juge »⁽⁵⁶⁾. A l'évidence, cette question dépasse la police et concerne la religion, aussi le Ministère public ne souhaite-t-il vraisemblablement pas, sur un point somme toute mineur, créer une occasion de frictions entre l'Église et le Parlement.

Sous ces réserves, comment le Procureur général et ses bureaux analysent-ils les rapports des experts? Quel crédit, quel poids leur accordent-ils?

Nécessité.

Ces expertises concernent aussi bien les cimetières que les caveaux construits sous les églises ou dans les cloîtres et chapelles ouvertes. Les dimensions et la profondeur (six pieds) des caveaux

⁽⁵⁵⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1187, fol. 134 v^o (résumé des bureaux).

⁽⁵⁶⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 259 v^o.

étant fixée, le Procureur général veille soigneusement au respect de ces prescriptions. Les officiers locaux sont chargés de conduire les vérifications et d'en rendre compte, comme le montre l'accusé de réception adressé à un avocat fiscal: « J'ai reçu votre lettre [...] et les expéditions qui y étoient jointes des procès-verbaux de visite que vous avez fait faire des caveaux que les religieuses du couvent de Sainte Claire proposent » pour la sépulture des sœurs extérieures et des religieux cordeliers qui assurent la desserte de leur maison ⁽⁵⁷⁾. Ensuite, ses bureaux analysent les procès-verbaux: « Les experts maçons n'en ont pas dressé un particulier, il est vrai qu'ils ne savent écrire ny l'un ny l'autre [...] Quant aux médecins et chirurgiens, ils pensent que le caveau [destiné aux cordeliers] peut servir sans inconvénient [...] à l'égard du caveau destiné aux soeurs ils ont décidé l'emplacement où il doit être construit, les longueurs, largeur et dimensions nécessaires... » ⁽⁵⁸⁾. En foi de quoi, le Procureur général avertit l'abbesse que rien ne paraît s'opposer à son projet.

Mais le rôle majeur des experts concerne les cimetières. Il s'agit, comme l'on disait à l'époque de « médecins, chirurgiens et gens à ce connoissans ». Si les deux premières catégories n'ont pas besoin d'être explicitées, la troisième recouvre le plus souvent des géomètres, arpenteurs, architectes, ingénieurs des Ponts et Chaussées, chimistes ou pharmaciens. Leur formation leur permet d'analyser la terre pour vérifier si elle est propre à la consommation des corps, ou bien calculer si la superficie est suffisante pour le nombre d'inhumations prévues. Ces éléments sont déterminants, car trois raisons militent toujours en faveur du transfert du champ des morts sa dimension trop restreinte, sa proximité des habitations, l'absence de profondeur des fosses qui varie en fonction de la nature du terrain. Ces vices, qu'ils se cumulent ou non, contribuent à l'insalubrité de l'air. Les experts dressent un rapport, et, au vu de ce document, les autorités judiciaires ordonnent ou non le transfert.

Le poids conféré à ce rapport justifie donc que le Procureur

⁽⁵⁷⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1182, fol. 154, lettre du Procureur général à l'avocat fiscal d'Aigueperse, 26 août 1783. Notons au passage que si l'affaire dure plus de deux ans, c'est en raison de la mort du procureur fiscal, chargé dès 1781 de prendre des éclaircissements.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, fol. 140 v°.

général et ses bureaux l'examinent de près sous plusieurs angles: la science des experts, leur indépendance par rapport aux pressions locales, enfin le coût de l'expertise. Seuls les deux premiers nous retiendront pour l'instant ⁽⁵⁹⁾.

Fiabilité.

L'analyse des expertises se fait à la lueur des informations de provenances diverses (simples habitants, curés, militaires en garnison, notaires, etc.). Il en résulte une mise en perspective qui permet des recoupements instructifs. Mis à part les rapports jugés satisfaisants, force est de reconnaître l'incompétence ou l'indolence de certains experts. Ils se contentent parfois de dresser un rapport tellement insignifiant qu'il est impropre à éclairer les autorités judiciaires. Cette pratique, décelée aisément par le Procureur général et ses collaborateurs, appelle nécessairement une riposte. On sait qu'en 1775 un arrêt a ordonné la visite du cimetière de Beaufort ⁽⁶⁰⁾ et que le procureur du roi s'est montré négligent jusqu'à ce que le Procureur général lui rappelle « qu'il falloit nécessairement commencer par constater l'état du cimetière actuel ». Il y satisfait enfin, mais l'affaire n'avance pas pour autant, car les experts « n'ayant dit que des choses vagues, M. le Procureur général a été obligé de lui marquer qu'il falloit faire faire une seconde visite ». Hélas, la contre-expertise n'est guère plus éclairante. Ce qui fait qu'aucune décision n'est prise, puisque que l'agrandissement du cimetière ou son transfert hors des villes ne sont obligatoires qu'en cas d'insuffisance de superficie ou d'insalubrité manifeste. *Le statu quo* se prolonge jusqu'en 1786, date à laquelle le procureur du roi insiste pour obtenir la translation. Joly de Fleury fait alors rendre un second arrêt (30 novembre 1786), qui, « sans avoir égard aux précédens procès-verbaux, ordonne une nouvelle visite du cimetière ». Cette fois-ci, des médecins, chirurgiens et experts d'Angers et d'autres villes voisines sont commis; ils estiment l'éloignement du cimetière indispensable, car il est environné de maisons et, qui plus est, à

⁽⁵⁹⁾ Le troisième point sera abordé avec le soulagement des administrés.

⁽⁶⁰⁾ Donc avant la déclaration de 1776. Il est visible que depuis ses arrêts de 1763 et 1765 concernant Paris, le Parlement n'a cessé de poursuivre un objectif de salubrité.

proximité de marais, ce qui, sans doute, empêche de creuser des fosses suffisamment profondes ⁽⁶¹⁾. Cette troisième expertise témoigne que le Procureur général n'hésite pas à en diligenter autant que nécessaire pour aboutir à un avis sérieux. Pour ce faire, il accorde d'abord sa confiance aux experts locaux, mais en cas d'insuccès il s'adresse à leurs confrères des villes les plus proches ⁽⁶²⁾. Ce fut le cas à Calais, puisque, nous l'avons vu, les experts de Boulogne s'y sont rendus. Déplacement justifié, quand on compare les deux expertises de 1782 et 1784 réalisées par les experts locaux: « les variations des médecins et chirurgiens paroit faire rejeter leur décision » ⁽⁶³⁾.

Toutefois, si l'accord des habitants est avéré, le Procureur général n'insiste pas pour faire visiter le cimetière incriminé. Cela est particulièrement net à La Chaise-Dieu. Un premier arrêt, « rendu en la forme ordinaire » le 29 août 1783, avait prescrit une visite d'experts ⁽⁶⁴⁾. Or, un deuxième arrêt, du 26 août 1786, conforme au réquisitoire du Procureur général, nous apprend que « les curés, marguilliers et habitans se sont assemblés et ont déclaré qu'il reconnoissoient qu'il étoit dans le cas d'être transféré » ⁽⁶⁵⁾. Cet arrêt se contente d'entériner cette unanimité en prescrivant seulement l'expertise des terrains indiqués par les habitants, à la requête du procureur fiscal et en présence du juge des lieux. Ici donc, l'entente

⁽⁶¹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1186, fol. 210 *sq.* (résumé des bureaux).

⁽⁶²⁾ Si le premier rapport tarde trop, on recourt aussi au siège voisin. À Mouterre-Silly, dans le diocèse de Poitiers, la situation est largement embrouillée du fait que l'évêque a choisi un nouveau cimetière sans les formalités requises et que le seigneur haut-justicier s'est pourvu en justice contre cette translation. Joly de Fleury a donc demandé au procureur fiscal de faire visiter le nouvel emplacement par experts, mais, comme le rapport tarde à venir, il s'adresse au procureur du roi au bailliage à Loudun pour faire procéder à cette vérification. Les deux rapports, également défavorables, lui parviennent simultanément. Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1198, fol. 175 *sqq.* (1778-1779).

⁽⁶³⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1187, fol. 133, note des bureaux.

⁽⁶⁴⁾ Cette formule se rencontre couramment dans les notes de service et signifie que les experts devront effectuer la visite et du cimetière jugé insalubre et du terrain proposé en remplacement.

⁽⁶⁵⁾ Suivent les raisons, qui sont également indiquées dans une lettre du curé au procureur fiscal et transmise au Procureur général. Cf. le dossier concernant La Chaise-Dieu: Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 356 *sqq.*

des intéressés leur économise les premiers frais de visite, mais ils ne peuvent se dispenser des seconds, car il faut être sûr de la salubrité du nouveau champ d'inhumation. En revanche, si l'unanimité n'existe pas, il faut payer le prix de la discorde. A Calais, c'est une dénonciation qui a provoqué le réexamen de la question et la seconde expertise subséquente. Ailleurs, ce sont les officiers municipaux, tels le maire et les échevins d'Angoulême qui exigent de nouveaux procès-verbaux en raison de « l'inexactitude du rapport des médecins et chirurgiens. Ils réclament que les visites soient effectuées en présence des principaux habitants » (66).

Les expertises, ainsi qu'il ressort des documents précédents, sont ordonnées par arrêt ou par le Procureur général, mais parfois les juges des lieux, appuyés par certains édiles, organisent de leur propre chef une contre-expertise qui va jusqu'à remettre en cause une décision arrêtée par le Parlement. Le cas de Guéret le prouve. Nonobstant un arrêt fixant le nouvel emplacement selon les vœux des experts et des habitants, le lieutenant général, à la demande du nouveau maire, a fait procéder derechef à la visite d'un terrain rejeté par les premiers experts (67). Mais là, on entre dans le domaine des intrigues locales.

Indépendance.

La « visite juridique » du cimetière, ainsi qu'elle est quelquefois qualifiée (68), c'est-à-dire sur réquisitoire du ministère public et en présence des juges des lieux, semble, pour cette raison, à l'abri de toute partialité. Il faut néanmoins convenir que cette garantie est parfois illusoire, car les intérêts divergents, qui s'affrontent sur la question de l'inhumation, sont naturellement portés à se servir des experts. En raison de l'enjeu de leur mission, ils peuvent donc être l'objet de pression ou se trouver au centre d'intrigues qui obscurcissent leur jugement. Mais, tôt ou tard, cela se découvre grâce aux

(66) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1184, fol. 140, résumé des bureaux.

(67) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 4 sq. (1783).

(68) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 393, lettre du procureur du roi del La Rochelle au Procureur général, 15 avril 1779.

opposants qui ne se font pas faute de communiquer leurs soupçons au Procureur général.

C'est ce que fait sans ambages le procureur fiscal du duché de La Rochefoucauld. L'occasion lui en est fournie par l'éventuelle descente des officiers d'Angoulême aux fins d'enquêter sur la salubrité du cimetière. Remerciant l'un des secrétaires de Joly de Fleury de cette information heureusement dépourvue de suite, il ajoute: « Je redoutais les suites du projet que vous m'annonciez [...] à cause des liaisons et de la conformité d'opinions qu'il peut y avoir entre l'évêché, les officiers du présidial d'Angoulême et les médecins et chirurgiens qui auroient été employés pour cette opération »⁽⁶⁹⁾. Faute de précisions, l'intérêt que peuvent avoir les partisans du transfert reste mystérieux. Toutefois, l'allusion à l'évêque est de nature à lui trouver un motif honorable. Peut-être est-ce simplement l'expression d'un zèle pour l'application de la réforme?

A Calais, en tout cas, on sait que les mobiles ne sont pas déshonorants, quoique le schéma soit inverse: la collusion joue en faveur de la résistance au transfert. Les informations qu'a reçues le Garde des Sceaux le conduisent à signaler en 1782 au Procureur général l'insuffisance du cimetière et les « vapeurs mortelles » qui s'en exhalent. Joly de Fleury mande immédiatement à son substitut sur place « de faire faire les opérations ordinaires pour constater les inconvénients ». Contre toute attente, le rapport des experts est rassurant: il indique que le cimetière est situé à l'extrémité de la ville et « dans la position la plus favorable, qu'il ne règne pas plus de maladies dans le quartier du cimetière que dans les autres quartiers de la ville... » L'affaire en reste donc là; mais, deux ans plus tard, ayant reçu d'autres plaintes, le Procureur général interroge à nouveau son substitut, lequel renvoie aux procès-verbaux de 1782. Après nouvel examen, il conclut « pour la seconde fois qu'il n'y avoit rien à faire »⁽⁷⁰⁾. Mais les opposants ne désarment pas. En effet, peu après, « le comte de Rochambeau commandant en chef en Picardie, est revenu à la charge [...] Il a observé que le procès-verbal de 1782 avoit été fait à l'instigation des ecclésiastiques, que les militaires et les

⁽⁶⁹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 263, lettre du procureur fiscal à Le Chenetier, 6 août 1779.

⁽⁷⁰⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1187, fol. 132 (note des bureaux).

honnêtes gens de la ville en avoient été choqués ». Il appert que non seulement le cimetière jouxte les casernes de cavalerie et le pavillon des officiers, mais qu'il voisine également avec la citerne royale, ce que confirme le plan dressé par l'ingénieur en chef de la place.

Ces éléments précis, déjà de nature à ébranler la conviction de Joly de Fleury, trouvent un renfort inopiné dans le témoignage des experts eux-mêmes sur les pressions qu'ils ont subies. La question à eux posée se limitait à savoir si, dans l'enceinte de la ville, il existait un emplacement plus convenable pour servir de cimetière. Tenus par l'étroitesse de la mission, ils n'ont donc pu désigner un terrain qui fût en dehors. Mais maintenant, toutes réflexions faites, et, peut-être, sur des instances non précisées, dans lesquelles Rochambeau pourrait avoir sa part, ils reprennent leur liberté et proclament que « leur véritable avis est qu'il vaut mieux transférer le cimetière hors la ville que l'y renfermer ». Ce revirement mérite incontestablement d'être pris en considération, mais il jette tout de même un discrédit sur la fiabilité des experts calaisiens. Quant à ceux qui ont commandé le rapport, le substitut du Parquet en charge du dossier se contente de noter: « Il y a lieu de croire qu'il y a quelque cause secrète qui anime les officiers de justice et les officiers municipaux ». On en est réduit aux hypothèses. Une explication peut cependant être avancée. Il est certain que l'article 7 de la déclaration de 1776, qui prescrit l'éloignement des lieux d'inhumation insalubres, laisse une marge de manœuvre non négligeable aux autorités chargées du transfert, puisqu'elle ajoute prudemment: « autant que les circonstances le permettront ». Or, dans cette ville fortifiée, les officiers de justice, tout comme les édiles, prévoient sans doute les difficultés qui pourraient découler de l'implantation du cimetière au-delà des fortifications. Quoi qu'il en soit, la seule préoccupation des services du Procureur général est de savoir si véritablement le transfert s'impose. Pour cela une troisième expertise est nécessaire avec des personnes neutres. Joly de Fleury se range à cet avis, et fait commettre en conséquence par arrêt les officiers de Boulogne. Accompagnés de médecins, chirurgiens et autres experts de leur ville, ils se prononcent pour le transfert.

De telles collusions, assurément dommageables, sont davantage répréhensibles quand elles favorisent une prise d'intérêt. On en trouve la trace pour la paroisse d'Auzais dans le diocèse de La

Rochelle. Après les formalités habituelles, les officiers de la sénéchaussée de Fontenay-le-Comte ont prescrit le transfert du cimetière. Mais le Procureur général, au vu des pièces de la procédure qui lui ont été transmises, ne manifeste pas la même conviction puisqu'il note: « ... il pourroit bien se faire que sa proximité de la maison d'un secrétaire fût le motif principal du changement que l'on demande ». Sans doute, d'autres informations lui permettent-elles d'étayer cette hypothèse. Mais, de toute façon, il ne se range jamais aux conclusions des experts sans passer au crible leur rapport: « ... il est question de voir si les faits qui résultent du procès-verbal nécessitent la translation ». En l'occurrence, l'un des arguments retient particulièrement son attention, mais il le balaye aussitôt: « Dans tous les cimetières la superficie du terrain est toujours inégale »⁽⁷¹⁾. Ce qui signifie vraisemblablement que les experts ont estimé que la taille du cimetière était insuffisante eu égard au nombre des sépultures. En se référant à une norme générale et absolue, les experts n'ont pas rempli la mission qui leur était impartie. S'il ne s'agissait que d'appliquer une règle, point ne serait besoin de leur concours; les officiers de justice pourraient parfaitement dresser seuls le constat. Ce qui leur est demandé, c'est d'apprécier au cas par cas la nécessité du transfert pour un lieu précis. En effet, la consommation des cadavres s'effectuait plus ou moins rapidement selon la nature du sol, si bien que pour le même nombre de décès annuels, deux paroisses pouvaient avoir besoin d'un cimetière de taille différente. En l'espèce présente, la médiocrité de l'expertise renforce les soupçons du Procureur général: elle n'est que la couverture d'un objectif inavouable. Mais, inversement, les dénonciations n'ont pas plus de chance de triompher si l'expertise est reconnue honnête et fondée.

Les experts ne sont que des instruments au service d'une réforme que les magistrats ont pour mission d'appliquer. Afin de décider à bon escient, ils s'appuient sur des considérations techniques, mais celles-ci ne forment pas leur seul pôle de réflexion. D'autres éléments (économiques, humains, etc.) demandent aussi à être pris en considération.

(71) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1191, fol. 331, note de Joly de Fleury, 1779.

II. LE PROCUREUR GÉNÉRAL ET LES ADMINISTRÉS

La politique de salubrité vise à la « conservation » de la vie des sujets du royaume. Mais ces derniers, appelés à en recevoir le bénéfice, n'en comprennent pas toujours l'intérêt. Des préoccupations plus concrètes ou plus enracinées leur en masquent l'évidence. Faire le bonheur des autres contre leur gré n'a jamais été chose aisée. C'est la raison pour laquelle le Procureur général s'emploie à ménager les susceptibilités. Tactique peut-être, mais qui nous semble, plus sûrement, faire corps avec la vertu essentielle de l'administrateur qu'il déploie en bien d'autres domaines. Au surplus, la considération qu'il porte aux difficultés des individus ou des collectivités témoigne de son profond sentiment de justice.

A. *Protection et soulagement.*

Outre la santé, qui est le but évident de la déclaration, l'attention du Procureur général doit se porter aussi sur les effets secondaires de la réforme. En effet, une entreprise administrative de cette nature a nécessairement un coût que les populations doivent supporter. Aussi bien les hommes eux-mêmes sont touchés dans leurs habitudes et droits que dans leurs deniers. Nous nous proposons de voir comment le haut magistrat a pris en compte ces divers intérêts.

L'humanité.

Pour apprécier pleinement l'attention que le Procureur général porte à ses administrés, on la comparera aux « attitudes impérieuses et hautaines » de l'administration du XIX^e, voire du XX^e siècle (72). Aux antipodes de ce comportement, jamais le Procureur général et ses bureaux ne se départissent de la plus extrême courtoisie, et ils prêtent la plus grande attention à toutes les demandes, si humbles soient-elles. Que le Procureur général reçoive une correspondance considérable n'a rien de surprenant, que ces lettres émanent de

(72) F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle* (Paris, 1989), p. 332.

toutes les couches sociales, y compris les moins relevées, étonne davantage, et on ne peut qu'être frappé du ton de confiance adopté par les administrés. Ils s'adressent à lui parce qu'ils savent qu'ils seront entendus et qu'ils espèrent être secourus.

Au premier rang de ceux qui ont besoin de la protection du Procureur général se trouvent les curés des paroisses, car ils éprouveront des difficultés accrues dans l'exercice de leur ministère. C'est ce qu'expose très clairement un des curés de Sens: « Que votre grandeur, Monseigneur, me permette de lui dire avec ma franchise picarde qu'il n'y a que trois paroisses de la ville de Sens [...] qui aient réellement besoin de cimetières [...] Il faudra que moy pauvre curé, âgé de près de soixante ans et plusieurs autres de mes confrères, bien plus âgés que moy allions dans la boue à près d'un demi-quart de lieue de nos paroisses inhumer les morts... » (73).

Contraints de se plier aux décisions de transfert, ils sont encore en butte à la fraction « écologique » de la population qui ne tolère pas la moindre entorse aux dispositions nouvelles. Le curé de Troo, en Vendômois, en fait la triste expérience, ce qui le conduit à relater au Procureur général les ennuis que lui cause l'excitation de ses ouailles. Bien qu'il ait obtenu du procureur du roi au bailliage l'autorisation de continuer d'enterrer les petits enfants près de l'église, certains habitants s'en sont offusqués, à tel point qu'ils ont présenté une requête devant le lieutenant général de Vendôme pour que le curé procède à l'exhumation d'un jeune corps, qu'il répande de la chaux vive dans la fosse, et qu'il leur verse de surcroît 24 livres de dommages-intérêts. Dans un premier temps, à la suite de la dénonciation faite auprès de lui par les habitants rigoristes, Joly de Fleury s'en était tenu à l'application stricte en engageant les plaignants à s'adresser à l'évêque diocésain pour qu'il réprimande le curé (74). Sur ces entrefaites, ce dernier apporte des précisions: les inhumations qui lui sont reprochées ne concernent que les enfants

(73) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1204, fol. 122 *sq.*, lettre du 7 mai 1777.

(74) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1206, fol. 50, lettre du Procureur général au procureur du roi de Vendôme, 4 avril 1779: « ... on me donne avis que par sentence de votre siège du 5^{bre} 1778 il a été ordonné [...] il seroit convenable que les habitans se pourvussent par devers le supérieur ecclésiastique pour qu'il fût fait défense au curé de faire aucune inhumation dans ces cimetières dès que le cimetière qui est hors des murs est en état et clos de murs... ».

en bas âge, et il s'y est fait autoriser. Dès lors, devant la persécution qui accable ce pasteur, Joly de Fleury se range plutôt à ses côtés. Il charge donc le procureur du roi de prendre les éclaircissements nécessaires, tout en lui indiquant que la procédure engagée par les habitants est irrecevable: « ... il ne paroît pas qu'aucun particulier ait pu former demande contre le curé pour l'inhumation qui a pu être faite [...] parce qu'une pareille action ne pourroit être intentée qu'à la requête du ministère public... » En fin de compte c'est l'équité du Procureur général qui l'a emporté sur l'application mécanique des règlements. D'ailleurs, le procureur du roi avait, lui aussi, déjà agi dans ce sens sans en être blâmé par son supérieur. Il y est même encouragé puisqu'il doit veiller « pour que le curé qui paroît âgé et infirme ne soit pas exposé à être inquiété » (75).

L'humanité du Procureur général a lieu de s'exercer encore pour protéger les pauvres gens dont on choisit les terres pour former le nouveau cimetière. Elle se manifeste nettement dans les instructions données au procureur du roi en la sénéchaussée de Civray: « La veuve de Jean Cail journalier demeurant au village de Negre Sauve [Negressauve] paroisse de Saint Romans [les-Melle] me mande que lors du transport que vous avés fait avec M. le lieutenant général de votre Siège en la paroisse de Pasay le Tort [Paizay-le-Tort] pour la translation du cimetière [...] on a indiqué une pièce de terre labourable de 4 boicellées environ comme convenable pour servir de cimetière et que cette pièce de terre lui appartient [...] Cette veuve chargée de six enfans [...] n'a point d'autre soutien pour les faire subsister [...] vous devés veiller pour que cette veuve et ses enfans ne soient point privés de leur possession malgré eux et pour que le cimetière soit placé dans un autre terrain dont le propriétaire consentît de faire la cession » (76). Le Procureur général repousse la solution de facilité qu'est l'expropriation en matière de cimetière (77), parce qu'il est toujours possible d'agir autre-

(75) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1206, fol. 49 *sq.*, lettre au procureur du roi de Vendôme, 1779.

(76) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1190, fol. 114, 3 marz 1779.

(77) La réponse du procureur du roi est, en effet, beaucoup moins humaine; on y trouve déjà le ton de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: « Les particuliers ne doivent pas trouver mauvais qu'on fasse céder leur intérêt propre à l'intérêt public. Tout ce qu'ils peuvent exiger avec justice c'est que leur terrain

ment: « ... on ne peut dépouiller un particulier d'un Bien qui lui appartient lorsqu'on n'y est point contraint pour l'intérêt public »⁽⁷⁸⁾. Précisément, à Marsay, on peut parfaitement éviter que Simon Pain, « qui n'a point d'autre ressource pour subsister [...] ne soit dépossédé de sa pièce de vignes », comme le recommande Joly de Fleury au procureur du roi de Loudun. Il n'est que d'accepter l'échange que propose le curé entre une pièce de terre de labour qu'il possède et le terrain de l'ancien cimetière, et, pour ce faire, vaincre le refus de certains habitants⁽⁷⁹⁾.

La sollicitude apportée par le Procureur général aux cas individuels ne doit cependant pas être assimilée à la charité qu'un homme puissant a le devoir de dispenser aux faibles. L'humanité dont il fait montre appartient aux fonctions d'administrateur et de juge telles que les concevait l'Ancien Régime. Les collectivités en bénéficient tout autant, car les groupes ne sont que des ensembles d'hommes.

La charge financière.

Nombreux sont les dossiers où l'aspect financier de la réforme est présent. Les notes, les correspondances traduisent le souci du Procureur général et de son équipe de ménager les finances des fabriques et communautés d'habitants, lesquelles en dépit de leur modicité, doivent faire face à trois sortes de dépenses⁽⁸⁰⁾: acquisition du terrain, frais de clôture et frais de visite.

Tout d'abord, si le transfert du cimetière ne s'impose pas, le Procureur général modère les ardeurs des « réformateurs », fussent-ils épiscopaux, en leur représentant à la fois son inutilité et son inopportunité. C'est ce qu'il marque à l'évêque de Luçon en le priant de lever l'interdiction du cimetière de Noirmoutier. Il lui expose, entre autres, que la fabrique de la paroisse est très obérée et

leur soit payé à dire d'experts convenus ou nommés d'office ». Sur l'expropriation, voir J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 379-387.

(78) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 376, lettre du Procureur général au procureur du roi de Loudun, 17 juin 1780.

(79) *Ibid.*

(80) Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 389 sqq.

qu'en outre les habitants sont « obligés à une dépense extraordinaire pour subvenir aux réparations d'un dommage que la mer a fait à la côte de cette isle »⁽⁸¹⁾.

Quand l'opération est au contraire nécessaire, le Procureur général incite à procéder à des échanges. La déclaration royale s'y montre d'ailleurs, tout à fait favorable, puisque son article 8 dispose expressément qu'il n'est dû aucuns droits relativement aux échanges que les villes et communautés sont dans le cas de faire pour acquérir les terrains nécessaires aux cimetières. Mais cette mesure dérogatoire demande à être exactement justifiée, comme l'expose Joly de Fleury à propos du cimetière de la paroisse de Soulligné-sous-Ballon⁽⁸²⁾.

Quand l'acquisition ne peut être évitée, il appartient aux habitants de trouver le terrain le moins onéreux tout en répondant aux exigences techniques. A cette fin, le Procureur général leur permet de revenir sur leur premier choix, quand bien même celui-ci aurait été entériné par le Parlement. Est-il signe plus net de la préoccupation du Magistrat de ne pas obérer les finances locales? C'est ainsi qu'un arrêt d'avril 1780 a décidé que le terrain d'un sieur Vernet, dûment expertisé et agréé par l'assemblée des habitants, serait affecté au nouveau cimetière de Guéret. Mais il apparaît à trois ans de là que les prétentions du propriétaire sont excessives et que, de ce fait, l'adoption de son terrain est entachée de suspicion. Le clergé, soutenu par l'évêque de Limoges, ne va-t-il pas jusqu'à dénoncer « une cabale dévouée au s^r Vernet »? Cela ne manque pas de vraisemblance, puisqu'un autre terrain, encore plus convenable à dire d'expert, est cédé à moitié prix du précédent⁽⁸³⁾. L'argument touche le Procureur général, car le terrain appartenant au sieur

⁽⁸¹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1199, fol. 361, lettre du 8 novembre 1778. Joly de Fleury précise par ailleurs que les experts jugent le cimetière parfaitement salubre.

⁽⁸²⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 300, lettre du 27 janvier 1786 à l'avocat du roi en la sénéchaussée du Mans: « En conséquence, les curés et marguilliers peuvent après délibération préalable, faire l'échange en question, vous m'en enverrez une expédition et je la ferai homologuer par arrêt. Vous devez veiller à ce qu'il soit stipulé dans l'acte d'échange que le terrain échangé est pour servir de cimetière ».

⁽⁸³⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 4 *sqq.*, résumé des bureaux.

Rochon de Valette est retenu par l'arrêt rendu sur sa requête le 5 août 1783 ⁽⁸⁴⁾.

Si la réformation d'un arrêt est possible, comme nous venons de le voir, à plus forte raison en est-il de la sentence d'un siège. A Angers, par exemple, il ne s'agit plus de protéger les deniers municipaux, mais de veiller à ce que les propriétaires du terrain en reçoivent le juste prix. L'un des terrains choisis comme nouveau champ des morts est le cimetière de la paroisse Saint-Laud ⁽⁸⁵⁾; beaucoup trop vaste pour elle, il est décidé qu'elle le partagera avec six autres paroisses. En conséquence, les frais sont répartis en fonction du terrain nécessaire à chacune d'elles. Mais le curé et les marguilliers estiment que la sentence qui a fixé les quote-parts leur fait tort de 490 livres, tant dans l'estimation du terrain que dans l'appréciation de divers éléments annexes ⁽⁸⁶⁾. En foi de quoi ils s'adressent au Procureur général, en exposant « qu'ils sont hors d'état d'interjetter appel de la sentence. Qu'il est de toute injustice, qu'eux qui ont fourni le terrain, soient les plus lésés [...] qu'ils n'ont d'espérance que dans la justice de M. le Procureur général, et ils le prient de s'en occuper promptement ». A la suite de ce résumé, le substitut suggère de vérifier l'exactitude des doléances: « Cependant s'il n'y a pas appel de la sentence, elle doit être exécutée, M. le Procureur général pourroit en écrire au procureur du roi » ⁽⁸⁷⁾. En conséquence, Joly de Fleury s'adresse à son substitut à Angers: « Je vous prie de me mander si la réclamation [...] est fondée, auquel cas sur une requête qu'ils vous présenteroient, il est à présumer que les officiers de votre siège y auroient égard » ⁽⁸⁸⁾. Deux ans et demi plus tard, le 4 novembre 1787, aucune réponse n'étant parvenue, le

⁽⁸⁴⁾ Cf. *ibid.*, fol. 243-246, projet de requête.

⁽⁸⁵⁾ Également nommée Saint-Germain dans d'autres pièces du dossier.

⁽⁸⁶⁾ Les griefs sont triples: 1° le terrain de leur cimetière n'a été évalué qu'à 1590 L, alors qu'un procès-verbal d'experts l'a estimé 1900 L; 2° il n'a pas été tenu compte des matériaux récupérés (120 L) sur la portion de mur abattue, ce qui est d'autant plus scandaleux que les chanoines de la cathédrale ont bénéficié d'un traitement différent; 3° « on a païé aux autres propriétaires de terrains l'intérêt au denier 20, de l'estimation de leur terrain, on n'a pas voulu le paier à la paroisse Saint Laud, ce qui fait une 3^e perte de 60 L ».

⁽⁸⁷⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1183, fol. 127

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, fol. 317.

Procureur général réitère sa demande en l'assortissant de menaces: « Je vous ait écrit le 5 avril et le 13 juin 1785 pour vous faire part des réclamations que faisoient les curés et marguilliers de la paroisse Saint Germain [...] Je suis surpris que vous ne m'ayez pas encore fait de réponse [...] si vous continuez à persister dans votre silence, j'écrirai à un officier de votre siège pour avoir des éclaircissements sur les faits et si les réclamations du curé et des marguilliers de la paroisse Saint Germain paroissent fondées je ferai renvoyer dans un autre siège par un arrêt que je ferai rendre sur ma requête à l'effet de statuer sur ces réclamations »⁽⁸⁹⁾. Il est à noter que sans se substituer aux plaignants à qui il appartient personnellement de former un recours, le Procureur général s'emploie à favoriser son succès, et qu'il sait, comme en d'autres occasions, contourner l'inertie des officiers locaux.

La deuxième rubrique porte sur la sécurité du cimetière. Les règles canoniques imposent qu'il soit clos de mur, muni d'une porte fermant à clef, afin d'éviter le vagabondage des animaux et les dommages qui peuvent en résulter. Préoccupation de décence qui s'accorde, peut-être, au surplus avec la vision théologique médiévale telle qu'elle ressort de l'iconographie: des animaux plus ou moins monstrueux, symbolisant le diable, engloutissent les damnés. Au vu de la réalité persistante au XVIII^e siècle, l'imaginaire du Moyen-Age prend un autre sens. Peut-être des historiens de l'art en ont-ils fait la remarque? Pour lors, ce qui nous importe, c'est que, si le Procureur général rappelle presque systématiquement ces règles, il n'en garde pas moins sa liberté avec elles en autorisant parfois des aménagements, lorsque la pauvreté de la fabrique, comme à Saint-Romans-des-Champs, ne permet pas de les respecter à la lettre. Depuis 1778, et malgré trois arrêts du Parlement, les habitants refusent le nouveau cimetière et persistent à inhumer dans l'ancien. Pour apaiser le climat et débloquer la situation, la dame de Clairvaux, seigneur du lieu, offre un terrain approprié⁽⁹⁰⁾. Et, afin de

⁽⁸⁹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1184, fol. 65. Le substitut se dispulpe d'ailleurs du reproche de négligence et promet d'apporter tous ses soins à éclaircir cette affaire.

⁽⁹⁰⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1199, fol. 163: le 15 mai 1784, un dernier arrêt donne acte à M^{me} de Clairvaux des offres qu'elle fait de différents terrains

réduire encore les frais, elle prie le Procureur général de permettre que ce terrain ne soit clos que de hayes, car « il faut aller chercher les matériaux en pierres à trois lieues. Que la paroisse qui n'a que 29 feux et peu de bétail est hors d'état d'aller chercher ces matériaux. Que d'ailleurs la fabrique n'ayant que 36 livres de revenu seroit hors d'état d'entretenir les murs qui auroient 100 toises de long ». Enfin, si le Procureur général y consent, elle se propose de « faire à ses frais les fossés, la plantation et la barrière »⁽⁹¹⁾. On peut gager que ce tempérament a été agréé puisque la seule réserve des bureaux est une difficulté de procédure. En tout cas un accommodement de même nature est retenu pour Lussac-les-Églises, près du Dorat⁽⁹²⁾.

Les derniers frais que la fabrique ou, à défaut, les habitants doivent supporter est la « visite juridique » du cimetière. Jusqu'à la fin de 1779, cela incombait au domaine des justices ou, à défaut, au domaine du roi. Mais, à partir de cette date, devant la multiplication des prises en charge, le Contrôle général se refuse à les assumer⁽⁹³⁾. Le poids en retombe donc totalement sur les habitants, créant ainsi une occasion supplémentaire de contestation qui ne peut que desservir l'application de la déclaration, comme l'écrit un curé du Bas Maine: « A coup sûr l'intention de Nosseigneurs du Parlement en ordonnant la translation des cimetières n'a pas été d'écraser de frais les paroisses [ni] de faire détester une loy si sage par elle-même... »⁽⁹⁴⁾. Le coût de cette visite, effectuée par les officiers du bailliage et taxée par eux, intègre deux éléments: une partie fixe d'honoraires et une partie variable de déplacement.

Le cumul des deux atteint un montant copieux comme le montre l'exemple de Saint-Romans-des-Champs. Pour une mission

et ordonne qu'à la requête du substitut du Procureur général au siège de Niort ils seront visités par experts.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, fol. 163 v^o-164.

⁽⁹²⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 416, lettre du Procureur général au procureur fiscal, 31 mars 1780: « ... comme vous me marqués qu'il ne seroit pas possible de clore le terrain de murs par rapport à la rareté de la pierre, il suffira de faire faire un fossé comme vous le proposés avec double hayes vives de manière à ce qu'on ne puisse entrer dans le cimetière que par la porte qui y sera mise fermante à clef ».

⁽⁹³⁾ Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 327-334.

⁽⁹⁴⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1203, fol. 252 v^o, lettre du curé de Vimarcé au Procureur général, 17 novembre 1784.

qui s'est déroulée sur trois journées, le greffier du bailliage de Niort a établi une note qui s'élève à 294 L sans compter l'huissier⁽⁹⁵⁾, ce qui correspond à la base de calcul suivante: 24 L par jour pour le lieutenant général, 16 L pour le procureur du roi, le greffier et le médecin, 12 L pour le chirurgien, 10 L pour chacun des deux experts pris sur place, et 22 L pour les grosses redigées par le greffier⁽⁹⁶⁾. Comment une paroisse dont les revenus sont des plus modestes, comme on l'a vu, peut-elle s'acquitter de cette somme? Tout à fait conscient de cette difficulté, le Procureur général a la possibilité de la réduire. Tout d'abord, étant appelé à autoriser cette taxe, il la ramène à 251 L 10 s; ensuite il use de son influence pour que les officiers du siège acceptent de considérer cette taxe comme un maximum seulement⁽⁹⁷⁾.

Les distances, personne n'en doute, renchérissent l'opération. Plus le siège du bailliage est éloigné, plus la vacation de ses officiers est onéreuse. L'attention portée à ce problème se manifeste dès la mise en place de la réforme, comme en témoigne cette question posée à un procureur fiscal: « ... le Parlement ne pourra se dispenser de commettre M. le Lieutenant général et M. le Procureur du Roy de la Sénéchaussée d'Angoulême pour se transporter à cet effet à la Rochefoucauld, à moins qu'il n'y ait un autre siège royal plus à

(95) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1199, fol. 149: « État des frais faits pour parvenir à la visite du cimetière de Saint-Romain-des-Champs/à m^{rs} le Lieutenant général et Procureur du Roy ... 120 L / aux médecins et chirurgiens ... 84 L / aux deux experts ... 20 L / au greffier pour vacation, grosses et expédition y compris le paper ... 70 L » (1784).

(96) *Ibid.*, fol. 164, note analytique des bureaux.

(97) Cf. *ibid.*, fol. 148, note des bureaux, 2 avril 1785: « M. Le Ber / faire délivrer exécutoire aux officiers de Niort non suivant l'état envoyé mais au juge 16 L par jour; les deux tiers au procureur du roi; la moitié au greffier et son expédition; à l'huissier 8 L par jour »; fol. 161, lettre du Procureur général au procureur du roi à Niort, 19 août 1785: « J'ai reçu votre lettre du 6 mars dernier et les expéditions qui y étoient jointes des procès-verbaux de visite [...] du cimetière de la paroisse de Saint Romain des Champs. / Vous me demandez 1° de faire taxer les frais qui suivant la notte du greffier de votre Siège se montoient à 294 L non compris ce qui pouvoit être dû à l'huissier. Le tout a été réduit à 251 L 10 s. dont il a été délivré exécutoire que vous pourrez faire retirer des mains de Le Ber greffier des dépôts civils du Parlement, mais comme la fabrique [...] n'a que 36 L de revenus et qu'il seroit possible qu'elle fût dans l'impossibilité de paier tout de suite une somme aussi considérable, je ne doute pas que vous n'usiez modérement de cet exécutoire ».

proximité de votre ville, si cela étoit, je vous prie de vouloir bien me le marquer le plutôt que vous pourez parce qu'on commettrait les officiers de ce siège de préférence à ceux d'Angoulême afin de ménager les frais auxquels les transports et les opérations pourront donner lieu » (98). En dépit de cet aménagement des responsabilités bailliagères, ce poste n'est que partiellement allégé et les frais restent lourds, y compris lorsque la proximité est incontestable. D'où l'émoi local quand on apprend la manière dont telle paroisse voisine a été taxée. Ainsi, le curé de Vimarcé s'appuie sur le cas d'un village, certes relevant d'un autre bailliage, mais distant seulement de vingt kilomètres, pour solliciter du Procureur général « une réponse qui tranquillisât les esprits de la paroisse de Chammes et diminuât les frayeurs contre les menaces qu'on leur fait ». Concevant de justes craintes que sa fabrique ne soit encore plus lourdement touchée, il expose ce qui les motive: « Je me vois obligé de vous observer que Chammes n'est qu'à une demi lieue de Sainte Suzanne [...] Si les frais sont si considérables pour Chammes que sera-ce pour ma paroisse éloignée de près de 9 lieues du Mans. Ma fabrique n'est point en état de supporter de pareils frais ». Et de suggérer qu'on remplace la visite des officiers du bailliage par une procédure purement ecclésiastique: « Il est une voie moins à charge et qui ne coutera rien; une ordonnance épiscopale pour interdire les cimetières sujets à la loy et une visite du grand vicaire pour choisir le terrain hors des bourgs rempliroient l'esprit de la loy et éviteroient tous frais aux fabriques » (99). C'est là revenir à la procédure antérieure à la déclaration, et qui est toujours en usage dès lors que l'ensemble des habitants sont d'accord (100); sinon, il faut malheureusement en

(98) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 260, lettre de Le Chenetier, secrétaire de Joly de Fleury, au procureur fiscal de La Rochefoucauld, 25 juillet 1779. Semblable demande est adressée au procureur fiscal de Beaune-en-Gâtinais [la-Rolande]: « ... vous me manderez le nom du siège royal où votre justice peut ressortir ou du siège royal qui peut être le plus voisin de votre ville » (ms. 1186, fol. 310, 10 mai 1778).

(99) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1203, fol. 252 et v^o, lettre du curé de Vimarcé au Procureur général, 17 novembre 1784.

(100) Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1203, fol. 270, lettre du Procureur général au procureur du roi à Sainte-Suzanne, 24 avril 1785: « ... vous me marquez que le curé et habitans de la paroisse de Voutré [...] ont choisi d'eux-mêmes un terrain pour servir de cimetière et ont obtenu du supérieur ecclésiastique la bénédiction de ce

passer par l'intervention de la justice avec ce qu'elle comporte de désagrément. Sans obtenir la réponse souhaitée, la lettre de ce curé n'est pas restée sans effet, puisque le Procureur général invite le procureur du roi à réduire les frais fixés pour Chammes ⁽¹⁰¹⁾. Il convient cependant d'être juste en soulignant, comme le fait cet officier pour se justifier, que souvent ce sont les résistances locales qui conduisent à multiplier les visites et, de ce fait, à accroître les frais: « Si [le curé de Chammes] se fût prêté, comme l'ont fait ses confrères, à nos opérations, une seule journée et un seul transport eussent suffi; mais bien loin de respecter les ordres qui nous faisoient agir, il a mis un zèle, même un fanatisme incroyable à les contrarier [...] de manière qu'il étoit plus de sept heures du soir que le choix d'un terrain [...] n'étoit pas encore fait, faute d'indications par les paroissiens » ⁽¹⁰²⁾. Le procureur du roi voit les choses de son point de vue, en administrateur; les habitants, eux, se déterminent par d'autres raisons, qui sont à l'origine de l'antagonisme qu'il appartient au Procureur général de réduire.

Placé au centre des doléances, la fonction d'arbitre s'impose, mais il est à noter qu'elle repose sur le Procureur général seul. Il ne privilégie aucune catégorie sociale et ne borne pas son ministère aux difficultés créées par l'application de la déclaration royale. Les charges qui obèrent les populations font l'objet de sa sollicitude dans la limite de ses compétences. Il intervient ainsi pour que la cérémonie des funérailles ne conduise pas à exiger des fidèles des « frais au dessus de leur intention et de leurs facultés » ⁽¹⁰³⁾.

nouveau cimetière; [...] comme [... ils ...] n'ont fait que se conformer à la déclaration du 10 mars 1776, il ne paroît pas que vous aiez en ce moment aucune poursuite et ce ne seroit que dans le cas où le nouveau cimetière ne seroit pas incessamment clos de murs que vous devriez agir... ».

⁽¹⁰¹⁾ Cf. *ibid.*, fol. 253, lettre du Procureur général au procureur du roi, 12 décembre 1784.

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, fol. 261 et v^o, lettre du procureur du roi à Sainte-Suzanne au Procureur général, 24 décembre 1784. Il ajoute même: « De toutes les paroisses dont nous avons transféré les cimetières, en conformité de l'arrêt de la Cour, les curés sont satisfaits de la célérité et du désintéressement avec lequel nous avons opéré... » (fol. 263 v^o).

⁽¹⁰³⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 240, lettre du Procureur général à l'avocat du roi en la sénéchaussée de Guéret, 8 juillet 1783. Celui-ci lui signalant que les curés du ressort sont dans l'usage de fournir les cierges aux enterrements, Joly de

L'humanité envers les individus et les collectivités, crée un climat de confiance qui justifie les démarches faites au Procureur général Joly de Fleury, et quelquefois aussi les louanges qui lui sont adressées: « ... l'arrêt du 29 aoust 1783 que vous eûtes la bonté d'envoyer à votre procureur fiscal en cette ville pour l'emplacement du cimetière fit une sensation si agréable, qu'il n'y eut pas de famille, qui lors ne se mit en prière et fit dire des messes pour la conservation de vos jours: ils n'ont pu mieux témoigner leur reconnaissance au père du peuple... » (104).

B. *La prise en compte des mentalités.*

L'arrêt de règlement du 21 mai 1765 prescrivant le transfert des lieux d'inhumation hors de la capitale n'avait quasiment pas reçu d'application, tant il bouleversait par trop radicalement les usages funéraires (105). Le clergé, principalement, était rétif. D'une part, en dépit de l'emphase dramatique utilisée par le Parlement, les curés et marguilliers étaient peu sensibles à la nocivité des cimetières, comme en témoignent les déclarations des fabriques lors de l'enquête prescrite par la Cour. D'autre part, les conséquences financières de cette opération (perte du casuel, coût du transfert) effrayaient. De surcroît, le clergé redoutait les fatigues supplémentaires dues à l'allongement du trajet pour conduire les fidèles au lieu de leur dernier repos. L'idée de dépôts dans les différents quartiers de Paris, dans lesquels les morts du jour attendraient le voyage nocturne vers les cimetières communs, heurtait violemment la sensibilité des fidèles (106). Le peuple, révolté, murmurait aussi: « ... le Parlement nous

Fleury répond: « ... vous devés examiner si le rituel de votre diocèse accorde le droit aux curés et si ce rituel a été homologué au Parlement. Dans le cas de la négative, vous ferés rendre sentence sur votre réquisitoire qui fera deffenses aux curés [...] de contraindre leurs paroissiens à recevoir d'eux les cierges pour les enterremens... ».

(104) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1193, fol. 373 (La Chaise-Dieu, s.d.).

(105) Cf. Ph. ARIÈS, *L'Homme devant la mort* (Paris, 1977), p. 476 *sqq.*

(106) Une lettre anonyme adressée au Procureur général en juin 1765 dénonce les inconvénients de l'arrêt. Son rédacteur dépeint les dépôts comme « seize endroits qui procureront infailliblement une peste insupportable » (Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1207, fol. 69). Voir également le mémoire des curés de Paris sur le déplacement des cimetières: « Ce nouvel arrangement révolte le peuple [...] il choque le culte religieux des

assimile aux huguenots, on nous envoie à la voyrie » (107). De fait, les inhumations des réformés devaient avoir lieu « nuitamment, sans bruit, scandal ny appareil » (108). Au surplus, les conditions financières mises pour bénéficier d'une sépulture particulière dans les nouveaux cimetières et, pis encore, dans les églises, étaient propres à décourager, partant à révolter. Conjugués, ces ingrédients détonants suffisaient amplement pour braquer l'opinion contre cette réforme dont l'ambition était assurément excessive pour des esprits mal préparés (109).

L'obéissance par la persuasion.

L'échec ayant instruit le gouvernement, ce radicalisme cède la place, en 1776, à une attitude plus mesurée. Si l'objectif demeure toujours l'hygiène des lieux d'inhumation, deux obstacles majeurs sont évités: la capitale est exclue du champ de la déclaration, ce qui fait que la fermentation parisienne n'a plus de raisons de se donner cours; et les funérailles échappent à la réglementation. Reste que le clergé, dans sa grande majorité, demeurait peu réceptif aux innovations. D'autres arguments que sanitaires s'imposaient donc. Et c'est très certainement dans ce but qu'à partir du 30 janvier 1777 les arrêts du Parlement évoquent le retour à « la première discipline de l'Église » (110). Ce thème à la mode, qui avait le mérite de joindre idées gallicanes et jansénistes, parut propre à persuader les clercs

funérailles [...] il ruine les fabriques et [...] il menace la ville entière d'une infection plus contagieuse que celle que l'arrêt veut écarter [...] Quel ecclésiastique sera assez téméraire pour être vingt quatre heures dans ces lieux » (*ibid.*, fol. 15 sq.).

(107) *Ibid.*, fol 16 v°.

(108) Sur la déclaration du 9 avril 1736 et les inhumations nocturnes, cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 189 sq. et F. GARRISSON, *Notes sur les premiers actes d'état civil*, dans *Études offertes à Pierre Jaubert* (Bordeaux, 1992), p. 272.

(109) La connaissance des sermons prononcés dans la capitale dans les années 1763-1765 serait intéressante à cet égard. Lors de l'application de la déclaration de 1776, on peut citer le sermon enflammé du curé de la paroisse Notre-Dame à la Rochelle, relaté par le commissaire du corps de ville au Procureur général, 14 novembre 1778 (Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 377-378).

(110) Au moins pour un temps, ainsi que la vérification pour les deux premières années qui suivent la déclaration le montre. Voir J. THIBAUT-PAYEN, *L'exil des cimetières*

d'obéir aux prescriptions du texte royal. Le style des arrêts est, en effet, éloquent: « Vu par la Cour la requête présentée par le Procureur général contenant qu'il a eu avis que dans la plupart des paroisses de la ville et fauxbourgs de Chinon les cimetières ne sont pas assés vastes ni assés étendus [...] que la déclaration du 10 mars n'ayant fait que rappeler la première discipline de l'Église pour les inhumations et étant de l'intérêt des habitants de la ville de Chinon de prévenir tout ce qui peut occasionner des maladies contagieuses, le Procureur général est persuadé que les curés de la ville et fauxbourgs de Chinon et les habitants concourront chacun en ce qui le concerne pour faire procurer à la déclaration du 10 mars sa pleine et entière exécution... »⁽¹¹¹⁾. Dès lors, lorsque les canons rhétoriques de la génération précédente continuent d'être utilisés par certains prélats dans leurs mandements, les bureaux du Procureur général ne se font pas faute de les taxer de maladresse. C'est ce qui arrive à un projet de lettre pastorale de l'évêque de Limoges, dont les termes sont jugés trop crus en ce qu'ils dépeignent avec un réalisme appuyé le triste état des lieux d'inhumation: « Il y a encore des peintures désagréables. Il semble que les motifs de ce changement ordonné par la déclaration peuvent être offerts aux fidèles avec des réflexions douces et persuasives »⁽¹¹²⁾.

La « douceur des exhortations » préconisée à l'évêque de Limoges s'accorde avec la conduite employée envers les populations elles-mêmes. Devant des transferts qui traînent en longueur, on rencontre parfois la mention « attendre », qui résume l'espoir que les habitants finiront bien par prendre conscience eux-mêmes de l'insalubrité de leur cimetière et qu'ils s'habitueront à l'idée de changement. Cette solution est adoptée, entre autres, pour Épineuil dans le bailliage d'Auxerre. Jugeant leur cimetière parfaitement commode, les habitants ont refusé d'indiquer un autre terrain; en conséquence, il a été ordonné que les experts y procéderont. Leur visite ayant eu lieu et leurs conclusions étant parvenues aux services

et des morts à la veille de 1789: l'exemple de la primitive Église, dans *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert* (Paris, 1989), p. 516-517.

⁽¹¹¹⁾ Arch. nat., X^{1a} 8570, 24 mars 1777. Mêmes prescriptions, le même jour, pour Péronne, Le Mans, Soissons, Sens; encore pour Saint-Quentin, le 12 novembre 1777 (X^{1a} 8873).

⁽¹¹²⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 338.

de Joly de Fleury, l'un de ses collaborateurs lui propose cependant de ne pas y donner suite: « ... comme il faudrait forcer les habitans à faire l'acquisition de ce terrain, je crois que M. le Procureur général estimera qu'il faut attendre à statuer sur cet objet jusqu'à ce que les habitans demandent eux-mêmes la translation du cimetière dans un autre lieu et comme cette paroisse peut être située dans le ressort du diocèse de Sens ainsy que Briennon l'archevêque, M. le Procureur général pourroit en conférer avec le grand vicaire de M. l'archevêque de Sens qui pourroit agir sur les lieux pour qu'on remédiât aux inconvéniens qui pourroient résulter de laisser subsister ces cimetières dans l'état où ils sont »⁽¹¹³⁾. Ce qui peut apparaître comme laxisme dans l'application de la réforme, en respecte au contraire l'esprit. D'une part, la situation des cimetières n'est pas partout identique; d'autre part, il existe une gradation dans la manière dont les nuisances sont ressenties. Si les rapports ne manifestent pas à l'évidence la nécessité impérieuse du transfert, et si les plaintes font défaut, on n'estime pas, conformément au texte de la déclaration, que les cimetières actuels sont dans le cas de nuire indubitablement. Toutefois, comme l'objectif de la loi est globalement salutaire, il faut s'employer à le réaliser, mais seulement en incitant les intéressés à s'y conformer.

Si les arrêts font bien état de l'absence de diligence des habitans pour justifier la « visite juridique » du cimetière⁽¹¹⁴⁾, cette inaction ne forme pas pour autant un motif suffisant de contrainte. Les motifs de leur répugnance à déplacer le lieu d'inhumation habituel, sont ensuite pris en compte par le Procureur général, même quand celle-ci s'entoure d'une véhémence certaine.

La pacification des esprits.

La rupture des traditions funéraires a échauffé les esprits à un tel point que de véritables mutineries se sont formées çà et là.

Parmi les plus significatives, il faut citer celle survenue dans un bourg proche de Corbie en 1777-1778. La dame du Hamel, dont le

⁽¹¹³⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1185, fol. 216.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. par ex. Arch. nat., X^{1a} 8569: Angoulême (25 novembre 1776), Pontoise (30 décembre 1776).

château est voisin du cimetière, envisage d'échanger ce dernier contre un autre terrain, et cela est approuvé par une ordonnance épiscopale, sans que l'avis des habitants ait été sollicité. Considéré comme une spoliation, cet arrangement va déclencher une rébellion qui s'étalera sur plusieurs mois. Le jour de la bénédiction, les habitants notifient par acte notarié « leur opposition à une innovation, aussi inutile que révoltante à l'humanité, à la religion et à la nature »⁽¹¹⁵⁾. L'archidiacre⁽¹¹⁶⁾ commis pour effectuer cette cérémonie recule devant la fermeté déployée, non sans avoir lancé un interdit sur l'église, y compris sa cloche, et sur l'ancien cimetière. Lui parti, l'animosité ne cesse pas; elle se tourne contre quiconque s'aviserait d'exécuter l'ordre de l'évêque. Les prêtres désignés se récusent donc, et lorsque le 28 juillet 1778 l'archidiacre, accompagné de cavaliers de maréchaussée, se déplace à nouveau, plus de deux cent personnes menacent de le tuer. Une partie de ces informations provient des habitants eux-mêmes qui exposent au Procureur général l'atteinte portée à leurs droits: « Monseigneur, les habitants de Hamel-sous-Corbie [...] implorent [...] la dame du lieu veut leur enlever à la force leur ancien cimetière pour agrandir la cour de son château. La vénération religieuse pour les cendres de leurs pères anime la confiance d'une paroisse infortunée [...] Leur cimetière est beaucoup plus que suffisant. / Ils gémissent sous le fléau cruel d'un interdit local. Leurs enfants ne peuvent être baptisés qu'à un lieu de leur paroisse au péril de leur vie. Les morts s'enterrent indignement au loin. Qui plus est, le terrain offert pour nouveau cimetière a été dépouillé de sa superficie pour faire de la brique, et il n'y reste qu'un fond d'argile impraticable. Les exposans désolés, au désespoir et en proie à la vexation d'une dame riche qui menace de les ruiner, se jettent à vos pieds, Monseigneur, et vous regardent comme le plus ferme appui des pauvres et des opprimés »⁽¹¹⁷⁾. Du côté de la procédure, en simplifiant, il y a eu trois arrêts depuis le 17 octobre 1777: un premier qui ordonne

(115) La terminologie rousseauiste du rédacteur mérite d'être soulignée: « humanité », « nature ».

(116) Archidiacre, vicaire général, curé de chrétienté, les appellations varient selon les pièces du dossier.

(117) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1182, fol. 189, s.d. Tout ceci est confirmé par une lettre d'un des curés qui s'est récusé (fol. 218, 23 juillet 1778).

l'exécution par provision de l'ordonnance de l'évêque d'Amiens, un second qui prescrit la visite juridique, et le dernier qui décide le transfert. Là dessus, les événements du 28 juillet 1778 se produisent, suivis de déprédations variées contre les biens du curé et du seigneur, ce dont le procureur du roi d'Amiens ne manque pas d'informer le Procureur général les 1^{er} août et 16 octobre suivants.

Face à ce dossier en trois volets: faits, procédure de transfert, doléances des habitants, quelle va être l'attitude du Ministère public? A n'en pas douter, le substitut chargé de l'affaire, ne retenant que la sédition, penche pour la sévérité: « M. le Procureur général voudra bien prendre lecture de la lettre du procureur du roi d'Amiens et je crois qu'il estimera qu'il faudroit employer la voie ministérielle pour contenir les habitans. On pourroit faire donner les ordres nécessaires à cet effet par le commissaire départy au syndic et aux principaux habitans de la paroisse. Comme M. le Procureur général verra sans doute M. le Garde des Sceaux avant de partir pour la campagne il pourroit le prévenir des faits et convenir avec luy du party que l'on prendra »⁽¹¹⁸⁾. Mais, contre toute attente, Joly de Fleury ne se range pas à cette solution, puisqu'il préconise, quelques jours plus tard, l'attentisme au procureur du roi: « On ne peut disconvenir que les habitans ne soient répréhensibles dans les assemblées tumultueuses qu'ils ont faites et de n'avoir pas pris la voye judiciaire pour les représentations qu'ils peuvent avoir à faire relativement à la translation du cimetièrre, mais si ces habitans paroissent répréhensibles, ne peut-on pas dire que c'est par l'attachement qu'ils ont pour le lieu où reposent les cendres de leurs parens et de leurs concitoyens et que les obstacles qu'ils apportent n'ont point pour objet un intérêt personnel. Dans cette position ne jugez vous pas à propos qu'il est plus prudent de suspendre jusqu'à présent la translation du cimetièrre et d'attendre que les inconvéniens qui pourront résulter de la situation du cimetièrre actuel les portent d'eux-mêmes à demander cette translation »⁽¹¹⁹⁾. La clé de cette indulgence se trouve dans cette réponse: la pure piété pour le cimetièrre. Mais d'autres éléments ont sans doute joué également: les sanctions canoniques excessives, la lettre confirmative du curé voi-

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, fol. 227, note du 23 octobre 1778.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, fol. 228, lettre du 27 octobre 1778.

sin, peut-être l'intuition que la dame du lieu en profite pour faire une opération personnelle, et encore l'illégalité de l'ordonnance épiscopale. Bien que celle-ci soit couverte par l'arrêt provisoire du Parlement, elle n'en a pas moins été rendue sans que les habitants unanimes se fussent prononcés. Par là, elle « a excédé sur cet objet son pouvoir ce qui pourroit faire prononcer qu'il y a abus dans l'ordonnance », comme l'avait souligné une note des bureaux avant que l'arrêt de visite ne fût pris ⁽¹²⁰⁾.

La tempérance recommandée ne convainc nullement le procureur du roi d'Amiens. Déjà, plusieurs villages du canton éprouvent des résistances semblables, aussi l'inexécution des arrêts ne fera qu'encourager l'insubordination: « Ces délits se renouvelleront tous les jours si la Cour ny m'est [sic] pas ordre par un acte de sévérité fait pour en imposer à tous les habitans de la campagne, ce qui vient de se passer au Hamel est connu de plus de 20 lieux à la ronde et les paysans des campagnes voisins regardent la conduite qu'ils ont tenu comme un acte de vigueur » ⁽¹²¹⁾. Malgré cette description inquiétante, aucune suite n'est donnée à la réponse du procureur du roi ⁽¹²²⁾. En revanche, on sait que la dame du Hamel a obtenu deux arrêts, l'un qui l'a placée sous la sauvegarde de la Cour, l'autre qui condamne les habitants à réparer les dommages qu'ils ont causés au nouveau cimetière ⁽¹²³⁾. Le substitut qui annonce le premier arrêt à son supérieur ajoute avec une grande liberté — mais qu'il n'est pas exceptionnel de rencontrer: « M. le Procureur général doit se rappeler que c'est bien malgré moy qu'il a écrit la lettre du 27 octobre 1778 et que je prévoiois le mal qui résulterait de l'impunité » ⁽¹²⁴⁾.

Nous avons détaillé un tant soit peu cette affaire à rebondissements ⁽¹²⁵⁾ parce qu'elle est exemplaire de l'attitude du Procureur général. Elle prouve, en effet, qu'il va aussi loin qu'il le peut dans la

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, fol. 206, note, s.d.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, fol. 177, lettre au Procureur général, s.d.

⁽¹²²⁾ Cf. *ibid.*, fol. 230, note des bureaux à l'intention du Procureur général, 7 décembre 1778: « ... il faut attendre qu'on donne avis de nouveaux délits à M. le Procureur général ».

⁽¹²³⁾ Cf. *ibid.*, fol. 229 et 231 (arrêts des 23 novembre et 16 décembre 1778).

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, fol. 230 (cité *supra*).

⁽¹²⁵⁾ Pour plus de détails, voir J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 419-422.

conciliation, mais, lorsqu'il y a atteinte à la sûreté des personnes et des biens, il fait respecter l'ordre public.

L'œuvre de pacification que mène le Procureur général s'exprime de façons diverses en raison de la singularité de chaque cas, même si la violence manifestée offre des similitudes. On trouve donc aussi bien des conseils de faire confiance au bon sens des populations, que des sanctions. Par là aussi, en réprimant les excès, l'apaisement peut être retrouvé. Les cas de figures sont variés.

Tantôt les habitants s'associent à leur curé qui orchestre la résistance, comme à Chammes ⁽¹²⁶⁾. Tantôt ils se liguent contre lui; le Hamel et ses environs en offrent des exemples: voies de fait, coups de feu, plantations arrachées, etc.; tous cas passibles de la procédure criminelle. Dans ce contexte d'opposition entre le clergé et les paroissiens, il n'est pas rare d'assister à des affrontements où les torts répondent aux torts. Ainsi, à Saint-Romans-des-Champs, non seulement les habitants s'opposent au transport des corps dans le nouveau cimetière, mais ils procèdent eux-mêmes aux inhumations dans l'ancien ⁽¹²⁷⁾; en retour, le curé met à exécution sa volonté de désaffecter le cimetière primitif, malgré l'arrêt du 20 janvier 1781 qui a ordonné que toutes choses demeurent en l'état et que ce cimetière continuerait d'être utilisé: il tente de transférer la croix dans le terrain nouvellement béni, il refuse de célébrer les offices, il retient un défunt pendant onze jours dans l'église, lui refusant ainsi la sépulture dans le cimetière habituel puisqu'il ne peut y procéder dans le nouveau, enfin il « introduit dans l'ancien cimetière des chevaux et autres animaux qui profanent les ossements des fidèles ». Pour ces différentes actions, il est condamné à 300 livres d'aumône par le Parlement ⁽¹²⁸⁾.

Mais, parallèlement à la répression des emportements, il faut encore lutter contre l'ingéniosité que les paroissiens mettent au service de leur résistance. Ainsi, à Érigné (Murs-Érigné), en Anjou, pendant qu'on décrète contre les habitants, l'obstruction prend une forme passive: certains paroissiens font élection notariée de sépul-

⁽¹²⁶⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1203 (cité *supra* n. 108)

⁽¹²⁷⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1199, fol. 163, résumé des bureaux, s.d.

⁽¹²⁸⁾ Cf. *ibid.*, fol. 100, arrêt du 22 mai 1784.

ture dans une autre paroisse, et vont même jusqu'à y transporter leurs parents lorsqu'ils ont reçu les derniers sacrements, rendant ainsi impossible l'inhumation dans le nouveau cimetière ⁽¹²⁹⁾. Sur le premier point, Joly de Fleury rappelle les règles restrictives pour l'élection de sépulture, tout en observant cependant que, faute d'expertise, l'allégation selon laquelle « le terrain pour le nouveau cimetière est un roc » n'a pu être vérifiée. Sur le second point, qui vise le péril couru par les extrémisés, il donne des instructions pour interdire cette pratique et poursuivre les récalcitrants, parce qu'« il est de l'humanité d'empêcher de pareils transports » ⁽¹³⁰⁾. Si l'attitude du Procureur général est différente de celle adoptée pour le Hamel, c'est que les circonstances sont différentes: ici le cimetière a déjà été béni, mais, surtout, il apparaît que ce n'est pas le sentiment de piété envers la terre des morts qui anime les récalcitrants — car pourquoi choisir alors le cimetière d'une paroisse voisine? — qu'une obstination caractérisée ⁽¹³¹⁾.

Bien d'autres exemples pourraient être versés pour confirmer que l'attachement des habitants aux sépultures ancestrales n'est pas tenu pour dérisoire par le Procureur général. Il est loin de s'associer à nombre de substituts, tel le procureur du roi de Civray ⁽¹³²⁾, ou de prélats qui n'hésitent pas à taxer ces attitudes de rétrogrades. Les officiers sont blâmés lorsqu'ils déploient un empressement inconsidéré; cela relève de la surveillance ordinaire que le Procureur général exerce sur ses subordonnés ⁽¹³³⁾. Mais les excès de zèle du clergé sont d'une autre importance, car les faux pas ont des consé-

⁽¹²⁹⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1184, fol. 99, lettre du sénéchal de la châellenie, 4 février 1778; fol. 107, lettre du curé, 3 juin 1778.

⁽¹³⁰⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1184, fol. 101 et v^o, lettre du Procureur général au sénéchal de la châellenie, février 1778; fol. 108 et v^o, lettre au même, 22 juin 1778.

⁽¹³¹⁾ Cf. *ibid.*, fol. 99, lettre du sénéchal de la châellenie, 4 février 1778. Il fait état du sentiment d'un notaire qui a instrumenté pour des paroissiens: « ... il prouve que leur conduite n'a pour principe, ni la vénération pour les tombes de leurs pères, ni même le fanatisme et la superstition, et que l'esprit de pure malice et d'entêtement est leur unique étoile ».

⁽¹³²⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1190, fol. 23 *sq.*, lettre du procureur du roi de Civray au procureur général, 17 mars 1778.

⁽¹³³⁾ Cf. Ph. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris, op. cit.*, p. 242-256.

quences sur l'autorité de l'Église, qu'ils lèsent les intérêts matériels des populations ou bafouent leurs mentalités. Joly de Fleury est donc conduit à tempérer les ardeurs des ecclésiastiques, quelle que soit la place qu'ils occupent dans la hiérarchie.

Cela ne se fait pas sans certaines frictions lorsqu'il s'agit de hauts dignitaires. L'évêque de Luçon, chez qui la déclaration royale a provoqué un prurit réformateur, est prêt à interdire la plupart des cimetières de son diocèse. Le Procureur général, ayant plaidé la cause des paroissiens de Noirmoutier, nous l'avons signalé, reçoit une longue lettre de l'évêque sur l'état de son diocèse et la difficulté de sa tâche. Très volontiers, il se range au jugement de Joly de Fleury pour ce qui est de Noirmoutier, mais il le met en garde contre la trop grande confiance qu'il pourrait accorder, d'une façon générale, à l'opinion des habitants, en raison de leur superstition. Au demeurant, l'exemple de Noirmoutier, où il a dû révoquer son ordonnance, risque d'être désastreux dans la province, car l'émotion déjà exprimée n'a pas besoin d'être fortifiée. A titre de preuve, il dénonce les réactions des villageois du Poiré-sur-Vie: « ... quelques bourgeois de ce pays là dans la crainte qu'il ne leur en coûte quelque chose ont sonné le tocsin pour soulever les habitans contre mon ordonnance, ils ont insulté et menacé le curé, se sont permis les propos les plus indécents et les plus séditieux », pour conclure que « si la mutinerie des habitans est un motif suffisant pour rendre inutile les ordonnances d'un évêque en cours de visites rarement il y en auroit d'exécutées »⁽¹³⁴⁾. Cet évêque n'a pas tort lorsqu'il s'agit de la conservation de son autorité, mais, en l'espèce, la déclaration de 1776 ne laisse aux prélats qu'un pouvoir résiduel. Il finira par comprendre que l'unique juge en la matière est le seul à n'avoir pas été nommé par le texte, à savoir le Procureur général, et il décidera, en conséquence, de s'en tenir à un strict rôle canonique⁽¹³⁵⁾. Inversement, Joly de Fleury est contraint d'user de son influence pour obtenir l'indispensable bénédiction du nouveau champ d'inhumation, à laquelle certains évêques se refusent. Ceux-ci, en effet, loin de partager l'enthousiasme de leur confrère de Luçon,

⁽¹³⁴⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1199, fol. 362 et v°, lettre de l'évêque de Luçon au Procureur général, 15 novembre 1778.

⁽¹³⁵⁾ Cf. J. THIBAUT-PAYEN, *Les morts, l'Église et l'État*, op. cit., p. 345-346.

redoutent que le transfert des cimetières n'entraîne un dépérissement du culte des morts. Deux extrêmes qu'il faut tempérer, et qui justifient que l'application de la réforme ne repose pas exclusivement sur les supérieurs diocésains.

Au niveau inférieur, les initiatives du clergé ne sont pas moins susceptibles d'engendrer un désordre public. En tant qu'exécutants des décisions épiscopales, ils concentrent déjà sur eux les passions locales, mais, si en plus, ils sont soupçonnés de servir en même temps leur intérêt, l'exacerbation se trouve renforcée. L'appropriation du terrain de l'ancien cimetière fait partie de ces mobiles, comme on le voit par les consignes que Joly de Fleury envoie au procureur du roi en charge de Roiffé: « ... vous me marqués que les habitans se sont mutinés contre leur curé parce qu'il veut s'emparer de tout ou partie du cimetière et qu'il menace de les faire excommunier s'ils ne font pas l'acquisition d'un nouveau terrain pour servir de cimetière, quoiqu'un cimetière soit interdit, ce n'est pas un motif pour qu'on en dispose aussitôt parce qu'on doit attendre au moins 15 ans avant d'y faire aucune innovation... »⁽¹³⁶⁾. En rappelant les curés à l'observation des règles, le Procureur général, sans préjuger de la nécessité du transfert, éteint une des causes de l'agitation.

Toutes ces interventions du Procureur général sont empreintes de justice; il s'emploie en toutes occasions à calmer les passions. Cela explique les requêtes un peu surprenantes qu'il reçoit, telle celle du maire de Guéret: « ... qu'il ne peut communiquer aux échevins la lettre de M. le Procureur général parce qu'elle aigrirait les esprits contre lui. Que si on pouvait croire qu'il a écrit que M. du Vernet ne vouloit pas vendre [son terrain pour établir un cimetière], il se feroit des ennemis. Qu'il prie M. le Procureur général de lui écrire une nouvelle lettre ostensible où il ne soit pas parlé du s^r du Vernet »⁽¹³⁷⁾. Cette confiance mise dans le Procureur général s'explique par sa prudence et sa discrétion au service du bien public. Par la certitude que l'on a aussi que la justice qu'il représente ne peut dédaigner aucun intérêt, même purement honorifique.

⁽¹³⁶⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1195, fol. 390, lettre du Procureur général au procureur du roi à Loudun, 10 mars 1781.

⁽¹³⁷⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 5, note des bureaux, 1783.

Le poids de la hiérarchie sociale.

En même temps qu'elle organise le transfert des cimetières insalubres, la déclaration de 1776 interdit les inhumations dans les Églises, à de rares exceptions près⁽¹³⁸⁾. Cette mesure, non plus, ne peut pas ne pas choquer nombre de personnes. Les édiles d'Angoulême en témoignent, qui sont scandalisés que dans le cimetière de la paroisse Saint-Cybard, à la suite d'une épidémie, on a été obligé de faire servir la même fosse à la dépouille mortelle d'un chevalier de Saint-Louis et au corps d'un simple cordonnier⁽¹³⁹⁾. Pourtant, dans la même ville, il semble, si l'on croit une lettre anonyme, que « nos gentilshommes n'ont eu aucunes répugnances de meller les leurs [cendres] avec celles des pauvres »⁽¹⁴⁰⁾. À l'évidence, les auteurs de ces lettres sont différents: l'un craint la familiarité dans la mort, l'autre l'approuve. Reste à savoir si ceux dont on prétend qu'ils n'ont eu aucune répugnance en ont été dépourvus.

En tout cas, la promiscuité ultime inquiète certainement le clergé, surtout parmi les dignitaires honorables. L'un des chanoines de Reims ne cache pas son indignation à l'idée d'être enterré avec le commun des fidèles, d'autant plus que le tableau qu'il trace du cimetière de Saint-Symphorien n'est guère engageant: portes jamais fermées, voisins qui y déversent des immondices, chiens qui y font des ravages, et pour achever l'horreur: « Il s'y est commis de grands désordres entre personnes de différent sexe »⁽¹⁴¹⁾. Ces raisons, en ne portant que sur la décence canonique, ne sont pas péremptoires au regard de la loi qui ne prévoit pas de statut particulier pour les chanoines⁽¹⁴²⁾. Il leur est permis cependant de conserver leurs

⁽¹³⁸⁾ Archevêques, évêques, curés, patrons des églises, hauts justiciers et fondateurs de chapelles.

⁽¹³⁹⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1184, fol. 159, lettre du 2 février 1782.

⁽¹⁴⁰⁾ *ibid.*, fol. 148, lettre anonyme au Procureur général, 24 septembre 1776.

⁽¹⁴¹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1201, fol. 57-58, lettre au Procureur général, 6 octobre 1777.

⁽¹⁴²⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1204, fol. 33, note d'un des secrétaires du Procureur général à propos de Senlis, non datée: « Les chanoines n'ont pas le droit d'être enterrés dans les églises [...] il n'y a que les archevêques, évêques, patrons, seigneurs et fondateurs qui puissent y être enterrés dans des caveaux ayant neuf pieds carrés en tout sens ».

usages dans leurs cimetières particuliers, si toutefois ceux-ci sont en état d'être maintenus sous l'angle de la salubrité. Les chanoines de Laon ne se trouvent malheureusement pas dans cette situation, et, malgré le poids qu'ils forment dans la ville en raison de leur nombre — quatre-vingt-quatre —, ils risquent d'être réduits au droit commun, à moins qu'ils ne consentent un effort financier particulier. Joly de Fleury rappelle à son substitut les règles impératives sur ce point: « ... dans le cas où les cimetières des cathédrales et collégiales seroient trop petits et pourroient apporter préjudice à la salubrité de l'air, il doit y être pourvu soit en faisant agrandir un cimetière [...] ou en les faisant placer hors de la ville. Il se pourra faire que les chapitres de ces cathédrales et collégiales soient tenus de faire les frais de ces cimetières et ils ne pourront s'en dispenser si ces cimetières ne sont destinés que pour eux à moins qu'ils ne consentent de se servir du cimetière des autres paroisses auquel cas il faudra qu'ils contribuent comme les habitans de la ville à l'acquisition du terrain et à la dépense qu'il conviendra faire » (143). Cette dernière éventualité semble bien peu probable, si l'on en juge par le fait que les chanoines de la collégiale de Montluçon établissent un cimetière particulier hors de la ville. Leur cas est un peu différent, dans la mesure où, curé primitif (144), ils n'ont pas les moyens de construire un caveau aux nouvelles normes dans leur église (145).

Certains ont cru pouvoir se dispenser d'obéir à ces normes en continuant, dans les premiers temps, d'enterrer dans des caveaux couverts d'une simple dalle, pensant peut-être que la déclaration n'était pas encore répandue dans le public. Mais ils ont été dénoncés, tels ceux d'Angoulême. Aussitôt Joly de Fleury presse son substitut de lui confirmer le fait et de lui dire s'il a fait diligence pour

(143) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1194, fol. 169, lettre du Procureur général au procureur du roi à Laon, début 1777.

(144) Un chapitre peut être, en effet, curé primitif, de même qu'un chanoine peut être patron ou fondateur d'une église ou d'une chapelle, ce qui leur permet de bénéficier des exceptions prévues à l'article 2. L'article 3 supprime ce droit pour les fondations futures.

(145) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1197, fol. 60-61, lettre des chanoines de Montluçon au Procureur général, 10 octobre 1786.

communiquer la déclaration aux officiers de son ressort⁽¹⁴⁶⁾. La dénonciation anonyme ne s'en tient pas là. Animée d'intentions peu charitables à l'égard des chanoines, « qui toujours se croient au dessus des lois », elle révèle qu'ils pourraient parfaitement se dispenser de la cathédrale si leur penchant pour la ségrégation n'y faisait pas obstacle: ils disposent d'un cloître ouvert, mais ils ne l'utilisent pas sous prétexte qu'ils ne veulent pas « mêler leurs cendres » à celles des choristes qui y ont été inhumés⁽¹⁴⁷⁾.

Ce règlement de comptes mis à part, il demeure que le désir, tant chez les chanoines que chez les réguliers, d'avoir un lieu propre à leurs inhumations est très exigeant, puisqu'il s'exerce à l'intérieur du clergé lui-même. L'abbesse d'Aigueperse l'avoue au Procureur général relativement aux sœurs extérieures, celles qui recueillent les aumônes destinées à faire vivre les sœurs cloîtrées: « ... ne pouvant vivre ni habiter avec elles, nous ne pouvons ni mourir ni être inhumées les unes avec les autres ». Les religieuses de Sainte Claire avaient donc envisagé une solution de proximité aux abords de leur couvent, mais cela a été refusé. Comme il n'est pas pensable que les sœurs quêteuses et les religieux cordeliers qui desservent leur église subissent le sort commun, elles sollicitent, avec succès, l'autorisation d'inhumer dans les caveaux de leur église, car elles en sont les patrons, tout comme les cordeliers en sont les curés⁽¹⁴⁸⁾. Les conditions de la cohabitation canonique étant si rigides, à fortiori le voisinage *post mortem* ne peut-il exister avec les laïcs.

En ce qui concerne ceux-ci, les modifications apportées aux usages soulèvent réticences et contestations.

Si l'on réserve le cas de ceux qui par une piété de tonalité janséniste souhaitaient d'être enterrés dans le cimetière commun, seules les familles fort modestes s'en contentaient, et son triste état ne les choquait guère. Au-delà, il en était comme à Auxerre, où

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1184, fol. 150, lettre du Procureur général au procureur du roi à Angoulême, 29 septembre 1776.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibid.*, fol. 148, lettre anonyme au Procureur général, 24 septembre 1776.

⁽¹⁴⁸⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1182, fol. 142, lettre de l'abbesse d'Aigueperse au Procureur général, 14 juillet 1781; elle justifie sa requête de la façon suivante: « Votre religion ne permettra cependant pas que des religieux et des sœurs soient transportés à leur décès hors de leur monastère pour être enterrés dans le cimetière public des laïques ».

« toutes les familles un tant soit peu honnêtes avaient des sépultures soit dans les paroisses, soit dans les autres églises », c'est-à-dire conventuelles ⁽¹⁴⁹⁾. Le texte de 1776 vient modifier cette situation, mais les différences sociales sont toutefois prises en compte. Ceux qui avaient droit d'être accueillis dans des églises dont dépendent des cloîtres, peuvent bénéficier de l'hospitalité de ceux-ci; si leur privilège ne portait que sur les églises paroissiales, il leur est permis de choisir dans les cimetières des paroisses un lieu séparé, même d'y construire un caveau ou monument, sous réserve « qu'il reste toujours dans lesdits cimetières le terrain nécessaire pour la sépulture des fidèles ».

Bien que devant quitter l'église pour le cimetière, cette clause a permis à nombre de notables de continuer à se distinguer dans la mort. Cela explique sans doute que, mis à part l'incidence financière, ils soient globalement favorables à la réforme ⁽¹⁵⁰⁾. N'ayant que peu de liens affectifs avec l'ancien cimetière, ils ont tout à espérer d'un cimetière neuf, plus décent et plus salubre. Ainsi, le S^r Baret d'Auriol, à Guéret, accepte de vendre un terrain pour établir le nouveau lieu d'inhumation, mais, et c'est ce qui justifie le faible prix qu'il croit demander, à condition « qu'il lui sera accordé un emplacement [...] propre à y faire un caveau pour lui et sa famille à ses frais et dépens ». Ce faisant, il ne cache pas qu'il entend reconduire le statut distinctif qu'il avait dans son église paroissiale ⁽¹⁵¹⁾. La faculté ainsi offerte aux notables est destinée à les satisfaire au premier chef, mais elle a aussi un effet bénéfique pour le reste des habitants. C'est ce qu'un mémoire *pro domo* expose au Procureur général: « ... dans une ville aussi étendue que celle d'Auxerre [...] il

⁽¹⁴⁹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1185, fol. 107 v°, lettre au Procureur général, s.d. A Toulouse les bourgeois ont lutté pour que leurs inhumations dans les églises, jusque là anonymes, fussent individualisées, sur la terre même, par une plaque sépulchrale. Leur prétention fut consacrée par un arrêt du Parlement du 27 mai 1752, mais cet acquis fut de courte durée, puisque Loménie de Brienne interdit par son mandement célèbre toute inhumation dans les sanctuaires. Cf. F. SABOURIN, *La Ville et les morts. Droit et urbanisme funéraire aux XVIII^e et XIX^e siècles à Toulouse* (thèse Droit Toulouse, 1997, dactyl.), p. 45 sq.

⁽¹⁵⁰⁾ Dès 1777, à Marseille, certaines familles utilisent la possibilité d'avoir un caveau dans le cimetière; cf. R. BERTRAND, *Cimetières marseillais au XVIII^e et au XIX^e siècles*, dans *Provence historique*, fasc. 92, 1973, p. 227.

⁽¹⁵¹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 38 v°, note des bureaux (1777).

s'en trouveraient beaucoup [de familles] qui seraient encore jalouses d'avoir des sépultures distinctes et séparées, et auxquelles le terrain se vendrait sur un pied si différent de celui de l'acquisition, qu'ils [les officiers municipaux] trouveraient dans le prix une indemnité qui pourrait les remplir un jour de toutes les dépenses qu'ils auraient faites » (152). Avec la vente du terrain de l'ancien cimetière, c'est effectivement là une manière pour les fabriques ou les municipalités de se procurer des fonds indispensables (153).

Ainsi, les intérêts divergents peuvent être conciliés sur la base de la déclaration royale. Guéret en offre encore un exemple. Par dénonciation anonyme, Joly de Fleury est informé que les Pénitents noirs font construire un cimetière dans un communal situé à proximité de la ville. Prié de lui confirmer ces faits, son substitut nuance considérablement. Sur le premier point: « Il est vrai que le mauvais état dans lequel est le cimetière de cette ville a déterminé la confrérie des Pénitents qui subsistent de temps immémorial et qui s'est toujours comporté avec décence et édification, à solliciter auprès de M. l'évêque de Limoges, la permission de faire construire un cimetière pour la sépulture des confrères seulement »; et l'évêque ne l'a accordée qu'en grande connaissance de cause. Sur le second point: « Ce cimetière a été fait non dans un communal appartenant à la ville, mais dans un terrain appartenant à un confrère pénitent qui l'a donné à la confrérie ». Enfin, le procureur du roi conclut que la régularité de l'opération n'est en rien préjudiciable à la cité, bien au contraire: « Les officiers municipaux me paroissent avoir eu raison de donner leur consentement à ce nouveau cimetière qui est très décent, et qui coûte plus de 2000 L aux Pénitents, puisque par ce moien il ne faudra pas autant de terrain pour le cimetière général, à l'achat et aux réparations duquel les pénitents contribueront

(152) Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1185, fol. 108, lettre au Procureur général, s.d. (postérieure au 15 mai 1784).

(153) La défense d'inhumer dans les églises a entraîné une forte diminution du casuel. C'est pourquoi les habitants de Guéret autorisent les marguilliers « à céder et assigner à perpétuité » des places dans le cimetière « moyennant une somme qui ne pourra excéder 24 L la toise quarrée » (Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 39 v^o, résumé des bureaux).

comme les autres habitans [...] ce qui [...] tournera au profit des pauvres qui seront dans le cas de moins payer »⁽¹⁵⁴⁾.

On le voit, la déclaration n'est pas égalitaire socialement. Son but, uniquement prophylactique, est d'assainir églises et cimetières. Assurer des cimetières particuliers en trop grand nombre dépasserait les facultés contributives des privilégiés et priverait le reste des habitants des ressources que ces derniers peuvent leur apporter, alors précisément que les dépenses qu'ils devront supporter sont considérables. La déclaration ne crée pas non plus des marques distinctives nouvelles dans les cimetières; elles existaient précédemment⁽¹⁵⁵⁾. Cependant, en remuant les situations acquises, elle favorise un climat de contestation. L'aventure arrivée à la marquise de Praslin est instructive à cet égard. Ayant dû inhumer sa mère dans le cimetière de Mussy l'Évêque [Mussy-sur-Seine], elle fait protéger la sépulture par un monument. Ce faisant, elle usait de son droit et cela ne fut pas contesté par la fabrique; « elle ignoroit d'ailleurs qu'elle dût la prévenir, et le mauvais état du cimetière ne lui présentait aucune réflexion à faire sur les formalités »⁽¹⁵⁶⁾. Cependant des difficultés s'élèvent sept mois plus tard: « ... il y a fermentation aujourd'hui à ce sujet parmi les habitants de Mussy. Les uns veulent briser la tombe, d'autres dans une assemblée de fabrique ont délibéré de demander 300 L pour qu'elle fût conservée ». En conséquence, elle est obligée de recourir à l'autorité du Procureur général, lequel ordonne que les choses resteront en l'état⁽¹⁵⁷⁾. En l'espèce, l'appât du gain se double de sentiments égalitaires. On songe aux réflexions de Tocqueville sur l'égalité: puisque qu'on voit les fidèles, sans distinction de naissance être inhumés au cimetière, les barrières sociales ne paraissent plus infranchissables et toute

⁽¹⁵⁴⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1192, fol. 248-249 v^o, lettre du procureur du roi à Guéret au Procureur général, 6 août 1783.

⁽¹⁵⁵⁾ L'enquête judiciaire menée dans la sénéchaussée de Civray nous apprend que dans plusieurs bourgs on envisage de transporter les « mausolés » et tombeaux des ancêtres de l'ancien cimetière au nouveau (Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1190, fol. 28 *sqq.*, extrait concernant les visites).

⁽¹⁵⁶⁾ Les bestiaux viennent y paître journellement, parce qu'il est sans la moindre clôture, à telle enseigne qu'un cochon a déterré un enfant.

⁽¹⁵⁷⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1200, fol. 242, note des bureaux (juillet 1781); fol. 246, réponse de Joly de Fleury, 1^{er} août 1781.

différence paraît insupportable. Auparavant, le désir d'égalité se tournait vers le haut: tout le monde désirait, autant que cela était possible, être inhumé dans les églises. Désormais, l'égalité rabaisse; elle reprend sa nature véritable, révolutionnaire.

Dès lors, une « nuit du 4 août » des cimetières, si l'on peut dire, commence à être envisagée. Elle trouve un renfort dans une tendance nouvelle qui, au nom de la rationalité, vient elle aussi bouleverser les usages. Elle ne s'attaque pas aux distinctions sociales, mais à l'individualisme familial qui poussait à obtenir une localisation particulière pour les membres de la même famille. Il en résultait des nuisances évidentes lorsqu'on inhumait au même endroit ou à côté: les corps non consumés dégageaient des exhalaisons. De Prudemanche, dans le Thimerais, ou de Roye, en Picardie, montent des plaintes à ce sujet. Ici, on demande d'ordonner « que l'on commencerait à enterrer par un bout »⁽¹⁵⁸⁾; là, que « les fosses se fassent de suite sans distinction de canton et à distance suffisante l'une de l'autre »⁽¹⁵⁹⁾. A Calais, cette rationalisation de l'espace funéraire est réalisée depuis 1782. Jusque là, les fossoyeurs creusaient les fosses « ça et là, sans suivre une ligne certaine [...] on a remédié à cet inconvénient en astreignant les fossoyeurs à suivre les lignes qu'on leur a tracé »⁽¹⁶⁰⁾. Bientôt va disparaître la fantaisie des fossoyeurs, tel celui de Romorantin « qui a toujours enterré ça et là au hasard et n'a voulu donner connoissance de la carte du cimetière à personne de peur d'être supplanté »⁽¹⁶¹⁾. Une conception administrative et égalitaire s'impose progressivement, plus par effet second que par la volonté du gouvernement et du Parlement.

Contrairement aux deux rubriques précédentes, on ne sent guère l'influence du Procureur général pour les affaires qui lui sont soumises. Cela s'explique aisément. Lorsqu'il s'agit de l'état des cimetières, la déclaration offre une double marge de manœuvre au

⁽¹⁵⁸⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1201, fol. 119, mémoire anonyme émanant de Roye au Procureur général, s.d.

⁽¹⁵⁹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1200, fol. 298, note sur la lettre du curé de Prudemanche (17 novembre 1785) au Procureur général.

⁽¹⁶⁰⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1187, fol. 137, résumé des bureaux, avril 1784.

⁽¹⁶¹⁾ Bibl. nat., coll. Joly de Fleury, ms. 1201, fol. 110-111, lettre du procureur du roi de Romorantin au Procureur général, 5 mai 1787.

haut magistrat: l'appréciation de la salubrité et de l'opportunité du transfert en fonction des circonstances. En revanche, pour le statut des privilégiés il ne bénéficie d'aucune liberté: le texte royal est suffisamment précis. Quant à l'organisation interne du cimetière (l'ordre des sépultures), cela relève de la simple police ou de la volonté des fabriques. Le Procureur général se borne donc à faire respecter la loi.

* * *

Le Doyen Le Bras avait qualifié le pape Boniface VIII de « symphoniste et modérateur »; ces qualificatifs élogieux pourraient, à juste titre, être utilisés pour le Procureur général Joly de Fleury. A la tête de la hiérarchie judiciaire, il a orchestré l'application de cette réforme avec vigilance et discernement. S'il réprime avec fermeté les contraventions à l'interdiction d'inhumer dans les églises — tant de la part des curés que des paroissiens ⁽¹⁶²⁾, s'il appuie avec vigueur le transfert des cimetières trop insalubres, il sait aussi accorder des délais pour calmer les passions, prêter l'oreille aux plaintes des administrés et examiner avec bienveillance les problèmes humains. Placé au-dessus des querelles et intérêts locaux, il défend les fidèles contre les abus de certains évêques ou curés, et protège, inversement, ces derniers contre les colères villageoises. Grâce à son autorité et à son équité, une confiance dans la justice et l'administration a pu se créer; cela mérite d'être noté.

Mais, malgré la haute conscience de magistrat qu'il a appliquée à cette tâche, le Procureur général ne pouvait enrayer les effets sociologiques de la réforme. Car, dans le même temps que l'on remuait la terre, les mentalités en ont profité pour évoluer. « A-t-on suffisamment observé, écrivait l'abbé Plongeron, que les futurs sans-culottes de Saint-Antoine et de Saint-Marcel descendent directement, pour la plupart, des convulsionnaires qui se multiplient

⁽¹⁶²⁾ La violation la plus flagrante se rencontre à Orléans. Malgré l'établissement d'un cimetière commun, plusieurs paroisses continuent d'inhumer encore en 1788 dans les caves construites sous leurs églises toutes les personnes qui leur sont présentées, sans aucune espèce de distinction; occasionnellement, on a même construit des caves nouvelles. En conséquence, le Parlement homologue l'ordonnance du bailliage d'Orléans réprimant cette infraction caractérisée. L'amende, fixée à 1000 L, est de nature à dissuader les fidèles. Cf. D^r GANNAL, *op. cit.*, pièces justificatives, p. 231 sq.

dans les logis sordides du quartier, après la fermeture du cimetière Saint-Médard »⁽¹⁶³⁾. Pour faire écho à ces lignes, sait-on si ce bouleversement dans les usages funéraires n'a pas eu des répercussions sur les événements révolutionnaires. Des clans nombreux se sont opposés, parfois violemment. Les multiples frictions entre curés et paroissiens, seigneurs et habitants, notables et menu peuple — affrontements qui se sont déroulées dans la dizaine d'années précédant la convocation des États généraux — n'ont-ils pas contribué à échauffer les esprits, attiser les passions, creuser des fossés? Ne serait-il pas intéressant, entre autres, de savoir ce qu'est devenue la dame du Hamel qui s'était placée sous la « sauvegarde » de la Cour? Quel fut le sort des curés favorables au transfert? Le clergé réfractaire était-il naguère hostile à l'éloignement des morts? L'enquête serait longue à mener.

⁽¹⁶³⁾ B. PLONGERON, *Théologie et politique au siècle des Lumières (1770-1820)* (Genève, 1974), p. 21.

La dimensione giuridica

LIVIO PALADIN

LA QUESTIONE DEL METODO
NELLA STORIA COSTITUZIONALE (*)

1. Sino a che punto è fondato il diffuso giudizio per cui la storia costituzionale del nostro Paese sarebbe stata — finora — alquanto trascurata? A guardare bene, credo che ormai si tratti di apparenze o di luoghi comuni, non solo per ciò che riguarda lo Statuto albertino e le vicende dell'ordinamento statutario, ma anche per la storia italiana più recente (fatta forse eccezione per il periodo fascista).

Quanto alla fase statutaria, l'odierna letteratura storico-giuridica non manca di fornire una serie di ricostruzioni complessive: dalla « Storia costituzionale d'Italia » di Carlo Ghisalberti al « Profilo di storia costituzionale italiana » di Allegretti, dalla « Storia politica italiana » di Guglielmo Negri fino alla « Storia della Costituzione italiana » di Labriola ⁽¹⁾. Anche in vista del passato, d'altra parte, bisogna allargare lo sguardo al di là dell'isolata « Storia costituzionale del Regno d'Italia », dovuta alla penna di Gaetano Arangio-Ruiz ⁽²⁾. Moltissimi altri scritti, che pure non sono dichiaratamente collocati sul versante storico, risultano assai ricchi di spunti storicamente significativi: basti pensare — per averne subito la dimostrazione — al celebre « Commento allo Statuto del Regno », curato da Racioppi e Brunelli ⁽³⁾.

(*) Il presente scritto è destinato agli scritti in onore di Leopoldo Elia.

(1) Il testo di Ghisalberti è stato (ri)pubblicato a Bari, nel 1992; quello di Allegretti a Bologna nel 1989; quello di Negri a Milano nel 1994; quello di Labriola a Napoli nel 1995.

(2) Il volume in questione è stato ristampato a Napoli nel 1985, a cura della Carlassare.

(3) L'edizione del « *Commento* », che viene qui richiamata, è comparsa a Torino

Quanto invece all'ordinamento repubblicano, il quadro sembrerebbe — a prima vista — presentare caratteristiche molto diverse. A giustificarle — almeno in parte — sta la ben nota difficoltà di concepire una storia del presente, come pure di un'epoca appena trascorsa e ancora troppo attuale (ma su questo punto dovrò ritornare al termine della mia relazione). Rimane però il fatto che quella di Bonini è la sola « Storia costituzionale della Repubblica »⁽⁴⁾, così denominata nel suo stesso titolo, della quale disponiamo fino ad oggi. Ed è manifesto che la brevità di un tale saggio, destinato oltre tutto alla documentazione ed all'esame di vicende e di temi specifici, esclude in partenza la compiutezza e l'organicità del tentativo.

Senonché il discorso non si chiude affatto a questo punto. Ciò che veramente importa, è il grado dell'attenzione dimostrata dai costituzionalisti nei confronti della storia, pur quando essi studiano — in modo primario — il diritto costituzionale vigente. In tale prospettiva, non mi pare dubbio che la ricerca costituzionalistica sia stata e sia tuttora, malgrado alcune passate e recenti inversioni di rotta, legata alla storia da un nesso peculiare, che forse non trova riscontro in nessuno degli altri campi dell'indagine giuridica. Altrove, infatti, la pur conclamata storicità del diritto⁽⁵⁾ si manifesta nell'atto di relativizzare la cosiddetta dogmatica (o di ricostruire gli sviluppi del pensiero giuridico, proprio di ogni ramo del diritto stesso). Ben diversamente, il campo degli studi costituzionalistici si caratterizza soprattutto per il peso attribuito alla prassi, ai precedenti, alle convenzioni, agli usi, ai comportamenti tenuti dai soggetti politici in genere e principalmente dai titolari degli organi costituzionali.

Ciò contribuisce a spiegare che, fin quasi dagli inizi, si mettesse l'accento sulle « *leçons de l'histoire* »: come già segnalava Guizot, nel decreto istitutivo della cattedra costituzionalistica destinata a Pellegrino Rossi⁽⁶⁾. Si pensava in effetti — per citare le parole di Luigi

nel 1909. Ma vedi inoltre — fra i tanti — ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Storia e dottrina*, Napoli, 1904.

(4) La « *Storia* » stessa è stata pubblicata a Roma nel 1993.

(5) Il richiamo è particolarmente riferito a CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966.

(6) La citazione è tratta da GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. giur.* XXXIII (1963), p. 5.

Palma (7) — che « il modo di essere presente » del diritto costituzionale fosse « determinato dalla sua storia ». E questa maniera di vedere non mancava d'imporsi o di assumere risalto nelle più varie letterature giuridiche, malgrado la profonda diversità delle rispettive premesse istituzionali: dagli autori inglesi a quelli francesi ed agli stessi maestri tedeschi del secondo Ottocento (come nel caso di Jellinek, che riconosceva espressamente il rilievo costituzionale spettante all'azione delle forze politiche e di conseguenza riteneva indispensabile integrare la dogmatica mediante la storia) (8).

In verità, impostazioni del genere non sono state e non sono condivise da tutti. Per un primo verso, esse risultano largamente svalutate nel corso della reazione formalistica, avviata in Italia da Vittorio Emanuele Orlando; e se ne trova la traccia — ad esempio — nella garbata polemica che contrappose Crisafulli a Maranini, sulle pagine della rivista « Stato e diritto » del 1940 (9). Per un altro verso, il rigetto della storia può anche essere il frutto d'una sorta di realismo giuridico esasperato (10): vale a dire, della tendenza ad enfatizzare le fratture storiche ed a contestare le continuità, come fra quanti acclamavano e teorizzavano — negli anni '93-'94 — l'avvento nel nostro Paese di una seconda Repubblica.

Né quella né questa corrente sono per altro riuscite a prevalere. Quanto al positivismo od al concettualismo formalistico, già nei primi decenni di questo secolo esso non era affatto condiviso dalla totalità dei costituzionalisti italiani: a parte Maranini, che probabilmente esagerava nel senso opposto quando asseriva che « lo studio del diritto costituzionale... non può essere condotto a risultati apprezzabili se non con l'ausilio di procedimenti propri del metodo storico », lo stesso Crisafulli riconosceva l'importanza della « storia

(7) Cfr. il *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, 1883-1885, I, p. 34.

(8) V. *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, I, spec. pp. 62 ss., 107 ss. (« Che la indagine storica di una istituzione sia il presupposto necessario per la intelligenza scientifica di essa, è oggi divenuto già da lungo tempo un luogo comune »).

(9) Di MARANINI, v. *Qualche osservazione di metodo sugli studi di diritto costituzionale*, in *Stato e diritto* 1940, pp. 47 ss., nonché *Dommatica e storia (Risposta a Crisafulli)*, *ivi*, pp. 223 ss.; di CRISAFULLI, *Ancora a proposito del metodo negli studi di diritto costituzionale*, *ivi*, pp. 122 ss.

(10) Quanto al realismo contrapposto alla storicità del diritto nell'ambito del pensiero giuridico statunitense, v. nuovamente GALIZIA, *Profili cit.*, p. 70.

e scienza politica » nonché — prima ancora — della « sensibilità politica personale del giurista » ⁽¹¹⁾; ed anche Carlo Esposito, che pure dichiarava — verbalmente — di non interessarsi della storia, non esitava a concentrare un intero corso delle sue lezioni sul tema del diritto costituzionale transitorio negli anni '43-'48.

Quanto poi al preteso realismo di coloro che ripartono continuamente da zero, immaginando inesistenti cesure epocali oppure esaltando le sole esperienze giuridiche dell'attimo presente, esso non ha fatto registrare — nel nostro Paese — altro che sporadiche prese di posizione, assunte — per lo più — da parte di esponenti politici piuttosto che di studiosi delle istituzioni. Tutto al contrario, i costituzionalisti italiani tendono oggi a ritenere — secondo le parole di Onida — che la Costituzione rappresenti non già un dato rigido, suscettibile di essere spezzato da ogni ricambio del ceto politico, ma un « quadro, di per sé idoneo ad essere diversamente sviluppato e riempito, ... entro gli argini di principi non disponibili alla volontà politica del momento »; ed anzi ravvisano nella continua ricerca della Costituzione vivente quello che Zagrebelsky definisce il « posto » della storia nel diritto costituzionale ⁽¹²⁾.

Certo è comunque che non si potrebbe ripetere — oggi — ciò che Galizia scriveva nel '63: vale a dire, che la dottrina italiana inclinasse (o avesse inclinato) alla « sottovalutazione della prospettiva storica » ⁽¹³⁾. Per un costituzionalista la storia contemporanea, relativa se non altro al cinquantennio '46-'96, fa parte integrante della materia dei suoi studi. Gli esempi fattibili sarebbero numerosissimi. Basti qui ricordare i contributi di Elia allo studio della forma italiana di governo; le tante sistemazioni e messe a punto sui temi dell'assetto e del funzionamento delle Camere, considerate nel loro

⁽¹¹⁾ V. rispettivamente MARANINI, *Qualche osservazione* cit., p. 49, e CRISAFULLI, *Ancora a proposito del metodo* cit., p. 127. Ulteriori e risalenti indicazioni in GALIZIA, *Profili* cit., pp. 89 ss.

⁽¹²⁾ Di ONIDA, cfr. *Editoriale*, in *Quad. cost.* 1994, p. 351; di ZAGREBELSKY v. *Storia e costituzione*, in *L'insegnamento della storia nel diritto medievale e moderno*, Milano, 1993, pp. 177 ss.

⁽¹³⁾ *Profili* cit., p. 109 nota 114. Analoghe considerazioni retrospettive sono state svolte da BONINI, *Problemi di una storia costituzionale*, in *Riv. st. cont.*, 1987, pp. 266 ss., e quindi da GRASSO, *Aspetti della scienza del diritto costituzionale nei primi anni di Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1996, pp. 325-326.

divenire; le varie monografie sul potere esecutivo, soprattutto nelle parti riguardanti i Governi di coalizione; il saggio di Baldassarre e Mezzanotte sugli uomini del Quirinale; le attente ricostruzioni della Carlassare, circa gli scioglimenti delle assemblee parlamentari; le indagini che D'Orazio ha svolto sulla genesi della Corte costituzionale; per non dire delle vicende caratterizzanti il sistema dei partiti, parallelamente esaminate dai politologi e dai costituzionalisti (14).

Ma il discorso potrebbe allargarsi ad una buona parte del Commentario della Costituzione, già curato da Giuseppe Branca; come pure ad una serie di indicazioni offerte da svariate riviste giuridiche, quali « Politica del diritto », « Quaderni costituzionali », « Democrazia e diritto »... Di più: non sono mancate le ricerche relative a particolari momenti della storia repubblicana, piuttosto che a determinate istituzioni: dalla fase transitoria precedente il referendum del 2 giugno ai lavori dell'Assemblea costituente, dalle esperienze del centro-sinistra fino agli interminabili dibattiti sulle « grandi riforme » (15). In altre parole, la Costituzione « tradita », la Costituzione già attuata o da attuare, la Costituzione da migliorare o da superare, hanno rappresentato e rappresentano l'oggetto di sistematici approfondimenti.

Da almeno trent'anni a questa parte, insomma, nella prospettiva storica del diritto costituzionale si è formato un materiale enorme,

(14) Di ELIA, v. specialmente *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, p. 657 ss. (nonché *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.* 1957, pp. 1170 ss.) Cfr. inoltre — nell'ordine — le due edizioni de *Il Parlamento* di MANZELLA, pubblicate a Bologna nel 1977 e nel 1991 (nonché AA.VV., *Il Parlamento a vent'anni dai regolamenti del 1971*, in *Quad. cost.* 1991, n.2); le monografie di CAPOTOSTI (*Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, Milano, 1974), di D'ANDREA (*Accordi di governo e regole di coalizione*, Torino, 1991) e di CALANDRA, *I governi della Repubblica: vicende, formule, regole*, Bologna, 1996; il *Commento all'art.88 Cost.*, nel *Commentario della Costituzione. Art.88-91*, Bologna-Roma, 1983; *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985; *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981 (ed ora BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996); e infine — fra i tanti — PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo*, Bologna, 1980.

(15) A titolo del tutto indicativo, si vedano *La fondazione della Repubblica*, Bologna, 1979 (a cura di Cheli); *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1979 (a cura di D'Alessio); *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1980 (a cura di De Siervo); TRAMONTANA, *Il centro-sinistra (1962-1975)*, Torino, 1996; TERESI, *La strategia delle riforme*, Torino, 1996.

principalmente dovuto ai giuristi: i quali non hanno affatto immaginato che la scienza giuridica possa vivere soltanto nel presente, ma hanno condiviso — sia pure in modo intuitivo — la convinzione espressa da Martines, per cui « costituzione e storia percorrono un cammino comune » (16). A loro volta, dunque, gli storici delle istituzioni repubblicane non sono di certo costretti a muoversi nel vuoto; ma debbono, anzi, organizzare e selezionare il materiale stesso, sia perché i fatti ed anche i dati « non parlano da sé » (17), sia perché una storia costituzionale troppo analitica rischierebbe di perdere i fili conduttori e di risultare impenetrabile per un comune lettore.

2. Fissare queste premesse non significa, però, avere risolto il problema del metodo nella storia costituzionale. Rovesciando l'impostazione di Zagrebelsky, altro è stabilire quale sia il « posto » della storia nel diritto costituzionale, altro verificare che cosa rappresenti — reciprocamente — il diritto costituzionale nella storia. Ed è abbastanza evidente — per esser più precisi — che il metodo della storia costituzionale non può risolversi in quello proprio del discorso giuridico, ma implica un approccio pluridisciplinare.

Vero è che lo stesso ragionamento giuridico, tanto nelle cosiddette sedi dottrinali quanto in quelle giurisprudenziali, non viene quasi mai condotto *in vitro*, ma contiene o presuppone un complesso di « premesse empiriche », più o meno ampio secondo le diverse ipotesi (18): con particolare ma non esclusiva evidenza, allorché si tratta di sindacare la ragionevolezza delle scelte in esame o di utilizzare altri canoni aperti o scarsamente definiti. In questi stessi casi, tuttavia, s'impone a mio giudizio il rilievo di Teubner: vale a dire, che « le costruzioni della scienza sociale sono non

(16) Cfr. *Introduzione al diritto costituzionale*, Torino, 1994, p. 103; ma vedi anche BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, pp. 23 ss.

(17) La citazione è tratta da PANEBIANCO, in *L'analisi della politica*, Bologna, 1989, p. 20; ma si tratta di un punto ormai fermo da tempo (v. per esempio De Sanctis cit. in CALASSO, *Storicità* cit., pp. 99-100, oppure WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974, p. 172).

(18) Cfr. MENGONI, *Relazione introduttiva*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 21, e D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ivi, p. 207.

soltanto trasformate o distorte, ma costituite in modo nuovo, nel momento in cui vengono adoperate dal discorso giuridico »⁽¹⁹⁾. In altre parole, anche le più recenti definizioni di quello che potremmo ancora chiamare il metodo giuridico, fanno intendere come gli operatori del diritto (e i giudici in particolar modo) finiscano per fagocitare frammenti di storia generale, di politologia, di sociologia, di psicologia, di economia, nell'atto in cui risolvono determinati problemi della vita; fermo restando che le loro motivazioni riguardano pur sempre l'interpretazione e l'applicazione del sistema normativo di riferimento. La storia costituzionale, per contro, dev'essere condotta a 360 gradi, senza colonizzare le scienze sociali interferenti con il diritto e senza servirsi dell'ordinamento giuridico in termini autoreferenziali. Le valutazioni degli accadimenti storicamente significativi, svolte sulla base di parametri costituzionali giuridicamente interpretati e ricostruiti, restano pertanto estranee al nucleo della storia stessa; mentre stanno sul proscenio i dati storici per sé considerati, con la conseguenza che i giuristi si debbono spogliare della loro forma mentale, nel momento in cui la storia si pone al centro delle loro ricerche.

Ad esempio, nel trattare dei puntuali scioglimenti delle Camere sarebbe vano ed anzi fuorviante partire da un modello giuridico, chiedendosi anzitutto quale sia la natura del potere in questione (presidenziale o governativa o complessa-duale od altra ancora). Considerazioni del genere potranno se mai rappresentare la coda del discorso, del resto inessenziale; mentre l'accento dovrà cadere sugli specifici fenomeni storici, sia pur considerati nelle loro costanti e non soltanto nelle varianti che li contraddistinguono. Per fare un altro esempio, gli stessi orientamenti giurisprudenziali relativi al regime dei diritti fondamentali, ed alle relazioni che si stabiliscano in tal senso fra le leggi ordinarie e la Costituzione, non andranno giudicati nel loro dover essere, meno che meno sulla base dei significati attualmente conferiti ai rispettivi principi costituzionali; ma dovranno venire descritti nelle loro effettive linee di tendenza, momento per momento storico.

Più generalmente, anzi, dovranno restare nello sfondo le tanto controverse basi concettuali delle indagini costituzionalistiche. Nor-

(19) Cfr. *Il diritto come soggetto epistemico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 317.

mativisti ed istituzionisti, fautori ed avversari di questo o quel concetto di costituzione, potranno cioè ritrovare nella storia un terreno comune; salvo dividersi subito nel momento della valutazione di certe vicende storiche (ma anche in queste ipotesi, a titolo di corollario o di commento accessorio). Se mai, le diverse premesse influiranno sulla puntuale definizione degli oggetti della storia in questione; ma neppure queste pregiudiziali dovrebbero assumere un grande rilievo, se è vero che gli storici saranno comunque tenuti a considerare i fattori essenziali degli eventi generalmente ritenuti di rilievo costituzionale, qualunque sia la loro natura.

Sono forse queste le ragioni per cui si suol dire — da Deslandres nell'« *Histoire constitutionnelle de la France* » fino al nostro Bonini — che la storia costituzionale è « una disciplina a metodologia storica » (20); e queste affermazioni sottintendono — forse — che legittimati a trattarne sono appunto gli storici puri, piuttosto che i cultori del diritto positivo. Tanto la premessa quanto l'eventuale conclusione si dimostrano, però, fortemente controvertibili.

Mi sembra formulato in modo troppo drastico l'assunto di Panebianco, per cui « il metodo storico non esiste » (21). Ma non appare dubbio che il pluralismo metodologico investa — attualmente — tutte le scienze sociali, senza affatto risparmiare la storiografia. Nello stesso campo del diritto, sono ormai superate le illusioni monistiche di chi « riduceva la scienza giuridica alla dimensione logico-analitica »; tanto da mettere in luce un « eclettismo ormai disinvolto », anche al di là dell'esigenza incontestabile che gli strumenti della ricerca si conformino alle peculiarità dei rispettivi oggetti (22). Ma il rifiuto dell'idea preconcepita che esista — secondo le critiche parole di Laudan — « un unico mez-

(20) Di BONINI v. *Uno statuto controverso. Considerazioni sulla storia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, p. 102; analoghe considerazioni in DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, 1937, p. 1. Del resto, anche nella letteratura giuridica tedesca si sottolinea che la storia costituzionale non comprende i soli profili strutturali della materia, bensì le « *Aktionen, Ereignisse, Intentionen, Werthaltungen* » ecc. (cfr. BÖCKENFÖRDE, in *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung*, pubblicato in *Der Staat, Beiheft* 6, Berlin, 1983, p. 29).

(21) V. nuovamente *L'analisi* cit., p. 51.

(22) V. rispettivamente MENGONI, *Relazione introduttiva* cit., p. 4, e RODOTÀ, *Un metodo fra i metodi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 275. Cfr. inoltre RUGGERI, *Dottrine*

zo legittimo per conseguire gli scopi cognitivi condivisi dalla scienza» (23), s'impone da tempo, con una evidenza ancor più grande, nel campo delle indagini storiche: che fa registrare per contro — come ha scritto Furet — l'« esplosione quasi infinita delle pratiche scientifiche » (24). Fra la storia mirante a narrare e ricostruire determinati avvenimenti di politico rilievo e la storia « profonda » degli annalisti francesi passa un divario pressoché incolmabile. Fra il « pettegolezzo parlamentare », che Crisafulli rimproverava a Barthélemy (25), e la storia delle istituzioni costituzionali ed amministrative si riscontra un taglio non meno netto: in vista del quale — oltre tutto — muta finanche il concetto di fonte, che per gli storici generali e per quelli politici allude molto sovente ad un complesso di testimonianze da scoprire e raccogliere; mentre per gli storici delle istituzioni si tratta fondamentalmente — come già notava Zanichelli e come ora riaffermano Panebianco e lo stesso Bonini — di « aggruppare » fatti e documenti già noti, facendo pertanto coincidere le fonti con le decisioni « formalizzate » e con gli altri atti già « pubblicamente conoscibili » (26).

In ogni caso, dovendo stabilire — come subito dirò — se la storia costituzionale spetti piuttosto ai giuristi od agli storici, sono portato a privilegiare la prima rispetto alla seconda candidatura. Fermo restando che la storia stessa non si presta — per definizione — ad essere studiata con un metodo giuridico, considero comunque indispensabile che si disponga — su questo terreno — di una specifica sensibilità e di una approfondita conoscenza degli oggetti e dei temi da trattare: temi ed oggetti che riguardano il diritto costituzionale, sia pure proiettato nella storia.

della Costituzione e metodi dei costituzionalisti, in *Pol. dir.*, 1996, pp. 343 ss. (nonché SPADARO, *Ex facto oritur ratio scientiae juris*, ivi, pp. 399 ss.).

(23) Cfr. *La scienza e i valori*, Bari, 1987, p. 53: « Non c'è praticamente » — aggiunge tale autore — « alcun valore cognitivo e alcuna regola metodologica ad esso associata fra i quali si sia dimostrato il sussistere di una relazione reciproca biunivoca ».

(24) Cfr. *I metodi delle scienze sociali nella ricerca storica e la « storia totale »*, in *La teoria della storiografia oggi*, Milano, 1983, p. 117 (ma vedi anche ROSSI, *Introduzione*, ivi, pp. VIII-IX).

(25) Cfr. *Ancora a proposito del metodo* cit., p. 123 nota 1.

(26) V. rispettivamente *La storia costituzionale d'Italia*, in *Studi senesi* 1899, p. 94; *L'analisi* cit., p. 35; *Storia costituzionale* cit., p. 43.

Ora, gli storici generali che fino a questo punto si sono occupati del periodo repubblicano manifestano — comunemente — una grande e sistematica disattenzione per il momento istituzionale. Da noi, l'elaborazione della Carta costituzionale, la problematica della sua concretizzazione, come pure la giustizia costituzionale e la magistratura nel suo intero complesso, sono trascurate al massimo grado. Si distingue in parte Mammarella, con la sua « prima Repubblica dalla fondazione al declino » (27). Ma la storia costituzionale è pressoché assente dal testo di Lanaro, che dedica solo poche pagine — generiche e denigratorie — ai lavori della Costituente ed alla Carta repubblicana; mentre i contemporanei volumi di Lepre (« Storia della prima Repubblica ») e di Salvadori (« Storia d'Italia e crisi di regime ») risultano anch'essi — malgrado i loro titoli — viziati dal medesimo limite (28). Evidentemente, la guerra fredda, il miracolo economico, la capillare diffusione delle automobili e dei televisori..., contano per questi ed altri autori ben più che la Costituzione e la Corte costituzionale: il che rappresenta una scelta legittima, calibrata nella prospettiva della storia politica e sociale (per non dire dell'ottica dell'uomo comune di oggi), ma tale da confermare in pieno il giudizio di fondo.

Di più: non mancano i casi in cui gli stessi giuristi (o i sociologi del diritto) svalutano drasticamente i dati costituzionali della nostra storia. Basti citare Predieri, secondo il quale la Costituzione « nasce morta » o si risolve in un « quadro formale »; oppure Jemolo, allorché egli asserisce — nel '77 — che « i ventinove anni della nostra Costituzione ci hanno mostrato quanto scarso interesse abbia la distinzione tra Costituzioni rigide e flessibili »; o più di recente Rebuffa, che non esita ad assumere — polemicamente — la totale identificazione tra « valori » dei partiti e « valori » della Costituzione (29). Chiunque procede da simili premesse si nega alla storia costi-

(27) Il testo citato fra virgolette è stato edito a Bari nel 1992.

(28) Di LANARO v. *Storia dell'Italia repubblicana*, Venezia, 1994. Il volume di LEPRE è stato pubblicato a Bari nel 1995; quello di SALVADORI a Bologna nel 1994.

(29) L'intervento di PREDIERI fa parte del dibattito intitolato *Stato e tendenze delle istituzioni in Italia*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 238; di JEMOLO v. *Tra diritto e storia*, Milano, 1982, p. 467 (ma anche della Corte costituzionale quell'autore afferma che essa interpreterebbe « sempre » la Costituzione nel senso « che la maggioranza del Paese, quale rappresentata dai partiti, desidera »); di REBUFFA v. ora *La costituzione impossibile*,

tuzionale, poiché non ha senso indagare storicamente ciò che in partenza si disprezza.

Le ragioni di questi orientamenti riduttivi o svalutativi sono le più diverse. Quanto alle nostre storie generali, credo però che i loro motivi ispiratori vadano ancora individuati in certi assunti comuni a Marx ed a Croce. Sulla base di una paradossale ma spiegabile coincidenza degli opposti, sia l'uno che l'altro tendevano infatti a considerare le istituzioni quali sovrastrutture idealistiche o convenzionali, dal momento che le relazioni giuridiche dovevano ritenersi condizionate dalla natura e dai modi di produzione dei rispettivi mezzi di sussistenza: più precisamente — secondo le parole di Marx e di Engels — dall'«organizzazione sociale sviluppatasi immediatamente dalla produzione e dagli scambi»⁽³⁰⁾. «La costituzione economica» — scriveva il socialista Loria — «determina quella politica»; «il diritto» — ribadiva Croce — «è una regola... in cui è consegnato un rapporto economico voluto dalla collettività»⁽³¹⁾.

Senonché queste tesi sono troppo semplificanti ed unilaterali, tanto da rivelarsi del tutto inadeguate a rappresentare la complessità della storia. Sostenere — in sostanza — che il diritto si risolve in una forma irrilevante⁽³²⁾, significa ignorare o trascurare le profonde varianti costituzionali ed istituzionali che si riscontrano nelle stesse economie capitalistiche del mondo occidentale: varianti alle quali corrispondono — secondo esperienza — ben diversi gradi di efficienza, di governabilità, di democraticità delle istituzioni, le quali divengono così condizionanti e non solo condizionate, rispetto alle loro premesse socio-economiche. In particolar modo, non ha senso comune ridurre l'intero diritto costituzionale alla cosiddetta costituzione economica; ed anche il modo di essere dell'economia di uno

Bologna, 1995, p. 118. Ma vale la pena di citare anche RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975, pp. 35 ss., quanto alle «mistificazioni ideologiche» contenute nella Carta costituzionale.

⁽³⁰⁾ Cfr. MARX-ENGELS, *L'ideologia tedesca*, in *Opere scelte*, Roma, 1966, pp. 233-234, 249.

⁽³¹⁾ Di LORIA v. *La teoria economica della costituzione politica*, Torino, 1886. Sul pensiero di Croce v. — criticamente — PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, pp. 7, 30-31, 478 ss., e GENTILE, *Il posto della filosofia del diritto nel corso degli studi di Giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 13-14.

⁽³²⁾ Vedi in proposito l'Editoriale pubblicato in *Pol. dir.*, 1971, p. 164.

Stato può sensibilmente dipendere da contingenti e peculiari scelte istituzionali, come sta a dimostrare l'abnorme rapporto italiano fra la mano pubblica e la mano privata.

Non voglio sottintendere, con ciò, che la sensibilità istituzionale difetti nella totalità degli storici del nostro Paese: basterebbe pensare — per avere la prova del contrario — ai nomi di Aquarone (quanto alla nota monografia sull'«organizzazione dello Stato totalitario»), di Alberto Caracciolo (circa le vicende dell'unificazione italiana) oppure di Scoppola (per la sua «repubblica dei partiti») (33). Né intendo smentire l'avvio del mio stesso discorso: vale a dire, il riconoscimento del carattere multidisciplinare di ogni ricerca relativa alla storia costituzionale. Da un lato, però, gli storici attrezzati per ricerche siffatte rappresentano l'eccezione e non certo la regola. D'altro lato, quella «*collaboration étroite entre juristes, historiens et spécialistes de la science politique*», che Mirkine-Guetzévitch raccomandava fin dal primo numero della «*Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*», ricomparsa nel 1951 (34), è tutt'altro che facile da realizzare, al di fuori d'una rivista specializzata. I volumi collettanei e i lavori enciclopedici a più mani si risolvono in giustapposizioni, che lasciano sostanzialmente liberi i singoli autori, nel seguire linee personali di pensiero. Forme più strette di collaborazione, come quelle che vedessero una storia costituzionale congiuntamente firmata da un giurista, da uno storico e da un politologo, sarebbero tanto affascinanti quanto improbabili.

In queste circostanze, dunque, la competenza dei costituzionalisti è naturalmente destinata a riaffermarsi (come già nei casi di Gaetano Arangio-Ruiz e di Giuseppe Maranini), pur ferma restando l'ineliminabile poliedricità del tema. I migliori storici del diritto — ha sostenuto Orestano (35) — sono certi studiosi del diritto positivo. Ciò vale specialmente, a mio giudizio, per la dimensione storica del diritto costituzionale. I confini della storia costituzionale coincidono

(33) Il volume di AQUARONE è stato pubblicato a Torino nel 1965; quello di CARACCILO a Torino nel 1968; quello di SCOPPOLA a Bologna nel 1991.

(34) Cfr. *Propos de méthode*, in *Rev. int. hist. pol. const.*, 1951, p. 139. A sostegno della sua tesi quell'autore, *op. cit.*, p. 138, notava fra l'altro che «*la logique juridique ne suffirait pas à rendre compte du rendement politique des institutions*».

(35) Cfr. *Del «post-moderno», della scientia juris e di altro*, in *Foro it.*, 1982, V, 109.

infatti — come sto per dire — con la sfera dei soggetti e dei rapporti costituzionalmente rilevanti, determinata dalla cosiddetta scienza costituzionalistica. La selezione dei fatti e dei dati, di cui tale storia è destinata a comporsi, spetta pertanto ai costituzionalisti, qualunque sia la collocazione accademica della storia stessa. Il che non esclude, ovviamente, l'opportunità che in questa sede i giuristi mantengano strettissimi rapporti con gli storici e con i politologi, sottoponendosi al loro vaglio in tutti i settori che vedano concorrere le rispettive discipline.

3. Resta il fatto che la storia costituzionale si contraddistingue per l'estrema varietà dei suoi oggetti, soprattutto nel caso che essa riguardi la Repubblica italiana.

Malgrado si tratti di uno scambio abbastanza frequente, nella storiografia francese ed anche italiana, la storia costituzionale non va fatta coincidere con la storia politica e, meno ancora, con la cronaca dei rapporti intercorsi fra l'esecutivo ed il legislativo. Quella che va ricostruita nelle sue vicende non è soltanto la forma di governo, anche se in questa sede essa occupa un posto eminente. Per meglio dire, delimitazioni del genere potrebbero forse attagliarsi all'ordinamento statutario, « dove Montecitorio era tutto » (come ha rilevato Jemolo), tanto che il titolo stesso del noto lavoro di Perticone si riferisce al « regime parlamentare nella storia dello Statuto albertino »⁽³⁶⁾; ma anche in quel caso l'impostazione sarebbe riduttiva, se si pensa che Gaetano Arangio-Ruiz riteneva già indispensabile trascorrere di continuo dal piano dei governanti a quello dei governati, proponendosi una storia « civile e politica » ad un tempo⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Di JEMOLO v. *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, ora in *Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, p. 55. Quanto al volume di PERTICONE, esso è stato edito a Roma nel 1960.

⁽³⁷⁾ V. nuovamente *Storia costituzionale* cit., pp. VII-VIII (nonché CARLASSARE, *Introduzione*, ivi, p. VII).

Occorrerebbe però stabilire se, ed eventualmente in quale misura, l'obiettivo sia stato raggiunto. Del resto, anche alla Storia di Ghisalberti la ZANNI ROSIELLO rimproverava di « ricalcare schemi e periodizzazioni della storia politica » (cfr. *Una storia costituzionale d'Italia*, in *It. cont.*, 1975, p. 132); ma vedi la replica dello stesso GHISALBERTI, *Postilla ad una recensione*, in *Riv. st. Ris.* 1975, pp. 484 ss. (come pure i rilievi di LOTTI, in *Quad. fior. st. pens. giur.* 1974-75, p. 673).

Quanto all'Italia repubblicana, comunque, le nuove o più vaste concezioni della costituzione e del diritto costituzionale, che circolano fra gli odierni costituzionalisti, si ripercuotono sulla configurazione della storia costituzionale; sicché il relativismo giuridico va riferito ai contenuti della storia stessa, destinati a mutare secondo la natura e le dimensioni del corrispondente quadro costituzionale.

Del resto, nonché alla sola forma di governo ed alle sue vicende, la storia di cui si discute non può essere ridotta neanche ad una indagine sugli sviluppi del cosiddetto sistema politico: sia pure largamente inteso — come fanno i politologi — con riferimento alle forze politiche organizzate ed anzi all'intero insieme dei processi « mediante i quali una... comunità sociale prende decisioni » politicamente significative ⁽³⁸⁾. Vero è che siffatte prospettive hanno consentito agli stessi costituzionalisti di integrare e di svolgere in termini realistici il tradizionale discorso sui rapporti fra gli organi supremi dello Stato: a cominciare — appunto — da quel « contesto partitico » sul quale ha già insistito Elia, nella voce enciclopedica intitolata alle forme di governo ⁽³⁹⁾. Ma l'attenzione incentrata sulla sfera della politica si addice piuttosto alla Francia, dove « *les institutions politiques* » sono state ufficialmente affiancate al diritto costituzionale, che non all'Italia contemporanea. Anche Francesco Bonini, dopo aver premesso che la storia costituzionale dovrebbe occuparsi « dei vincoli che si sono convenuti e proposti alla lotta politica, della loro evoluzione e del confronto che su di essi si è sviluppato tra le varie forze politiche e sociali », riconosce che in questa sede bisogna fare la « storia della sostanza costituzionale » ⁽⁴⁰⁾; e tale sostanza o materia non si risolve, quanto all'attuale ordinamento, nello studio del regime politico.

Sebbene impegnativo ed ambizioso, mi sembra illuminante — invece — il più largo approccio di Maranini (seguito, sul punto, dal recente volume di Labriola): il quale presentava il suo scritto sul « potere in Italia » come una « storia sistematica delle libertà italia-

⁽³⁸⁾ Vedi per tutti URBANI, *L'analisi sistemica*, in *L'analisi della politica* cit., p. 175.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Governo* cit., p. 640 (« ogni forma di governo include oggi un contesto partitico che la qualifica almeno in parte, sia dal punto di vista strutturale sia, più ancora, da quello funzionale »).

⁽⁴⁰⁾ *Storia costituzionale* cit., pp. 40-41.

ne », raffiguranti per lui l'altra faccia del potere stesso; tanto da rilevare — testualmente — che « la battaglia per il terzo potere », cioè per l'indipendenza dell'ordine giudiziario, « non è tutto, ma condiziona tutto » (41). In termini ancor più generali, dunque, occorre coinvolgere nell'indagine storica la forma dello Stato: vale a dire le vicende delle situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti e delle corrispondenti garanzie, l'affermarsi e la crisi dello Stato sociale, il vario atteggiarsi della costituzione economica (che non può dirsi onnicomprensiva, ma non va per questo trascurata), come pure l'accumulo dei limiti — esterni ed interni — a carico della sovranità statale, che caratterizza il modo di essere degli Stati odierni (42). Ha probabilmente esagerato Lepointe, quando la sua storia del diritto pubblico francese si è prefissa il compito di esaminare le istituzioni amministrative e municipali, quelle giudiziarie, quelle finanziarie, quelle militari e religiose (43); ma anche il suo criterio va tenuto presente, se non altro per quanto concerne i nessi riscontrabili fra l'assetto dell'amministrazione e la complessiva azione dei pubblici poteri.

Più oltre ancora, occorre lasciare un qualche spazio alla storia delle « teorie politiche » (44) e dello stesso pensiero giuridico. Lungo questa strada, Allegretti si è inoltrato fin troppo, così da sbilanciare il suo « profilo » storico. In particolar modo non mi sembra soste-

(41) Di MARANINI v. la *Storia del potere in Italia, 1848-1967*, Firenze, 1967, pp. 9, 39. Analoghe considerazioni in LABRIOLA, *Sulla « Storia della Costituzione italiana »*, in 1989, n. 1/1996, pp. 113-114.

(42) Non a caso lo stesso BONINI, *Uno statuto controverso* cit., pp. 106-107, insiste fra l'altro sul « cruciale problema della parabola dello stato sociale » e sul rilievo che esso presenta nel quadro di cui si discute. Inversamente, nel corso di una *Vereinigung für Verfassungsgeschichte*, KOSELLECK ha rilevato: « *unmöglich kann es der Sinn einer Verfassungsgeschichte sein, nur die politischen Ereignisgeschichte in ihrer verfassungsrechtlichen Perspektiven nachzuerzählen* » (cfr. *Gegenstand und Begriffe* cit., p. 44).

(43) Cfr. *Histoire des institutions du droit public français au XIX siècle*, Paris, 1952.

(44) V. PANEBIANCO, *L'analisi della politica* cit., p. 14 (sulle teorie politiche come « dottrine generali alle quali non solo gli studiosi ma anche gli altri abitanti della polis attingono per dare significato alle azioni e alle istituzioni politiche »). Precisamente in tal senso, del resto, KOSELLECK, *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in *Gegenstand und Begriffe* cit., p. 21, ha rilevato che « *jede Verfassungsgeschichte hat nicht nur historische Aspekte, sie impliziert immer auch systematische, strukturelle Fragen* ».

nibile, ai fini di una storia costituzionale, che il pensiero sia « esso stesso un fatto » storicamente rilevante ⁽⁴⁵⁾: la cultura giuridica, politica, filosofica... importa in sede storica nei soli casi in cui rappresenti un fattore causale (od una giustificazione) di comportamenti costituzionalmente significativi. Ma occorre dare atto che situazioni del genere possono esistere e sono esistite. Del pari, bisogna convenire con Allegretti, quando egli osserva che si deve « tener conto delle alternative pur storicamente possibili, ma che vengono scartate » ⁽⁴⁶⁾. Non si tratta, ovviamente, di rincorrere ipotesi dottrinarie rimaste sulla carta. Ma il dilemma intercorrente fra la monarchia parlamentare e la monarchia costituzionale (per non dire della rigidità costituzionale, cara ad Alessandro Pace) ⁽⁴⁷⁾ presenta — ad esempio — una importanza storica indubbia, relativamente all'ordinamento statutario. Quanto poi all'Italia repubblicana, basterebbe ricordare le illusioni di una programmazione economica globale, coltivate negli anni '60, come pure la via italiana al socialismo o la Costituzione socialista vagheggiata da Lavagna ⁽⁴⁸⁾, per cogliere alcuni momenti della storia che « avrebbe potuto avvenire » — come diceva Max Weber ⁽⁴⁹⁾ — ma non è riuscita a realizzarsi. E questi stessi risvolti meritano di essere indagati, se non altro per meglio capire ciò che in effetti si è verificato.

Certo, il rischio che si corre adottando visioni così comprensive è quello di annegare in un mare di dati e di problemi, troppo numerosi e troppo eterogenei ⁽⁵⁰⁾: come accadrebbe — inevitabilmente — qualora si seguisse l'impostazione per cui lo storico di

⁽⁴⁵⁾ *Profilo* cit., p. 12. In termini meno drastici, anche PARADISI, *Apologia* cit., p. 476, affermava che « l'attività dello storico in generale, e quindi dello storico del diritto, non consiste soltanto nell'esatta ricostruzione di quanto è avvenuto, ma in un'ispirazione più profonda, in un interesse umano che coincide con l'interesse del proprio tempo; senza di che la storia non è storia, ma soltanto cronaca ».

⁽⁴⁶⁾ *Op. ult. cit.*, p. 356.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995.

⁽⁴⁸⁾ Di LAVAGNA v. *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977 (cfr. inoltre CARIOLA, *Il costituzionalismo delle scelte. L'insegnamento metodologico di Carlo Lavagna sulle possibilità e la prassi delle trasformazioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1996, pp. 241 ss.).

⁽⁴⁹⁾ *Il metodo* cit., p. 208.

⁽⁵⁰⁾ Il pericolo in questione è stato segnalato da MITTEIS, *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, Brescia, 1962, pp. 7-8: premesso che la storia costituzionale deve poggiare « sulla più vasta base della storia generale di un popolo », egli si chiedeva

qualsiasi tipo deve sempre occuparsi della storia tutta intera, sia pure riguardata da un particolare osservatorio. Ma l'idea della storia totale (ovvero della storia come sapere globale) costituisce il frutto di una retorica ormai superata. Da Furet a Salvadori, gli storici del giorno d'oggi riconoscono, invece, che « la storia... è sempre parziale »; e che va respinta, in quanto impraticabile, la « pretesa egemonica » della storia stessa rispetto alle altre scienze sociali ⁽⁵¹⁾.

Ad ogni modo, per uscire dal circolo vizioso basta servirsi di un metodo sintetico, nei termini già raccomandati da Zanichelli. Occorre, cioè, mirare agli « svolgimenti... caratteristici della storia costituzionale, che la differenziano dalla storia politica o generale », di fronte alla quale ci si deve coordinare e non subordinare ⁽⁵²⁾. Occorre, in altre parole, fissare confini coincidenti con quelli del diritto costituzionale, sia pure calato nella storia. Ma anche in questo campo rimane indispensabile privilegiare una serie di aspetti o di profili caratterizzanti, ricercando — per quanto lo consentono le varianti storiche dei rapporti costituzionalmente rilevanti — una ricostruzione sistematica. Più precisamente, conviene puntare — come in tanti hanno già sostenuto, da Julliot de la Morandière a Lepointe, da Scheying a Pietro Rossi ⁽⁵³⁾ — la massima attenzione alle permanenze ed alle continuità costituzionali (od alle pur transitorie « regolarità »): vale a dire al « momento della durata » ovvero a quella che Urbani ha definito la « persistenza attraverso il muta-

fino a che punto una esposizione della storia stessa potesse « includere tutti questi campi in ogni particolare, senza dilagare a dismisura ».

⁽⁵¹⁾ V. rispettivamente *I metodi* cit., p. 123, e *Le molte storie*, in *La teoria della storiografia* cit., pp. 244-245.

⁽⁵²⁾ Cfr. *La storia costituzionale* cit., pp. 94, 99. Nel medesimo senso GHISALBERTI, *Storia costituzionale* cit., p. XI (ma con l'avvertenza che il discorso deve comunque rimanere aperto « alle valutazioni di fatti metagiuridici e pregiuridici, quali quelli di natura politica e sociale »).

⁽⁵³⁾ Di JULLIOT DE LA MORANDIÈRE v. *Avant-propos*, in *Rev. int. hist. pol. const.* 1951, p. 6; di LEPOINTE, *Histoire* cit., p. 8; di SCHEYING, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Köln, 1968, p. 6; di PIETRO ROSSI, *Introduzione* cit., pp. VIII-IX. Ma vedi anche TOPOLSKI, *Metodologia della ricerca storica*, Bologna, 1975, p. 773 (« Bisogna trovare degli storici il cui compito fondamentale non sia la narrazione fattografica, ma la narrazione che insegue le regolarità, che contribuisce alla costruzione delle teorie, alla scoperta delle strutture dell'attività umana e alla formulazione delle leggi »).

mento »⁽⁵⁴⁾. Diversamente, infatti, la storia delle istituzioni scenderebbe nuovamente nella cronaca o si ridurrebbe ad una slegata narrazione.

4. Anche in questa chiave, tuttavia, molte cautele sono necessarie. Bisogna anzitutto guardarsi dalle storie a tesi, che stanno invece fiorendo nel nostro Paese, quanto meno negli anni più recenti. Non è condivisibile, ed anzi si dimostra pericoloso, l'assunto che la storia si faccia sempre « in funzione del presente »⁽⁵⁵⁾. Nel tempo in cui viviamo vanno se mai rintracciate le ragioni per cui si decide, da parte di questo o quello storico, di prendere in esame l'uno piuttosto che un altro periodo, assumendo l'una o l'altra prospettiva di ricerca; ma nell'atto in cui si comincia a fare storia è per definizione indispensabile — come scriveva Max Weber⁽⁵⁶⁾ — che la valutazione racchiuda « un momento contemplativo », senza mai escludere la possibilità di atteggiarsi « in modo oggettivo ».

Per contro, quei *pamphlets* che oggi sono di moda hanno il torto — fra l'altro — di semplificare ogni cosa fino al punto di schiacciare la storia reale, con tutte le sue complessità: ad esempio, la tesi comune a Giuliano Amato e Rebuffa, per cui l'idea del partito come « soggetto istituzionale » deriverebbe dal fascismo, sicché la Repubblica si sarebbe limitata « a trasformare un singolare in plurale »⁽⁵⁷⁾, mi sembra da un lato un falso storico e d'altro lato il frutto di una confusione fra ciò che i partiti politici erano agli inizi del periodo repubblicano e ciò che sono invece divenuti, soprattutto a partire dagli anni '60.

S'intende che hanno le loro buone ragioni quanti osservano che i fatti si costituiscono soltanto in rapporto ai criteri della loro constatazione (o della loro assunzione). Ma altro è sistemare le vicende storiche dopo averle indagate, sia pure applicando determinati strumenti selettivi; altro valutarle nell'ottica odierna, come quando si parla della cosiddetta legge-truffa pensando alle battaglie

⁽⁵⁴⁾ V. nuovamente *L'analisi sistemica*, in *L'analisi della politica* cit., p. 77.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. ALLEGRETTI, *Profilo* cit., p. 12.

⁽⁵⁶⁾ *Il metodo* cit., p. 194.

⁽⁵⁷⁾ Di REBUFFA v. *La costituzione impossibile* cit., pp. 57 ss. (ed ivi ulteriori indicazioni).

degli anni '90 in tema di riforme elettorali! Occorre evitare — per riprendere un'immagine evocata in tutt'altro contesto da Sant'Agostino — che « l'ombra del futuro » si proietti sul passato; non si deve cioè — per servirsi di una citazione meno lontana dal nostro tema — « sovrapporre alle vicende narrate una eccessiva dose del senno di poi ». Procedere altrimenti significa indulgere agli anacronismi delle storie attualizzanti, fino al punto di effettuare — secondo le parole di Scoppola — un « devastante uso politico della storia » stessa. E restano validi, allora, gli ironici rilievi di Marx e di Engels, nei confronti di coloro che fanno « della storia successiva lo scopo della storia precedente » (58).

Non meno ricorrente e grave risulta il pericolo che s'inquadri la storia mediante modellistiche costruite a priori. Anche quando si va alla ricerca dei « concetti tipico-ideali », cari al linguaggio di Weber, ovvero delle « leggi che governano gli avvenimenti storici », secondo l'enfatico assunto di Lamprecht (59), va mantenuta ferma la coerenza fra i modelli e i dati, i quali rappresentano pur sempre la premessa del discorso. Badate bene — diceva Tarello nel corso di un vecchio dibattito sullo stato e le tendenze delle istituzioni in Italia (60) — a non preinterpretare le situazioni sulla base di schemi inventati da voi stessi: ne risentirebbero, nel medesimo tempo, la « fantasia interpretativa » dei giuristi e la comprensione del passato, cui debbono tendere gli storici.

Ancora, bisogna mantenere le distanze dalle concezioni della

(58) V. rispettivamente ELIA, *Presentazione*, nella *Storia costituzionale* di ARANGIO-RUIZ cit., p. VI; SCOPPOLA, *La repubblica* cit., pp. 43, 435; MARX-ENGELS, *L'ideologia tedesca* cit., p. 259. Ma vedi anche ORESTANO, *Del « post-moderno »* cit., p. 106 (quanto al pericolo che il discorso storico si traduca in filosofia della storia); come pure LANCHESTER, *Carl Schmitt e la storia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1986, pp. 507-508 (sullo « schema ideologico » che diviene « la gabbia di una nuova dogmatica, col pericolo di negare proprio la storicità, ricostruendo gli avvenimenti sulla base di principi astratti ed assolutizzati »).

(59) Di WEBER v. nuovamente *Il metodo* cit., pp. 110 ss; ma occorre subito aggiungere che il criterio per valutare tali elaborazioni consiste pur sempre — secondo quell'autore — nella loro « efficacia per la conoscenza di concreti fenomeni culturali », considerati « nella loro connessione, nel loro condizionamento causale e nel loro significato ». Quanto invece al pensiero di Lamprecht, v. ancora TOPOLSKI, *Metodologia* cit., pp. 191 ss.

(60) V. *Stato e tendenze* cit., p. 237.

storia quale processo lineare e fondamentalmente volontario, che in vari scritti trapelano pur senza venire esplicitate. Il concreto andamento delle vicende storiche è spesso tortuoso, per non dire illogico. Soluzioni e rapporti istituzionali che parevano superati tornano più volte a riapparire (come nello scontro fra la prima e la cosiddetta seconda Repubblica) ⁽⁶¹⁾. Né vanno ipotizzate, a posteriori, catene causali che in realtà non esistono (o non sono determinanti): lo storico di qualunque specie deve avere infatti la modestia occorrente per ammettere che non tutto è razionalizzabile, neppure in via successiva, e che vari accadimenti sono stati retti dal caso o da un complicato intreccio di circostanze, piuttosto che dalla consapevole volontà degli uomini.

Partendo da tali premesse, comunque, una storia costituzionale della Repubblica diviene pienamente concepibile, malgrado le obiezioni di quanti contestano che il passato prossimo sia storicizzabile. Gli storici generali non se ne curano ed anzi propongono — con particolare frequenza nei tempi più recenti — storie d'Italia che comprendono gli ultimissimi anni. Per quali ragioni l'esempio non dovrebbe essere seguito dagli storici delle istituzioni, una volta scartate a priori — se non altro nelle intenzioni — le storie partigiane, preconcrete o filosofeggianti?

Oltre tutto, nel momento attuale i confini cronologici del tema risultano sufficientemente netti. Il termine iniziale non si sposta di molto, sia che si prenda le mosse dal 25 luglio del '43 o dal 25 giugno del '44, sia che si faccia coincidere la linea di partenza con la data del referendum istituzionale; in ogni caso, non vi è nulla in comune fra una storia costituzionale così concepita e le corrispondenti storie inglesi, che debbono affondare le radici nel Medioevo (per non dire di quelle storie tedesche, in cui si procede addirittura dalle « costituzioni » germaniche dell'età del bronzo) ⁽⁶²⁾. Ma anche il termine

⁽⁶¹⁾ Nel senso che « possono risultare alla fine legittimate istituzioni non dissimili dalle precedenti », cfr. AMATO, *Il Governo nella transizione*, in *Quad. cost.* 1994, p. 370.

⁽⁶²⁾ Quanto all'Inghilterra, v. per tutti ANSON, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, Paris, 1903-1905, I, p. XIII (ma anche negli Stati Uniti gli storici costituzionali sogliono considerare i precedenti della Costituzione del 1787: come nel caso di CORWIN, *The constitutional History of the United States*, New York, 1955) Quanto alla Germania, cfr. ECKARDT e ROSEN-HOEWEL, *Deutsche Verfassungsgeschichte bis zur Gegenwart*, Stuttgart-Dusseldorf, 1965 (mentre HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte*,

finale risulta, a questo punto, abbastanza chiaro. Sebbene la seconda Repubblica si risolva per ora in una formula verbale, non vi è dubbio che gli anni presenti stiano facendo registrare una frattura, più o meno profonda ma tale da incidere sull'intera vita politica italiana ed anzi — in prospettiva — sullo stesso assetto delle nostre istituzioni (63). Il termine si presta a venire convenzionalmente fissato nel '93, in corrispondenza con il referendum e con le riforme elettorali politiche; oppure nel '94, in vista delle prime elezioni regolate da un congegno prevalentemente maggioritario; o meglio ancora nel '97-'98, se la forma italiana di governo sarà finalmente mutata o ripensata, mediante una revisione costituzionale. Nell'uno o nell'altro senso, notevoli fattori di discontinuità si sono già introdotti nel sistema politico, a cominciare dalla cosiddetta democrazia dei partiti, e sono sul punto di aggiungersi, nello stesso ambito retto dalla Costituzione formale.

Sono queste, in effetti, le ragioni del crescente interesse per la nostra storia recentissima, quand'anche coltivato in forme sbagliate o discutibili. La riflessione sul passato diventa un'esigenza pressante, proprio nel momento in cui si avvertono i segnali di più forti cambiamenti.

Non voglio dire, con ciò, che quella costituzionale debba assumere le vesti di una storia predittiva. Del futuro, per quanto vicino, sappiamo soltanto che esso farà registrare innovazioni, cesure e permanenze; ma in quali forme, in quali misure e con quali effetti, non ci è dato prevedere con certezza. Tuttavia, non possiamo sottoscrivere la pur fulminante battuta di Eugenio Montale, per cui « la storia non è magistra di niente che ci riguardi ». L'« intelligenza storica » — scriveva nel '40 Maranini (64) — « rivelando la direzione del movimento in corso, conferisce un significato al dato attuale ». In altre e più semplici parole, chi non sa da dove si stia venendo, meno ancora potrà immaginare verso dove si stia andando.

Stuttgart, 1950, e FORSTHOFF, *Deutsche verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Stuttgart, 1961, si limitano a risalire alle organizzazioni politiche medievali).

(63) Sulla « nuova fase costituzionale » v. per tutti CHELI, *Profili della transizione nella forma di Governo*, in *Quad. cost.* 1994, pp. 391-392.

(64) Cfr. *Dommatica e storia* cit., p. 226. Sulla « storicità » che « coinvolge.. la nostra esistenza nel presente » v. anche — fra i tanti — ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 11.

JAN SCHRÖDER

AEQUITAS UND RECHTSQUELLENLEHRE IN DER FRÜHEN NEUZEIT

I. AEQUITAS ALS UNGESCHRIEBENE RECHTSQUELLE (ETWA 1560 BIS 1650). — 1. Die Vorgeschichte: Unbeachtlichkeit der nicht geschriebenen Aequitas im Mittelalter und Wiederentdeckung der aristotelischen *Epieikeia* im frühen 16. Jahrhundert. — 2. Die Lehre des späten 16. und frühen 17. Jahrhunderts (Aequitas als ungeschriebene Rechtsquelle). — II. AEQUITAS-LEHRE UND STELLUNG DES RICHTERS: EINE FREIRECHTLICHE PHASE IN DER FRÜHEN NEUZEIT? — 1. Grenzen der Aequitas-Relevanz in der Rechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts — 2. Zur Verwendung der Aequitas in der Rechtsprechung des späten 16. und 17. Jahrhunderts — III. AEQUITAS-LEHRE UND THEORIE DER RECHTSQUELLEN IM 16. UND 17. JAHRHUNDERT — 1. Veränderung der Begriffe des (positiven) Gesetzes- und Gewohnheitsrechts im mittleren 17. Jahrhundert. — 2. Veränderung des Verhältnisses von Naturrecht und Aequitas

Die Frage, wie sich Recht und Billigkeit, *ius* und *aequitas*, zueinander verhalten, ob der Richter neben dem geschriebenen Recht oder sogar ihm entgegen Billigkeitserwägungen zur Geltung bringen darf, gehört zu den elementaren Themen der Rechtswissenschaft. Eine umfassende Darstellung der Geschichte des Problems gibt es bisher nicht; es existieren nur einzelne, aus sehr unterschiedlichen Blickwinkeln geschriebene Monographien oder Aufsätze zu verschiedenen Etappen der Entwicklung seit der Antike ⁽¹⁾. Für die frühe Neuzeit kann zwar prinzipiell als gesichert

⁽¹⁾ Eine nützliche Übersicht gibt Clausdieter *Schott*: Billigkeit und Subjektivismus — ein historisches Problem, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 745-756; jetzt auch Peter *Raisch*: Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, Heidelberg 1995, S. 181-184. Zum älteren römischen Recht: Franz *Wieacker*: Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt, München 1988, S. 506 f.; Paolo *Pinna Parpaglia*: Aequitas in libera republica, 1973. Zum klassischen und byzantinischen römischen Recht: Fritz *Pringsheim*: Jus aequum und jus strictum, in: ZRG (RA) 42 (1921), S. 643-668, wieder in *ders.*: Gesammelte A bhandlungen, 1. Bd., Heidelberg 1961, S. 131 ff., und weitere Untersuchungen in diesem Sammelband S.154 ff.; zusammenfassend Max *Kaser*: Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl.,

gelten, daß man der Aequitas nicht sehr viel Einfluß auf die richterliche Rechtsfindung zubilligen wollte ⁽²⁾, und damit scheint festzustehen, daß sich ein freierer Umgang des Richters mit dem geschriebenen Recht in Deutschland doch erst im 20. Jahrhundert durchgesetzt hat. Aber dieses Bild von der Entwicklung ist nach wie vor recht unscharf, denn ob und wie die deutschen Juristen nach der Rezeption die Aequitas in die Rechtsquellenlehre integriert, wie sie insbesondere ihr Verhältnis zu dem immer wichtiger werdenden rationalen und säkularisierten Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts gesehen haben, ist bisher noch gar nicht im Detail untersucht worden.

Die folgende Abhandlung möchte dazu beitragen, diese Lücke zu schließen ⁽³⁾. Sie geht von der Beobachtung aus, daß die Aequitas vom späten 16. Jahrhundert bis etwa zur Mitte des 17. Jahrhunderts als Rechtsquelle, nämlich als ungeschriebenes Recht betrachtet worden ist (I.) und versucht, die Hintergründe dieses Phänomens etwas zu erhellen. Handelt es sich möglicherweise um

München 1971, S. 195; 2. Abschn., 2. Aufl., München 1975, S. 61 f.; Gottfried *Schiemann*: Aequitas, in: Der Neue Pauly 1 (1996), Sp. 188 f. Zur mittelalterlichen Rechtswissenschaft: Paolo *Grossi*: L'ordine giuridico medievale, Rom-Bari 1995, S. 175-182; zu den Glossatoren: Hermann *Lange*: Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren, in: ZRG (RA) 71 (1954), S. 319-347; zu den Kommentatoren: Norbert *Horn*: Aequitas in den Lehren des Baldus, Köln etc. 1968. Zur frühen Neuzeit: Guido *Kisch*: Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit, Basel 1960; Clausdieter *Schott*: « Aequitas cerebrina », in: Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1977, S. 132-160; *ders.*: « Rechtsgrundsätze » und Gesetzeskorrektur, Berlin 1975, S. 59 ff.; Gunter *Wesener*: Aequitas naturalis, « natürliche Billigkeit », in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, in: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, hrsg. v. M. Beck-Mannagetta u.a., 1996, S. 81-105; umfassend Helmut *Coing*: Europäisches Privatrecht, I, München 1985, S. 40-42. Vgl. auch die HRG-Artikel « Aequitas canonica » (F. *Merzbacher*, HRG I [1971], Sp. 58 f.) und « Billigkeit » (E. *Kaufmann* a.a.O. Sp. 431-437), der jedoch nur das Mittelalter behandelt. Wenig ergiebig ist der Artikel « Billigkeit » von K. H. *Sladeczek* im Hist/WbPhilos 1 (1971), Sp.939-943.

⁽²⁾ S. dazu C. Schott: « Aequitas cerebrina » und H. *Coing*, wie Fn. 1.

⁽³⁾ Vollständigkeit ist nicht angestrebt und wäre angesichts der Masse an einschlägigen Quellen wohl auch nur schwer zu erreichen. Von den bei Martin *Lipenius*: Bibliotheca realis iuridica, I (Leipzig 1757), S. 36 f. unter dem Stichwort « Aequitas » aufgeführten Schriften habe ich etwa die Hälfte verwertet; nicht zugänglich war mir vor allem die möglicherweise wichtige Abhandlung von Samuel *Rachel*: De aequitate, Kiel 1671.

eine bisher übersehene freirechtliche Phase in der deutschen Rechtswissenschaft? (II.). Und wenn nicht: was bedeutet sonst diese sich zweimal wandelnde Wertschätzung der Aequitas im 16. und 17. Jahrhundert? (III.)

I. AEQUITAS ALS UNGESCHRIEBENE RECHTSQUELLE (ETWA 1560 BIS 1650)

1. *Die Vorgeschichte: Unbeachtlichkeit der nicht geschriebenen Aequitas im Mittelalter und Wiederentdeckung der aristotelischen Epieikeia im frühen 16. Jahrhundert.*

Nach dem heutigen Wissensstand verläuft die Entwicklung bis zum frühen 16. Jahrhundert folgendermaßen: Die mittelalterlichen Juristen haben die Frage der Aequitas zwar immer wieder diskutiert, waren aber nicht bereit, einer ungeschriebenen Aequitas Einfluß auf die Rechtsfindung zu geben. Nach den Vorstellungen der Glossatoren mußte nur die im geschriebenen Recht irgendwie fixierte Billigkeit, die « aequitas scripta », beachtet werden ⁽⁴⁾. Die Antinomie zweier Codex-Stellen, von denen die eine (C. 3, 1, 8) dem Richter die Berücksichtigung der Aequitas erlaubt, die andere sie dem Kaiser vorbehält (C. 1, 14, 1), wurde mit der Distinktion bewältigt, daß sich zwar die zweite Stelle auf die « aequitas non scripta », die erste aber lediglich auf die geschriebene Aequitas beziehe, und man nahm sogar an, daß dies auch die richtige Lesart der Quellentexte selbst sei (schob also in den Text von C. 3, 1, 8 das Wort « scripta », in C. 1, 14, 1 das Wort « non scripta » ein) ⁽⁵⁾. Die Kommentatoren haben diese Lehre offenbar im wesentlichen übernommen ⁽⁶⁾.

Diese Einstellung mußte sich fundamental ändern, als der aristotelische Begriff der — notwendigerweise ungeschriebenen — Aequitas (epieikeia) von der Jurisprudenz (wieder) entdeckt wurde. Das scheint 1508 durch den französischen Humanisten Guillaume Budé geschehen zu sein ⁽⁷⁾, der in seinen « Annotationes » zu den

⁽⁴⁾ Siehe H. Lange (Fn.1), S. 328 f.

⁽⁵⁾ H. Lange (Fn. 1), S. 331.

⁽⁶⁾ Zu Bartolus und Durantis H. Lange (Fn. 1), S. 331 Anm. 65; zu Baldus N. Horn (Fn. 1), zusammenfassend S. 203 ff., 219.

⁽⁷⁾ Nach G. Kisch (Fn. 1), S. 177 ff.

Digesten die Stelle D. 1, 1, 1 pr. (ius est ars aequi et boni) im Sinne der aristotelischen « Epieikeia » interpretiert ⁽⁸⁾. Aristoteles hatte in der Nikomachischen Ethik erklärt: Der Gesetzgeber könne sich nur allgemein ausdrücken, « ohne allerdings zu übersehen, daß damit eine Fehlerquelle gegeben ist. » Aber der Fehler liege nicht beim Gesetzgeber oder beim Gesetz « sondern, in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt. » Wenn also « ein Fall vorkommt, der durch die allgemeine Bestimmung nicht erfaßt wird, so ist es ganz in Ordnung..., das Versäumnis im Sinne des Gesetzgebers selbst zu berichtigen: so wie er selbst die Bestimmung getroffen hätte, wenn er im Lande gewesen wäre und wie er sie, wenn ihm der Fall bewußt geworden wäre, in sein Gesetz aufgenommen hätte. » Das ist die Billigkeit (Epieikeia), also eine « Berichtigung des Gesetzes da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist » ⁽⁹⁾. In der Rhetorik bezeichnet Aristoteles als billig das, « was über das geschriebene Gesetz hinaus gerecht ist » und nennt neben dem Fall des bewußt und zwangsläufig zu allgemeinen Gesetzes auch den des versehentlich mangelhaften Gesetzes ⁽¹⁰⁾. Damit war also der Epieikeia einerseits die Einschränkung des zu allgemeinen Gesetzes, andererseits auch die Ergänzung des unvollständigen Gesetzes zugewiesen.

Machte man nun mit der aristotelischen Lehre ernst und sah in der Epieikeia eben die Aequitas, die der Richter nach den Vorschriften des Corpus iuris civilis, besonders nach C. 3, 1, 8 zu berücksichtigen hatte, dann ließ sich die mittelalterliche Lehre von der ausschließlichen Beachtlichkeit der « aequitas scripta » nicht länger aufrechterhalten. Allerdings haben die deutschen Juristen der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts diese Konsequenz offenbar — eine Ausnahme macht Johann Oldendorp ⁽¹¹⁾ — noch nicht

⁽⁸⁾ Gulielmus *Budaeus*: *Annotationes in Pandectas tam priores quam posteriores* (1. Teil erstmals 1508), Basel 1557, S. 1 ff. (nach G. *Kisch* [Fn. 1], S. 495 ff.)

⁽⁹⁾ *Aristoteles*: *Nikomachische Ethik V*, 14; 1137 a, b. Übersetzung im Text nach der Ausgabe von Franz *Dirlmeier*: *Aristoteles. Werke*, Band 6, 9. Aufl. Berlin 1991, S. 118 f. (statt vom « Billigen » spricht Dirlmeier allerdings vom « Gütigen »).

⁽¹⁰⁾ *Aristoteles*: *Rhetorik 1*, 13; 1374 a, b. Übersetzung im Text nach der Ausgabe von Franz G. *Sieveke*, München 1993, S. 72 f.

⁽¹¹⁾ Johann *Oldendorp*: *Wat byllich unn recht ys* (1529), hochdt. Übers. hrsg. von Erik *Wolf*: *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*,

gezogen. Sie sprechen weiterhin unbefangen von « aequitas scripta »⁽¹²⁾. Ulrich Zasius etwa übernimmt in seiner Kommentierung von C. 3, 1, 8 zwar den aristotelischen Aequitas-Begriff, bleibt aber sonst doch im wesentlichen bei der mittelalterlichen Auffassung: Gegenüber dem geschriebenen strikten Recht soll sich immer nur die « aequitas scripta » durchsetzen können, nur bei fehlendem Gesetz, vor allem bei der Vertragsauslegung, ist die Aequitas dem « rigor iuris » vorzuziehen⁽¹³⁾. Ebenso, und ohne Bezugnahme auf den aristotelischen Begriff, kommentiert sein Schüler Johann Sichard die Codexstelle 3, 1, 8⁽¹⁴⁾. Auch die ersten deutschen « Systematiker » Sebastian Derrer (1540) und Conrad Lagus (1543) verharren mit der ausschließlichen Berücksichtigung der « aequitas scripta »⁽¹⁵⁾ auf dem mittelalterlichen Standpunkt, obwohl jedenfalls Lagus die aristotelische Lehre zu kennen scheint⁽¹⁶⁾.

Frankfurt am Main 1950, S. 51 ff. (57): « Denn es ist jetzt und war auch schon früher bewährt, daß man die Billigkeit nicht eigentlich in Schrift verfassen kann... »; ders: Opera, I (Basel 1559), S. 277: « constat..., quod aequitas in scriptum redigi non potest ».

⁽¹²⁾ So etwa Claudius *Cantiuncula* und Bonifacius *Amerbach* (bei G. Kisch, S. 274 f., 515 f. und 361); Ulrich *Zasius*: *Commentaria in titulum codicis Iustiniani de iudiciis, l. placuit* (= C. 3, 1, 8), Nr. 13, 16 (= *ders*: Opera omnia, hrsg. v. Johann Ulrich Zasius und Joachim Münsinger von Frundeck. IV, Lyon 1550 [Ndr. Aalen 1966]), S.188); Sebastian *Derrer*: *Jurisprudentiae liber primus*, Lyon 1540, lib. 1, tit. 7, Nr. 24, S. 47; (Conrad *Lagus*:) *Iuris utriusque traditio methodica... ex ore... D. Conradi Lagi. .. annotata...nunc recens excusa et aedita*, Frankfurt 1543, fol. 6r B, fol. 9r B; Johannes *Sichardus*: *In codicem Iustinianum praelectiones*, hrsg. von Franz Modius, Frankfurt am Main 1586, zu C. 3, 1, 8, Nr. 5 ff. (S. 111 f.); Johannes *Oinotomos* (Schneidewin): *In quatuor Institutionum imperialium Iustiniani imperatoris libros commentarii*, Venedig 1657, zu lib. 2, tit. 6, Nr. 11 Anm. a, S. 121; Arnold *Holstein*: *Tractatus de aequitate iuris*, Köln 1566, S. 103 f. G. Kisch (Fn.1), der sich im deutschen Sprachraum auf die eher konservativen oberrheinischen Humanisten des frühen 16. Jahrhunderts konzentriert, gibt deshalb m.E. kein vollständiges Bild der humanistischen Aequitas-Lehre und ihrer praktischen Konsequenzen, so wertvoll das Buch durch seine gewissenhaften Quellen- und Literaturanalysen an sich ist.

⁽¹³⁾ U. *Zasius*, wie Fn. 12, Nr. 1-4, S. 187 (Aristoteles), 13 und 16, S. 188 (Unbeachtlichkeit der aequitas non scripta gegenüber dem geschriebenen Gesetz), 20 (aequitas bei der Vertragsauslegung).

⁽¹⁴⁾ J. *Sichard*, wie Fn. 12, Nr. 6, S. 112.

⁽¹⁵⁾ S. *Derrer*, wie Fn. 12, Nr. 24, S. 47; C. *Lagus*, fol. 9r B.

⁽¹⁶⁾ C. *Lagus* (Fn. 12), fol. 14v.

2. *Die Lehre des späten 16. und frühen 17. Jahrhunderts (Aequitas als ungeschriebene Rechtsquelle).*

In der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts ändert sich das Bild. Mehr und mehr nimmt man nun auch in Deutschland an, daß die Aequitas im strengen Sinne immer ungeschrieben ist⁽¹⁷⁾. « Sicherlich », schreibt etwa Matthäus Wesenbeck, « haben auch einzelne Gesetze ihre Aequitas. Aber eigentlich wird die Aequitas als 'aequalitas' oder 'recta ratio' verstanden, als ungeschrieben und von unserem Recht abge sondert oder jedenfalls in keinem besonderen Gesetz ausgedrückt »⁽¹⁸⁾. Die Juristen erkennen jetzt, daß die Codex-Stelle 3, 1, 8, die dem Richter die Berücksichtigung der Aequitas auferlegt, keineswegs — wie die mittelalterlichen Juristen behauptet hatten — nur von der geschriebenen Billigkeit, der « aequitas scripta », spricht, denn « in den alten Handschriften findet sich das Wort 'scriptae' nicht »⁽¹⁹⁾.

Damit stellte sich die Frage, wie sich die Aequitas zu den

⁽¹⁷⁾ Ausdrücklich etwa Matthäus *Wesenbeck*: In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani lib. IIX commentarii, Basel 1582, zu D 1, 1, Nr. 18, S. 9; Dominicus *Arumaeus*: Exercitationes Justinianae, 3. Ausg., Jena 1607, Exerc. 1 (Def. Wolfgang Sigel), Nr. 8, S. 5; Marquard *Freber*: Sulpitius, sive de aequitate commentarius ad l. 1 C. de legibus (1608), in: Everardus Otto: Thesaurus iuris Romani, IV, Sp. 369-380 (379); Reinhard *Bachovius ab Echt*: Commentarius in primam partem Pandectarum, Spira Nemetum 1630, Nr. 3 (nicht im Text), S. 70; Johannes *Harpprecht*: Commentarii in quatuor Libros Institutionum Iuris Civilis, Tom. 1, 2. Ausg., Frankfurt 1658, zu I. 1, 2, 9 (sine scripto) Nr. 55, S. 149; Georg *Frantzke*: Commentarius in XXI libros Pandectarum iuris civilis priores, Straßburg 1654, zu D. 1, 1 Nr. 53, S. 11. Ebenso natürlich neben Harpprecht auch die Autoren, welche die Aequitas als ungeschriebenes Recht ansehen, s.u. zu Fn. 25. Eine dezidiert andere Meinung habe ich nur bei Erasmus *Ungepaur*: Exercitia Justiniana, sive Disputationes XVI ad IV libros Institutionum Imperatoris Justiniani, 3. Ausg., hrsg. von Adrian Beier, Jena 1663, Exerc. 1, quaestio 9. S. 23 f. gefunden, vgl. aber auch die Nachweise bei J. *Harpprecht*, a.a.O., Nr. 56, Sp. 149.

⁽¹⁸⁾ M. *Wesenbeck*, wie vorige Fn., S. 9. « Etenim licet etiam ius singulis legibus sua quaedam aequitas constet: tamen proprie aequitas pro aequalitate seu recta ratione accipitur, non scripta, et quae a iure nostro sit secreta, aut certe nulla expressa lege... ».

⁽¹⁹⁾ D. *Arumaeus*, wie Fn. 17 (« quia in vetustis Codicibus vox scriptae non reperitur »). Bei den französischen Humanisten, die Arumaeus an dieser Stelle auch zitiert, hatte sich diese Erkenntnis schon viel früher durchgesetzt, vgl. etwa Franciscus *Duarenus*: Disputationes anniversariae, lib. 2, cap. 18, in *ders*: Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, Frankfurt 1592, S. 1068 li. Sp.

Rechtsquellen verhielt. Es gab jedenfalls zwei verschiedene Antworten. Die eine lief darauf hinaus, die Rechtsquellenlehre des römischen Rechts unberührt zu lassen und die Aequitas lediglich in bestimmten Fällen als Entscheidungsgrundlage *neben* die allgemeinen Rechtsquellen zu setzen. Diese sehr behutsame Lösung hat der Marburger Professor Hermann Vultejus vertreten. Nach ihm ist die Aequitas eine « causa iuris » bei der Entscheidung des einzelnen Rechtsfalls, auf die zurückzugreifen ist, wenn « nichts für den besonderen Fall festgesetzt oder durch Gewohnheit gebilligt ist »⁽²⁰⁾. Die Aequitas gibt aber immer nur die Lösung für den einzelnen Fall, sie ist Entscheidungsnorm (iudicandi norma) und kein schon gesetztes Recht, denn die Quellen des gesetzten Rechts sind Gott, Natur, öffentliche Autorität (menschliches Gesetz) und Volk (Gewohnheitsrecht)⁽²¹⁾.

Soweit ich sehe, ist aber Vultejus' Lehre vereinzelt geblieben. Die zweite und überwiegend vertretene Lösung ging dahin, die Aequitas als ungeschriebenes Recht *in* die römische Rechtsquellenlehre einzubauen. Als erster hat offenbar um 1550 der französische Systematiker Franciscus Connanus diese Lehre vertreten. Connanus erklärt ohne weiteren Beleg, es gebe zwei Teile des ungeschriebenen Rechts, nämlich Gewohnheit und Aequitas und leitet dann den Abschnitt über die Aequitas mit dem Satz ein: « Auch die Aequitas selbst ist ein Teil des Rechts, der im geschriebenen nicht enthalten ist »⁽²²⁾. In Deutschland scheint es wieder Matthäus Wesenbeck gewesen zu sein, der als erster diese Lehre aufgegriffen hat. Die Aequitas gehöre zwar mehr zum Naturrecht als zum römischen « ius civile », das Naturrecht sei aber selbst Teil des römischen Rechts und deshalb gehöre die Aequitas zum ungeschriebenen

⁽²⁰⁾ Hermann *Vultejus*: *Diatribae de causis Iuris constituentibus*, in ders.: *Tractatus tres*, Frankfurt 1586, S. 59-78 (65 f.): Wenn « nihil in specie est constitutum usuve comprobatum, tum in locum iuris, (utpote deficiente) succedit Aequitas ».

⁽²¹⁾ H. *Vultejus* (Fn. 20), S. 67: « Hae itaque duae sunt iudicandi normae, Aequitas nimirum et Ius ». Zu den *Rechtsquellen* dann S. 67 f.

⁽²²⁾ Franciscus *Connanus*: *Commentariorum iuris civilis libri decem*, mit Anm. von F. Hotman und Vorwort von B. Faius, neue Ausg., Hanau 1609, lib. 1, cap. 10, Nr. 3, S. 46: « Sunt enim huius non scripti iuris partes duo, consuetudo et aequitas »; lib. 1, cap. 11, Nr. 1, S. 53: « Aequitas etiam ipsa iuris est, quae scripto non continetur ». Ob schon ein anderer (französischer?) Autor vor Connanus diese Ansicht vertreten hat, kann ich nicht sagen. Jedenfalls ist, soweit ich sehe, Connanus der früheste Autor, der für diese Auffassung in der späteren Literatur zitiert wird.

Recht (ad ius agraphon). Ihren Anwendungsbereich umreißt er folgendermaßen: Sie paßt erstens Gesetze der gesunden Vernunft und dem richtigen Sinn an, sie dehnt zweitens das Gesetz auf gleichartige ähnliche Fälle aus und sie gibt drittens dem Richter die Regel, wenn weder aus den Worten, noch aus dem Sinn des Gesetzes noch mit (sc. topischen) Argumenten eine Lösung zu finden ist (23).

Diese Lehre hat sich dann für mehr als ein halbes Jahrhundert behauptet. Sie wird etwa von Wesenbecks Kommentatoren Reinhard Bachovius von Echt und Heinrich Hahn (noch 1650) — allenfalls mit der Einschränkung, daß die Aequitas kein *römisches* ungeschriebenes Recht sei — kritiklos übernommen (24). In Tübingen vertreten sie Heinrich Bocer und Johann Harpprecht, in Straßburg Georg Obrecht und Justus Meier (25). Neben ihnen steht eine Reihe von Juristen, die die Aequitas zwar nicht ausdrücklich als ungeschriebenes Recht, aber doch als subsidiäre Rechtsquelle ansehen, wenn eine gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Vorschrift fehlt, wie Johannes Althusius, Dietrich Reinkingk und Johann Brunnemann (26). Soweit sonst bis etwa 1630 zur Aequitas

(23) M. *Wesenbeck*, wie Fn. 17, S. 9: « Sed... etiam ius naturae, quo utimur, pars iuris Romani est: et consequenter, aequitas quoque haec tam scripta quam non scripta eodem referri, atque ita pertinere ad ius agraphon (sc. im Orig. griechisch) potest. » S. 10 dann zum Anwendungsbereich der Aequitas.

(24) Reinhard *Bachovius ab Echt*: Notae et animadversiones ad Matthaei Wesenbecii Pandectas iuris civilis, Köln 1640, S. 18, Heinrich *Hahn*: Observata theoretico practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros Digestorum Commentarios..., Pars I, Helmstedt 1659, S. 84-86 (85: ius non scriptum im weiteren Sinne).

(25) Henricus *Bocerus*: Ad tres priores Pandectarum partes disputationes, Tübingen 1588, Disp. 1, Nr. 27, S. 13 (noch zweifelnd); deutlicher dann *ders*: Disputationum iuridicarum... classis prima, Tübingen 1596, Disp. 1, Nr. 41, S. 13; J. *Harpprecht*, wie Fn. 17, Nr. 51, Sp. 148; Georg *Obrecht*: Disputationes ex variis iuris civilis... materiis... in unum nunc corpus collectae, Ursellis 1603, Pars 1, Disp. 1, th. 104, S. 5; Justus *Meier*: Collegium Argentoratense, totius Jurisprudentiae absolutum systema exhibens, mit Anm. v. Johann Otto Tabor, hrsg. v. Johann Bechtold, Tom 1, Straßburg 1657, zu D. 1, 1 Nr. 37, S. 8 (als Recht, das aus der Rechtsprechung entsteht).

(26) Johannes *Althusius*: Dicaeologicae libri tres, 2. Aufl., Frankfurt 1649, lib.1, cap. 16, Rn. 18, 19, S. 49; Theodoricus *Reinkingk*: Tractatus de regimine saeculari et ecclesiastico, 5. Ausg., Frankfurt am Main 1651, lib. 2, class. 2, Cap. 12, Nr. 41, S. 872; Johann *Brunnemann*: Commentarius in Codicem Justinianum (1663), ed. novissima, Leipzig 1708, zu C. 3, 1, 8, Nr. 5-6, S. 228.

Stellung genommen wird, findet sich, soweit ich sehe, jedenfalls keine ausdrückliche Kritik an der Einordnung der Aequitas als ungeschriebenes Recht.

Erst in der Mitte des 17. Jahrhunderts scheinen sich Zweifel eingestellt zu haben. Der Erfurter Professor Henning Rennemann führt (1632?) einen heftigen Angriff auf Bocer und will die Aequitas als geschriebenes Recht einordnen ⁽²⁷⁾. Arnold Vinnius betont in seinem, erstmals 1642 erschienenen, Institutionen-Kommentar, daß die Aequitas kein Gegensatz zum geschriebenen, sondern zum strikten Recht sei ⁽²⁸⁾. In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts wenden sich in Deutschland Amadeus Eckolt, Nicolaus Christoph Lyncker und Johannes Strauch ausdrücklich gegen die Lehre von der Aequitas als ungeschriebenem Recht: sie sei weder geschrieben noch ungeschrieben (Eckolt) ⁽²⁹⁾, sie sei nur virtuelles Gewohnheitsrecht (Lyncker) ⁽³⁰⁾, sie gehöre zum Naturrecht (Strauch) ⁽³¹⁾. Die großen Handbücher des Usus modernus (Lauterbach, Struve, Stryk) ⁽³²⁾ behandeln die Aequitas entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mehr als ungeschriebenes Recht oder subsidiäre Rechtsquelle, und ebenso verfahren die Autoren der kleinen Pandekten-

⁽²⁷⁾ Henning *Rennemann*: *Jurisprudentia Romano-Germanica*, Erfurt 1651 (Rennemann lebte 1567-1646, seine Vorrede ist von 1632), Disp. 13, Nr. 26, 36 (S. 167, 169) und die Polemik gegen Bocer Nr. 38 ff. (S. 171 f.).

⁽²⁸⁾ Arnold *Vinnius*: *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, 4. Ausg., Amsterdam 1665, zu I. 1, 1, 9 (sine scripto), Nr. 7, S. 20.

⁽²⁹⁾ Amadeus *Eckolt*: *Compendiaria Pandectarum tractatio*, mit Anm. von Bartholomaeus Leonhard Svendendörffer, Leipzig 1680, zu D. 1, 1, 28 Anm. (S. 20).

⁽³⁰⁾ (Nicolaus Christoph *Lyncker*.) *Commentaria Lynckeriana in jus civile universum, ad seriem Digestorum*, zu D. 1, 3, Nr. 16, S. 70: Aequitas bezieht sich einerseits als Interpretation auf das bestehende Recht, andererseits auf das entstehende, da sie durch Juristen und Richter zum ungeschriebenen Recht *werden* kann.

⁽³¹⁾ Johannes *Strauch*: *Dissertationes ad jus Justinianum privatum*, mit Anm. v. Christian Thomasius, hrsg. v. Ephraim Gerhard, Jena 1718, Diss. 1, Th. 12, S. 12.

⁽³²⁾ Georg Adam *Struve*: *Syntagma juris civilis*, Jena 1672, Exerc. 2, Nr. 44, S. 69 (behandelt die Aequitas nur noch als «fundamentum» der Interpretation, nicht mehr als subsidiäre Rechtsquelle). Nichts über Aequitas enthalten, soweit ich sehe, Wolfgang Adam *Lauterbach*: *Collegium theoretico-practicum in librum primum Pandectarum usque ad vigesimum*, I, neue Ausg., hrsg. v. Ulrich Thomas Lauterbach, Tübingen 1726; Samuel *Stryk*: *Specimen usus moderni Pandectarum ad libros V priores... exhibitum*, 4. Ausg., Halle 1713.

kompendien des 17. und frühen 18. Jahrhunderts ⁽³³⁾. Damit verschwindet die Lehre von der Aequitas als ungeschriebener Rechtsquelle kaum hundert Jahre nach ihrer Begründung schon wieder aus der juristischen Literatur.

Diese Entwicklung: von der mittelalterlichen Ablehnung der ungeschriebenen Aequitas, über ihre Erhebung zur Rechtsquelle im späten 16. Jahrhundert bis zu ihrer erneuten Eliminierung aus der Rechtsquellenlehre schon knapp hundert Jahre später, ist wohl kaum aus sich selbst heraus verständlich, sondern bedarf einer Erklärung. Dabei muß man zunächst wohl Klarheit darüber gewinnen, was die Wertschätzung der Aequitas zwischen 1550 und 1650 für die Rechtspraxis bedeutet hat, ob also die verschiedenen Entwicklungsphasen der Aequitas-Lehre mit sich ändernden Vorstellungen über das Verhältnis des Richters zum Gesetz zusammenhängen (II.). Wenn das nicht der Fall ist, dann könnten die Gründe in der Rechtsquellenlehre selbst liegen, also in sich wandelnden Begriffen von Natur-, Gesetzes- und Gewohnheitsrecht (III.).

II. AEQUITAS-LEHRE UND STELLUNG DES RICHTERS: EINE FREIRECHTLICHE PHASE IN DER FRUHEN NEUZEIT?

An sich hätte die Erhebung der Aequitas zur Rechtsquelle einem sehr großzügigen, geradezu freirechtlichen Billigkeitsdenken Vorschub leisten können. Aber soweit bisher bekannt ist, hat es eine derartige freirechtliche Phase in der Jurisprudenz des späten

⁽³³⁾ Georg Adam *Struve*: *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis*, 7. Ausg., Jena 1694, lib. 1, tit. 2, Nr. 18 (nur im Zusammenhang mit der Interpretation); Wolfgang Adam *Lauterbach*: *Compendium Juris brevissimis verbis... universam fere materiam juris exhibens*, hrsg. v. Johann Jacob Schütz, Tübingen u.a., o. J. [1967] (nichts über aequitas); Justus Henning *Böhmer*: *Introductio in Ius Digestorum*, Pars I, 9. Ausg. 1756, lib. 1, tit. 1, Nr. 4, S. 5 (nur im Zusammenhang mit der Interpretation); Jacob Friedrich *Ludovici*: *Doctrina Pandectarum*, Halle 1725 (nichts über aequitas); Johann Gottlieb *Heineccius*: *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (1727), Leipzig 1758 (nichts über aequitas); ders.: *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, 3. Ausg., Straßburg 1732, Pars 1, lib. 1, tit. 1, § 13, S. 5 (in den Pandekten werde das *ius gentium* als « *naturalis aequitas* » bezeichnet), § 22, S. 8 (im Zusammenhang mit der restriktiven Interpretation).

16. und 17. Jahrhunderts nicht gegeben ⁽³⁴⁾. Genauer läßt sich der Einfluß der neuen Aequitas-Theorie auf die Rechtspraxis abschätzen, wenn man die für die Rechtsanwendung relevanten Details der Lehre genauer betrachtet und ihrer tatsächlichen Verwendung in der Rechtsprechungs- und Konsiliarpraxis nachgeht.

1. *Grenzen der Aequitas-Relevanz in der Rechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts.*

Wesenbeck hatte der Aequitas drei Aufgaben zugewiesen: die einschränkende, die ausdehnende oder analoge Gesetzesanwendung und die Ausfüllung von Gesetzeslücken, und ein ähnlicher Katalog findet sich auch bei anderen Autoren der Zeit ⁽³⁵⁾. Wenn die frühneuzeitliche Lehre mit der nicht gesetzgebundenen Aequitas Ernst machte, dann mußte sie vor allem den für jedes kodifizierte Rechtssystem kritischen und damit interessantesten letzten Fall, den der «freien» Ausfüllung von Gesetzeslücken genauer ins Auge fassen. Aber auffallenderweise vermeidet man in der Regel nähere Ausführungen dazu. Der einzige mir bekannte Autor, der offen sagt, daß in diesem Fall der Richter nach seiner (an Natur und Ratio kontrollierten) Überzeugung entscheiden soll, ist Hermann Vultejus ⁽³⁶⁾. Andere bringen den Fall in die Nähe der harmloseren Analogie ⁽³⁷⁾. Eine der seltenen Auseinandersetzungen mit der lückenfüllenden Aequitas findet sich — und das ist wohl bezeichnend — gerade bei dem Juristen, der wohl als erster die

⁽³⁴⁾ Siehe C. Schott: «Aequitas cerebrina» (Fn. 1), bes. S. 146-152.

⁽³⁵⁾ M. Wesenbeck, wie Fn. 17, S. 10. Später wird zwischen interpretierender und emendierender (abrogierender und suppletorischer) Aequitas unterschieden: G. Obrecht (Fn. 25), p.1, disp. 1, th. 126, 129, S. 6; H. Hahn (Fn. 24), S. 86. Johann Andreas Frommann: Positiones inaugurales ex dissertatione de aequo et bono excerptae (Resp. Tobias Cramer), Tübingen 1679, th. 6, S. 5 kennt eine interpretatorische, suppletorische und korrektorische Aequitas. Allerdings soll nach diesen Autoren die abrogierende bzw. korrigierende Billigkeit nur dem Gesetzgeber zustehen; die restriktive Auslegung wird der Interpretation zugeordnet.

⁽³⁶⁾ H. Vultejus (Fn. 20), S. 66: «et iudex negotium, quasi nunquam ullo facti merito praescripto vel definito, ex naturae rationisque suae persuasione decidit...».

⁽³⁷⁾ So z.B. J. Althusius (Fn. 26), lib. 1, cap. 16, Nr. 18, S. 49: «sed cessante scripto jure civili, jus constituit et interpretatur... juxta naturalem aequitatem... vel analogiam juris communis».

Lehre von der Aequitas als ungeschriebenem Recht *kritisiert* hat, nämlich bei Henning Rennemann: « Woher », fragt er, « soll also jene Aequitas genommen werden? Man antwortet: aus dem Wesen der Menschlichkeit, der Güte und der Gerechtigkeit. Aber diese Antwort ist eine *petitio principii*. Denn es ist weiter zu fragen: Wo ist denn dieses Wesen der Menschlichkeit, Güte und Gerechtigkeit verborgen, wie und wo kann man es finden, um das zu bekommen, was man (sc. zur Falllösung) benötigt? »⁽³⁸⁾. Insgesamt scheint die lückenfüllende Aequitas, wenn man sie überhaupt akzeptierte, bestenfalls ein Instrument gewesen zu sein, das man zur Abrundung der Rechtsquellentheorie zwar brauchte, dessen Anwendungsbereich man aber für ganz unbedeutend und nicht erörterungsbedürftig hielt.

Wie wenig die Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts bereit waren, die « freie » Aequitas in ihr Recht hineinzulassen, zeigen vor allem ihre Stellungnahmen zur restriktiven Interpretation. Nach der mittelalterlichen Lehre durfte der Richter (C. 3, 1, 8) gegenüber dem « Rigor iuris » lediglich die geschriebene Billigkeit, die « *aequitas scripta* » zur Geltung bringen, andere Eingriffe in das geschriebene Recht standen nur dem Gesetzgeber zu (C. 1, 14, 1). Diese Auflösung des Widerspruchs zwischen den beiden Codex-Stellen war nach der neuen Aequitas-Theorie des späten 16. Jahrhunderts nicht mehr möglich, denn ihr zufolge gab es ja keine « *aequitas scripta* » mehr und verwies auch der Text von C. 3, 1, 8 nicht auf sie. Aber schon die Stellungnahmen der französischen Juristen des mittleren 16. Jahrhunderts zeigen, daß sich durch diese neue Sicht der Dinge in Wirklichkeit nicht viel änderte und man sich keineswegs auf einmal einem hemmungslosen Billigkeitsdenken hingab. Duarenus, Connanus und Corasius meinen um 1550/1560, eine Billigkeitskorrektur des geschriebenen Rechts komme nur dann in Betracht, wenn es *sicher feststehe*, daß das Gesetz, vom

⁽³⁸⁾ H. Rennemann (Fn. 27), disp. 13, Nr. 39, S. 171: « unde igitur illa sit aequitas depromenda? Respondet ille quidem: quod Ratio humanitatis benignitatis et Justitia, sit illam subgestura. Verum haec responsio principium petit. Quaeritur enim denuo: ubinam illa ratio humanitatis, benignitatis et Justitiae lateat: et quomodo, ac unde, investigari queat: ut quod opus est subgerat? ».

Wortlaut abweichend, einen anderen «billigen» Sinn habe⁽³⁹⁾. Bedeutende spätere Autoren wie Donellus und Grotius wollen es zwar genügen lassen, wenn das im konkreten Fall unbillig erscheinende Gesetz nur generell aequitas-konform und damit die Annahme gerechtfertigt ist, daß seine unbillige Anwendung in einem Einzelfall vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann⁽⁴⁰⁾. Aber nach allen Ansichten unterliegt das strenge und «unbillige» Spezialgesetz, das der Gesetzgeber bewußt so gegeben hat, gerade keiner (richterlichen) Billigkeitskorrektur, und damit war der gefährlichste Eingriff des Richters in das geschriebene Recht ausgeschlossen. Die deutschen Autoren halten sich, soweit ersichtlich, in diesem Rahmen. Es wird etwa gesagt: Ein Abweichen vom geschriebenen Recht ist nur möglich bei billigem Recht, wenn ein probabler Sinn ermittelt werden kann (Harpprecht), bei generellen Gesetzen, die sich im Einzelfall unbillig auswirken, nicht bei speziellem «*rigor iuris*» (Bachov, Brunneemann)⁽⁴¹⁾. Manche Autoren nähern sich schon im frühen 17. Jahrhundert haarscharf wieder der mittelalterlichen «*aequitas scripta*» an, etwa 1608 Marquard Freher: nach ihm darf der Richter nur eine evidente und manifeste Billigkeit berücksichtigen⁽⁴²⁾, und evident soll sie nur sein, wenn sie «*ex*

⁽³⁹⁾ F. *Duarenus*: In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio, lib. 5, tit. 1, in ders.: Opera (Fn. 19), S. 160 li. Sp.; F. *Connanus* (Fn. 22), lib. 1, cap. 11, Nr. 6, S. 58 (Restriktion, wenn angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber das will, nicht aber, wenn der — unbillige — Sinn feststeht oder das Gesetz zweideutig ist); Johannes *Corasius*: De iuris arte libellus, Lyon 1560, S. 54. Siehe auch Albertus *Bolognetus*: De lege, jure et aequitate disputationes, (neue Auflage) Wittenberg 1594, S. 657 f. (beruft sich u.a. auf *Connanus*).

⁽⁴⁰⁾ Hugo *Donellus*: Commentarii de iure civili (1589), 6. Ausg., hrsg. v. Johann Christoph König, I, Nürnberg 1801, lib. 1, cap. 13, § 13, S. 97; Hugo *Grotius*: De aequitate, indulgentia et facilitate, im Anhang von ders.: De jure belli ac pacis libri tres, mit Anm. v. Johann Friedrich Gronovius und Jean Barbeyrac, Amsterdam 1720, S. 37 ff. (39: keine Korrektur bei Gesetzen, «*quae inhonestum quid praecipiant simpliciter, aut id, quod ex officio necessario faciendum est, vetant*»). Vgl. auch Anton *Faber*: Iurisprudentiae Papinianeae scientia, Lyon 1607, tit. 1, princ. 1, ill. 2, S. 5 f.

⁽⁴¹⁾ J. *Harpprecht* (Fn. 17), zu I. 1, 2, 9 «*sine scripto*», Nr. 63, Sp. 151 (C. 1, 14, 1 spricht von der Interpretation «*juris in totum iniqui*»); R. *Bachovius ab Echt* (Fn. 17), S. 71; J. *Brunneemann* (Fn. 26), zu C. 1, 14, 1, Nr. 5, S. 58.

⁽⁴²⁾ M. *Freher* (Fn. 17), Sp. 378 f. Siehe zu *Frehers* «*Sulpitius*» auch *Brigitte Schwan*: Das juristische Schaffen Marquard Frehers (1565-1614), Speyer 1984, S. 162-170.

scripto jure » hervorgeht. gesetzestreue findet man dann später auch bei Struve, Lyncker, Ziegler und Thomasius ⁽⁴³⁾.

Damit war die restriktive Gesetzesauslegung auch auf der Basis der neuen Aequitas-Lehre entschärft; die lückenfüllende Aequitas wurde offenbar als unbedeutende Randerscheinung angesehen, und die extensive bzw. analoge Interpretation warf geringere Probleme auf, weil sie sich noch eher als sinngemäßer Vollzug des geschriebenen Rechts auffassen läßt. Angesichts dieser im praktischen Detail sehr zurückhaltenden Einstellung zur Aequitas ist wohl kaum anzunehmen, daß man im 16. und 17. Jahrhundert einen besonders intensiven Gebrauch von ihr gemacht hat.

2. Zur Verwendung der Aequitas in der Rechtsprechung des späten 16. und 17. Jahrhunderts.

Das ist auch der erste Eindruck, der sich aus den zahlreichen Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen des 17. Jahrhunderts ergibt. Ich habe nur einige der bekanntesten anhand ihrer (meistens sehr sorgfältigen) Register durchgesehen; das Bild ist aber überall das gleiche:

Überhaupt keine Fundstelle zu « aequitas » enthalten die Re-

⁽⁴³⁾ G. A. *Struve*: Syntagma (Fn. 32), hrsg. v. Peter Müller, 3. Ausg., Frankfurt und Leipzig 1738, Exerc. 2, Nr. 44, Anm. § S. 90: « aequitas non adjuta legibus curanda non est »; N. C. *Lyncker* (Fn. 30), lib. 1, tit. 3, Nr. 16, S. 70: die anzuwendende aequitas muß « informata juribus » sein. Nur die « aequitas intrinseca » (in oculos incurrens, legibusque aliis adiuta », im Gegensatz zur « aequitas extrinseca ») wollen berücksichtigen: Caspar *Ziegler*: De juribus majestatis tractatus academicus, Wittenberg 1698, lib. 1, cap. 6, Nr. 15, S. 181; Christian *Thomasius*: Dissertatio juris inauguralis De aequitate cerebrina L. II C. de rescind. vendit. et ejus usu practico (Resp. Johann Friedrich Stützing), Halle 1713, cap. 1, 13, S. 12, und Augustin *Leyser*: Meditationes ad Pandectas, Vol. 1 (1717), ed. nova, Frankenthal 1778, spec. 3, Nr. 6, S. 28-30: Es handelt sich um die berühmte Entscheidung, in der Leyser ein formungültiges Testament aufgrund « Aequitas » aufrechterhalten will, vgl. dazu C. *Schott*: « Aequitas cerebrina » (Fn. 1), S. 151 f; Klaus *Luig*: Richterkönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus modernus: Augustin Leyser (1683-1752), in ders./Detlef Liebs (Hrsg.): Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition, Ebelsbach 1980, S. 295 ff. (330). Mir erscheint wichtig, daß sich Leyser theoretisch durchaus im Rahmen des Zeitüblichen hält, zweifelhaft und m.E. in der Tat ein Mißgriff ist allerdings seine Subsumtion.

gister der Kammergerichtsentscheidungen von Joachim Mynsinger von Frundeck, der « Conclusiones practicabiles » von Matthias Berlich und der Konsilien von Johann Brunnemann ⁽⁴⁴⁾. In den über sechshundertseitigen « Practicae observationes » von Andreas Gaill kommt die Aequitas nur in zwei Entscheidungen vor. Nur eine ⁽⁴⁵⁾ macht von ihr Gebrauch, indem sie die Wirkung der « novi operis nunciatio » für den Fall einschränkt, daß die Nunziation offensichtlich unberechtigt ist; es handelt sich also um eine einschränkende Auslegung. Die andere Entscheidung legt dar, daß ein Pächter, der eine « res evidenter sterilis, vel tempore belli » gepachtet hat, verpflichtet bleibe, den Pachtzins zu zahlen: denn die Gesetze sähen das vor, und « eine Aequitas, die nicht durch die Gesetze unterstützt wird, ist nicht zu berücksichtigen » ⁽⁴⁶⁾! — Ähnlich sieht es in Christoph Besolds Sammlung von Tübinger Konsilien aus. Von den über dreihundert Konsilien machen nur vier Ausführungen zur Aequitas, und Einfluß auf die Entscheidung wird ihr nur in zwei Fällen gegeben: Die eine betrifft die Klage eines Pfarrers, mit dem 1621 ein Gehalt von drei Gulden vereinbart gewesen war, was damals einem Taler entsprach. Der Gulden entwertete sich aber in den folgenden Jahre so nachhaltig, daß schließlich auf einen Taler zehn Gulden kamen. Das Konsilium nimmt an, die Vereinbarung sei « auf gutes Geld » gerichtet gewesen und spricht dem Pfarrer mehr zu als die drei Gulden ⁽⁴⁷⁾; es handelt sich also nicht um eine Entscheidung contra oder praeter legem, sondern nur um eine — vielleicht nicht zwingende, aber

⁽⁴⁴⁾ Joachim *Mynsinger von Frundeck*: *Singularium observationum Iudicii Imperialis Camerae centuriae V*, Basel 1576; Matthias *Berlichius*: *Conclusiones practicabiles*, 5 Teile, Leipzig 1670; Johann *Brunnemann*: *Consilia sive responsa academica*, hrsg. v. Samuel Stryk, 2. Ausg., Frankfurt/Oder 1704.

⁽⁴⁵⁾ Andreas *Gaill*: *Practicarum observationum, tam ad processum iudicarium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium libri duo*, ed. postrema correctior, hrsg. v. Gualterius Gymnicus, Köln 1697, lib. 1, obs. 16, S. 31 (Nr. 4).

⁽⁴⁶⁾ A. *Gaill* (Fn. 45), lib. 2, obs. 23, Nr. 26 (im Register falsch): « tamen concludit, aequitatem non adjutam legibus, curandam non esse... ». Diese und die in Fn. 45 zitierte Entscheidung stammen noch aus dem 16. Jahrhundert, denn sie sind bereits in einer Ausgabe von 1586 enthalten.

⁽⁴⁷⁾ Christoph *Besold* (Hrsg.): *Consiliorum Tubingensium.. volumina VI*, Tübingen 1661, pars 2, cons. 66 (aus dem Jahr 1626), S. 191 ff., bes. Nr. 21, 22.

doch plausible — « billige » Vertragsauslegung. In dem anderen Konsilium wird einem Lehnsherrn die Rückforderung seines Lehens versagt, die er auf eine Pflichtverletzung des Lehnsnehmers stützen wollte. Die Entscheidung beruht u.a. darauf, daß die jetzige Lehnsnehmerin kein Verschulden treffe; nur ergänzend und nicht als tragende Begründung wird noch der Satz herangezogen, daß zwischen Lehnsherrn und Lehnsnehmer die Aequitas besonders zu beachten sei ⁽⁴⁸⁾. Die beiden anderen Konsilien lehnen eine gesetzeskorrigierende Heranziehung der Aequitas ab. Einmal wird ein Legat wegen Mißachtung der einschlägigen Formvorschriften für unwirksam erklärt und seine Aufrechterhaltung aus Aequitas-Gründen verweigert: der Richter dürfe ein geschriebenes unbilliges Gesetz nicht korrigieren, « die Aequitas muß geschrieben sein » ⁽⁴⁹⁾! Das zweite Konsilium lehnt es ab, die « laesio enormis » auch dann durchgreifen zu lassen, wenn sich das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erst nach Kaufabschluß (durch Geldentwertung) einstellt. « Denn die Aequitas ohne Recht, ohne Gesetz, die ungeschrieben ist », sei ein « pestilentissimum virus » ⁽⁵⁰⁾.

Sehr behutsam gehen mit der Aequitas auch die großen Entscheidungssammlungen von Benedict Carpzov und David Mevius um. Von Carpzov allerdings wird in der modernen Literatur gelegentlich gesagt, er habe der « Aequitas » sehr großen Spielraum gegeben ⁽⁵¹⁾. Nach den Aequitas-Argumentationen, die sich in seiner « Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica » und seinen « Responsa » finden, läßt sich dieses Urteil aber nicht bestätigen. In der « Jurisprudentia forensis » mit ihren anderthalbtausend Seiten gibt es nur zwei Entscheidungen, die auf die Aequitas Bezug nehmen. Die eine läßt aufgrund der Aequitas eine bestimmte

⁽⁴⁸⁾ C. *Besold* (Fn. 47), p. 2, cons. 57 (von 1627), S. 103 ff., Nr. 171 (S. 120).

⁽⁴⁹⁾ C. *Besold* (Fn. 47), p. 2, cons. 86 (von 1629), S. 284 ff., Nr. 22 (S. 286): « Ergo aequitas debet esse scripta, vel particulariter, vel generaliter, vel aliunde deducta a jure scripto ».

⁽⁵⁰⁾ C. *Besold* (Fn. 47), p. 6, cons. 294 (von 1622?), S. 194 ff., Nr. 67 (S. 206): « Etenim aequitatem sine jure, sine lege, quae scripta non est, sed captiose arrepta, pestilentissimum virus esse, ajunt Bart. Bl. et reliqui... ».

⁽⁵¹⁾ C. *Schott*: « Rechtsgrundsätze » (Fn.1), S.66; zurückhaltender wohl Joachim Fr. *Heine*: Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivilrechtlichen Werken, in: ZRG (RA) 82 (1965), S. 227 ff. (270-272).

Einwendung auch noch nach der « *litis contestatio* » zu ⁽⁵²⁾, beruft sich hierfür aber auf einen ständigen sächsischen Gerichtsgebrauch, läßt sich also vielleicht auch aus Gewohnheitsrecht rechtfertigen. Die andere Entscheidung ist darum besonders interessant, weil sie — nicht nur in dieser Sammlung — die einzige ist, die ich zur « freien » lückenausfüllenden *Aequitas* gefunden habe (als solche wird sie z.B. auch von Lyncker ⁽⁵³⁾ zitiert). Eine Frau hatte ohne Mitwirkung des Vormundes ein Darlehen aufgenommen, der Darlehensgeber verlangte Rückgabe. Das Gericht billigte ihm den Anspruch zu: er ergebe sich aus der « *ratio naturalis* », « auch wenn dies in keinem Gesetz vorgesehen ist », die « *Aequitas* nämlich rät das an, auch wenn wir keine Rechtsnorm haben » ⁽⁵⁴⁾. Auch das klingt aber wohl freirechtlicher als es wirklich ist, denn man hätte den Fall wohl auch ohne *Aequitas* mit dem Darlehens- oder Kondiktionsrecht lösen können. — Von Carpzovs 122 « *Responsa electorialis* » ziehen nur drei die *Aequitas*, offenbar in allen Fällen zwecks Gesetzesrestriktion, heran ⁽⁵⁵⁾. Die Sachverhalte sind zum Teil recht verwickelt; im Ergebnis unmittelbar einleuchtend ist aber jedenfalls die Lösung eines Falles: Ein Darlehen sollte « *quamprimum* » (“ förderlichst ”) zurückgegeben werden, dies geschah jedoch binnen zehn Jahren nicht, worüber Gläubiger und Schuldner verstarben. Die Erben des Gläubigers klagten auf Verzugszinsen vom Zeitpunkt der Darlehnshingabe an, drangen damit aber nicht durch ⁽⁵⁶⁾. Auch dafür hätte es der *Aequitas* wohl nicht bedurft, denn es lag offenbar nicht einmal eine verzugsbegründende Mahnung des Gläubigers vor. Im ganzen stützen sich also in Carpzovs beiden großen Sammelwerken nur fünf Entscheidungen auf die *Aequitas*, und mindestens drei von ihnen hätten wohl auch anders

⁽⁵²⁾ Benedict *Carpzov*: *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica*, hrsg. v. Andreas Mylius, Leipzig und Frankfurt 1684, pars 1, const. 3, defin. 17, Nr. 6, S. 33.

⁽⁵³⁾ N.C. Lyncker (Fn. 30), zu lib. 1, tit. 3, Nr. 16, S. 70.

⁽⁵⁴⁾ B. *Carpzov* (Fn. 52), p. 2, c. 15, d. 14, S. 537 li. Sp., Nr. 6: « *ratio naturalis* » « *et si nulla lege cautum est* », Nr. 7: « *Aequitas* quippe hoc suggerit, etsi iure deficeremur ». Die zugrunde liegende Entscheidung ist von 1621.

⁽⁵⁵⁾ Benedict *Carpzov*: *Responsa iuris electorialis*, Leipzig 1642, lib. 5, tit. 9, resp. 100, Nr. 23-25; l. 5, t. 9, resp. 96, Nr. 13; l. 4, t. 7, resp. 56, Nr. 19 f.

⁽⁵⁶⁾ B. *Carpzov* (Fn. 55), l. 4, t. 7, resp. 56, Nr. 19 f.

begründet werden können. Dieses Ergebnis spricht nicht gerade für eine exzessive Benutzung der Aequitas durch Carpzov.

Ganz restriktiv ist schließlich die Einstellung von David Mevius. Mit der Aequitas setzen sich ausweislich des Registers nur drei von seinen wohl rund tausend « Decisiones » auseinander. Dabei wird die Billigkeit nur in einem Fall zur Begründung der Entscheidung herangezogen, nämlich dafür, daß in einer Gesellschaft (societas) im Zweifel gleiche Gewinn- und Verlustanteile bestehen⁽⁵⁷⁾. Hier verweist aber nach Mevius schon das römische Recht selbst (D. 17, 2, 76 [78, 80]) auf das « arbitrium boni viri », so daß die Aequitas hier nur im Rahmen des geschriebenen Rechts und nicht praeter oder contra legem eingesetzt wird. In den beiden anderen Fällen lehnt Mevius eine Aequitas-Korrektur des geschriebenen Rechts ab, denn « die Aequitas ohne Gesetz ist 'cerebrina' und leichtfertig »⁽⁵⁸⁾, die Aequitas, « die mit dem geschriebenen Recht nicht übereinkommt » ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters⁽⁵⁹⁾.

Diese Beobachtungen bedürften sicherlich noch weiterer Bestätigung, und natürlich ist auch damit zu rechnen, daß die Richter und Gutachter in der frühen Neuzeit — wie zu allen Zeiten — Billigkeitsentscheidungen häufig nicht ausdrücklich als solche apostrophiert, sondern unter anderen Begründungen versteckt haben. Von der Aequitas selbst als Mittel zur Korrektur oder Ergänzung des positiven Rechts scheint aber im späten 16. und im 17. Jahrhundert nur sehr vorsichtig Gebrauch gemacht worden zu sein. Es gibt also keinerlei Anhaltspunkte für eine freirechtliche Phase in der deutschen Jurisprudenz des 16. und 17. Jahrhunderts, die mit der Lehre von der Aequitas als ungeschriebener Rechtsquelle korrespondieren würde.

⁽⁵⁷⁾ David *Mevius*: Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismarense delatis, hrsg. v. Johann Jacob v. Rysse, 6. Ausg., Frankfurt am Main 1726, pars 8, dec. 13 (von 1660/61), S. 293, Nr. 6-8.

⁽⁵⁸⁾ D. *Mevius* (Fn. 57), p. 1, dec. 208 (von 1653), S. 79, Nr. 10: lex « sine qua aequitas, quae subesse videtur, haud attenditur ». Im Register wird das umschrieben mit der im Text zitierten Aussage: « aequitas sine lege est cerebrina et temeraria ».

⁽⁵⁹⁾ D. *Mevius* (Fn. 57), p. 7, dec. 314 (von 1659), S. 259, Nr. 6: « Est illius aequitatis, quae juri scripto non convenit, dictamen et applicatio non judicariae, sed legislatoriae potestatis. »

III. AEQUITAS-LEHRE UND THEORIE DER RECHTSQUELLEN IM 16. UND 17. JAHRHUNDERT

1. *Veränderung der Begriffe des (positiven) Gesetzes- und Gewohnheitsrechts im mittleren 17. Jahrhundert.*

Die Aufnahme der Aequitas unter die Rechtsquellen und ihre Eliminierung aus ihnen im mittleren 17. Jahrhundert muß also andere Gründe ⁽⁶⁰⁾ gehabt haben, die wahrscheinlich in der Rechtsquellentheorie selbst zu suchen sind.

In der Tat verändern sich im 17. Jahrhundert die Begriffe des positiven Gesetzes und des Gewohnheitsrechts: Die römischrechtlichen Quellen definieren « *Gesetz* » als Beschluß des « römischen Volkes auf Antrag eines senatorischen Magistrats » (I. 1, 2, 4) ⁽⁶¹⁾,

⁽⁶⁰⁾ Auf die Frage, warum die Aequitas im 16. Jahrhundert unter die Rechtsquellen *aufgenommen* worden ist, kann ich einstweilen keine abschließende Antwort geben. Sicherlich spielt bei der humanistischen Wiederentdeckung der Aequitas eine Rolle, daß die Humanisten dem Positivismus und Autoritätenkult der mittelalterlichen Juristen ein Prinzip entgegensetzen wollten, das Ordnung in der unendlichen Fülle der Details und Meinungen zu schaffen schien (vgl. auch G. Kisch [Fn. 1], S. 52). Das wird bei den beiden bedeutendsten Vorkämpfern der Aequitas in Frankreich und Deutschland, Budé und Oldendorp gut deutlich: *Budé* meint, wenn sich die mittelalterlichen Juristen mehr um die Aequitas bekümmert hätten, « dann hätten sie gewiß nicht jene ungeheuren und zahlreichen Bände von Rechtskommentaren hinterlassen, welche den Stoff und Zunder für die Entfachung von Rechtsstreitigkeiten bilden » (nach G. Kisch [Fn. 1], S. 191 f. und Originaltext 501). J. *Oldendorp*: Wat bylich (Fn. 11), S. 53 f. erklärt, manche tausend Menschen würden « durch weitläufige Streitigkeiten und Lehrmeinungen in Gerichtshändeln zu Mühseligkeiten, unnützen Ausgaben, Zeitverlust und zuletzt zu aller Bosheit veranlaßt, die man durch Billigkeit in Frieden, Wohlstand und allem Guten erhalten und kurzweg entscheiden könnte. » So betrachtet, erscheint die Aequitas-Konjunktur geradezu als Parallelerscheinung zu den äußeren Ordnungs-, « System »-Bemühungen des 16. Jahrhunderts. In der Sache sind allerdings die Unterschiede gegenüber der mittelalterlichen Jurisprudenz wohl nicht so erheblich (s.o. den Abschnitt II), und selbst die Vorstellung von der Aequitas als subsidiärem Recht — wenn auch nicht als ungeschriebener Rechtsquelle — scheint den mittelalterlichen Juristen nicht fremd gewesen zu sein, vgl. N. *Horn* (Fn. 1), S. 22 zu Baldus, bei dem aber offenbar Lückenfüllung und ausdehnende Auslegung ineinander übergehen (S. 153 Anm. 16).

⁽⁶¹⁾ Ich folge der deutschen Übersetzung von: Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung, gemeinschaftlich übersetzt von Okko *Behrends*/ Rolf *Knütel* / Berthold *Kupisch* / Hans Hermann *Seiler*, I, Institutionen, Heidelberg 1990, S. 3.

als « allgemeine Vorschrift, Beschluß kluger Männer, ein Zwangsmittel gegen Unrecht... und ein gemeinschaftliches Versprechen der Bürgerschaft » (D. 1, 3, 1) ⁽⁶²⁾, und die Juristen des 16. und frühen 17. Jahrhunderts haben diese Begriffsbestimmungen meistens noch pietätvoll übernommen ⁽⁶³⁾. Erst allmählich verbreitete sich die Einsicht, daß diese Begriffe zeitgebunden waren und den frühneuzeitlichen Verfassungsverhältnissen nicht mehr entsprachen. « Gesetz » mußte also entweder abstrakt als Befehl des Gesetzgebers oder konkret — je nach den Verfassungszuständen — als vom Herrscher allein oder im Zusammenwirken mit den Ständen erlassene Vorschrift definiert werden. Bahnbrechend für diese neue Gesetzesdefinition waren Jean Bodins « Les six livres de la république » ⁽⁶⁴⁾ und später Thomas Hobbes' « De cive » ⁽⁶⁵⁾. In Deutschland finden sich Anhänger der neuen Definition schon um 1600 ⁽⁶⁶⁾, spätestens in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts scheint sie sich durchgesetzt zu haben ⁽⁶⁷⁾. « Gesetz » wird nun bezeichnet als ein Befehl, « der allein auf dem Willen der höchsten staatlichen Gewalt beruht » (Pufendorf), als « öffentlicher Befehl des Gesetzgebers » (Lauterbach), als « vom Souverän vorgeschrie-

⁽⁶²⁾ Übersetzung nach: Corpus iuris civilis (Fn. 61), II, Digesten 1-10, Heidelberg 1995, S. 111.

⁽⁶³⁾ Etwa J. *Althusius* (Fn. 26), l. 1, c. 14, Nr. 16, S. 40, s.a. l. 1, c. 80, Nr. 40, S. 283; J. *Meier* (Fn. 25), zu D. 1, 3, Nr. 2 (S. 15, anders dann aber schon die Zusätze von Otto Tabor in Nr. 3, 4, S. 16!); D. *Reinkingk* (Fn. 26), l. 2, class. 2, cap. 1, Nr. 10, S. 786.

⁽⁶⁴⁾ Jean *Bodin*: Les six livres de la république, Buch 1, Kap. 8: « Car la loy depend de celuy qui a la souveraineté » (S. 135 der Ausgabe Paris 1583).

⁽⁶⁵⁾ Thomas *Hobbes*: De cive (1646), Kap. 6, Nr. 9: « leges civiles... nihil aliud sunt, quam ejus, qui in civitate summa potestate praeditus est, de civium futuris actionibus mandata ».

⁽⁶⁶⁾ Hermann *Kirchner*: Respublica, Marburg 1608, disp. 2, th. 5, fol B 3v; Hermann *Vultejus*: Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae libri II, 4. Ausg., Marburg 1614, l. 1, c. 2, S. 2: « Lex est sanctio seu iussum eius, qui iuris condendi habet auctoritatem ».

⁽⁶⁷⁾ Vgl. Heinz *Mohnhaupt*: Potestas Legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: Ius Commune 4 (1972), S. 188-239 (190, 199 ff.); Rolf *Grawert*: Gesetz, in: O. Brunner/ W. Conze/ R. Koselleck (Hrsg.): Geschichtliche Grundbegriffe, II, Stuttgart 1975, S. 863-922 (879 ff.); Jan *Schröder*: Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellentheorie im 17. und 18. Jahrhundert, in: ZRG (GA) 109 (1992), S. 1-47 (34 f.).

bene Regelung, nach der die Handlungen der Menschen einzurichten sind » (Struve) ⁽⁶⁸⁾.

Ganz in dieselbe Richtung entwickelt sich der Begriff des *Gewohnheitsrechts*. Nach den Digesten war die « *consuetudo* » dasjenige Recht, welches « das Volk ohne jede Schriftform gebilligt hat » (D. 1, 3, 32, 1) ⁽⁶⁹⁾, und die Institutionen sagen (I. 1, 2, 9): die « langwährende Gewohnheit, die von denen, die sie üben, übereinstimmend gebilligt wird, kommt einem Gesetz gleich » ⁽⁷⁰⁾. Gewohnheitsrecht wird also nach diesen Quellen allein durch das Volk erzeugt, und so sehen es auch noch die meisten Juristen um 1600 ⁽⁷¹⁾. Mit dem Eindringen des neuen Gesetzesbegriffs gerät aber auch die alte Gewohnheitsrechtslehre in Zweifel. Man fragt sich, ob im absolutistischen oder ständischen Staat das Volk — und sei es auch nur durch ständige Übung — wirklich allein Recht schaffen kann. Die Antwort darauf ist, daß es auch zur Entstehung von Gewohnheitsrecht einer mindestens stillschweigenden Zustimmung des Gesetzgebers bedarf. Daß die Gewohnheit « nicht aus eigener Kraft ein Gesetz bilden kann », « sondern (sc. nur) wegen der Einwilligung des höchsten Herrschers » nimmt Hobbes schon 1646 an ⁽⁷²⁾, und die deutschen Juristen machen sich diese Vorstellung im späteren 17. Jahrhundert zu eigen ⁽⁷³⁾. Gewohnheitsrecht erscheint jetzt als Recht, « welches Rechtswirksamkeit durch

⁽⁶⁸⁾ Samuel *Pufendorf*: *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), neue Ausg. Frankfurt am Main 1716, lib. 8, cap. 1, Nr. 1, S. 1076 li. Sp.: « *lex civilis respectu originis est, quae unice a voluntate summae potestatis civilis profecta est* »; G.A. *Struve* (Fn. 32), Exerc. 1, Nr. 47, S. 24: « *Jus in genere est ordinatio, regula s. principium a superiori praescriptum, secundum quod actiones hominum instituendae* »; W.A. *Lauterbach* (Fn. 32), l. 1, t. 1, Nr. 21, S. 37: « *Jus* » ist « *publicum Legislatoris jussum, vim habens obligandi inferiores ad id, quod aequum et justum est, in actionibus suis observandum* » (nach vorherigem Zitat von D. 1, 1, 1 pr. « *ius est ars aequi et boni* »).

⁽⁶⁹⁾ Übersetzung nach: *Corpus iuris civilis*, II (Fn. 62), S. 115.

⁽⁷⁰⁾ Übersetzung nach: *Corpus iuris civilis*, I (Fn. 61), S. 5.

⁽⁷¹⁾ Etwa H. *Donellus*: *Commentarii* (Fn. 40), l. 1, c. 10, § 1, S. 65; H. *Vultejus* (Fn. 66), l. 1, c. 3, S. 6; D. *Reinkingk* (Fn. 26), l. 2, class. 2, c. 9, Nr. 1, S. 834. Vgl. dazu Siegfried *Brie*: Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, in: Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50. Doktorjubiläum, I, Breslau 1905, S. 131-164; J. *Schröder* (Fn. 67), S. 36-38.

⁽⁷²⁾ T. *Hobbes* (Fn. 65), Kap. 14, Nr. 15 (dt. Übers. S. 230).

⁽⁷³⁾ Vgl. zum Ganzen J. *Schröder* (Fn. 67), S. 38 ff.

die stillschweigende Zustimmung der höchsten Gewalt hat » (Struve), « das durch den stillschweigenden, aus langdauernder Sitte erschlossenen Willen des Gesetzgebers eingeführt ist » (Lauterbach), auf der « Duldung des Gesetzgebers » beruht (Schilter) ⁽⁷⁴⁾ usw.

Damit wurde also seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts sowohl das geschriebene Gesetz als auch das Gewohnheitsrecht auf den Willen der gesetzgebenden Gewalt zurückgeführt, und es lag die Schlußfolgerung nahe, daß sich das positive Recht überhaupt nur auf diese Weise bilden kann. In der Tat ziehen zwei führende Vertreter des *Usus modernus*, Struve und Lauterbach diese Konsequenz, indem sie nun das gesamte positive Recht als ein Erzeugnis des staatlichen Gesetzgebers definieren ⁽⁷⁵⁾. In dieser Lehre von den Quellen des positiven Rechts ließ sich die *Aequitas* aber nicht mehr unterbringen, weil sie ja nicht vom staatlichen Gesetzgeber produziert wird. Fügte sich also die *Aequitas* in den « juristischen Pluralismus » des Mittelalters ⁽⁷⁶⁾ und der beginnenden Neuzeit vielleicht noch ein, so war für sie in der absolutistischen Quellenlehre des späten 17. und des 18. Jahrhunderts, welche die (positive) Rechtsbildung beim Gesetzgeber zentralisiert, kein Platz mehr.

Der generelle zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der neuen Lehre und der Eliminierung der *Aequitas* aus den positiven Rechtsquellen ist m.E. so offensichtlich, daß er gar keiner weiteren Belege bedürfte. Er läßt sich aber auch konkret bei den Autoren nachweisen, die zur Rechtsquelleneigenschaft der *Aequitas* Stellung nehmen. Von den Juristen um 1600, die die *Aequitas* als ungeschriebenes Recht oder doch als subsidiäre Rechtsquelle betrachten, legen alle noch die römischrechtlichen Begriffe zu Grunde, und während lediglich Wesenbeck ⁽⁷⁷⁾ und Althusius

⁽⁷⁴⁾ G.A. *Struve* (Fn. 32), Exerc. 2, Nr. 19, S. 55; W.A. *Lauterbach* (Fn. 32), zu D. 1, 3, Nr. 31, S.; Johann *Schilter*: *Praxis iuris Romani in foro Germanico*, ed. altera, I, Jena 1698, Exerc. 2, § 16, S. 34.

⁽⁷⁵⁾ Wie Fn. 68 (es handelt sich um Definitionen von « *jus* » [sic positivum] überhaupt).

⁽⁷⁶⁾ Siehe P. *Grossi* (Fn. 1), S. 223 ff. (« un 'diritto senza Stato' », S. 230).

⁽⁷⁷⁾ M. *Wesenbeck* (Fn. 17), I. 1, t. 3, Nr. 3, S. 11 (lex), aa0 Nr. 8, S. 13 (consuetudo).

(dieser auch nur beim Gewohnheitsrecht) ⁽⁷⁸⁾ deren Anwendbarkeit auf das zeitgenössische Recht bezweifeln, übernehmen Obrecht, Harpprecht, Meier, Reinkingk und der junge Bocer ⁽⁷⁹⁾ noch völlig kritiklos diese von der Verfassungswirklichkeit längst überholten Definitionen. Umgekehrt hält keiner der Autoren, die seit dem zweiten Drittel des 17. Jahrhunderts die Lehre von der Aequitas als ungeschriebenem Recht ausdrücklich bekämpfen, noch ohne Einschränkungen an den römischen Begriffen fest. Vinnius und Strauch gehen zwar noch von ihnen aus, erkennen aber ihre historische Bedingtheit ⁽⁸⁰⁾, und bei Rennemann (in bezug auf den Begriff «lex»), Eckolt und Lyncker finden sich bereits moderne Definitionen ⁽⁸¹⁾. Wenn sie es also auch nicht ausdrücklich sagen, so dürften sich diese Autoren doch darüber im klaren gewesen sein, warum sie die Aequitas jedenfalls im positiven Recht nicht mehr unterbringen konnten.

2. Veränderung des Verhältnisses von Naturrecht und Aequitas.

Der Wandel der Begriffe vom positiven Recht erklärt aber die Eliminierung der Aequitas aus den Rechtsquellen noch nicht vollständig. Ließ sich die Aequitas nicht (mehr) im positiven Recht

⁽⁷⁸⁾ J. Althusius (Fn. 26), l. 1, c. 15, Nr. 21, S. 46. Zu Althusius' Gesetzesbegriff s.o. Fn. 63.

⁽⁷⁹⁾ G. Obrecht (Fn. 25), p. 1, disp. 1, Nr. 58 f., S. 3 (lex); aaO Nr. 106, 110, S. 5 (consuetudo); J. Harpprecht (Fn. 25), l. 1, t. 2, § Lex est, Nr. 4 f., Sp. 111 (lex); aaO § sine scripto, Nr. 1, Sp. 137 (consuetudo); J. Meier (Fn. 25), wie Fn. 63 (lex); zu D 1, 3 Nr. 33 ff., S. 23 (consuetudo; Nr. 35 wieder ein einschränkender Zusatz von Otto Tabor!); D. Reinkingk (Fn. 26), wie Fn. 63 (lex), 71 (consuetudo); H. Bocer: Ad tres priores (Fn. 25), disp. 1, Nr. 17 f., S. 9 (lex); aaO Nr. 27, S. 13 (consuetudo). In einer vermutlich späteren Schrift: De jure non scripto sive consuetudine, in ders.: Disputationum de universo, quo utimur, jure... I, Tübingen 1612, disp. 4, S. 26 ff., Nr. 3, S. 27, verlangt Bocer allerdings die Zustimmung des Gesetzgebers für die Entstehung von Gewohnheitsrecht.

⁽⁸⁰⁾ A. Vinnius (Fn. 28), zu I. 1, 2, 4, pr., S. 13 (lex); zu I. 1, 2, 9, Nr. 2, S. 18 (consuetudo); J. Strauch (Fn. 31), diss. 1, th. 6, S. 8 (lex); aaO th. 9 (consuetudo).

⁽⁸¹⁾ H. Rennemann (Fn. 27), disp. 4, th. 5, b, S. 36 (lex); disp. 9, th. 2, S. 102 und 9, S. 104 (consuetudo); A. Eckolt (Fn. 29), l. 1, t. 3, §§ 6, 7, S. 26 (lex); aaO, § 20, S. 32 (consuetudo); N.C. Lyncker (Fn. 30), l. 1, t. 3, Nr. 3, S. 61 (lex); aaO Nr. 36 f., S. 83 f. (consuetudo).

lokalisieren, so hätte man sie doch immer noch zum Natur- oder Völkerrecht oder wenigstens, wie es schon Vultejus⁽⁸²⁾ vorgeschlagen hatte, als « causa iuris » *neben* das Recht stellen können. Dafür, daß auch das nicht geschah, gibt es nur eine einleuchtende Erklärung: die Verschmelzung der Aequitas mit dem Naturrecht. Wie und warum kommt es zu einer solchen Verschmelzung im späten 17. Jahrhundert?

a) *Das Nebeneinander von Naturrecht und Aequitas bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts.*

aa) Korrektur des Naturrechts durch Aequitas im 16. und frühen 17. Jahrhundert.

Bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts kann von einer Verschmelzung der Aequitas mit dem Naturrecht noch nicht die Rede sein. Aequitas und Naturrecht stehen nebeneinander. Am deutlichsten wird das daran, daß man sogar eine Korrektur des Naturrechts durch die Aequitas für möglich hielt, und daß das noch um 1600 offenbar die herrschende Meinung war: « Fast alle Autoren », berichtet der spanische Spätscholastiker Francisco Suarez 1612 in seinem Traktat « De legibus », « scheinen darin übereinzustimmen, daß das natürliche Gesetz eine Interpretation 'per epikiam' erhalten kann⁽⁸³⁾. Im 16. Jahrhundert vertreten zum Beispiel Juristen wie Connanus und Obrecht und Theologen wie Philipp Melanchthon und Domingo de Soto ausdrücklich diese Ansicht⁽⁸⁴⁾. Sie wird

⁽⁸²⁾ Wie Fn. 21.

⁽⁸³⁾ Francisco Suarez: Tractatus de legibus ac Deo legislatore (1612), lib. 2, cap. 16, Nr. 1 = zweisprachige Ausg. v. Luciano Perena, Madrid 1971 ff., IV (1973), S. 78. Vgl. allgemein zur Naturrechtslehre der spanischen Spätscholastiker: R. Specht: Naturrecht III 4, in: HistWbPhilos. 6 (1984), Sp. 576-582 (m.w.N. 581 f.); Karl-Heinz Ilting: Naturrecht III 4, in: Geschichtliche Grundbegriffe, hrsg. v. O. Brunner, W. Conze u. R. Koselleck, 4 (1978), S. 272 f., sowie die Fn. 99 zitierten Werke.

⁽⁸⁴⁾ F. Connanus (Fn. 22), lib. 1, cap. 11, Nr. 6, S. 57 li. (Anwendbarkeit der Aequitas auf das ius gentium, das Connanus als erlaubendes Naturrecht einordnet); G. Obrecht, wie Fn. 25, th. 123, S. 5; Philipp Melanchthon: Philosophiae moralis epitomes libri duo (1546), lib. 2, « Quid interest inter summum ius et epieikeian » = ders.: Werke, Studienausgabe, hrsg. v. R. Stupperich, III (Hrsg. v. R. Nürnberger) 1961, S. 213; Domingo de Soto (Dominicus Soto): De iustitia et iure libri decem, Salamanca 1556, lib. 1, qu. 5, art. 3, S. 44 li. = zweisprachige Faksimileausgabe, hrsg. v. Venancio

meistens exemplifiziert an dem berühmten, schon in Platons « Staat »⁽⁸⁵⁾ verwendeten Schwertbeispiel: Jemand gibt ein Schwert in Verwahrung; als er es zurückverlangt, ist er wahnsinnig geworden und droht, mit dem Schwert Menschen zu töten. An sich muß der Verwahrer das Schwert zurückgeben (diese Pflicht soll sich offenbar schon aus dem Naturrecht ergeben⁽⁸⁶⁾). Gilt das nun auch im Fall des verrückt gewordenen Deponenten? Das möchte man verneinen, glaubt aber, es nur mit Hilfe der *Aequitas* (im Sinne von *epieikeia*) begründen zu können⁽⁸⁷⁾. Ähnlich löst man das Problem einer Tötung in Notwehr — hier werde das Gebot « Du sollst nicht töten » durch *Aequitas* gemildert⁽⁸⁸⁾.

Das juristisch Unbefriedigende dieser Lösung scheinen allerdings auch die Autoren um 1600 schon gespürt zu haben. So meinen etwa die Theologen Albertus Bolognetus und Gabriel Vazquez, das Naturrecht bedürfe keiner *Aequitas*-Korrektur, da es niemals fehlerhaft sei⁽⁸⁹⁾; nur im positiven menschlichen (unter Umständen auch göttlichen) Recht habe die *Aequitas* ihren Platz. Die Lösung des Schwertfalles und anderer geben diese Autoren aber keine klare Auskunft. Vazquez meint, die naturrechtlichen Vorschriften gälten nur « mit den notwendigen Einschränkungen »⁽⁹⁰⁾,

Diego Carro u. Marcelino Gonzalez Ordenez, Madrid 1967 ff., I (1967), S. 44. Siehe auch die Belegstellen bei F. Suarez, wie vorige Fn., Nr. 1, 2 (IV, S. 78-80). — Ich beschränke mich bei den folgenden Ausführungen zum vorgrotianischen theologischen Naturrecht auf die Werke der Protestanten Melanchthon und Hemmingsen und der Katholiken de Soto, G. Vazquez und Suarez. Diese Auswahl ist m.E. insoweit vertretbar, als es nur um die Hervorhebung gemeinsamer Charakteristika des älteren Naturrechts im Gegensatz zum rationalen Naturrecht seit Hobbes und Pufendorf geht.

⁽⁸⁵⁾ *Platon*: Der Staat, 1. Buch, 331 B.

⁽⁸⁶⁾ P. *Melanchthon* (Fn. 84), lib. 1, « *Divisio virtutum* » (S. 199 f.) folgert sie aus dem 8. Gebot des Dekalogs; F. Suarez (Fn. 83), lib. 2, cap. 19, Nr. 7 (IV, S. 133) rechnet die Pflicht, bestehende Verträge zu halten, zum Naturrecht, die Abschlußvoraussetzungen aber zum Zivil- bzw. Völkerrecht.

⁽⁸⁷⁾ So P. *Melanchthon*, wie vorige Fn., und D. *de Soto*, wie Fn. 84.

⁽⁸⁸⁾ Bei F. Suarez, wie Fn. 83, Nr. 6 (IV, S. 83) als Beispiel für die Notwendigkeit einer « Interpretation » des Naturgesetzes, die er allerdings von der *Aequitas*-Korrektur unterscheidet.

⁽⁸⁹⁾ A. *Bolognetus* (Fn. 39), cap. 31, S. 589 ff.; Gabriel *Vazquez*: *Commentariorum ac Disputationum in primam secundae sancti Thomae tom. 2, complectens quaestiones a nonagesima usque ad finem et super his disputationes CCXXIII*, Lyon 1620, quaest. 99, art. 6, disp. 176, cap. 1, Nr. 3, 4, S. 142.

⁽⁹⁰⁾ Wie vorige Fn.

ohne daß klar würde, wie diese Einschränkungen juristisch zu fassen sind. Francisco Suarez unterscheidet in seiner eigenen Erörterung des Problems die Interpretation von der Aequitas: Eine Interpretation sei auch im Naturrecht möglich. Sie ergebe z.B., daß die Rückgabepflicht bei der Verwahrung und das Tötungsverbot nicht uneingeschränkt gälten ⁽⁹¹⁾. Deshalb bedürfe es einer Anwendung der Aequitas, *epieikeia*, nicht mehr, denn die zu allgemeine Fassung dieser Vorschriften werde ja bereits durch Interpretation korrigiert ⁽⁹²⁾. Diese Lösung ist sicherlich juristisch ansprechender als die von Suarez' Vorgängern, sie konstruiert aber einen Gegensatz zwischen Interpretation und Anwendung der Aequitas, der nach der zeitgenössischen Auffassung nicht besteht. Im übrigen unterscheidet sie sich, da auch sie das Naturrecht für lückenhaft und ergänzungsbedürftig hält, doch nur in Nuancen von der damals herrschenden Meinung.

Es ist deshalb nicht überraschend, daß Hugo Grotius, obwohl er Suarez' Traktat kannte ⁽⁹³⁾, in seiner Abhandlung « *De aequitate, indulgentia et facilitate* » zu der traditionellen Auffassung zurückkehrt. Objekt der Aequitas sind für ihn « selbst die Vorschriften des *ius gentium* und des Naturrechts..., die zwar nicht geschrieben, aber doch allgemein konzipiert sind ». Er demonstriert das wiederum am Schwertbeispiel ⁽⁹⁴⁾, während er die Durchbrechung des Tötungsverbots im Falle der Notwehr dem positiven göttlichen Recht zuordnet ⁽⁹⁵⁾. Grotius' Ansicht findet auch in der Folgezeit noch Anhänger, etwa in den « *Elementa iuris universalis* » des Johannes von Felden ⁽⁹⁶⁾ und noch in Georg Adam Struves Dissertation « *De iure, aequitate et interpretatione iuris* » von 1676 ⁽⁹⁷⁾. Erstmals,

⁽⁹¹⁾ Wie Fn. 88 und Nr. 7 (IV, S. 84) zum Schwertbeispiel.

⁽⁹²⁾ F. Suarez, wie Fn. 83, Nr. 7 (IV, S. 84).

⁽⁹³⁾ S. die Suarez-Zitate in « *De iure belli ac pacis* », I. 1, c. 4, § 15, Nr. 1 (Anm. 4); I. 2, c. 4, § 5, Nr. 2 (Anm. 8); I. 2, c. 14, § 5 (Anm. 2); I. 2, c. 23, § 13, Nr. 2 (Anm. 4).

⁽⁹⁴⁾ H. Grotius (Fn. 40), cap. 1, Nr. 6, S. 38.

⁽⁹⁵⁾ H. Grotius (Fn. 40), cap. 1, Nr. 7, S. 38.

⁽⁹⁶⁾ Johannes von Felden: *Elementa iuris universi et in specie publici Iustiniani*, Frankfurt 1664, pars 1, cap. 9 (nach Ulrich Huber: *Digressiones Justinianae*, 3. Ausg., hrsg. v. Zacharias Huber, Franeker 1696, lib. 1, cap. 6, Nr. 2, S. 14).

⁽⁹⁷⁾ Georg Adam Struve: *De iure, aequitate et interpretatione iuris* (Resp.: Christian Ehrenfried Nicolai), Jena 1676, cap. 5, S. 79 f.; ders. (Fn. 43), Exerc. 2,

soweit ich sehe, greift sie um 1660 der niederländische Jurist Ulrich Huber vehement und mit völlig neuen Argumenten an⁽⁹⁸⁾ und scheint sie damit nach und nach verdrängt zu haben. Aber dieser Meinungsumschwung repräsentiert schon die nächste Entwicklungsstufe.

bb) Die Vorstellungen vom Naturrecht: Strukturelle Unvollständigkeit.

Das Nebeneinander von Naturrecht und Aequitas, wie es in der Lehre des 16. und 17. Jahrhunderts zum Ausdruck kommt, beruht auf der zeitgenössischen Vorstellung, daß das Naturrecht unvollständig und der Ergänzung durch andere Rechtsquellen bedürftig sei. Es handelt sich dabei allerdings nicht um die *materielle* Unvollständigkeit, die das vorgrotianische Naturrecht gleichfalls charakterisiert, nämlich den Ausschluß fast des gesamten Privatrechts, insbesondere der Eigentums- und der Vertragstheorie⁽⁹⁹⁾, denn diese materielle Unvollständigkeit ist durch Grotius weitgehend überwunden worden, ohne daß sich das Verhältnis von Naturrecht und Aequitas geändert hätte. Es handelt sich vielmehr um eine, wie man vielleicht sagen kann, *strukturelle Unvollständigkeit*, d.h. um den fragmentarischen Charakter des Naturrechts auch in den Materien, die es erfaßt. So enthält das Naturrecht selbst nach der Vorstellung des 16./17. Jahrhunderts z.B. nur das Tötungsverbot als solches, nicht auch Regeln über Zurechnung, Rechtfertigungsgründe usw., es enthält nur die Vertragspflicht, etwa zur Rückgabe des Depositum, als solche, nicht auch Regeln über die Umstände,

Nr. 44, Anm. α S. 90. Auch noch Philipp Reinhard *Vitriarius*: *Universum jus civile privatum ad methodum Institutionum Justiniani compositum*, Leiden 1697, lib. 1, tit. 2, Nr. 69, S. 48, unter Berufung auf Grotius und Struve.

⁽⁹⁸⁾ Wie Fn. 96.

⁽⁹⁹⁾ Vgl. dazu etwa Hans *Welzel*: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 98 f., und — noch immer sehr nützlich — Otto Wilhelm *Krause*: *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts. Ihre Bedeutung für die Entwicklung eines natürlichen Privatrechts* (Jur. Diss. Göttingen 1949), Frankfurt am Main 1982, S. 98 ff., 144 ff. und passim. Beide unterscheiden allerdings nicht klar zwischen der materiellen, äußeren und der strukturellen, inneren Vollständigkeit des Naturrechts. Die Vorstellung, bereits Grotius habe die «mittleren Prinzipien» und die «circumstantiae» in das Naturrecht aufgenommen (*Welzel*, S. 124 f.; *Krause*, S. 77 f.), ist gerade nicht richtig. Zutreffend neuerdings James *Gordley*: *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford 1991, S. 123 Anm. 42.

unter denen die Verpflichtung entfällt usw. Daß es in dieser Form nicht sinnvoll angewendet werden konnte, war auch den Autoren des 16./17. Jahrhunderts klar. Es bedurfte also entweder der Herbeiziehung der Aequitas, oder einer positivrechtlichen Ergänzung. Ganz konsequent werden deshalb dieselben Problemfälle, die man im Zusammenhang mit der Aequitas erörtert ⁽¹⁰⁰⁾, auch im Zusammenhang mit der Ergänzung des Naturrechts durch das positive Recht behandelt. So « erklärt » etwa nach Harpprecht das positive Recht das Naturrecht dahingehend daß das Tötungsverbot nicht bei Notwehr gilt ⁽¹⁰¹⁾. Im Naturrecht selbst sind diese Einschränkungen eben nicht enthalten ⁽¹⁰²⁾, es besteht nur aus koordinierten Rechtsfragmenten ohne systematischen Unterbau. Dieselbe Vorstellung prägt die Stellungnahmen zu der Frage, ob das Naturrecht veränderlich ist. Durchweg beharrt man darauf, das Naturrecht sei ewig und nicht (nicht einmal durch Gott) veränderbar ⁽¹⁰³⁾. Das Problem der Ausnahmefälle, wie dem Schwertfall,

⁽¹⁰⁰⁾ Zur Einschränkung des Tötungsverbots (allerdings unklar, ob des natur- oder positivrechtlichen) durch Aequitas im Falle von Notwehr oder Zufall s. etwa F. *Connanus* (Fn. 22), lib. 1, cap. 11, Nr. 2, S. 54; R. *Bachovius ab Echt* (Fn. 17), Nr. 2, S. 69 f.

⁽¹⁰¹⁾ J. *Harpprecht* (Fn. 17), lib. 1, tit. 2, 11 « Sed naturalia », Nr. 3, Sp. 155. Bei Valentin Wilhelm *Forster*: *Interpres, sive de interpretatione iuris libri duo* (1613), in: Everardus Otto (Hrsg.): *Thesaurus iuris Romani*, II, Leiden 1726, Sp. 945 ff., lib. 2, cap. 3, Nr. 20 (Sp. 1033) erscheint die Notwehr als eine Einschränkung des positivrechtlichen Tötungsverbots aus der Aequitas. Vgl. auch Melchior *Kling*: *In quatuor libros Institutionum iuris principis Iustiniani enarrationes* (erstmalig 1542), Lyon 1557, lib. 1, tit. 1 « De iure civili », Nr. 26, S. 13 (Ausschließung des Tötungsverbots bei Gebannten).

⁽¹⁰²⁾ Oder nur als weitere *koordinierte* Regel (nicht als der Regel subordinierte Ausnahme), etwa das Recht zur Selbstverteidigung neben dem Tötungsverbot, s. z.B. die Zusammenstellung bei M. *Kling* (Fn. 101), lib. 1, tit. 1 « De iustitia et iure », Nr. 13, S. 4. Nach P. *Melancthon*, wie folgende Fn., kollidieren auch im Schwertbeispiel zwei Gebote, nämlich die Pflicht zur Vertragstreue und die Pflicht, andere nicht zu verletzen.

⁽¹⁰³⁾ S. etwa von Juristen M. *Kling*, wie Fn. 101; M. *Wesenbeck* (Fn. 17), lib. 1, tit. 1, Nr. 15, S. 7; A. *Vinnius* (Fn. 28), zu lib. 1, tit. 2, 11 « Sed naturalia... », Nr. 2, S. 21. Von Theologen: P. *Melancthon* (Fn. 84), lib. 2, « Estne ius naturae semper immutabile? », S. 210 f. (allerdings soll es auch eine Gruppe von Vorschriften geben, die veränderlich sind, wie etwa das Zinsverbot); Nicolaus *Hemmingius*: *De lege naturae apodictica methodus*, Wittenberg 1564, fol. O 6r/v (nicht mehr foliiert): nur « in specie » sind die Naturrechtsvorschriften veränderlich, nicht « in genere »; D. *de Soto* (Fn. 84), lib. 1, qu. 4, art. 5, S. 36 r. Sp. (die « prima principia » sind unveränderlich);

Notwehrfall usw. bewältigt man mit dem Lehrsatz, daß auch hier die naturrechtliche Regel weitergelte, nur im einzelnen Fall die « Materie » sich verändere ⁽¹⁰⁴⁾. So meint noch Grotius: Das Naturrecht ist unveränderlich. « Wenn also der Gläubiger erhalten hat, was ich ihm schulde, dann muß ich nicht mehr zahlen, aber nicht, weil das Naturrecht aufgehört hat vorzuschreiben, daß ich bezahlen soll, was ich schulde, sondern weil das, was ich schuldete, aufgehört hat, geschuldet zu sein » ⁽¹⁰⁵⁾. Heute würden wir genau das sagen, was Grotius bestreitet: Die (naturrechtliche) Vorschrift oder Regel gilt hier wirklich nicht mehr, weil sie durch die weitere Regel, daß Schulden durch Erfüllung erlöschen, modifiziert wird. Aber Grotius kennt eine solche modifizierende Regel noch nicht. Für ihn gibt es nur die eine Regel und den unter Umständen besonders zu behandelnden Fall; unter der allgemeinen Regel steht direkt der Fall und nicht ein System von weiteren ergänzenden und modifizierenden Regeln. Daher kann die Lösung des Falles nur jenseits des Naturrechts, mittels Aequitas oder positivem Recht erfolgen.

Diese Unvollkommenheit des Naturrechts berührt zunächst merkwürdig in einer Zeit, die sich das ganze Recht noch fest in der göttlichen Weltordnung verankert denkt. Man muß sich aber klarmachen, daß es im 16. und frühen 17. Jahrhundert auch gar keine scharfe Abgrenzung zwischen göttlich-natürlichem Recht einerseits und menschlichem Recht andererseits gibt. Für die Autoren des 16. und frühen 17. Jahrhunderts ist das positive Recht selbst Naturrecht ⁽¹⁰⁶⁾, dessen letzte und « ausgeformteste

G. Vazquez (Fn. 89), qu. 94, art. 5, Nr. 10/11, S. 26 f. (nur die « *secundaria praecepta* » sind veränderlich, aber das Tötungsverbot kann nicht einmal Gott aufheben); F. Suarez (Fn. 83), lib. 2, cap. 13, Nr. 2 (IV, S. 4); Hugo Grotius: *De iure belli ac pacis* (1625), lib. 1, cap. 1, § 10, Nr. 5 (hrsg. v. B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Leiden 1939, Ndr. mit Anm. v. R. Feenstra u.a. Aalen 1993, S. 35).

⁽¹⁰⁴⁾ D. de Soto, wie vorige Fn. (« *mutatio haec non tam in lege fit, quam in rebus ipsis* »); G. Vazquez, wie vorige Fn. (« *nec enim praeceptum naturale referri debet ad materiam absolute consideratam, sed cum talibus circumstantiis* », wie etwa der Notwehr); F. Suarez (Fn. 83), lib. 2, cap. 13, Nr. 6-9 (IV, S. 9-12).

⁽¹⁰⁵⁾ Hugo Grotius (Fn. 103), lib. 1, cap. 1, § 10, Nr. 6 (S. 36): « *si creditor quod ei debeo acceptum ferat, iam solvere non teneor, non quia ius naturae desierit praecipere solvendum quod debeo, sed quia quod debebam deberi desiit* ».

⁽¹⁰⁶⁾ S. etwa N. Hemmingius (Fn. 103), fol. O 8v/ P 1r., wonach sogar

Stufe »⁽¹⁰⁷⁾, vom Naturrecht abgeleitet⁽¹⁰⁸⁾ usw. Auch der positive Gesetzgeber darf nicht vom Naturrecht abweichen: ein naturrechtswidriges positives Gesetz ist ungerecht, es ist überhaupt kein Gesetz⁽¹⁰⁹⁾ (ob der Adressat gleichwohl der Obrigkeit und ihrem naturrechtswidrigen Gesetz gehorchen muß, ist allerdings eine andere Frage⁽¹¹⁰⁾). Der formale Pluralismus der Rechtsquellen — Gott (natürliches und positives göttliches Recht), Volk (Gewohnheitsrecht), menschliches Gesetzgebungsorgan (Gesetz), Aequitas — ruht also materiell in einer Einheit, weil alle diese Rechtsquellen nur unterschiedliche Erscheinungsformen des immer gleichen, von Gott dem menschlichen Geist eingepflanzten Naturrechts darstellen. Die Substanz des gesamten Rechts ist göttlich-natürlich, das göttliche Naturrecht sozusagen das Dach, unter dem die gesamte Rechtsordnung lebt. Daß unter diesen Voraussetzungen die Aequitas als ergänzende Rechtsquelle betrachtet und nicht scharf von den positiven Rechtsquellen, die ja gleichfalls materiell

positivrechtliche Gebote in dem vom Naturrecht freigelassenen Bereich im weiteren Sinne zum Naturrecht gehören sollen.

⁽¹⁰⁷⁾ S. Ulrich *Zasius*: In titulos aliquot Digesti veteris commentaria, zu D. 1, 1, 1 § «Huius studii», Nr. 41: «Coll. per summam, ius naturale intendi quibusdam gradibus... Et si addas quintum, est formatissimum, scilicet Ius civile, quod praecise et perfecte est forma iustitiae» (= Opera [Fn. 12], I, Lyon 1550, S. 128).

⁽¹⁰⁸⁾ P. *Melanchthon* (Fn. 84), lib. 1, «Estne concessus usus...»: «Consentit autem philosophia cum legibus magistratuum, quia utrumque genus oritur ex lege naturae» (S. 159); D. *de Soto* (Fn. 84), lib. 1, quaest. 5, art. 2, S. 40: «Omnis lex humanitas posita, si recte est, a lege naturae derivatur»; G. *Vazquez* (Fn. 89), q. 95, art. 2, Nr. 39, S. 40; F. *Suarez* (Fn. 83), lib. 1, cap. 3, Nr. 17 (primordialiter omnis lex humana derivatur aliquo modo a lege aeterna... »).

⁽¹⁰⁹⁾ P. *Melanchthon* (Fn. 84), lib. 2, «Rectene Bonifacius VIII...»: «circumscribenda est potestas magistratuum, quod scilicet non habeant auctoritatem praeciendi aliquid contra ius naturae» (S. 256); N. *Hemmingius* (Fn. 103), fol. A 6r, O 6r (z.B. ein Gebot von Verwandtenehen ist nichtig, die ihm folgen, werden vom Naturrecht verdammt); D. *de Soto* (Fn. 84), lib. 2, qu. 3, art. 3, S. 25; lib. 3, qu. 1, art. 2, S. 195 («Nam si quid contra ius naturae constituat, nunquam vim legis obtinebit»); G. *Vazquez* (Fn. 89), disp. 154, c. 3, Nr. 15, S. 41 [zu qu.95, art. 2]; F. *Suarez* (83), lib. 2, cap. 14, Nr. 8: «Nulla potestas humana, etiamsi pontificia sit, potest proprium aliquod praeceptum legis naturalis abrogare...» (IV, S. 24). S. auch die Stufenfolge der Rechtsquellen bei H. *Vultejus* (Fn. 20).

⁽¹¹⁰⁾ S. etwa O. W. *Krause* (Fn. 99), S. 20 (zu Connanus).

Naturrecht darstellen sollten, unterschieden wurde, ist leicht verständlich.

Die strukturelle Unvollständigkeit des Naturrechts, seine Abhängigkeit von weiteren Instrumenten, die es im Einzelfall erst verwendbar machen, erklärt schließlich auch die wissenschaftstheoretische Einordnung der Rechtslehre und Ethik (zwischen denen nicht unterschieden wird) im 16. Jahrhundert. Wissenschaft war nach der überkommenen aristotelischen Wissenschaftslehre nur möglich von dem, was notwendigerweise, immer und überall gilt⁽¹¹¹⁾. Das traf auf die fragmentarischen Vorschriften des Naturrechts nach der Zeitauffassung zwar zu. Es galt aber nicht vom Recht (oder der Ethik) insgesamt, denn es ließ sich eben nicht jeder Einzelfall ohne weiteres mit den naturrechtlichen Regeln erfassen. Der Einzelfall, die einzelne Handlung konnte besondere Umstände aufweisen, die dem Naturrecht erst durch *Aequitas* oder durch das positive Recht angepaßt werden mußten. Diese besonderen Umstände des einzelnen Falles oder das positive Recht waren aber nicht « notwendig », weil sie nicht überall und jederzeit gleich blieben, sie waren also « kontingent ». Aus diesem Grund hatte schon Aristoteles der Ethik und Rechtslehre den Wissenschaftscharakter abgesprochen: man müsse « sich also damit bescheiden, bei einem solchen Thema und bei solchen Prämissen die Wahrheit nur grob und umrißhaft anzudeuten »⁽¹¹²⁾, es könne « die sittliche Einsicht nicht wissenschaftliche Erkenntnis sein... weil das Gebiet des Handelns veränderlich ist »⁽¹¹³⁾. Ergänzt man « das Gebiet des Handelns » um « das Gebiet der positiven Gesetze », wie es ein Aristoteles-Kommentar aus dem 16. Jahrhundert tut⁽¹¹⁴⁾, dann

(111) *Aristoteles* (Fn. 9), VI, 3; 1139 b: « Der Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis hat also den Charakter der Notwendigkeit. Das heißt, er ist ewig. »

(112) *Aristoteles* (Fn. 9), I, 1; 1094 b.

(113) *Aristoteles* (Fn. 9), VI, 5; 1140 b.

(114) *Aristotelis Stagiritae peripateticorum principis Ethicorum ad Nicomachum libri decem, Ioanne Argyropylo Byzantino interprete... cum Donati Acciaïoli Florentini... commentariis*, Lyon 1554, zu lib. 1, cap. 3, S. 14: keine demonstrative Methode bei Disziplinen, die abgeleitet werden « a causis contingentibus ut sunt actiones humanae »; S. 15: die Ethik beschäftigt sich mit Dingen, « quae non constant natura, ut sint eadem apud omnes, sed lege et constitutione quae est varia apud diversas nationes et civitates, ut patet ».

hat man die noch um und nach 1600 herrschende Auffassung: Ethik und Recht sind keine Wissenschaft, sondern eine auf das Handeln gerichtete « Prudentia »⁽¹¹⁵⁾. Sie können deshalb auch nicht nach der streng wissenschaftlich-beweisenden, demonstrativen — im Sprachgebrauch der Zeit « synthetischen » - Methode dargestellt werden⁽¹¹⁶⁾. Man darf sich nicht dadurch täuschen lassen, daß es schon im 16. Jahrhundert erste Versuche einer demonstrativen Behandlung des Naturrechts durch Melanchthon und Niels Hemmingsen gegeben hat⁽¹¹⁷⁾. Denn diese Darstellungen beanspruchten im Grunde nicht mehr, als einige oberste Grundsätze des Naturrechts wissenschaftlich zu beweisen; von synthetischen, demonstrativen Systemen des gesamten Rechts kann keine Rede sein. Bis etwa zur Mitte des 17. Jahrhunderts blieb es dabei, daß es von Recht und Ethik als ganzem kein Wissenschaft geben konnte, weil ihr Gegenstand « kontingent » war, sich nicht vollständig durch immer gleiche Regeln erfassen ließ.

b) Die Verschmelzung von Naturrecht und Aequitas seit dem späten 17. Jahrhundert.

aa) Die neuen Vorstellungen vom Naturrecht: Wissenschaftlichkeit und strukturelle Vollständigkeit.

In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts setzt sich bekannt-

⁽¹¹⁵⁾ H. Grotius (Fn. 103), lib. 2, cap. 23, § 1, pr. (S. 566): « Verissimum est quod scripsit Aristoteles (sc. Nik. Eth. I, 1) in moralibus non aequae, ut in mathematicis disciplinis certitudinem inveniri ». Vgl. auch etwa D. de Soto (Fn. 84), lib. 1, qu. 4, art. 4, S. 35 li. Sp. (« In ratione autem practica, quia ex necessariis principiis discurrit ad contingentia in quibus actiones humanae consistunt, necesse est, quandoque defectus contingere »).

⁽¹¹⁶⁾ Jacobus Zabarella: De methodis libri IV (erstmalig 1578), in ders.: Opera logica, 3. Ausg., Köln 1597, lib. 2, cap. 6, S. 180 (operative Disziplinen wie die Moralphilosophie sind nicht nach der demonstrativen « synthetischen » Methode zu behandeln); Bartholomaeus Keckermann: Systema Logicae, 2. Ausg., Hanau 1603, lib. 3, tract. 2, S. 591 f., 593 f.; Johann Heinrich Alsted: Logicae systema harmonicum, Herborn 1614, S. 2, 5, 498; Christophorus Scheibler: Opus logicum, neue Ausg., Marburg 1634, S. 10 ff., 33, 809 f.; auch noch Kilian Rudrauffius: Commentarioli vel instituti ones majores Logicae, Gießen 1675, S. 347.

⁽¹¹⁷⁾ P. Melanchthon (Fn. 84), lib. 1, « Quid interest inter Philosophiam et Evangelium? » (S. 158): « et in philosophia morali sunt certa principia practica, et hinc nascuntur firmae demonstrationes »; N. Hemmingius (Fn. 103), fol. Br.

lich durch Thomas Hobbes und Samuel Pufendorf eine neue Naturrechtslehre durch, die das (Natur-) Recht als wissenschaftliche und in streng beweisender, demonstrativer Methode darstellbare Disziplin ansieht. Diese Vorstellung bleibt dann in Deutschland durch Christian Wolff und die von ihm beeinflussten Juristen wie Darjes, Nettelblatt und Achenwall bis zum Ende des 18. Jahrhunderts herrschend ⁽¹¹⁸⁾. Mit ihr war notwendigerweise auch ein neues Bild vom Inhalt des (Natur-)Rechts verbunden. Wenn das ganze Recht eine Wissenschaft sein sollte, dann konnte sein Schwerpunkt nicht mehr beim Einzelfall und den positivrechtlichen Spezialgesetzen liegen, sondern die allgemeine Rechtslehre selbst mußte strukturell vollständig, umfassend in Regeln oder Prinzipien erfaßbar sein. Pufendorfs Vorrede zu seinem ersten naturrechtlichen Versuch, den « *Elementa jurisprudentiae universalis* » macht den neuen Standpunkt deutlich. Bisher sei, so sagt er, « die Wissenschaft des Rechts und des *aequum*, die nicht nur in den Gesetzen eines Staates besteht... nicht so gepflegt worden », wie es sich gehöre. « Zu den Hauptursachen... scheint es zu zählen, daß fast bei allen Gebildeten sich die Überzeugung festgesetzt hat, den moralischen Dingen fehle von Natur aus eine feste Bestimmtheit und das, was man über sie wissen kann, stehe nur aufgrund wahrscheinlicher Überzeugung fest » ⁽¹¹⁹⁾. Man müsse aber als Gegenstand des Rechts nicht die kontingenten einzelnen Handlungen, sondern « *ein Prinzip* oder allgemeinen Ausspruch » betrachten. Natürlich wäre es lächerlich, « wenn jemand in irgendeiner Lehre demonstrieren wollte, z.B. daß Sejus hier und jetzt stiehlt oder Titius räubert ». Aber niemand wird « zu verneinen wagen,

⁽¹¹⁸⁾ Als Wissenschaft betrachten die Naturrechtslehre etwa Christian Wolff: *De iurisprudentia civili in formam demonstrativam redigenda*, in ders.: *Horae subsecivae Marburgenses anni MDCCXXX...*, Trimestre Brumale, Frankfurt und Leipzig 1731, S. 84-150 (84 f.), Immanuel Kant: *Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen*, 1.Tl.: *Rechtslehre*, Königsberg 1797, S. 31.

⁽¹¹⁹⁾ Samuel Pufendorf: *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II* (1660), Frankfurt und Jena 1680, fol. (5)r: « Scientiam juris et aequi, quae non unius civitatis legibus absolvitur... pro eo, ac ipsius necessitas et dignitas postulabat, non usque adeo excultam hactenus dedere. Inter ejus rei praecipuas causas et haec videtur fuisse, quod communis fere eruditus sederit persuasio, firmam atque fallere nesciam certitudinem rebus moralibus per naturam suam deesse ».

daß — wenn wir einmal setzen, daß Sejus stiehlt, Titius räubert — demonstriert werden kann, daß diese gegen das Naturgesetz sündigen, so daß man in dieser Sache nicht weniger gewiß ist, als » in anderen « Disziplinen, die nach dem Bekenntnis aller sich der Sicherheit von Wissenschaften erfreuen » (¹²⁰). Man muß diese Sätze richtig betrachten, um das entscheidend Neue herauszulesen: es liegt nicht in der — auch vorher niemals bestrittenen — Aussage, daß Wissenschaft es mit sicheren Regeln und Prinzipien zu tun hat und daß es auch im Recht solche Prinzipien gibt; es liegt vielmehr in der stillschweigenden Voraussetzung, daß *das ganze Recht* von solchen Regeln und Prinzipien bestimmt ist. Damit verschiebt Pufendorf unter der Hand den (Natur-)Rechtsbegriff: das Naturrecht erscheint nicht mehr als fragmentarische, sondern als strukturell vollständige allgemeine (natürliche) Rechtslehre.

Gerade diese viel größere strukturelle Vollständigkeit unterscheidet Pufendorfs späteres Hauptwerk «*De jure naturae et gentium*» auch vor allem von Grotius' Naturrecht. Schon in der Vorrede bemerkt Pufendorf, daß der von ihm hochgeschätzte Grotius doch « nicht wenig ganz übergangen, anderes mit leichter Hand behandelt habe » (¹²¹). Eine Reihe von Fällen, die Grotius und seine Zeitgenossen noch nicht systematisch in Regeln zu bringen wußten und der Aequitas oder dem positiven Recht zugewiesen

(¹²⁰) S. Pufendorf (Fn. 119), fol. (5)v und f.: « ... revera... *subjectum demonstrationis* notat effatum seu propositionem..., quae demonstranda est, i.e. in qua necessaria praedicari (praedicati?) cum subjecto connexio ostendenda est *per principium* ali-quod... » (Hervorhebung im Original). « Adeoque quemadmodum ridiculum foret, si quis in disciplina aliqua demonstrare velit, v.g. Sejum heic et nunc furari, Titium latrocinari; Ita nemo cordatus negare ausit, quin, ubi ponamus Sejum furari, Titium latrocinari, possit demonstrari, eosdem in legem naturae peccare: saltem ut quis ea de re non minus certus sit, ac de eo, quod in disciplinis, omnium confessione scientiarum certitudine gaudentibus, ad nauseam inculcatur... ». S. zu der Stelle auch Wolfgang Röd: *Geometrischer Geist und Naturrecht*, München 1970, S. 83, aber ohne klare Abgrenzung zu der vor-Pufendorfschen Auffassung. J. Gordley (Fn. 99), S. 128 f. spielt m.E. den Zusammenhang zwischen der demonstrativen Methode und der (strukturellen) Vollständigkeit des Systems zu sehr herunter.

(¹²¹) Samuel Pufendorf: *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), mit Anm. von Johann Nicolaus Hert, neue Ausg., Frankfurt am Main 1716, fol. 2v: « fatendum tamen est, non pauca ab ipso (sc. Grotius) plane esse praeterita, quaedam levi duntaxat brachio tractata ».

hatten, wird jetzt von Pufendorf als unter einer — die naturrechtlichen Elementarvorschriften modifizierenden oder aufhebenden — Regel stehend erkannt. Hatte noch Grotius gemeint, das Prinzip «Zahle deine Schulden» gelte uneingeschränkt, so erkennt nun Pufendorf, daß es auch Regeln für die Aufhebung von Verbindlichkeiten durch Erfüllung gibt und nimmt in sein Werk ein entsprechendes Kapitel auf ⁽¹²²⁾. Damit wies Pufendorf übrigens auch den Weg zu einer systematischen Lösung des Schwertbeispiels: bei genauerem Durchdenken der Erfüllungsvoraussetzungen mußte man darauf stoßen, daß die Erfüllung auch Zurechnungsfähigkeit (modern gesprochen «Empfangszuständigkeit» des Gläubigers erfordert, und konsequenterweise der Schuldner nicht verpflichtet sein kann, ohne Erfüllungswirkung an einen Geisteskranken zu leisten. Pufendorf sieht auch, daß die Haftung für gewisse Schäden schon mangels Zurechenbarkeit ausgeschlossen ist, nicht erst aufgrund der Aequitas, wie frühere Autoren gemeint hatten, und legt in einem besonderen Kapitel die Regeln für die Zurechnung (Imputation) dar ⁽¹²³⁾; er bringt die Notwehr, die bis dahin vielfach nur als eine Einzelfall-Ausnahme vom Tötungsverbot verstanden worden war, wiederum in einem selbständigen Kapitel auf Regeln ⁽¹²⁴⁾ usw.

Die Naturrechtslehre nach Pufendorf ist dann bekanntlich in diesem inneren (allerdings auch äußeren) Ausbau des Naturrechts noch erheblich weiter fortgeschritten. Aber schon seit Hobbes und Pufendorf erheben die Naturrechtler den Anspruch auf Vollständigkeit, wie sich schon daraus ergibt, daß sie das Naturrecht nun als subsidiäre Rechtsquelle betrachten ⁽¹²⁵⁾ — eine Vorstellung, die

⁽¹²²⁾ S. *Pufendorf* (Fn. 121), lib. 5, cap. 11, S. 739 ff.

⁽¹²³⁾ S. *Pufendorf* (Fn. 121), lib. 1, cap. 5, §§ 4 ff., cap. 9.

⁽¹²⁴⁾ S. *Pufendorf* (Fn. 121), lib. 2, cap. 5.

⁽¹²⁵⁾ T. *Hobbes* (Fn. 65), Kap. 14, Nr. 14; Gottfried Wilhelm *Leibniz*: *Nova methodus docendae discendaeque iurisprudentiae* (1667), Leipzig und Halle 1748, p. 2, § 71, S. 101; S. *Pufendorf* (Fn. 121), lib. 8, cap. 1, S. 1077. Später etwa auch: Justus Henning *Böhmer*: *Introductio in jus publicum universale*, p. 1, cap. 4, § 2, S. 93; Adam Friedrich *Glafey*: *Grund-Sätze der bürgerlichen Rechts-Gelehrsamkeit*, Leipzig 1720, S. 9, 51 f.; Wiguläus Aloys Xaver v. *Kreittmayr*: *Anmerkungen über den Codicem Maximilianicum Bavaricum Civilem*, I (1758), neue Ausg. München 1821, zu 1, 2, § 4 Nr. 15 (S. 39 f.); und noch um 1800: Anton Friedrich Justus *Thibaut*: *Juristische*

im alten fragmentarischen Naturrecht, das ja seinerseits der Ergänzung durch Aequitas und positives Recht bedurfte, undenkbar gewesen wäre. Das Bild des Naturrechts hat sich fundamental geändert: Es ist einerseits zu einem kompletten, aus sich heraus anwendbaren Rechtssystem *neben* dem positiven Recht geworden und besteht nicht mehr nur aus wenigen Prinzipien. Es tritt aber andererseits gegenüber dem positiven Recht, dessen Rechtfertigung im Willen des menschlichen Gesetzgebers liegt, mehr und mehr zurück: bei Widersprüchen hat das positive Recht den Vorrang! ⁽¹²⁶⁾

bb) Das Verhältnis von Naturrecht und Aequitas.

Damit mußte sich auch das Verhältnis von Naturrecht und Aequitas ändern. Wenn das vernunftmäßig erschlossene Naturrecht vollständig war und für jeden Fall eine Regel bereit hielt, dann bedurfte es keiner Aequitas-Korrektur. In einem temperamentvollen Angriff auf Johannes von Felden, aber auch auf Grotius, hat der niederländische Jurist Ulrich Huber etwa gleichzeitig mit dem Erscheinen von Pufendorfs «*Elementa*» diese Konsequenz gezogen. Niemals könne die Aequitas das Naturrecht korrigieren, denn das ganze Naturrecht sei «*bonum und aequum*». Wenn man dagegen das Schwertbeispiel anführe, dann sei zu sagen, daß es «*dasselbe Naturrecht* ist, das es verbietet, dem Wahnsinnigen zu

Encyclopädie und Methodologie, Altona 1797, S. 11; Gottlieb *Hufeland*: Abriss der Wissenschaftskunde und Methodologie der Rechtsgelehrsamkeit, Jena 1797, S. 13; Christian Friedrich *Glück*: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 1. Teil, 2. Ausg., Erlangen 1797, § 81, S. 424 f.; Paul Johann Anselm *Feuerbach*: Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft (1804), in Klaus Lüderssen (Hrsg.): Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1968, S. 92 f.

⁽¹²⁶⁾ T. *Hobbes* (Fn. 65), Kap. 14, Nr. 10. S. dazu Michael *Plobmann*: Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797), Berlin 1992, S. 76 ff.; Jan *Schröder*: «*Naturrecht bricht positives Recht*» in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift z. 65. Geb. von Paul Mikat, hrsg. v. D. Schwab u.a., Berlin 1989, S. 419 ff. (422). Weitere, mir damals noch fehlende, Belege finden sich bei Adam Friedrich *Glafey*: Recht der Vernunft, 2. Aufl. Frankfurt und Leipzig 1732, §§ 68, 70, S. 736 f.; C.F. *Hommel* (Fn. 131), cap. 6, S. 26 f.; Gottlieb *Hufeland*: Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts, I, Gießen 1808, S. 29: «*Alle gültigen positiven Gesetze gehen den natürlichen vor*».

seinem und anderer Verderben das Schwert auszuhändigen, das vorher geboten hat, es ihm zurückzugeben »⁽¹²⁷⁾. Auch für diesen Fall enthält das Naturrecht eine Regel und ist nicht — wie Johannes von Felden meinte — darauf angewiesen, seine Regeln für die akzidentellen Umstände des Einzelfalles von der Aequitas abändern zu lassen. « Wir wissen, daß das eigentliche Naturrecht eine moralische Notwendigkeit enthält, zu tun, was rechtmäßig ist und das Gegenteil zu fliehen, und daß es deshalb unveränderlich ist, so daß es nicht einmal von Gott verändert werden kann. *Aber das Naturrecht hat sozusagen unendlich viele Vorschriften wegen der Unendlichkeit der Umstände und Gegenstände*, und diese Unterschiedlichkeit der Vorschriften tritt oft bei denselben Gegenständen, wenn sie sich ändern, ins Licht »⁽¹²⁸⁾. Das Naturrecht ist also nach Huber nicht mehr lückenhaft, sondern es hat (vielleicht noch zum Teil, mangels Anschauung, unerkannte) Regeln für alles. Der neu auftretende, scheinbar « regelwidrige » Spezialfall ist dann keine singuläre Ausnahme mehr, die man durch Aequitas bewältigen müßte, sondern er macht nur die Existenz einer weiteren modifizierenden Naturrechtsregel deutlich.

Wie unbestreitbar einerseits, aber andererseits auch noch der Hervorhebung bedürftig für die neue Naturrechtler-Generation diese Einstellung zur Aequitas war, wird gerade bei Pufendorf und seinen Kommentatoren deutlich. Im großen Naturrecht von 1672 heißt es kurz, daß die Aequitas im Naturrecht keinen Platz habe und Johann Nikolaus Hert schreibt dazu: « Richtig, denn die Aequitas ist das Naturrecht selbst, und wird nur unter dem Gesichtspunkt des positiven Rechts so genannt »⁽¹²⁹⁾. In « *De officio hominis et civis* » von 1673 fehlt zwar ein solcher Hinweis,

⁽¹²⁷⁾ U. Huber (Fn. 96), lib. 1, cap. 6, Nr. 3, S. 14: « *Idem Jus est Naturae, quod dictat rabido in suam aliorumque perniciem ferrum esse negandum, quod prius reddi jusserat* » (Hervorhebung von mir).

⁽¹²⁸⁾ U. Huber, wie vorige Fn.: « *Scimus Naturae Jus proprie dictum continere moralem necessitatem faciendi quae recta sunt, contraria fugiendi, ideoque esse immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat. Sed habet Jus Naturae infinita, ut sic loquar, praecepta, ob infinitatem circumstantiarum et objectorum, quae diversitas praeceptionum saepe in iisdem objectis, quando mutantur, elucet* » (Hervorhebung von mir).

⁽¹²⁹⁾ S. Pufendorf (Fn. 121), lib. 5, cap. 12, § 21, S. 775, und dazu Anm. a) von

aber später merkt Jean Barbeyrac ausdrücklich an, daß « die Naturgesetze als solche keiner Interpretation bedürfen »⁽¹³⁰⁾, und erklärt Gerschom Carmichael, die *epieikeia* habe « in den natürlichen Gesetzen keinen Ort... weil diese jenes *Aequum* und *bonum* wirklich in sich enthalten, woraus für andere Gesetze eine passende Interpretation genommen wird »⁽¹³¹⁾.

Das Ergebnis der Umformung des Naturrechts zu einem strukturell vollständigen Universalrecht war also, daß das Naturrecht die *Aequitas* (als *epieikeia*) gewissermaßen aufzog und diese nur in ihrer besonderen Funktion als Instrument zur Korrektur des geschriebenen Rechts vielleicht noch den alten Namen beibehielt. Das zeigt sich auch bei den späteren deutschen Naturrechtlern, soweit sie die *Aequitas* überhaupt noch behandeln. Nach der Ansicht von Christian Thomasius in der späteren seiner zwei Dissertationen über die « *Aequitas cerebrina* », liegt das Prinzip (*ratio*) der wahren *Aequitas* darin, « daß wir anderen dasselbe zugestehen, was wir nicht zu Unrecht verlangen, das uns zugestanden werde, und daß wir einem anderen nicht tun, was wir mit Grund nicht wollen, das uns geschieht »⁽¹³²⁾. Das Prinzip der *Aequitas* entspricht also der « Goldenen Regel », diese ist aber nach Thomasius gerade auch das

Hert, S. 776: « Recte. Est enim aequitas jus naturale ipsum, et aspectu juris positivi ita dicitur. »

⁽¹³⁰⁾ Samuel *Pufendorf*: *De officio hominis et civis secundum legem naturalem* (1673), lib. 1, c. 2., § 10, dazu Anm. (1) von Jean *Barbeyrac* (= Ausg. v. Christian Friedrich Ayrmann, Frankfurt und Leipzig 1758, S. 64 f.): « *leges naturales* in seipsis nullius interpretationis indigeant ».

⁽¹³¹⁾ S. *Pufendorf*, wie vorige Fn., und dazu Anm. (1) von Gerschom *Carmichael* (= Ausgabe Basel 1739, S. 49): Daß die *Aequitas* « in *Legibus naturalibus* locum habere, recte negat *Suaresius*... eo quod hae illud *Aequum Bonumque* in se actu contineant, a quo aliarum legum commoda interpretatio petitur ». Der Hinweis auf *Suarez* ist allerdings nicht ganz zutreffend, da dieser ja eine Interpretation des Naturrechts noch zuläßt, s.o. zu Fn. 91, 92.

⁽¹³²⁾ Christian *Thomasius*: *De aequitate cerebrina et exiguo usu practico legis Anastasianae* (Resp. Christoph Heinrich Vorhoff), Halle 1717, § 3, S. 7: « *Omnis enim verae aequitatis ratio* in eo fundatur, ut eadem aliis concedamus, quae concedi nobis non injuste postulamus, nec faciamus alteri, quae nobis fieri cum *ratione* nolumus ». In der ersten Dissertation zum Thema (s.o. Fn. 43), entwickelt Thomasius in §§ 2, 3 (S. 2 f.) verschiedene *Aequitas*-Begriffe, nimmt aber auch hier keinen Unterschied zwischen Naturrecht und (juristischer) *Aequitas* an, da er die dem « *justum* » entgegengesetzte *Aequitas* (§ 2, S. 2 f.) für unerzwingbar hält.

Prinzip des Naturrechts⁽¹³³⁾. Christian Wolff erörtert im sechsten Band seines « *Ius Naturae* » das alte Lehrstück von der einschränkenden Interpretation durch « *Aequitas* », aber bezeichnenderweise vermeidet er das Wort völlig und spricht nur von « *lex naturae* » und « *ratio naturalis* »⁽¹³⁴⁾. Einen gewissen Abschluß der Entwicklung stellen zwei Dissertationen aus der Mitte des 18. Jahrhunderts dar. In der einen, selten zitierten, des Rostocker Professors Ernst Johannes Friedrich Mantzel von 1741 bekennt der Respondent — oder vielleicht Mantzel selbst — er verstehe nicht, weshalb immer vom Konflikt zwischen *Aequitas* und Recht gesprochen werde; Recht und *Aequitas* seien doch identisch⁽¹³⁵⁾. Ein alter Jurist, dessen Namen er nicht nennen wolle, um ihn nicht bloßzustellen, habe zwar behauptet, die *Aequitas* spiele z.B. eine Rolle beim Tötungsverbot und habe den Effekt, daß die zufällige Tötung straflos sei. Aber « wer wird denn glauben, daß jemals zufällige Tötungen nur aufgrund der *Aequitas* von Strafe freigestellt werden? »⁽¹³⁶⁾. Die zweite Dissertation, eine bekannte Abhandlung Carl Ferdinand Hommels von 1751⁽¹³⁷⁾, definiert *Aequitas* als eine Geisteshaltung, « durch die wir das geschriebene Gesetz so interpretieren, daß es so wenig wie möglich vom Naturrecht abweicht »⁽¹³⁸⁾. Auch hier sind also *Aequitas* und Naturrecht dem Inhalt nach dasselbe. Hommel geht in der Ablehnung von *Aequitas*/Naturrecht al-

⁽¹³³⁾ Christian *Thomasius*: *Institutiones jurisprudentiae divinae libri tres* (1688), 7. Ausg. Halle 1730, lib. 2, cap. 3, § 21 (S. 116).

⁽¹³⁴⁾ Christian *Wolff*: *Ius naturae, methodo scientifica pertractatum*, VI (Halle 1746), § 536, S. 394 f. Wolffs eigener Begriff von *Aequitas* (*Institutiones juris naturae et gentium*, Halle 1750, § 86, S. 45), deckt sich mit dem der Gerechtigkeit.

⁽¹³⁵⁾ Ernst Johann Friedrich *Mantzel*: *De limitibus iustitiae, aequitatis, iuris aggratiandi et arbitrii iudicis, vulgo: Auf Rath der Rechtsgelehrten* (Resp. Joachim Christian Keding), Jena 1741, § 47, S. 26 f. unter Verweis auf § 18, S. 9.

⁽¹³⁶⁾ E.J.F. *Mantzel*, wie vorige Fn., § 48, S. 27: « *quis enim putabit unquam homicidas casuales per solum aequitatem absolvi* ».

⁽¹³⁷⁾ Carl Ferdinand *Hommel*: *Pro summa iure contra aequitatis defensores* (Resp. Johannes Gottlob Küster), Leipzig 1751. S. dazu die Bemerkungen von Hermann *Kantorowicz*: *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Mannheim 1925, S. 18 = ders.: *Rechtswissenschaft und Soziologie*, hrsg. von T. Würtenberger, Karlsruhe 1962, S. 52.

⁽¹³⁸⁾ C.F. *Hommel* (Fn. 137), cap. 2, S. 6: « *aequitatem dicimus animi consuetudinem, qua scriptam legem ita interpretamur, ut quam minime recedere videatur a naturali lege*. »

lerdings dadurch noch über seine Zeitgenossen hinaus, daß er nicht nur keine naturrechtliche Korrektur des geschriebenen Rechts⁽¹³⁹⁾, sondern nicht einmal eine subsidiäre Geltung des Naturrechts zulassen will⁽¹⁴⁰⁾. In diesem definitiven Ausschluß nicht nur der Aequitas, sondern auch noch des inzwischen mit ihr verschmolzenen Naturrechts als selbständiger Rechtsquelle, liegt ein vorläufiger Endpunkt der Aequitas-Geschichte seit dem 16. Jahrhundert⁽¹⁴¹⁾. Allerdings dauerte es doch noch mehr als ein halbes Jahrhundert, bis sich die Meinung, daß nicht einmal das positive Recht einer Ergänzung durch Aequitas/Naturrecht bedürfe, allgemein durchsetzte. Solange man sich das positive Recht noch nicht als ein geschlossenes und lückenloses Ganzes vorstellte, brauchte man Aequitas bzw. Naturrecht noch zur Füllung von Lücken des positiven Rechts, und auch in der Interpretationslehre behauptet sich noch die — vom Naturrecht allerdings nicht mehr klar unterschiedene — Aequitas. Erst als die historische Schule den Dualismus von Naturrecht und positivem Recht beseitigt und das positive Recht selbst als ein vernünftiges, aus sich selbst heraus ergänzungsfähiges Ganzes zu betrachten gelehrt hatte⁽¹⁴²⁾, konnte man auf Aequitas und Naturrecht auch im positiven Recht verzichten.

Zusammenfassung

Die humanistischen Juristen entdecken die « Aequitas » in ihrer spezifischen Bedeutung als « epieikeia » (Aristoteles) wieder, als

⁽¹³⁹⁾ C.F. Hommel (Fn. 137), cap. 6, S. 26 f.

⁽¹⁴⁰⁾ C.F. Hommel (Fn. 137), cap. 7, S. 29.

⁽¹⁴¹⁾ Zwei weitere Dissertationen aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts verfolgen andere Fragestellungen, kennen aber gleichfalls keinen Gegensatz von Aequitas und Naturrecht mehr: Johann Paul Kress: De aequitate (Resp. August Ulrich von Hardenberg), Helmstedt 1731: Aequitas-Definition in cap. 1, § 18, S. 16 (« Aequitas est habitus mentis vel doctrina, ubi secundum aequalitatis regulas et rationis ratiociniis haustas, hoc vel illud interpretando, sive juris supplendo sive demendo, ad imbecillitatem generis humani respiciendo, benigne dijudicamus »); zur Aequitas bei der richterlichen Rechtsanwendung im wesentlichen konventionell, cap. 5, S. 93 ff. Leonard Carlier: Dissertatio inauguralis juridica de aequitate (Resp. Philipp Ignaz Anton Rudolph), Würzburg 1743, definiert Aequitas im Sinne von epieikeia (Einl., S. 2), zur Interpretation mittels Aequitas dann konventionell in cap. 1, S. 5 ff.

⁽¹⁴²⁾ Friedrich Carl v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, I, Berlin 1840, S. 290 f.

Billigkeitskorrektur des positiven Rechts, wo dieses zu allgemein oder sonst lückenhaft ist. Auf dieser Grundlage steigt dann die *Aequitas* zwischen 1550 und 1650 zur Rechtsquelle — als ungeschriebenes Recht neben dem Gewohnheitsrecht — auf. Sie verliert diesen Status aber in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts und wird in ihrer Eigenschaft als Instrument zur Füllung von Lücken durch das Naturrecht ersetzt. (In der Interpretationslehre verwendet man sie zwar weiterhin, aber ohne sie jetzt noch deutlich vom Naturrecht zu unterscheiden.)

Die Gründe für diese Entwicklung liegen offenbar nicht in einem gewandelten Verhältnis des Richters zum Gesetz, denn auch in der Blütezeit der *Aequitas* bis 1650 haben die Juristen von ihr als Mittel zur Ergänzung und Korrektur des positiven Rechts nur sehr vorsichtig Gebrauch gemacht. Maßgeblich ist vielmehr ein Umbau der Rechtsquellentheorie. Die *Aequitas* gehört seit dem mittleren 17. Jahrhundert nicht mehr zum positiven Recht, weil dieses nun als ausschließliches Produkt des menschlichen Gesetzgebers verstanden wird; sie hat aber auch keinen Platz mehr neben dem Naturrecht, das seit Hobbes und Pufendorf als von der Vernunft erkanntes komplettes Rechtssystem, und nicht mehr — wie noch bei Grotius — als strukturell unvollständig erscheint. Die *Aequitas* wird vom Naturrecht aufgesogen (das sich dann seinerseits nach 1800 im positiven Recht auflöst).

LAURA MOSCATI

UN'INEDITA LETTERA DI SAVIGNY A BOLLATI

Nell'Universiteitsbibliotheek di Amsterdam ho avuto la sorte di reperire una lettera inedita di Friedrich Carl von Savigny datata al 31 agosto 1852 e inviata da Schlangenbad presso Francoforte a destinatario sconosciuto ⁽¹⁾. Essa appartiene alla cosiddetta *Sammlung-Diederichs*, che prende il nome da P. A. Diederichs, collezionista del secolo scorso e direttore del giornale locale *Algemeen Handelblad*. Un anno dopo la sua morte, avvenuta nel 1874, gli eredi donarono la collezione, che ammontava a circa 35.000 manoscritti (per la maggior parte lettere) alla città di Amsterdam, ed essa ha trovato posto dal 1892 presso la sala manoscritti della biblioteca universitaria.

Una rapida disamina della lettera in questione ha consentito l'individuazione del destinatario: l'avvocato Emmanuele Bollati, primo traduttore italiano della *Storia del diritto romano nel Medioevo* di Savigny. In effetti, la lettera non è altro che la risposta di Savigny a una missiva di Bollati del 20 agosto inviata da Torino, da me reperita nel *Nachlaß Savigny* a Marburg e pubblicata alcuni anni or sono ⁽²⁾. Non essendo destinata a rimanere univoca, essa riceve ora un senso compiuto dalla risposta di Savigny ai quesiti del traduttore ⁽³⁾, avvalorata

⁽¹⁾ Universiteitsbibliotheek Amsterdam, Coll. Died. Hs. 88 As 16. Sono profondamente grata al Dr. Jos A. A. M. Biemans, direttore della sala manoscritti, per avermi messo a disposizione le sue competenze sulla *Sammlung-Diederichs* e per aver consentito la pubblicazione della lettera.

⁽²⁾ Universitätsbibliothek Marburg (UBM), *Nachlaß Savigny*, Ms.725/133: lettera del 20 agosto 1852, ed. in L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma 1984, pp. 316-20.

⁽³⁾ La risposta di Savigny, ritrovata ad Amsterdam, chiarisce anche alcuni elementi esteriori della lettera di Bollati: la correzione dell'indirizzo di Berlino con la

dal contesto e sostanziata da alcuni puntuali avvertimenti, che permettono una più precisa valutazione della prima traduzione italiana integrale dell'opera storicistica del grande giurista tedesco.

In mancanza di un profilo bio-bibliografico di Emmanuele Bollati, le notizie relative alla sua vita e alla sua produzione ⁽⁴⁾ non avrebbero offerto nuovi dati se non fosse stato possibile consultare, per la generosa disponibilità della famiglia ⁽⁵⁾, le carte dello studioso subalpino contenenti numerose lettere inedite, finora sconosciute, che permettono la ricostruzione di un panorama più ampio ed esaustivo dell'attività scientifica e delle relazioni europee del traduttore di Savigny.

Laureatosi in giurisprudenza nel 1845 presso l'Università di Torino, Bollati si era indirizzato alla carriera amministrativa presso l'Avvocatura fiscale, sicché alcuni lavori giovanili, di carattere prevalentemente pubblicistico, risultano dedicati alla legislazione vigente ⁽⁶⁾. Dopo essere stato chiamato alla Biblioteca del Consiglio di Stato, Bollati si era quindi rivolto, su suggestione di Federico Sclopis ⁽⁷⁾, a ricerche storico-giuridiche relative a fonti inedite del diritto pubblico

sopranominata località termale; la richiesta di Bollati di scrivere in tedesco evitando il corsivo e soprattutto l'annotazione di mano di Savigny in alto sul margine sinistro « Antw. 31. Aug. ».

⁽⁴⁾ Brevi notizie biografiche si trovano nella commemorazione di C. CIPOLLA, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, 39 (1903-1904), pp. 359-63; quelle bibliografiche sono in A. MANNO, *L'opera cinquantenaria della R. Deputazione di Storia Patria di Torino*, Torino 1884, pp. 183-85 e nella continuazione di E. DERVIEUX, *ibid.*, Torino 1935, pp. 122-23. Di particolare rilievo si presenta un dettagliato elenco di proprie opere relativo agli anni 1847-1866 redatto dallo stesso Bollati e conservato in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Fondo Patetta, Autografi e documenti*, cart. 108, ff. 153-54v.

⁽⁵⁾ Ho potuto esaminare le carte rimaste di Emmanuele Bollati grazie al prezioso intervento dell'avv. Mario Napoli e della moglie Albertina Bollati di Saint-Pierre, che vivamente ringrazio. Ciò ha permesso di arricchire, attraverso materiale di particolare valore, le mie conoscenze sulla figura e l'opera del traduttore di Savigny, avvalorate soprattutto dall'apertura alla cultura europea e in particolare a quella tedesca.

⁽⁶⁾ Cfr. *Manuale dell'Elettore Municipale (commento ad alcuni articoli del R. Editto 27 novembre 1847 per l'amministrazione dei Comuni e delle Provincie)*, Torino 1847; *Manuale dell'Elettore Politico (commento al R. Editto 17 marzo 1848 sulle elezioni politiche) in collaborazione con G. Brignone*, Torino 1848.

⁽⁷⁾ Accademia delle Scienze, Torino (AccST), *Lettere autografe per doni di libri a Federico Sclopis*, n. 39731: lettera di Bollati dell'11 giugno 1857.

italiano, focalizzando il proprio interesse, a partire dagli anni cinquanta, sullo studio delle leggi municipali e statutarie, in quanto tali fonti, a suo giudizio, non erano state sufficientemente prese in considerazione dagli studiosi, perché ritenute una mera ripetizione nei loro contenuti normativi (8).

Senza entrare nella successiva operosità scientifica di Bollati, di cui si è detto altrove (9), quello che qui interessa è di porre in luce l'attività di Bollati come traduttore di opere tedesche relative alla storia giuridica romana e medievale, con cui contribuì, ancor prima di affrontare la *Geschichte* savignyana, alla circolazione della cultura d'oltralpe, soprattutto per le scelte effettuate che tradiscono un vivo interesse per le tematiche maggiormente sentite dalla storiografia romanistica e germanistica tedesca. Bollati aveva, infatti, affrontato e portato a termine la versione della storia del diritto romano di Ferdinand Walter (10), per contribuire a rivitalizzare lo studio della storia del diritto in Italia (11). Suggerito dai propri interessi scientifici sugli statuti e sollecitato dalle posizioni discordanti dei maggiori protagonisti della cosiddetta polemica longobarda (12),

(8) *Ibid.* Si veda anche un elenco di indicazioni, di mano di Bollati, di *Leggi generali e Statuti manoscritti, da consultare nella Biblioteca dell'Università di Torino*: Archivio di Stato, Torino, Sez. I, *Carte Bollati*, Miscell. A, mazzo 14. Come è noto, subito dopo la traduzione di Savigny, Bollati pubblicò i *Monumenti legali del Regno Sardo dal secolo XII al XV raccolti ed illustrati per cura di una società di giureconsulti*, Torino 1856-58.

(9) Cfr. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, cit., pp. 180-92; in particolare per gli interessi di Bollati relativi al diritto statutario cfr. G. S. PENE VIDARI, *Statuti del comune di Ivrea*, I, Torino 1968, pp. II-IV; C. MONTANARI, *Gli statuti piemontesi: problemi e prospettive*, in *Legislazione e società nell'Italia medievale. Per il VII centenario degli statuti di Albenga (1288). Atti del convegno, Albenga, 18-21 ottobre 1988*, Bordighera 1990, pp. 174-76; PENE VIDARI, *Un ritorno di fiamma: l'edizione degli statuti comunali*, in *Studi Piemontesi*, 25 (1996), p. 333; e alcuni cenni in A. MATTONE, *La storiografia giuridica dell'Ottocento e il diritto statutario della Sardegna medievale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 26 (1996), pp. 92-93.

(10) *Storia del diritto di Roma sino ai tempi di Giustiniano, di Ferdinando Walter, volgarizzata sulla seconda edizione tedesca*, 2 voll., Torino 1852.

(11) Tale aspirazione di Bollati risulta dalla lettera di Walter: *Archivio Bollati*, 30 luglio 1852.

(12) Cfr., con particolare riferimento all'area culturale presa in esame, MOSCATI, *Federico Sclopis storico dei Longobardi*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 66 (1979), pp. 259-76; G.P. ROMAGNANI, *Storiografia e politica culturale nel Piemonte di Carlo*

Bollati aveva, quindi, divisato di tradurre l'opera di Karl Hegel che, favorevole alla teoria germanistica, negava ogni continuità fra le istituzioni municipali romane e i comuni medievali ⁽¹³⁾, peraltro in netta contrapposizione con le tesi di Walter ⁽¹⁴⁾.

Si deve inoltre ricordare che al contempo un filone significativo del pensiero storiografico italiano difendeva l'origine romana delle istituzioni comunali, in parte sopravvissuta alla temperie barbarica e avvalorata dalla nota tesi di Savigny, assertore della continuità del diritto romano nei secoli di mezzo, che in particolare poneva le fonti normative del *ius proprium* tra quelle concorrenti con il *ius commune*, auspicando la realizzazione di un'analisi comparata di tutti gli statuti della penisola ⁽¹⁵⁾. Spinto da numerosi studiosi di storia giuridica, che aspiravano a « conoscere una volta in tutta la sua integrità e poter degnamente apprezzare » l'opera storica di Savigny sulle vicende del diritto romano nel medioevo « qual fu dettata » ⁽¹⁶⁾, l'orientamento di Bollati si rivolse verso la *Geschichte*, che segnava un grado assai più profondo di maturazione nella recezione di pensiero del grande giurista tedesco in Italia, anche se l'opera aveva già avuto una buona circolazione nella penisola ⁽¹⁷⁾.

Se si tiene in conto l'arco temporale in cui Bollati si accinse all'impresa, si potrebbe ipotizzare che l'idea fosse concepita in

Alberto, Torino 1985, pp. 235-72; G. TABACCO, *La città italiana fra germanesimo e latinità nella medievistica ottocentesca*, in R. ELZE - P. SCHIERA (edd.), *Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli dell'Ottocento: il Medioevo. Atti della settimana di studio 16-20 settembre 1985*, Bologna 1988, pp. 23-42; ID., *Latinità e germanesimo nella tradizione medievistica italiana*, in *Rivista storica italiana*, 102 (1990), pp. 691-716.

⁽¹³⁾ Cfr. K. HEGEL, *Geschichte der Städteverfassung von Italien*, I, Leipzig 1847. L'opera venne invece tradotta successivamente: *Storia della Costituzione dei Municipi Italiani dal dominio romano fino al cadere del secolo XII... Prima edizione italiana...*, 2 voll., Milano-Torino 1861.

⁽¹⁴⁾ F. WALTER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2 Bd., Bonn 1857.

⁽¹⁵⁾ Cfr. F. C. V. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, III, Heidelberg 1834², pp. 513-14. In realtà, nella traduzione Bollati attribuisce al giurista tedesco la proposta di una « collezione comparata » di leggi municipali: cfr. in tal senso MONTANARI, *Gli statuti piemontesi*, cit., p. 150, nota 107.

⁽¹⁶⁾ Così si esprime Bollati nella lettera a Savigny citata alla nota 2.

⁽¹⁷⁾ Cfr. MOSCATI, *L'interpretazione della Geschichte di Savigny nella scienza giuridica preunitaria*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 68 (1995), pp. 91-106.

seguito al termine della seconda edizione tedesca del 1851 ⁽¹⁸⁾, anche se ciò non traspare dalle parole del traduttore. Ma la risposta di Savigny toglie ora ogni dubbio: Bollati conosceva della seconda edizione solo i primi tre volumi editi nel 1834; e per completare l'opera si sarebbe basato sugli ultimi tre della prima, sicché la complessa suddivisione della traduzione viene incentrata da Bollati soltanto su sei volumi. Si deve, però, riconoscere che gli ultimi volumi della seconda edizione tedesca non avevano avuto grande circolazione in Italia. Anche Pietro Capei, che tanto aveva contribuito alla diffusione dell'opera savignyana attraverso gli articoli sull'*Antologia* ⁽¹⁹⁾ e la redazione del *Compendio* ⁽²⁰⁾, possedeva nel 1851 solo i primi tre volumi dell'opera ⁽²¹⁾.

In realtà, Bollati giudicava inadatta la traduzione di Guenoux, anche se ben compresa in Italia, per due ragioni: per « aver ridotto in troppo angusti limiti un'opera voluminosa bensì, ma tutta, da un capo all'altro, di somma importanza pel lettore Italiano » ⁽²²⁾; nonché per « essere deturpata da gravi errori tipografici ». Conscio della difficoltà di smercio di un'opera altamente scientifica e destinata a una cerchia limitata di dotti, Bollati, al momento di sottoporre alla stampa i primi fogli tradotti, aveva tracciato il piano dell'edizione sottoponendo a Savigny la diversa suddivisione dei volumi e la possibile riunione delle prefazioni, nonché richiedendo l'inserimento delle aggiunte corredate dagli studi effettuati dall'autore e sostanziate dagli appunti che Savigny avesse in serbo per un'even-

⁽¹⁸⁾ Cfr. *infra*, nota 27.

⁽¹⁹⁾ Per gli articoli di Capei, cfr. *Antologia*, 31 (1828), pp. 3-39; 33 (1829), pp. 20-49; 34 (1829), pp. 25-62; 36 (1829), pp. 3-29; 46 (1832), pp. 143-71; 48 (1832), pp. 1-36; e *Annali delle Università Toscane*, 1(1846), pp. 175-238. Gli articoli in questione, inviati da Capei a Savigny, sono conservati in UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/9, Bl. 117, Nr. 4. 12-17.

⁽²⁰⁾ *Istoria del Jus romano nel Medio Evo del Sig. F.C. de Savigny ridotta in compendio*, Siena 1849. Sull'interesse di Capei per quest'opera di Savigny e più in generale sui rapporti tra i due giuristi cfr. D. MAFFEI - K. W. NÖRR, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. R.A.*, 97 (1980), ora in MAFFEI, *Studi di storia delle università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, pp. 469-500; *addenda*, pp. 547-51.

⁽²¹⁾ Ciò risulta da un'esplicita richiesta del giurista toscano allo stesso autore: UBM, *Nachlaß Savigny*, 925/431, 28 agosto.

⁽²²⁾ Le citazioni qui e in seguito sono tratte dalla lettera di Bollati (*supra*, nota 2).

tuale terza edizione dell'intera opera. Ciò per dare alla traduzione un pregio di gran lunga superiore alle precedenti e soprattutto per rendere « noto all'Italia in tutta la sua bellezza un tesoro letterario che l'ignoranza della lingua in cui sta scritto tolse finora di giustamente stimare » e ancor più per « accendere nella generazione presente quell'entusiasmo e quel santo amore alla scienza che nessun libro meglio della Storia da Lei dettata saprebbe ispirare ».

Savigny, da alcuni anni preoccupato per la diffusione di un'opera venuta alla luce in così lunghi intervalli (23), non fece attendere, come spesso accadeva con altri corrispondenti, la sua risposta, che si presenta non solo esaustiva delle richieste formulate da Bollati, ma arricchita da delucidazioni necessarie per condurre a buon fine l'impresa. Una conferma indiretta dell'interesse di Savigny per la già da tempo auspicata traduzione italiana viene anche da Antonio Salvotti. Questi, che tanto a lungo si era prestatato alla circolazione dell'opera (24), era stato tempestivamente informato da Savigny « che in Torino si medita di dare alle stampe una compiuta traduzione », secondo quanto notificatogli da « certo avv. Bollati, che pare essersi accinto all'impresa » (25).

Bisogna in primo luogo rilevare che il giurista tedesco teneva innanzitutto a fornire a Bollati due notizie indispensabili per il proseguimento della sua fatica: in primo luogo informare il traduttore dell'esistenza della prima versione della *Geschichte* in lingua italiana, pubblicata circa alla metà degli anni quaranta a Firenze (26) che, a giudizio di Savigny, non rappresentava veruno ostacolo all'impresa di Bollati, perché si trattava di una traduzione da quella francese di Guenoux e appariva soltanto come la « *Spekulation einer*

(23) Ciò risulta da una lettera di Savigny a Paride Zajotti del 30 luglio 1841 ed. in F. NICOLINI, *Nicola Nicolini e gli studi giuridici nella prima metà del secolo XIX. Scritti e lettere*, Napoli 1907, p. 437.

(24) Cfr. MOSCATI, *L'interpretazione della Geschichte di Savigny*, cit., pp. 95-104.

(25) Si veda la lettera di Salvotti a Paride Zajotti jr. del 9 settembre 1852, in E. BROL, *Antonio Salvotti promuove a Venezia la prima traduzione italiana del "Sistema del Diritto Romano Attuale" del Savigny (con lettere inedite di Antonio Salvotti a Paride Zajotti junior)*. *Atti del I Convegno Storico Trentino*, Rovereto 1955, p. 51.

(26) *Storia del diritto romano nel Medio Evo scritta da Federico Carlo Savigny. Con una biografia dell'Autore, una notizia delle di lui opere e note del traduttore*, 3 voll., Firenze 1844-45.

Buchhändlers »; in secondo luogo, precisare che la seconda edizione tedesca era ormai completata con la pubblicazione di altri tre volumi, sostanzianti dalle aggiunte e dalle novità relative e seguiti a breve distanza da un ultimo di indici ⁽²⁷⁾. Su questi sette volumi si doveva pertanto basare la nuova versione italiana.

Quanto ai chiarimenti sull'economia complessiva dell'opera, Savigny si mostra permissivo circa la suddivisione dei volumi proposta da Bollati e l'inserimento delle aggiunte nell'ultimo di essi. Irremovibile appare, invece, sul collocamento delle prefazioni, relative alle singole parti, che non debbono essere rimosse, né conglobate in un'unica introduzione, in quanto « Der Leser muss erfahren, was sich der Verfasser bei jedem Abschnitt seines Werkes dachte, und zu welcher Zeit er es dachte ». Ciò soprattutto per rendere il più fedele possibile all'originale una traduzione integrale, per la quale Savigny mostra tutta la sua soddisfazione.

Non risulta che Bollati abbia scritto una seconda lettera, ma un'indiretta risposta alla missiva di Savigny si può trovare nel *Programma*, contenente i termini dell'associazione, che gli editori torinesi Gianini e Fiore prepararono nel 1852 per annunciare la prossima pubblicazione ⁽²⁸⁾. Da un lato l'ampia esposizione degli editori si dilunga sulla tesi centrale dell'opera relativa alla permanenza del diritto romano nel medioevo, indagata sia attraverso la conservazione delle leggi, sia attraverso la continuità delle istituzioni municipali, che ha il merito di aver generato una serie di interpretazioni sull'origine dei comuni in Germania e in Italia; dall'altro lato gli editori mostrano ormai appieno la conoscenza della seconda edizione tedesca, nonché delle versioni inglese e francese di Elias Cathcart ⁽²⁹⁾ e di Charles Guenoux ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ SAVIGNY, *Geschichte*, cit., IV-VI, Wiesbaden-Biebrich 1850; VII, 1851.

⁽²⁸⁾ Il *Programma* si trova tuttora tra le carte di Savigny: UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms.925/7, Bl.10.

⁽²⁹⁾ *The History of the Roman Law during the Middle Age translated from the Original German of Karl von Savigny*, I, Edinburg 1829.

⁽³⁰⁾ Per la prima traduzione di Guenoux cfr. *Histoire du droit romain au Moyen Age, traduite de l'allemand de M.de Savigny, et précédée d'une introduction*, 4 voll., Paris 1830; per la seconda cfr. *Histoire du droit romain au Moyen Age par M.de Savigny traduit de l'allemand sur la dernière édition et précédée d'une notice sur la vie et les écrits de l'auteur par M.Charles Guenoux*, Paris 1839.

È significativo inoltre notare che la traduzione fiorentina viene considerata con le stesse parole di Savigny « una semplice speculazione libraria » e che il *Programma* offre ampie delucidazioni sui criteri seguiti nella disposizione dei volumi, che « è stata dall'Autore medesimo approvata e licenziato da lui il traduttore a dichiararlo »⁽³¹⁾. Non v'è dubbio che il *Programma* sia stato redatto dallo stesso Bollati, per l'ormai acquisito stato delle conoscenze sulla *Geschichte*, per l'indicazione di alcuni specifici consigli di Savigny e soprattutto per la profondità con cui è delineato il pensiero dell'autore.

Tuttavia, dal richiamo all'opera di Giannone, che non era mai stata nominata da Savigny⁽³²⁾, dall'accento all'introduzione di Cathcart che troppo arditamente aveva cercato di « rannodare » l'origine delle istituzioni politiche inglesi alla permanenza di quelle romane⁽³³⁾, nonché da alcune rapide osservazioni sulla *Geschichte* stessa traspare, sia pur velatamente, un giudizio sull'opera: Savigny ha troppo finalizzato il proprio lavoro alla realizzazione della tesi propostasi, sicché non ha saputo intravedere in tutta la sua portata l'importanza dell'elemento germanico, nonché soprattutto la singolarità delle istituzioni medievali italiane nel rinnovare e rivalutare gli antichi ordinamenti romani.

Come è testimoniato dalle carte della famiglia, Bollati, dopo aver esaminato la versione fiorentina che conteneva notizie bio-bibliografiche sull'autore ovviamente fino al 1839⁽³⁴⁾, si era rivolto, prima di continuare nell'impresa, direttamente a Guenoux, soprattutto per ottenere un aggiornamento di esse. Questi, attraverso una consistente corrispondenza con il maestro tedesco, invano ricercata⁽³⁵⁾, non era ancora riuscito nel 1853 ad ottenere notizie dettagliate,

⁽³¹⁾ UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms.925/7, Bl.10. Il *Programma*, insieme alle modalità dell'associazione, presenta infine lo *specimen* di una pagina stampata della traduzione.

⁽³²⁾ Cfr. P. GIANNONE, *Istoria civile del Regno di Napoli*, Napoli 1723. Tale carenza era stata già da tempo sottolineata da Capei: UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/396, lettera del 12 febbraio 1827.

⁽³³⁾ CATHCART, *The History of the Roman Law*, cit., *Preface*.

⁽³⁴⁾ Come è noto la traduzione fiorentina, tratta da quella di Guenoux, conteneva anche la biografia di Savigny redatta dal traduttore francese.

⁽³⁵⁾ Nonostante le considerevoli ricerche effettuate la corrispondenza tra Savigny e Guenoux si può considerare a tutt'oggi perduta: cfr. O. MOTTE, *Savigny et la France*, Berne 1983, pp. 87-88.

peraltro promesse da Savigny al traduttore francese ⁽³⁶⁾, sicché Bollati fu costretto a rinunciarvi, nonostante che esse fossero state annunciate come facenti parte della nuova versione italiana in alcuni giornali dell'epoca ⁽³⁷⁾.

Uscita in fascicoli successivi, la traduzione di Bollati fu pertanto eseguita sui sette volumi della seconda edizione tedesca che vennero divisi in tre ⁽³⁸⁾. Ma Bollati non tenne fede ad una parte delle indicazioni di Savigny. Mancano le prefazioni alla seconda edizione degli ultimi due volumi, in cui Savigny, prospettando lo stato della circolazione della *Geschichte* in Europa attraverso le traduzioni, offriva una serie di dati utili alle conoscenze senza addentrarsi in giudizi di merito ⁽³⁹⁾. Mancano del pari gli importanti e assai dettagliati indici ⁽⁴⁰⁾ al termine della traduzione tedesca, sicché la consultazione risulta assai più difficile di quella dell'originale.

In realtà, Bollati non desiderava compiere una pura e semplice traduzione dell'opera di Savigny, ma accompagnarla con una serie di « note e giunte inedite » che rendessero il lavoro più complesso e originale. Di tutto ciò non viene fatta menzione nel *Programma* degli editori Gianini e Fiore, che non sottolinea neppure l'inserimento delle glosse marginali apposte da Cesare Balbo alla *Geschichte* e pubblicate per la prima volta da Bollati. Si tratta di brevi annotazioni, che si possono far risalire all'inizio degli anni trenta, presenti nel volume di proprietà di Balbo contenente la prima traduzione francese di Guenoux. Esse coprono, in linea di massima, il primo volume dell'opera savignyana e precisamente dal capitolo sugli

⁽³⁶⁾ « Quant aux détails sur la vie de M. de Savigny, je les lui ai demandés l'année dernière, il me les a promis, mais l'état de sa santé ne lui a pas encore permis de remplir sa promise »: *Archivio Bollati*, lettera di Guenoux del 4 maggio.

⁽³⁷⁾ Cfr. *infra*, nota 60.

⁽³⁸⁾ *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo per F. Carlo de' Savigny. Prima versione dal tedesco dell'avvocato Emmanuele Bollati con note e giunte inedite*, 3 voll., Torino 1854-57. I primi due volumi corrispondono ai sei della *Geschichte*, il terzo contiene le importanti appendici apposte da Savigny ai singoli volumi; sono stati conservati i numeri dei capitoli e dei paragrafi e le note con le lettere dell'alfabeto, secondo la redazione di Savigny; sono state inserite le aggiunte presenti nell'ultimo volume ai posti indicati.

⁽³⁹⁾ Cfr. SAVIGNY, *Geschichte*, VI, cit., pp. XIII-XV; VII, cit., pp. V-VII.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. anche in tal senso F. PATETTA, *Storia del diritto italiano. Introduzione*. Edizione postuma a cura di L. BULFERETTI, Torino 1947, p. 139.

scabini fino al termine del regno longobardo, e si soffermano essenzialmente sulla puntualizzazione di cariche amministrative e giudiziarie germaniche.

Cade qui opportuno il riferimento agli scritti che in quegli anni Balbo andava pubblicando. In particolare nella *Storia d'Italia* ⁽⁴¹⁾, Balbo, accostandosi proprio alle tesi di Savigny, aveva osservato che gli studi relativi alle istituzioni del nostro paese avevano avuto uno sviluppo in Germania e in Francia piuttosto che in Italia. Trattando, infatti, della sopravvivenza del diritto romano nel medioevo, Balbo mostra ormai di conoscere chiaramente la portata del pensiero savignyano in materia. Anzi egli stesso, tenace assertore del nesso che unisce mondo romano ed epoche successive, trovava nel pensiero del giurista tedesco la base per l'approfondimento delle proprie intuizioni. Anche nelle annotazioni alla *Geschichte* si può ancora una volta verificare la tesi di Balbo sulla continuità delle istituzioni romane negli ordinamenti barbarici, benché lo storico subalpino negli anni a venire ritenesse che Savigny aveva troppo estremizzato alcune tematiche, creando una netta antitesi con Leo ⁽⁴²⁾, in una contrapposizione che non giovava al progresso della scienza perché soltanto comparando e accostando il pensiero dei due studiosi si poteva operare in favore dell'approfondimento delle conoscenze.

Oltreché dalle annotazioni di Cesare Balbo, la traduzione è corredata da note inserite dallo stesso Bollati nella prima parte dell'opera, mentre esse vengono pressoché a scomparire nei libri più

⁽⁴¹⁾ C. BALBO, *Storia d'Italia*, 2 voll., Torino 1830. Anche nella copia delle ultime bozze di stampa del primo volume di tale opera, conservata da Federico Patetta e ora rintracciabile nella sua biblioteca, sono aggiunte in margine diverse integrazioni relative alla *Geschichte* che esplicitano un approfondimento dell'opera di Savigny risalente proprio a quegli anni.

⁽⁴²⁾ « Il Savigny ed il Leo presentano, per così dire, le due opinioni contrarie sulla questione capitale della nostra storia del medio evo; dico la derivazione delle istituzioni, dei costumi, dei nomi, delle schiatte, che gli uni traggono dai Romani, gli altri dai Tedeschi. Esclusivamente sono false tutte e due; e tuttavia in tal modo, o quasi, furono sostenute da parecchi. Ma il Savigny ed il Leo sono uomini troppo eruditi per sostenerle in tal modo. Solamente l'uno pende troppo da una parte ancora, e l'altro dall'altra. E non è se non comparandoli e riaccostandoli ancora più, che si giungerà ad un risultato anche più giusto e definitivo »: cfr. *Vicende della costituzione delle città lombarde fino alla discesa di Federigo I Imperatore in Italia di Enrico Leo*, traduzione dal tedesco del conte Cesare Balbo, Torino 1836, p. 181, nota 1.

strettamente impernati sul *Juristenrecht*. Il traduttore, tuttavia, raramente riporta osservazioni personali su specifici punti, preferendo riferire opinioni altrui su questioni di cui percepisce l'importanza e finendo nel complesso per allinearsi senza sostanziali riserve al pensiero di Savigny. Di ciò possiamo ora offrire una specifica motivazione: lo studioso piemontese avrebbe voluto su alcuni argomenti di maggiore rilevanza esprimere il proprio autonomo pensiero, ma fu frenato dal consiglio di Pietro Capei.

Ancora una volta nell'archivio della famiglia Bollati ho avuto la sorte di trovare una lettera del giurista toscano, con cui questi esorta fermamente Bollati a limitarsi alla traduzione dell'opera e a rimandare tutto quanto ritenesse necessario controbattere a una attenta maturazione: « Mi dia retta: ella ha un'ardua fatica tra mano, quella cioè di tradurre opera di tanta mole... si limiti all'ufficio, se pensieri le vengono li metta da parte; finita la traduzione avrà tempo di maturare i pensieri medesimi e di poter dire la sua, o separatamente in appendice all'opera del Savigny. Traducendo sarà seguita una sola bandiera, avrà tempo essendo giovane di criticare »⁽⁴³⁾.

Seguendo il suggerimento di Capei, infatti, su alcuni argomenti di specifica rilevanza per la storiografia italiana e tedesca dell'epoca, quali lo scabinato, la persistenza del diritto romano nel regno longobardo, l'origine della *Lex Romana Utinensis*, Bollati riferisce opinioni altrui e si basa su lavori recenti dello stesso Capei, di Baudi di Vesme e di Hänel, limitandosi ad accordarli con il testo savigniano. Ad esempio, per avvalorare una glossa di Cesare Balbo relativa alla preesistenza dello scabinato a Carlo Magno⁽⁴⁴⁾ negata da Savigny⁽⁴⁵⁾, Bollati riproduce pressoché completo un articolo di Capei⁽⁴⁶⁾ e più oltre una breve avvertenza di Troya in proposito⁽⁴⁷⁾.

In appendice alla traduzione, Bollati pubblica anche la versione del saggio di Merkel sul diritto longobardo, dedicato a

⁽⁴³⁾ *Archivio Bollati*: 8 aprile 1855.

⁽⁴⁴⁾ BOLLATI, *Storia del diritto romano*, cit., I, pp. 132-33.

⁽⁴⁵⁾ SAVIGNY, *Geschichte*, cit., I², pp. 239-41.

⁽⁴⁶⁾ BOLLATI, *Storia del diritto romano*, cit., I, pp. 134-39, in cui Bollati riproduce l'articolo di Capei (*Di alcune opere germaniche concernenti la storia e le leggi dei popoli barbari*) apparso sull'*Archivio storico italiano* nel 1846.

⁽⁴⁷⁾ BOLLATI, *Correzione e giunta del traduttore*, pp. 273-76. L'avvertenza di Troya era tratta dal *Codice diplomatico longobardo* (Napoli 1853, pp. 485-86).

Savigny ⁽⁴⁸⁾ e scritto « a conferma ed in ampliamento al tema trattato » ⁽⁴⁹⁾. La traduzione fu condotta su un esemplare inviatogli da Merkel stesso, « corredato a penna d'aggiunte e correzioni senza numero », sicché « puossi considerare versione di un'opera inedita ». Merkel, infatti, aveva corretto il testo primitivo e inserito numerose aggiunte resesi necessarie dopo la pubblicazione, avvenuta nel 1850, come ampliamento alla seconda edizione di Savigny ⁽⁵⁰⁾. Ne deriva, a dire di Merkel, « che l'opera appare quasi nuova arricchita di diverse cose, delle quali in Germania ora pochi, ed eccettuato me stesso, forse nessuno hanno notizia » ⁽⁵¹⁾. Del resto, era stato lo stesso Bollati a richiedere gli inserimenti ⁽⁵²⁾ indispensabili, soprattutto dopo le svariate pubblicazioni sull'argomento tra cui in particolare l'introduzione di Baudi di Vesme all'edizione degli editti dei re longobardi ⁽⁵³⁾.

Nel frontespizio della traduzione della *Geschichte*, Bollati accenna anche a « giunte inedite ». Così, a compimento della sua fatica, egli volle chiudere con un saggio personale per confermare la sua perizia di paleografo, pubblicando in appendice una glossa alle Istituzioni giustinianee ⁽⁵⁴⁾, tratta da un codice membranaceo della Biblioteca Universitaria di Torino ⁽⁵⁵⁾ risalente al secolo XII. A parte i giudizi discordanti di alcuni suoi conterranei sull'edizione ⁽⁵⁶⁾,

⁽⁴⁸⁾ BOLLATI, *Storia del diritto romano*, cit., III, *Appendice I. Appunti per la storia del Diritto Longobardo di Giovanni Merkel*, pp. 1-49.

⁽⁴⁹⁾ Così si esprime qui e in seguito Bollati nella prefazione al saggio di Merkel.

⁽⁵⁰⁾ *Die Geschichte des Langobardenrechts, eine Abhandlung von Iohannes Merkel, als Beitrag zu Savignys Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Berlin 1850. Come già Bluhme per la prima edizione della *Geschichte* di Savigny, Merkel aveva compiuto un interessante viaggio in Italia per raccogliere materiale indispensabile alla seconda edizione.

⁽⁵¹⁾ *Archivio Bollati*: 31 ottobre 1856.

⁽⁵²⁾ BOLLATI, *Storia del diritto romano*, cit., III, *Appendice I*, p. 6.

⁽⁵³⁾ C. BAUDI DI VESME, *Edicta Regum Langobardorum, Augustae Taurinorum* 1855.

⁽⁵⁴⁾ BOLLATI, *Storia del diritto romano*, cit., *Appendice II. Chiosa alle Istituzioni di Giustiniano*, pp. 53-74.

⁽⁵⁵⁾ Biblioteca Universitaria, Torino, Ms. H.H.5, poi D.V.19. Si tratta di un manoscritto scampato all'incendio della Biblioteca del 1904.

⁽⁵⁶⁾ Mentre Sclopis (*Storia della legislazione italiana*, I, Torino 1863, *Appendice VIII*, pp. 320-21) ne aveva dato un giudizio favorevole, Patetta (*Storia del diritto italiano. Introduzione*, cit., p. 139) ne aveva elencato numerosi limiti.

Bollati aveva dedicato molto tempo alle appendici aggiunte alla traduzione, che, pubblicate a parte, dovevano costituire la prima opera di un'organica serie, rimasta però interrotta al primo fascicolo per la morte dell'editore Botta ⁽⁵⁷⁾.

La traduzione integrale di Bollati, che venne giudicata positivamente dai giuristi italiani coevi ⁽⁵⁸⁾, riscosse anche in Germania notevoli consensi, come si evince da alcuni stralci di giornali dell'epoca, in buona parte raccolti dallo stesso Savigny ⁽⁵⁹⁾, che dedicano ampio spazio alla struttura dell'opera. In alcuni casi, durante la pubblicazione, essa veniva addirittura arricchita dalla notizia di lavori che in realtà non vi apparvero. Ad esempio, l'*Ausburger Allgemeine Zeitung* ⁽⁶⁰⁾ attribuiva all'opera anche un *curriculum* aggiornato di Savigny redatto da Guenoux e una completa bibliografia del diritto statutario italiano concepita da Bonaini ⁽⁶¹⁾, che peraltro avrebbe potuto ingenerare un rapporto squilibrato con il testo ⁽⁶²⁾.

Non abbiamo diretta testimonianza di giudizi di Savigny sulla traduzione di Bollati. Desta comunque particolare interesse il fatto che il giurista tedesco riassunse la recensione di Pietro Luigi Albini al primo volume della traduzione italiana ⁽⁶³⁾, dando particolare risalto ad alcune integrazioni di Bollati quali le annotazioni inedite redatte da Balbo, le note e le aggiunte del traduttore e l'edizione di

⁽⁵⁷⁾ Tale opera fu pubblicata con il titolo: *Memorie e documenti inediti spettanti alla Storia del Diritto italiano nel Medio Evo*, Torino 1857. Il primo fascicolo conteneva la traduzione di Merkel e la *Chiosa* alle Istituzioni di Giustiniano.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, cit., pp. 179-80. Interessanti al riguardo le parole di Bartolomeo Capasso (*Archivio Bollati*: 22 aprile 1888): « Io debbo alla sua traduzione della Storia del Savigny se nel 1854 potetti giovarmi per i miei lavori storico-giuridici dell'opera del dotto tedesco resa più utile ancora dalle sue addizioni ».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. il fascicolo relativo in UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/7, Bl. 2-15.

⁽⁶⁰⁾ N. 334, 30 novembre 1854: *ibid.*, Bl. 7.

⁽⁶¹⁾ Il periodico tedesco si riferiva evidentemente all'opera di F. BONAINI, *Alcuni appunti per servire ad una Bibliografia degli Statuti italiani*, in *Statuto della Val d'Ambrà del 1263 ...*, Pisa 1851.

⁽⁶²⁾ Ciò destò la meraviglia dello stesso Savigny, come risulta da un suo appunto: UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/7, Bl. 3.

⁽⁶³⁾ La recensione apparve in *Gazzetta Piemontese*, n. 270: 15 novembre 1854; n. 271: 16 novembre dello stesso anno.

glosse alle Istituzioni giustiniane conservate presso la Biblioteca Nazionale di Torino (64).

Sempre sulla base dei consigli di Capei, soltanto alcuni anni più tardi Bollati inviò una lettera-articolo a Sclopis relativa al tema trattato da Merkel nel suo lavoro e incentrata sulla persistenza del diritto longobardo a Bologna nel secolo XII (65). Contrariamente a quanto aveva sostenuto Savigny, basandosi su un passo di Odo-fredo per appoggiare la tesi che prima di quel secolo il diritto longobardo era caduto completamente in disuso nella città felsinea (66), Bollati, con l'apporto di numerosi documenti notarili bolognesi, sostenne la vitalità di tale diritto come diritto personale oltre la caduta del regno longobardo e la non esclusiva predominanza del diritto romano, se non come diritto comune nel periodo preso in considerazione (67).

L'attività di Bollati come traduttore di opere in lingua tedesca relative alla storia giuridica romana e medioevale non si esaurì con la traduzione della *Geschichte*. Circa dieci anni dopo, egli pubblicò la versione della parte del primo volume della storia del diritto germanico di Stobbe (68), che più specificamente interessa l'Italia, con lo scopo di poter promuovere « gli studi ora quasi abbandonati, delle origini e delle vicende del Diritto italiano medioevale e moderno » (69). Anche il volume di Stobbe, con cui Bollati era in contatto già in precedenza (70), fu corredato di « giunte e correzioni originali », con la premessa di cenni prelimi-

(64) UBM, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/7, Bl. 3.

(65) AccST, *Carte Sclopis*, n. 25161-63: *Sulla persistenza del Diritto Longobardo a Bologna nel secolo XIII*.

(66) SAVIGNY, *Geschichte*, II², cit., p. 215.

(67) Uno di questi documenti notarili dell'inizio del XIII secolo che prova la persistenza del diritto longobardo a Bologna in quel periodo, posseduto da Bollati, venne anche richiesto per Savigny da Neigebaur verosimilmente ad Antonio Manno: *Archivio Bollati*, lettera del 20 dicembre 1863.

(68) L'opera di Stobbe (*Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2 Bd., Braunschweig 1860-64) fu tradotta con il titolo di *Storia delle origini del diritto germanico per Oddone Stobbe, versione dal tedesco*, I, Torino 1868.

(69) Così si esprime Bollati nell'inviare a Sclopis il volume tradotto: AccST, *Lettere autografe per doni di libri a Federico Sclopis*, n. 40490, 29 maggio 1866.

(70) *Archivio Bollati*: lettera di Stobbe a Bollati del 15 maggio 1866.

nari e la versione in appendice di alcuni brevi scritti di Stobbe stesso ⁽⁷¹⁾, di Pertz ⁽⁷²⁾ e di Anschütz ⁽⁷³⁾.

Lo stesso Bollati ricorda di avere intrapreso la traduzione dell'opera sul diritto canonico di Maassen. Questi lo aveva scelto come punto di riferimento durante il soggiorno di ricerche nella penisola e in particolare nella stessa Torino, considerandolo non un mero traduttore ma uno scienziato storico del diritto a cui chiedere consigli riguardanti l'intera struttura dell'opera ⁽⁷⁴⁾, che, progettata in vari tomi fino al termine del medioevo, si arrestò alla metà del IX secolo con la pubblicazione di un solo volume ⁽⁷⁵⁾. Anche la traduzione di Bollati, che sarebbe dovuta apparire « sotto il titolo *Nuova Temi Alemanna* » insieme a quella dei *Libri feudorum* di Laspeyres, ebbe soltanto un esito limitato a pochi esemplari di uso privato.

Quando aveva ormai raggiunto l'età matura, Bollati portò invece a termine la traduzione del sommario di diritto romano di Beckhaus ⁽⁷⁶⁾, un breve manuale « très bien fait » ⁽⁷⁷⁾, con cui torna ad occuparsi di un tema più specificamente romanistico. La ricerca di notizie sulla figura e l'attività scientifica di Beckhaus rappresenta ancora una volta una valida testimonianza della cura con cui Bollati si indirizzava verso una nuova impresa ⁽⁷⁸⁾. Lascia però perplessi il fatto che il traduttore venisse attratto dalle opere,

⁽⁷¹⁾ *Storia delle origini del diritto germanico*, cit. *Appendice I. Notizie storico-letterarie sopra alcune edizioni di fonti del diritto germanico per Oddone Stobbe*, pp. 327-35; *Appendice IV. Dei capitolarî vigenti nell'antico regno longobardo secondo gli studi di Adolfo Boretius per Oddone Stobbe*, pp. 382-89.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, *Appendice II. Di due manoscritti dell'Archivio Capitolare d'Ivrea per Giorgio Arrigo Pertz*, pp. 336-46.

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, *Appendice III. Dei manoscritti e del testo più antico delle leggi longobarde secondo l'edizione di Baudi di Vesme per Augusto Anschütz*, pp. 347-81.

⁽⁷⁴⁾ Ciò risulta dalle lettere inviate da Maassen a Bollati il 18 marzo 1866 e il 17 aprile dello stesso anno: *Archivio Bollati*.

⁽⁷⁵⁾ F. MAASSEN, *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande bis zum Ausgang des Mittelalters*, I, Graz 1870.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *Repetitorium der äusseren römischen Rechtsgeschichte von Dr. F. W. K. Beckhaus...*, Berlin 1873. L'opera fu tradotta con il titolo: *Sommario della storia del diritto romano per F.G. Corrado Beckhaus. Versione dal tedesco*, Torino 1876.

⁽⁷⁷⁾ Così si esprime Bollati in una lettera a Dümmler del 17 settembre 1875: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften-Akademiearchiv, Nl. Dümmler* 44.

⁽⁷⁸⁾ La richiesta in questo caso venne fatta al filologo berlinese, come è testimo-

come del resto era successo per la *Geschichte*, ancor prima di conoscerne a fondo l'autore e la sua produzione.

La scoperta della lettera di Savigny a Bollati nella *Sammlung-Diederichs* dell'Universiteitsbibliotheek di Amsterdam insieme alla preziosa consultazione dell'*Archivio Bollati* apre nuova luce nei confronti di una realtà su cui da qualche tempo sto indagando. In primo luogo si viene ad aggiungere un ulteriore tassello, certamente di qualche entità, alla ricostruzione della circolazione del pensiero e dell'eredità di Savigny nella penisola, per merito dell'unico traduttore integrale della sua opera storica. La lettera, pubblicata in appendice, è un'interessante conferma che Savigny seguiva attentamente la diffusione della *Geschichte* in Italia, offrendo anche suggerimenti per la sua migliore valorizzazione. In secondo luogo si consolida il giudizio che, sulla scia di una tradizione tipica del Piemonte, anche Bollati, pur ammirando profondamente Savigny e la portata della sua opera, non risulta un pedissequo traduttore, mantenendo una costante autonomia di giudizio. Il desiderio di arricchire l'opera con « note e giunte inedite », anche se spesso altrui, ma scelte per esplicitare una propria posizione storiografica, conferma tale aspetto della sua attività di studioso.

Su questo atteggiamento gettano specificamente viva luce alcune lettere dell'*Archivio Bollati*, prima fra tutte quella di Capei. Anche se non mi sono prefissa come fine quello di dare un giudizio complessivo sulla figura e l'opera del traduttore, si deve osservare, sulla base del nuovo materiale acquisito, che si staglia una personalità in rapporto con la migliore scienza giuridica europea: Savigny, innanzitutto, ma anche Walter, Guenoux, Merkel, Stobbe, Maassen sono gli interlocutori con cui non si sospettava che Bollati fosse in relazione e che venisse considerato non soltanto un traduttore, ma un vero e proprio scienziato ⁽⁷⁹⁾.

Si conferma, quindi, alla metà del secolo quanto Savigny aveva divisato alcuni anni prima rivolgendosi a Sclopis: « Si l'Italie entière

niato dalla lettera citata alla nota precedente e da una successiva del 26 settembre dello stesso anno: *ibid.*

⁽⁷⁹⁾ « Ihr Name hat bei den Rechtshistorikern einen guten Klang. Um so freudiger war ich überrascht, dass das von mir unternommene Werk Ihre Billigung hat, und dass Sie Ihre gütige Hülfe mir in Aussicht stellen »: *Archivio Bollati*, lettera di Maassen del 18 marzo 1866.

n'a jamais cessé de mériter l'attachement de ceux qui savent apprécier les progrès des lumières, c'est dans ce moment Votre patrie surtout qui a la mission de soutenir et d'augmenter l'ancienne gloire nationale... » (80).

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK AMSTERDAM, COLL. DIED. HS. 88 AS 16 *

Schlangenbad bei Frankfurt 31 Aug. 1852.

Ihr geehrtes Schreiben von 21. Aug.⁽¹⁾ ist am 29 Aug. in meine Hände gekommen durch den grossen Umweg über Berlin, während ich mich hier im Bade befand; ich antworte Ihnen sogleich.

Ehe ich aber auf Ihre Vorschläge und Fragen antworte, muß ich bemerken, dass Ihnen zwei erhebliche Thatsachen unbekannt geblieben zu seyn scheinen.

I. Seit vielen Jahren ist bereits eine Italienische Übersetzung meiner Rechtsgeschichte in Pisa erschienen (2). Es wird Ihnen doch interessant seyn, diese zu sehen und zu vergleichen, obgleich sie ganz aus der Übersetzung von Guenoux entstanden ist, also Ihre Unternehmung nicht hindern kann. Der Übersetzer hat sich nicht genannt, und es scheint blos die Spekulation eines Buchhändlers (3) zu seyn.

II. Weit wichtiger aber für Sie ist es, dass ich selbst vor einigen Jahren eine zweite Ausgabe der drei letzten Bände besorgt habe, die nun in dieser Ausgabe vier Bände ausmachen. Darin sind alle neue Entdeckungen und Berichtigungen (auch zu den drei ersten Bänden) enthalten, deren schriftliche Mittheilungen Sie von mir begehren. Schreiben Sie sogleich an den Verleger (Buchhändler Mohr in Heidelberg), und lassen Sie sich diese vier Bände schicken.

Ich antworte nun auf Ihre Fragen.

(80) AccST, *Carte Sclopis*, n. 28945: lettera del 5 febbraio 1834, pubblicata da Fausto Nicolini, in *Niccola Nicolini e gli studi giuridici*, cit., pp. 426-27.

* La lettera viene trascritta conservandone gli elementi grafici, allo scopo di lasciare il testo aderente all'originale.

(1) In realtà la lettera di Bollati è del 20 agosto.

(2) Savigny si riferisce evidentemente all'edizione fiorentina (cfr. *supra*, nota 26), di cui peraltro ben conosceva il luogo di pubblicazione come risulta dalla prefazione al VI volume della *Geschichte* apparsa nel 1850 e con maggiori dettagli, dopo averla esaminata, in quella del VII apparsa nel 1851.

(3) Come è noto l'opera fu pubblicata dalla casa editrice di Vincenzo Batelli e Compagni; non risulta il nome del traduttore.

1. Ob Sie die Übersetzung in sieben Bände abtheilen wollen (so wie jetzt das Original) oder in drei, ist mir gleichgültig, und ich überlasse das ganz Ihrem Gutdünken.

2. Wenn Sie alle Beilagen (Appendici) von ihrer gegenwärtigen Stelle entfernen, und in dem letzten Bande vereinigen wollen, so habe ich dagegen Nichts einzuwenden, und ich ermächtige Sie, meine Zustimmung zu dieser Einrichtung ausdrücklich zu erwähnen.

3. Dagegen kann ich es durchaus nicht billigen, wenn die Vorreden von ihrer gegenwärtigen Stelle entfernt, und besonders wenn si[e] in eine einzige Vorrede verschmolzen werden sollen. Jede Übersetzung soll ein treues Abbild des Originals seyn, und dieser Vortheil geht durch jene Einrichtung ganz verloren. Der Leser muss erfahren, was sich der Verfasser bei jedem Abschnitt seines Werkes dachte, und zu welcher Zeit er es dachte.

Sie können denken, daß mich Ihre Absicht, mein Buch in Ihrem Vaterland, und zwar ganz vollständig, zu verbreiten, sehr erfreut hat, und dass ich Ihnen dafür sehr dankbar bin. Wenn Sie mir wieder schreiben wollen, bitte ich Ihren Brief nach Berlin zu adressiren, wo ich jedoch erst wieder in Laufe des Oktobers anwesend seyn werde.

Ich unterzeichne mich mit vorzüglicher Hochachtung als

Ihr ergebenster Diener

Savigny

JAMES Q. WHITMAN

AT THE SCHOLARLY SOURCES
OF WEBER'S MELANCHOLY (*)

How did Weber come by his melancholy mood, his belief in the soulless rationalism of the modern world? In this essay, I will argue that Weber inherited his melancholy attitude toward « rationalization » from the nationalist legal historians of the nineteenth century. In particular, I will argue that he inherited his attitude from the old Germanist habit of deploring the spread of « rationalistic » Roman law.

This is a topic, as I am going to try to show, that calls for some careful reflection about Weber's debt to the nationalism of the nineteenth century. It has of course by now become old news that Weber was the product of an era of fierce nationalism. Ever since Wolfgang Mommsen published his account of Weber's mildly disturbing political views, almost forty years ago, Weber's nationalism has been a subject of uncomfortable discussion ⁽¹⁾. It has also become old news that Weber owed something to nineteenth-century nationalistic debate about Roman law. We possess, in fact, a considerable literature that portrays Weber as the child of the ugly nationalistic dispute that divided Romanists and Germanists among the jurists of nineteenth-century Germany. On the topic of Weber and the Romanist/Germanist controversies, there are fine articles by Jan Schröder ⁽²⁾, Nico Roos ⁽³⁾, Luigi Capogrossi Colognesi ⁽⁴⁾; and

(*) Revised version of an inaugural lecture as Ford Foundation Professor of Comparative and Foreign Law, Yale University.

(1) W. MOMMSEN, *Max Weber und die deutsche Politik, 1890-1920*, 2d ed. (Tübingen, 1974) (orig. 1959).

(2) SCHRÖDER, *Savigny's Spezialistendogma und die 'Soziologische' Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie* 6 (1975): 23-52.

even an excellent full-scale book by Realino Marra, which argues that the nationalistic battles over the Reception of Roman law presented the driving problem in Weber's earliest intellectual development ⁽⁵⁾.

Nevertheless, it is my conviction that legal historians have not fully come to terms with Weber's debt to the nationalistic traditions of the nineteenth century. Now, of course it goes without saying that Weber was an immensely subtle scholar, who can never be labeled « nationalistic » in any simple way. Explaining what is troubling about his nationalistic roots is an exceedingly delicate business. Nevertheless it is a business that we need to undertake more energetically than we have yet done.

This essay will undertake that delicate business in two separate parts. In the first part of the essay, I will portray Weber as the intellectual heir to one particular current in the nationalistic Germanist tradition. More especially, I will portray him as the heir to one of the darker figures among his teachers: Heinrich Brunner, the scholar famous for his characterization of the spread of Roman law as the spread of « destructive infections. » Weber's melancholy sociology, I am going to argue, betrays the influence of Brunner's rather nasty reflections on the Reception of Roman law. That does not mean that Weber himself was the purveyor of an ugly nationalism. Weber was far too subtle, and far too temperamentally moderate a man for that. Moreover, as I will suggest, even if Brunner's rhetoric was nasty, Brunner's scholarship was by no means of the most extreme nationalistic variety. In fact, it had some

⁽³⁾ N. ROOS, *Antiformale Tendenzen in modernen Recht-eine These Max Webers, diskutiert am Beispiel der Laienrichterfrage*, in S. Breuer/H. Treiber, eds., *Zur Rechtssoziologie Max Webers* (Opladen, 1984), 223-267.

⁽⁴⁾ L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Modelli romanistici e germanistici negli studi di storia agraria romana di Max Weber*, in *Sociologia del Diritto*, 2d ser. 8 (1981): 107-134; also L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Economie Antiche e Capitalismo Moderno*, (Roma/Bari), 1990, esp. 88-133. The Germanists have also attracted the attention of C. ROSETTI, *Max Weber e la Storiografia Costituzionale Comparata*, in M. Losito & P. Schiera, eds., *Max Weber e le Scienze Sociali del suo Tempo* (Bologna, 1988), 77-79.

⁽⁵⁾ R. MARRA, *Dalla Comunità al Diritto Moderno. La Formazione giuridica di Max Weber, 1882-1889* (Torino, 1992), 16 and often. I have not been able to obtain a copy of MARRA, *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber* (1996).

close connections to the Romanist tradition of Savigny. Nevertheless, the fact remains that Brunner, and the larger nationalist tradition to which Brunner belonged, exercised some troubling influence on Weber's sense of the shape of European legal history.

But how much should that matter for our evaluation of Weber? In the second part of the essay, I will attempt to answer that difficult question. Despite Weber's subtlety and moderation, I will contend, the decline of nationalism has brought with it a certain decline in the attractiveness of his melancholy sociology. For Weber's sociology of « rationalization » really was very deeply linked to the old nationalistic obsession with the spread of Roman law. Even though Roman law played nothing like the demonic central role in Weber's writings that it played in the writings of his predecessors, the fact remains that Weber's sociology was a drama that was structured to highlight the role of Roman law. And that makes it a drama that is diminishingly a drama for our times. We simply no longer care about Roman law with the sort of passion that gripped Weber's teachers. European legal history, for us, has become less and less the tale of the gradual triumph of Roman law, more and more the tale of the *ius commune* system and of the spread of Canon law in all of its many forms. This hardly means that Weber's sociology of law was entirely wrong. But I will try to show that it weakens Weber's sociological analysis in some significant ways. Most importantly, it makes Weber's characteristic *mood* less appropriate than it once was. If I can persuade my reader that the end of the old nationalistic obsession with Roman law means that we no longer need to strike the characteristic Weberian pose, the pose of melancholy resignation, this essay will have served its purpose.

I

Weber began his intellectual life as a legal historian. Indeed, we now know about his training in the most intimate detail ⁽⁶⁾. The

⁽⁶⁾ This approach was largely made possible by Winkelmann's publication of the Lebenslauf that Weber attached to his original dissertation. See J. WINKELMANN, *Max Webers Dissertation*, in *Max Weber zum Gedächtnis*, ed. König and Winkelmann, Köln/Opladen, 1963, 10-12 (=Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie,

young Weber, as a student of legal history, was, we know, in touch with every branch of the nineteenth-century German tradition in law. Through E. I. Bekker, Weber was exposed to the tradition of Puchta, and so to the great line of dogmatic Romanist scholars. He read Dernburg and Windscheid as well; does it go without saying that he especially approved of the former? Pernice, too, was among his teachers, introducing him to the post-dogmatic scholarship of the later nineteenth century. In Berlin, Weber heard the last lectures of Georg Beseler, and he was an especially avid student of Heinrich Brunner; that is to say, he sat at the feet of some of the very greatest of the German Germanists. He learned constitutional law from no less a figure than Gneist. And of course the teacher who carried him through his dissertation was Levin Goldschmidt, the historian *sans pareil* of commercial law (7). Every enthusiast of nineteenth-century German legal scholarship will be impressed by this roster.

But what exactly did Weber absorb from all these teachers? Weber scholars have, of course, long maintained that he acquired his idea of the « rational » from his studies in nineteenth-century legal science, and especially from the tradition of Savigny (8); and his debts to figures like Sohm and Jellinek are frequently mentioned (9). But the recent literature on the Germanist/Romanist controversy aims to place Weber more exactly in the context of a distinctly polemical literature. Thus Marra and Capogrossi Colognesi are interested above all in showing how much Weber profited from the embittered Romanist/Germanist debates over the nature of communal and corporate forms. Capogrossi Colognesi's concern is primarily the impact of Germanist ideas of communal forms on Weber's study of Roman agrarian history. As for Marra: he has tried to

Sonderheft 7); and P. SCHIERA, *Max Weber und die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in M. Rehbinder and K.-P. Tieck, *Max Weber als Rechtssoziologe* (Berlin, 1987), 158-62.

(7) For the general history of Weber's studies, MARRA, *Dalla Comunità*, 21-94.

(8) M. REHBINDER, *Max Weber und die Rechtswissenschaft*, in Rehbinder and Tieck, *Max Weber als Rechtssoziologe*, 141 n. 54 and lit. cited there; G. REBUFFA, *Weber e la Scienza del diritto*, in Losito and Schiera, *Weber e le Scienze Sociali*, 189-200.

(9) See, e.g., G. REBUFFA, *Max Weber e la Scienza del Diritto* (Torino, 1989), with further citations. It would be difficult to praise the work of my countrymen, S. TURNER and R. FACTOR, *Max Weber: The Lawyer as Social Thinker* (London/New York, 1994).

compose a coherent tale of Weber's early development up through the completion of his famous dissertation on « Die Handelsgesellschaften im Mittelalter ». As Marra presents, it, the young Weber learned a primitive sociology of communal forms from his Germanist teachers; while at the same time, he was joyously initiated, by his Romanist teachers, into the beauties of Roman law. When he turned his full attention, under Goldschmidt's guidance, to the history of commercial law, he was thus able to bring to his work a cultured sensibility about the decay of communal forms that would mark his sociology throughout his career ⁽¹⁰⁾.

Both Marra and Capogrossi Colognesi are particularly interested in Weber's debt to the Germanists. Schröder and Roos, by contrast, lay the emphasis on the Romanist side. Schröder in particular, in a justly admired article, traces the history of what he calls Savigny's « Spezialistendogma » up into the sociology of Weber. As Schröder tells the tale, Weber acquired, from the Romanist tradition, the belief that the development of modern law was inevitably the development of a kind of legal division of labor, in which law became more and more the preserve of a class of jurists, became a *Juristenrecht* that left no room for lay participation. This « Spezialistendogma » was shared by Savigny, Puchta, Mommsen and Weber. It stirred the ire of Beseler and other Germanists, particularly in the form in which Puchta presented it; and it also stirred the ire, finally, of various representatives of the Free School of Law. Thus Weber stood, as it were, in the Romanist lists when he attacked the authors of a neo-Germanistic Free School ⁽¹¹⁾.

There is some tension between these views of Weber as Germanist and Weber as Romanist; but as we shall see, that tension is easily resolved. What is important about this literature is that, taken together, it represents a great advance in our knowledge of Weber's scholarly sources. We are now able to see to what extent Weber acquired his sense of the shape of European legal history from the polemics of the nineteenth century. On a grander level, if you like,

⁽¹⁰⁾ Sim. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Economie Antiche e Capitalismo Moderno*, e.g. at 125ff., on Weber's analysis of Roman agrarian history.

⁽¹¹⁾ Along these lines, see also G. REBUFFA, *Max Weber e la Scienza del Diritto* (Torino, 1989), esp. 142-152.

we can see that scholarly polemics, though they may be very ugly, produce truths.

But if Weber learned many true things as a student of the polemical nineteenth-century literature on the Reception of Roman law, did he learn despicable things as well? This is question to which our existing Weber scholarship does not really give us a satisfying answer. The name of Brunner may seem a particularly disturbing one to discover on the list of Weber's teachers. We all know that Brunner was responsible for some of the more poisonous anti-Roman writing in the history of German scholarship; to see Weber in the company of Brunner is to see him in the company of an undeniably disturbing figure. How much did Weber absorb of the more bitter and bilious nationalism of his German day?

II

The unsurprising answer is that, while Weber learned a certain attitude of sorrow, he never learned to be bitter or bilious. But formulating that answer correctly involves digging more deeply into his scholarly sources. More especially, it involves tracing a line of development, in German legal historical thought, that runs from Savigny to Beseler to Adolf Stölzel to Brunner and on to Weber.

In particular, it involves grasping something that all of these scholars shared — something that I am going to call, following Schröder's lead in coining fresh terms, the « Methodendogma ». By this I mean the doctrine that *method matters more than substance*, the provocative interpretive doctrine that holds that the spread of legal systems is a function of the tendency of superior method to drive out inferior method. According to this doctrine, we can best analyze the spread of something like Roman law, not as the spread of substantive Roman rules, but rather as the spread of Roman legal method. This is a doctrine that appeared first in the Romanist polemics of Savigny, but one that would also appear in the Germanist polemics of Brunner. It is a doctrine that was obviously quite closely linked to Schröder's *Spezialistendogma*; *Spezialistendogma* and *Methodendogma* belong together, as two chapters in one tale of « Verwissenschaftlichung », of an interpretation of the spread of legal systems that emphasizes professionalization both of personnel

and of technique ⁽¹²⁾. Yet if the two dogmas belong together, they differ in an important way: for, as we shall see, it was quite possible for believing Germanists to accept various versions of the *Methodendogma* even while passionately rejecting the *Spezialistendogma*. Indeed, it was a Germanist version of the *Methodendogma*, I want to argue, that carried within the seeds of a characteristic Weberian melancholy.

The place to begin, though, is not with the Germanists at all, but with Friedrich Carl von Savigny's seminal defense of the study of Roman law. It was in the fourth section of his famous pamphlet, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, that Savigny, battling against the nationalist critics of the authority of the Roman texts, introduced the *Methodendogma* into the nineteenth-century German literature ⁽¹³⁾. Savigny — for whatever reason he chose to defend Roman law ⁽¹⁴⁾ — chose to defend its method above its substance. Other admirers of Roman law, Savigny observed, had often claimed that it held « die ewigen Regeln der Gerechtigkeit » ⁽¹⁵⁾. In truth, though, the value of Roman law did not have to do with its substance at all. It had to do with the Roman jurists' magnificent method:

In jedem Grundsatz sehen sie zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich die Regel, wodurch er bestimmt wird, und in der Leichtigkeit, womit sie so vom allgemeinen zum besondern und vom besondern zum allgemeinen übergehen, ist ihre Meisterschaft unverkennbar. Und in dieser Methode, das Recht zu finden und zu weisen, haben sie ihren

⁽¹²⁾ On « Verwissenschaftlichung, » discussion and ample citation of literature in T. GIARO, *Römisches Recht, Romanistik, und Rechtsraum Europa*, in *Ius Commune* 22 (1995): 6-8. On this, see also the remarks of RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (Ebelsbach, 1984), 329-30.

⁽¹³⁾ I do not mean to deny that Savigny drew on eighteenth-century ideas, including notably those of Pütter, on which see P. CAPPPELLINI, *Sistema Iuris* (Firenze, 1984), 1: 203-212. For the association of Savigny with this line of thought in the nineteenth century, though, and for striking criticism of it, see JHERING's remarks in *Geist des römischen Rechts*, Teil 1, 10th ed. (repr. Aalen, 1968), 18-19.

⁽¹⁴⁾ Compare the remarks of P. CARONI, review of A. Mazzacane, ed., *Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842* (1993), in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 24 (1995), 415-416.

⁽¹⁵⁾ SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* [27], in H. Hattenhauer, ed., *Thibaut und Savigny. Ihre Programmatistischen Schriften* (München, 1973), 113.

eigenthümlichsten Werth, darin den germanischen Schöffen unähnlich, daß ihre Kunst zugleich zu wissenschaftlicher Erkenntniß und Mittheilung ausgebildet ist, doch ohne die Anschaulichkeit und Lebendigkeit einzubüßen, welche früheren Zeitaltern eigen zu seyn pfligten ⁽¹⁶⁾.

The substance of Roman law simply was not the issue:

Über den materiellen Werth des Römischen Rechts können die Meynungen sehr verschieden seyn, aber über die hier dargestellte Meisterschaft in der juristischen Methode sind ohne Zweifel alle einig, welche hierin eine Stimme haben ⁽¹⁷⁾.

I will return, in due course, to Savigny's closing swipe at those « who have no say in the matter ». For the moment, let me focus on Savigny's interpretive argument. For with these striking passages on the superior importance of Roman legal method, we pick up the thread that I most want to follow, through the nineteenth century and into the melancholy sociology of Weber. It is accordingly very important that we understand why Savigny took the stand that he did.

Why did Savigny lay such stress on Roman legal method? In part, he was simply speaking as any lawyer in the elegant tradition, taken with the immense and endless charm of Roman legal reasoning, might speak. In part, he was contributing his mite to a long-standing German project to make a *Wissenschaft* out of Roman law ⁽¹⁸⁾. In part, he was, as Dieter Nörr shows, speaking from the heart of the aesthetic philosophy of his day ⁽¹⁹⁾. In part, as a number of recent commentators have suggested, Savigny's attention to method had to do with his interest in establishing just what sort of (prominent) role jurists would play in the German legal order ⁽²⁰⁾. All these things are true.

Yet at the same time, it is important to remember that Savigny's

⁽¹⁶⁾ *Beruf* 115 [30-31].

⁽¹⁷⁾ *Beruf*, 118 [35].

⁽¹⁸⁾ See the discussions of CAPPELLINI, *Sistema Iuris*, 1: 194-212; and J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « Praktischen Jurisprudenz »* (Frankfurt a. M., 1979).

⁽¹⁹⁾ NÖRR, *Savignys Philosophische Lehrjahre* (Frankfurt a. M., 1994), esp. 265-69.

⁽²⁰⁾ R. STICHWEH, *Motive und Begründungsstrategien für Wissenschaftlichkeit in der deutschen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts*, in *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 330-351; H. H. JAKOBS, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts* (Paderborn/München/Wien/Zürich, 1983), 39-45; R. OGOREK, *Volksgeist 'Spätlese'*, in *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), 3-17.

emphasis on method at the expense of substance had a *polemical* turn. Savigny did not simply say that he was *for* studying method; he also said that he was *against* studying substance. That deserves some attention. Why did Savigny feel the urge to downplay substance? Clearly enough, he was partly trying to deflect certain specific attacks on Roman law. Many of the nationalist assaults on Roman law that Savigny faced were assaults on the substance of Roman law; opinions did indeed differ on the « materieller Werth » of Roman law. The nasty assertion that Roman law was slave law was one that Gustav Hugo had already felt obliged to refute ⁽²¹⁾. Other nasty assertions were also in the air. To J. S. Pütter, for example, the evil of Roman law did not have to do only with the fact that it favored the power of learned jurists over that of lay judges; the evil of Roman law also had to do with its substance: for the Roman law of contract and of other transactions had displaced the beautiful, simple substance of native German law ⁽²²⁾. As the nineteenth century wore on, similar attacks on the substance of Roman law would continue, though they would of course take different forms — especially the form of attacks on Roman property rules, and more broadly on the supposed individualism of Roman law.

Whatever form such attacks might take, though, they were all ugly. Moreover, they were all well calculated to stir up resentment against Roman law. Indeed, it is important to remark that questions of substance *always* tend to stir up more passion than questions of method; this is itself a fact about the psychology of law. Talk about the structure of property relations or about slave law always tends to grip men's minds more than talk about methodological finesse.

By preaching against the importance of the substance of the law, Savigny was accordingly trying to do more than parry certain specific attacks on Roman law. He was trying to lower the temperature of debate, to bleed some of the passion out of the law. He was trying to encourage a dispassionate *mood* of discussion about legal history. This effort embodied, clearly enough, a kind of patrician attempt to

⁽²¹⁾ See J. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era* (Princeton, 1990), 155.

⁽²²⁾ J. S. PÜTTER, *Elementa Iuris Germanici Privati Hodierni in usum Auditorum* (Göttingen, 1748), 10-11 (= Prolegomena, secs. 29-30).

stand above nationalistic debate: Those who battled over the excessively passionate stuff of the mere substance of the law were lesser persons; higher jurists would always be at one about method. Savigny's *Methodendogma* was thus something of an attempt to appeal to the patrician dispassion of jurists on *both* sides of the Romanist/Germanist debate, asking that all jurists leave the coarse and overly charged stuff of substance behind.

It was an attempt that would have mixed success. Savigny's argument did prove to have an appeal to some Germanists, if not always precisely the appeal he might have hoped. There were Germanists who followed Savigny relatively closely, accepting the idea of the superiority of a more or less Romanizing method. This was the line, long since expertly traced by Walter Wilhelm, which tried to work out the application of a conceptualist method using the substance of Germanic law. This tradition runs from the well-known work of Savigny's follower Georg Friedrich Puchta, through the work of the Germanist C. F. Gerber and others. Puchta was, as Schröder emphasizes, closely associated in Germanist minds with the «Spezialistendogma», with the idea of the inevitability of the triumph of a *Juristenrecht* (23). Nevertheless, he had Germanist followers who accepted the notion that Roman method could be used to build methodologically secure structures using a «genealogy» of the basic concepts of any substantive tradition, including the Germanic one (24). The method of Roman law had no necessary link to the substance of the Roman rules; it was, as Savigny had implied, universally applicable.

At the same time, though, it is important to remember that there were Germanist scholars who reacted differently to Savigny's *Methodendogma* who reacted with both intellectual admiration and emotional revulsion. One could, after all, accept the global proposition

(23) SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma*, 28.

(24) W. WILHELM, *Zur Juristischen Methodenlehre im Neunzehnten Jahrhundert* (Frankfurt a. M., 1958); and, more recently, D. GRIMM, *Methode als Machtfaktor, in Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, (München, 1982), Bd. I: 471-487. On Puchta, P. LANDAU, *Puchta und Aristoteles*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung) 109 (1992): 1-30; and the discussion of J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas* (1798-1846) (Karlsruhe, 1975), 99-125.

that method matters more than substance, while denying the special value of Roman method. One could, moreover, feel deep *passion* even about the seemingly sober stuff of method. Even if substance will always *tend* to matter more than method in the hearts of men, the history of the Germanist movement shows that both scholars and layfolk could develop very passionate feelings indeed about methodological conflicts. That, in fact, is, I think, how we should read Georg Beseler, the scholar who, near his death, was to be Weber's teacher. It was Beseler whose famous 1843 attack on Puchta Schröder correctly highlights; Beseler was a vehement critic of the *Spezialistendogma* ⁽²⁵⁾. But it was also Beseler who developed a wholly Germanist version of the *Methodendogma*, of the notion that *method matters most*.

Indeed, Beseler's 1843 *Volksrecht und Juristenrecht* was, with regard to the *Methodendogma*, a thoroughly Savignyan book. It was of course a book that was ferociously anti-Puchtian in its rejection of the idea that it was all right or inevitable that jurists should « represent » the nation. Schröder is entirely right about that. It was also a book that showed some of the old conviction that the evil of Roman law lay in the substance of the Roman rules. Like his contemporary Karl Marx, who was mounting his own attacks on Roman law at the same time, Beseler saw many things that were destructive in the details of Roman law; he also saw much that was beautiful in the communitarian and democratic substance of Germanic law as he conceived it. Marra is right to note the communitarian aspect of Beseler's book.

At the same time, though, the extent to which Beseler accepted Savigny's broad picture of the European legal world is striking indeed. *Method*, not *substance*, was the first thing that mattered about a *Volksrecht*. The dogma was one that Beseler presented, in the same fashionable philosophical language of the time that Savigny had adopted, as one of the superior importance of « Anschauungsweise » ⁽²⁶⁾. What marked a *Volksrecht* was its direct and plastic apprehension of the world:

⁽²⁵⁾ SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma*, 28-31. My mix of agreement with, and reservations about, the account of MARRA, *Dalla Comunità*, 41-44, should be obvious.

⁽²⁶⁾ See NÖRR, *Savignys Philosophische Lehrjahre*.

Nimmt man das Volksrecht in seiner eigentlichen Bedeutung als das im Volke entstandene und in dessen Bewußtseyn lebende Recht, so kann über die Lösung der Frage, wie es erkannt wird, nicht leicht ein Zweifel bestehen. Das Volk in seiner Gesamtheit oder in seinen engeren Kreisen, wie nun der Umfang des Rechts sich darstellt, hat von demselben eine unmittelbare Anschauung, welche in den Zuständen und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens die darin enthaltenen rechtlichen Momente erfaßt, und mit jenen zugleich die sie beherrschenden Norm kennt und handhabt (27).

A kind of method founded in immediate perception of the legal world lay at the core of *Volksrecht*. (Even moreso did method, in Beseler's account, lie at the core of Juristenrecht (28)). Beseler in fact represented a Savignyan-Germanist line, and it is a line whose connections with Weber are easy to draw. For of course the implication of Beseler's account was that the spread of Roman law had meant the death — at least the temporary death — of a beautiful methodological world of « unmittelbare Anschauung », of a law that lay within the « Bewußtsein » of the people.

(27) BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig, 1843), 109. On Beseler, B. KERN, *Georg Beseler* (Berlin, 1982).

(28) BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, 299-300. In effect, Beseler attempted, not to deny the truth of the doctrine of the superior importance of method, but to deny that the learned jurists of the period of the Reception in fact employed a method of any value: « Anfangs nahm man mit dem römischen Recht die von den italienischen Juristen ausgebildete Lehre von der communis Doctorum opinio auf, welche von dem unter den gegebenen Verhältnissen ganz richtigen Grundsatz ausging, daß die gemeinsame Ueberzeugung des Juristenstandes oder doch die überwiegend vorherrschende Meinung seiner bedeutendsten Vertreter über die Geltung eines im römische Recht nicht klar ausgesprochenen Rechtssatzes entscheide. Die Schwäche dieser Theorie lag, abgesehen von dem Werth der ganzen Rechtsbildung, mit welcher die bezeichnete Anschauungsweise unmittelbar zusammen hing, hauptsächlich in der Art, wie man sie zur Anwendung brachte. Denn statt eine wissenschaftliche Untersuchung über jene unter den Juristen fest gewordene rechtliche Ueberzeugung anzustellen, begnügte man sich meistens damit, einzelne Auctoritäten, unter denen Bartolus und Baldus mehr noch als die Glossatoren hervorragten, anzuführen, oder... ohne Kritik und oft durch ein ganz oberflächliches Zählen der Gewährsmänner die communis opinio zu bestimmen. Dieß Verfahren, wogegen schon Zasius eiferte, kann man als die erste Periode in der Entwicklung des deutschen Juristenrechts bezeichnen ». Puchta was thus wrong to describe Roman law of the era of the Reception as meaningfully « wissenschaftlich ».

III

In tracking Weber's roots, Schröder leaps from 1843 to the turn of the century; and, as we shall see, I think he is fundamentally right to do so. Nevertheless, it is important to tarry a bit over the work of the latter half of the nineteenth century. After 1848, and especially during the 1860s and 1870s, German debate over the Reception of Roman Law began to attain levels of institutional sophistication that were nothing if not admirably high. If the topic of Weber and the Romanist/Germanist controversies is an important one, it is surely worth emphasizing how many truths Weber had to learn from reading the polemical writings of the generation that preceded him.

Indeed, if we read the literature of the 1860s and after, we can get a full-bodied sense of how much the scholarship of a Weber was the product of many years of very deep German thinking about the paths of legal development in Europe. Hints of what would become Weber's sociology abound in the literature of this period⁽²⁹⁾. Rather than work through all the nineteenth-century authors *singillatim*, though, I would like to focus on the finest of the mid-century accounts of the Reception of Roman law, and the one that Weber himself chose to highlight in *Wirtschaft und Gesellschaft*: Adolf Stölzel's 1872 study, *Die Entwicklung des gelehrten Richtertums*⁽³⁰⁾. Stölzel's book shows us how very deep German legal historical thinking had become, shortly before Weber began his studies. It shows us how much German legal history, like all the human sciences of the day, had gained force from the new styles of evolutionist thinking. Not least, it shows us how strong the influence of Savigny's *Methodendogma* remained, a decade before Weber began his studies.

(29) For literature that displays some of the remarkably deep institutional-historical analysis that developed in the course of the debate, see W. ARNOLD, *Die Rezeption des römischen Rechts und ihre Folgen*, in id., *Studien zur deutschen Kulturgeschichte* (Stuttgart, 1882) (orig. 1872), 337ff.; W. MODDERMAN, *Die Rezeption des römischen Rechts*, trans. K. Schulz (Jena 1875), esp. at 61; LABAND, *Über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht* (Strassbourg, 1880).

(30) See WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th ed. (Tübingen, 1976), 2. Halbb., 491. Alongside STÖZEL, Weber also chose to highlight the critique of Stölzel mounted by E. Rosenthal. One assumes that this reflects the influence of G. von BELOW, *Die Ursachen der Rezeption des Römischen Rechts* (München/Berlin, 1905), 32.

In Stölzel's work, the ideas of Savigny crystallized, in fact, into an elegant evolutionary account. Stölzel's book, I should say, included more subtle observations, and certainly more valuable information, than I will summarize here. All that I will present is the briefest summary of Stölzel's epochal account of the causes of the penetration of Roman law into Germany.

This was an event that Stölzel explained by imagining what we might call the Primal Scene in European legal history: the dramatic encounter between, on the one hand, learned jurists, armed with the knowledge of juristic logic, and, on the other hand, law-finders of a customary type ⁽³¹⁾. As Stölzel saw it, the problem was to account for a mystery in the spread of learned jurists into German countryside and towns. These learned jurists did not at first enjoy any exclusive power of judging. On the contrary, where they sat in judgment, they sat alongside law-finders of the customary type. How then did the learned jurists, trained in Roman law, manage to draw the powers of judgment into their own hands?

Stölzel's answer involved a bitter and Beseler-like version of the *Methodendogma*, but one that advanced well beyond Beseler in the direction of developing a carefully-reasoned evolutionist argument. As Stölzel explained (in an argument that I simplify somewhat), it was the method of customary law-finders to search their memories for prior decisions about the matter before them; the legal decisions of customary law-finders were «kaum etwas Anderes als eine Auskunft über das Bestehen oder Nichtbestehen eines im Bewusstsein der Schöffen fortlebenden Rechtssatzes» ⁽³²⁾. Their method was thus precisely one of direct *Anschauung*; it was one, above all, founded in the use of memory. It was an inevitable feature of such a memory-based technique that some cases would have no customary solution — that there should be gaps. What were customary law-finders to do if they encountered such a gap? At the beginning of the process of the spread of «foreign» law into Germany, customary law-finders who were stumped turned to arbitrators; and when those arbitrators were familiar with learned law at all, it was

⁽³¹⁾ STÖLZEL, *Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien* (Stuttgart, 1872), 605-606.

⁽³²⁾ *Id.*, 607.

because they belonged to the Church personnel ⁽³³⁾. But as the study of Roman law grew, the use of the sort of equitable principles involved in arbitration began to give way to the « strict », and technically non-equitable, use of Roman law: « Während der Richter der neuern Zeit nach strengen Rechtsprinzipien entscheidet, übt der Schiedsmann mehr Vergleichs- und Ermessensjustiz » ⁽³⁴⁾. It was, of course, a feature of the use of « strenge Rechtsprinzipien », that solutions could be generalized to fill gaps, to suit the « Vielgestaltigkeit und feine Nuancierung der einzelnen Fälle ».

The consequence was that whenever an unprecedented matter came before a bench on which both learned jurists and customary law-finders sat, the former stood at a fateful advantage over the latter. For faced with such a case, the customary law-finder would have no answer to give; his « consciousness » revealed no customary way of dealing with matters that had never before arisen. The learned jurist, by contrast, could speak fluently and cogently, generalizing from what he had studied to the case before him. So it was that in the gaps, the unregulated cases in customary law, Roman law could creep in. Faced with a gap, the learned jurist could shine, while his colleague the customary law-finder could only sit by flummoxed, ignorant, and abashed.

The penetration of Roman law was thus, at the beginning, a penetration into the gaps; and it was a penetration that took place amid the quiet humiliation of the inarticulate local populace. This analysis of the penetration of Roman law into Germany was remarkable on any number of counts. It managed to link the everyday dynamic of judging to the grandest developments in legal technique. It did so with a sensitivity to political context that remains rare among legal historians to this day. Not least, it belonged to the best style of evolutionist argument of an evolutionist age. For it identified an evolutionary mechanism, in the filling of gaps, that lent motive force to the spread of new methods.

⁽³³⁾ ID., 193. (Note that Stölzel was thus well aware that the Church was the first « learned » institution to penetrate the countryside; it was typical of the nineteenth century, though, that he regarded that fact as important primarily for explaining, not the dynamic of the spread of the Church, but the dynamic of the spread of Roman law.)

⁽³⁴⁾ ID., 607.

And of course it had powerful implications, both value-neutral and value-laden. Stölzel's analysis implied, first of all, that the evolution of society brought with it the expanding empire of legal reason. For as the European world produced more and more matters that were not governed by customary rules, the growth of « strenge Rechtsprinzipien » seemed, on Stölzel's account, inevitable. The very forward march of society thus seemed to mean, though Stölzel vehemently denied it ⁽³⁵⁾, the forward march of learned jurists and of learned legal reasoning. This was a value-neutral implication, and one that would of course be pursued in the mature works of Weber.

But it was a further value-laden truth that this growing triumph of « strenge Rechtsprinzipien » was a dismal spectacle. This was partly because « strenge Rechtsprinzipien » were distinguished, in Stölzel's mind, from a sensitivity to questions of equity. But it was also for a less technical reason that any nationalist reader of Stölzel's text could grasp. Any German nationalist had to feel a small, smoldering, hatred when reading Stölzel's account of the Primal Scene that I have described. For of course that scene featured the sadly abashed and humiliated Germanic customary law-finder, left speechless before the windy foreign « reasonings » of the learned jurist ⁽³⁶⁾. The mood of resentment that this image stirred would continue to be strongly felt into the Nazi period ⁽³⁷⁾.

IV

And did Max Weber feel the same resentment?

That is the question I have set out to address. It is the question effectively posed by any essay on Weber's debt to the Germanist

⁽³⁵⁾ *Id.*, 613.

⁽³⁶⁾ For the similar views of Sohm, also of course among Weber's teachers (MARRA, *Dalla Comunità*, 36), and the influence on Sohm's views of those of Stölzel, see the discussion in G. von BELOW, *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland* (München/Berlin, 1905), 17-22.

⁽³⁷⁾ See, e. g., J. RÜCKERT, *Der Rechtsbegriff der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: der Sieg des 'Lebens' und des konkreten Ordnungsdenken, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkungen*, in Rückert and D. Willoweit, eds., *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit* (Tübingen, 1995), 180-181 and often.

tradition. It is obviously a disturbing question — just as other questions about Weber's seeming affinities with some of the more frightening lines of pre-1945 nationalistic German thought are disturbing. The answer given by Marra (as by Pierangelo Schiera) is a reassuring one. If Weber was drawn to the Germanist tradition, say these authors, what he was drawn to was the pre-1848 current in the Germanist tradition — the old Germanist liberalism that had led the mid-century bourgeois revolution⁽³⁸⁾. When Weber attended the lectures of the aged Beseler, this interpretation stresses, he found himself in the presence of a living link to early nineteenth-century liberalism. There certainly must be some truth in this answer; nevertheless it is too easy. The Germanism of the Wilhelmine era was notoriously not the liberal Germanism of '48. When Weber moved among late nineteenth-century Germanists, he moved among men whose beliefs had become too deeply illiberal, in too many ways, to count them among anyone's liberal forebears. It is not possible to pose the question of Weber's debt to the Germanist tradition without acknowledging that Weber was swimming, at least at times, with a very chill current in the German political waters. The question is not whether that current was chill — it *was* chill; the question is how deep Weber dove into it, and how far he stayed with it.

So it is that we come to Heinrich Brunner, Professor of Germanic Law in Berlin, and the Germanist whom, alongside Beseler, Weber saw particularly fit to mention among his teachers⁽³⁹⁾. Brunner is remembered among legal historians everywhere⁽⁴⁰⁾. But he is perhaps particularly well-remembered in the common-law world, where scholars still keep his most famous metaphor alive: common-law historians still willingly speak of the spread of Roman

(38) SCHIERA, *Max Weber und die deutsche Rechtswissenschaft*, 160-61; MARRA, *Dalla Comunità*, 188-189.

(39) See the Lebenslauf appended to Weber's dissertation and reproduced in WINCKLEMAN, *Webers Dissertation*, 12.

(40) See G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Brunner*, in Erler and Kaufmann, eds., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1: col. 523-525; and SCHUBART-FIKENTSCHER's note in G. Kleinheyer and J. Schröder, eds. *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (Karlsruhe/Heidelberg, 1976), 321.

law as the spread of « infections »⁽⁴¹⁾. And it is of course Brunner's association with the violent language of « infection » that most starkly poses the problem of Weber's connection with the ugliest forms of German scholarly nationalism.

What, then, did Brunner mean by his famously bitter account of the spread of Roman law, and what would Weber have gotten from him? Marra, like Schiera before him, has seen how attractive a figure Brunner must have been for Weber. In his fourth semester of study in 1885, at a time when Weber was under considerable pressure to settle the future course of his studies, he chose to attend only the lectures of Brunner and Gneist in Berlin. Indeed, Weber acknowledged his debts to Brunner over those to a Germanist scholar who is much more famous today: Otto von Gierke. Gierke has a long-standing and well-merited place in the literature of the history of sociology; and it may come as something of a surprise that Weber did not name him as his teacher. Marra is surely right to believe that Weber's choice of Brunner over Gierke is worth remarking⁽⁴²⁾.

Marra is surely also right, though, in hesitating to say exactly what this choice signified. We cannot easily know why Weber would have decided to pass over Gierke's name. Still it is certainly true that his choice of Brunner was the choice of a scholar who differed from Gierke in some significant matters of emphasis. Gierke was comparatively close to the old Germanist tradition that occupied itself in denouncing the substance of the Roman rules⁽⁴³⁾. In this, as in so many things, Gierke resembled, as has often been observed, Karl Marx. Gierke is rightly, and widely, identified with charges against the substance of Roman law — charges that the substance of Roman law was « anti-social » in its property rules, and its supposed « individualism » and « commercialism » of various kinds. It was this

(41) For the continuing prominence of Brunner's metaphor, compare J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3d ed. (London, 1990), 33.

(42) MARRA, *Dalla Comunità*, 45 n. 44. For Gierke's (relative) dissatisfaction with Weber's dissertation, see also MARRA, *Un eretico alla facoltà giuridica di Berlino. L'Abilitazione alla docenza di Max Weber*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* (1996): 397.

(43) Gierke too, of course, spoke both of method and of substance: To him, Roman law was a « nach Form und Gehalt dem deutschen Geist fremdes Gedanken-system. » GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols. (Berlin, 1868-1913), 3: 646.

conviction that sang through both his historical writings and his famous attack on the *Bürgerliches Gesetzbuch*. And while he certainly accepted the idea that Roman law was a *Juristenrecht*, the question of the relative strengths of different methods held little charm for him ⁽⁴⁴⁾.

Brunner, by contrast, saw the world more in the way that his own teacher Georg Beseler saw the world. Weber's choice of Brunner over Gierke, if he ever made the choice in those terms, was a choice of someone who gave a more prominent place to the *Methodendogma*. Now, it should be said that, for the most part, Brunner was not terribly concerned with the classic questions of the Reception of Roman law. He was an extremely sober and exact master of the sources, who specialized in early English and Frankish material. The later Reception of Roman law was something he treated in his brief and very general survey of German legal history, first composed for Holtzendorff's *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, which was regularly issued from the 1870s onward, and finally published separately as Brunner's *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte* in 1901. Even that survey was for the most part, sober and exact. It ran through a variety of factors in the Reception of Roman law, carefully distinguishing between practical and theoretical receptions. It brought together intellectual, political and institutional analyses with a style and penetration whose appeal to Weber is wholly unsurprising ⁽⁴⁵⁾.

Nevertheless there was always more to Brunner than the sober and exact scholar. For, at the end of his careful discussion of the causes of the Reception of Roman law, he did not hesitate to let

⁽⁴⁴⁾ Compare the ugly narrative, amounting almost to a conspiracy theory, at *Deutsches Genossenschaftsrecht*, 2: 21: « der Träger der Rezeption war ein sich neu entwickelnder gelehrter Juristenstand. Nicht das Volk nahm das fremde Recht auf und verlernte sein nationales Denken. Ein römisch geschulter Berufsstand vielmehr, dessen Vorstellungsweise dem Volke ebenso fremd blieb, wie ihm selber die fortlebende Vorstellungsweise des Volkes, importierte die fremden Begriffe, eroberte langsam Gericht, Gesetzgebung und Verwaltung und zwang nach errungener Herrschaft das Leben, sich diesem buchgelehrten Begriffssystem zu fügen ».

⁽⁴⁵⁾ BRUNNER/VON SCHWERIN, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 8th ed. (München/Leipzig, 1930), 258-265 (similar in earlier editions).

sound a great wail of lamentation about that event — an event he called, following Beseler, a « nationales Unglück » (46).

And how did Brunner conceive this « national misfortune »? His accounts differed somewhat over time. His earliest version, conceived in a mid-century era when nationalists thought of the drama of German history as the drama of German failure to unify, dwelt upon the history of German fragmentation. Brunner's first account of the Reception, as it stood in Holtzendorff's *Encyklopädie*, described the penetration of Roman law as the consequence of a medieval longing for a single unified national legal system (47). Roman law had come to Germany because it was the only body of law capable of furthering the cause of unification. In this sense, the Reception was "not to be contested." Nevertheless, the Reception remained something to be *lamented* by any true nationalist; and Brunner did not hesitate to lament it, in evocative language. Here is Brunner's first lament, as it stood in his published survey of German legal history around the time that Weber studied with him:

Ein nationales Unglück war jenes engherzige Ignoriren des Deutschen Rechts, jenes geistlose und rein äußerliche Aufpropfen Römischer Rechtsätze auf einheimische Verhältnisse, die Unkenntniß des Gegensatzes zwischen diesen und dem Römischen Rechts, welche taub machte gegen die Wahrheit, daß kein Volk mit der Seele eines anderen zu denken vermag (48).

In this immensely powerful passage, hatred of the substantive rules of Roman law mixed intimately with objections to learned method. But its greatest rhetorical force came from its unanalyzable final metaphor: « No people can think with the soul of another ». It is hard to say what that might mean as a scholarly proposition; but

(46) See BRUNNER, *Geschichte und Quellen des Deutschen Rechts*, in F. von HOLTZENDORFF, *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 4th ed. (Leipzig, 1882), 269 (other editions are similar); BRUNNER, *Grundzüge*, 269. For Beseler as the source, and his influence, P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft* (Frankfurt a.M./Bern/Las Vegas, 1979), 70.

(47) BRUNNER, *Geschichte und Quellen*, 269: « Da die einheimische Rechtsentwicklung über ihren Partikularismus nicht hinauskam, ist ungefähr um dieselbe Zeit, als über den verschiedenen Deutschen Mundarten eine gemeinsame Deutsche Schriftsprache erwuchs, das Römische Rechts als gemeines geschriebenes Rechts Deutschlands zur Herrschaft gelangt ». This passage continued to appear in Brunner's post-1901 accounts.

(48) *Geschichte und Quellen*, 269.

its lineage in the tradition of scholars like Stölzel and Beseler is clear enough.

The account of the Reception that Brunner gave from 1901 onward retained all of the late Romantic rhetorical fire of the passage just quoted. But it introduced a much more perspicuous analytic structure into Brunner's argument. Indeed, the famous « destructive infections » metaphor itself, rhetorically nasty as it was, incorporated a shrewd analytic argument, in the Beselerian tradition. Brunner's off-putting metaphor was, in fact, intended to give a sounder scholarly substance and solidity to the idea that the spread of Roman law had to be understood on the deepest level as the spread of juristic method — though of course also as the spread of a kind of moral evil. Brunner, as he wrote in 1901, still reprinted his reflections on the value of Roman law in the struggle for German unification. But his sensibilities had clearly changed, in tune with the changing nationalism of his time. The burning nationalist issue of the late nineteenth century was less unification than rivalry with other European powers. It was thus natural for Brunner to emphasize a new fact: the shameful fact that customary jurisprudence had survived in England and in France, even though it had succumbed in Germany. The problem of European legal history, for a nationalist of Brunner's color in 1901, was accordingly to explain how the English and the French had alone escaped the general scourge. The answer that he gave resembled Stölzel's answer ⁽⁴⁹⁾: « Scientific » legal systems, inevitably triumphed over more primitive legal systems. The English common law and the French customary tradition could only have survived by « scientizing » themselves, by becoming productive, ordered systems.

That indeed was what had happened. Both the English and the French had learned to « scientize » their customary systems; and they had done so by drawing on the model of Roman law. In effect, English and French jurists of the Middle Ages had acted exactly as Puchta's Germanist followers had done, developing Germanist ge-

⁽⁴⁹⁾ Here, though, it is important to recognize that Brunner focused more upon the rule of the *fundata intentio* of « die gemeinen Rechte, » and the corollary rule that local law had to be proved as fact, than Stölzel did. Brunner's argument was, to that extent, much less one about « consciousness » than Stölzel's had been.

nealogies of concepts. England and France, Brunner argued, were both countries whose customary law-finders had learned a little bit of Roman law early on; and then used Roman method as a model for bringing order and reason to their own customary material. The little bit of Roman law the French and English customary law-finders had learned early on, wrote Brunner, had served as a « prophylactic injection » of science and order; by means of which England and France were later able to « resist » the full-scale « infection »: « In England und in Frankreich, wo die Aufnahme römischer Rechtsgedanken früher erfolgte, hat sie nach Art einer prophylaktischen Impfung gewirkt und das mit ihnen gesättigte nationale Recht gegen zerstörende Infektionen widerstandsfähig gemacht »⁽⁵⁰⁾. Thus had the French and Germans made the leap to modern *wissenschaftlichkeit* without abandoning native basic concepts.

Such then was Brunner's best known argument⁽⁵¹⁾. It was the argument of a man whose mind was a mirror of the shifting nationalistic currents of his time. It was also the argument of a man who remained close to the thought of Beseler — and of a man close to the thought of Puchta, too. For Brunner was ready, in a way that Beseler had not been, to believe the proposition that the methods of a *Volksrecht* had no real hope of surviving. It was, finally, let us remark, the argument of a man who, in his mood, very much belonged to the *fin de siècle*. For Brunner's scholarship should surely be read against the background of the general cultural history of the 1890s — the period when late Romantic anti-rationalism was so much on the rise; the period of the first cult of Nietzsche, and of kindred cults as well; and in law, by the end of the decade, the period of the rise of the *Freie Rechtsschule*, which had its own kind of anti-rationalist bent, typical of the time. In this atmosphere, Brunner's argument amounted to the kind of glum legal history most suited to an age of *Kulturpessimismus*. For Brunner's account must have implied, at least in the minds of some of his readers, that the only way to « resist » Roman law was to surrender to it; that the only

⁽⁵⁰⁾ *Grundzüge*, 264.

⁽⁵¹⁾ Again, it is worth highlighting the similarity to the views of SOHM, in, e.g., *ZSS(G)* 1 (1880), 75-76.

way to elude the Roman devil was to adopt its ways. What made Roman law « destructive », in at least some turn-of-the-century minds, was its juristic rationalism, which left so little space for the “consciousness” of customary law-finders, for a technique founded in the rich and secure memory of past events. How sad to observe that the law-finders could survive only by becoming rationalistic themselves! Brunner never drew this elegiac corollary; that was left for younger scholars like Weber to do. But I think we can see that what Weber did was, in part, simply to draw, with immense patience and subtlety, the elegiac corollary to Brunner’s argument.

V

Following Marra’s lead, we can track Weber through the course of his studies. He was acquainted with the very best of the Puchtian dogmatic tradition, through his studies with Bekker. We can guess that he would have acquired a certain detached point of view about that tradition, too, through his studies with Pernice. Pernice, in the fashion of the late nineteenth-century day, was much more interested than Puchta or his followers in understanding the classical Roman texts on their own terms ⁽⁵²⁾. From Pernice, Weber would thus have learned to view dogmatic scholarship as less « Roman » than it purported to be — as a technical construction with a distant, but perhaps only very distant, descent from classical Roman law ⁽⁵³⁾. From Beseler, and especially from Brunner, Weber would have come into contact with the early nineteenth-century tradition of Germanist argument. This was a variety of Germanism with some significant features. It was a variety of the Germanistic tradition that emphasized the substance of Roman law, and the corporate structures of Germanic law, less than did the Germanistic tradition that we find in a Gierke. Weber was thus initiated into a very old and distinctive species of historical analysis, one that focused on method somewhat more than much of the scholarship of the later nineteenth century did. Finally, in his studies with Goldschmidt, Weber would

⁽⁵²⁾ Cf. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Economie Antiche e Capitalismo Moderno*, 11.

⁽⁵³⁾ Cf. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 492, on the fate of « die gelegentlichen glänzenden Aperçus der römischen Juristen ».

have worked with a scholar who can hardly be said to belong either to the Romanist or the Germanist camp. Commercial law, as Goldschmidt powerfully insisted, was the product of commercial custom, developed in the course of commercial practice, under the impact of the « Interessen der wirthschaftlich am meisten geschulten und weitsichtigsten Bevölkerungsklassen » (54). Much though it might draw on Roman or German rules, its dynamic lay in the needs of commerce.

What did Weber make of all this? At first, he made something that can only be characterized as sober good sense — as a very intelligent and widely-read variant on the old Savignyan tradition. Sober good sense breathes through all of his early writings. In particular, it breathes through his early contribution to the great Romanist-Germanist debate of the later nineteenth century, a brief 1895 article entitled « 'Römisches' und 'deutsches' Recht ». The context for this article was the violent debate of the day over the two drafts of the *Bürgerliches Gesetzbuch*. Most especially, the context was the 1889 Germanizing attack mounted by Gierke, whose conviction that the first draft of the BGB was too « Roman », and therefore too « unsocial », I have already alluded to.

Against the Gierkean style of attack, Weber showed all of the marks of his education. There was nothing « unsocial » as such about Roman law, he maintained. In fact, the *substance* of Roman law did not much matter at all. Roman law had penetrated indeed into German practice, and it had even been used, to some extent, to further the interests of certain dominant classes. This had happened, however, « nicht weil es römisches', sondern weil es *juristisch-technisch vollkommeneres* Recht war » (55). The « national » charac-

(54) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts* (Stuttgart, 1891) (=Handbuch des Handelsrechts, Bd. I), 11. This was not wholly alien to Savigny's manner of analysis. As SAVIGNY explained in his *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2d ed., 7 vols. (Heidelberg, 1834-1851), 3: 84, the needs of the commercial classes of Lombardy had played a significant role in the recovery of Roman law: « das praktische und das wissenschaftliche Bedürfnis gleichzeitig zu demselben Ziel hinwirkten ». We could regard Goldschmidt as simply laying a heavier emphasis on « das praktische Bedürfnis » than Savigny had done.

(55) « Römisches » und « Deutsches » Recht, in MAX WEBER, *Gesamtausgabe*, Abt. 1, Bd. 4 (Tübingen, 1993): 528.

ter of Roman law simply had no place in accounting for the dynamic of the Reception. If we can see in this argument the influence of Savigny and Brunner, we can see, in a further argument, the influence of Goldschmidt. This was the argument in which Weber tried to assess the extent to which the substance of the Roman rules might have had a certain limited importance. « *Certain* » Roman rules had penetrated into Germany, Weber wrote, but this was not the cause of German social change; it was the effect. « Die Übernahme *gewisser* Sätze des römischen Rechts entsprang gewissen rein technischen Verkehrsbedürfnissen, sie war insoweit nur die Folge einer bestimmten Höhe der ökonomischen Entwicklung » ⁽⁵⁶⁾. More perfect techniques established themselves; but they did not establish themselves as a consequence of jurist's need for elegance; they established themselves in the interests of powerful persons. The real source of legal change was « economic need » — and not only the economic needs of the merchant class, but those of any dominant class. For the most part, those economic needs were needs for a certain technical efficiency in the operation of the law that protected class interests. Modern law was thus something like what Puchta called a *Juristenrecht*; but it was a *Juristenrecht* in which the intellectual concerns of the *Juristen* played a strikingly diminished role.

Method was the tale, in short; but no longer because it had its own, inevitable, autonomous momentum. The jurists played a much smaller role than they had in the work of Weber's teachers; and of course nationalism played a smaller role yet. Indeed, Weber's 1895 view of modern law was one in which Roman law, the primary concern of nationalists on all sides of the nineteenth-century debate, loomed less and less large ⁽⁵⁷⁾. To Weber's eye, the « Reception of Roman law » was no longer the process that stood first on the list of processes demanding the attention of the historian; economic and social change was what really mattered. Thus, while Weber accepted the essentials of the Savignyan interpretive approach, and tried to adopt some of Savigny's patrician dispassion, he discarded Savigny's inventory of the *facts* that mattered most in the world. He still stood

⁽⁵⁶⁾ Id., 527.

⁽⁵⁷⁾ Cf. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Economie Antiche*, 101.

by the interpretation that held that nothing (or at least little) lay in the substance of the legal rules; everything lay in the method of the law. But at the same time, oddly enough, he had abandoned the factual problem that gave rise to that interpretation: the problem of the « Reception of Roman law ».

The path that Weber took in 1895 was effectively the path upon which he stayed thereafter. His inventory of the facts that mattered most about the world would grow steadily more remote from that of his nineteenth-century teachers over the subsequent years; the Reception of Roman law would matter less and less to Weber over the years ⁽⁵⁸⁾. Weber of course still expressed views on the great and venerable question-views that showed how much he stood by his version of *Methodendogma*:

An der Rezeption der *materiellen* Bestimmungen des römischen Rechts waren... die « modernsten », also die bürgerlichen Rechtsinteressenten gar nicht interessiert; die Institute des mittelalterlichen Handels- und des städtischen Grundbesitzrechts entsprachen ihren Bedürfnissen weitaus besser. Nur die allgemeinen *formalen* Qualitäten des römischen Rechts waren es, welche ihm mit unvermeidlich zunehmender Fachmäßigkeit des Rechtsbetriebs überall da zum Siege verhalfen, wo nicht, wie in England, eine eigene nationale Rechtsschulung bestand und durch starke Interessenten gehütet wurde ⁽⁵⁹⁾.

Nevertheless, it is simply wrong to think that the Reception of Roman law played, for Weber, anything like the central role it had played in the scholarship of the previous German generations. Where a Savigny or a Stölzel or a Brunner had reflexively treated the spread of Roman law as the key development in European legal history, Weber focused more and more on other legal traditions — most especially on Canon law, which he treated as a tradition of independent, and great, importance in the making of European law. By the time of *Wirtschaft und Gesellschaft*, Weber was painting a picture of the history of European law that differed greatly, both in its general sense and in its particular emphases, from the pictures

⁽⁵⁸⁾ To my mind, B. CAESAR-WOLF, *Der Deutsche Richter am 'Kreuzweg' zwischen Professionalisierung und Deprofessionalisierung*, in S. Breuer/ H. Treiber, *Zur Rechtssoziologie Max Webers* (Opladen, 1984), 202, exaggerates the importance of the Reception in Weber's account.

⁽⁵⁹⁾ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th ed. (Tübingen, 1976), 2. Halbb., 491.

that had been painted by the nineteenth-century tradition on the Reception of Roman law. Almost any nineteenth-century German legal historian would have treated the history of Europe as an arena in which Roman law had gradually crowded lay traditions out. Weber's picture of European legal history, taken all in all, was much more complex than that. It was about deep economic changes; it was about the careful definition of class interests and the careful assessment of the impact of class interests on the law; it was about Canon law, and commercial law, and urban statutes. It was altogether much more difficult to characterize briefly than most of work of the nineteenth-century had been.

And yet — despite his very large departures from the nineteenth-century picture of the operative facts of European legal history, Weber never really abandoned a certain nineteenth-century interpretation, and a certain nineteenth-century attitude. For he always stood faithfully by Savigny's, and Brunner's, emphasis on method — or, more particularly, on what in his hands would become « rational scientific method »⁽⁶⁰⁾. This was something that would clearly enough inform his efforts to grapple with the Marxist tradition⁽⁶¹⁾, as it had informed his efforts to grapple with Gierke. It is something that shows him, more generally, in a curious light: Weber effectively abandoned the old nationalist focus on Roman law; but he remained faithful to an old nationalist interpretation that had been developed in order to explain the spread of Roman law, and in order to promote a spirit of comparative dispassion in discussions of the Reception of Roman law.

And it is in this curious fact about Weber that we can see the nationalistic making of his melancholy. Much though Weber advanced, in thoughtful knowledge of the world, beyond what Brunner taught him, he never escaped, or never wanted to escape, the Brunnerian spirit of elevated sorrow about that world. I should confess that I do not know what version of Brunner's account of

⁽⁶⁰⁾ Compare the discussion of REHBINDER, *Max Weber und die Rechtswissenschaft*, 130: Weber « versucht... die Rechtsentwicklung zur formellen Rationalität in ihrer Abhängigkeit von der Rechtstechnik zu zeigen, wobei er betont, daß die Formen der Rechtstechnik wenn überhaupt, dann nur sehr indirekt von der wirtschaftlichen Entwicklung abhängen ».

⁽⁶¹⁾ *Id.*

the Reception of Roman law Weber heard or read. I do not think that it much matters; for Brunner's spirit of lamentation remained much the same throughout. Like his teacher Brunner, Weber remained a disciple both of Beseler and of Puchta. He remained capable, at the end of an admirably dispassionate review of all the arguments, of bursting out in lamentation. He thus always showed an odd affinity with the neo-Romantics, with Brunner, and even (though he attacked them ⁽⁶²⁾) with the anti-rationalists of the Free School of law. Like these other jurists of the *fin de siècle* and of the early decades of the twentieth century, Weber was unable to shake the sense that the rise of juristic technique was a sad thing, that it had destroyed a system of intuitive justice founded in memory and mystery.

Perhaps we can say something else, too, about the sources of Weber's melancholy: That melancholy was, as it were, the long-term cost of the dispassion that Savigny had tried to foster; melancholy being always the long-term consequence of excessive dispassion.

All this, at any rate, makes Weber out to be the student of Beseler and Brunner — but not of Beseler and Brunner the liberals of '48. Weber was the student of Beseler and Brunner the living links to the early nineteenth-century Germanist Romantic anti-rationalist tradition.

This very old view of the legal world, drawn from the tradition of German legal history to which Weber owed the most, did not in itself make for Weber's melancholy in all of its richness. Nineteenth-century ideas about the inevitable evolutionary triumph of juristic method were ideas only about juristic method; they were not grander ideas about the decline of magic or the rise of an over-rational world. But I think we can say that Weber's studies among the legal historians of the nineteenth century pre-disposed him to see the larger world in a certain way. He was accustomed, as a legal historian, to thinking of the world as a place where mere technique would always drive out richer, memory-based, forms of knowledge. As he pursued the topic of Reformation *Entzauberung* ⁽⁶³⁾, as he

⁽⁶²⁾ REHBINDER, *Max Weber und die Rechtswissenschaft*, 137-38 and often.

⁽⁶³⁾ Compare the discussion of F. TENBRUCK, *das Werk Max Webers*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 27 (1975): 663-702; along with the

lived the larger intellectual life of a Germany collectively deeply drawn to *Kulturpessimismus* and anti-rationalism, he never lost his legal historian's sense of the inevitability of the rise of a very sad kind of reasoning. He never lost the sense that the rationalistic way of apprehending the world had spread, in Brunner's phrase, like a « destructive infection ».

VI

With this, we have a picture of Max Weber, the student of a certain tradition among the great legal historians of the nineteenth century. Following in a tradition that dated back to the patrician Savigny, but that had drawn many Germanist supporters, he downplayed the importance of the substance of legal rules; and downplayed as well the importance of the « national » origin of legal systems. At the same time, following Brunner, he saw the spread of high juristic method as something over which to feel a kind of heavy sadness. He had a Brunnerian kind of mandarin sorrow. This was anything but a vulgarly nationalistic position. On the contrary: It was as refined and uncombative a position as any German living in Weber's age could take.

To the extent we worry that Weber's loyalty to the cause of German nationalism somehow diminishes his value as a scholar, this is all very comforting. Weber the student of legal history is exactly the Weber we always imagine we find in his writings: an imposing and sage presence, a man who was admirably master of his own political passions and of the broader political passions of the day. It certainly would be vulgar error to call this Weber a « nationalist » and think we were done with the problem.

At the same time, there is something odd about this Weber. The oddness lies simply in this: that he *did* abandon his teachers' account of the facts of the world, while standing by their interpretation of those facts. He left the old, violently charged paradigm of the « Reception of Roman law » behind, finding very different ways of

responses to Tenbruck of J. WINCKELMANN, *Die Herkunft von Max Webers 'Entzauberungs'-Konzeption*, in id. 32 (1980): 12-53, and M. RIESEBRODT, *Ideen, Interessen, Rationalisierung*, in id. 32 (1980): 111-129.

conceiving the shape of European legal history, and of identifying the critical facts in European legal history. Yet he held faithfully to the *Methodendogma* that had been developed to explain the Reception of Roman law, and to defuse passion about the Reception of Roman law. Is there anything in this that should trouble us?

I think there is. I think it is here that we can discern what it is about Weber's nationalist background that makes it a little bit risky to follow his lead incautiously. Even if Weber was never a vulgar nationalist, his style of melancholy moderation in the face of nationalism was framed to address the old obsession with Roman law. Yet Weber himself largely overcame that obsession, and we have moved yet further toward overcoming it. This should raise doubts about the spirit of moderation that we have inherited from Weber. For even moderation is a stance full of inevitable interpretive biases.

The biases of Weber's moderation reveal themselves best, I think, if we remember how far we have departed from all the old bitter fascination with Roman law.

In part, to be sure, Weber's biases show in our changed way of thinking about Roman law itself. Once we stopped thinking of Roman law as « alien, » we became capable, in a way in which pre-1945 scholarship was never capable, of speaking dispassionately of its « Romanness. » To Weber's 1895 declaration « nicht weil es 'römisches'... Recht war »⁽⁶⁴⁾, legal historians have long since spoken a firm « doch ». Koschaker is only the greatest among the names of scholars who understood that the « Romanness » of Roman law mattered a great deal — that both jurists and layfolk, well into the nineteenth century, accepted Roman law, not only because it suited their interests to do so, nor because of its superior method, but because it carried with it the glorious name of ancient Rome⁽⁶⁵⁾.

But it is especially in the ways in which we have begun to forget Roman law that we have begun, by a kind of necessity, to forget Weber as well. This touches with a particular sting at one point, and at the point about which Savigny cared most: the history of Roman

⁽⁶⁴⁾ WEBER, « *Römisches* » und « *Deutsches* » *Recht*, 528.

⁽⁶⁵⁾ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4th ed. (München/Berlin, 1966). I have tried to argue this case further in WHITMAN, *Legacy of Roman Law*.

law in the Middle Ages. For we view that history quite differently from the way the nineteenth century did. Where nineteenth-century scholars tended to think of pre-sixteenth-century Europe as a world in which Roman law was fatefully on the rise, we tend to think of pre-sixteenth-century Europe as a world governed by a syncretistic *ius commune* system in which Roman law was only one element ⁽⁶⁶⁾. Where nineteenth-century German scholars tended to comb pre-modern sources hunting for signs of the influence or use of Roman law, we now take a proportionally greater interest in those sources for their own sake. We tend (at the risk of overgeneralizing) to see pre-modern jurists as engaged in the creative labor of maintaining proper deference to a whole variety of authoritative sources. We see them as, as it were, persons involved in maintaining the right observances in a syncretistic world whose cults included Roman tradition, Christian tradition, princely and urban statutes, local customs, and more; as persons were adept at finding a variety of paths through a forest of authorities ⁽⁶⁷⁾. Savigny and his followers were constitutionally indisposed to see pre-modern jurists in this way. Their concern was *wissenschaftlicher Positivismus*; they tended to think of the juristic profession as representing an independent source of authority. They were accordingly little prepared to ask questions about the nature of traditional authority. They were little prepared to ask to what extent Roman rules were honored, not only because of their technical finesse, but also because of the accepted authority of Rome — because of their « Romanness ». Nor were they well prepared to ask to what extent Canon rules were honored because of the authority of Christian tradition; nor other questions in the same spirit.

This does not mean, of course, that medieval jurists did not profit immensely from Roman method. It means only that the characteristic problem of a *ius commune* system, the problem of reconciling many authorities in a system largely immune to the spirit of positivism, was not itself a problem of « rationalistic » method. To the extent we read

⁽⁶⁶⁾ E.g., among many, M. BELLOMO, *The Common Legal Past of Europe*, trans. Cochrane (Washington, 1995).

⁽⁶⁷⁾ Compare the remarks of P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale* (Roma/Bari, 1995), 228-29.

our Weber carelessly, imagining that the rise of the « rational » is the only drama in European legal history, we will be poorly equipped to appreciate the special subtleties of the *ius commune* world.

VIII

The most dramatic decline in our interest in Roman law has come, though, in a different realm. This is our sharpening focus on Canon law.

I hope that I only capture a consensus when I say that today we are much more interested than scholars of the nineteenth century were in Canon law for its own sake. There was a great deal of knowledge of Canon law in the nineteenth century, it goes with out saying, and a great deal of interest in it. Savigny, Puchta and Dernburg, to mention only leading Romanists, were widely read in Canon law and fully conscious of the importance of the Canon tradition ⁽⁶⁸⁾. Nevertheless, as Peter Landau has stressed, the nationalistic tendency to treat Canon law as a kind of trojan horse, as the vehicle by which Roman legal method penetrated among the nations of Europe, was always present ⁽⁶⁹⁾.

Our sense of the European legal world has since changed. Like Weber, we have become more interested in Canon law for its own sake ⁽⁷⁰⁾. But should that really make a very great difference in our willingness to stand by the Weberian approach? Our first reaction may be to say that it makes no difference at all. Canon law was just as « rationalistic » and technically accomplished as was Roman law. We can easily simply declare that Canon law was a « rationalizing » force, thus standing more or less faithfully by the paradigm of Weber, Stölzel and Brunner. Weber himself, of course, took this tack; scholars continue to follow him in this ⁽⁷¹⁾, and with some

⁽⁶⁸⁾ Discussion and citations in U. WOLTER, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Köln/Wien, 1975), 3.

⁽⁶⁹⁾ LANDAU, *Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur*, in R. Schulze, ed., *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte* (Berlin, 1991), 39-40. Even Sohm could describe Canon law as a « Weiterentwicklung, » along with Lombard law, of Roman law. *Fränkisches und Römisches Recht*, in ZSS (1880), 1-84.

⁽⁷⁰⁾ GROSSI, *Ordine Giuridico*, 216ff.

⁽⁷¹⁾ E.g., WOLTER, *Ius Canonicum*, 5-6.

reason. Of course it is true that the Canon tradition carried all the marks of a system with a « rationalized » technique, and even of a somewhat romanized system.

And yet I think it is here that heedless admirers of Weber stand in the greatest intellectual danger. For it is here that we lose the most when we allow our eye to be drawn away from substance and toward technique. The danger may be most dramatic, moreover, with regard to two topics, both having to do with Stölzel's classic problem: the spread of learned law into the countryside, especially with the Fourth Lateran Council of 1215. First, we now emphasize that beginning (if only beginning) in the central Middle Ages, it was the dictates of Canon law that villagers would have received in the confessional, at least to the extent that confessors used any body of learned law at all ⁽⁷²⁾. Second, and perhaps most important of all, we emphasize that it was the spread of what it is still sometimes called romano-canonical procedure — perhaps better called canon-law procedure, sponsored by the militant church of the thirteenth century and afterwards — that, more than anything else, marked and drove the penetration of learned law into the transalpine countryside ⁽⁷³⁾. Indeed, in these new concerns, it can almost be said that where professional historians of the nineteenth century spoke of the « Reception of Roman law » in the villages, where we speak more and more of a kind of Reception of Canon law ⁽⁷⁴⁾.

How should we analyze these phenomena, so profoundly important for the making of western society? In part, it may well be revealing to say, as we often do, that these were phenomena of « rationalization. » Nevertheless, it is surely here, most especially,

⁽⁷²⁾ Cf. recently M. MANSFIELD, *The Humiliation of Sinners: Public Penance in Thirteenth-Century France* (Ithaca, 1995); A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza: Inquisitori, confessori, missionari* (Torino, 1996), both with citations to earlier literature; also M. TURRINI, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima Età moderna* (Bologna, 1991).

⁽⁷³⁾ Discussion and citation of literature in J. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law* (New York 1995), 140-142; cf. R. C. van CAENEGEM, *Legal History: A European Perspective* (London, 1991), 71-113.

⁽⁷⁴⁾ Cf. LANDAU, *Die Anfänge der Verbreitung des klassischen kanonischen Rechts in Deutschland*, in *Chiesa diritto e ordinamento della 'Societas Christiana' nei secoli XI e XII* (Milan, 1986), 272-297.

that we would suffer if we continued to think of the great drama of European legal history, in the way that Stölzel thought of it, as the drama of the evolutionarily inevitable diffusion of superior juristic method. It is here that the *Methodendogma*, the idea that the real tale of legal history is the rise of superior method, can be most misleading. For while it may be true that Canon law was « rationalistic » what is not clearly true is that Canon law, and canon practices of confession and adjudication, spread into the countryside *because* the canon tradition was « rationalistic »; what is not clearly true is that Canon law spread because of its *method*. On the contrary, it is sensible to think of the spread of the canon tradition into the transalpine countryside as the consequence, less of the methodological momentum of the « rational », than of the missionary momentum of Christianity. This has important implications for our sense of the large sociology of European legal history.

Let us take another look at Stölzel's Primal Scene — this time viewed as a primal scene in which it is not Roman law, but Canon law — or, let us say, the Christian law of the *ius commune*, that spreads into the countryside; this time viewed as a primal scene in which the driving force for change is not merely the expansion of state power, but the expansion of state power linked with the forces of Christian reform. Here I hope we could all agree that there was something profound, and profoundly correct, about the way that nineteenth-century scholars framed their basic question. How is it, they asked, that learned justice was ever drawn into the countryside? There is indeed a mystery here; Stölzel was surely right to that extent. In Antiquity, or indeed in most complex human societies, countryfolk have always been objects of the deepest contempt. In Antiquity, sophisticated people were people of the city; sophisticated law, in particular, was law for cityfolk. The rural population was a byword for the distasteful, for the hardly human, for something to be exploited, something to be spat upon ⁽⁷⁵⁾. There was of course law of the countryside; but there was little sense that one might want to bring justice to countryfolk. The fact that European jurists left the cities, left the palaces, and went out to bring justice to the countryside is a remarkable fact

⁽⁷⁵⁾ R. MACMULLEN, *Roman Social Relations, 50 B.C. to A. D. 284* (New Haven, 1974), 31-32.

— akin, if I may employ the comparison, to Franciscans preaching to birds and fishes.

There are good reasons, then, for asking, as a fundamental question of European legal history, why did the learned jurists go into the countryside? There are good reasons for making our primal scene the scene in which sophisticated jurists find themselves up in the hills, and out on the moors, face to face with countryfolk. But that scene must have a very different coloration for us than it did for the legal historians of the student years of Max Weber. For us, the scene cannot be exclusively one in which lawyers learned in Roman law deftly resolve matters that baffle a staid and backward peasantry. It is, first of all, not even clear that the scene is one that involves trained jurists at all. Particularly in remote settings, in the later Middle Ages, the principal agents for the diffusion of learned law would not have been jurists. They would (as Stölzel himself well knew) have been local priests, who would have communicated a bastardized version of some of the teachings of canon law in the confessional, and who would have insisted that the resolutions to local disputes drop from their lips. This is a fact that makes any account of the spread of learned law a sociological function of the « Spezialistendogma » a bit more problematic.

Most especially, our view of what nineteenth-century Germans might have called the « inner » conflict at work in our primal scene can longer be Stölzel's view. We cannot see the conflict between folk judge and Christian jurist in any simple way as a conflict between living memory and dead written word. For the conflict is now not one in which « reasoners ignore », or even feel contempt for, ignorant countryfolk; nor can it even be one in which ignorant countryfolk experience humiliation at the hands of sophisticated reasoners. The Christian jurist, far from ignoring or talking past the countryfolk around him, seeks to make them see the truth. To be sure, *ius commune* jurists were not at all immune to the feelings of contempt for country people that most sophisticates have shared in most of human history ⁽⁷⁶⁾.

(76) On this, see the very interesting and sensitive discussion of A. HESPANHA, *Savants et Rustiques: La violence douce de la raison juridique*, in *Ius Commune* 10 (1983): 1-48. As Hesperanha's title suggests, though, his fine article stands in something of a Weberian tradition, with its emphasis on « la raison juridique », and it is worth observing that it

Nevertheless, the truth remains that the Christian jurist reasons with the rural populace, not in spite of it.

To the question, *why did the learned jurists go into the countryside?*, it has, in short, become increasingly difficult to answer, in the magisterial sociological vein of Weber, by saying: *because the evolutionary drive of « rationalization » pushed them into the countryside.*

exemplifies some of the dangers of that tradition as well as some of the strengths. Hespanha thus, as is natural for a scholar focusing on « la raison juridique », identifies the supposed definitions adopted by the classic literature of the *ius commune* dealing with countryfolk, citing Bartolus (selon « BARTOLE, les rustiques sont tous ceux qui habitent en dehors des villes ou des terres importantes »). p. 18, and Alexander de Imola, p. 18, « qui se réfère ouvertement à ce qui, selon lui, justifiait le statut spécial des rustiques—son ignorance ou sa rudesse ('rusticus proprie est, qui opere, & conversatione est rusticus') ». These definitions, along with a few others, Hespanha argues, created « les cadres dogmatiques » in which learned jurisprudence set the traditional ways of the countryside.

This is very elegant, but it sets up a picture that is distorted in some inevitable ways. As Hespanha quietly acknowledges, see p. 23, the « definitions » that he cites are not generalized definitions of the kind that modern jurists might expect to find. They are characterizations applied to countryfolk for the limited purpose of determining the application to them of certain legal texts. Thus the Bartolus (and Baldus) passages cited by Hespanha involve the very particular problem of how many witnesses are needed for the making of a valid testamentary codicil. As for Alexander de Imola: The passage cited was a *consilium* on the application of the rule of *laesio enormis* to certain « rustic » property-sellers who had signed a document with a boilerplate stipulation that they would not subsequently bring suit. Alexander, following Baldus, declined to enforce any such stipulation against « rustici » unless it included an express renunciation of their rights under the rule of *laesio enormis*. These jurists thus did not set out to create general « cadres dogmatiques » that characterized the rural world; and Hespanha's argument is, to that extent, weaker than it seems. The « raison juridique » of these jurists was not quite of the character he implies.

But that is not of overwhelming importance; it is surely still true that the jurists that Hespanha discusses were engaged in the development of juristic technique, and that the application of that technique had significant consequences. My point is not that is wrong to focus on method, but that it is wrong to focus too much on method. For the cost of dwelling so much upon « raison juridique, » however defined, is that we notice less of the substance of what concerned the learned jurists. Yet the substance of these « definitions » is of at least as great interest as the fact that they are definitions. We must, after all, take note of what Bartolus and Alexander de Imola are discussing in these passages: the making of wills on the one hand, and the application of just price rules on the other. These jurists are concerned with two of the prime issues in the establishment of a Catholic order in the countryside. By focusing too exclusively on “la raison juridique”, we risk condemning ourselves to the same neglect of the force of Christian tradition that afflicted the scholars of the nineteenth century.

The more we see the Church at work, the more we must see the history of European law, less as a history of method, and more as a history of conversion. The tale really must no longer be one in which sophisticated jurists gradually elbow slow and rude country judges aside. It must be one in which the zealous, some of them jurists, some not, proselytize the countryside; it must be a kind of legal *reconquista*.

Not least, the more we see Christianity at work, the more can we shake any tendency we have to feel moody resentment of a Brunnerian kind, or hatred of a Nazi kind — or, for that matter, melancholy of a Weberian kind. For all that resentment, all that hatred, all that melancholy was founded in a narrative of humiliation of ignorant countryfolk, a tale in which the local populace lost all dignity. Yet the moral tale of European legal history can look different — different in a way that at least calls for a different kind of resentment. The tale of European legal history is ultimately a tale of conversion, and in conversion, the dignity of the convert always looms very large.

IX

The danger in reading Weber, child of a nationalistic century, thus has nothing to do with his nationalism, which was far from extreme. That danger lies, paradoxically, not in the fact that Weber was too much of a nationalist, but that he made too much of a dispassionate effort to stand above nationalism. Weber was the product of a nineteenth-century tradition that was the soul of good sense in the embittered age in which it developed. Savigny, Stölzel, Brunner, Weber himself: these were scholars who were fighting against what seemed to them a vulgar error in the literature of nineteenth-century legal history. They were fighting against the view that the substantive rules of Roman law — its supposed property absolutism, its individualism, even its congeniality to slavery — made Roman law, in any simple way, a force for evil in Germany. They were fighting against excessive passion in the writing of legal history: for it is a truth about the psychology of law that questions of substance tend to stir much more passion, in most people, than questions of method ever will. Savigny was right: substance is what

fascinates those who, as he put it, « have no say in the matter ». Against the scholars who emphasized the passionate stuff of substance, scholars in the Savignyan tradition accordingly maintained, with much subtlety and many variations, the sensible view that it was legal method that tended to spread, and not substantive legal rules.

All this was for the better in the nationalistic nineteenth century, and we continue to profit from it today. But we should not forget the price that we pay every time we yield to the urge to downplay national origin and substance. We diminish the appeal of our subject to the world at large, first of all; it can hardly be said that our problem today is the problem of dampening public passion about legal history. If we ignore the national origin of legal systems, furthermore, we lose touch with a centrally important aspect of their moral authority. If we ignore the substance of the rules, we lose touch with the specifically moral sensibilities of the jurists about whom we write. We lose touch with the ways in which lawyers apply rules, not because those rules seem elegant, but because they seem right. With regard to the sensibilities of layfolk especially, we lose touch with something too. We lose touch with the ways in which layfolk treat the law, not as the corpus of the beliefs of lawyers, but as a corpus of rules of right and wrong. These are all costs of engaging in a vulgar history of method.

And of course they are all costs that grow heavier with every step we take away from the old obsession with the Reception of Roman law. There was every reason to speak of the supremacy of method in an age when many people, both wise and ignorant, cared passionately, and often foolishly, about Roman law. That is an age, though, that we have, after all, left behind.

GIROLAMO MONTELEONE

ENRICO FINZI E LA RIFORMA (PERENNE)
DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Nel 1956 l'Istituto poligrafico dello Stato pubblicava due ponderosi volumi dal titolo « Osservazioni e proposte sulla riforma del codice di procedura civile ».

Erano passati circa dieci anni dall'entrata in vigore di quel codice, e già si era avvertita l'esigenza di apportarvi radicali modifiche, se non di sostituirlo integralmente. Leggesi, infatti, nella premessa al primo dei due citati volumi che il Senato della Repubblica, discutendo dello stato di previsione di spesa per il Ministero di Grazia e Giustizia per l'esercizio 1954-55, aveva approvato il seguente ordine del giorno:

« il Senato, rilevato che le innovazioni portate dalla novella al codice di procedura civile (L. 14-7-1950 n.581) *solo in minima parte hanno soddisfatto le aspirazioni della classe forense ed oviato agli inconvenienti riscontrati nell'applicazione dell'attuale codice di rito*; ritenuto che perciò è necessità provvedere ad una nuova legislazione che elimini le attuali deficienze, invita il Governo a mettere allo studio una riforma più completa e radicale, che risolva in pieno il problema della legislazione processuale civile in maniera conforme alle esigenze più imperiose della pratica forense e delle reali possibilità finanziarie dello Stato ».

L'ordine del giorno del Senato, così attuale e preciso che sembra scritto oggi anziché quarantatrè anni addietro, rispecchiava fedelmente la diffusa insoddisfazione suscitata dall'entrata in vigore del codice processuale voluto dal Guardasigilli Dino Grandi su ordine di Mussolini, e realizzato grazie all'apporto determinante di P. Calamandrei.

Erano stati soprattutto gli avvocati a rendersi subito conto dei gravi errori di impostazione della nuova legge, dovuti anche e principalmente alla ideologia politica dichiaratamente autoritaria ed

illiberale da cui traeva *apertis verbis* ispirazione ⁽¹⁾. Errori, il cui risultato più appariscente è stato l'enorme allungamento della durata dei processi, il conseguente e continuo accrescimento dell'arretrato, ed infine il tracollo della giustizia civile in Italia. Le proteste degli avvocati furono così veementi, come ha ricordato in vari recenti e meritori scritti F. Cipriani ⁽²⁾, da culminare addirittura in una pubblica manifestazione ove si fece in una piazza di Roma un falò di numerosi esemplari del novello codice, chiedendosi senza mezzi termini la sua abrogazione ed il ripristino di quello del 1865.

Che gli avvocati avessero visto giusto trova piena conferma nell'esperienza applicativa fino ad oggi vissuta. Che il Governo, ed i suoi palesi od occulti consiglieri, non abbiano ben capito i problemi del processo civile è dimostrato dal fatto che essi non soltanto non sono stati risolti, ma addirittura peggiorati dalla pervicace insistenza in schemi processuali vieppiù improntati alle infelici scelte autoritarie dell'attuale codice, come risulta da varie leggi emanate dal 1973 in poi ⁽³⁾.

È comunque di grande interesse soffermarsi su alcuni pareri e proposte espressi in merito alla allora auspicata riforma, che malauguratamente non ebbe seguito.

Colpiscono particolarmente per il contenuto e la lucidità le osservazioni espresse dal Prof. Enrico Finzi, sia nella qualità di Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze sia come Presidente del Consiglio dell'Ordine forense della medesima Città.

L'opinione di E. Finzi riveste significato ed importanza speciali nella materia qui trattata per varie ragioni ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Cfr., al riguardo, F. CIPRIANI, *Codice di procedura civile con relazione al RE, Prefazione*, Bari 1997. È da sottolineare che per la prima volta dal secondo dopoguerra in poi il codice è stato pubblicato con la relazione.

⁽²⁾ Da ultimo su queste vicende cfr. F. CIPRIANI, *Gli avvocati italiani e l'«esperienza fallita» (il codice processuale civile 1942)*, Rassegna forense 1997, pg.179-202. Quello citato è l'ultimo di una serie di scritti storico-giuridici dedicati all'argomento dall'A., oltre al noto volume sul codice del 1940.

⁽³⁾ Cfr. sul punto G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, Padova 1995, Prefazione pg. XI-XII e pg.10-17.

⁽⁴⁾ Sulla figura e l'opera di E. FINZI, ed i suoi legami con l'ambiente culturale fiorentino, cfr. essenzialmente P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano 1986, pg. 168 e ss.; V.,

Egli, anzitutto, fu uno dei più grandi avvocati italiani, come unanimemente riconosciuto, e dalla sua prestigiosa presenza trasse gloria e conforto il Foro fiorentino che a lungo lo volle a presiedere il proprio Ordine professionale. Egli, inoltre, insegnò per decenni Istituzioni di diritto privato e fu Autore di quel memorabile volume sul « possesso dei diritti », che sempre affascinò quei cultori del processo civile usi a ravvisare nei fatti e nella concreta esperienza la prima e più genuina fonte del diritto. Ancora, Egli fu assieme al Calamandrei allievo di Carlo Lessona, al cui magistero entrambi si formarono ed il cui studio professionale entrambi frequentarono, ricevendone così caratteristica impronta. Egli, quindi, conosceva molto bene Calamandrei, del quale fu anche ed a lungo Collega nella Facoltà giuridica fiorentina, e sapeva perfettamente quale contributo questi avesse dato alla formazione del codice di procedura civile del 1940 (sebbene in quel periodo E. Finzi avesse dovuto subire l'onta delle ignobili leggi razziali) ⁽⁵⁾.

Questo complesso di circostanze rende addirittura preziose le osservazioni di E. Finzi, le quali contengono la più impietosa e fondata stroncatura dell'attuale codice. È inutile farne il riassunto, mentre sembra opportuno, se non necessario, riportarle per esteso.

« Il prof. Enrico Finzi, peraltro, manifesta l'opinione che sia conveniente, in accoglimento del voto del Senato, dare opera alla preparazione di un nuovo Codice di procedura civile.

Quello attuale, assai lodevole per rigore scientifico e per espressione tecnica, si ispira, però, a principi ed a finalità che non sembrano conformi

pure, S. SATTA, *Recensione alla riedizione di E. FINZI, Il possesso dei diritti*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, II, Padova 1969, pg. 174-179.

(5) È opportuno ricordare la recensione che E. FINZI dedicò ai due volumi del CALAMANDREI sulla Cassazione civile, in *Arch. giur.* 1922, pg. 109-129. In essa il Recensore, dopo un accuratissimo esame dell'opera non privo di lodi all'A., non manca però di notare (pg. 123 e ss.) come l'istituto della cassazione tracciato dal Calamandrei non corrispondesse con quello storicamente evolutosi ed esistente in Francia, e tanto meno con quello allora esistente in Italia. Il Finzi concludeva manifestando avversione verso il sistema della cassazione unica con funzioni nomofilattiche sostenuto dal Calamandrei, ed una netta preferenza per la conservazione delle cassazioni regionali con funzione di terza istanza. Nello stesso senso si era vari anni prima espresso V.E. ORLANDO, *Sulla unificazione della Cassazione civile*, Palermo 1893 (conferenza tenuta nell'aula magna dell'Università di Palermo). Sappiamo quale strada imboccò sul punto il regime fascista non appena al potere.

all'indole del nostro popolo, ed alle esigenze del nostro paese nel tempo presente.

Esso è un codice sostanzialmente autoritario, che tende — specie con l'istituto del giudice istruttore, ma anche con altre disposizioni — più o meno consapevolmente, a trasformare il nostro processo civile, tradizionalmente fondato sulla libera iniziativa delle parti, in un processo inquisitorio.

Occorre che nella fase istruttoria il giudice sia ricondotto sopra tutto alla semplice funzione di controllo della regolarità del procedimento, limitandone i poteri discrezionali, negandogli la facoltà di iniziativa, e ridando alle sole parti, ed ai loro difensori, l'ufficio di delimitare l'estensione delle controversie di determinare le parti tra le quali il giudizio deve svolgersi, e di scegliere e di fornire le prove.

Occorre evitare che l'iniziativa del giudice imprima al processo una direttiva che le parti non vogliono, e contenere il processo stesso nella sua stretta funzione di tutela del diritto privato violato o contestato.

La ricerca delle prove affidata al giudice — il quale progressivamente, attraverso le indagini che spesso egli stesso suggerisce o compie, si forma la propria opinione durante l'istruttoria, dirigendo questa secondo la sua intuizione iniziale prima che gli argomenti delle parti gli siano interamente noti attraverso le difese e la discussione — appare estremamente pericolosa, e spesso fonte di gravi errori, e nociva per il prestigio dell'amministrazione della giustizia, dando alle parti l'impressione di una troppo scarsa imparzialità.

Specie gli istituti della comparizione della parte e dell'interrogatorio non formale, che, rompendo il secolare tecnicismo processuale, il quale garantisce l'uguaglianza delle parti attribuendo la rappresentanza e la difesa a procuratori ed avvocati almeno teoricamente tra loro equivalenti, avanti ai giudici, pongono le parti stesse personalmente con la loro disuguaglianza di cultura, di prestigio, di accortezza, di intelligenza, a contatto col giudice, appaiono come espressione di uno strano paternalismo autoritario, del tutto inaccettabile.

Nella fase istruttoria il giudice che la presiede deve avere essenzialmente attribuzioni preparatorie, riservando esclusivamente al collegio, o a un suo delegato (ma in pochi casi, e sempre con possibilità di ricorso al collegio), la funzione di giudicare: cioè (capovolgendo la prospettiva) il giudice istruttore deve potere errare in procedendo; ma mai in iudicando.

Pare, in altri termini, al prof. Finzi che sia tecnicamente — per impedire prevenzioni ed errori e garantire la assoluta imparzialità del giudice e rafforzarne il prestigio — sia politicamente — per riconoscere ai privati, anche nel processo civile, una feconda autonomia nella tutela dei loro interessi cioè una libertà non contestabile — « quella posizione attiva e dominante » (Relazione, n. 12) che il codice vigente ha voluto attribuire al giudice istruttore debba essere oggetto di ragionevole temperamento.

Altro dei principi fondamentali accolto dal codice, che ad avviso del prof. Finzi merita un riesame profondo, il quale potrebbe determinare una radicale riforma non soltanto della legge processuale, ma altresì della disciplina forense, è costituito dalla oralità del procedimento istruttorio.

L'art. 180 cod. proc. civ. proclama che « la trattazione della causa davanti al giudice istruttore è sempre orale ». Tuttavia la prassi si è ribellata alla disposizione, e, di fatto, la trattazione di gran lunga prevalente è scritta.

Ora è ovvio osservare:

1) che è estremamente nocivo alla autorità dello Stato ed al prestigio delle leggi, che queste, col concorso degli stessi giudici, rimangano abitualmente inosservate e vengano apertamente violate;

2) che la riluttanza ad applicare il principio di oralità trova la sua radice nella generale coscienza dell'alto pregio della scrittura — specie in una materia come il diritto privato che è il risultato di una dottrina millenaria, il cui peso è incompatibile con la superficiale leggerezza dell'improvvisazione orale — nella evidente ingiustizia della sua applicazione, che viene ad attribuire all'avvocato più pronto ed esperto una posizione di favore, che la ponderazione della scrittura elimina, ed infine nella sua pratica inattuabilità, perché esigerebbe l'onnipresenza del difensore, il quale, chiamato ad assumere il patrocinio di molte cause in luoghi diversi, e privo del dono dell'ubiquità, non può invece presenziare a tutte le udienze istruttorie.

L'oralità può e deve essere il coronamento del processo, ma non il suo muro maestro; ne è un sussidio ed una integrazione; ma non può e non deve — anche per la necessità della documentazione male espressa nei verbali di udienza — costituire la forma normale.

Ora: se il codice di procedura civile accettasse quello che la pratica esige (ed applica), la professione forense potrebbe tornare con grande utilità generale alla sua dicotomia tradizionale, affidando ai procuratori la sola funzione di rappresentanza, ed evitando così che essi — ignari, spesso, del merito, specie se si tratta di cause di corrispondenza — possano magari inconsapevolmente pregiudicarlo nelle udienze istruttorie, e riservando agli avvocati la funzione e la responsabilità esclusiva della difesa.

Il che consentirebbe il riordinamento della professione forense, la cui esigenza è universalmente sentita;

3) che sotto un altro aspetto pare, inoltre, opportuna una generale revisione della materia; ed è quello che riguarda l'estensione delle funzioni che devono attribuirsi al processo civile.

Tradizionalmente esso aveva un solo ufficio essenziale: l'applicazione in concreto della norma astratta, la risoluzione delle singole controversie rispetto ai singoli cittadini, caso per caso, secondo la volontà della legge.

Il codice vigente, invece, espressamente gli ha attribuito, affidandola alla Corte suprema, anche « la funzione unificatrice dell'interpretazione del diritto »; e la Corte di cassazione con molto zelo sta assolvendola, contrapponendo al testo delle leggi le massime consolidate, le quali, per la grande autorità che esercitano sui giudici (che pure, secondo l'art. 101 Cost. dovrebbero essere « soggetti soltanto alla legge ») nella vita pratica giudiziale sono concretamente vincolanti (o quasi) costituendo una autonoma fonte normativa di fatto.

Il fenomeno, che avvia il nostro sistema tradizionale di divisione dei poteri ad una trasformazione notevole, attribuendo anche al potere giudiziario la facoltà di emanare norme giuridiche, accostandosi così al sistema anglo-sassone è di grande rilievo tecnico ed anche politico; e merita di essere ponderatamente meditato.

Non vi ha dubbio che altra sia la funzione giurisdizionale, ed altra la funzione di nomofilachia, ed appare assai discutibile che quest'ultima possa essere esercitata utilmente, non già da un organo politico come il Parlamento cui esclusivamente spettava, secondo lo Statuto albertino, l'interpretazione autentica della legge, ovvero la Cassazione nella tradizione francese; bensì da

un organo giudiziario, come, secondo la nostra tradizione, erano le Cassazioni regionali ed è tuttora, forse prevalentemente, la Cassazione unica.

Comunque, l'introduzione nel nostro ordinamento del sistema anglosassone dei *leading cases*, col conseguente slittamento di parte del potere legislativo verso il potere giudiziario, è un fatto di tale gravità che non deve avvenire tacitamente e quasi inavvertitamente, sotto parvenza giuridica diversa, ma con effettiva efficacia conforme; bensì meditatamente dopo che, con consapevole esame, ne sia dimostrata la convenienza, e determinati con precisione i limiti e le modalità.

Se a queste ragioni si aggiunge l'opportunità di una maggiore semplicità nella formulazione delle norme che disciplinano il processo (altro è la scienza del diritto, ed altro l'arte di legiferare) e di una più esperta ed avveduta sensibilità delle reazioni psicologiche delle parti, le quali nel « rafforzamento dei poteri del giudice per la direzione del processo » (Relazione, n. 12) hanno veduto e sentito prevalentemente la sostituzione dello arbitrio attivo alla serena tradizionale imparzialità, non pare dubbio che una revisione organica e completa del codice (particolarmente necessaria a giudizio unanime per ciò che attiene al procedimento esecutivo) possa essere di evidente utilità.

Sola ragione — ma assai grave — che il prof. Finzi vede opporsi allo studio della riforma, è il dominante spirito di conservazione, di ossequio al fatto compiuto, di fastidio per il nuovo, specie in materia processuale.

Ma una adeguata preparazione dei giovani alla auspicata riforma fin dai banchi della scuola, e la pubblica e generale discussione della riforma stessa nella sua fase preparatoria, specie se abbinata ad una nuova disciplina organica della professione forense, ed al completamento della preparazione professionale con appositi istituti postuniversitari, dovrebbe, a suo avviso, temperare il dominante conformismo e portare a risultati veramente fecondi ».

Lo stesso volume ospita, tra le altre, le osservazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, della cui stesura fu incaricato il Prof. P. Calamandrei: ciò conferisce maggior risalto a quanto E. Finzi si sentì in dovere di scrivere quale Preside della stessa Facoltà, stante che i due insigni componenti del medesimo consesso accademico la pensavano in modo diametralmente opposto. Insomma, i posteri dovevano sapere che in quella Facoltà non v'era conformità di vedute intorno al processo civile.

Naturalmente P. Calamandrei manifestò recisa avversione a qualsiasi cambiamento nel codice, di cui era stato il principale artefice, e ne espone le ragioni. Queste, però, specie valutandole ad un quarantennio di distanza, appaiono tutte, tranne una, completamente inconsistenti.

Egli inizia la sua difesa invocando, *more solito*, l'autorità scientifica di G. Chiovenda, del quale si afferma fedele discepolo, ed ai cui insegnamenti risalirebbero i principi fondamentali del processo

civile oggi vigenti in Italia. Richiama pure il magistero morale di quel « maestro di libertà », per respingere le accuse di autoritarismo illiberale che fioccarono contro il codice. Questo, invece, sarebbe « tra le leggi moderne la più fedele al principio dispositivo », anche se nella relazione al Re e nel discorso di presentazione del Ministro Grandi al Senato (entrambi dovuti alla sua penna) si legge esattamente il contrario.

Senonché è noto che P. Calamandrei non fu affatto né allievo né discepolo di Giuseppe Chiovenda, ma di Carlo Lessona (proprio come E. Finzi, i cui pensieri possiamo immaginare nel leggere le osservazioni della sua Facoltà), col quale si laureò nell'Ateneo pisano con la tesi sulla « chiamata in garanzia », poi pubblicata come monografia. Inoltre, è stato di recente posto nella dovuta luce che Lessona e Chiovenda furono fieri avversari sul piano accademico e scientifico ⁽⁶⁾. Dunque, la professione di fede chiovendiana proprio non regge.

Quanto alla ispirazione dei principi fondamentali del codice, anch'essi risalenti al Chiovenda, si tratta di una favola che fa il paio con quelle, così leggiadre e fasciose, scritte da Calamandrei per i bambini. È stato già osservato ⁽⁷⁾ che basta un raffronto tra il codice del 1940 ed il progetto Chiovenda del processo di cognizione per mettere in evidenza le rispettive ed incolmabili differenze. Il vero è che i principi ispiratori dell'attuale processo civile furono tratti dal progetto Solmi e dal regime politico del tempo, cui Chiovenda era invisibile al punto da essere sottoposto a sorveglianza e controlli di polizia, e da essergli finanche negate dal Rettore del tempo le esequie nella sede accademica romana, dove aveva insegnato per decenni ⁽⁸⁾.

Poiché, però, era già nel 1954 un dato di fatto che il processo civile non funzionava secondo le speranze e le aspettative dei codificatori, il Calamandrei non esitava ad indicarne le cause, a suo

⁽⁶⁾ Cfr. F. CIPRIANI, *Storie di processualisti ed oligarchi*, Milano 1991, pg. 102 e ss. e 161-186; C. LESSONA, *Prefazione al Trattato teorico pratico di procedura civile di E. Garsonnet*, Milano 1911, V-VI; G. MONTELEONE, *Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l'eredità scientifica di G. Chiovenda*, Giur. it. 1997, IV, col. 93.

⁽⁷⁾ Cfr. G. MONTELEONE, *Domenico Viti ed il concetto di azione ec.*, cit., 92.

⁽⁸⁾ Cfr. G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, cit., pg. 400; F. CIPRIANI, *Giuseppe Chiovenda, il manifesto di Croce, ed il fascismo*, Riv. dir. civ. 1995, II, pg. 121 e ss.

dire, reali: « la vera malattia di cui soffre la giustizia civile è la mancanza di mezzi adeguati e l'insufficienza del personale (magistrati e loro ausiliari) ». Inoltre, viene ricordato che ogni nuova legge abbisogna di un periodo di collaudo in condizioni di normalità sociale « quali evidentemente non si sono avute in Italia da quando il codice è entrato in vigore ». Da qui la conclusione: « riformare un codice che la pratica non ha potuto ancora collaudare col dovuto agio... sarebbe dunque a mio parere, più che un grave errore tecnico e politico, una follia ». Notiamo, per inciso, il molto significativo uso del possessivo mio parere, mentre esso era stato richiesto all'intera Facoltà giuridica, che a sua volta attraverso il suo Preside (E. Finzi) si espresse in modo opposto.

Ebbene, abbiamo avuto ben 55 anni di collaudo, periodo che non può certo reputarsi insufficiente, ed il risultato è davanti agli occhi di tutti, tranne di coloro che se li chiudono a bella posta: la concreta esperienza ha confermato in pieno le critiche, che solo la classe forense ebbe il merito storico di rivolgere subito al codice. Di più, il suo totale ed irreversibile fallimento supera finanche l'immaginazione dei primi e più severi censori.

Dunque, l'argomento a suo tempo opposto a quanti volevano una sua radicale riforma si rivela anch'esso un espediente infondato, essendo già allora facile prevedere, di fronte alla ben delineata crescita continua ed esponenziale dell'arretrato, quanto sarebbe poi accaduto. Gli avvocati erano stati, dunque, facili e corretti profeti, e non invece ottusi misoneisti intenti solo alla difesa dei propri comodi, come ingiustamente venivano accusati dai « professori », non alieni però da sostanziose prebende professionali.

Di tutte le carenze poste in luce dal Calamandrei solo una era effettiva ed è rimasta immutata, costituendo ad onor del vero concausa determinante dell'attuale situazione: *l'insufficienza del personale, specie dei magistrati*. Ma su questo punto è stata opposta una formidabile resistenza politico-corporativa, che non si è fin'ora riusciti ad infrangere. Sono stati adottati tutti gli espedienti possibili ed immaginabili pur di evitare che il ruolo dei magistrati sia convenientemente accresciuto, portandolo ad entità adeguata al numero degli affari civili e penali da trattare. Prevalgono, evidentemente, convenienze che con il corretto esercizio della giurisdizione non hanno nulla da spartire: si vogliono ad ogni costo mantenere il

privilegio retributivo, ed una speciale sintonia tra parte della magistratura ed una ben precisa area politica, che si teme possano essere intaccati dall'allargamento dei ruoli.

Attraggono pure l'attenzione le osservazioni provenienti dall'Università di Pisa, apparentemente in forma anonima ma in realtà dovute a colui che allora vi insegnava Diritto processuale civile (V. Andrioli).

Secondo quanto in esse è dato leggere, non solo il codice non doveva essere toccato, ma addirittura doveva essere abrogata la novella del 1950 affinché questo fosse « ricondotto alla purezza del testo originario ». Ed incalza lo scritto: « *bisogna convincersi che, se non si impone alle parti di scoprire le batterie sin dall'atto di citazione e dalla comparsa di risposta, il processo degrada necessariamente ad un giochetto a rimpiazzino, nel quale il giudice istruttore non può non recitare la parte del terzo incomodo* ».

Ecco, allora, il rimedio proposto per sanare i mali del processo civile, che già nel 1954 si delineavano con chiarezza:

« sarebbe sufficiente che ciascun giudice istruttore leggesse i fascicoli delle cause, che il capo dell'ufficio giudiziario gli assegna, prima dell'udienza di comparizione (e questo atto di diligenza non è impossibile perché, pur nei tribunali delle grandi città, non sono ad ogni giudice assegnate più di due o tre cause per ciascuna udienza di prima comparizione a settimana), e i risultati di tale lettura *appuntasse in un libriccino*, per trasformare le bare delle fantomatiche quattrocento cause per ogni udienza istruttoria in individui vivi e vitali ».

C'è quasi da non credere ai propri occhi nel leggere quanto appena riportato!

A parte il fatto che le due o tre cause nuove a settimana, che sarebbero state assegnate ad ogni g.i., già nel 1954 dovevano essere moltiplicate per 4 o 5; a parte il fatto che le suddette nuove cause andavano a cumularsi in ciascuna udienza alla cinquantina che il g.i. doveva trattare non in sede di prima comparizione, perchè da tempo pendenti e rinviate; a parte, dunque, la completa inattendibilità dei riferiti dati di fatto, appare veramente incredibile appellarsi alla « purezza del testo originario del codice », onde imporre alle parti di *scoprire subito tutte le batterie davanti ad un giudice... che proprio per quel codice non era destinato a decidere la causa*, ma solo a rimetterla

al collegio perché decidesse! Di fronte a tale geniale schema processuale si pretendeva che le parti, calpestando il proprio interesse, enunciassero tutte le proprie ragioni nella citazione e nella comparsa di risposta qualche anno prima che l'organo decidente entrasse nel merito!

Ancora più assurdo appare il rimedio in questione, ove si pensi che, dopo avere costretto i contendenti a scrivere tutto ed il contrario di tutto nella citazione e nella comparsa di risposta, la sentenza arrivava, ed arriva, dopo anni, che nel 1954 erano mediamente 3 o 4, ed oggi 10. Questo — si badi — nell'ordinario processo di cognizione in cui è ancora dato all'attore fissare l'udienza di prima comparizione. Nel « gioiello » processuale delle controversie di lavoro ed assimilate, in cui anche questa residua facoltà è stata tolta alle parti, non solo la decisione arriva dopo anni, ma è la stessa prima udienza ad essere fissata dall'ufficio nella migliore delle ipotesi dopo 8/10 mesi dal deposito del ricorso introduttivo.

Basta questa elementare e non confutabile constatazione per dimostrare come il famoso ed immediato « svuotamento del sacco » fosse in realtà il prodotto di un singolare abbaglio. E ci si deve dolere che il legislatore abbia in tempi recenti seguito il cattivo consiglio nell'errata convinzione di apprestare così adeguata cura ai mali del processo civile, che invece ne risultano ancor più aggravati, costituendo elementare osservazione che dei tre soggetti di esso protagonisti, attore convenuto e giudice, l'unico a non avere mai fretta è sicuramente il terzo.

Quanto al « libriccino », che avrebbe dovuto per miracolo trasformare in individui vivi e vitali le bare delle fantomatiche 400 cause, è facile osservare che esso in 50 anni di applicazione del codice non è stato mai scritto da nessun g.i., per la semplice ed evidente ragione che in base ad esso le cause non si fanno per essere decise, ma per essere « istruite »!

L'unico « libriccino », che invece con l'attuale sistema si è visto diligentemente tenere da ogni g.i., è quello ove si annotano i rinvii delle udienze istruttorie (in media da 6 a 10 mesi) e per le udienze collegiali decisorie (in media da 3 a 5 anni). Va da sé che in queste preziose agende, unico e reale prodotto del processo vigente, i rinvii per le udienze collegiali saranno tra breve sostituiti con egual

intervallo da quelli per le udienze di precisazione delle conclusioni, come dalle recenti ed illusorie modifiche al codice.

Non si sa, poi, quanto il cennato e vivificante « libriccino » caldamente consigliato ai giudici fosse compatibile con le vere idee di G. Chiovenda, del quale tanti si professano fedeli allievi e seguaci, ma per il quale le cause vanno decise in pubblica udienza dopo adeguata trattazione e discussione orale senza preclusioni di sorta. Non, invece, sulla base di appunti presi più o meno nascostamente dal giudice al di fuori del contraddittorio e della dialettica processuale. Siffatte escogitazioni sono, in effetti, molto più consone alle idee dei Guardasigilli A. Solmi e D. Grandi che agli insegnamenti di G. Chiovenda.

Anche la Corte di cassazione, suprema magistratura dello Stato, fu a suo tempo chiamata ad esprimere il suo parere sull'auspicata riforma del processo civile. Una commissione composta da autorevoli magistrati ritenne opportuno partire correttamente da alcuni dati statistici forniti dall'ISTAT, sicuramente più attendibili di quelli tratti dalla fantasia di interessati difensori del codice ⁽⁹⁾. Fra questi, uno emerge in modo nettissimo, costituendo un vero e proprio macigno contro il quale erano, e sono, destinati ad infrangersi gli espedienti dialettici di quanti ancora perseverano nel volere percorrere la strada sbagliata seguita dal legislatore del 1940.

Dalle cennate statistiche giudiziarie emerge, dunque, che nel decennio 1929-1938 *il 60% delle cause in tribunale veniva deciso con sentenza pubblicata entro sei mesi dall'inizio della pendenza, e tra esse oltre il 25% addirittura entro tre mesi* ⁽¹⁰⁾.

Non disponendo di dati recenti, la S.C. si incaricò diligentemente di fare un sondaggio presso il tribunale di Roma per il 1952, e scoprì che *su cento sentenze soltanto tre erano state emesse entro sei mesi dall'inizio della lite!* Passati altri 45 anni, nel 1997 non solo è del tutto impensabile che un qualunque tribunale decida una causa entro sei mesi dal suo inizio, ma ci vuole una buona dose di fortuna

⁽⁹⁾ La Corte di cassazione riferisce che nel 1954 ciascun g.i. dei tribunali più importanti poteva avere un carico anche superiore a 500 cause, quindi ben più delle due o tre cause a settimana che secondo le osservazioni dell'Università di Pisa venivano ad ognuno settimanalmente assegnate!

⁽¹⁰⁾ V., *Osservazioni e proposte sulla riforma del codice di procedura civile*, I, Roma 1956, p. 15.

se il lieto evento possa realizzarsi... entro sei anni! I sei mesi del decennio 1929-1938 per le giovani generazioni di giudici ed avvocati rappresentano oggi una chimera.

La S.C., sempre in base alle statistiche, cerca di dimostrare che il disastro, già ben chiaro nel 1954, sarebbe da imputare ad un incremento della litigiosità in pretura ed in tribunale. Poiché, però, le cifre non mostravano affatto tale incremento, ma in qualche anno addirittura una diminuzione delle cause sopravvenute ⁽¹¹⁾, la Corte osserva che sotto il vecchio codice quelle non totalmente definite con una sentenza dovevano essere riscritte a ruolo, sicché una stessa controversia poteva figurare più volte nei ruoli giudiziari con numeri diversi. Per tale ragione essa riteneva che una corretta comparazione tra dati omogenei dovesse comportare una riduzione del numero complessivo delle cause iscritte a ruolo con la passata legislazione da stimarsi intorno al 25% del totale di ogni anno.

A parte il fatto che anche con la ipotizzata riduzione l'incremento della litigiosità non sarebbe stato comunque tale, da giustificare il molto più che proporzionale aumento dell'arretrato e dei tempi di risoluzione delle liti, l'argomento addotto dalla S.C. non appare molto persuasivo. Vero è che in antico la stessa causa poteva essere iscritta a ruolo più volte, quando ad esempio venivano emesse più sentenze parziali o interlocutorie; ma è pure vero che essa doveva essere egualmente studiata più volte e quindi decisa con una pluralità di sentenze, tutte da deliberarsi e scriversi. Quindi, alla pluralità dei numeri di ruolo corrispondeva pur sempre una pluralità di processi e di sentenze, a nulla rilevando sotto il profilo del carico di lavoro dei singoli organi giudiziari se la causa fosse identica o diversa.

Non mi soffermo particolarmente sui rimedi proposti dalla S.C., dei quali uno, quello di aumentare l'imposizione fiscale sul processo civile, appare davvero strabiliante: con gli attuali livelli impositivi le cause civili già da tempo dovrebbero essersi estinte! Intendo, invece, soffermarmi su due punti.

⁽¹¹⁾ V., *Osservazioni e proposte*, I, cit., pg. 7-9. Sul fatto che sino alla fine degli anni 70 non si registrava un significativo aumento nel numero delle nuove cause innanzi ai tribunali, ma invece un incremento abnorme dell'arretrato, cfr. G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, cit., pg. 5 e nota 4.

Uno è il suggerimento di modificare la legge vigente, permettendo all'attore nelle cause documentali di citare il convenuto direttamente innanzi al collegio, anziché innanzi al g.i. per una serie di adempimenti del tutto inutili, atti soltanto a perdere tempo. Ma questo non significava altro che tornare al sistema processuale del 1865 ed abbandonare le assurdità del codice vigente, in cui le cause si fanno per essere istruite e per interrogare liberamente le parti, ma non per essere decise.

Altra questione riguarda un argomento, tutt'ora ricorrente con insistenza, per cui non sarebbe né possibile né opportuno un adeguato aumento numerico dei magistrati, perché l'esito deludente dei concorsi mostrerebbe la difficoltà di reclutare in quantità sufficiente persone preparate e capaci. Ma è davvero credibile che in una Nazione di sessanta milioni di abitanti con migliaia di laureati in giurisprudenza sia così difficile trovare altri 7.000 magistrati, in guisa da portarne il numero complessivo a 15.000 unità, cioè il minimo indispensabile nell'attuale situazione?

A me non sembra che ciò sia vero. Penso, infatti, a quei valorosi magistrati onusti di meriti insigni, e per tal ragione venuti anche alla ribalta della politica nazionale, che nelle loro frequenti apparizioni pubbliche dimostrano di avere qualche problema non dico col giure, ma ancor prima con la grammatica e la sintassi. Ebbene, se queste eccezionali figure dall'affascinante eloquio hanno affrontato e superato il concorso per la magistratura, non è lecito ritenere che molti altri potrebbero conseguire eguale risultato, sol che vi fossero i posti disponibili?

In conclusione, la diagnosi espressa da E. Finzi nel 1954 nella doppia veste di Preside della Facoltà giuridica dell'Università di Firenze e di Presidente dell'Ordine forense di quella Città era assolutamente giusta. Lo era, perché basata sulla verità, come mezzo secolo di esperienza dimostra al di là e al di sopra di ogni artificio verbale.

Dispiace, invece, constatare come tale verità in ambito accademico sia stata con decisione difesa da uno studioso del diritto privato, mentre molti di coloro i quali a maggior titolo avevano il dovere morale e scientifico di farlo, vale a dire gli studiosi del processo civile, non lo hanno fatto.

PAOLO GROSSI

IL DISAGIO DI UN 'LEGISLATORE'
(Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)

'Richiamare il diritto ai giuristi' (F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*)

1. Per rileggere Vassalli sotto un profilo culturale. — 2. Un 'legislatore' suo malgrado. — 3. L'avvio di un itinerario: « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » (1919), ossia il diritto privato come diritto dei privati. — 4. Lo svolgimento di un itinerario; e una epifania significativa: « Arte e vita nel diritto civile » (1931). — 5. Il Codice civile tra ragionevolezza e transizione. La diagnosi serena di un 'codificatore'. — 6. « Esame di coscienza di un giurista europeo » (1951): legislazione e scienza giuridica verso un diritto uniforme.

1. Di studiar più da vicino e più a fondo il messaggio scientifico di Filippo Vassalli mi venne voglia fin da quando — tanti anni fa — mi imbattei nel suo saggio sulla 'Estrastatualità del diritto civile' ⁽¹⁾, saggio che, sotto l'insegna di una intitolazione così singolare, appariva portatore di un pensiero singolare e solitario. Singolarità e solitudine che assumevano una ancor più viva intensità se si collocava quella scrittura nel grembo del suo tempo di redazione, un anno 1951 ancora riecheggiante delle scelte giuridiche del fascismo e del nazionalsocialismo e pervaso da un rispetto quasi mistico della ritrovata legalità che ogni sano giurista democratico riteneva doveroso ostentare.

Quel saggio ebbe lettori più o meno distratti nella civilistica italiana, sottolineato soltanto da chi tentava, in assoluto isolamento,

⁽¹⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 574 (il saggio era apparso originariamente, nel 1951, negli Studi in onore di Antonio Cicu).

la strada difficile e contestata della costruzione di un nuovo diritto civile su basi rigorosamente pluriordinamentali ⁽²⁾.

Poi, mille impegni e differenti cammini di ricerca seppellirono il mio primitivo desiderio, anche se non lo cancellarono mai: è riaffiorato in occasione dei miei ricorrenti scavi sui rapporti fra assolutismo giuridico e diritto privato moderno, è riaffiorato soprattutto l'anno passato quando, chiamato dall'Istituto Universitario Europeo a disegnare una sintesi storica del diritto civile italiano, ritenni di far posto proprio a Filippo Vassalli nel quadro della scienza giuridica italiana degli anni Venti e Trenta ⁽³⁾.

Se ho però ripreso in mano vecchi appunti, rifatto nuove letture e dato avvio concreto alla stesura di queste pagine, lo debbo a due felici esperienze di studio — l'una recente, l'altra recentissima — dedicate a Vassalli da un colto e sensibile civilista nostro, Giovanni Battista Ferri ⁽⁴⁾. L'interesse specifico di Ferri era per il grande 'legislatore', il 'codificatore' del diritto privato italiano, tema rilevantissimo e su cui c'era (e c'è) ancora molto da scavare e da chiarire; il mio interesse per Vassalli era (ed è) invece di indole più culturale e restava (e resta) legato alla mia lettura giovanile e a quel saggio del '51 dal titolo tanto provocante. Non mi mancava che collegarvi altre letture già fatte dallo stesso angolo d'osservazione, altre aggiungervene, e ricomporre insieme i vari frammenti esaminando se ne scaturiva un itinerario coerente ed organico.

È quanto mi propongo in questa breve riflessione: cogliere il messaggio di Vassalli, cioè di colui che è universalmente considerato come il più 'autore' fra gli 'autori' — mi si passi l'espressione — del Codice civile italiano vigente, sul terreno delicato del sistema delle fonti e quindi della produzione e interpretazione del diritto, póro in

⁽²⁾ Il riferimento è alla ricerca, rimasta incompiuta, di Salvatore ROMANO, tra i cui molti apporti si veda particolarmente: *Ordinamenti giuridici privati* (1955), ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1980, tomo primo, p. 449 ss., saggio destinato a onorare proprio la memoria di Filippo Vassalli e nel quale il § 5 è dedicato alla riflessione vassalliana (p. 460).

⁽³⁾ La conferenza fu tenuta il 6 maggio 1996; il testo sarà prossimamente pubblicato a cura dello stesso Istituto Universitario Europeo.

⁽⁴⁾ Giovanni B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990, e *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Diritto privato*, II (1996), p. 593.

dialettica con le certezze dominanti e circolanti dell'assolutismo giuridico, del pan-statalismo e del pan-legalismo così cari al sensato e mediocre giurista anche del maturo Novecento.

E mi propongo di dar risposta a una domanda essenziale: Vassalli — lui, il 'legislatore' per eccellenza — si riposò beato sulle comode convinzioni dell'assolutismo giuridico, che collocano il giurista all'ombra protettiva e costringitiva della legge? Fu, per lui, il saggio sulla 'Estrastatalità del diritto civile' un episodio isolato o piuttosto il momento più appariscente di una riflessione unitaria? Pur nella modestia del suo intento, il presente saggio può essere un contributo non secondario alla biografia intellettuale d'una delle più significative presenze nella scienza giuridica italiana di questo secolo.

2. Bene ha fatto Ferri a puntare il suo sguardo sul realizzatore del Codice ed è giusto che, nella comune coscienza dei giuristi italiani, il nome e l'opera di Vassalli siano legati alla faticosa, relevantissima elaborazione di una nuova codificazione civile. Se infatti il Nostro non ha mancato di prender parte attivamente alle più disparate dimensioni dell'esperienza giuridica, pratica e teoretica, legislativa e scientifica, giudiziaria e forense ⁽⁵⁾, è tuttavia doveroso constatare che la parte più consistente di tutta la sua operosità è quella del tecnico di gran rango chiamato ufficialmente al difficile mestiere di confezionare norme che siano — per l'appunto — tecnicamente adeguate.

Presentando, nel 1939, due volumi di proprii scritti scientifici da lui stesso raccolti e curati, egli ammetterà con tono di confessione e quasi di scusa: « Del mio lavoro... non poco, attraverso la più che ventennale quotidiana collaborazione di progetti, di relazioni, di discussioni, è trasferito negli ordinamenti giuridici apprestati per le occorrenze del dopoguerra e per memorabili eventi della patria, quali la sistemazione legislativa delle nuove provincie e più tardi

⁽⁵⁾ Confesserà, con una considerazione retrospettiva, quasi al termine della sua vita, che egli « ebbe la singolare ventura in una vita, tutta spesa in attività legali, di coltivare il diritto come storico e come pratico, di essere a volta a volta insegnante, avvocato, giudice di Corti costituzionali e compilatore di Codici e di leggi speciali » (*Esame di coscienza di un giurista europeo* (1951), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 766.

l'esecuzione del concordato con la Santa Sede, o si fissa nei testi più solenni della codificazione » (6).

Ho detto che il tono è quasi di scusa; forse, è qualcosa di più: è di rammarico. Il rammarico dello studioso innamorato del proprio sapere, che si è visto limitata dai troppi e gravosi impegni la sua curiosità intellettuale, la sua capacità di colloquio con il lettore. È certo che il volto più appariscente di Vassalli è quello del 'legislatore', del 'codificatore', ma è altrettanto certo che non si tratta di un volto soddisfatto. Anzi, è vero proprio il contrario, ed egli non ha affatto il pudore di nasconderselo.

Nella sua prolusione romana del '30 è franchissimo accennando al sistema della codificazione: « Chi vi parla non ne è entusiasta. Rende omaggio alle esigenze pratiche a cui il codice corrisponde, ma avverte il disagio della costrizione della legge civile in un codice » (7). E parecchi anni dopo, passata e definita la gran fatica della redazione del Codice, in un saggio di felice contrappunto tra situazione europea continentale e mondo di *common law*, non ha esitazione a svelare il suo atteggiamento più riposto: « è una ironia del caso se proprio a me, che non sono affatto un entusiasta del sistema delle codificazioni ufficiali... è toccato di collaborare per venticinque anni ai codici e di scrivere per buoni due terzi il codice civile » (8).

Immediatamente prima aveva confessato che un sistema di diritto non legale gli sembrava valere quanto quello legale; immediatamente dopo, concluderà la sua riflessione con un tocco di scetticismo sulla funzione del Codice (9). Insomma, un ben strano 'legislatore', che dedica la sua vita a costruire leggi, ma che sente scomoda la seggiola su cui il solo senso di dovere lo ha fatto sedere.

E il sentimento che emerge palesemente è di disagio: parola che ho ritenuto di inserire nella stessa intitolazione di queste pagine, ma che è sulla bocca dello stesso Vassalli pronunciata nel testo soprascritto. Disagio passeggero? Traccia fuggevole di un momento di fatica e di scoramento? Proprio annotando l'ultimo testo sopra

(6) Vedi ora il testo riprodotto in *Studi giuridici*, cit., vol. I, p. IX.

(7) *Arte e vita nel diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 400.

(8) *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 576.

(9) « È che poi io non riguardo il codice gran che di più — per tante materie — che un mediocre trattato o una silloge di massime » (*loc. ult. cit.*).

segnato egli tiene a puntualizzare che si tratta di un suo atteggiamento costante, e rinvia il lettore — in questa pagina del '46 — a precedenti eloquentissime affermazioni del '27, del '30, del '42 ⁽¹⁰⁾.

In mezzo a uno stuolo di giuristi (spesso inconsapevolmente) legolatrici, in mezzo a un generale entusiasmo (di stampo decisamente post-illuministico) per lo strumento taumaturgico del Codice, ecco profilarsi l'esperienza appartata e peculiare di un civilista il cui itinerario soffre di una profonda antinomia fra convinzioni intime e manifestazioni professionali.

Lui, il 'legislatore', è culturalmente convinto del rischio tutto moderno di ridurre il diritto a un sistema, pur suadente, pur perfettissimo, di regole autoritarie generali astratte e avverte preciso « il disagio della costrizione della legge civile in un codice ».

Lui, che nasce storico del diritto ⁽¹¹⁾, che dalla storia ha appreso il pericolo dei facili entusiasmi ed ha appreso a temperarli; cui la storia ha insegnato l'inadeguatezza delle costruzioni geometriche a ordinare la complessità e mobilità della vita giuridica, lui è dominato da una ferma istanza di relativizzazione e di demitizzazione di quanto i moderni han fissato come ultimo e assoluto approdo sul piano delle fonti ⁽¹²⁾. Lui, nel fondo del cui animo sta la consapevolezza dello storico, trova ripugnante e immiserente ridurre il diritto a legge ⁽¹³⁾, a leggi.

La coscienza dello storico è sempre coscienza della complessità

⁽¹⁰⁾ « Le stesse cose io ho lungamente insegnato e avevo detto in più occasioni pubblicamente, così commemorando Chironi nel 1927 e nella prolusione alla Università di Roma del 1930 e nel discorso sul nuovo codice civile del 1942 » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹¹⁾ Vassalli si inizia agli studi giuridici nella Università di Siena sotto la guida del romanista Luigi Moriani, e proseguirà questo filone di studi in Roma con quello che riterrà il suo vero maestro, Vittorio Scialoja (dal quale, come dichiarerà nella sua prolusione romana — cfr. *Arte e vita nel diritto civile*, cit. p. 395 —, « dell'arte del diritto ebbi rivelati i raffinamenti più squisiti »); all'inizio della sua carriera insegnerà discipline romanistiche prima di passare al diritto civile positivo, che non lascerà più.

⁽¹²⁾ Se mai, si può aggiungere un rilievo: in Vassalli, che nasce romanista, è talvolta coglibile una ipervalutazione e una idealizzazione del diritto romano, che — del resto — sono le tentazioni irresistibili di ogni romanista. Storicista per diritto moderno, forse Vassalli lo è un pò meno per diritto antico. Segno di contraddizione di un personaggio, che — tuttavia — avverte schiettamente la storicità della dimensione giuridica.

⁽¹³⁾ È appena il caso di precisare che, quando Vassalli parla di 'legge civile' nel

e della relatività: nel filtro di quella coscienza la legge appare soltanto uno dei molti vestimenti del giuridico, non il solo e forse non il primo; ed emerge la dialettica relativizzante legge/diritto: la legge è diritto ma non è il diritto, cioè non si identifica con esso perché è incapace ad esprimerlo compiutamente.

A chiusura di uno dei suoi ultimi scritti metodologici Vassalli scriverà: « Il problema di oggi è riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto ⁽¹⁴⁾. Nella occasione solennissima della inaugurazione del Congresso internazionale di diritto privato (a questo era destinato lo scritto), avendo tra le mani un tema dalla elevata valenza politica, questo epilogo così fermo e reciso ha un carattere indubbiamente programmatico: rivalutazione del giurista-scienziato, suo rinnovato coinvolgimento nella produzione del diritto in nome di quella complessità del giuridico di cui unicamente lo scienziato può essere percettore e traduttore. La legge non può essere affidata ai professionisti della politica stazionanti occasionalmente nelle aule parlamentari, ma al ceto dei tecnici. Ciò varrà anche a sottrarre la legge dalle sabbie mobili del 'quotidiano' e dell' 'episodico' per recuperarla al mondo ben più vasto e complesso del diritto.

La dialettica legge/diritto, che si origina nella consapevolezza della non-coincidenza fra l'una e l'altro, è estremamente risalente ed è anche estremamente vivificante perché è il cordone ombelicale tra forme giuridiche ed esperienza. È stata soffocata, se non cancellata, nell'emisfero moderno in nome della esasperazione (ideologicamente ben fondata) della dimensione legislativa, ma è stata la grande valvola respiratoria del diritto comune medievale e post-medievale. In quell'espressivo incunabolo del moderno che è la 'Republique' di Bodin essa è ancora intensamente segnata ⁽¹⁵⁾. Bodin, disegnatore innovativo a fine Cinquecento delle linee teoriche del già virulento

testo richiamato alla nota 7, 'legge' è termine inteso in un significato assai ampio che lo rende sinonimico di 'diritto', com'è assai spesso nella tradizione del diritto comune.

⁽¹⁴⁾ *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi* (1950), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 751.

⁽¹⁵⁾ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpr. ed. Paris, 1583), p. 155: « il y a bien difference entre le droit et la loy: l'un n'emporte rien que l'equité, la loy emporte commandement: car la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance ».

Stato francese, come giurista, come pratico del diritto, sembra invece a cavalcioni tra due mondi, ed è probabilmente dalla prassi giuridica parigina — ancora intrisa di passato, ancora dominata dal ceto dei giuristi e non ancora condizionata dai grossi interventi legislativi del Principe — che prende consistenza la dialettica legge/diritto, quasi la contrapposizione fra legge e diritto: il diritto, un universo che pesca nel profondo della società, la legge che attinge dalla volontà e dall'autorità del solo Principe.

È la dialettica ed è la convinzione, che troviamo vivace nel discorso inaugurale di Vassalli, questo storico del diritto che ha indossato sapientemente le vesti del civilista ma che non ha mai inteso smentire le sue radici. Ed è anche la dialettica che colloca il Nostro in una posizione critica rispetto all'assolutismo giuridico imperante.

Fra i civilisti italiani il 'legislatore' Vassalli è forse il più sensibile, il più coraggioso nel percorrere e ampliare i sentieri nuovi che si cominciavano a tracciare su statalismo e legalismo all'interno della scienza giuridica peninsulare dopo il grande scossone della prima guerra mondiale.

Il sasso lanciato con forza da Santi Romano, nel 1918, nel bel mezzo della piccionia dei giuristi, e che lo stesso Romano aveva mancato di raccogliere per le sue costruzioni pubblicistiche, stava tuttavia dando i primi frutti nelle coscienze più sensibili: il diritto ricominciava ad essere agganciato, più addietro delle cristallizzazioni politiche, nel cuore del sociale, e ne son traccia sicura i fermenti che lo storico riscontra nitidi nel ventennio corrente fra le due guerre mondiali.

È la temperie culturale dalla quale scaturirà il richiamo insistente di Capograssi alla esperienza giuridica e alla scienza quale interprete primaria e più accreditabile dell'esperienza ⁽¹⁶⁾; nella quale, pur nel seno dello Stato totalitario, giuristi ufficiali del regime come Sergio Panunzio disegnano, nella complessità del nuovo ordine corporativo, un certo qual pluralismo fra Stato, gruppi sociali,

(16) Si fa torto al lettore avveduto ricordando, nel 1932, la riflessione capograssiana di avvio: « Studi sull'esperienza giuridica », e, nel 1937, la manifestazione compiuta del suo pensiero: « Il problema della scienza del diritto » (ora, ambe, in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. II).

unità produttive, sindacati, e mettono a punto la nozione di ‘partito-istituzione’ come fatto costituente pre-statuale ⁽¹⁷⁾; e i nuovi giuspubblicisti quali Costantino Mortati fondano il nuovo Stato su una nozione di ‘costituzione in senso materiale’, che, rappresentando il momento embrionale di prima differenziazione dello Stato dalla società, implica un risoluto aggancio col sociale e immerge la dimensione statale nel complesso di forze circolanti già in una dimensione pre-statuale ⁽¹⁸⁾.

È la temperie culturale in cui Cesarini Sforza, giurista ben addentro alla nuova visione corporativa dell’ordine sociale, porta avanti l’ipotesi teorica di Romano misurandola sul terreno degli ordinamenti privati ⁽¹⁹⁾, in cui i civilisti Finzi e Pugliatti — deponendo il soggetto dal trono elevatogli dalla tradizione romanistica — avviano la costruzione dei diritti reali partendo dal mondo dei fatti e valorizzando le cose e i loro statuti differenziati ⁽²⁰⁾, in cui il commercialista Ascarelli ingrandisce di parecchio l’orizzonte dell’universo giuridico ricomprendendovi senza esitazione la dimensione dell’effettività ⁽²¹⁾.

È in questo ventennio serpeggiante di fermenti critici e di ripensamenti demitizzanti, non esclusivamente italiani ma europei ⁽²²⁾, che si colloca la voce di Filippo Vassalli, voce — si diceva più sopra —

⁽¹⁷⁾ Sono le tesi sviluppate soprattutto in: S. PANUNZIO, *Il diritto sindacale e corporativo*, Perugia, La Nuova Italia, 1930, e *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l’unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, Soc. Tip. Modenese, 1931, vol. II (pubblicato anche in veste autonoma col titolo variato: *Stato e diritto. L’unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*).

⁽¹⁸⁾ Basti qui rinviare alle convincenti pagine di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicista italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 154 ss. (ma soprattutto pp. 159-62).

⁽¹⁹⁾ WIDAR CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

⁽²⁰⁾ Per un maggior chiarimento basti qui rinviare alle precisazioni da me fatte in: *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico* (1985), ora in *Il dominio e le cose-Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 604-5.

⁽²¹⁾ Sia consentito di rinviare a una mia indagine in corso di pubblicazione: *Le aporie dell’assolutismo giuridico (Ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, III (1997), nonché in ‘Studi in onore di Pietro Rescigno’.

⁽²²⁾ Per la Germania weimariana e nazionalsocialista lo abbiamo rilevato nel nostro ricordo del Wieacker civilista: *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, in *Rivista di diritto civile*, XLI (1995), parte prima, p. 487 ss.

coraggiosa perché aggredisce il problema della produzione del diritto privato con straordinaria franchezza e alle sue fondazioni prime; i suoi ripetuti interventi costituiscono un invito — rivolto ai civilisti — a guardare finalmente contro-luce un paesaggio cui il loro sguardo si era troppo supinamente assuefatto.

Modesta finalità di questo saggio è di ripercorre l'itinerario vassalliano sulla scorta di alcune sue tappe essenziali: i termini estremi di esso possono esser fissati nella prolusione genovese del '19 trattante « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » e nel già citato contributo del 1951 contenente lo « Esame di coscienza d'un giurista europeo ».

3. Quando Vassalli legge, il 22 novembre 1918, la sua prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto civile' nella Università di Genova, col proposito specifico di discutere 'Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato' (23), egli è già pienamente coinvolto nella Commissione Reale per il dopoguerra, in quella sezione che aveva il compito tecnicamente delicatissimo della 'Revisione della legislazione emanata durante la guerra in forza dei poteri straordinari'.

È — com'è ben noto — un complesso legislativo emanato soprattutto dal Governo durante il periodo bellico e fornito di un carattere spiccatamente eccezionale, che aveva già raccolto, quando la prolusione viene redatta, in ragione dei suoi contenuti innovativi e addirittura eversivi, l'attenzione di alcuni sensibili giuristi italiani (24). La riflessione vassalliana è rilevante non soltanto a dimostrazione nel Nostro di una pari sensibilità, ma anche alla luce delle nostre specifiche finalità, perché testimonia la presenza sicura di un ben definito atteggiamento metodologico e di un nucleo ben definito di pensiero nel giovane studioso poco più che trentenne (25).

Caliamo a esaminare più da vicino queste significanti presenze.

Innanzitutto, un atteggiamento decisamente storicistico, stru-

(23) Vedila ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 337 ss.

(24) Apposita rubrica tiene stabilmente sul tema-problema delle « questioni relative alla guerra » Alfredo Ascoli sulla 'Rivista di diritto civile'. Lo stesso fa Gino Segrè sulla 'Rivista del diritto commerciale'.

(25) Solamente per il lettore non-italiano si segnala che Filippo Vassalli era nato a Roma nel 1885. Si spengerà, sempre a Roma, nel 1955.

mento consueto di approccio per ogni storico del diritto degno di questo nome, ma strumento singolare e inusuale in chi — come Vassalli — nasca quale romanista e particolarmente si educi in quei primi anni del secolo quando la formidabile impronta pandettistica reclamava, in genere, nel romanista il maneggio di schemi categoriali assolutamente dommatici collocando in una sorta di limbo metastorico il suo sapere e costituendolo valido sempre e dovunque ⁽²⁶⁾.

‘Comprensione’ è invece il nitido vocabolo di segno storicistico che affiora al lessico vassalliano ⁽²⁷⁾, e, conseguentemente, la tensione a non isolare il fenomeno studiato, bensì a collocarlo nel proprio tempo al centro di una rete ampia di forze e di rapporti. In questa luce il corpo legislativo bellico, che a un occhio superficiale può colpire unicamente per la sua eccezionalità, appare invece essere il frutto maturo d’una stagione storica che la guerra ha reso manifesto o ha, magari, affrettato; che, comunque, non può essere liquidato come un episodio (sia pure di grosse proporzioni), ma interpretato come specchio fedele dei tempi: « la verità è che lo stato di guerra ha portato in essere, o talora solo a maturazione, tutto un sistema di politica economica (a questo io mi fermo più insistentemente pei nessi col diritto privato), che e studiosi e politici avevano disegnato e propugnato indipendentemente da ogni stato di guerra » ⁽²⁸⁾.

Lo storicismo consente a Vassalli di veder più chiaro, e di inserire lucidamente il fenomeno indagato nel suo reale contesto, espressione di quel contesto. È un atteggiamento intellettuale costante in Vassalli, e lo ritroveremo intatto quando — negli anni Trenta —, studiando il nuovo diritto di proprietà così come si veniva configurando nella fascista ‘Carta del lavoro’, lo coglieva anche « come sintesi concettuale di acquisizioni già in atto » ⁽²⁹⁾; o quando, negli anni Quaranta, ammoniva che tante conclusioni e scelte dell’ordinamento corporativo altro non erano che un portato del

⁽²⁶⁾ Storicista e alieno dalle pure dommatizzazioni pandettistiche il nostro Vassalli, ma con qualche — forse inconscia — indulgenza verso il diritto romano classico e giustiniano come valore culturale e tecnico (cfr. quanto abbiamo rilevato più sopra, alla nota 12).

⁽²⁷⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 340.

⁽²⁸⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 339.

⁽²⁹⁾ *Il diritto di proprietà* (1932-33), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 416.

proprio tempo di cui occasionalmente era stato veicolo efficace il regime autoritario ⁽³⁰⁾.

E per la seconda volta non possiamo non raffrontare e avvicinare la posizione di Vassalli con quella di un altro grande storico del diritto e, insieme, civilista, il tedesco Franz Wieacker, il cui apparente filonazismo nel corso del decennio nazionalsocialista si riduceva alla precisa coscienza della storicità di certe conclusioni e scelte, espressioni del proprio momento storico prima ancora che emblemi di questo o quel regime politico, di questa o quella ideologia politica ⁽³¹⁾. Testimonianze, insomma, l'italiana e la germanica, di una scienza giuridica (e in Italia si dovrebbe almeno aggiungere quella del 'fascista' Mortati) che vuol soprattutto dar voce a istanze della società e della cultura contemporanee rivestendole di adeguate apparecchiature tecniche.

La legislazione italiana di guerra rappresenta, in questo angolo di osservazione vassalliano, l'emersione di una cospicua crisi del diritto privato, crisi di quel nodo solidissimo di valori che si era mantenuto pressoché inalterato dal disegno classico dei romani allo scossone incisivo di fine Ottocento: « una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato » ⁽³²⁾. E che consiste in una attenzione tutta nuova, sommamente rischiosa, del potere politico per la grande zona franca dei rapporti fra privati: attenzione, protezione, ma anche invadenza e, con essa, l'intorbidarsi delle limpide acque civilistiche per l'inevitabile inquinamento con una politicità troppo spicciola, troppo legata al quotidiano e alle sue repentine variazioni. Se « vocazione delle norme di diritto privato è essenzialmente di realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente fra gli uomini » ⁽³³⁾, l'intervento dello Stato — sia esso con finalità puramente protettive — non può che inquinare e snaturare.

È la natura stessa delle regole civilistiche che quell'intervento mette in discussione, soprattutto quando il legislatore, lasciato il

⁽³⁰⁾ Un esempio eloquente è in: *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1942-47), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 6147.

⁽³¹⁾ GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, cit., p. 498 ss..

⁽³²⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 341.

⁽³³⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 344.

ruolo di codificatore, e cioè di raccoglitore in una cornice generale di contenuti già elaborati dalla cultura e dalla prassi giuridiche, si fa produttore di norme specifiche, e cioè portatore di contenuti dei quali esso solo, a livello politico, è l'arbitro.

E spunta netta la grande verità cara al romanista Vassalli, la estrastatualità, la naturale estrastatualità del diritto civile: « il diritto privato, quale ereditammo dai romani è indipendente dall'organizzazione statale »⁽³⁴⁾.

Elaborato giorno dopo giorno nei rapporti e traffici della vita ordinaria all'insegna del buon senso e di quel minimo etico di cui l'uomo comune è il naturale portatore, il diritto privato è il frutto di una sedimentazione lentissima e di un lentissimo ma organico assorbimento da parte della società; con due protagonisti a livello tecnico-giuridico: un privato, il giureconsulto, e un magistrato, il pretore, che non impone una regola sua ma che si limita a *ius dicere*, « a dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione »; giureconsulto e pretore, l'uno e l'altro « voce del buono e dell'equo »⁽³⁵⁾.

Una prima conclusione è immediata: « la legge, il diritto cioè dettato dallo Stato, ha uno sviluppo limitato, nell'orbita di codesti rapporti »⁽³⁶⁾, perché vincola e rattrappisce una fioritura spontanea di regole nascenti liberamente dalle mille combinazioni della vita quotidiana.

In questa ottica antistatalistica e antilegalistica vengono collocate sullo stesso piano, testimoni ambedue di un interventismo negativo dei pubblici poteri, sia la legislazione emanata in seno alla prima guerra mondiale, sia « la così detta legislazione sociale ». Non saranno i contenuti diversi a imporre una valutazione diversa: deprecabile è il modo di produzione della regola civilistica, la quale

⁽³⁴⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 361.

⁽³⁵⁾ Vale la pena di riportare l'intero contesto discorsivo di Vassalli: « il mirabile monumento del diritto privato è costruito prevalentemente per opera di giureconsulti, cioè di privati — sacerdoti dell'idea di giustizia, come essi stessi si sentono e si proclamano — e del pretore, cioè del magistrato che deve *ius dicere*, dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione, che ha dunque una funzione ben diversa dalla legislativa, anch'egli voce del buono e dell'equo » (*Della legislazione di guerra*; cit., pp. 344-45).

⁽³⁶⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 345.

— per sua intima natura — aborrisce dalla imposizione autoritaria sia pure attuata per finalità protettive di categorie sociali più deboli. La legislazione sociale è anch'essa sintomo allarmante della dilagante crisi moderna che involge e travolge il diritto privato.

La critica vassalliana alla legislazione di guerra ha la stessa fondazione della sua critica al generale panlegalismo e della sua diffidenza sulla stessa codificazione come strumento appropriato e congeniale. Non ha una matrice ideologica ma culturale. In altre parole, Vassalli non appartiene di certo al novero crescente di quei giuristi che reclamavano maggiore attenzione per la dimensione sociale del soggetto civilistico; al contrario, egli appartiene con sicurezza a quelle correnti individualistiche che avevano creduto nella legge e nel Codice come strumenti supremi di tutela d'un assetto individualistico della società, e alla legge e al codice ne avevano affidato la realizzazione e la consolidazione. Il moto critico di Vassalli non tocca queste certezze saldamente ancorate al più puro liberalismo classico; ha piuttosto radici culturali originate in lui dall'esser nato romanista e dall'esser restato nel fondo del suo animo un indagatore innamorato dell'universo romano dove i privati avevano eretto un monumento ammirevole di diritto civile all'insegna del *bonum et aequum*.

Immediata è anche una seconda conclusione: « la legge col suo generale precetto semplifica e unifica i fenomeni; pone una definizione, una formula, una regola dove la vita pulsa e prorompe, dove gli interessi cozzano o cospirano, dove la realtà suscita ogni giorno fatti nuovi »⁽³⁷⁾. La norma legislativa fa violenza perché non tien conto della complessità e mobilità dell'universo giuridico, che è realtà vitale in continue formazione e trasformazione.

La legge semplifica e immobilizza con una operazione che sa di innaturalità. Il vecchio diritto civile affidato alle opinioni duttili di maestri e di giudici, opinioni capaci di cambiare prontamente perché non irrigidite in cristallizzazioni e procedimenti, sembra dar maggiori garanzie di seguire e ordinare l'esperienza giuridica con le sue regole già scritte nel costume e nella prassi, che non abbisognano di strumenti di costrizione ma di categorie tecniche a sostegno.

(37) *Della legislazione di guerra*, cit., p. 359.

È la strada più che bimillenaria per la quale il diritto privato si è conservato intatto quale diritto dei privati.

4. Il complesso di certezze segnato con tanta fermezza nella prolusione genovese non è legato né all'oggetto specifico in quella dibattuto né allo specifico momento di un dopoguerra greve di coinvolgimenti per il giurista. È piuttosto un nodo di convinzioni di cui è traccia precisa in affioramenti che emergono lungo il filo continuo della riflessione vassalliana.

Così, nel '23, invitato da Giangastone Bolla a leggere una 'memoria' di fronte alla fiorentina Accademia dei Georgofili, in un ambiente popolato soprattutto da agronomi e da esponenti della più sveglia imprenditoria agraria toscana, tiene a riaffermare che « cessa il diritto civile dove alle determinazioni dei singoli si sostituiscono determinazioni di pubblici uffici » e che « diritto civile e diritto sociale son termini contraddittori »⁽³⁸⁾; né son queste delle frasi ad effetto per strappare un facile applauso al pubblico di proprietari terrieri, ma il ribadimento di una visione individualistica del diritto civile e, insieme, della identificazione di questo nel territorio franco governato dalla autonomia dei privati.

Così, nel '27, commemorando a Torino Gian Pietro Chironi per tanti anni maestro di diritto civile e suo predecessore in quell'Ateneo, prende occasione per richiamare i cultori del diritto privato positivo a una verità ovvia ma troppo spesso dimenticata nella assolutizzazione che quei cultori fanno dell'oggetto dei proprii studii: « il diritto vigente, il diritto codificato non essere che una contingenza nello sviluppo storico »⁽³⁹⁾. E prosegue la solita relativizzazione e demitizzazione del Codice: non la tappa ultima di una inarrestabile evoluzione, né la conquista definitiva di un progresso senza ritorno, bensì solamente una vicenda, e vicenda modesta perché legata a situazioni contingenti dell'età moderna; mentre il civilista, che non può essere mortificato « a volgare chiosatore », ha un ben definito ruolo culturale, e deve essere anche storico del diritto e comparatista giacché soltanto storia e comparazione gli

⁽³⁸⁾ *Le riforme del Codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 320.

⁽³⁹⁾ *Gianpietro Chironi* (1927-28), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 371.

daranno la coscienza del relativo e restituiranno complessa — com'è nella realtà — una vicenda normativa che corre troppo il rischio di restare semplificata e, tutto sommato, incompresa ⁽⁴⁰⁾.

Ma è nella già citata ⁽⁴¹⁾ prolusione romana del 1930, « Arte e vita nel diritto civile », che gli affioramenti si mutano in un ripensamento organico pari per qualità e intensità a quello della prolusione di dodici anni prima e da cui abbiām preso le mosse. Segno che il filo di pensiero intriso di insoddisfazione, di disagio, di critica scoperta alle placide e indiscusse certezze dell'assolutismo giuridico continua il suo corso e sta assumendo i contorni di una autentica posizione dello spirito.

L'attacco all'assolutismo giuridico non si limita alla offensiva indiretta e quasi strisciante che si arresta a deporre il Codice dall'altarino post-illuministico, a relativizzarlo, a demitizzarlo ⁽⁴²⁾, ma si spinge a minare le fondazioni più riposte di quello, ovverosia la sistemazione rigidissima che aveva compiuto della pluralità di fonti, a manifestare una palese insofferenza verso la soluzione unica che aveva dato al problema della produzione del diritto e verso la soppressione di ogni effettivo pluralismo in nome del monopolio incontestabile del legislatore.

Vassalli porta, infatti, il suo dito accusatore, più che sul Codice — che può essere espediente utile se non necessario in una società complessa —, sulla mentalità con cui esso fu accompagnato, sulla ideologia assolutistica con cui fu inserito nella vita giuridica francese e italiana ⁽⁴³⁾ e alla quale sempre fu dipoi accompagnato.

⁽⁴⁰⁾ La frase riportata nel testo così si completa: « Quindi non si dà interpretazione senza storia: e la storia del diritto è storia del pensiero, sicché il civilista, *se non si mortifichi a volgare chiosatore* [il corsivo è mio], è certo un filosofo. È storia del pensiero anche la comparazione: aspetti d'altri diritti che influiscono e son mutuamente influenzati per rapporti più o meno profondi, i quali spiegano il presente o promuovono l'innovazione. Strumenti delicatissimi entrambi, la storia e la comparazione: sono rapporti d'idee che si pongono nel tempo o nello spazio e le idee sono entità delicate a maneggiarsi » (loc. ult. cit.).

⁽⁴¹⁾ Cfr. più sopra, alla nota 7.

⁽⁴²⁾ Offensiva che c'è e che è ripetuta senza incertezze: la codificazione è « uno strumento pratico e moderno di organizzazione della legge, nulla più » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401). Non la si èlevi, pertanto, a traguardo ultimo di un itinerario che ha in essa il suo perfetto compimento.

⁽⁴³⁾ « Quello che certamente va respinto nella codificazione civile è il concetto

Da un punto di vista culturale, cioè del divenire della cultura giuridica moderna, i nemici da battere sono individuati con sicura percezione e puntigliosamente elencati: la statualità del diritto privato, cioè il riconoscimento tutto nuovo e stravolgente dello Stato come fonte pressoché esclusiva anche del diritto privato ⁽⁴⁴⁾ e il dogma conseguente della « onnipotenza giuridica del legislatore » ⁽⁴⁵⁾; la identificazione del lavoro interpretativo nella sola e semplice ricerca di quella che fu, all'inizio, la intenzione del legislatore, costringendo l'interprete in una sorta di vicolo obbligato fiancheggiato da muraglie impenetrabili che impediscono ogni contatto del suo itinerario col mondo esterno, e con un solo pertugio al suo cominciamento estremo riconosciuto nel momento di promulgazione della norma ⁽⁴⁶⁾; « il culto del testo della legge » ⁽⁴⁷⁾, ciò che, nella commemorazione già menzionata di Chironi, lui aveva efficacemente chiamato come la mortificazione dell'interprete « a volgare chiosatore » ⁽⁴⁸⁾.

Accanto alla insoddisfazione e alla severa requisitoria vi sono però nel testo del '30 motivi precisi di speranza: e Vassalli li registra con lo stesso puntiglio con cui ha elencato e condannato i difetti. La sua vivacità culturale e la sua sensibilità 'politica' gli fanno percepire due movimenti in atto, sia pure a livello embrionale.

Una tensione sempre più marcata verso un diritto uniforme, con tentativi concreti che cominciano a superare una frammentazione giuridica rispecchiante con troppa pedissequa fedeltà la frammentazione politica in Stati e sovranità diverse (Vassalli non porta esemplificazioni, ma vi si può cogliere un implicito riferimento al

che si accompagnò primamente con essa, il concetto che ebbero gli uomini del 1789 e gli autori del codice Napoleone, e che informò la scuola dei grandi esegeti francesi dell'ottocento » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401). Si potrà forse dire che Vassalli fa qui torto, con questo generico giudizio, ad alcuni compilatori del *code civil* (per esempio al Portalis), ma non si può non rilevare la sostanziale esattezza della diagnosi.

⁽⁴⁴⁾ « Il diritto viene posto del tutto nelle mani dello Stato » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401).

⁽⁴⁵⁾ Loc. ult. cit.

⁽⁴⁶⁾ « La ricerca della intenzione del legislatore, la quale va compiuta dal giurista al di là del testo, e nella quale intenzione si identifica il diritto positivo » (loc. ult. cit.).

⁽⁴⁷⁾ « Il culto del testo della legge (il diritto positivo dev'essere la preoccupazione esclusiva del giurista), e il diritto positivo s'identifica tutto intero con la legge » (loc. ult. cit.).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. più sopra, alla nota 40.

progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni e dei contratti redatto appena qualche anno prima). È un motivo che constateremo ricorrente e che il Nostro svilupperà assai consapevolmente nel secondo dopoguerra ⁽⁴⁹⁾.

« La lotta per metodi più liberi d'interpretazione » che ha « rotto il chiuso in cui le codificazioni avevan sembrato rinserrare il diritto », e il civilista che « torna oggi a rivedere orizzonti non meno vasti di quelli che ebbe a dominare quando il diritto romano fu legge comune d'Europa e mediante esso si conseguì come un'universalità della scienza giuridica » ⁽⁵⁰⁾.

Malgrado il riferimento, in lui sempre insistente, al diritto romano, che potrebbe sembrare passatista ⁽⁵¹⁾, Vassalli si dimostra pienamente uomo del suo tempo — e consapevole degli indirizzi scientifici a lui contemporanei e dell'itinerario che il diritto sta vivendo in quel decennio cominciato proprio nell'anno della prolusione romana — quando si fa latore di una posizione equilibratamente antilegalistica, reclama « un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico » ⁽⁵²⁾, e, di conseguenza, un rinnovato ruolo attivo per il ceto dei giuristi ⁽⁵³⁾.

Il Nostro, che è eccellente conoscitore della storia comparata delle codificazioni, sa bene che il buono e il duraturo riscontrabile in queste è dovuto all'opera infaticabile e provveduta di tecnici di alto

⁽⁴⁹⁾ *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404.

⁽⁵⁰⁾ Loc. ult. cit.

⁽⁵¹⁾ E che attiene a quel processo idealizzatorio del diritto romano, che Vassalli serba sempre nell'animo suo. Da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, si potrebbe fare un ulteriore rilievo: che il diritto comune medievale e post-medievale è soltanto formalmente diritto romano, *ius romanum medii aevi*, ma sostanzialmente creazione tutta originale della *res publica christiana*, nella quale l'augusto monumento del diritto classico e giustiniano è chiamato a costruire una sintesi nuova in cui viene completamente trasfuso.

⁽⁵²⁾ « Questo moto che si svolge nel mondo contemporaneo... e ch'è il prorompere della vita e la ricerca di una disciplina più adeguata ci dà un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404).

⁽⁵³⁾ La frase riportata nella nota precedente si conclude infatti così: « donde ai giuristi deriva responsabilità più grande e rinnovato orgoglio, quasi di *legum conditores* (dove — se c'è qualcosa da perdonare a Vassalli — è uno svolazzo retorico assai poco sopportabile).

rango presenti nelle commissioni redattrici (siano essi Portalis o von Zeiller, Windscheid o Otto von Gierke, Huber o Pisanelli); ed è questo già un ruolo attivo e insostituibile che non si può non riconoscere alla scienza ⁽⁵⁴⁾. Ma v'è un ruolo ulteriore, di piena autonomia in ordine alla produzione del diritto, che va rivendicato. È quanto sembra affiorare in quegli anni Trenta così fertili di novità per la storia del diritto europeo.

5. Poi, comincia per Vassalli la grande fatica della codificazione civile. Per vero, essa era da tempo cominciata, da quando — in esecuzione della legge 30 dicembre 1923, n. 2814 — il Nostro era stato chiamato a far parte della commissione di esperti incaricata di « arrecare opportuni emendamenti al codice civile », ma è senza dubbio nel corso del decennio Trenta-Quaranta che il lavoro aumenta di mole e la fatica si fa sempre più pesante quale diretta conseguenza di un ruolo personale sempre più impegnativo ⁽⁵⁵⁾.

Sappiamo già che Vassalli non fu conquistato e intimamente trasformato da questa sua funzione preminente. È però singolare e significativo che sia lui stesso a dichiararcelo in un saggio di grosso rilievo che funge quasi da postilla e da ammaestramento conclusivo da parte non di un qualsivoglia giurista geloso di competenze a lui non affidate ma di un 'legislatore' investito in pieno della produzione della norma.

Il riferimento è, manifestamente, a « Motivi e caratteri della codificazione civile » ⁽⁵⁶⁾, un saggio che per il ricostruttore della biografia intellettuale di Vassalli ha un ulteriore e non minimo pregio: quello di avere una prima redazione e pubblicazione nel 1942 quale informazione per un pubblico generico e una seconda nel 1947 — più sviluppata e tecnicamente più provveduta — riservata alla lettura di addetti ai lavori. Se si fa una — sia pur rapida — collazione fra il testo del '42 e quello del '47, un risultato emerge: la sostanza dei due testi, malgrado alcune variazioni formali, la documentazione di ampie note e la integrazione di rilievi tecnico-giuridici

⁽⁵⁴⁾ *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 405.

⁽⁵⁵⁾ È infatti nel corso del decennio, dal '31 al '37, che vedono via via la luce i progetti — accompagnati dalle relative relazioni — ai vari libri del futuro Codice.

⁽⁵⁶⁾ Ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 605.

richieste dalla diversità di destinatari, è pressoché intatta⁽⁵⁷⁾. Il Codice è frutto genuino del proprio tempo, né la fine del regime fascista e la nascita in Italia di una democrazia parlamentare separano in due monconi un siffatto volgere di anni, né l'opera del codificatore è stata quella di rappresentante del partito autoritario in seno alla Commissione redattrice.

Vassalli sente l'operato suo e della Commissione come una lettura — e traduzione in regole normative — di un insieme di istanze presenti nella società di metà Novecento e che presenti non erano a metà del secolo precedente; e questo spiega e giustifica perché un discorso redatto prima della caduta del fascismo può vedere la sua sostanza non modificata dopo quella caduta.

La posizione di Vassalli è manifestata in modo esplicito da un esempio eloquentissimo che egli stesso offre abbastanza appartato in una nota. Testimonianza chiara della lettura dei segni dei tempi è per il Nostro la nuova sistemazione del diritto patrimoniale, per una valutazione analitica della quale egli rimanda a un saggio di indole scientifica appositamente dedicato da un altro membro della Commissione elaboratrice, il romanista e civilista Emilio Betti⁽⁵⁸⁾, con questa illuminante postilla che incarna un severissimo giudizio sulla

(57) È Vassalli stesso ad annotare così, ripubblicando il saggio nella gloriosa e appena ri-nata 'Rivista italiana per le scienze giuridiche' (vol. I, fasc. I, anno 1947, p. 76 ss.): « Questo discorso, il qual fu pronunciato nel maggio 1942 all'indomani della entrata in vigore del codice — il solo di carattere generale in quella occasione — fu pubblicato in parte nella *Nuova Antologia* del 1° giugno (vol. 77, fasc. 1685, pag. 159 segg.). Pubblicandolo oggi con le parti più tecniche allora eliminate e con l'aggiunta di alcune note, ritiene l'autore di offrire agli studiosi argomento per riprendere l'esame di problemi di politica legislativa e di tecnica giuridica de' quali ogni legge non è che una più o meno provvisoria soluzione » (cfr. *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 634, nota 1).

Alla mia rapida collazione dei due testi l'unica novità sostanziale è proprio la riflessione che Vassalli fa nel '47 (p. 614) e che non poteva, ovviamente, fare nel '42 sul carattere non contingente, cioè non fascista, della costruzione codificatoria.

(58) « Una rappresentazione efficace e di ampio respiro delle esigenze di politica legislativa che si proponevano alla riforma del diritto patrimoniale, e che in parte si attuarono, in parte si smarrirono per compromessi o si corruperro per insufficienze di tecnica, fu data dal BETTI già durante i lavori (*Per la riforma del c.c. in materia patrimoniale-fasi di elaborazione e mèta da raggiungere-Nota all'Istituto Lombardo di scienze e lettere, Rendiconti Lettere*, vol. LXXIV, 2, 1940-41, pag. 301 segg.) » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 622, nota 2).

ricostruzione bettiana delle motivazioni della riforma codicistica in tema di patrimonio: « dove [cioè nel saggio bettiano] sia lecito rimpiangere il frequente riferimento di codeste esigenze alla dottrina del fascismo, davvero inesplicabile in uomo sì dotto, a cui non poteva sfuggire come si trattasse di motivi diffusi nella coscienza del tempo e discussi o attuati in tutti i paesi di corrispondente cultura » (59).

L'atteggiamento storicistico — che è sempre fatto di rilevamenti, inserimenti, collegamenti e che, in genere, porta a segnare diversificazioni — qui segna invece larghi terreni comuni, ma serve anche ad evitare facili qualificazioni di 'fasciste' a scelte dalla riposata valenza tecnico-giuridica. Ritorna un atteggiamento consueto a Vassalli e che già abbiamo riscontrato in lui nella valutazione della legislazione eccezionale durante il primo conflitto mondiale: inserire il fenomeno contingente italiano in un contesto più ampio grazie ai due strumenti interpretativi essenziali della comparazione orizzontale e verticale, giacché è soltanto da un siffatto inserimento che si eviteranno quei rischi perenni in « un osservatore superficiale o politicamente prevenuto » che consistono nell'appiattare ciò che è diverso ma anche — e non meno culturalmente pericoloso — isolare e frammentare ciò che è comune (60).

Certamente, nel Codice, accanto a una sapiente e duratura intelaiatura tecnica che non teme la transizione di regime politico, vi sono — e indiscutibili — delle scorie storiche contingenti e pertanto caduche. Tutto ciò è senza dubbio connesso alla invadenza del regime autoritario, ma soprattutto a quell'idea tutta propria della coinè moderna e che il fascismo ha trovato già preconfezionata nel cuore più geloso delle cosiddette democrazie parlamentari: lo statalismo (61), cioè il collegamento del diritto, di tutto il diritto allo Stato; anche di quel diritto privato che di ciò è particolarmente insofferente, perché « la legge civile rivela un atteggiamento meno prossimo al comando che al ragionamento » (62).

Ritorna una costante della posizione intellettuale del giurista

(59) Loc. ult. cit.

(60) Una pagina esplicita in: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 614.

(61) Rilevanti le ultime pagine del saggio e, soprattutto, le ultime righe: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 632-34.

(62) *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608.

Vassalli: il diritto civile non può che essere immiserito e anche tradito se concepito come legge e inchiodato in leggi, giacché nulla ha a che vedere con la dimensione autoritaria d'una sovranità, attinge agli strati più profondi della società, si fonda sulla ragionevolezza e sul buonsenso, lo si può dedurre — Vassalli direbbe: col 'ragionamento' — dalla osservazione dei rapporti sociali dove si esprime quotidianamente e naturalmente, senza forzature di pubblici poteri.

E ritorna la requisitoria contro il grossolano artificio della civiltà moderna di aver voluto rinchiudere il diritto nella prigione della legge, contro la 'mistica' — propria al secolarismo moderno — della legge e del Codice ⁽⁶³⁾.

E rispunta una istanza riduttiva: la più gran parte del diritto civile, checché voglia e pretenda il legislatore, resta fuori del Codice, e forse è quella socialmente più rilevante perché è quella che i privati osservano di buon grado e a cui si adeguano nei loro privati regolamenti, tanto che le norme codificate arrivano ad essere semplici « norme complementari » ⁽⁶⁴⁾.

E riaffiora l'urgenza di fugare l'idea pernicioso di un Codice come approdo estremo di un itinerario progressivo: mentre è solo il punto di una linea, vicenda di un divenire, « un punto di partenza » ⁽⁶⁵⁾ più che un punto d'arrivo.

Una visione, tutta questa, in cui, accanto al testo e più che nel

⁽⁶³⁾ « Tale che potrebbe dirsi una mistica ci abbia lasciato in eredità l'ottocento nel campo delle leggi, quella del codice civile » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608).

⁽⁶⁴⁾ « Né... è dal codice civile che si può desumere la visione integrale di un dato ordinamento. Il codice civile, come sanno lo storico e il sociologo, difficilmente dà l'immagine esatta dell'ordinamento della società politica nella quale vige: più spesso rappresenta un mondo ch'è stato o un mondo com'è prospettato o desiderato. Lo studioso dell'aspetto politico deve considerare le norme del codice nel quadro di tutte le norme, spesso assai più importanti nella vita, che sono al di fuori di esso e dentro le quali o subordinatamente alle quali le norme del codice devono trovare la loro applicazione. Le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione, sono più spesso — e soprattutto quelle che hanno attinenza con l'attività economica — della norme complementari » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 623). Inespressa ma precisa è qui la dialettica validità-effettività, che sottostà a tutto il passo vassalliano.

⁽⁶⁵⁾ *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 631.

testo conta la vita della norma nel tempo e nello spazio, e più che della ossessiva ma storicamente artificiosa 'intenzione del legislatore' conta la applicazione che ne compie l'interprete e le riflessioni che sopra vi esercita la scienza.

Aggiungiamo una ulteriore considerazione. All'incirca coevo della seconda redazione del saggio sul Codice è un discorso, tenuto e pubblicato nel 1946, e in cui Vassalli dà conto dell'esperienza di un soggiorno in Inghilterra, organizzato dal British Council, con fertili possibilità di incontro con colleghi delle Università di Londra, Oxford, Cambridge ⁽⁶⁶⁾.

Si trattò soprattutto dell'incontro con un pianeta giuridico alieno, il *common law*, con le sue certezze originarie, i suoi valori radicati, il suo itinerario storico appartato, le sue soluzioni inconfondibili; e ne scaturì l'opportunità di comparare nel vivo esperienze che, lungo il solco dell'età moderna, avevano vissuto in maniera diametralmente opposta il rapporto fra diritto e Stato, fra dimensione autoritaria e dimensione sociale dell'ordine giuridico.

L'occasione è pertanto buona per convalidare alcune convinzioni: il divario e quasi il contrasto fra diritto e legge, fra un diritto che è savignianamente dimensione dello spirito popolare e che ha la stessa natura della lingua e del costume, e una legge che troppo spesso sa di tirannide, che è spesso frutto dell'opera inconsapevole di governi « assai più atti a produr *gride* che a dar soddisfazioni ai bisogni del popolo » ⁽⁶⁷⁾.

E spuntano qua e là notazioni dal carattere preziosamente confessorio. Dell'uomo di cultura palesemente infastidito dalla propaganda ufficiale cui ha dato abilmente vita il diritto borghese e dalla retorica con cui quella propaganda ha coperto qualcuna « delle più grosse turlupinature dei tempi moderni » ⁽⁶⁸⁾. Del docente di diritto

⁽⁶⁶⁾ *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit.

⁽⁶⁷⁾ *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 575.

⁽⁶⁸⁾ « Una delle più grosse turlupinature dei tempi moderni » sono stati i pretesi « progressi del diritto amministrativo »; infatti, col passaggio dai principati assoluti ai regimi di democrazia parlamentare — venuti a cadere i freni sostanziali al potere arbitrario radicati nel costume e generalmente rispettati — « la cosiddetta fase dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*), rappresentata come il trionfo del diritto nei confronti dello Stato e l'assoggettamento della pubblica amministrazione alla legge, ha distrutto tutto ciò: a dei limiti effettivi, con la proclamazione della 'sovranità della legge', ha sostituito

civile positivo nell'Ateneo di Roma, palesemente infastidito dai molti italici giuristi pronti a stracciarsi le vesti per il carattere fascista del Codice (però solo dopo la caduta del regime) ⁽⁶⁹⁾, che non aveva saputo far di meglio — in un anno accademico difficile quale il 1944 — che proporre ai suoi studenti (e trovarvi rifugio) l'*Istituta civile* ⁽⁷⁰⁾ del cardinal De Luca, esposizione sintetica del tardo diritto privato comune e il Codice svizzero delle obbligazioni, ossia uno dei Codici scientificamente più aperti e disponibili ⁽⁷¹⁾.

Commenta Vassalli questo suo esperimento didattico così inusuale in un insegnante di diritto positivo: « È una specie di massaggio turco praticato sulle mentalità anchilosate da oltre mezzo secolo di positivismo e nazionalismo giuridico » ⁽⁷²⁾. Frase che ci permette di avere la misura esatta dell'atteggiamento del Nostro e di non fraintenderlo. Agli occhi di Vassalli è proprio l'assolutismo giuridico moderno ad apparire come veste troppo costrittiva per le necessarie mobilità, libertà, e autonomia dell'ordine giuridico. Per questo corpo vivo il risultato è stato una dannosa anchilosi, cioè una forzatura e — conseguentemente — anche una stortura. Sul banco degli accusati sono due deformazioni tipiche del giurista moderno e ignote non solo al giurista di diritto comune ma altresì a quello —

dei limiti meramente formali e fittizi, aprendo l'adito ai più incontenibili arbitri: tanto più quando la legge, collocata nell'empireo dai teorici di quel diritto pubblico, è poi digradata a docile strumento di qualsiasi sedicente governo » (*Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 571, nota 2). Passatismo di un Vassalli antistorico *laudator temporis acti* di fronte alle conquiste dello Stato di diritto? Io direi piuttosto la manifestazione franca dell'uggia del còlto giurista di fronte a taluni luoghi comuni della propaganda borghese e a talune suadenti edificazioni formali che sono, nella sostanza, o turlupinazioni dei socialmente più deboli, o semplici artifici teorici culturalmente insoddisfacenti (per esempio, come dice lo stesso Vassalli, la legge « collocata nell'empireo dai teorici »).

⁽⁶⁹⁾ E ai quali il Nostro ricorda come talune regole, bollate quali fasciste, fossero in realtà già presenti nel *corpus* giustiniano, o, più addietro ancora, nell'Editto del Pretore, o, addirittura, nelle XII Tavole.

⁽⁷⁰⁾ Vassalli si riferisce alla 'Istituta civile divisa in quattro libri', un'opera del grande giureconsulto lucano Giambattista De Luca, pubblicata postuma a Pesaro nel 1733 (Vassalli usa l'edizione di Colonia di dieci anni dopo).

⁽⁷¹⁾ « Nel 1944, in tempo di vacanza di governi, io portai nella mia scuola di diritto civile l'*Istituta civile* del cardinale De Luca...e il Codice svizzero delle obbligazioni... » (*Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 576, nota 1).

⁽⁷²⁾ Loc. ult. cit.

pratico o teorico che fosse — di *common law*: positivismo giuridico e nazionalismo giuridico.

6. Quest'ultimo accenno ci consente di passare pianamente al momento conclusivo dell'itinerario vassalliano puntellato da un nucleo di saggi — dal forte contenuto progettuale — in cui la tastiera tematica dello scienziato si apre e si arricchisce e, accanto al consueto rifiuto di un diritto meramente statuale e legale, strettamente connesse a questo rifiuto, si accompagnano l'esigenza e l'urgenza di cominciare a edificare senza ulteriori indugi un diritto sovranazionale almeno nel campo del diritto privato.

Sono tre saggi già da noi menzionati, che vedon la luce in brevissimo torno di tempo, all'inizio degli anni Cinquanta, e che costituiscono occasioni prontamente afferrate di parlare a un pubblico assai più vasto dei soliti venticinque lettori delle Riviste giuridiche italiane: il primo dei tre, « La missione del giurista nella elaborazione delle leggi », è il testo della relazione letta in Campidoglio l'8 luglio 1950 per la inaugurazione del Congresso internazionale di diritto privato; il secondo, « Estrastatualità del diritto civile », è l'oggetto di una conferenza tenuta il 1 ottobre 1951 nella Università di Cordoba in Argentina; il terzo, « Esame di coscienza di un giurista europeo », è parimente il testo di una conferenza tenuta il 6 settembre 1951 nella Università di Buenos Aires e dipoi ripetuta in altri Atenei sudamericani. Occasioni prontamente afferrate per urlare la propria verità al di fuori del sonnolento e intellettualmente pigro pollaio italiano.

La prima verità è uno dei più sentiti elogi della scienza giuridica che mai siano stati scritti da mano di giurista. Vassalli è innamorato della propria scienza ma è anche convinto che il suo ruolo sia quello di esprimere, meglio e più di ogni altra fonte, la natura intima del diritto, coglibile in tutta la sua autenticità particolarmente nella dimensione privatistica: se il diritto privato è soprattutto ragionevolezza e ragione, questo è allora soprattutto affare, mestiere, competenza dei giuristi più che dei legislatori, perché « della ragione, ch'è il pensiero sollecitato sugli oggetti dell'umano interesse, sono cultori i giuristi » ⁽⁷³⁾.

⁽⁷³⁾ *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 751.

La divisa della politica del diritto del maturo Novecento è pertanto « richiamare il diritto ai giuristi »⁽⁷⁴⁾, « il problema di oggi [anno 1950] è riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo, è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto »⁽⁷⁵⁾.

La storia giuridica appare a Vassalli dominata da un protagonista, lo scienziato, intendendo con questo vocabolo ingannevolmente aulico sia il teorico costruttore di categorie universali, sia l'avvocato e il giudice 'inventori' di soluzioni per il caso che hanno di fronte.

Protagonista sempre; e sempre *conditor*, sia in un diritto a produzione libera — quali *ius commune* e *common law* — dove egli anche formalmente *condit ius* grazie alla sua interpretazione/applicazione, sia in ordinamenti a dimensione sempre più legislativa — quale quello francese dove il *Code civil* è più figlio di Domat, Pothier e Portalis che dello stesso Napoleone⁽⁷⁶⁾. Il meglio e il duraturo nei tempi lunghi della storia giuridica ha una matrice scientifica, e ciò in grazia dell'essere il diritto privato una struttura ragionevole e dell'essere lo scienziato un portatore di ragionevolezza.

Se la civiltà moderna ha assunto una coloritura sempre più marcatamente legislativa con un grossolano tentativo di esproprio della funzione tipica della scienza e, quindi, del ceto dei giuristi, se questa opzione per la legge non si può e forse non si deve cancellare in una società tanto complessa e tanto bisognosa di orditure generali e autorevoli, il rimedio più consistente è dare largo spazio ai giuristi nella elaborazione delle leggi; ed è, del resto, facile constatare che « il grande, incessante lavoro del codificare, per tutto il mondo, è un impegno dei giuristi »⁽⁷⁷⁾. Sarà una operazione provvida, perché servirà, come lo stesso Vassalli ha precisato e come abbiamo riprodotto più sopra, a « riportare le leggi al diritto ». Frase icastica, che denuncia tutta la sfiducia del Nostro nel legislatore e nella legge e, insieme, la consapevolezza che troppo spesso — nello svolgersi dell'emisfero moderno — molte leggi sono state ben distanti dall'essere diritto, dall'incarnare diritto.

⁽⁷⁴⁾ *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 750.

⁽⁷⁵⁾ *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 751.

⁽⁷⁶⁾ Per questo, Vassalli menziona indifferentemente « il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, la *common law* inglese » (loc. ult. cit.).

⁽⁷⁷⁾ *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 738.

Si ha qui un perfetto capovolgimento delle posizioni illuministiche, e penso per l'Italia alle formulazioni classiche di un Muratori e di un Beccaria: in esse il rifiuto del giudice, e la scelta del legislatore come fonte di diritto si motivava e giustificava nell'essere il primo coinvolto sino in fondo nelle passioni del caso concreto e in quelle e con quelle irrimediabilmente compromesso, nell'essere il secondo non mescolato e inquinato nelle meschinità del particolare e pertanto in una collocazione superiore che ne garantiva razionalità e serenità. È questo il disegno teorico che gli illuministi amano offrire proponendo una strada che rompe con le vecchie scelte del diritto comune; disegno teorico cui non si potrà negare di essere raffinatamente pensato e suadentemente proposto in rapporto alla caoticità del tardo diritto comune ma di cui non si potrà non rilevare la assoluta astrattezza e, conseguentemente, la artificiosità.

In Vassalli, che scrive duecento anni dopo Muratori e Beccaria e che ha potuto verificare il progressivo svilimento della funzione legislativa troppo spesso in mano a politicanti da strapazzo e troppo spesso strumento delle cupidigie e delle transazioni dei partiti e delle fazioni, è vero esattamente il contrario, e il panorama appare capovolto: «ché non tutti saran disposti a chiamar diritto quella *pirotecnica legislativa* [il corsivo è mio] che delle passioni e degli interessi è l'immediato riflesso» (78).

Qui, in questa riflessione degli anni Cinquanta del nostro secolo, coinvolto nel particolare e nelle sue miserie è il legislatore, ormai ben distante da quell'ammirevole lettore e interprete obbiettivo della natura delle cose quale è il modello settecentesco e perciò incarnante genuinamente il diritto.

Ormai, il distaccato osservatore può giungere alla conclusione opposta: che la legge spesso non è diritto, o è di esso l'immagine farsesca, deformata, tradita. Conclusione che impone che si guardi alla dimensione legislativa del diritto deponendo gli occhiali messi a fuoco dalla sapiente propaganda borghese e servendosi ormai di occhi disincantati; e impone che si cambi rotta, che si riprenda coscienza della intima 'estrastatualità' del diritto privato.

Ritornano pressanti in questi ultimi saggi i vecchi motivi di fondo della riflessione vassalliana: che il diritto civile come «man-

(78) *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 753.

cipio dello Stato » è un prodotto recente e contingente ⁽⁷⁹⁾, così come sono legate esclusivamente al 'moderno' le sue immediate conseguenze, e cioè monopolio legislativo, « onnipotenza giuridica del legislatore », riduzione della interpretazione a esercizio di logica formale sulle di lui affermazioni di volontà ⁽⁸⁰⁾.

Ma v'è, in questi ultimi saggi, qualcosa di più, che innalza il discorso a un piano squisitamente etico. Il guasto che affiora alla consapevolezza di un giurista dalla intensa vocazione universale non si limita a un livello tecnico, di concezione del sistema delle fonti, ma investe qualcosa di più profondo e di più elevato: ed è la rottura e frammentazione di un tessuto unitario, naturalmente unitario.

La statualità ha diviso in steccati rigidi secondo quanto esige la rigidità delle varie sovranità, e ha quindi territorializzato, nazionalizzato ⁽⁸¹⁾, ha contrassegnato di una essenziale autoritatività ciò che doveva scaturire dalla ragione e dal buonsenso ⁽⁸²⁾; senza

⁽⁷⁹⁾ « Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente » (*Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 755). Frase ripetuta anche in: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 768.

⁽⁸⁰⁾ « Onnipotenza giuridica del legislatore » è frase cara a Vassalli. L'abbiamo già rinvenuta venti anni prima nella prolusione romana (cfr. più sopra, nota 45) la troviamo ora ripetuta in: *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 757, e ribadita in: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 768. Nelle due pagine, or ora segnate, dei due ultimi saggi — pagine dal tono icastico, e vere e proprie requisitorie contro l'assolutismo giuridico — sono puntigliosamente elencati i vizi mortali da combattere e rifiutare: « il pensiero per cui il diritto positivo ha da essere la preoccupazione esclusiva del giurista e il diritto positivo s'identifica tutto con la legge, intesa come manifestazione... della volontà dello Stato »; l'ossessione a « ricercare l'intenzione del legislatore e in questa intenzione s'identifica il diritto positivo »; il « pensiero... che pone l'onnipotenza del legislatore »; il « culto del testo di legge e della intenzione del legislatore »; infine — pensiero terminale ma che tutto domina — l'idea del diritto « posto tutto nelle mani dello Stato ». Il lettore avveduto, che ha seguito con attenzione lo svolgimento precedente, non troverà nulla di nuovo in queste estreme pagine vassalliane. È, se mai, singolare che Vassalli abbia voluto ripetere l'intero contesto nei suoi dettagli sia nella conferenza di Cordoba sia in quella di Buenos Aires. Più che a pigrizia del conferenziere adoperante il modulo già confezionato, io mi sentirei di ascriverlo al rilievo che il pensiero espressovi assume nel progetto dell'autore.

⁽⁸¹⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, cit., pp. 759-60. Di 'nazionalismo giuridico' parlerà nello *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 767.

⁽⁸²⁾ « Né si può negare che la statualità del diritto civile abbia pregiudicato, insieme con l'universalità della disciplina, quel suo stesso fondamento razionale ed etico che della universalità era la ragione » (*Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 760).

contare che, nel suo porre in relazione di vincolo necessario diritto e potere politico, ha riversato su quello le miserie di questo, lo ha troppo strettamente collegato con gli interessi della classe dominante detentrica del potere ⁽⁸³⁾.

In un momento, come quegli anni dopo la immane catastrofe bellica, di primi balbettii europeistici e di primi timidi progetti unificatori, l'imperativo è uno solo per i cultori del diritto, ed è giustamente con la sua formulazione che si chiude la conferenza sulla 'Estrastatualità del diritto civile': « assecondare, in primo luogo, per quanto è in loro, il movimento in atto verso il superamento del dogma statale » ⁽⁸⁴⁾.

Nell'altra conferenza, esplicitamente dedicata « a un pacato esame di coscienza » ⁽⁸⁵⁾ d'un giurista che non solo geograficamente ma innanzi tutto spiritualmente si sente e intende autoproclamarsi europeo, si fa un passo ulteriore e si affida proprio alla scienza — accanto al compito improrogabile di non lasciar solo l'incólto legislatore nel confezionamento delle leggi regolanti i rapporti fra privati, tendendo « a correggere e a ridurre i vizi della tecnica di tale legislazione » ⁽⁸⁶⁾ — un ruolo promozionale prezioso sul cammino della unificazione.

Un tale affidamento è dovuto alla scienza, e non tanto perché 'tractant fabrilia fabri', quanto perché sono tipici di essa la vocazione all'universale, il superamento di barriere geografiche e politiche, la costruzione di un linguaggio e di un ideario che valgano a tessuto accomunante. Tanto è necessariamente frammentato il terreno delle varie proiezioni legislative, quanto è percorso da una vocazione unitaria — e, quel che più conta, universale — il terreno delle elaborazioni dottrinali.

Lasciamo la parola a Vassalli: « il diritto è una formazione storica delicata e complessa: mal tollera interventi esteriori drastici. Il maggiore e più concludente strumento della unificazione è proprio

⁽⁸³⁾ « Il diritto di produzione statale più fondatamente va soggetto al rilievo d'essere strumento d'una classe dominante » (loc. ult. cit.). Singolare notazione in uno, come Vassalli, che è ben lontano dalla ideologia marxista e dai suoi schemi interpretativi, primo fra tutti la lotta di classe.

⁽⁸⁴⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 762.

⁽⁸⁵⁾ *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 766.

⁽⁸⁶⁾ *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 771.

l'opera lenta e sottile che compiono i giuristi: è la dottrina giuridica che, lavorando nei diversi paesi pur su testi di leggi diverse, attua un lavoro quotidiano di ravvicinamento, e da cui l'unificazione...sarà raccolta un giorno come un frutto maturo. Qui si manifesta tutta la forza e l'importanza degli studi giuridici: i quali stabiliscono tra i paesi civili nessi assai più stretti di quelli che si riscontrano nelle legislazioni e che valgono assai spesso a superare le distanze tra le legislazioni; è nel campo della dottrina che si attua ormai una vasta collaborazione internazionale, la quale può essere il nostro più vero orgoglio » (87).

Quel che, chiudendo queste pagine, mi piace di rilevare è la scommessa fatta, cinquanta anni or sono, con straordinaria lungimiranza, da Filippo Vassalli sulla scienza come veicolo di unificazione. Io, su un piano assai più modesto, mi permettevo, lo scorso anno (88), di constatare i cospicui passi in avanti compiuti in Europa da un ceto di giuristi teorici e pratici accomunati dalla urgenza di mettere a disposizione dei privati, per i loro traffici economici e particolarmente nel settore contrattuale, strumenti agili, tecnicamente validi, non vincolati a questa o quella sovranità particolare, strumenti da far valere — per ora — nella loro privata giustizia (89), ma pròdromo di futuri sviluppi.

Vassalli aveva, già ai suoi tempi, intuito che la strada della unificazione legislativa era irta di difficoltà e che spettava ai giuristi, sia pure su un piano non ufficiale, cominciare a indicare possibili terreni comuni. La loro innata tendenza all'universale li costituiva quali soggetti privilegiati in questa straordinaria operazione 'politica'.

(87) *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 773.

(88) Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1996-97 della Università di Firenze intitolato, per l'appunto 'Legislazione e scienza giuridica nell'esperienza attuale del diritto', e che ora può leggersi, per chi ne abbia voglia, in sedi meno appartate del 'Bollettino' dell'Ateneo fiorentino e cioè in *Rivista di storia del diritto italiano*, LIX(1996) e in *Rivista di diritto civile*, XLIII(1997), p.p.

(89) Il riferimento è ai 'principles of european contract law' (1990) e agli 'Unidroit principles of international commercial contracts' (1994) (su cui v. quanto osservavo in: *Legislazione e scienza giuridica nella esperienza attuale del diritto*, cit., pp. 82-83 (la citazione è dalla *Rivista di diritto civile*).

Letture

GOTTFRIED ACHENWALL, JOHANN STEPHAN PÜTTER, *Anfangsgründe des Naturrechts*, Hrsg. u.übersetzt von JAN SCHRÖDER, Insel Verlag, Frankfurt am Main und Leipzig, 1995, pp. 371.

Siamo in presenza del quinto volume di una collana editoriale che già per il suo programma merita di essere segnalata. Vogliamo, com'è chiaro, alludere all'intrapresa, iniziata per gli auspici di due studiosi che ormai possono essere tranquillamente indicati tra i massimi esperti del pensiero "giuspubblicistico" dell'età dello stato per ceti e dell'illuminismo giuridico in terra di Germania, Hans Maier e Michael Stolleis, che reca il significativo titolo di « Bibliothek des deutschen Staatsdenkens » e che si è assunta il meritorio compito di rendere nuovamente disponibili testi rari, eppur decisivi, di autori politici e giuristi della tradizione veteroeuropea, per la maggior parte dei casi affiancando alla ristampa dell'originale una prima traduzione in tedesco moderno. Certamente meritorio è innanzitutto l'intento per così dire, "didattico", un'intento che potrebbe forse essere con profitto ripreso, con una simile sistematicità, anche da qualche nostro sensibile editore: in una parola, l'idea di rendere utilizzabili anche per gli studenti, ormai sempre più alieni da una comprensione efficace delle lingue "morte", dei testi-chiave per un storia d'Europa che voglia accettare la sfida del lungo periodo. Ma degna di riflessione si rivela soprattutto l'intenzione culturale che sta alla base della collana, la sensazione, cioè, che un'antichissima tradizione di pensiero, non catalogabile esattamente nei troppi specialistici settori delle attuali discipline giuridiche e politologiche, rischi di restare confinata nel limbo di un oblio causato soltanto da verdetti negativi di impostazioni scientifiche che risalgono al massimo a quell'ottocento "vincente", che si tratterebbe, appunto, a sua volta di riproblematizzare. Per dare la parola ai curatori generali: « Il pensiero dell'antica "dottrina" tedesca dello stato è oggi troppo poco conosciuto. Una rinuncia alla tradizione del pensiero politico è tuttavia culturalmente rischiosa. Quanto più ormai il XX secolo sta volgendo al termine, tanto più risulta evidente allo sguardo della storiografia che anche il secolo XIX, che così a lungo ha impregnato delle sue categorie di valore la nostra visione delle cose, si manifesta in sostanza come un'età di transizione. Le sue valutazioni negative delle età precedenti si palesano perciò come non più sostenibili nella loro unilateralità. Sempre più risulta chiaro che in fenomeni "moderni" come il parlamentarismo e la democrazia, le costituzioni o lo stato sociale e il federalismo sono conservati e sviluppati una quantità di tratti che possono essere seguiti nel loro svilupparsi fino a ben dentro il Medioevo. Riannodare questi fili e renderli nuovamente acces-

sibili è un presupposto essenziale per una cultura politica che voglia veramente concepirsi all'altezza dei tempi ».

Nel quadro di tale prospettiva complessiva, va salutata con estrema soddisfazione l'iniziativa di Jan Schröder di riproporre uno dei testi capitali del Settecento tedesco, e gottinghese in particolare: gli *Elementa iuris naturae* (1750) di Pütter (1725-1807) e Achenwall (1719-1772) nella versione della prima edizione, corredata non soltanto dalla traduzione tedesca a fronte, ma anche da un utilissimo apparato finale, concluso da un saggio autonomo dello stesso SCHRÖDER (*Gottfried Achenwall, Johann Stephan Pütter und die «Elementa Iuris Naturae»*; pp. 331-351) sul quale subito torneremo. Andrà preliminarmente rimarcato il fatto che tale riproposizione va al di là, almeno per alcuni profili, del ristretto campo degli studi specialistici di storici e giuristi interessati alle vicende di quelli che non senza motivo sono stati definiti « i maestri della Germania » (si cfr. le due opere, anche in assoluto fondamentali, che in terra d'Italia sono state loro dedicate; L. MARINO, *I Maestri della Germania. Göttingen 1770-1820*, Torino, 1975 e G. VALERA, a cura di, *Scienza dello stato e metodo storiografico nella scuola di Gottinga*, Napoli, 1980, la quale ultima, oltre ad un importante e ampio (pp. IX-CXVIII) saggio, troppo modestamente designato come *Introduzione*, già aveva pensato di offrire una vasta scelta antologica in italiano dei principali autori gottinghesi, con peculiare riferimento ai testi storiografici e “statistici”). Non sarà inutile ricordare infatti che il “Diritto naturale” di Achenwall — tra l'altro probabilmente il manuale giusnaturalistico di maggior successo del suo tempo (al 1781 aveva già raggiunto otto edizioni, le ultime due addirittura postume; p. 335) — fu da Immanuel Kant posto alla base delle sue lezioni di diritto naturale a Königsberg, a testimonianza dell'alta considerazione in cui teneva sia l'autore che il compendio, definendolo, ad esempio, « in seinen Lehren des Naturrechts sehr behutsamen, bestimmend und bescheidenen [Aütor] » (ivi), e adoperandolo ininterrottamente fino al 1788, tanto che può dirsi ormai dato acquisito che l'intera riflessione kantiana relativa alla filosofia del diritto si sia svolta in costante dibattito e differenziazione critica rispetto al nostro. La riedizione completa del testo latino originale si palesa così un utile strumento anche per gli studiosi della filosofia (del diritto) kantiana, e non è piccolo merito. Tanto più che, pur non pretendendo ovviamente assurgere ad edizione critica, vista anche la circostanza che nel *Nachlass* di Achenwall non pare essersi conservato il manoscritto originale della prima edizione, si è tuttavia provveduto ad eliminare tutta una serie dei molti errori di stampa, spesso anche lesivi del senso, in parte autonomamente, in parte collazionandoli con le non frequentissime correzioni della seconda edizione, del 1753 (del minuzioso lavoro, non molto aiutato neppure dal rinvenimento dell'esemplare personale dell'autore, appunto di prima edizione, ma riccamente glossato solo di variazioni, note ed indicazioni bibliografiche, si è incaricato, sotto la supervisione del

curatore, un gruppo composto da Axel Krauss, Steffen Luik, Thomas Moosheimer; per i risultati cfr. pp. 326-329, nonché 355 ss.).

Ma il testo di Jan Schröder è anche in sé stesso ricco di informazioni contestualmente illuminanti, di indicazioni suscettibili di sviluppi ad una attenta lettura del compendio e, soprattutto, di decisive messe a punto critiche. Anzitutto sulla genesi degli *Elementa*, che manifestano certamente la singolarità di essere, almeno inizialmente, in pratica l'unica opera manualistica di qualche rilievo dedicata allo *ius naturale* composta a quattro mani. Almeno inizialmente, si diceva, questo singolarissimo sodalizio amicale e culturale giusnaturalistico, che trovava i suoi campi di principale estrinsecazione nella scienza dello stato "empiristico-statistica" e nelle sue varie ramificazioni (*Staatsgeschichte, Staatskunde, Politik, Naturrecht, natürliche Staatsrecht*), aveva prodotto già fin dal 1748 un piano comune di lavoro volto alla produzione di un manuale istituzionale e propedeutico di quelle medesime discipline, che ne costituissero al contempo un'introduzione filosofica e quasi un manifesto sistematico-metodologico. In sedi diverse — una lettera al ministro hannoveriano e responsabile dell'Università Gerlach Adolf von Münchhausen da parte di Pütter; la prefazione alla terza edizione del volume, per la firma di Achenwall (1755) — si esprime tuttavia la differente caratterizzazione dell'interesse e della partecipazione anche quantitativa all'intrapresa da parte dei due autori.

Nonostante una non precisissima indicazione, dovuta alla penna del Pütter — la cui incongruenza è spiegabile con lo stato non definitivo di elaborazione del piano stesso, visto che ci si vuol riferire alla imminente sua realizzazione —, e secondo la quale egli avrebbe assunto il compito di redarre la parte concernente « *das jus publicum und civile universale* » (dunque, come opportunamente precisa Schröder, il diritto pubblico e il diritto generale "statale", secondo il senso allora da attribuire al termine "civile"), sembra in definitiva che a Pütter nella prima edizione del manuale debbano attribuirsi, del terzo libro, titolato « *Ius civitatis seu ius civile universale* » soltanto i primi due capitoli — rispettivamente dedicati allo « *ius civitatis in genere* » (ovvero allo *Staatsrecht* in generale) e allo « *ius publicum universale* » (ovvero al diritto pubblico in specie) —; in sostanza i §§ dal 653 fino al 683, nonché dal 684 al 799, cioè in tutto un contributo che non supera un sesto del totale (pp. 333-334). La spiegazione di questa partecipazione molto "mirata", che viene appunto a cessare dalla terza edizione in poi, restando a quel punto il manuale imputabile al solo Achenwall — dato che potrebbe forse assumere qualche significato, anche in relazione alle motivazioni, in ordine alla recezione kantiana (sulla quale comunque ancor oggi utilissimo si rivela CHRISTIAN RITTER, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Frankfurt a.M., 1971) —, pare doversi rinvenire nella netta caduta di interesse di Pütter nei confronti del diritto naturale a partire proprio dal 1749, per concentrarsi invece

sull'attività, che lo renderà poi celebre, di studioso "specialista" nel *Reichstaatsrecht* positivo, nonché di ricercatissimo *Gutachter*.

Resta inteso che il manuale si costruisce su di una visione, come accennavamo in connessione all'interpretazione dell'espressione « ius civile universale », nettamente pre-liberale, che non presuppone ancora alcun monopolio della violenza legittima da parte dello stato: il diritto naturale puro e quello prestatuale-sociale non sono, come sarà per Kant, diritto "provvisorio", ma rappresentano un sistema giuridico di per sé completo, nel quale possono trovare posto le pene, il tema delle controversie tra privati e la medesima coercizione privata: la « guerra » non si sviluppa soltanto tra popoli o stati, ma può aver luogo anche tra privati; e "stato" e "società civile", diritto privato e pubblico non vengono affatto distinti in senso moderno, talché non vi può essere spazio per una società civile composta da privati tra loro pariaordinati, libera dal rapporto gerarchico di subordinazione o « *herrschaftsfreie* » (p. 336). La coazione legittima esiste pertanto anche nella sfera prestatuale ed è essa stessa *rechtsmässig*, come il caput III (*De modo ius suum persequendi in statu mere naturali*) del I libro degli *Elementa* ci mostra: « Qui itaque laeditur, iuste exercet coactionem contra laedentem » (§ 461). Al diritto naturale appartengono soltanto, thomasianamente, gli *officia erga nos et erga alios perfecta*, cioè quelli connessi "cum facultate morali cogendi alterius" (§ 185 e 208) e tutti gli altri vengono "confinati" nei *Praecognita*, caratterizzati "filosoficamente", o abbandonati alla sfera dell'Etica. Come nota però opportunamente Schröder (p. 337) ciò, non deve appunto indurre alla falsa conclusione, troppo spesso invero accolta dalla storiografia, secondo la quale Thomasius, Achenwall e quant'altri si possano designare come seguaci di quest'impostazione « abbiano in questo modo già provveduto a realizzare la positivizzazione e statualizzazione del diritto naturale, dal momento che in sostanza la "coazione" potrebbe essere giuridicamente esercitata soltanto all'interno dello stato (restando così veramente "giusnaturalistico", costituendo così, insomma, unico residuo del diritto naturale esclusivamente il diritto internazionale). Ma leggendo così le fonti non si fa altro che introdurre surrettiziamente nella pagina di Achenwall il concetto moderno di stato ». Un concetto che invece, per le considerazioni più sopra espresse, non può trovarvi cittadinanza. Non potrebbe pertanto non rivelarsi altrettanto sorprendente, per una consapevolezza che voglia prendere incondizionatamente le mosse dal "moderno", il tenore del primo principio giuridico (di diritto naturale) che Achenwall individua per porlo alla base di tutta la sua costruzione: « Propositio: *ne turbes aliorum conservatione*, est principium universale, domesticum, primum et adaequatum iuris naturae. *Ne turbes aliorum conservationem* est lex ista perfecta. Deduximus illud ex principio: *conserva te contra alium*, addita hypothesis: *alium nos turbare in nostra conservatione*. *Conserva te contra alium*, non est lex perfecta, quia non continet

obligationem perfectam. Ergo nec est principium adaequatum iuris naturae, sed est principium philosophiae practicae... » (§ 213). Il carattere “sorprendente” del principio, come è acutamente rilevato da Schröder, si manifesta nel fatto ch’esso è, fin dal principio, tutt’altro che esclusivo di eccezioni, ed appare inoltre plausibilmente poter valere solo per uno stadio di convivenza di individui isolati l’uno accanto all’altro, ma non già per una vita in comunità “sociali”, laddove una reciproca limitazione delle libertà apparirebbe premessa necessaria; ma anche a questo proposito vale appunto l’osservazione che per l’epoca e per l’autore una vita associata in una comunità rigidamente statualizzata non è affatto l’unico orizzonte di senso pensabile. Comunque è assai interessante osservare come, nelle più tarde edizioni, il nostro abbia tenuto in qualche conto le critiche, in particolare quelle relative alla carente “universalizzabilità” del suo principio (manifestazione, del resto, della sua più generale e convinta adesione alla “regola aurea”), e lo abbia dotato di un più specifico carattere di incondizionatezza, assumendone la versione che ne era stata fornita fin dal 1704 da Johann Balthasar Wernher (« non fare ciò che porterebbe il genere umano alla sua scomparsa, ove tutti facessero lo stesso »): nell’imperativo categorico kantiano è possibile quindi leggere l’ultima fase — certo per più versi decisiva, ma ormai pienamente compromessa con l’accettazione dell’orizzonte statuale — di questo processo di progressiva generalizzazione (pp. 338-339). Un’altro punto di notevole rilievo concettuale è ben sottolineato da Schröder: la presunta controversia tra i due autori, che — a proposito del lungo capitolo conclusivo della sezione dedicata allo *Staatsrecht* (caput III: *Ius civile privatum universale*, § 800 ss.) — si sarebbe conclusa con l’espunzione nelle successive edizioni. In realtà Achenwall in questi paragrafi precisava la configurazione che il diritto privato poteva assumere in una società statale, e la spiegazione corrente, spesso avanzata nella moderna letteratura, ch’egli l’avrebbe tralasciato, dopo lo scontro e a partire quindi dal momento che Pütter ebbe ad abbandonare l’impresa comune, è già per motivi cronologici priva di senso, perché — oltre ad essere appunto, come si è visto, dovuto integralmente alla scrittura achenwalliana — l’esclusione si verifica subito con la seconda edizione, alla quale Pütter ovviamente era ancora partecipe. La spiegazione deve essere perciò ricercata altrove, ed è assai verosimile ritenere che entrambi gli autori fossero concordi nell’osservare come in esso si corresse il rischio, rispettivamente, o di ripetere istituti e principii del diritto naturale puro, oppure di offrire una mera rappresentazione del diritto positivo vigente. Tale impostazione sarebbe, ad avviso di Schröder (p. 345), soprattutto interessante per il fatto che permetterebbe di scorgere l’opinione degli autori, secondo i quali il diritto naturale avrebbe dovuto contenere proposizioni e principii giuridici sovrappositivi sì, epperò direttamente applicabili, e non invece — all’incirca nel senso che, con l’inizio, attorno al

1800, della trasformazione del diritto naturale in filosofia del diritto e teoria della legislazione, verrà incarnato dalla « filosofia del diritto positivo » di Gustav Hugo —, e non invece, dicevamo, considerazioni e riflessioni di politica del diritto. Resta la circostanza, come accenneremo in conclusione, che sarà però proprio Gustav Hugo a riconoscere direttamente nell'operato dei gottinghesi la necessaria fonte di ispirazione, anzi il modello in senso stretto, della sua certamente nuova impostazione. Particolarmente felici ci sembrano le osservazioni che Schröder dedica all'inquadramento complessivo dell'opera riproposta nell'ambito del fenomeno giusnaturalistico sei-settecentesco, stabilendo opportunamente che in primo luogo sia assolutamente necessario sgombrare il campo da caratterizzazioni improprie o attualizzanti; che, insomma, si tratti di indicare in che cosa l'importanza di questo testo *non* consista (pp. 336 ss.). Pur riconosciuta la presenza di alcuni tratti "emancipatori" nella dottrina giusnaturalistica achenwalliana, appare anzitutto evidente che l'opera non si può inquadrare in quella diffusa interpretazione che vede nel movimento giusnaturalistico esclusivamente il formarsi "magnifico e progressivo" di una teoria giuridica a carattere rivoluzionario, basata su valori eterni e sovrapositivi, e in particolare sull'individuazione progressiva di uno spazio e di un ruolo per i diritti dell'uomo. Per Achenwall la libertà che certamente compete al singolo uomo nato libero, finché volontariamente non ne disponga, è appunto una libertà assolutamente pre-statuale, anzi praticamente pre-sociale: non vi sono barlumi di un incipiente liberalismo, nel senso che nella dimensione sociale e statale (che sono sostanzialmente indistinguibili in una accezione moderna) si debba affermare l'esistenza di una sfera di libertà del singolo che dovrebbe essere comunque garantita, anche se evidentemente non si sposa neppure la posizione assolutistica, visto che lo stato non è l'unica forma di aggregazione che possa invocare un monopolio legittimo della violenza. Neppure si possono riscontrare, in un diritto naturale siffattamente concepito, i prodromi di una pretesa di validità del diritto naturale contro o al posto del diritto positivo che da esso si discostasse. Nel solco della tradizione che qui accomuna Leibniz e Pufendorf, il diritto naturale è certamente diritto vigente, ma ben lungi dal poter pretendere ad una validità "rinforzata" rispetto al diritto positivo (*Naturrecht bricht positives Recht*), vale anzi l'opposto principio, così seccamente formulato da Pütter: « Sic sive scripta sive non scripta lege summus imperans aut firmat modo legem naturalem, aut restringit naturalem libertatem: dum ad salutem publicam iubet agere, ad quod lege naturali nulla obligatio; vel prohibet, quod lege naturali non vetitum » (§ 695). Il diritto naturale ha pertanto soltanto valore *sussidiario*, ovvero serve a colmare le lacune del diritto positivo. L'importanza reale — al di là di una presunta linea di raccordo con il giusnaturalismo effettivamente libe-

rale di Kant e dei suoi seguaci, che sarebbe costituita dall'invero un po' troppo tenue punto di partenza "liberale", per così dire, pre-sociale; linea di raccordo che il concetto, più che ambiguo e bisognoso di revisione, di un *individualismo* della "migliore" cultura giuridica europea (cioè, per riferire le parole dell'autore, quella a cui comparteciperebbero « die aller westlichen Industriestaaten », naturalmente superiore alle « kollektivistischen Rechtslehren »; p. 348) rende in verità assai problematica —, la reale incidenza di un tale giusnaturalismo, stavamo concludendo, deve essere allora individuata nella sua robusta capacità di contribuire, anche mediante l'introduzione di tutta una concettualità innovativa, che darà i suoi frutti soprattutto nel diciannovesimo secolo, ad un radicale approfondimento della comprensione *scientifica* del diritto positivo, proponendosi alla fine, e in via sistematica, come una forma superiore di dogmatica e di teoria scientifica del diritto. Seppure anche quest'ultima acuta e precisa *Deutung* del senso storicamente plausibile di tale manualistica rischi in qualche misura, solo per sfumatura, naturalmente, di apparire attualizzante, resta invece vero che proprio al filone che qui opportunamente viene ora reso nuovamente accessibile — e alla connessione certamente tutt'altro che eversiva, ma lucida da esso appunto individuata, tra una concettualità scientificamente elevata e una adeguata "censura" (ovviamente nel senso di "recensione", considerazione "critica") politica dei medesimi — Gustav Hugo intendeva richiamarsi nel fondare la sua pretesa di una filosofia del diritto privato: « Aus sehr vielen Gründen muss diess, was bisher nur im Staatsrechte geschah, hauptsächlich im Privatrechte geschehen » (per questa, come per la successiva citazione, ci vogliamo scusare se rimandiamo ad un risalente contesto; cfr. *Systema iuris I*, pp. 198-200). Se ciò che la "scuola" di Gottinga aveva in qualche modo "legato", valeva ormai la pena di essere almeno "progettato" (che di una vera e propria realizzazione dopo il forse eccessivamente idiosincrasico Hugo non fu il caso di parlare) « principalmente nel campo del diritto privato », era perché, soprattutto, si doveva reagire ad una moda ormai invalsa, specialmente tra i giuristi, una moda "riduzionista" in tema di scienza politica, che aveva come conseguenza una assoluta contrapposizione tra questa e il diritto, contrapposizione che, sull'onda della tradizione gottinghese, Gustav Hugo considerava appunto intenibile. Nel ricordare le sue parole, possiamo essere grati a Jan Schröder che, restituendo ad una fruibilità più aperta un caposaldo di quella tradizione, ci ha messo ormai in condizione di scrutarne con maggiore acribia le rilevanti scansioni non solo interne: « La Politica è nel vero originario senso della parola ("Wissenschaft" della *Polis*; della *civitas*, dunque *civilis scientia*) proprio quella parte della filosofia della quale noi ci occupiamo, ed è un grosso travisamento del concetto se assai recentemente in Germania, nel momento in cui si è

cominciato a contestare la filosofia del diritto positivo, si è voluto identificare la politica semplicemente con la Klugheitslehre, e la si è voluta contrapporre del tutto al diritto».

PAOLO CAPPELLINI

G. DILCHER, *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1996, pp. XXXIX-369.

Qualche anno fa, in un bilancio sulla rilevanza dell'opera di Max Weber per la medievistica tedesca, lo storico Otto Gerhard Oexle traeva conclusioni che suonavano del tutto sconsolanti: pure il saggio *La città* continuava a trovare poca considerazione. Gli unici ad aver lavorato seriamente con Weber erano un sociologo (Stefan Breuer), nonché lo storico del diritto Gerhard Dilcher, che già in un ampio articolo del 1973 si era confrontato esemplarmente con il problema centrale di Weber: non tanto quello del potere, della *Herrschaft*, quanto piuttosto quello dell'agire sociale degli individui in gruppi ispirato da motivi razionali quanto ai valori e allo scopo e realizzato secondo norme autonomamente stabilite ⁽¹⁾.

Rechtshistorische Aspekte des Stadtbegriffs è appunto il più risalente dei dieci saggi composti da Dilcher in varie occasioni, usciti in diverse sedi editoriali tra il 1973 e il 1996 ⁽²⁾, ed ora riuniti nel volume del 1996. Presentandolo ai lettori della *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, il medievista Michael Borgolte evidenziava l'altra forte componente weberiana della problematica di Dilcher, quella della 'modernità' della città me-

⁽¹⁾ O. G. OEXLE, *Kulturwissenschaftliche Reflexionen über soziale Gruppen in der Mittelalterlichen Gesellschaft: Tönnies, Simmel, Durkheim und Max Weber*, in C. Meier (Hrsg.), *Die okzidentale Stadt nach Max Weber. Zum Problem der Zugehörigkeit in Antike und Mittelalter*, München, Oldenbourg, 1994 (= *Historische Zeitschrift*, Beiheft 17), pp. 115-159: pp. 157-158.

⁽²⁾ *Markrecht und Kaufmannsrecht im Frühmittelalter* (1985), pp. 1-40; *Stadtherrschaft oder kommunale Freiheit — das 11. Jahrhundert ein Kreuzweg?* (1989, inedito), pp. 41-65; *Rechtshistorische Aspekte des Stadtbegriffs* (1973), pp. 67-94; *Die mittelalterliche deutsche Stadt in ihrer Heraushebung aus der grundherrschaftlich-agrarischen Welt des Hochmittelalters* (1977), pp. 95-113; *Zum Bürgerbegriff im späteren Mittelalter — Versuch einer Typologie am Beispiel von Frankfurt am Main* (1980), pp. 115-182; *Die genossenschaftliche Struktur von Gilden und Zünften* (1985), pp. 183-242; «*Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend*» — *Zur Stellung und Rolle der mittelalterlichen deutschen Stadtrechte in einer europäischen Rechtsgeschichte* (1989), pp. 243-279; *Oralität, die Verschriftlichung und Wandlungen der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts* (1992), pp. 281-300; *Die städtische Kommune als Instanz des europäischen Individualisierungsprozess* (1996), pp. 301-334; *Die Stadtbürgerschaft zwischen Widerstand und Repräsentation* (ancora inedito nel 1996, ma 1997), pp. 335-369.

dievale ⁽³⁾. E questo è sicuramente il nucleo centrale della ricerca dello storico del diritto francofortese; è la questione intorno alla quale ha costruito occasioni di incontro e di dibattito ⁽⁴⁾; è la domanda di fondo di un suo recentissimo intervento su Weber, articolato, sostanzialmente, come risposta all'interrogativo di Otto Gerhard Oexle cui si è accennato ⁽⁵⁾.

Il medievista co-direttore del Max-Planck-Institut für Geschichte di Göttingen è uno dei principali interlocutori contemporanei di Dilcher, come lo stesso Autore ricorda nell'introduzione al *Sammelband*. Se il suo modo di fare storia del diritto vuole essere una « Rechtsgeschichte in sozialgeschichtlicher Absicht », questo può avvenire perché il metodo già intrapreso da circa trent'anni ha trovato una feconda possibilità di dialogo con chi non si è preoccupato tanto di mostrare il contributo delle forme giuridico-costituzionali cittadine comunali al processo di sviluppo di razionalizzazione europea, quanto piuttosto di indagare come la razionalizzazione (e le collegate individualizzazione e giuridicizzazione) trovi nella storia europea una sorta di contrappeso nelle forme di *Vergemeinschaftung*, nello sviluppo di *Verbundenheit* e *Solidarität*. Poiché il problema è quello di mettere in luce i principi costitutivi delle associazioni: e allora Comune cittadino, gilde di mercanti, corporazioni infracittadine mostrano di avere un comune principio di *Einung* volontaria e fraterna, un principio di associazione che va ben oltre le forme comunitarie di una società tradizionale. La stretta connessione, nella storia europea, di individuo e comunità solidale, che è carattere tipico della « città dei cittadini » medievale, deve pure esercitare una qualche influenza nel passaggio dall'antico regime al moderno. Questo si vuol dire quando si parla di 'modernità' della città comunale medievale. Un momento estremamente significativo di quel passaggio — sia storicamente sia storiograficamente — è la questione della frattura o continuità tra cittadinanza della città e moderna società borghese tra XVIII e XIX secolo: un problema che nella ricerca storica tedesca è ora al centro dell'interesse, seppure con risposte molto diverse ⁽⁶⁾. E se è fondamentale il problema del rapporto individuo —

⁽³⁾ M. BORGOLTE, *Der Triumph der Kommune. Gerhard Dilcher über das Moderne an der mittelalterlichen Stadt*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Mittwoch, 6. November 1996, Nr. 259, S. 12.

⁽⁴⁾ *Res publica. Bürgerschaft in Stadt und Staat*, hrsg. von G. Dilcher, Berlin, Duncker & Humblot, 1988 (*Der Staat*, Beiheft 8).

⁽⁵⁾ Nella relazione *Max Webers « Stadt » und die Stadtforschung der Mediävistik*, presentata al seminario *Max Weber und die Stadt im Kulturvergleich*, tenutosi presso la Humboldt-Universität zu Berlin dal 19 al 21 giugno 1997, organizzato dagli antichisti Wilfried Nippel (Forscherguppe « Historisch-sozialwissenschaftlicher Gesellschaftsvergleich » Humboldt-Universität zu Berlin) e Hinnerk Bruns (CNRS Paris).

⁽⁶⁾ Ad esempio, pur nella considerazione della indissolubile unione di città e libertà fino al XIX secolo, U. MEIER-K. SCHREINER, *Regimen civitatis. Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Ordnung in alteuropäischen Stadtgesellschaften*, in K. SCHREINER-

gruppo sociale (Oexle), non lo è meno quel principio di *Community* (*Kommunalismus*) di cui si è fatto indagatore, negli ultimi decenni, l'altro storico, questa volta 'modernista', cui Dilcher fa riferimento, Peter Blicke.

Affrontare tali questioni è per Dilcher possibile solo percorrendo la strada di una *Typenbildung*, secondo l'impostazione di Max Weber: cioè considerando la molteplicità dei materiali storici unitamente alla forza di uno sguardo complessivo, ma che può essere tale solo riconoscendo i suoi determinati punti di vista; facendo interagire tutti gli ambiti culturali nell'intreccio che è loro proprio, dai fatti socio-economici fino alle linee portanti delle fondamentali strutture giuridiche e religiose. Perché è proprio nel giuridico che si mostrano in modo particolarmente chiaro le fondamentali strutture economiche e sociali sul piano di una certa astrazione. A Dilcher la costruzione tipologica basata sul giuridico (nel senso della sociologia del diritto luhmaniana) sembra appunto possibile solo per la *ausgebildete mittelalterliche Stadt*, e sulla base di quattro elementi che ne costituiscono i « pilastri angolari ». Pace cittadina; libertà cittadina; diritto della città; costituzione della città basata su fondamenti comunitari-consociativi tradotti in un sistema di uffici più o meno formato: queste le quattro istituzioni fondamentali, strettamente congiunte tra loro, del Comune cittadino medievale. Che se è prevalentemente, nelle esemplificazioni storiche, quello di ambito germanico tra XII e XIII secolo, può però benissimo comprendere spazialmente anche i Comuni dell'Italia settentrionale, data l'universalità di quelle quattro istituzioni, e può spingersi cronologicamente, giusta la coerenza della forma sociale cittadina, almeno fino al XV secolo. La specificità della dimensione giuridica consiste in questo, che quelle istituzioni possono contemporaneamente svilupparsi in singole disposizioni e regole giuridiche. Considerandole nella loro complessità, si può osservare da una parte come nel loro influsso e intreccio reciproco esse costituiscano la città medievale nella sua differenziazione dalla campagna in relazione a società, economia e cultura; e, dall'altra, come in singoli ambiti (diritto familiare ed ereditario, diritto di proprietà e di insediamento) siano parallele a forme e sviluppi del diritto territoriale, ma come pure figure giuridiche uguali possano avere funzioni molto diverse in un diverso contesto sociale.

Vediamole allora singolarmente, per quanto è (artificialmente) possibile, queste istituzioni cittadine medievali, premettendo subito due avvertenze: che la loro strutturale dimensione storico-sociale è tanto più evidente quanto più esse risultano essere valori generali e mete dell'azione politica del ceto sociale protagonista del Comune cittadino

U. MEIER (Hrsg.), *Stadtregiment und Bürgerfreiheit. Handlungsspielräume in deutschen und italienischen Städten des Späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1994, pp. 11-34.

dilcheriano; e che nel procedere (cronologico) da un saggio all'altro — che nel breve spazio di una recensione non si può assolutamente seguire — il loro quadro viene sempre più riempito di forma e movimento.

La pace cittadina.

A partire dal XII secolo l'instaurazione di una pace specificamente cittadina marca una profonda differenza dalla contemporanea *Landfriedensbewegung*. Essa è innanzitutto voluta da una comunità, in cui tutta la cittadinanza assume la stessa relazione interna di pace che il suo gruppo dirigente, i mercanti, hanno precedentemente costruito nelle loro gilde. Perciò essa deve avere effetti giuridici: una comunità che proibisce conclusioni violente dei conflitti deve anche stabilire regole per la vita in comune e deve punire la loro violazione. L'ordine di pace cittadino esige quindi una *Gerichtsbarkeit*, e quanto più la pace è del Comune dei cittadini tanto più deve essere amministrata da loro. Ha inoltre bisogno di un diritto penale cittadino, come pure di una più chiara regolamentazione giuridica in ambiti conflittuali — oggi definibili di diritto privato — dai quali possono anche sorgere disturbi della pace della comunità. Non può fare a meno, materialmente, di erigere mura intorno alla città per difenderla e per difendersi. La pace reciproca dei cittadini, cioè l'assenza di conflitti e di faide, deve valere nel tempo, non deve ammettere eccezioni, deve essere ordinata ugualmente per tutti. È quindi diversa dalla *Landfriede*, che rimane invece fino al XVI secolo una pace dei titolari del diritto, cioè del re e dei nobili, una pace personale, che è graduata, osserva diritti particolari e privilegi, lascia spazio aperto alla faida e a violenti pignoramenti, non livella insomma la società in una generale e uguale società di pace. E perciò stesso la *Stadtfriede* medievale è simile alla moderna pace statale: non da ultimo, si può dire con Weber, in quanto l'uso legittimo della forza è monopolizzato da un *Herrschaftsverband*, dal Comune dei cittadini, appunto.

Nei diritti cittadini del XII e XIII secolo, come anche di quelli del tardo medioevo, chi rompe la pace viene punito o bandito dalla città anche se appartiene ai ceti superiori. Poiché la pace è *pax urbis, amicitia, pax iurata*: ha origine dal *Bruderschaftsverband* che garantiva al singolo mercante la tutela dalla vendetta di sangue, e pur mantenendone alcune caratteristiche è diventata una scelta volontaria (e razionale) di tutta la cittadinanza, che tutta la cittadinanza ha giurato di voler mantenere, dandole così un fondamento giuridico, istituzionalizzandola. In questo senso l'ordine di pace dà anche origine a regolamenti molto dettagliati di diritto penale e di *Polizei*, come, ad esempio, la stessa limitazione del bere nelle osterie (*Polizeistunde*). L'ordinamento giuridico cittadino che nasce con la pace cittadina si fonda su legittimazione razionale in tanto in quanto minaccia sanzioni uguali per tutti attraverso regole prevedibili.

Cresciuto sul modello di gilde e corporazioni precedenti, il Comune cittadino viene instaurato come consociazione cittadina di pace e di diritto basata sul giuramento cittadino. Parlare di consociazione (*Genossenschaft*) tanto per le prime quanto per il secondo significa introdurre come chiave di lettura del medioevo comunale, accanto a Weber, Otto von Gierke; significa sottolineare l'orizzontalità delle relazioni sociali fra gli uomini, nonché il loro costituirsi su rapporti di fondamentale parità, che caratterizzano concretamente — e non astrattamente — la società cetuale del medioevo. La loro modernità consiste nell'accordo (*Einung*) giuridico che ne è alla base, nell'essere una volontaria unione di persone; *conjuraciones* con un loro diritto, riempiono la vita delle loro associazioni con i contenuti delle relazioni confraternali, a loro volta nocciolo sociale e religioso della vita associata: *convivium*, memoria e culto dei morti, aiuto, pace, protezione; tenendo sempre presente il 'fine economico', che fa della comunità cittadina una comunità di usufrutto dei cittadini. L'intima razionalità della consociazione non significa che al suo interno regni l'armonia: essa è luogo di tensioni sociali e antagonismi, da cui originano movimenti sociali e politici.

La libertà cittadina.

Costituirsi come consociazione di pace e di diritto è possibile, per la città, in tanto in quanto al suo interno il cittadino sia personalmente libero, non sia soggetto ad un signore superiore. «L'aria della città rende liberi», cioè gli abitanti della città hanno un unitario stato giuridico: è questo uno dei due sensi della libertà cittadina medievale. Il secondo è quello che si riferisce allo stato giuridico costituzionale della città e dei suoi cittadini, quindi alla libertà come *libertas* diversa da città a città. Ma è nella capacità che i cittadini della città hanno fin dall'inizio del XII secolo di eliminare i segni della non libertà nel diritto di proprietà, nel diritto ereditario, nei tributi e nella posizione personale — nella loro libertà giuridica, quindi — che si forma un ceto cittadino specifico e fondamentalmente di uguali. Anche in questo processo, combattuto o pacifico, i mercanti ebbero una funzione guida. Ed è questa specifica libertà cittadina — diversa dalle forme che pure sussistono nelle campagne — che può diventare il modello della posizione dei moderni cittadini dello Stato del XIX secolo.

Il diritto cittadino.

L'immagine dello *Stadtrecht* di Dilcher è profondamente influenzato dagli studi di Wilhelm Ebel, lo storico del diritto che, più o meno consapevolmente, ha recuperato i criteri della costruzione di una

razionalità occidentale sviluppata da Weber nel suo famoso capitolo sulla città. Lo *Stadtrecht* non è diritto costituzionale, oppure fonte del diritto, come molti manuali lo hanno presentato per lungo tempo, sistematizzandolo secondo le categorie del diritto moderno. Qui veramente *Wissenschaftsgeschichte* e autocoscienza delle fonti giuridiche cittadine legittimano congiuntamente la considerazione del diritto cittadino soprattutto come diritto privato, diritto penale, diritto processuale e diritto di esecuzione. Già nel 1830 C. G. Homeyer sottolineava la fondamentale qualità del diritto cittadino contro la sottovalutazione fattane da Jacob Grimm: era chiaro, comprensibile, preoccupato del presente e col pensiero rivolto al futuro, sempre in primo piano nello sviluppo di nuovi principi del diritto e dell'amministrazione (7). Ciò che agli inizi del XIX secolo era problema presente alla germanistica, era già stata nel XIII secolo consapevolezza dei redattori di fonti giuridiche cittadine, come testimonia l'introduzione dello *Straßburger Stadtrecht* (1214): « Consules autem non iudicabunt secundum ius provinciae, quod dicitur landrecht, sed secundum veritatem et statuta civitatis ». *Secundum veritatem*, cioè giudicando secondo giustizia, che non si riteneva altrimenti garantita.

Formatosi prevalentemente su richiesta dei mercanti, e fin dall'inizio del XII secolo chiaramente distinto, nella redazione, dal *Landrecht*, il diritto cittadino è costituito da cataloghi di normazioni esattamente formulate giuridicamente. Al pensiero economico del mercante, preoccupato di disporre di sicurezza giuridica per gli investimenti, *mos* e *consuetudo* non bastano più. Si può così sviluppare un *Grundbesitzrecht* cittadino, mobile e libero da relazioni di potere date, accompagnato, in campo processuale, dall'uscita dal formalismo magico-religioso e dall'introduzione della prova in forma scritta. Al tempo di una prevalente cultura giuridica orale, la nuova modalità della scrittura delle norme giuridiche — se si fa eccezione dei diplomi imperiali — è elemento determinante sia del mutamento qualitativo del diritto sia dell'esplosivo sviluppo di un nuovo ordine giuridico nelle città. Rispetto alla forma di scrittura sacralizzata dei diplomi imperiali, i diritti cittadini si esprimono nella lingua parlata per poter essere scritti: il diritto viene secolarizzato e quotidianizzato, e diventa così trasferibile e universalizzabile.

Questo diritto razionale cittadino, che si sviluppa nel XII secolo e si completa nel XV secolo prima della recezione del diritto romano, ha continui effetti sociali: crea i presupposti per la ascesa sociale attraverso la creazione di patrimoni derivanti da attività commerciali e professionali. Il diritto cittadino si sottrae in tal modo all'incatenamento alla tradizione, nella quale invece permane il *Landrecht* fino al XIX secolo: non è diritto consuetudinario, pure avendo in esso forti radici. E

(7) Hell, *verständlich, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend*, cit.

piuttosto *Willkür- und Einungsrecht*, diritto creato volontariamente e su base di obbligazione personale, secondo l'insegnamento di Ebel: creato prima da un atto di volontà attraverso il giuramento dei cittadini, e solo più tardi 'ordinato' dal Consiglio cittadino, e quindi poi soggetto a mutamenti, differenziazioni, *reformationes*.

La costituzione cittadina.

Fondamento di validità della consociazione cittadina, nei suoi elementi strutturali di costituzione, pace e diritto cittadini, è il comune giuramento dei cittadini. Anche in questo caso gli studi di Ebel hanno mostrato la strada: la città medievale come *coniuratio reiterata*, il giuramento dei cittadini ha un significato non solo rafforzativo, ma di fondazione giuridica e costituzionale.

Attraverso la forza giuridicamente fondante che spetta al giuramento nel medioevo, non solo il diritto volontario (*Willkürrecht*) giurato assume la sua mobilità, ma il Comune basato sulla *consociatio* crea anche il suo potere di associazione, esige la sua propria giurisdizione, propri uffici e con ciò sfugge contemporaneamente all'organizzazione dei signori cittadini. Si tratta di un processo svoltosi in modo completamente parallelo e idealtipico anche in Italia settentrionale: lì, già verso il 1100, i vescovi in quanto signori cittadini vengono continuamente indeboliti dal movimento della Pataria, e inoltre fino a Barbarossa il re non usa di fatto il suo potere. È nell'esercizio della *jurisdictio* che il potere di associazione del Comune si mostra in modo particolarmente chiaro. La struttura interna consociata della città medievale non è separabile dalla sua complessiva struttura comunitaria. Il Comune dei cittadini è semplicemente la più complessiva e generale associazione consociata della città; è la struttura interna consociativo-corporativa quella che a partire dal diritto fa della città una società ordinata secondo un *Ordodanken* medievale e non secondo principi liberal-egualitari. D'altra parte non è che qualsiasi ed ogni *conjuratio* possa significare l'istituzione di un Comune, dal momento che il termine giuridico *conjuratio* designa solamente il carattere formale di un comune atto di giuramento, senza addentrarsi in caratteri contenutistici. Il passaggio da forme di consociazione radicata localmente al Comune ha proprio a che fare, invece, con un processo storico-dinamico, all'interno del quale assumono un particolare rilievo le precise descrizioni delle varie situazioni.

La costituzione cittadina può essere così descritta da due principi strettamente congiunti: riunione dei cittadini in un Comune cittadino, ed esercizio delle funzioni di governo e di amministrazione attraverso titolari di uffici, che nella maggior parte dei casi sono legittimati come rappresentanti della cittadinanza attraverso elezioni. A partire dal XIII secolo il governo cittadino è regolarmente esercitato da un Consiglio

con sindaco. Questo stadio idealtipico, raggiunto da diverse città in diversi momenti e con diversi percorsi, può anche comprendere relazioni di potere molto diverse: sia potere della gilda dei mercanti, o più tardi oligarchia patrizia, sia potere delle corporazioni artigiane, sia forme di compromesso, anche e persino diritto di cooptazione del Consiglio. Decisiva è sempre e comunque la differenza tra città e territorio. Qui i diritti di signoria sono nelle mani di nobili proprietari terrieri e principi, mentre nella città essi spettano al Comune cittadino radicato localmente come consociazione di tutti i cittadini. La costituzione consiliare, che si cristallizza fino al XIX secolo, anche se con elementi diversi nelle varie città e nei diversi tempi, è perciò uno dei campi di sperimentazione politica più significativo della storia costituzionale.

Le quattro basilari istituzioni sopra delineate contraddistinguono, a partire dal giuridico, il tipo della città medievale come elementi connessi non casualmente, ma correlati funzionalmente l'uno all'altro e intrecciati tra di loro. Associati in diverse combinazioni possono formare l'individualità di una città medievale, determinata soprattutto dalla composizione sociale della cittadinanza e delle sue basi economiche da una parte, dallo stato di libertà nei confronti della parte signorile e quindi dell'ambito di autonomia dall'altra. Questa maggiore flessibilità in relazione alla realtà storica sembra a Dilcher uno dei vantaggi di una costruzione tipologica basata su più fattori, e in quanto tale non solo più adatta alla conoscenza storica, ma soprattutto corrispondente al pensiero giuridico del tempo più attento alla realtà sociale. Il giuramento dei cittadini è il fondamento dal quale dipende sia il carattere politicamente attivo del Comune cittadino, sia il carattere di vincolo di affratellamento della pace cittadina (*pax iurata, amicitia*), sia anche l'emancipazione del diritto cittadino dalla vischiosa corrente della *consuetudo* medievale nonché la sua mobilità e capacità di adattamento alle differenti necessità cittadine.

Le città medievali, o meglio le cittadinanze di queste città, hanno su questa base assicurato e formato i loro ambiti di vita economici, sociali, politici e spirituali in un modo che è intensamente e specificamente giuridico-istituzionale, ricavandone un consolidamento delle strutture giuridico-razionali. La particolare dinamica della città europea occidentale nella diffusione delle sue forme di vita dal XII al XIX secolo dipende da questa intima e inseparabile connessione di sviluppo cittadino e sviluppo giuridico. Questo, sostanzialmente, il discorso di fondo dei primi otto saggi.

Una più articolata argomentazione dei percorsi attraversati dalla città medievale per arrivare ad essere modello della statalità ottocentesca è negli ultimi due saggi, che si occupano non più dell'ordine giuridico o costituzionale interno della città, ma della storia dei loro effetti sul processo storico di passaggio dal medioevo al moderno.

Presentati e discussi all'interno di due diversi gruppi di lavoro facenti capo al Comune progetto della European Science Foundation *The Origins of Modern State*, i due saggi affrontano due diverse questioni vicendevolmente integrantesi. La prima: quale il ruolo occupato dallo spazio sociale, giuridicamente costituito, della città dei cittadini per il processo di individualizzazione, per la formazione del concetto di individuo, che come soggetto-cittadino dello stato, come suddito, è teoricamente e storicamente indispensabile per la costruzione del moderno concetto di Stato? La seconda: la cittadinanza della città in quanto corpo costituito fino che punto oppone *resistenza* alla formazione dello Stato, fino a che punto è pure modello e presupposto, *rappresentazione* della costruzione dello Stato?

Intendendo mostrare una linea di evoluzione al moderno individualismo, sottolineando la presenza e l'efficacia sociale del corpo sociale comunale-cittadino nella storia europea, Dilcher si affida ad una sorta di « archeologia dell'individuo » analizzando il significato della presenza nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 delle norme di diritto privato sulla libertà della persona (8). Si tratta di una legge prerivoluzionaria, che sta ancora nell'antico regime, in quanto formula norme non solo di diritto privato, ma che definiscono anche le generali relazioni sociali del suddito dello stato prussiano, nella persistente indistinzione tra diritto pubblico-diritto statale da una parte e diritto privato dall'altra. Ciò significa che, poiché il potere pubblico non sta solo presso lo stato o il principe, ma ancora presso le istituzioni cetuali, l'ALR codifica l'ordine della società cetuale, pur disponendo nella prima parte una (relativa) uguaglianza degli individui. Che si tratti di un ordine della disuguaglianza è chiaro dalla seconda parte: di fatto, insieme all'introduzione, una costituzione. Qui stanno le norme su matrimonio e famiglia, materie che nel *Code Civil* sono di diritto privato, mentre nell'ALR appartengono ancora all'ordine della società, cioè alla costituzione. Dalla famiglia si passa ai ceti, e solo in seguito allo Stato. I diritti soggettivi esistono, cioè, solo internamente a quell'ordine cetuale comunitario e consociativo che riporta al medioevo. Quindi il ruolo di città e cittadinanza per il processo dell'individualismo e della costruzione dello Stato sono da cercare nel medioevo.

Ancora la cittadinanza in quanto corpo consociato in cui sta l'essenza del Comune cittadino è al centro dell'attenzione nell'ultimo saggio (9). Costituisce il punto di riferimento per la verifica della

(8) *Die städtische Kommune als Instanz des europäischen Individualisierungsprozess*, cit. L'edizione originale inglese è *The City Community as an Instance in the European Process of Individualisation*, in *The Individual in Political Theory and Practice*, ed. by J. COLEMAN, Oxford University Press, 1966, pp. 281-301.

(9) *Die Stadtbürgerschaft zwischen Widerstand und Repräsentation*, cit. L'edizione originale inglese è pubblicata nella forma di più interventi all'interno della parte V, *The Urban Belt and the Emerging Modern State*, in *Resistance, Representation, and*

concezione sintetizzabile nella valutazione di Wilhelm Ebel della città come «serra della moderna statalità», nel confronto con la vulgata della modernità dello Stato principesco, che in quasi tutta Europa a partire dal XVI secolo sottopone le città al suo potere, talvolta con mano dura, e solo dopo una fase di assolutismo fa emergere dalla figura del suddito quella del cittadino dello Stato. L'ipotesi è che la città medievale, anzi, la sua cittadinanza, abbia influito o stimolato la formazione dello Stato attraverso rappresentazione (intesa non solo e non tanto come rappresentanza cetuale, ma soprattutto, in quanto *repräsentatio*, come raffigurazione anticipata del fine della costruzione statale, come una prefigurazione dello Stato) o forme di resistenza (intesa non solo e non tanto come lotta armata, contrasto politico, rifiuto, ma soprattutto come proporsi di una *communitas* allo Stato con suoi propri principi strutturali, consigliandolo di non distruggere quell'edificio nella sua essenza, ma di assumerlo in sé mentre esso gli si adatta). L'interazione dei quattro pilastri angolari, delle quattro istituzioni fondamentali — pace, libertà, diritto cittadino, costituzione — assicurata dal fondamento del Comune cittadino — il giuramento — produce quella struttura fondamentale comune, voluta dalla cittadinanza tra XII e XIII secolo, che si mantiene fino al XVIII secolo anche se le città appartengono ad un territorio principesco o sottostanno ad un diretto signore. La forma di base interna, cioè, che è nel complesso quella di una *respublica* (o Comune) che si amministra da sola e che si governa continuamente — l'*universitas* —, non muta sostanzialmente nelle sue strutture e forme giuridiche; non muta nella peculiarità della sua costituzione consiliare — per quanto l'accesso al Consiglio si venga sempre più limitando in senso oligarchico. Soprattutto la cittadinanza non dimentica di essersi costituita come *conjuratio* per il conseguimento di determinati scopi: organizzazione e amministrazione della vita in comune, mantenimento della pace con propri tribunali, normazione con un diritto proprio.

Questi sono gli stessi ambiti che lo Stato cerca di recuperare, dando un forte impulso al mutamento delle proprie strutture, 'modernizzandosi'. Nonostante questo processo, che secondo alcuni inizia già nel XIII secolo per protrarsi fino al XVIII, le città sono rappresentate nelle Diete territoriali e le città imperiali partecipano alla Dieta imperiale. Se non possono più, weberianamente parlando, essere 'autocefale', continuano però ad essere 'autonome'. Mentre la costituzione politica tende sempre più all'assolutismo monarchico, l'ordinamento cittadino interno si espande oltre l'ambito della città proprio attraverso la precedenza dello Stato principesco, che assume come proprie le rappresentazioni giuridiche e di valore cittadine: pace, sicurezza del diritto

Community, ed. by P. BLICKLE, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 218-224, 229-235, 251-255.

attraverso rafforzamento della giurisdizione, creazione di un diritto fissato nella legislazione (ma con l'introduzione del diritto romano e la presenza dei giuristi come suoi interpreti), razionalità e utilizzazione della scrittura dell'amministrazione, protezione di commerci e industrie, ordine e disciplinamento attraverso *Polizeiordnungen*, rafforzamento del controllo ecclesiastico sulla *Lebensführung*.

Con tutto questo, però, una importante conquista del Comune cittadino, la uguaglianza cetuale e la — seppure diversificata — partecipazione di tutti alla *respublica*, alla definizione del bene comune, è quasi eliminata nello Stato principesco. Si tratta di una componente fondamentale della cittadinanza, la sua stessa ragion d'essere, si potrebbe dire: come è possibile, allora, senza di essa, gettare il ponte tra la città e la cittadinanza del XII secolo e lo Stato del XIX secolo? La conclusione del saggio, in questo senso, sembrerebbe non portare molta chiarezza, anche dopo la presentazione di un particolare e significativo caso di studio, quello della città di Koblenz. Se la realtà della partecipazione alla definizione del bene comune è eliminata, come fa l'intima struttura costituzionale comunale a rimanere nelle strutture statali come contraltare sempre storicamente efficace alla concentrazione del potere centrale?

La risposta la si può trovare al di fuori del volume che raccoglie i dieci saggi, in un contributo di Dilcher al II volume del *Pipers Handbuch der politischen Ideen* ⁽¹⁰⁾, che lo stesso Autore ha volutamente escluso dalla raccolta in quanto recente e facilmente reperibile; il cui inserimento avrebbe però certamente reso più facile al lettore seguire in tutta la sua ricchezza e nella progressività dell'approfondimento la problematica centrale della ricerca di Dilcher sulla città medievale, cioè il suo ruolo nel processo storico. Un ruolo che, data la sua incisività e persistenza, è difficile attribuire solo alla prassi e all'accumularsi di esperienze concrete, senza che queste trovino espressione nella più astratta manifestazione di una 'idea'. E infatti l'idea c'è, e ineccepibilmente fondata teoricamente, per quanto solo in un secondo momento rispetto alla costruzione del Comune e all'esperienza 'eroica' della lotta contro Federico Barbarossa prima e Federico II poi. Una specifica teoria politica comunale viene impostata solo nei giuristi tardo-medievali, nei Commentatori — ovvero in Bartolo —, e in Marsilio da Padova, con la forte influenza delle teorie conciliariste sul consenso: è questa riflessione, radicata nelle esperienze e nelle forme costituzionali provenienti dal mondo cittadino dell'Italia settentrionale a costituire una importante corrente della teoria statale moderna, nonostante che con l'età moderna l'effettivo sviluppo storico statale nella stessa Italia settentrionale, negli stati territoriali principeschi in Germania, nelle

⁽¹⁰⁾ *Kommune und Bürgerschaft als politische Idee der mittelalterlichen Stadt*, in *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, hrsg. von I. FETSCHER-H. MUNKLER, B. 2, München-Zürich, Piper, 1993, S. 311-350.

monarchie nazionali in Francia, Inghilterra, Spagna, faccia interrompere lo sviluppo di concetti e teorie che sono riferiti alla città. La storiografia più recente (Koenigsberger, Schilling) tende però a togliere a quella interruzione le caratteristiche di immediatezza e di generalità che da molte parti le si è voluto attribuire: la teoria politica comunale assume, nell'età moderna, le forme e i contenuti di un repubblicanesimo, che esprime teoricamente le esigenze di difesa dell'autonomia di città che continuano ad essere considerate, come nel medioevo comunale, repubbliche, per quanto inserite in stati territoriali principeschi e in monarchie. E certo queste repubbliche e le rappresentazioni che da esse si sostanziano giocano un ruolo nella fondazione teorica dello stato costituzionale moderno, ad esempio in Montesquieu o nelle discussioni sulla costituzione degli Stati Uniti d'America. Si tratta di un repubblicanesimo fortemente segnato dalle riforme cittadine di Zwingli e Calvino, contraddistinto dalle sue origini cittadino-cetuali, comunitario-consociative che gli assicurano la sopravvivenza fin dentro il XIX secolo; e che, data la reciproca influenza tra struttura comunale cittadina e struttura comunale territoriale, mostra numerose affinità col 'comunalismo' inteso come forma di vita (Blickle). Punto d'intersezione tra le concezioni consociative medievali, i convincimenti calvinistici e le impostazioni della teoria statale moderna è quell'Althusius, la cui teoria della 'consociatio symbiotica' fu poi assunta da Otto von Guericke ... « Idee e realtà, figure giuridiche e teoria politica della città medievale comunale influenzarono quindi in molteplici modi la teoria politica dell'età moderna, rafforzata dalle tendenze comunali repubblicane democratiche e costituzionali, tanto reali quanto lo era la forma della *Vergesellschaftung* [la *communicatio civium*] umana »⁽¹¹⁾.

Questo, in estrema e quindi difettosa sintesi, il contenuto — esplicito e implicito — del volume di Dilcher. L'implicito va in realtà molto oltre del poco che qui si è menzionato: e l'auspicio è che esso venga in gran parte ripreso nella monografia che l'Autore sta preparando. A chi, come l'attuale lettrice di Dilcher, non è né giurista né medievista, la struttura profondamente unitaria e coerente dei dieci saggi e la loro tesi di fondo fa insorgere alcuni problemi soprattutto al confronto con altre letture accomunate a questa da problematiche parzialmente analoghe.

1. *L'ordine giuridico cittadino medievale*. In quanto « struttura ordinante di complesse correlazioni sociali », l'ordine giuridico cittadino non è derivato del diritto, ma diritto in senso proprio, espresso nella nuova forma del cittadino. La sua specificità consiste innanzitutto nell'esplicita differenziazione ed emancipazione dal complesso delle *consuetudines*. Non è comunque assolutamente pensabile con le categorie giuspubblicistiche del XIX secolo, e però ha improntato di sé, è

(11) *Ibidem*, S. 345.

stato tutt'uno con la *respublica*, lo stato comunale cittadino medievale. Alcune recenti discussioni ⁽¹²⁾ potrebbero probabilmente essere arricchite dall'impostazione della ricerca di Dilcher. E potrebbe essere forse di un certo interesse verificare la possibile (o meno) compatibilità dei due ordini 'giuridici medievali' di Paolo Grossi e di Gerhard Dilcher.

2. *Le istituzioni cittadine medievali.* Pace, libertà, diritto cittadino, costituzione cittadina — e giuramento come loro collante — sono le generali istituzioni a specifica dimensione giuridica che possono svilupparsi in singole e differenziate disposizioni e regole giuridiche, comprese quelle che regolano l'organizzazione degli uffici — gli organi costituzionali — e le modalità per l'acquisizione della loro titolarità. Potrebbe essere forse di un certo interesse confrontare questa concezione delle 'istituzioni' con quella, prevalente nella storiografia italiana e ancora recentemente confermata ⁽¹³⁾, che intende invece per istituzioni solo ⁽¹⁴⁾ quelli che per Dilcher sono gli organi costituzionali. A me sembra che solo attraverso la sempre uguale e sempre diversa presenza delle 'istituzioni' fondamentali del medioevo cittadino sia possibile comprendere con maggiore chiarezza la storia successiva — anche *evenementielle*, in molti casi — dei rapporti fra città e stati territoriali (e dei gruppi sociali interni alla città e le 'nuove' presenze statali), e il perché essi siano stati oggetto di mitizzazione e di modelli di politica nel secolo dell'identificazione tra Stato e Nazione per il tramite della creazione di un ordinamento giuridico solo statale.

3. *La 'modernità' del Comune cittadino.* È la questione centrale dei saggi, e della sua proposizione si è cercato di dar conto sopra. Se qui si riprende il problema, è perché alcuni accenni dell'Autore a differenze tra sviluppi del Comune cittadino tedesco e italiano consentono di avvicinare, grazie a recenti suggestioni, il 'problema weberiano' ad una esaltazione delle repubbliche cittadine medievali del primo ottocento. Diversamente dall'Italia, ricorda Dilcher, la Germania non sperimenta

⁽¹²⁾ Mi riferisco alla discussione suscitata da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, soprattutto agli interventi di M. ASCHERI, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, L. (1996), pp. 965-973, ripubblicato in traduzione tedesca *Eine mittelalterliche Rechtsordnung — für heute?*, in *Rechtshistorisches Journal*, 15 (1996), pp. 51-65, e *Un ordine giuridico senza Stato? tra miti e disconoscimenti*, *ibidem*, pp. 360-372.

⁽¹³⁾ M. ASCHERI, *Istituzioni medievali*, Bologna, il Mulino, 1994; ma si veda il diverso giudizio di K. NEHLSSEN-VON STRYCK, *Entstehung und Entwicklung der italienischen Kommunen (11. bis 14. Jahrhundert)*, in *Rechtshistorisches Journal*, 15 (1996), pp. 348-359: 353 (« Die Darstellung einer Stato? tra miti e disconoscimenti, *ibidem*, pp. 360-372. ») che però mi sembra riferito alla non continuata e sistematica trattazione della 'costituzione' cittadina rispetto ad altri temi.

⁽¹⁴⁾ Una eccezione è costituita da G. ROSSETTI, di cui si veda la discussione sul libro di P. PRODI (*Il sacramento del potere. Il giuramento nella storia politica dell'Occidente*, Bologna, il Mulino, 1992): *Il principio di sovranità nell'età dei Comuni*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, XIX (1993), pp. 423-429.

il governo di tiranni cittadini, le signorie; e, più avanti, mentre la dinamica dello sviluppo porta le città dell'Italia settentrionale a forme politiche diverse dal Comune cittadino, a stati cittadini governati monarchicamente, che ampliano il loro potere sulle città circostanti, invece la costituzione consiliare si mantiene nell'Europa centrale in determinate strutture dal medioevo fino al XIX secolo, potendo così diventare punto di collegamento della costituzione comunale moderna.

L'immagine 'italiana' di Dilcher ha certamente una solida tradizione storiografica; ma recentemente, di contro a questa tradizione, vi è stata una ripresa di interesse per la modernità del Comune cittadino italiano e per il suo contributo alla statualità ottocentesca — nonostante la 'progressiva caduta' tre-quattro-cinquecentesca delle sue libertà interne ed esterne. E questa ripresa è avvenuta in termini prettamente 'weberiani' nell'interpretazione di Pierangelo Schiera⁽¹⁵⁾, anche in riferimento alla *Storia delle repubbliche italiane* di Sismondi e alle sue influenze ottocentesche⁽¹⁶⁾, e con una accentuazione *wissenschaftsgeschichtlich* che potrebbe essere condivisa da Dilcher. Per questo, concludendo la presentazione del libro di Dilcher, vale la pena riportare testualmente alcuni passi centrali della presentazione alla recente edizione italiana di Sismondi, a partire dal riferimento a Gian Domenico Romagnosi. « Il filo conduttore della storia che dal Medioevo conduce al Risorgimento è rappresentato, per l'Italia, dall'idea di città. La città è, per eccellenza, cosa "medievale" e cosa medievale "italiana". Attraverso la centralità politico-costituzionale della città, il Medioevo acquista la centralità storiografica di cui ci stiamo occupando: in questo viluppo d'interessi e di prospettive d'indagine risiede il segreto del rapporto fra storia e scienze sociali, in questa fase fondativa della moderna scientificità storica, all'inizio del secolo XIX. Trattandosi, nel nostro caso, di una storia "costituzionale", anche nel senso propriamente dinamico del termine, il problema più vistoso su cui s'incentra la trattazione "scientifica" del problema della città è quello della "continuità" della sua storia. Ciò vale e funziona, naturalmente, nelle due direzioni: della continuità della città medievale rispetto a quella antica (romana, in particolare) e della sua continuità rispetto alla città moderna, contemporanea. Proprio nella frattura della "via italiana" che aveva tanto illustrato nell'epoca cittadina il Medioevo europeo, va vista la causa dell'attuale crisi dell'Italia e, di conseguenza, la necessità di un suo nuovo "incivilimento". Romagnosi è molto acuto nell'analisi:

(15) P. SCHIERA, *Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. CHITTOLINI-A. MOLHO-P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 1997², pp. 17-48. Nello Stesso volume si veda anche il contributo di J.M. NAYEMI, *Stato, comune e « universitas »*, pp. 647-671.

(16) P. SCHIERA, *Presentazione*, in J. C. L. SIMONDE DE SISMONDI, *Storia delle Repubbliche italiane* (1832), trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 1996, pp. IX-XCVI.

all'Italia è mancata, per ragioni storiche proprio legate all'originaria " costituzione " antiterritoriale della città, la possibilità di poter contare, per il proprio sviluppo civile e politico, sul territorio.... A ciò deve servire la " storia civile del nostro Medioevo ", a cui il progresso politico non solo dell'Italia ma dell'intera Europa va fatto risalire, contro quegli " avvocati del popolo " che pretendevano, ancora nella Rivoluzione di luglio del 1830, che tutto cominciasse da lì e dovesse essere ottenuto in fretta e subito ⁽¹⁷⁾ ... Anche per il Cattaneo il tema del Medioevo — ma più in generale quello della storia e della stessa ricerca storica — è il tema della città e del suo ruolo politico, sia come genesi sia come applicazione al suo tempo ... Ed è ancora lo " spirito " che spiega tutto, in quella sua particolare razionalità rispetto allo scopo che fa del Cattaneo quasi un antesignano di Max Weber ... » ⁽¹⁸⁾.

In Italia, è noto, ora si discute di 'Repubblica delle città' ...

ANGELA DE BENEDICTIS

C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996.

G. PRETEROSSÌ, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Bari, Laterza, 1996.

I due volumi su Carl Schmitt che abbiamo di fronte sono certamente per molti aspetti diversi, fino ad essere quasi non comparabili. L'uno, quello di Carlo Galli, giunge alla fine di ricerche ormai pluridecennali, è destinato sicuramente a costituire un'opera di riferimento in materia, e punta a restituire un'immagine a tutto tondo di Schmitt, in qualche modo completa ed esaustiva; l'altro, quello di Geminello Preterossi, è costruito più per tesi, muove da domande più specifiche, e procede in modo più sintetico e selettivo. Abbiamo tuttavia deciso di segnalare congiuntamente i due volumi al lettore dei *Quaderni* per un motivo molto semplice: perché, pur nella diversità d'intenti, di struttura e d'impostazione, essi sembrano essere insieme frutto di una stagione culturale nuova, in cui è finalmente possibile riprendere in mano i testi schmittiani fuori dal paralizzante binomio apologia-condanna, leggerli ed interpretarli per quel che sono, collocarli nel loro tempo storico, comprendere il loro alto livello di complessità.

Di questo ritorno ai testi, all'insegna del confronto critico, della disponibilità a prestare attenzione, anche attraverso la rilettura delle opere di Schmitt, ai nodi irrisolti delle democrazie contemporanee vi era certamente bisogno, in un momento in cui le agitate vicende costituzionali del nostro presente sembrano suggerire a qualcuno la

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, pp. LXXII-LXXIII.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, pp. LXXIX.

riproposizione di punti di vista unilaterali, di vecchie scorciatoie: il diritto contro la politica, la norma contro la decisione, i poteri costituiti contro il potere costituente, o viceversa, com'è fatale nelle fasi storiche in cui i due termini del rapporto tendono a dissociarsi.

Lo stesso Schmitt cadde a suo tempo, al tempo di Weimar, in questa medesima trappola. È questo lo Schmitt che oggi interessa meno, quello che ritenne possibile trasformare una certa dottrina della costituzione in criterio d'interpretazione della costituzione positiva di Weimar, collaborando alla sua dissoluzione. È lo Schmitt che ritenne di poter opporre alla costituzione 'falsa', quella dei partiti e del parlamento, la costituzione 'vera', assunta come tale dal presidente, in colloquio diretto con il popolo tedesco, con le ragioni mai esaurite e non esauribili del potere costituente. Così operando, Schmitt si condannò da solo ad essere considerato da intere generazioni di giuristi come il nemico per eccellenza di ogni potere costituito, di tutti coloro che aspiravano, ed aspirano, a fare della costituzione un'autentica norma giuridica, stabilmente radicata nell'ordinamento positivo vigente.

Ma Schmitt non è stato solo uno dei molti interpreti della costituzione weimariana. Le problematiche che ruotano attorno a questo punto occupano uno spazio tutto sommato circoscritto nel lavoro di Galli, ed uno ancora più piccolo in quello di Preterossi, e non a caso. Oggi, lo Schmitt che più interessa è piuttosto quello che riflette sulle forme politiche della modernità, nella cui opera precipitano le contraddizioni e le ambivalenze del politico in età moderna. È questo l'aspetto sul quale le ricerche che abbiamo di fronte ci chiamano a riflettere: il rapporto di Schmitt con la 'tradizione moderna', come recita il titolo del volume di Preterossi.

Com'è noto, Schmitt sostenne sempre le ragioni dello Stato moderno come *Regierungsstaat*, come Stato che è moderno perché è stato storicamente capace di far emergere, contro la logica medievale dello *Jurisdiktionsstaat*, di natura meramente compositiva, un'istanza di governo, un centro capace di esprimere un indirizzo compiuto e coerente. La sua celebre critica al positivismo è la critica al *Gesetzgebungsstaat*, allo Stato meramente legislativo, che con la forma-legge insegue passivamente i più disparati oggetti di normazione, senza esprimere più alcuna autentica capacità di governo. Per Schmitt uno Stato di questo genere prepara la sua propria dissoluzione: tanto più si espande, tanto più diviene debole.

Chiariamo allora subito un punto decisivo: per Schmitt il politico è un fattore di ordine, che storicamente serve a produrre unità, a mantenere ben salda, e compatta, la forma statale. Lo Stato che pretende di isolarsi dal fattore politico perde capacità di rappresentazione, insegue e non governa i movimenti della società, ed al termine della corsa trova la sua fine, scopre di essere ormai un puro sistema di

mediazione tra interessi e sfere private, a quel punto destinato probabilmente ad essere sostituito da sistemi più efficienti e meno costosi.

Carlo Galli ha espresso in modo molto efficace questa caratteristica del politico in età moderna: la necessità della forma, e l'impossibilità della forma. Tutto ciò significa che il moderno produce un forte bisogno di forma, di stabilità, di centro, di rappresentazione in senso giuridico-istituzionale, di Stato, ma per sostenere tutto questo ha continuamente la necessità di tornare alle origini, di richiamare a sé la forza politica, l'istanza decidente, poiché senza questa è destinato a deperire come progetto di ordine, a disseccarsi progressivamente.

Un simile quadro generale di riferimento, imprescindibile nel caso di Schmitt, getta una luce diversa anche sull'altra grande problematica del potere costituente. Certo, c'è anche uno Schmitt giacobino, che sostiene la sovranità del popolo sulla costituzione, il suo potere assoluto di cambiare liberamente la costituzione, e c'è uno Schmitt che sciaguratamente applicò una simile concezione del potere costituente alla interpretazione della Costituzione di Weimar, con gli esiti che sappiamo. Ma c'è anche un altro modo di affrontare e riproporre la problematica del potere costituente, che qualcuno oggi vorrebbe completamente estinta, ed è anch'esso ricavabile dall'opera di Schmitt. Lo suggerisce implicitamente Carlo Galli, ancora una volta con il brillante linguaggio del filosofo della politica: *la necessaria presenza della origine entro l'ordine*.

Con altre parole: la costituzione che normativamente esprime un certo ordine non può essere considerata come una qualsivoglia norma giuridica positiva, perché a differenza di tutte le altre norme essa porta in sé la propria origine, i segni della volontà costituente; ma c'è anche il necessario rovescio della medaglia, non c'è solo un ordine, ed una norma, che sono continuamente costrette a confrontarsi con la propria origine, c'è anche un'origine — la mitica e tanto discussa 'decisione' — che è fatalmente costretta a disciplinarsi dentro un ordine, a darsi forma. Se è vero che non c'è ordine senza origine, è anche vero che non c'è origine senza ordine. L'ordine che si dimentica della propria origine è probabilmente condannato a perdere forza, a dissolversi, ma per la stessa ragione l'origine che pretende di non collocarsi in un ordine rimane inefficace, è una ben debole 'decisione', che è sconfitta proprio perché non ha prodotto alcun ordine, non si è in esso disciplinata. Il potere costituente, se è costituente davvero, produce costituzione, e dunque contiene in sé prima di tutto l'aspirazione alla forma, all'ordine: è quella particolare volontà politica che si caratterizza proprio per il fatto di rendersi disponibile a disciplinarsi in forme costituzionali.

Ovviamente, siamo ben lontani dal riproporre tutto questo oggi, e le stesse ricerche che presentiamo sfuggono da ogni tentazione di attualizzare il pensiero di Schmitt. Oggi, Schmitt è poco più della nota pulce nell'orecchio — l'orecchio è quello della dottrina costituzionale

dei nostri giorni —, e la sua opera serve più che altro a non farci sentire così sicuri del fatto che la dottrina della costituzione possa ridursi a semplice interpretazione, da attuare per via giurisdizionale, della costituzione vigente, o possa con tanta sicurezza escludere dal proprio campo teorico i temi del potere costituente e dell'indirizzo politico, o possa così passivamente assistere al degrado definitivo della legge come fonte di diritto. Ciò che hanno in comune tutti questi recenti atteggiamenti teorici — dice la nostra pulce — è l'illusione che la costituzione possa fare a meno della sua parte politica, espressa nelle nostre costituzioni dal principio democratico della sovranità popolare, possa risolversi in un grande meccanismo di tutela dei diritti giurisdizionalmente amministrato, possa essere insomma per intero, o quasi, norma giuridica da applicare secondo tecniche ai giuristi già note.

A questi ultimi converrebbe per altro ricordare — è sempre la nostra pulce a farlo — con quanta forza ed orgoglio Schmitt abbia sempre rivendicato la sua appartenenza al mondo dei giuristi. Chi conosce a fondo la sua opera non è per nulla sorpreso del fatto che Schmitt abbia più volte dichiarato la sua ammirazione per Savigny, sottolineando in particolare la rilevanza della sua celebre distinzione tra *gesetzes* e *gegebenes Recht*, abbia dedicato molte energie allo studio della tradizione giuspubblicistica tedesca, abbia ripreso concetti-chiave contenuti nella opera di Otto Mayer: tutti elementi giustamente ed assai opportunamente valorizzati nel lavoro di Preterossi. Il fatto è che la critica schmittiana del positivismo legislativo non nasce dal nulla, è ben radicata nella storia della scienza giuridica tedesca, presuppone la consapevolezza di quel ruolo forte, e centrale, della scienza giuridica che per primo Savigny aveva enunciato, anche se ovviamente in tempi e modi diversi. Anche questo è un dato su cui riflettere: i giuristi tradiscono il loro mestiere non solo collaborando a scardinare il diritto positivo vigente attraverso una ragione politica ad esso estranea, ma anche per il motivo opposto, accettando di ridurre il loro sapere ad una semplice tecnica di sistemazione di quel diritto. Non vi può essere scienza giuridica senza una qualche distanza tra il giurista ed il diritto che costituisce l'oggetto della sua indagine. Ed è curioso che ad una tale sottolineatura del ruolo della scienza giuridica si pervenga quasi naturalmente, senza forzature, a partire da un autore come Schmitt, comunemente raffigurato come il campione del primato della politica. Altra circostanza su cui riflettere, in termini più ampi, certo non consentiti nel breve spazio di una recensione.

Un'ultima osservazione. Schmitt non è certo solo nella sua riflessione sui caratteri delle forme politiche e delle costituzioni in età moderna. Dalle due ricerche che presentiamo vengono in questo senso contributi significativi. In particolare, Carlo Galli è stato capace d'inserire la voce di Schmitt in un coro amplissimo, fino quasi a fare del suo volume una storia del pensiero politico tedesco tra Otto e Novecento,

assunto come luogo e tempo storico in cui in modo più paradigmatico viene in evidenza la crisi complessiva del pensiero politico moderno. Ma anche Preterossi, pur nelle dimensioni più ridotte del suo volume, mette Schmitt in colloquio con il proprio tempo, soprattutto con la riflessione giuridico-costituzionale. Sono in questo senso da segnalare le pagine in cui Preterossi analizza le differenze tra Schmitt e Mortati, che sono alla base della fortuna del secondo, piuttosto che del primo, nella interpretazione delle costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra.

Tutto questo lavoro compiuto ha oggi, ai miei occhi, un effetto straordinariamente salutare: i figurini, nel tempo fatalmente divenuti fantasmi, della 'decisione', o anche della 'autonomia del politico', sono ormai, finalmente, tramontati. Potranno essere di tanto in tanto evocati per una qualche finalità di ordine politico, che qui non interessa, ma non costituiscono più criterio d'interpretazione scientifica, delle costituzioni che abbiamo, e neppure del pensiero di Schmitt. Questi non è più raffigurabile come il campione, isolato ed incompreso, della 'decisione', ed è invece collocabile con la sua opera, accanto ad altri, e con questi in dialogo, in un'epoca in cui si è riflettuto intensamente sulla crisi e sul destino dello Stato moderno, sulle forme che il politico stava assumendo o avrebbe potuto o dovuto assumere. Da Schmitt è necessario congedarsi definitivamente, perché le soluzioni da lui offerte non sono certamente condivisibili, ma è l'altro congedo che non è possibile, quello dai problemi che ritroviamo nella sua opera, nel suo tempo, e forse nell'intera età moderna, che sono ancora lì, a portata di mano, ed ancor più oggi, in un tempo in cui molti fattori concorrono ad alimentare la pericolosa illusione di una costituzione senza politica.

MAURIZIO FIORAVANTI

L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

«Coloro che ammettono limiti alle possibilità di azione di un governo, salvo che si tratti di governi che a loro avviso non dovrebbero esistere, sono delle brillanti, isolate eccezioni tra i pensatori politici del Continente». Stuart Mill sapeva quel che diceva. Studiare il liberalismo europeo è un po' come percorrere il viaggio di Alice nel paese delle meraviglie: la testa è sottosopra ma non si trovano conigli che diano spiegazioni. Pare strano in effetti che il liberalismo possa pacificamente declinarsi con all'incirca tutto ed il suo contrario, ed essere di volta in volta societario e statalista, individualista e organicista, democratico ed aristocratico, evolucionista e costruttivista, monista e pluralista, laico e papista, sociale e liberista, della regola e del mercato... e forse qualche altra cosa ancora. Stupisce che ci si possa dire liberali ed ammettere il più ampio potere amministrativo, imbavagliare la stampa, diffidare dei

giudici, giustificare l'intolleranza religiosa, vietare le associazioni, negare... il libero arbitrio. Che incubo! La tentazione istintiva è di sbarazzarsi del tutto usando come ramazza gli impietosi sarcasmi di Marx per poi concludere rassegnati che no, proprio no, il liberalismo in Europa le radici non le ha messe mai. E a questo punto, affrancati dagli orridi Leviatani e dai torvi gendarmi, gettarsi fiduciosi nelle braccia di Rawls o di qualche altro accreditato filosofo *Ivy League* del vero liberalismo. Ma basta un'esitazione e sorge lo scrupolo, questo sì da schietto liberale: non è forse la civilissima *Common Law* a prescrivere: *audite et alteram partem*. Un attimo di pazienza ancora! Prima di mandare tutto al macero interroghiamo per l'ultima volta coloro che, nel bene e nel male, tra tante contraddizioni, ci furono padri.

Il libro di Lucien Jaume serve innanzitutto a questo: a propiziare la nostra riconciliazione con un'eredità che ci insospettiva. Troppa sovranità, troppo Stato, troppe riserve in questo lascito. Jaume lo sa bene, e non commette l'errore di tanti storici del liberalismo — da Croce in poi — di nasconderle sotto un manto agiografico. Non ci chiede di rinunciare al beneficio d'inventario e non approfitta delle citazioni ad effetto. Si mette pazientemente all'opera, analizzando pezzo per pezzo ogni cespite del patrimonio. Vuole persuaderci che le ambiguità non sono debolezze, ma riconoscimento della complessità; che le formule conciliatorie non sono compromessi, ma fertili mediazioni; che le asimmetrie teoriche non sono cedimenti pragmatici, ma senso della storia. Riesce nell'intento? Perfettamente. Il lettore è guidato con sicurezza ed eleganza lungo itinerari filosofici, politici, istituzionali che si intersecano di continuo in una trama certo complessa ma di sicura affidabilità, scandita da nomi, date, opere, eventi in parte familiari, in parte ignorati e per questo ancor più stimolanti.

Madame de Staël, Constant, Guizot, Royer-Collard, Broglie: nomi famosi che evocano formule più citate che approfondite; Montalembert, Lacordaire, Lamennais: occorre cercare negli scaffali del cattolicesimo sociale per trovarne una traccia; Cousin e Bastiat: la ricerca si fa già più difficile; Béchard e Raudot: perfetti sconosciuti. Lo capiamo subito: Lucien Jaume non si accontenta di battere con maestria le piste già note, ci risparmia (bontà sua) l'ennesima Storia dei Santi Laici così di moda tra gli orfani del marxismo, passati armi e bagagli dal *Capitale* alla *Democrazia in America*. Egli allarga lo sguardo a tutto campo, anche ai punti dove i raggi della celebrità sono stati più avari di luce. Sa bene che la fisionomia del liberalismo — o piuttosto *dei* liberalismi — deve essere individuata anche per contrasto, guardando a coloro che dei liberali « ufficiali » furono dichiarati avversari: i Legittimisti, ad esempio, cui è opportunamente dedicato ampio spazio. Sa anche che in Francia — ma solo in Francia poi? — il discrimine laici/cattolici non divide i liberali dai loro avversari, ma distingue al suo interno l'arengo liberale tra i nipoti della Riforma e i sofferiti apostoli della conversione alla Libertà

nella Verità... *Mirari Vos!* Troppi questi liberalismi, dirà chi di questa idea ha assaporato solo una vulgata giornalistica. Che ben vengano replica invece chi del liberalismo non ha mai sospettato esistesse una sola versione, riservata a pochi fortunati, possibilmente anglosassoni, bianchi e protestanti.

Il punto è che pensare la libertà nell'Europa postrivoluzionaria riusciva più difficile che nell'aristocratica Inghilterra, con le sue plebi disciplinate, o nell'America dei *farmers* e della Frontiera. Si fa presto a dire che liberalismo è fiducia nella società e limitazione del governo quando è proprio la società che deve essere organizzata dal governo. Dove sono le gerarchie naturali? Dove la deferenza? Dove le istituzioni sociali? Nella Francia postrivoluzionaria lo spettacolo è quello descritto da Tocqueville: lo Stato sovrano da una parte, la massa disarticolata di individui dall'altra. Solo che erano in pochi a credere che l'America possedesse il segreto della chimica sociale: e forse non avevano proprio torto. In effetti, persino l'insopportabile Guizot con la sua spocchia dottrina ci appare meno grottesco di quanto ce lo mostrino le caricature di Daumier. Il suo progetto di estrarre dalla società l'*élite*, di fare dello Stato il garante delle superiorità sociali ci appare più plausibile di quanto il clamoroso insuccesso del '48 lo faccia sembrare. Constant ci è certo più vicino e familiare, con il suo intento di delimitare la società dallo Stato e di proteggerla dai poteri; ma i dottrinari meritano la loro parte, non fosse altro per la tenacia del loro sforzo.

Fortifier l'autonomie individuelle ou liberaliser les institutions attentives à la puissance de l'État? Libéralisme contre l'État ou par l'État? Al solo enunciare questo dilemma ci attiriamo l'accusa di cripto-rousseauismo dai seguaci della Trinità Hayek-Buchanan-Nozick. Il liberale dottrinario — lo dico senza ironia — è giustamente intransigente. Ma il giurista continentale ha la memoria lunga; ricorda soprusi, guerre e rivolte; teme il sangue e la violenza; conosce troppo bene le miserie umane per farsi illusioni. L'individuo è debole, e l'interesse generale non procede spontaneamente da quelli particolari. La sovranità non è sempre un accessorio inutile o, peggio, una minaccia; all'occasione diviene persino una garanzia preziosa e rassicurante. Credenze metafisiche! Retaggi dispotici! Replicherà indignato il neofita liberale; « vieni tra le barricate e le baionette » gli sussurrerà pacato lo spettro di chi ha costruito la libertà al rombo del cannone. Mediocrissimi filosofi, a volte disarmanti, i liberali francesi sono stati sensati e competenti legislatori, generalmente più illuminati della c.d. « società civile » cui negavano la piena emancipazione. Il decentramento, la giuria, la stampa, la giustizia amministrativa: fiumi di inchiostro sono scorsi sotto questi ponti, migliaia di sedute parlamentari hanno occupato le ore di questi operosi manovali della libertà. Ecco il peccato che hanno commesso: *concilier, si possible, les droits et libertés de l'individu moderne avec la légitimité de l'État souverain*. Jaume li assolve....e noi con lui.

Non vogliamo dire altro su questo libro per lasciare al lettore il gusto di scoprirne tutta la ricchezza, cercando da solo nelle pieghe di una memoria che riguarda anche noi italiani, più di una volta tributari degli odiati/amati cugini francesi. Solida scienza, tocco di grande scuola: questo è in sintesi l'*Individu effacé*.

STEFANO MANNONI

DIETHELM KLIPPEL, *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung*, Keip Verlag, Goldbach, 1997, pp. XVI-360.

JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN u. HEINZ MOHNHAUPT (Hrsg.), *Recht zwischen Natur und Geschichte. Le droit entre nature et histoire. Deutsch-französisches Symposium vom 24. bis 26. november 1994 an der Universität Cergy-Pontoise*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main (*Ius Commune, Sonderhefte. Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte* 100), 1997, pp. X-361.

È certamente ancora prematuro dire se i due significativi volumi appena usciti costituiscano, come propendiamo a credere, un segnale e una manifestazione di una più sotterranea corrente di riflessione, o, perlomeno, di un rovello sempre più riconoscibile non soltanto della ricerca storico-giuridica, ma dell'intera scienza giuridica europea (ed è forse aggettivazione limitativa), ovvero se si tratti invece semplicemente della "colonizzazione" di un settore sinora non sufficientemente indagato, ma puramente interno agli interessi disciplinari coinvolti. Segno dei tempi o rinnovamento intradisciplinare, insomma. La domanda non è senza importanza ove si consideri che entrambe le raccolte di scritti — in modo e con accentuazioni diverse, certo, ma anche con estremamente significativi punti di convergenza: basterebbe richiamare l'attenzione sul fatto che due dei "contribuenti" più segnalati (Diethelm Klippel e Joachim Rückert) sono presenti sia nell'uno sia nell'altro, e che, mentre meritoriamente Heinz Mohnhaupt si è assunto il compito di *Herausgeber* in rappresentanza del *Max Planck Institut* di Francoforte per l'uno, il direttore del medesimo Istituto e una delle più attive *Wissenschaftliche Mitarbeiterin* (Michael Stolleis e Barbara Dölemeyer) collaborano all'altro — intendono focalizzare la loro attenzione sul problema della presenza e rilevanza del diritto naturale nel XIX secolo, cioè proprio nell'epoca nella quale, almeno ad avviso della sua lettura storiografica più corrente e condivisa, molteplici filoni di pensiero giuridico, culturale e politico avrebbero contribuito a consumare il "sogno" del giusnaturalismo praticamente in quasi tutte le sue accezioni. Dunque quella domanda si scinde in due connesse questioni. La prima riguarda la revisione di un luogo comune, una possibile revisione che, a sua volta, può sfociare in prospettive anche assai diversificate, ma prende le mosse, comunque, da una precisa interrogazione (e dubbio)

comune: sarà poi vero che nel corso del XIX secolo quel sogno sia così definitivamente « *ausgeträumt* », come il positivismo e la scuola storica — per non nominare che alcune delle correnti “distruttive” — hanno costantemente voluto farci credere? La *Fragestellung* scientifica — la cui paternità “prevalente” subito provvederemo ad identificare — si propone, in altre parole, il compito tutt’altro che semplice di verificare filologicamente, e sul piano del “senso” storico, in quale forma e misura debba appunto essere revocato in dubbio quel vero e proprio verdetto “epocale”, che ci piace rievocare in una delle sue più acute e precoci versioni, quella appunto che, proprio ad inizio secolo (1809), Adam Müller così formulava nei suoi *Elemente der Staatskunst*: « Nettelblatt non aveva del tutto torto quando con grande imbarazzo definì apertamente il suo diritto naturale *ius naturae positivum*, cosa che, per la mentalità di allora, voleva dire all’incirca qualcosa come *cerchio quadrato*. Ora invece quest’espressione, benché l’uomo dabbene non ami molto penarci sù, ha assunto un significato veritiero e profondo. *L’idea del diritto*, infatti, ha in sé due elementi: uno fisico o positivo e un altro spirituale o universale, cioè universalmente valido; ed era proprio quest’ultimo elemento che quelle persone definivano “diritto naturale”. Essi credevano che fosse possibile separare questo elemento spirituale da quello fisico o positivo, che fosse possibile isolarlo (astrarlo) e conservarlo a parte in bottiglie ermeticamente sigillate, quasi fosse un cordiale da somministrare all’occorrenza a stati malaticci. Ci si accontentava di nuovo del *concetto* e si formò così un diritto puro e statico che non poteva esercitare alcun influsso, se non pernicioso, sulla vita piena, florida e salda degli stati e degli istituti giuridici reali » (mi sono servito dell’edizione del testo pubblicata, a cura di Massimo Mori, per gli editori Guerini e Associati, nel 1989). Tuttavia — come suggerisce altresì la collaborazione francotedesca del symposium nell’università di Cergy-Pontoise presso Parigi del 1994 (di due anni successivo, cioè, al seminario organizzato nel 1992 a Bad Homburg presso la Werner-Reimers-Stiftung e finanziato dalla Fritz Thyssen Stiftung, che ha dato origine al volume per cura di Klippel) — l’interesse internazionale per tali tematiche ed il suo risveglio richiede che sia perlomeno sollevata la questione del contesto, per così dire, congiunturale, che lo rende oggi di nuovo possibile, nonché del “senso” teorico che in un tale contesto questa riproposizione eventualmente assume; la questione quindi, se si tratti di mere problematiche legate tra l’altro anche ad esigenze relative a politiche accademiche, oppure se in questo caso la politica “accademica” assurga a sintomo anche di più profondi mutamenti di carattere generale. Cerchiamo di affrontare per accenni entrambi i profili, cominciando ovviamente da quella che abbiamo enunciato come la questione della *Fragestellung* scientifica, e della sua “paternità”. È ormai da molti anni, infatti, che D. Klippel — fin dal saggio più che rilevante, anche sotto l’angolo visuale della scelta del tema, del 1976 (*Politische*

Freiheit im deutschen Naturrechts des 18. Jahrhunderts), per giungere, tra l'altro, all'edizione, in collaborazione con Otto Dann, del volume *Naturrecht-Spättaufklärung-Revolution* (Hamburg, 1995) e ai testi che ci riguardano — svolge un'attività intensissima di ricerca sul campo, che sta culminando nel *Forschungsprojekt*, del quale anche il nostro volume è espressione, titolato appunto « Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert », e che non si limita ai compiti organizzativo-seminariali, ma vede pure, sempre presso l'editore Keip, la nascita di una apposita collana (*Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit. Studien und Materialien*), da lui stesso edita, con in programma una sistematica e vastissima riproposizione in anastatica, con introduzione critica, di testi fondamentali o rari, dalle coloriture anche politiche inusitate (dal giacobinismo al “socialismo”), della produzione giusnaturalistica tedesca moderna nonché l'edizione di monografie (come il lavoro di KLAUS WOLRAB, *Armut und Staatszweck in deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhundert*, previsto quale Bd.8), di nuovi atti di congressi (oltre a questo che rappresenta il Bd.I della collana, anche il volume nono conterrà i lavori di un ulteriore convegno), e di una pressoché completa bibliografia in due tomi (Bände 6 e 7) del diritto naturale e della filosofia del diritto nei secoli in questione. Si tratta, come si può facilmente intuire, di un progetto editoriale grandioso (in una prima pianificazione siamo già ad indicare un volume trentaquattresimo, poco certo rispetto al dato, riportato dallo stesso curatore, sulla scorta di una catalogazione ancora sommaria di HERMANN KLENNER, *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert. Essays*, Berlin, 1991, di almeno 160 titoli rilevanti nello spazio di tempo che va dal 1789 al 1917, ma pure un impegnativo *inizio*), che porterebbe al recupero di una vera e propria selva di autori, spesso di difficile o nulla accessibilità (a prescindere dai, per modo di dire, più “consueti” Darjes, Gundling o Schmauss, fino invece a personaggi come J.A. Philippi, W.J. Behr, F. Fischer, L.Fr. Fredersdorff, K.H. Heydenreich, J.Ph.A. Leisler, K.L. Pörschke, K.I. Wedekind, J.H. Abicht, K.F. Bahrtdt, W.T. Krug, C.F. Michaelis, K.D.A. Röder, K.S. Zachariae, C. Besserer, J. Fries, etc.; taluni forse anche molto noti, ma più spesso orecchiati che letti).

Sotto il profilo filologico e di messa a disposizione di “nuove” fonti, *nulla quaestio*: un'operazione che definire meritoria è poco. Ma l'impostazione della griglia di domande da rivolgere a queste ed altre fonti ed il quadro generale d'inserimento della *Fragstellung* sono per il nostro molto più ambiziose. Per usare della sua modulazione, non è soltanto il titolo del volume collettaneo, quanto, e ben di più, « la mancanza del punto interrogativo al termine della formulazione del tema generale dell'introduzione » che è « sorprendente e che può persino suonare provocatoria » (p. VII); e infatti Klippel non arretra dinnanzi ad un'espressione estremamente icastica e straniante: « Il XIX secolo come epoca del diritto naturale » (*Das 19. Jahrhundert als*

Zeitalter des Naturrecht. Zur Einführung). Va anzitutto rimarcato il valore euristico — qualunque impressione poi si tragga o voglia trarre in relazione alla “tenuta” del modello “forte” implicito — insito in tale provocazione: indubbia resta infatti, e per molti versi non solo sorprendente, ma anche suggestiva, l’apertura di tutto un campo di ricerca che l’immagine tradizionale del XIX secolo come età della scuola storica e del positivismo sostanzialmente precludeva all’analisi, riducendolo al ruolo di sempre sparse e comunque anacronistiche ed estenuate sopravvivenze. Bisogna, cioè, dare atto a Klippel di aver con lucidità individuato e rimosso quello che ben può definirsi un “ostacolo epistemologico”. Dunque il diciannovesimo secolo — il discorso si concentra sulla Germania, ma permette di immaginare, o così ci pare, traendo lo spunto ad ulteriori conseguenze, estensioni di volta in volta mutevoli anche ad altri contesti — deve essere letto aprendo « eine dezidiert andere Perspektive », ovvero quella secondo cui esso vada inteso « *auch als Zeitalter des Naturrechts* », sulla base anzitutto di considerazioni fattuali.

Da un lato, il permanere fin a ben dentro la seconda metà del secolo nel quadro dall’organizzazione universitaria di tutti gli stati tedeschi di lezioni dedicate o direttamente al diritto naturale o alla sua trasformazione in *Rechtsphilosophie* come parte integrante della formazione del giurista; e, dall’altro, l’approfondimento della verifica che già Klenner aveva intuitivamente cominciato a produrre, ovvero la constatazione che la “materia” rimane oggetto più o meno diretto di una vastissima letteratura (la bibliografia sopra ricordata, anticipando leggermente la data *a quo*, comprenderebbe a tutt’oggi tra il 1780 e il 1850 circa 3000 tra volumi e articoli ascrivibili a pieno titolo a tali correnti), che deve essere valutata perciò come elemento integrante di un’immagine della stessa scienza giuridica del tempo, se appena se ne voglia fornire una versione non parziale. Del resto già Bergbohm aveva registrato — e il dato è interessante di per sé, perché “sfonda” abbondantemente il limite della metà del secolo, per solito considerata il termine ultimo di una sua qualche sopravvivenza —, nel periodo tra il 1840 e il 1892 circa 120 autori o esplicitamente giusnaturalisti, o, quantomeno, dal giusnaturalismo fortemente influenzati (p. IX). Alle obiezioni, non certo minime rispetto alla rilevanza e al peso storico di tali testimonianze, la risposta offerta da Klippel e dagli altri collaboratori al volume suona differenziata, a seconda che si tratti di prospettive generali o di risultati particolari relativi ai singoli settori del sapere giuridico. Ma un risultato generale ci sembra ricavabile anche rispetto al secondo ordine di questioni e vogliamo subito sottolinearlo, perché ci pare di qualche momento. Impostando la questione a partire da questa inconsueta angolatura si riesce infatti, non forse per la prima volta, ma certo in maniera del tutto peculiare, a mostrare la scienza giuridica ottocentesca come un *multiversum*, appunto perché molteplici e non

tutti cronologicamente (in senso profondo, nel senso del tempo come durata dotata di “senso”) contemporanei furono i suoi momenti di sviluppo: giova ad una rinnovata e ben lungi dal completarsi *Geschichte der Rechtswissenschaft* un’immagine che eviti di concentrarsi soltanto sulla alternativa o convergente centralità della scienza privatistica o giuspubblicistica. Alludiamo agli importanti contributi di HEINHARD STEIGER (*Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson*; pp. 45-74) — che si segnala non solo per gli accenni alle trasformazioni, al rifiuto e alle riproposizioni magari mascherate della nozione wolffiana di *civitas maxima* (e del connesso concetto di *ius gentium voluntarium*), ma anche per l’utilizzazione di autori non celebri ma molto interessanti come W.J. Behr, K.H.L. Pölitz, o gli hegeliani non sempre ortodossi C. Roessler e Falatti — per la scienza del diritto internazionale; di BARBARA DÖLEMAYER (*Die Theorie eines natürlichen Zivilprozessrechts zu Beginn des 19. Jahrhundert.*; pp. 251-266), che sottolinea in particolare il contributo del diritto naturale per la formazione di una scienza della legislazione processualistica, per la individuazione di una parte generale del sistema del diritto processuale e della questione della finalità del processo, sempre più identificato come strumento per la realizzazione dei diritti individuali, nonché il suo ruolo fondamentale per lo sviluppo della dottrina « von den Prozesshandlungen sowie den Prozessmaximen, insbesondere der Verhandlungmaxime welche später hochstilisiert wurde als Hort bürgerlicher Freiheit » (p. 265); e a tutti i saggi della sezione dedicata al “diritto penale filosofico” (dovuti ad alcuni dei principali penalisti o storici del diritto penale tedeschi, quali Wolfgang Naucke, Knut Amelung, Kurt Seelmann e Kristina Kühl), che affrontano temi di notevole portata anche teorica come, rispettivamente, quelli del concetto formale e materiale di reato e dell’importanza che, « mit dem Herausnehmen des Freiheitsbegriffs aus der Erörterung des Verbrechensbegriffs », assume la svolta « vom Verbrechen als Rechtsverletzung zum Verbrechen als Rechtsgutverletzung » (W. Naucke, p. 280); la connessa concezione, non per niente sottratta all’oblio proprio da Karl Binding, della protezione penale del « bene giuridico » in J.M.F. Birnbaum (1834), come segnale del trapasso ad una visuale giuspositivistica (K. Amelung, pp. 349-358); ovvero la critica al pensiero contrattualistico nella penalistica tedesca d’inizio secolo (K. Seelmann; pp. 293-312) o la trattazione molto accurata della concettualizzazione del giusnaturalismo tra la fine del settecento e le correnti kantiane e fichtiane delle nozioni di stato di necessità, legittima difesa e (*moderamen*) *ius inculpatae tutelae* (K. Kühl, pp. 313-348). Se fuoriusciamo dall’ambito del volume curato dal nostro, per addentrarci invece in quello editato da Jean-François Kervégan e Heinz Mohnhaupt, tale dimensione di approfondimento dei settori disciplinari dal punto di vista della loro complessiva storia interna

appare piuttosto tralasciata — se si eccettuano le osservazioni, peraltro richiamate a supporto di prese di posizioni, com'era lecito attendersi, già largamente proposte nella prima sede, di D. KLIPPEL (*Die Historisierung des Naturrechts. Rechtsphilosophie und Geschichte im 19. Jahrhundert*; pp. 103-124), dato che il testo di Catherine Colliot-Thélène, nonostante il titolo possa trarre in inganno (*De l'autonomie de la Sociologie du Droit. La norme et la règle*; pp. 339-361), ha per oggetto un'analisi della critica di Weber a Stammler, che prelude ad una *Stellungnahme*, pur non priva di spunti, a carattere completamente attualizzante, in particolare nei confronti delle tesi habermasiane. Un discorso a parte meriterebbe tuttavia l'ottimo saggio di HEINZ MOHNHAUPT (*Recht, Natur und Geschichte als Argument. Quelle und Autorität in deutscher Rechtszyklopedien des 18. und frühen 19. Jahrhundert*; pp. 73-102), che fornisce un contributo di prim'ordine alla conoscenza di un'ambito, come quello dell'enciclopedia giuridica, che anche in Italia riscuote ormai da tempo molteplici attenzioni. Se torniamo ora alle prospettive generali, noteremo anche sotto questo profilo come la provocatorietà e compattezza dell'ipotesi problematica giovino all'architettura del volume klippeliano e alla sua compagine strutturale, mentre il carattere composito, metodologicamente composito del simposio in terra di Francia — che rappresenta un evento importante, vista la difficoltà con la quale altre storiografie giuridiche, inclusa la nostra, riescono a stabilire contatti con quella che in questo senso ben incarna una singolare “insularità” (in parte spiegabile con la differente configurazione disciplinare: se si esclude Alfred Dufour, che ci offre un lucido saggio su « Histoire naturelle ou nature historique du droit dans l'Ecole du Droit historique » , pp. 125-168, e che com'è noto appartiene all'area della Svizzera francofona, degli altri autori in lingua francese forse i soli Olivier Beaud e Yan Thomas potrebbero essere collocati in senso lato tra gli storici del diritto) —; mentre il carattere metodologicamente “aperto”, dicevamo, del *symposium* franco-tedesco (lo stesso Mohnhaupt ci ricorda nella premessa come, un pò per gioco, Paul Forier, richiamandosi a Erik Wolf avesse enumerato ben 120 possibili combinazioni di significato dei termini “natura” e “diritto”; p. VIII), consente una maggiore libertà d'impostazione, cosicché possiamo imbatterci, in modo invero un pò disparato, nell'eccellente saggio di THOMAS (« *Auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere* » . *Rechtsfiktion und Natur bei den Kommentatoren des Mittelalters*; pp. 1-32, peraltro una versione non molto diversa dell'articolo *Fictio legis* apparso in *Droits* 21 del 1995) e, poco dopo, nel lavoro ricco di spunti di Olivier Beaud (*Savigny et le droit public. Plaidoyer pour une lecture politique de l'oeuvre de Savigny*, pp. 160-221), che, tra l'altro, è l'unico, a quanto ci consta, nei due volumi, a rompere il silenzio sulla non irrilevante storiografia italiana sulle diverse tematiche affrontate, con un doveroso richiamo ad un lavoro di Fioravanti del 1980 sul medesimo

tema, dal quale ha infatti tratto l'impianto di fondo. Od ancora nelle accurate ricerche su Hegel e sulla concezione di storia del diritto in Gans, rispettivamente dovute a Kervégan (pp. 223-256) e a Norbert Waszek (pp. 257-280), degnamente affiancate al saggio jheringhiano di KLAUS LUIG (*Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jhering*; pp. 281). L'architettura più "costruita" del colloquio di Bad Homburg e della conseguente raccolta di atti ci porta invece al cuore delle prospettive di rinnovamento storiografico sul tema giusnaturalismo e diciannovesimo secolo, una volta superate le questioni relative alla innegabile trasformazione, in quell'arco di tempo, « von a priori als Vernunftgesetz formulierten, ohne Staatssanction, geltenden Rechtssätzen » in una filosofia del diritto che era ormai « nur die Lehre de lege ferenda » (L.A. Warnkönig), e alla controversia, di carattere politico e relativa proprio all'influsso del primo sul diritto positivo (p. XIII), con la scuola storica, che troppo ha sinora accentrato su di sé l'attenzione. Il bilancio si lascia stilare, anche in relazione ai principali desiderata, con tutta chiarezza, e non ci rimane che seguire le tracce segnate dal nostro, magari cercando d'esserne passabili chiosatori. Anzitutto, resta assodato il contributo del « Naturrecht bzw. Rechtsphilosophie », alla configurazione dei concetti e della sistematica in tutte le singole discipline giuridiche esaminate (particolarmente chiaro in questo senso il saggio di Michael Stolleis sullo *ius publicum universale* come diritto naturale applicato agli stati e quindi *Allgemeines Staatsrecht* e sulla sua successiva "fratturazione" a costituire una *Allgemeine Staatslehre* ricavata esclusivamente dal diritto positivo; pp. 3-18). In secondo luogo, la sua funzione di *Legitimationswissenschaft*, fintantoché i principali istituti giuridici — come la famiglia (di cui si occupa un esperto del calibro di DIETER SCHWAB, *Frauenrechte und Naturrecht*; pp. 77-98), o il contratto, che, sotto il profilo appunto "legittimatorio" della libertà contrattuale, costituisce l'oggetto di uno dei saggi più lucidi, dovuto alla penna di JOACHIM RÜCKERT (*Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert*, pp. 135-184; anche se anche qui si debba lamentare la completa dimenticanza della letteratura, diciamo, "non"-tedesca), o gli altri copiosamente presi in esame, specie dai penalisti — non potessero trovare la loro giustificazione nell'autoreferenza positivista più tarda (e poi tanto cara ad un Luhmann). Poi — al di là del forse troppo insistito richiamo al liberalismo come sfondo politico necessario, che si "copre" con le più estreme critiche reazionarie e conservatrici di autori anche meritoriamente riproposti (come l'antropologo ed etnologo giuridico *ante litteram* Karl Vollgraff, altresì tra i primi teorici del razzismo biologico già negli anni '30 dell'ottocento, al quale dedica un convincente ritratto WINFRIED SPEITKAMP, *Anti-Naturrecht im 19. Jh. Zur Staatslehre Karl Vollgraffs*, pp. 19-44) — un punto decisivo; dato che entrambi, ormai, diritto naturale e filosofia del diritto, facevano in linea di principio astrazione dal diritto positivo, essi potevano svolgere

nei confronti di quest'ultimo e della scienza deputata alla sua interpretazione ed applicazione « eine *Komplementärfunktion* » (p. XIV). In una parola — come mostrano con particolare evidenza, oltre al lavoro di Rückert, gli interventi di CHRISTOF DIPPER (*Naturrecht und persönliche Freiheit im Zeichen der « sozialen Fragen »* (1800-1848/9); pp. 99-134), di RAINER SCHRÖDER (*Naturrecht und soziale Reform oder soziale Reform durch Naturrecht*; pp. 185-220) e del curatore (*Das « natürliche Privatrecht » im 19. Jahrhundert*; pp. 221-250) — contribuivano a compensarne le lacune, nel momento che consentivano una legittimazione aggiuntiva ad istituti sui quali più fervida si faceva la discussione, ed oltre a ciò erano in condizione di offrire, ma — e questo è il punto — *all'interno* della scienza giuridica medesima (*innerhalb der Rechtswissenschaft*, p. XIV), uno spazio di sfera pubblica di discussione, nella quale si potessero sviluppare quei modelli idonei a rendere il giurista capace di affrontare i mutamenti socio-politici, e che non avrebbe potuto altrimenti reperire altrove: « indem sie also insgesamt als rechtspolitisches Diskussionsforum fungierten ». L'esempio più coerente con questa caratterizzazione è proprio Klippel a fornircelo con la sua originale storia del « diritto privato naturale » o, per dirla con HUFELAND, *ius civile universale e allgemeines bürgerliches Recht*, che culmina nell'estremizzazione storiografica della tesi di Dieter Grimm (pensata piuttosto a partire dal diritto attuale vigente), la cosiddetta « These der Privatrechtsakzessorietät der Grundrechte im 19. Jahrhundert », nel senso che nel periodo del *Vormärz* i diritti di libertà furono sviluppati proprio nel quadro del « diritto privato naturale » e che, perciò, « nämlich die Freiheitsrechte in der Naturrechtstheorie als Teil des “ natürlichen Privatrecht ” erscheinen » (p. 243). Tali teorie rappresentarono quindi un *completamento* della stessa scienza del diritto privato positivo, assolvendo questo ruolo anche nei confronti di quella particolare sistematica sviluppata dalla scuola storica. Con le parole di K.L. Pörschke, e già al di là di quanto postulato dallo stesso Kant: « Der gesellige und der daraus nothwendiger Weise entspringende bürgerliche Zustand ist der wahre natürliche Zustand » (1795). Anche se la tesi “forte” — ovvero quella secondo cui un simile “grumo” problematico richiederà una completa revisione dell'immagine tradizionale, e una radicalmente nuova formulazione di interi capitoli della storia del diritto tedesca ed europea — non potrà forse essere per tutti accettabile, la sua stessa unilateralità, che è poi un'operazione di controbilanciamento, porta e porterà certamente molto frutto (basti pensare alla quasi totale oscurità che regna sugli sviluppi del diritto naturale nella seconda metà dell'ottocento, o alla mancanza di analisi specifiche sistematiche sugli istituti). In questo senso la sfida lanciata può considerarsi accettabile, e l'inizio di una lunga fatica promettente. Ma anche relativamente alla domanda “ da sociologia della cultura ” sul contesto di questo recupero attuale (non per nulla affiora ogni tanto un richiamo,

che non ci sembra casuale, all'Europa) potremmo, per finire, accennare qualcosa. E lo faremo richiamando le riflessioni di uno di quegli autori tedeschi nei quali, in momenti oscuri e tragici, era ancora possibile riconoscersi; riflessioni che se ascoltate allora altri ne avrebbero evitati di ben più oscuri, ed erano le riflessioni sommesse di un recensore della pubblicazione postuma di Ernst Troeltsch « Naturrecht und Humanität in der Weltpolitik » : « Zur Ideen- und Idealwelt der naturrechtlich bestimmten europäischen Humanität gehört der Gedanke der Menschheitsorganisation — ein Gedanke, geboren ganz aus jener schon stoisch-mittelalterlichen Verbindung von Recht, Moral und Wohlfahrt, die wir als utilitaristische Aufklärung so tief — und mit ursprünglich zweifellos grossem revolutionären Recht so tief — zu verachten gelernt haben, ein Gedanke, kompromittiert und missbraucht in aller Erfahrung, verhöhnt und vorgeschützt von den machthabern der Wirklichkeit, und ein Gedanke *dennoch*, der einen unverlierbaren Kern regulativer Wahrheit, praktischer Vernunftforderung birgt und dessen grundsätzlicher Verleugnung kein Volk — und sei es aus den anfänglich geistigsten Gründen — sich schuldig machen kann, ohne an seinem Menschentum nicht nur gesellschaftlich, sondern tief innerlich Schaden zu nehmen. Das ist erwiesen » (THOMAS MANN, *Naturrecht und Humanität*, 1923, in *Aufsätze. Reden. Essays*, Bd. 3, 1919-1925, Berlin und Weimar, 1986, p. 430). Era provato e lo fu ancora. Anche solo per questo una riflessione rinnovata, anche se non una novità di visione, può essere ancora desiderabile. Con miglior sorte.

PAOLO CAPPELLINI

L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1995.

Uno dei fenomeni che, accanto alla codificazione, hanno marcato con maggior evidenza il passaggio dall'antico al nuovo ordine giuridico è stato senza dubbio l'autonomizzazione disciplinare del diritto amministrativo. Nella civiltà della 'vecchia Europa' l'attività di cura dei pubblici interessi non si era mai configurata come un fenomeno omogeneo; né perciò si era mai profilata l'idea che essa potesse essere regolata da un 'diritto' corrispondentemente unitario. Lo scoccare del XIX secolo, invece, svela improvvisamente alla coscienza dei contemporanei l'esistenza di questa nuova branca disciplinare, che prende dimora nell'edificio dei saperi legali con la stessa naturalezza di un inquilino che vi ha abitato da sempre.

A distanza di quasi duecento anni, non è ancora agevole indicare le ragioni profonde che giustificano questa specialità del diritto dell'amministrazione a fronte di quello privato-comune. La risposta più credibile è forse tuttora la più ovvia: secondo cui l'amministrazione contem-

poranea opera utilizzando uno statuto che la sovraordina rispetto ai soggetti coi quali entra in rapporto, permettendole di assoggettarli unilateralmente alle sue pretese in deroga ai principi del consenso e della responsabilità che regolano invece le relazioni tra privati. Assumendo per vera una tale presentazione, è peraltro innegabile che non sempre i privilegi di supremazia di cui gode la persona pubblica hanno avuto ed hanno la stessa ampiezza e lo stesso grado d'intensità. Il caso dell'espropriazione offre un esempio classico di come la specialità amministrativa abbia trovato fin dall'inizio forti temperamenti, sfumando i propri caratteri tipici e recuperando almeno alcuni dei tratti propri di un rapporto paritario.

Il libro di Lacché ci propone appunto un viaggio all'interno di questa 'specialità nella specialità', seguendone i percorsi soprattutto nel corso di quei primi decenni dell'Ottocento durante i quali l'espropriazione assume la sua forma classica proprio in parallelo al consolidarsi del diritto amministrativo come disciplina giuridica autosufficiente. Un viaggio che suscita attenzione non solo per l'oggettiva rilevanza dell'istituto, ma anche per gli spunti critici che può fornire a chi voglia ancora interrogarsi sul significato del diritto dell'amministrazione e sulla sua autonomia.

Il volume si articola in tre parti.

Nella prima viene attentamente ricostruito il dibattito sull'espropriazione così come esso si è articolato tra la fine dell'antico regime e gli anni Cinquanta dell'Ottocento sia nell'ambito delle aule parlamentari che in seno alla pubblica opinione. L'autore ripercorre le tappe che hanno segnato il divenire dell'istituto — dal celebre art. 17 della *Declaration* dell'89, che condiziona l'esproprio amministrativo ad una necessità pubblica « *legalement constatée* » e ad una « *juste et préalable indemnité* », fino alla legge del 1841, con cui esso assume quella fisionomia che conserverà invariata quantomeno fino agli anni Trenta del nostro secolo.

Il panorama che si offre agli occhi del lettore è per certi versi sorprendente. Nell'amministrazione 'espropriante' dipinta da Lacché si stenta infatti a ravvisare l'imperiosa fisionomia di quel super-soggetto che siamo abituati a collocare alle origini della contemporaneità ed i cui tratti ci attendiamo di vedersi addolcire solo grazie al lento processo di crescita dello Stato liberale. Per meglio dire: nella vicenda qui ricostruita l'amministrazione presenta un volto univocamente autoritario solo negli anni precedenti il 1810, quando l'attività espropriativa, quasi del tutto priva di una specifica regolamentazione legale, appare rimessa alla discrezione degli agenti dell'esecutivo (pur essendo comunque significativo che neppure allora l'amministrazione abbia goduto di una reale posizione di forza, trovandosi essa insidiata dalla stessa incompetenza e parzialità dei suoi organi). Il quadro cambia però radicalmente a partire dalle famose lettere di Schönbrunn, quando, proprio su

iniziativa personale di Napoleone, vengono fissati i tre pilastri su cui si fonderà nel prosieguo tutta la disciplina dell'istituto: la previsione di un procedimento espropriativo aperto alla partecipazione degli interessati, la pronuncia dell'esproprio riservata all'autorità giudiziaria, la determinazione dell'indennizzo sottratta all'amministrazione ed affidata ad un'istanza imparziale. Le due principali leggi espropriative che si sostituiranno a quella napoleonica, emanate entrambe sotto la monarchia orleanista rispettivamente nel 1833 e nel 1841, non faranno che sviluppare questi fondamenti: da un lato disciplinando in maniera sempre più specifica e 'garantista' l'intervento degli espropriandi e dei terzi nella procedura preliminare, dall'altro trasferendo la competenza a pronunciarsi sull'ammontare delle indennità dall'autorità giudiziaria ad un 'jury' formato da proprietari fondiari, ritenuto più affidabile ed equanime dei periti del tribunale cui in origine era stata rimessa tale valutazione. A queste forti tarpature formali della abituale potestà dispositiva dell'amministrazione terrà dietro, d'altro canto, una prassi applicativa ancora più limitante di quanto il dettato normativo potesse far supporre. La pratica della prima metà del secolo, infatti, — di cui il testo offre un quadro ricco e vivace — presenta un'amministrazione in seria difficoltà nell'attuare i suoi pur già ambiziosi programmi di risanamento urbanistico e di costruzione d'infrastrutture; e ciò a causa della sagacia con cui i proprietari subito approfittarono dei molti *escamotages* che il sistema legale loro offriva. Una realtà, questa, puntualmente riflessa dal dibattito pubblicistico che accompagna la consolidazione dell'istituto. In campo espropriativo, infatti, ad essere denunciati con monotona regolarità al tribunale della pubblica opinione non sono tanto gli 'eccessi' dell'amministrazione bensì quelli dei privati stessi, che giocando sulle *chances* loro offerte dalla legge riescono spesso a trasformare l'esproprio in una fortunata occasione di profitto.

A questi difetti, già evidenti nel corso della Restaurazione, cercarono appunto di porre riparo le due leggi del '33 e del '41: le quali però, pur abbreviando le procedure ed introducendo l'istituto della giuria, non solo non sconfessarono affatto i principi base della disciplina napoleonica ma neppure rovesciarono i rapporti di forza che si erano creati in precedenza. In realtà, la sensazione è che quei principi avessero acquistato, nella coscienza dei contemporanei, una dignità di carattere para-costituzionale, sì da continuare ad imporsi ad un legislatore pur consapevole delle loro diseconomie.

È appunto ad un'analisi giuridica di tali principi e delle loro applicazioni che è dedicata la seconda sezione del libro, nella quale l'indagine istituzionale si fa ancora più attenta e ravvicinata. La conclusione ricavabile da queste pagine è che in sostanza la 'specialità' del regime espropriativo si riassume nei seguenti elementi:

Innanzitutto in sede d'esproprio l'amministrazione non ha la possibilità di produrre autonomamente il titolo esecutivo necessario alla

realizzazione dei suoi progetti. In deroga alla regola generale che la esonera dal rivolgersi all'autorità giudiziaria per realizzare le sue pretese — regola che fa tutt'uno con l'interpretazione della separazione dei poteri affermatasi durante la Rivoluzione — lo Stato espropriante può ottenere solo dal giudice il provvedimento costitutivo desiderato quando faccia difetto il consenso del proprietario a cedere il suo bene. Certo, resta fuori questione il diritto dell'amministrazione ad ottenere quel titolo — e ciò a seguito di quell'atto unilaterale e discrezionale che è la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, sul merito del quale l'autorità giudiziaria non può interferire —. Comunque sia, il principio separatista è stato in questo caso disatteso; e disatteso con piena consapevolezza a partire da Napoleone stesso, che nella nota di Schönbrunn è giunto a definirlo una « ridicole manie ». L'amministrazione perde così il suo privilegio più significativo, che è quello di applicare in via esclusiva la legge che la riguarda, restituendo tale competenza al giudice e tornando quindi ad occupare di fronte a lui la posizione di qualunque altro soggetto.

La seconda peculiarità è che per far maturare il suo diritto all'esproprio lo Stato è costretto a seguire una procedura minutamente regolata dalla legge e basata sul coinvolgimento preventivo degli espropriandi nella definizione della pubblica utilità. Il che costituisce un'altra nota di forte singolarità nell'ambito di un ordinamento in cui l'attività amministrativa è di regola concepita in termini di atti e dove la formazione della volontà pubblica non ha ancora la minima rilevanza esterna. Sul fronte espropriativo, il 'droit administratif' rivela una precocissima tendenza a 'processualizzare' il meccanismo decisionale, indicando nell'amministrazione l'istanza di sintesi di una pluralità di visioni dell'interesse pubblico che devono essere soppesate e confrontate tra loro.

Da ultimo, l'eterodossia dell'espropriazione viene confermata dalla scelta di delegare il « jugement » sull'entità dell'indennizzo ad un giuria di cittadini proprietari formata secondo criteri analoghi a quelli propri delle giurie penali, in esplicita mimesi rispetto alla prassi espropriativa seguita in un Paese sotto ogni profilo agli antipodi del sistema francese, quale l'Inghilterra.

La risultante di questi vari caratteri è un modello che esalta proprio ciò che che il principio della 'séparation à la française' tendeva ad occultare: cioè la naturale fungibilità tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale. Lungi dal porsi come due attività intrinsecamente diverse, l'una consistente nel 'fare' e l'altra nel 'dichiarare', esse rivelano qui la loro sostanziale contiguità (è il giudice che 'pronuncia' l'esproprio mentre all'amministrazione si chiede di maturare le proprie scelte attraverso un iter para-processuale, rimettendo infine la decisione sul *quantum* del compenso ad un organo tratto di peso dal sistema giudiziario). Tutto ciò nel cuore di un periodo in cui la peculiarità dello

statuto amministrativo ha appena ricevuto il più solenne dei riconoscimenti costituzionali ed è recepita come un dato autoevidente da parte di tutta la dottrina.

L'interrogativo cruciale è dunque quello relativo alle ragioni profonde di una così marcata atipicità. Proprio su questo punto, d'altra parte, l'autore sceglie la linea della prudenza, evitando prese di posizioni nette e lasciando implicitamente al lettore la responsabilità di trarre le sue conclusioni dalla ricca messe di materiali prodotta.

Va da sé che, in prima approssimazione, tali materiali invitano fin troppo manifestamente a ricordare la peculiarità del regime espropriativo allo straordinario valore (sostanziale e ideale) assunto dal diritto di proprietà nel quadro della società ottocentesca. Di fronte alle 'masse granitiche' degli interessi proprietari, su cui lo Stato postrivoluzionario si appoggia con tutto il suo peso, sembra naturale che si sia approntato un regime d'eccezione, ispirato ad uno speciale garantismo; salvo restituire subito l'amministrazione alla pienezza dei suoi privilegi non appena il suo interlocutore torni a porsi come un inqualificato cittadino. Senza niente togliere all'ovvia validità di una simile constatazione, la stessa ricerca di Lacché rivela però come l'eccezionalità della procedura espropriativa abbia origini più complesse. E un indice manifesto di ciò è costituito dal fatto che mentre il proprietario viene tanto sollecitamente garantito in sede di esproprio, egli resta molto più vulnerabile nei confronti di un attacco amministrativo condotto con altre armi; attacco che può anche condurre ad esiti pratici assai vicini ad una privazione della proprietà. Pensiamo soprattutto a quell'istituto solo apparentemente 'minore' che è l'allineamento, al cui studio è dedicata la terza parte del volume qui recensito. Riscattandolo da un destino incomparabilmente più oscuro rispetto a quello dell'esproprio, l'autore restituisce all'allineamento il suo posto di strumento-cardine nella politica urbanistica del secolo scorso, evidenziandone anche la valenza di 'surrogato espropriativo'. Servendosene con un minimo di accortezza, l'amministrazione poteva infatti stringere il proprietario in una morsa tale di limiti e di divieti da svuotare di contenuto il suo diritto — e ciò, naturalmente, agendo in via del tutto stragiudiziale, senza corrispondergli alcun indennizzo e prescindendo da qualsiasi suo coinvolgimento nell'assunzione dell'atto. Il che è già sufficiente a rivelare i limiti di una lettura in chiave puramente 'classista' della vicenda.

Il fatto è che l'oggetto di questa tutela rinforzata garantita dal procedimento espropriativo non è tanto la proprietà come realtà economico-sociale quanto la proprietà come istituto giuridico — cioè come diritto pre-positivo, costituzionalmente sottratto alla disponibilità dello Stato. Per nulla turbata da una prassi amministrativa che per via regolamentare comprime fin dall'inizio con disinvoltura (e su vastissima scala) le facoltà dei proprietari urbani, la coscienza della Francia

ottocentesca non riesce ad accettare invece l'idea che lo Stato si appropri di una pur minima porzione del patrimonio di un suddito senza passare attraverso ad una sorta di 'processo', che accerti autenticamente la doverosità legale di quel sacrificio. Un atteggiamento per certi versi curioso, solo in parte spiegabile in base alle forti implicazioni simboliche proprie della proprietà 'borghese'. In realtà, in esso si manifesta almeno in parte l'eredità ancor viva di una tradizione che poco ha a che fare con la società ottocentesca e molto invece col mondo dell'antico regime e con lo Stato premoderno che su di esso si innestava. All'interno di quel mondo, la cui nota dominante era la extrastatalità del diritto, era assiomatico che le 'libertà' dei sudditi, fondate su titoli ben diversi dalle norme del principe, risultassero indisponibili da parte del potere politico. La missione ufficiale dell'autorità pubblica si risolveva infatti nell'arbitrare le controversie tra i sudditi e nel 'disciplinarne' i comportamenti attraverso l'esercizio della 'polizia'; senza però poter ordinariamente incidere su quei diritti 'quesiti' che essi derivavano da fonti diverse rispetto alla volontà 'pubblica' dello Stato. Secondo l'economia originaria del *Justizstaat*, perciò, la 'ablato' d'interesse pubblico non ubbidiva ad una logica sostanzialmente diversa rispetto a quella d'interesse privato. Nell'un caso e nell'altro era indispensabile che il trasferimento coattivo fosse imposto da una norma generale, la cui congruenza rispetto al caso concreto doveva essere dichiarata in via giudiziaria (tant'è che al principe stesso che avesse espropriato un suddito facendo uso della sua 'absoluta potestas' si chiedeva se non altro di rispettare il principio del contraddittorio, nucleo e fondamento di ogni processo). Questo è così vero, del resto, che anche tipologie ablatorie politicamente ben più rilevanti di quelle immobiliari — quali le imposizioni tributarie — continuarono a lungo a realizzarsi in via giudiziaria o para-giudiziaria.

Non è qui il caso, ovviamente, di ricostruire i tormentati passaggi attraverso cui, nel corso del Settecento, si pervenne ad una progressiva autonomizzazione della sfera amministrativa rispetto a quella giurisdizionale. Certo è che anche all'indomani del divorzio 'ufficiale' e definitivo tra giustizia e amministrazione si continuò ancora ad avvertire confusamente il carattere materialmente giustiziale di quella parte dell'attività amministrativa consistente nel disporre dei diritti dei governati. Un personaggio della lucidità di Roederer, per esempio, proprio nel tenere a battesimo la grande legge dell'anno VIII, qualificava il riparto dell'imposta diretta come un « judgement d'office ». Mentre giuristi quali Henrion de Pansey o Macarel non si sentivano imbarazzati a riferirsi all'azione amministrativa come ad una sorta di 'juridiction', ora 'contentieuse' ora semplicemente 'volontaire' a seconda che si accompagnasse o meno ad una opposizione dei privati contro gli atti corrispondenti.

In questa prospettiva, dunque, la specialità del regime espropria-

tivo si presenta meno come il prodotto di un disegno originale, appositamente introdotto per assicurare a certi interessi un trattamento *ad hoc* rispetto a quello previsto dai principi generali dell'ordinamento, che come il sopravvivere di un frammento dell'età precedente all'interno di un mondo la cui architettura giuridica era frattanto radicalmente mutata. La disciplina dell'esproprio, certamente eccezionale nel panorama del diritto amministrativo ottocentesco, ha un fondamento più inerziale che progettuale. Cosa fece, in realtà, la Francia napoleonica e liberale se non riservare a quell'istituto il trattamento che i *Parlements* del secolo precedente avrebbero voluto veder applicato a qualunque diritto minacciato dall'autorità pubblica? È come se il potere amministrativo, affermatosi alle spese della funzione giudiziaria, non fosse riuscito ad espropriarla fino in fondo della sua vecchia pretesa di arbitrare i conflitti tra il pubblico e il privato. L'antico convincimento circa l'intangibilità degli 'iura quaesita' al di fuori della sede processuale si perpetuò insomma nell'ambito della civiltà ottocentesca limitatamente almeno a quel super-diritto — palladio e bastione di tutti gli altri — che era la proprietà della terra. E poco importa che alla prova dei fatti — come lo studio di Lacché ampiamente dimostra — i meccanismi procedurali definiti dalla legislazione napoleonica ed orleanista lasciassero insoddisfatti un po' tutti, finendo per armare i proprietari più di strumenti ricattatori che di effettive garanzie contro l'arbitrio amministrativo. Quei meccanismi, infatti, ben prima che diretti a tutelare i cittadini, servivano a legittimare l'amministrazione nell'atto in cui essa si ergeva contro il singolo per colpirlo nel più sacro dei suoi diritti. Ancora come nell'antico regime, la processualizzazione del comando serviva più le ragioni del potere che quelle dei sudditi: attribuendo alle pretese dispositive dello Stato quel carattere di giuridicità che la civiltà occidentale aveva sempre associato alla figura del giudizio.

Basato su una vasta documentazione ed un solido impianto critico, il volume di Lacché propone una storia dell'espropriazione che va ben oltre gli aspetti formali dell'istituto, sviluppando invece una costante attenzione per il suo 'vissuto' istituzionale e consentendone quindi una valutazione a tutto tondo. I suoi limiti sono solo di ordine cronologico, in quanto la scelta di non oltrepassare le soglie del Secondo Impero impedisce all'autore di valutare il trattamento riservato all'espropriazione dal *Conseil d'Etat* nell'età d'oro della sua giurisprudenza, e più ancora quello che le prepareranno i grandi sistematici di fine secolo (da Laferrière a Hauriou al primo Duguit). Vi è solo da augurarsi che questo importante contributo possa stimolare altri a proseguire lungo lo stesso binario.

LUCA MANNORI

ANNA GIANNA MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna, Milano, 1995.

« Se il potere legislativo delibera, non di anno in anno, ma per sempre, sulla riscossione delle imposte, esso corre il rischio di perdere la sua libertà, perché il potere esecutivo non dipenderà più da lui; e quando si possiede un simile diritto per sempre, è abbastanza indifferente che lo si tenga per autorità propria o per concessione. Lo stesso avviene se il potere legislativo delibera, non di anno in anno, ma per sempre, sulle forze di terra e di mare che deve affidare al potere esecutivo ». A lanciare questo ammonimento è Montesquieu nel libro XI dello *Spirito delle leggi*; oltre un secolo più tardi, la vicenda del bilancio militare in Prussia doveva confermarne tutta la fondatezza. Il saggio di Gianna Manca, la *Sfida delle riforme*, ruota intorno a questo celebre episodio: il rifiuto per ben quattro anni, dal 1862 al 1866, della Camera dei deputati prussiana di approvare il finanziamento della riforma militare e le ricadute di questa scelta sull'assetto dei poteri definito dalla costituzione del 1850. La decisione di Bismarck di soprassedere all'opposizione parlamentare, autorizzando la riscossione e le spese con risoluzione ministeriale, è il guanto di sfida lanciato al liberalismo prussiano. Il messaggio del Cancelliere non potrebbe essere più chiaro: lo scontro sull'attuazione della costituzione — *l'Ausbau der Verfassung* — da *Rechtsfrage* diviene *Machtsfrage*, prova di forza; con astuta brutalità i liberali sono messi di fronte al dilemma di scegliere tra la lotta per le garanzie e quella per l'unità — *Freiheit/Einheit*. L'esito dello scontro è segnato nel momento stesso in cui le armi prussiane trionfano sugli avversari storici dell'unificazione tedesca: a Königratz cadono insieme le ambizioni austriache e le speranze dei giuristi di mettere le briglie al monarca prussiano. L'euforia nazionalista travolgerà gli argini pazientemente costruiti in quindici anni di schermaglie intorno alla costituzione; la sorte della Prussia come monarchia costituzionale sarà decisa al di fuori delle aule parlamentari e in polemica con il discorso legalistico. Con *l'Indemnität Gesetz*, che sana le illegalità commesse dal governo, ad uscire sconfitta è quella scienza giuridica che aveva in così grande parte identificato le sue sorti con quelle del liberalismo politico.

Non è un caso che i veri protagonisti di questa serrata narrazione siano proprio loro, i liberali, che Gianna Manca, con convincente dimostrazione, riscatta dall'accusa di « dottrinarismo », troppo spesso pedissequamente rinnovata nella storiografia costituzionale tedesca. L'originalità, ed uno dei tanti meriti del suo libro, è infatti proprio quello di restituire alla lotta per la costituzione tutta la sua grandezza, e questo senza affidarsi comodamente alla parola di pochi grandi nomi di grido del *Who is Who* accademico dell'epoca. Accanto al mostro sacro Gneist, Gianna Manca chiama quindi dall'ombra personaggi ben

più oscuri ma non meno rilevanti nello svolgimento di un'azione che si appella alla teoria per conseguire ben definiti obiettivi pratici. Ecco quindi una figura come Ludvig Von Rönne riacquistare tutta la dignità scientifica che gli compete, tanto più meritata per lo sforzo di costruire sul rigore della metodologia giuridica le ragioni di una nobile campagna politica. Questo perché diritto e politica — l'Autore non cessa di ricordarlo — vengono a combaciare in una fortunatissima sintesi nel quindicennio che segue l'adozione della costituzione del 1850, grazie alla scelta dei liberali di battersi per l'integrazione della Prussia nel diritto pubblico *konstitutionnell* europeo. La politica non in diritto, come sarebbe dato di pensare; ma è il diritto costituzionale in tutta la sua purezza ed integrità a divenire programma di partito e fonte d'ispirazione pressoché esclusiva del discorso persuasivo a scopo politico.

Sul fronte opposto, i conservatori fanno figura di ben scialbe comparse, con le sole eccezioni dei grandi Stahl e Von Stein, forse meno grandi dopo la puntigliosa analisi condotta su prese di posizioni che appaiono dettate più dall'ideologia che decantate dalla scienza. Costituzione materiale/formale: la genesi della celebre dicotomia è ricondotta nel contesto dei moventi ideologici e dei frangenti politici che ne ispirarono la formulazione. Il rifiuto dell'omologazione ai vicini europei, l'opposizione al dimensionamento del principio monarchico, l'ostilità alla frattura del *Vörmarz* spiegano il fuoco di sbarramento dei conservatori verso una costituzione che aborriscono nel loro intimo. Senza andare troppo per il sottile nelle argomentazioni, sfruttano ogni maglia dell'ordito testuale per riannodare i fili con il vecchio ordinamento assolutistico-cetuale. E dunque li sorprendiamo a denunciare le « lacune » della costituzione perché questa, improvvisamente, non avrebbe previsto « chi decida » quando i tre rami del legislativo — corona, camera bassa e alta — non concordino sul bilancio. A loro basta l'inciso di un articolo della costituzione (109) — « le imposte e tributi esistenti *continuano* ad essere prelevati... » — per risolvere il dubbio a favore del governo, stravolgendo l'intero diritto parlamentare di bilancio, ridotto a mera conforme ratifica delle decisioni ministeriali. Quanto ai liberali, che invocano la prassi delle altre monarchie costituzionali, si replica con sprezzo orgoglioso che la « costituzione materiale prussiana » non ha bisogno di un « pezzo di carta » per funzionare.

Non sorprende pertanto che in questo periodo tutti i capitoli più importanti della costituzione — dal diritto elettorale alla responsabilità dei ministri, dall'organizzazione dei comuni all'indipendenza del giudiziario — vengano a formare la posta di un aspra contesa tra duellanti condannati ad un'irriducibile ostilità. Le opzioni compiute allora, tutte nel segno della continuità con la tradizione fridericiana, lasceranno un segno duraturo. Gianna Manca lascia capire che la disfatta dei liberali iscriverà un'ipoteca gravosa sugli sviluppi del diritto pubblico tedesco,

solo parzialmente compensata dalla fioritura di studi sull'amministrazione, quella *Verwaltung* che aveva finito per trionfare sulla *Verfassung*.

Sostenuta da una poderosa erudizione, che non ha nulla da invidiare a quella dei rivali teutonici, la *Sfida delle riforme* offre una lettura molto formativa per storici e giuristi, persino facile e accattivante grazie all'uniforme tensione narrativa del racconto. Chi voglia avventurarsi nella celebre tenzone Gneist/Jellinek, che con perspicacia l'editore Giuffrè viene appena di riproporre, troverà nel libro della Manca tutti gli elementi necessari per apprezzare nella sua giusta misura questo alto momento di riflessione dottrinale.

STEFANO MANNONI

G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)* Bologna, Il Mulino, 1996

I tre ingredienti necessari di un libro come di ogni opera culturale o scientifica, a maggior ragione se densa e ricca come quella di Guido Melis, sono l'autore, che ne è l'interprete, l'oggetto, cioè l'ambito preso in considerazione e il lettore, con i tanti echi che la proposta dell'autore e la scelta dell'oggetto evocano in lui.

Seguiremo dunque questa sequenza, anticipando la convinzione che un buon libro si misura innanzitutto dalla quantità di echi che sa generare, e che per questo il lavoro di Melis è un ottimo libro.

L'Autore, ha saputo affrontare un oggetto terribilmente complesso (l'amministrazione italiana dall'unità ad oggi) con una estensione che, come ha di recente notato Sabino Cassese, ha precedenti in altri paesi ma non nel nostro, e lo ha fatto ricorrendo ad un metodo altrettanto articolato, utilizzando cioè insieme tutti i piani che potessero permettere una più compiuta rappresentazione: quello micro, dell'analisi ravvicinata, e quello macro, delle sintesi e dei processi di lungo periodo; quello interno, della « sala macchine » degli apparati, e quello esterno, dei rapporti (poco conosciuti) con i gruppi economici, sociali e professionali circostanti; quello centrale, dei vertici ministeriali e degli enti, e quello periferico, degli uffici decentrati e dei prefetti.

L'effetto, se non è troppo irrispettoso il paragone, è un po' quello che si ebbe nei films di qualche decennio fa, quando allo spettatore venivano forniti speciali occhiali (con una lente bleu e una rossa, mi pare) che consentivano di percepire in modo « tridimensionale » le scene rappresentate.

Lo strumento che Melis ci mette a disposizione, in ogni caso, è assai più sofisticato: da un lato, infatti, ricorre alle grandi variabili che segnano il ruolo e l'assetto organizzativo degli apparati pubblici (i modelli amministrativi, il sistema istituzionale e politico, le grandi riforme amministrative); dall'altro ricostruisce, attraverso i frammenti raccolti con un lungo lavoro di archivio, la trama di una storia appa-

rentemente minore (i travet, piemontesi e di altre regioni, le agenzie di affari che operano negli interstizi degli apparati, le burocrazie tecniche, i rapporti dei prefetti, i dati quantitativi e le statistiche, il reclutamento del personale e le carriere).

Il risultato è altrettanto, ed anzi ancor più coinvolgente, poiché ne esce una rappresentazione a più dimensioni che permette di superare con successo le due principali ragioni che spiegano il cono d'ombra che avvolge la questione amministrativa: la mancanza di una visione di insieme e la mancanza di profondità.

Se questo è vero, e se è vero che non sappiamo ancora quale sarà l'esito della attuale (e non sempre decifrabile) stagione di riforme, possiamo però essere certi che Melis ci permette di avere piena conoscenza di quanto, insieme, fa parte del nostro passato e costituisce il passaggio obbligato per costruire il nostro futuro. Anche perché l'impianto prescelto evita un rischio che è facile scongiurare a parole ma non in concreto, specie con la vastità di orizzonti e materiale prescelti: quello, non raro, della *reductio ad unum*, della chiave ricostruttiva decisiva, dell'elemento insomma in grado di cucire armoniosamente tutti i frammenti. L'opera, al contrario, sa proporre uno scenario aperto a molte letture così come riesce a dar conto della straordinaria varietà di modelli (basti pensare a quelli ministeriali, continuamente affermati e negati) e di attori (le classi politiche e le tante burocrazie) la cui moltitudine e diversità non sopporta semplificazioni sommarie.

In questo modo l'oggetto o, se si preferisce, il tema diventa in realtà la storia del nostro paese, vista dall'angolazione della p.a. Il quadro che ne emerge è la sostanziale conferma di un « modello a centralismo debole », vale a dire un sistema disegnato secondo tipologie rigidamente accentrate che però, nel proprio funzionamento effettivo (e, probabilmente, anche nei propri intenti), non lo è mai stato del tutto finendo anzi, nel corso del tempo, per esserlo sempre meno.

Il disegno rigidamente accentrato ha come sigillo la tipologia del ministero sia nelle proprie componenti interne (distribuzione delle linee di comando e delle competenze dal generale al particolare e dal vertice alla periferia, secondo i canoni della gerarchia) sia nei presupposti istituzionali che ne garantiscono l'esclusiva derivazione dall'alto, vale a dire la legittimazione giuridica (legge-amministrazione) e quella politica (governo, ministro-apparati).

Ma Melis ci mostra bene che un disegno del genere, al di là di oscillazioni periodiche anche significative, non si è mai interamente realizzato. Non ci si riferisce certo alla stagione post 1945, e alla « impossibile convivenza » con il modello, radicalmente opposto, delle autonomie regionali e locali e del pluralismo istituzionale e amministrativo, che ha dato luogo ad una lunga e sempre più accelerata convulsione tra il modello tradizionale (mai abbandonato) e quello nuovo, policentrico (mai praticato). Il problema, infatti, nasce molto prima e da

subito, come dimostra il lungo periodo, ricco di fasi diverse, tra il 1860 e il 1920.

Pur nella grande varietà di motivi, infatti, emergono fin da allora alcune costanti chiave: al centro, la debolezza della Presidenza del Consiglio, la enorme forza dei ministeri di settore e in particolare di quelli che di volta in volta giocano un ruolo di generale riferimento per il sistema (LL.PP., Interni, Tesoro), l'irreversibile rottura tra livello politico e burocrazia amministrativa (che dall'inizio del '900, come ci ha insegnato Cassese, non cesserà di prendere le distanze dalla sfera di governo chiedendo, e ottenendo, garanzie). In periferia, la permeabilità del sistema statale periferico rispetto al contesto (in ragione delle interferenze dovute alle rappresentanze parlamentari locali e alla necessità di tener conto delle tradizioni anteriori), la strutturale debolezza del prefetto (rispetto alla mediazione politica e agli altri apparati periferici dello stato, entrambi provvisti di relazioni autonome), l'incapacità di praticare (e, prima ancora, di concepire: basti citare la riduzione di discrezionalità della fine '800 o il fallimento dei progetti Lucifredi-Coletti, nel secondo dopoguerra) quella che è stata per lungo tempo l'unica strada concretamente alternativa al sovraccarico della centralizzazione formale, quella cioè del decentramento burocratico.

Queste dinamiche sono insieme causa e riflesso di tre motivi di fondo nella nostra storia che l'A. mette lucidamente in rilievo:

il ruolo della p.a. che, sia pure con molte oscillazioni ed alcune significative eccezioni (dalla costruzione della rete ferroviaria a quella delle autostrade) è molto meno avanguardia di modernizzazione e molto più amortizzatore dei conflitti esterni. Compito, quest'ultimo, esercitato « interiorizzandone » per così dire le contraddizioni (v. scuola, pubblico impiego, intervento nel Mezzogiorno, residualità dei servizi pubblici, ecc.);

i modelli organizzativi, ove l'innovazione non è mai sostituzione (o, comunque, riforma in senso letterale) ma cocciuta conservazione dell'esistente (fino ai casi clamorosi del periodo settembre 1943-aprile 1945 nella repubblica di Salò e nelle zone liberate del centro-sud) o, se proprio necessario, sovrapposizione in parallelo, come è ben rappresentato dalla secolare fuga dal modello ministeriale (aziende, enti pubblici, enti economici, spa e altre forme organizzative mutate dal dr. comune);

la cultura, che dopo una prima (e breve) stagione di timida convivenza vede il dominio del diritto amministrativo (inteso come diritto speciale dello stato e della sua supremazia) su ogni altro linguaggio, in specie su quello delle burocrazie tecniche.

Come ognuno può constatare, questi ingredienti, in vario modo assemblati, ricorrono nell'intero arco della nostra storia fino ai nostri giorni, vale a dire fino ad un periodo del quale l'A. riesce a dare, e non

è l'ultimo dei suoi meriti, per scenari sempre più rapidi, una riconoscibile e persuasiva rappresentazione.

Viene così il momento del lettore, o meglio degli echi suscitati dall'opera. Naturalmente non si tratta di aggiungere altre pagine alle 600 di un'opera come questa ma di cogliere il frutto, molto nitido ai miei occhi, della ricerca e del suo metodo.

Emerge un intreccio che Melis mette in evidenza e che ha significativamente condizionato tutto il resto: si tratta del nodo, cruciale ed insuperato, del rapporto centro-periferia.

C'erano, fin dall'inizio, e permangono tutt'ora tutte le condizioni per un sistema a forte articolazione amministrativa. Al momento dell'unificazione, per la forza e la straordinaria varietà della tradizione precedente. Oggi, per la doppia torsione a cui è sottoposto il sistema centrale: per le dinamiche centrifughe indotte dall'integrazione comunitaria verso la UE e dall'aumento dell'offerta di servizi dello stato sociale verso i livelli periferici; e per lo sconvolgimento dei modelli tradizionali di processo decisionale in una società complessa che non è più semplificabile lungo le sperimentate direttrici di alto-basso o generale-particolare. Basta abbandonare il terreno degli apparati e passare alla legge o alla funzione giurisdizionale, e alla rispettiva profonda crisi, per averne una sicura conferma.

Ma, questo è il punto, la contraddizione non può essere sciolta in modo conseguente perché un assetto amministrativo accentrato è invece essenziale a due compiti strategici, storicamente affidati nel nostro paese proprio a questa formula organizzativa: il sostegno di un fragile sistema politico nazionale (v. il recente lavoro di Salvadori) e il ruolo di cerniera ed amortizzatore tra centro-nord e meridione.

In definitiva: mentre la forza delle cose preme per un sistema amministrativo decentrato (correlando l'unità politica al pluralismo amministrativo), la debolezza del centro e la questione meridionale vanno in senso perfettamente opposto (unità amministrativa = unità politica).

Mi si potrebbe obiettare che la chiave unificante di lettura, saggiamente esclusa dall'Autore, viene invece riproposta dal recensore. Ma qui non siamo all'opera ma ai suoi echi, appunto, e questi sono fatalmente più semplificati.

In ogni caso, la presenza di questi vincoli incrociati consente una possibile spiegazione, oggi come mai necessaria, delle peculiarità italiane a cominciare da quella più vistosa: rigido accentramento per un centro debole. Ma ne seguono molte altre.

La p.a. *deve* modificarsi nel corso del tempo, come in effetti ha fatto, e tuttavia deve farlo senza intaccare queste premesse. Ecco perché i (nuovi) modelli organizzativi si collocano in parallelo rispetto ai vecchi, perché prevalgono le esigenze di garanzia e i relativi linguaggi (a cominciare dal diritto amministrativo), perché si ha una perdita della

capacità di innovazione rispetto al contesto, perché l'incomprimibile diversità (territoriale, funzionale, ecc.) non si traduce in articolazione di modelli, ma prende di sbieco altre strade privilegiando in particolare quella del distacco dal regime ordinario. Che lo si faccia in modo occulto e di fatto, come emerge dal vasto terreno delle prassi amministrative difformi, o in modo esplicito e legale, con gli « strappi » al tessuto ordinamentale operati da discipline speciali, poco importa: così quadra, almeno apparentemente, il necessario mantenimento di un modello e la sua altrettanto necessaria trasformazione. E quando non è più possibile neanche questo, si « salta » letteralmente il momento amministrativo imboccando la via delle discipline autoapplicative. Le ragioni di una « amministrazione in briciole », come (riprendendo il titolo di una fortunata opera francese) è intestato il sesto ed ultimo capitolo, ci sono tutte.

Fin qui le suggestioni tratte dalla lettura, in buona parte corrispondenti a temi che le riforme dei nostri giorni dovrebbero affrontare e sciogliere.

Ma prima di concludere, vorrei riprendere un tema che Melis sottolinea con forza e che potrebbe forse meritare una discussione più approfondita: si tratta della vicenda, già ricordata, della storica sconfitta delle burocrazie tecniche rispetto a quelle amministrative e alla loro cultura giuridica. La simpatia di ciascuno di noi, e certo dell'A., è tutta per gli ingegneri, gli statistici, gli idraulici, i medici che vengono progressivamente omologati (nel linguaggio e nella cultura, oltre che nei rapporti di gerarchia e di potere) ai vertici amministrativi.

Il loro processo di emarginazione, incontestabile quanto l'impoverimento che ne è derivato, rischia tuttavia di essere rappresentato in termini troppo semplificati: burocrazie buone contro burocrazie cattive, la solidità della tecnica e della scienza contro la mollezza della mediazione, la forza della realtà contro l'incerta consistenza della forma. Un'ennesima rappresentazione, insomma, della legge per cui la moneta cattiva scaccia la moneta buona.

Molto di quanto è avvenuto è così, ma c'è qualcosa che non persuade e che mi sembra suggerirci di continuare ad indagare. Se sono chiare le ragioni della forza delle burocrazie amministrative, assai meno lo sono quelle della debolezza di quelle tecniche, anche perché non è affatto detto che le loro relazioni siano necessariamente a somma zero. Vi sono paesi che hanno avuto forti, insieme, l'una e l'altra.

Dunque, c'è il lato delle burocrazie tecniche da capire meglio. È irrilevante, sulla loro capacità di contare all'interno della amministrazione, il rapporto tenuto con i saperi professionali esterni e con il livello di questi ultimi? Ancora: in che misura i tecnici sono stati consapevoli delle peculiari necessità della tecnica inserita in apparati pubblici e in processi in senso lato (e talvolta in senso stretto) necessariamente

politici? Che percezione hanno avuto del valore della politica e della relazione con i propri saperi?

Si tratta di domande importanti, perché potrebbero forse mostrarci che un ruolo importante sull'esito (negativo) della vicenda hanno giocato anche altri elementi, quali ad esempio la difficoltà della cultura tecnica di rappresentarsi all'interno di un sistema più complesso di valori.

Qualche anno fa si ebbe, in materia, un illuminante conflitto tra tecnici e politici a proposito del nucleo di valutazione per gli investimenti presso il ministero del Bilancio e del rapporto tra istruttoria e decisione. Molto prima, alla fine del secolo scorso, dopo un'indagine condotta a tappeto sulla situazione sanitaria delle città italiane, i tecnici dell'igiene pubblica proposero un complesso organico di rigide normative tecniche per la pianificazione urbanistica (come dimostra l'attenta indagine di Carla GIOVANNINI, *Risanare le città. L'utopia igienista di fine ottocento*, Franco Angeli, 1996). Probabilmente erano davvero funzionali alla « salute pubblica », ed è certo che all'epoca le condizioni delle nostre città erano tali da giustificare le misure più radicali.

Ma l'intervento sull'area urbana e sul relativo territorio coinvolge ovviamente troppi interessi (pubblici, si badi, non solo privati!) per poter essere definito unilateralmente in base alla soddisfazione di uno solo di questi. La proposta fu lasciata cadere ma, appunto, c'è da chiedersi se lo fu solo per l'ottusità degli « amministrativi » o per la naturale esigenza di collegarla ad altre variabili, cioè al bilanciamento di interessi proprio di ogni politica pubblica.

In questo caso, come nell'altro più recente, l'intenzione era dunque del tutto apprezzabile, ma c'è da chiedersi quale sia stata da parte dei tecnici la capacità di percepire gli « altri » aspetti del processo decisionale e se questo non abbia contribuito all'indebolimento dei valori di cui erano portatori.

Si tratta di interrogativi, come si vede, ma più di una ragione (quanto di tutto ciò si sta riproponendo oggi per i soprintendenti ai beni culturali?) porta a ritenere che il tema sia ancora attuale, il che torna a riconoscimento del lavoro di Melis che non lo risolve ma che certo ha contribuito a porlo in piena evidenza.

MARCO CAMMELLI

JACK N. RAKOVE, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage Books, New York, 1997.

In Europa la storia delle istituzioni e delle costituzioni è opera di specialisti, destinata ad un pubblico di esperti. Eredi di una tradizione culturale che associa il discorso sul potere all'evocazione degli arcani più riposti, gli storici del Vecchio Continente si accostano da sempre

con una certa trepidazione alla teca della sovranità, come se inconsciamente temessero ancora di incorrere nelle ire dei suoi mitici depositari, le truci divinità che popolavano l'immaginario indoeuropeo. Più concretamente, l'elitismo di queste affabulazioni ha molto a che vedere con l'alta formalizzazione e tecnicità di un pensiero giuridico che ha potentemente contribuito a modellare i lineamenti dell'ordinamento statale, al prezzo però di complicarne l'intelligibilità e talvolta persino di irrigidirne l'evoluzione. Difficile allora per lo storico sottrarsi alla necessità di dialogare con le fonti nel lessico che è a loro peculiare, ovverosia calandosi nella trama di definizioni, distinzioni, rapporti tipici della meditazione dottrinale. Una certa aria di esoterismo è quindi l'inevitabile scotto del rigore terminologico e metodologico imposto dal ruolo egemone dei legisti in una vicenda che ha non poco contribuito a plasmare la *Civil Law Mind*.

Una scena diversa offre la sponda opposta dell'Atlantico. Qui, anche la storiografia più settoriale ha dovuto assoggettarsi alla dura regola della democrazia (quella imposta dal mercato editoriale), e rassegnarsi ad abbandonare le vesti curiali, persino quando tratta di un oggetto che più curiale non potrebbe essere quale la costituzione. Nello stesso modo in cui la costituzione vivente è chiamata in causa quotidianamente e senza troppi riguardi per le controversie più disparate — dalle *affirmative actions* ai diritti personalissimi — così la costituzione nella dimensione storica è narrata come se dovesse parlare al pubblico dei cittadini oltre che a quello degli specialisti. In questa sfida — imposta o voluta che sia — alla tecnicità del linguaggio e all'astrattezza dei concetti, in questo procedere senza deferenza per le autorità, gli storici americani calcano inconsciamente le orme dei Padri fondatori di cui consapevolmente indagano parole e azioni. Si lasciano guidare dallo stesso pragmatismo e dalla stessa fiducia nella persuasività delle proprie argomentazioni che ha ispirato la lotta per la costituzione di chi doveva inventare dal niente una forma di governo per la federazione.

Di pragmatismo e fiducia ne occorreva in effetti molta a Madison e a Hamilton per tenere testa a obiezioni che affondavano le radici in una filosofia politica plurisecolare. Jack Rakove le passa in rassegna una ad una: *Imperium in imperio*: un solecismo; la coordinazione dei poteri: un oltraggio a Montesquieu; una repubblica estesa su un vasto territorio: semplicemente impossibile. Nel tenzone con gli Anti-federalisti che rinfacciano loro di tradire i principi e di ignorare le lezioni della storia, i fautori del compromesso di Filadelfia compiono un gesto liberatorio e creativo: si sbarazzano di una tradizione ingombrante, concepita come *auctoritas*, per incorporarne i temi e i topoi nella strategia discorsiva di un progetto politico originale e pionieristico. Solo dopo serrata schermaglia il risultato è acquisito sui tre fronti. L'ostacolo più impervio è scavalcato con l'affermazione del potere costituente del popolo, unico depositario di sovranità e fonte di legittimazione tanto degli Stati (che

quindi sovrani non sono) quanto dell'Unione. Battuto in breccia è il dogma della separazione dei poteri, ridimensionato da articolo di fede storicamente indimostrato a principio organizzativo relativo. A soccombere è infine anche l'equazione assiomatica repubblica-piccolo Stato che viene confutata brillantemente sul terreno dei diritti delle minoranze, del pluralismo, della qualità della rappresentanza, tutti traguardi meglio garantiti da una *extended republic* che da una città-stato. Alla fine, Montesquieu scende dal piedistallo e a salirvi è il *Federalist*.

Si dirà che queste conclusioni erano già da tempo acquisite nella copiosa storiografia costituzionale americana. Una storiografia che — non è superfluo ricordarlo — vanta un secolo di intensa produzione di qualità, risalendo fino ai libri capostipiti di FISKE, *The Critical Period of American History* (1888) e, soprattutto, di C.A. BEARD, *Economic Interpretation of the Constitution* (1913). Ma il contributo di Jack Rakove è ben altro che una compilazione destinata al grande pubblico — sia detto per inciso che il libro ha vinto il premio Pulitzer per la storia. Il suo prezioso e inedito apporto consiste nello sforzo di analizzare il senso originale della costituzione in tutti i suoi aspetti fondamentali, attraverso un'accurata e rigorosa disamina di fonti e di concetti restituiti, senza alcun anacronismo, al significato loro attribuito dai Fondatori. Le costituzioni di cui Rakove ci parla sono due: quella che i *Founding Fathers* vollero e quella che *scrissero*; la prima, espressione del loro disegno e del loro intento di rottura con la tradizione; la seconda, precipitato di un insieme di tradizioni, di radicata cultura, di pervasive mentalità; l'una, frutto di un atto creativo; l'altra, vascello che lascia il porto costituente spiegando le vele dell'interpretazione. L'indagine è simultaneamente testuale e contestuale. La questione del *paradigm shift* e del rapporto tra *conceptual change* e *revolution*, negli anni scorsi riproposta da studiosi della statura di Pocock, trova qui una notevole applicazione. Il giurista continentale, per natura poco disposto a concessioni sul rigore definitorio, non ne resterà deluso, giacché l'Autore, senza essere tecnicamente un *legal historian*, mostra una sicura padronanza del lessico costituzionale.

E del resto proprio ai giuristi e agli storici del diritto europei forse più che ad altri, questa opera può dare molto, grazie ad un taglio e ad una griglia particolarmente indovinati per chi non voglia ricavare i profili giuridici seguendo pedissequamente tracce più o meno convenzionali di storia sociale o politica. Costruita su un fermo impianto tematico-narrativo, essa può convertirsi in un autentico *vademecum* alla costituzione del 1787 di cui mette a nudo le salde nervature così come i legamenti più fragili. Dal federalismo ai diritti, il lettore interessato a chiarire il significato profondo delle scelte di Filadelfia vi troverà una risposta esaustiva e di invidiabile chiarezza.

Basterà qui un breve sorvolo dei capitoli dell'opera per orientarne la lettura lungo gli assi più importanti.

Federalismo. Una lunga e consolidata tradizione ci ha abituati ad immaginare la formazione dello Stato federale secondo una sequenza diacronica: prima i singoli Stati, poi la cessione di una quota di sovranità a favore dell'Unione. L'idea generalmente implicita nel concetto di federazione è che essa comporti una rinuncia della sovranità piena dei singoli membri i quali, prima di aderire al patto, si trovano, per così dire, nello stato di natura. Ora, la nascita della costituzione federale del 1787 avviene in realtà secondo un tempo sincronico: gli Stati e la federazione sorgono e si consolidano allo stesso tempo. Accade persino che la federazione, lungi da minare l'autonomia degli Stati, serva a riaffermarne l'identità incerta, combattuta tra dispute di confine, conflitti religiosi, rivalità per l'espansione. In altre parole, le rissose e precarie colonie americane (che cosa fosse uno « Stato » all'epoca non era del tutto chiaro) guadagnano dalla federazione in sicurezza e solidità, ponendo le premesse per l'espansione ad Ovest, posta in gioco per nulla secondaria del patto federale. Necessaria sul fronte interno, la scelta federale si impone del resto anche nei rapporti internazionali. La precoce scoperta di quanto fosse difficile la convivenza con le potenze europee in una condizione di debolezza cronica degli Stati contribuisce non poco a sgombrare il campo dai dubbi residui: la salvezza della Repubblica, tenuta sotto la minaccia dei ricatti inglesi e spagnoli, risulta decisiva per spiazzare i difensori della debole soggettività confederale. Anche qui vediamo Hamilton stagliarsi a lucido portavoce di un'intuizione destinata a rivelarsi decisiva nella storia americana: la priorità della « national defense » e della vocazione alla « world politics » degli Stati Uniti.

Rappresentanza. La disputa sulla rappresentanza che ha luogo tra Federalisti e Anti-federalisti tradisce la complessa maturazione di un concetto e di una pratica al crocevia dell'esperienza coloniale americana, della tradizione inglese e della filosofia politica europea. Superare la Confederazione significava per i Federalisti innanzitutto istituire un nesso diretto tra il popolo degli elettori e i rappresentanti al livello di governo nazionale. Ma gli interrogativi affollano subito le pagine dei contendenti. Chi può votare? Che cosa bisogna rappresentare? Come rappresentarlo? Queste tre domande fondamentali non potevano trovare una soluzione semplice. Da una parte i costituenti avevano di fronte il retaggio delle colonie americane, con il loro attaccamento ad una rappresentanza vicina ai bisogni della collettività, con il loro suffragio di cittadini proprietari. Dall'altra un quadro meno commendevole di localismi, di rivalità, di incultura, che aveva appannato non poco la fiducia nella spontanea e virtuosa sintonia tra elettori ed eletti. Confligente era anche l'idea della missione della rappresentanza: controllare l'esecutivo per conto del popolo, o produrre buona legislazione? Qui ancora i modelli si sovrapponevano, dopo che il parlamento inglese, da mero guardiano della prerogativa regia, si era fatto, nel corso

del Settecento, legislatore sovrano. Se scopo della camera rappresentativa doveva essere quello di tenere a bada l'esecutivo allora occorreva che essa rispecchiasse il più possibile fedelmente comunità ed interessi; se invece la funzione primaria era di produrre buona legislazione, anche trascendendo le fazioni e le pressioni contingenti, il problema diveniva quello di selezionare i deputati più illuminati. Ma allora, in questo secondo caso, occorreva ritagliare i distretti elettorali in modo tale da proteggere candidati ed elettori da manovre di captazione del consenso: più ampio il collegio, maggiore la probabilità di successo per un deputato capace e disinteressato. Il confronto si chiuderà con un successo parziale per i Federalisti: accettato il principio della elezione diretta dei rappresentanti al Congresso, che non sarà più un assemblea di « ambasciatori » degli Stati; ma respinta la proposta di rimodellare i collegi elettorali: gli Stati continuano a rimanere arbitri delle procedure elettorali, con questo sbarrando la strada al « filtro dei talenti » voluto da Madison.

Potere esecutivo. Che cosa significasse « potere esecutivo » al tempo della Rivoluzione americana erano ben pochi a poterlo dire, e tra questi non figuravano i mostri sacri della filosofia politica del tempo. Per Locke, come per la maggior parte dei suoi contemporanei, « eseguire » non altro senso poteva assumere se non quello di dare attuazione alle sentenze dei giudici, loro sì i veri esecutori della legge. Appena più nitido nel distinguere l'esistenza del potere esecutivo Montesquieu, che ammette sì l'autonomia di funzione esecutiva, ma che rimane talmente avaro di dettagli da lasciar dubitare che intendesse con questo qualcosa di realmente nuovo dall'esecuzione giudiziale. Più che una definizione positiva della funzione esecutiva i costituenti americani si trovavano a ricavarne il contenuto per sottrazione dal potere legislativo e giudiziario: alla fine dell'operazione, restava la prerogativa, dai contorni sfumati, e il lockeano potere federativo, rivolto ai rapporti internazionali. Questa indeterminatezza di contorni non danneggia la configurazione del potere esecutivo a Filadelfia che anzi finisce persino con l'avvantaggiarsene. Un esecutivo dalle prerogative limitate era quello che occorreva a Madison e a coloro che temevano l'invasione del potere legislativo, additato ad autentica minaccia per la costituzione e i diritti, tanto al livello nazionale quanto a quello dei singoli Stati. Che questo fosse il movente più forte del favore per l'esecutivo, lo rivela la proposta di Madison, poi bocciata, di affidare ad un *council of revision* formato dal presidente e dai giudici della Corte suprema il compito di scrutinare gli atti legislativi del Congresso e dei singoli Stati e di apporvi il veto se necessario. Caduta questa proposta, il ruolo di ausilio del potere esecutivo, nell'esercizio di funzioni essenziali come quella delle relazioni internazionali, ricadrà sul Senato, visto quale corpo moderatore della Camera dei rappresentanti ben più che come foro degli Stati. È appena il caso di aggiungere che il presidente immaginato dai costituenti è

lontano mille miglia da quella figura di capo partito politico in cui di lì a poco si muterà, non appena sarà stato colto tutto il potenziale di espansione istituzionale di cui era capace. Immaginato alla stregua del *patriot king* di Bolingbroke, il presidente avrebbe dovuto restare *super partes* rispetto allo scontro tra fazioni nell'arena congressuale. Davvero un'ironica eterogenesi dei fini: da baluardo contro le fazioni, il presidente ne diviene il principale punto di riferimento.

Checks and balance È noto quanti sforzi abbiano compiuto i padri fondatori per approssimarsi a quell'ideale di *mixed government* che, a dispetto della lotta con la madre patria, non aveva cessato di dominare la loro immaginazione. Meno noto è che nell'accidentato cammino verso questa meta, essi abbiano alternato a momenti di lucida visione degli sviluppi che preordinavano, altri di assoluta cecità. Il caso del *judicial review* rientra tra i primi. Anti-federalisti e Federalisti prendono esattamente le misure del ruolo che il sindacato sulle leggi era destinato ad assumere: i primi per denunciarne i rischi — i giudici come despoti della costituzione; gli altri per apprezzarne la funzione di scudo contro la tirannia delle maggioranze. All'opposto, del tutto infondato doveva rivelarsi ben presto l'allarme sui rischi di collusione tra senato e presidente, timore alimentato dalla tradizionale diffidenza repubblicana verso un corpo ristretto e per ciò stesso « aristocratico », ben più che da una lettura a freddo dell'ordito costituzionale. Molto penetrante la previsione di Madison sul peso che la legislazione avrebbe esercitato sull'economia, e sicuramente plausibile la ricerca di contrappesi a questa tendenza a garanzia dei diritti. Assai meno illuminato il cedimento di principio sulla schiavitù di cui non furono interamente calcolate le conseguenze dirompenti sulla coesione dell'Unione.

Non è necessario andare oltre per indicare il tipo di risposte che *Original Meanings* potrà offrire. A chi abbia già familiarità con l'affresco della Rivoluzione americana che Gordon Wood ha recentemente presentato questa lettura integrerà un tassello mancante; in altri essa susciterà probabilmente la curiosità di saperne di più.

STEFANO MANNONI

MALCOLM SYLVERS, *Il pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson*.

Saggio introduttivo e antologia dei testi, Manduria, Lacaita, 1993.

FEDERICO MIONI, *Thomas Jefferson e la scommessa dell'autogoverno: virtù, popolo e « ward system »*, Reggio Emilia, 1995.

Nelle epoche di transizione costituzionale i grandi maestri del diritto pubblico esercitano un fascino irresistibile: scorrerne le pagine equivale a respirare una boccata d'aria pura dopo una lunga convalescenza. Ma si faccia bene attenzione: è un'aria che può stordire. Ci vuole in effetti un cospicuo sforzo di immaginazione per convincersi che vi fu un tempo in

cui l'opera costituente ispirò tanto fervore intellettuale, che i suoi artefici furono davvero consapevoli della loro missione e, infine, che il progetto tenne testa con successo alle insidie delle tattiche partigiane. Per lo spettatore di oggi che assiste disincantato alle sciatte diatribe di sedicenti commissioni per la riforma costituzionale tutto questo ha un sapore di saga. Erano uomini o Dei? — finirà per chiedersi.

Bene allora che le biografie intellettuali pensino a riportare sulla terra i nostri eroi, mostrandone con equanimità anche cadute e incongruenze. Non tutto deve necessariamente tornare in una dottrina, specie se la sua genesi è avvenuta nel bel mezzo di una concitata esperienza di creatività giuridica: la filosofia politica, quando prova a tramutarsi in diritto pubblico, è costretta a venire a patti con imperativi pragmatici e variabili psicologiche che ne alterano la levigata scorrevolezza.

Questa regolarità vale anche per Thomas Jefferson, come mostrano di ben sapere Sylvers e Mioni, autori di due opere che appaiono felicemente complementari. Nel presentare al pubblico italiano una figura tanto studiata in America quanto trascurata in Italia i due studiosi ne hanno disegnato un ritratto molto equilibrato dividendosi tra loro i compiti: Sylvers con la selezione di brani salienti delle opere, preceduta da un'ampia ed esauriente introduzione; Mioni privilegiando invece un tema centrale come quello della virtù e dell'autogoverno.

Virtù: questa parola evoca subito una gloriosa tradizione di pensiero repubblicano che da Machiavelli, passando per Algernon Sidney, arriva fino a Jefferson, Condorcet e i Giacobini. Senonché già questa eterogenea compagnia ci avverte della polivalenza del termine e delle sue possibili declinazioni nei diversi momenti ed emisferi della tradizione repubblicana, forse più gloriosa che nitida nei contorni. Nel caso di Jefferson abbiamo però la ventura di imbatterci in una visione sufficientemente netta: virtù è la capacità del popolo di vivere con « good sense » le istituzioni repubblicane. Antropologia ottimista, quella di Jefferson, che si distingue così nettamente tanto dal pessimista Hamilton come dal realista Madison (« se gli uomini fossero angeli non avrebbero bisogno di un governo »), accreditando la possibilità di affidare al popolo dei cittadini il compito di edificare da protagonista il bene comune. Rifiutando la logica mandevilliana di un individualismo possessivo-appropriativo radicale nella sua conflittualità, Jefferson rifiuta la riduzione dell'interesse generale a convergenza accidentale degli interessi egoistici. La virtù è innanzitutto quella civica che trascende la dimensione utilitaristica del mercato, improntando di sé tanto l'ambito del privato quanto quello del pubblico — o meglio di quello spazio politico nel quale le due dimensioni vengono ad intersecarsi. Eppure questa virtù — e qui troviamo la prima incongruenza — non è, come si potrebbe pensare, una qualità innata del popolo come tale, giacché per mettere radici essa ha bisogno di una società di piccoli proprietari sufficientemente istruiti. Certamente virtuosa non è la « populace » ca-

nagliesca di Parigi, né la plebe abbruttita delle manifatture inglesi né, ancora, gli abitanti delle colonie d'oltremare della Spagna, assuefatte ad una secolare dominazione. In altre parole, ci troviamo di fronte ad una tautologia in piena regola: è virtuoso quel popolo che dimostra di possedere la virtù. Da una parte, la repubblica presuppone la virtù... ma dall'altra solo la repubblica può creare la virtù dove essa non c'è. Unica eccezione storica a questo circolo vizioso è proprio l'America del Nord, grazie al concorso di circostanze fortunate: la diffusione della piccola proprietà, la possibilità di espansione ad Ovest, il pluralismo religioso e istituzionale. Tanto basta per autorizzare l'America a coltivare l'ambizione di un'espansione imperiale in grande stile, nel suo interesse come in quello — beninteso! — dei popoli dell'area, Cuba in testa. La dottrina Monroe è già delineata nei suoi tratti essenziali in una lettera di Jefferson a Humboldt del 1813: l'egemonia nella regione è un diritto e un dovere degli Stati Uniti. In una parola: le potenze europee sono avvertite.

Ma non corriamo troppo. La virtù è innanzitutto la pietra angolare dell'autogoverno, vero cavallo di battaglia di Jefferson lungo tutto l'arco della sua esistenza. L'autogoverno è allo stesso tempo mezzo e fine: consente di perseguire la felicità (*happiness*) ed è esso stesso, nel suo concreto esercizio, conseguimento della felicità. Per capire la pregnanza di questo concetto basta osservare che in Jefferson esso viene a legarsi strettamente con quello di generazione, di potere costituente e di maggioranza. Ogni generazione (calcolata in 19 anni) ha il diritto di darsi una nuova costituzione, non valendo la pretesa di quelle precedenti a vincolare le successive. Una regola che vale tanto per la costituzione quanto per i debiti (si estinguono dopo 19 anni) e per la stessa proprietà, la quale appartiene *in toto* ai vivi — ogni generazione ha solo l'usufrutto dei beni, che non potrebbero quindi essere vincolati con testamento. A più forte ragione, ogni generazione ha diritto di regolare i propri affari ai diversi livelli di governo — locale, statale e federale — decidendo a maggioranza. Ciò che conta è impedire una concentrazione di poteri a beneficio dell'autorità più lontana dai bisogni e dalla vigilanza dei cittadini: la crescita del potere federale a danno degli Stati è quindi e coerentemente percepita come una minaccia alla libertà individuale. Quella di Jefferson è perciò una sussidiarietà radicale e intransigente che si spinge fino al punto di immaginare la costituzione *ex novo* di « piccole repubbliche locali » (gli *Wards*) in aggiunta alle contee: « dovremmo strutturare il nostro governo come segue », scrive nel 1816, « 1. la repubblica federale, per tutte le questioni estere e tra gli stati; 2. lo stato, per tutto ciò che riguarda esclusivamente i nostri cittadini; 3. le repubbliche di contea, per i compiti e le questioni di contea; 4. le repubbliche di *ward*, per le necessità, piccole ma numerose ed appassionanti, della zona (...) Il tutto è cementato dal fatto di dare ad ogni cittadino, individualmente, una parte nell'amministrazione degli affari pubblici ».

Eppure anche qui non tutto quadra perfettamente. Se il modello restasse tale e quale lo abbiamo finora descritto, si tratterebbe né più né meno che di un esempio di pensiero costituzionale-democratico. Il problema è che Jefferson ne complica la linearità introducendo una variabile che democratica in senso stretto certo non è: l'aristocrazia « naturale ». L'interesse di Jefferson per la presenza di una componente di aristocrazia repubblicana in un Senato eletto con procedura indiretta può spiegarsi sia con il suo attaccamento alla società di notabili sudista nella quale viveva, sia con la legittima preoccupazione di lasciare spazio alla crescita di una classe dirigente meritocratica — di qui anche i suoi sforzi per il varo dell'Università della Virginia. Sta di fatto — come rileva a giusto titolo Malcolm Sylvers — che questa sua ostilità ad un senato che fosse « mera creazione del popolo e dipendente da esso » è in stridente contrasto con la fiducia nel principio maggioritario altrove così altamente conclamata.

Con tutto ciò, questa aporia sembrerà poca cosa in confronto a quella, ben più imbarazzante, del suo atteggiamento verso la schiavitù. Seppure respinta in linea di principio, la schiavitù non è mai combattuta in concreto dal Jefferson proprietario di uno stuolo di servitori neri e strenuo difensore dei diritti del Sud contro l'arrogante espansione del Nord. Senza essere un convinto razzista — le sue riflessioni sull' inferiorità dei neri scadono nella più trita banalità — rifiuta con ostinazione qualsivoglia ipotesi di integrazione, condizionando l'affrancamento dei neri ad un'ipotesi di improbabile deportazione in Africa. Né vale a riscattare il Nostro da una simile deviazione — le premesse non erano forse giusnaturalistiche? — la benevolenza mostrata nei confronti degli indiani, ammirati come popolo per la loro organizzazione sociale e combattuti come ostacolo all'espansione *yankee*.

E tuttavia cerchiamo di non essere troppo *Politically Correct*: atteniamoci, come fanno Sylvers e Mioni, alla ricostruzione storica, lasciando da parte giudizi di valore fin troppo scontati. Un punto deve essere messo bene in evidenza. Tornare a Jefferson non permette solo — e già sarebbe molto — di rimeditare i principi primi della costituzione americana; consente anche di soppesare l'incidenza delle tradizioni *repubblicana* e *democratica* nella genesi del costituzionalismo Settecentesco, scaverando con più attenzione i rispettivi apporti e obbiettivi. E ancora: Jefferson ci aiuta a osservare con uno sguardo più attento e penetrante il caleidoscopio del costituzionalismo rivoluzionario francese, col suo lessico e le sue matrici culturali; esattamente come all'America di Jefferson si volgevano Condorcet e Brissot dalla Parigi della Convenzione per scoprire il segreto della stabilità repubblicana. Possiamo fermarci qui: vi è quanto basta per avere voglia ancora di rendere visita al virginiano di Monticello.

STEFANO MANNONI

KARL H.L. WELKER, *Rechtsgeschichte als Rechtspolitik. Justus Möser als Jurist und Staatsmann*, Verein für Geschichte und Landeskunde von Osnabrück, Osnabrück, 1996, B.I-II, pp. 1217.

Non sembri strano se nell'affrontare questa che con ogni evidenza è un'opera monumentale, alla quale non è difficile pronosticare il forse aspirato destino di rimanere per lungo tempo, appunto, ma certo oggettivamente, 'il' monumento storiografico per antonomasia al giurista e uomo politico di Osnabrück — già la sua comparsa nella collana delle 'Osnabrücker Geschichtsquellen und Forschungen' e la magnifica veste editoriale, curata nei minimi particolari e di una inconsueta gradevolezza fin nella scelta dei caratteri, allude ad una sorta di investitura ufficiale delle competenti autorità in fatto di storia e politica locale —; non sembri strano, ribadiamo, se — oltre ad annotare con rispetto la *pietas* della dedica alla memoria di Adalbert Erler (1904-1992), lo storico del diritto tedesco che, in una con il suo reale 'Doktorvater', ebbe, fin dagli anni dell'università, maggiormente ad incoraggiarlo (e, aggiungiamo, con simpatia l'augurio per il centesimo compleanno della signora Hedwig Erler, che chiude in modo fortunatamente non consueto gli altrimenti spesso rituali 'ringraziamenti') — ci vogliamo anzitutto soffermare su questi ultimi. In primo luogo per svelare a chi compete il merito iniziale dell'individuazione del tema, ovvero di aver affermato l'idea che 'man müsste einmal', che fosse assolutamente necessario, insomma, indagare l'importanza dell'opera di Möser per la storia del diritto del diciottesimo secolo su di una base documentaria più ampia — includente non solo la già nutrita produzione a stampa, ma altresì gli inediti della sua variegata attività professionale e politico-amministrativa (non si dimentichi che fu dal 1747 avvocato dello stato (rectius "Advocatus Patriae"), *Justitiar* presso il tribunale penale, dal 1764 consulente del governo, poi *Regierungsreferendar*, *Geheimer Referendar*, *Geheimer Justizrat* e in sostanza dal 1783 praticamente, anche se non gerarchicamente, l'unico gestore degli affari di stato, pur essendo dal 1756 Syndikus del ceto dei cavalieri, cioè della principale controparte) —; una base documentale siffattamente ampia che quasi mai era stata presa in considerazione dalla precedente storiografia, e si può comprendere se l'autore ne abbia riconosciuta l'utilità, non senza notare che talvolta nel corso del lavoro gli sia apparsa anche una "kühne Herausforderung": il merito non indifferente di tale individuazione del campo problematico spetta al prof. Gerhard Dilcher, ordinario di storia del diritto presso l'Università di Francoforte sul Meno.

Ma è il secondo motivo di indugio quello che più ci preme, perché è anche quello che ci permette di assodare come al carattere monumentale, per così dire, 'esterno', faccia riscontro una dimensione più interna, più intima ("Möser mir 'liege'"), che obbliga a definire questo

lavoro senza esagerazione come opera quasi 'di una vita'. È lo stesso autore a riferire che il primo nucleo del lavoro che qui si presenta risale alle relazioni da lui tenute in due riprese, la prima nel 1978, nei seminari organizzati nei fine settimana, vere e proprie *Tagungen* di ricerca in comune tra allievi e docenti, appunto da Dilcher. Della quale circostanza chi scrive — ogni tanto anche ai recensori accade di imbattersi in qualche lontana ma grata memoria —, allora borsista alle prime armi del Max Planck Institut francofortese, fu pure testimone: se il ricordo non è troppo sfumato dal tempo trascorso, mi sembra di essere stato tra i partecipanti al secondo incontro, quello tenutosi nella splendida cornice del Taunus nell'anno 1982. Ricordare la consuetudine di allora — molti visi e molti nomi, ed anche episodi, si affollano alla memoria, e non sarà fare torto agli altri l'indicarne almeno due, che hanno poi seguito strade assai diverse, che come Karl Welcker non ho più veduto ormai da molti anni, Rudolf Lauda (i cui studi storico-giuridici culminarono due anni dopo in un interessante saggio sulle interrelazioni tra la realtà del diritto consuetudinario commerciale e la tradizione retorico-letteraria del primo medioevo; RUDOLF LAUDA, *Kaufmännische Gewohnheit und Burgrecht bei Notker dem Deutschen*, Frankfurt a.M., Bern, New York Nancy, 1984) e Robert Mizia —, tale consuetudine e il suo ricordo vogliono qui però significare due cose molto precise: da un lato, la nostra soddisfazione di vedere comunque concluso un *iter* di ricerca a cui primi passi avevamo personalmente assistito, e così superato quell'impatto di "provozierende Skepsis" (p. VIII), che come forma di antidoto, e aiuto, talora paralizzante, un giovane studioso si vede spesso somministrare quando intraprenda un genere di studi non conforme alla media misura; dall'altro, il rispetto che in ogni caso suscita un'opera alla cui sola stesura sono stati dedicati gli anni che vanno dal 1989 al 1995. Ma veniamo sia pur rapidamente ai contenuti. Lo stesso defunto direttore di archivio che si era fatto portavoce dell'appena accennata istanza di 'sceptsi' al contempo provocativa ed incoraggiante, Wolf-Dieter Mohrmann, aveva altresì messo sull'avviso l'autore dinnanzi al rischio di trasformare Möser nell'"eroe" della sua analisi.

Orbene, può dirsi a primo merito della conclusa ricerca che tale rischio è stato in larga misura evitato, nonostante l'ovvio legame, del resto non nascosto, di una qualche 'affinità' per un autore al quale anche lo stesso Goethe — quest'ultimo nel dramma *Götz von Berlichingen*, che Möser aveva valorizzato in modo "eccezionale" nello scritto *Über die deutsche Sprache und Literatur*, parte integrante del suo programma anti-assolutistico, aveva mostrato già molte relazioni con il *Gedankenwelt* del 'Patriarca' di Osnabrück, in particolare nel configurare la presenza di lungo periodo di una rilevante coscienza nazionale, non volta però all'unificazione centralistica, ma piuttosto al riconoscimento e alla valorizzazione della diversità, "des Disparaten" (cfr. pp.

296-305) — aveva ritenuto di dover esprimere la sua gratitudine; per tacere della lode rivoltagli da un Savigny nel *Beruf*: “Hohe Ehre gebührt auch hierin dem Andenken Möser’s, der mit grossartigem Sinn überall die Geschichte zu deuten suchte, oft auch in Beziehung auf bürgerliches Recht”. In particolare di questi tempi, nei quali molte delle tematiche toccate dall’autore della “Osnabrückische Geschichte” e delle “Patriotische Phantasien” (cui faremo riferimento nella scelta curata da Siegfried Sudhof, Stuttgart, 1970), celebrato tra i padri dello storicismo (Meinecke), o lodato ancora per la “attualità e leggibilità per un ampio ambito di lettori” delle sue valutazioni storiografiche (K. Brandi), sono appunto tornate imperativamente sulla scena, va dato merito a K. Welcker di avere accuratamente sfuggito ogni tentazione di letture anacronistiche. Ciò è dovuto in particolare alla nettezza della sua scelta metodologica. A differenza di importanti studi recenti — che sintomaticamente sono anch’essi da ricondurre all’alveo delle ricerche storico-giuridiche (cfr. JOACHIM RÜCKERT, *Historie und Jurisprudenz bei Justus Möser*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, München, 1991, pp. 357-381, e JAN SCHRÖDER, *Justus Möser als Jurist*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986) — non si tratta tanto per l’autore di una collocazione dell’opera di Möser che consenta di fornire per il tramite della sua espressione letteraria un quadro del suo tempo, e neppure dell’individuazione di specifiche problematiche, anche giuridiche, suscettibili di essere da altri sviluppate o riprese (per intenderci una sua eventuale interpretazione come *Wegbereiter* della scuola storica del diritto; p. XXII). Non una indagine classificatorio-filosofica, o per nuclei tematici di carattere giuridico — ad esempio, il ruolo dell’argomento storico nell’ambito dell’argomentazione giuridica, oppure la sua concezione del sistema delle fonti del diritto e della libertà dell’interprete e della *Rechtssprechung* prima paragonata con quella dei contemporanei, poi verificata nella ‘recezione’ del XIX secolo e nella ripresa delle tematiche möseriane nel XX (che è il punto di forza del bel volume di Schröder) —, ma un’altra via, che presenta tuttavia, e Welcker ne sembra consapevole, i suoi propri rischi. Pensiamo al non certo benevolo giudizio di Pütter, che considerava già allora la maggior parte dei saggi contenuti nelle ‘fantasie patriottiche’ di interesse “quasi soltanto locale”, alludendo chiaramente a quel radicamento vocazionale, lo si vorrebbe definire, nella bizzarra struttura dello staterello-microcosmo, il principato ecclesiastico paritetico di Osnabrück, retto da un principe vescovo alternativamente cattolico o protestante, con il suo capitolo di aristocratici canonici, con la sua *Ritterschaft* che si riuniva in *Collegium* con poteri di Dieta — da qui l’ulteriore ‘anomalia’ localista di un Möser che referendario segreto regge praticamente lo stato, specie nel periodo in cui ufficialmente di tale compito e ruolo era investito Giorgio III d’Inghilterra e Hannover, rappresentando contem-

poraneamente e con generale soddisfazione gli interessi di uno *Stand* particolare e così rilevante (cfr. JAN SCHRÖDER, *Justus Möser*, in GERD KLEINHEYER, JAN SCHRÖDER, hrsg., *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4. Aufl., Heidelberg, 1996, p. 278) —, ed infine con la corporazione cittadina in un regime di quasi-autogoverno (cfr. CARLO ANTONI, *La lotta contro la ragione*, 1942, Firenze, 1968, p. 90; di quest'opera tuttora centrale, a nostro avviso, per la comprensione essenziale di Möser, esiste anche una versione tedesca del 1951). All'ulteriore critica pütteriana sull'appartenenza, inoltre, di tali riflessioni piuttosto alla *Staatsklugheit* che al vero e proprio *Staatsrecht*, che in qualche modo lascia già presagire il giudizio riduttivo di molta storiografia giuridica ottocentesca — Landsberg lo annoverava tra i “ dilettanti ricchi di spirito ” — si potrà associare la consapevolezza savignyana che già per i giuristi del suo tempo Möser appariva irritantemente non inquadrabile, nel doppio significato di “ nicht zünftig ” (p. XXIII). La via che infatti Welcker predilige passa per una esplicita rinuncia, la sua ricerca “ nicht versucht, die Werke Möasers über die von ihm verwandte juristische Terminologie zu erschliessen ” (p. XXII) ed anzi tale rinuncia caratterizza la specifica differenza rispetto alla letteratura esistente, sia più risalente sia recente: “ Mit dem Verzicht auf eine an Möasers Rechtssprache orientierte Fragestellung unterscheidet sich vorliegende Arbeit von der Mehrzahl der bislang zu Möser vorgelegten rechtschistorischen Darstellungen ” (ibidem).

La sua strada si potrebbe in una parola definire come ricostruzione *immanente*; l'autore stesso oltre ad utilizzare specificamente un simile aggettivo, lo sostituisce talora con l'espressione “ interpretazione endogena ” (pp. XX e ss.).

La modalità con cui le fonti vengono interrogate non riguarda, cioè, tanto le *tematiche* di Möser, quanto piuttosto “ il modo con cui egli reagiva ai problemi attuali ” e si basa quindi fondamentalmente su di un'analisi interna delle sue opere, rinunciando completamente alla discussione di questioni con le quali Möser nel suo tempo non poteva ancora pensarsi confrontato, per concentrarsi invece nel tentativo di rispondere alla domanda sulla quantità e qualità del suo ricorso alla storia per sostenere determinate iniziative di politica del diritto (pp. XX e 973). Naturalmente questo metodo trova un punto di forza, anzitutto, nella centralità attribuita al suo concetto pragmatico di storia come ‘esperienza’; quindi, da un lato, nell'importanza attribuita alla sua formazione ed attività di giurista professionale (‘Der unbekannte Möser’, p. 659 ss.) — anche Rückert giunge per suo conto alla conclusione che Möser non fosse diventato uno storico di rilievo marginalmente e a dispetto della sua carriera di giurista, ma “ proprio perché egli era un giurista altamente qualificato dell'antico *Reich* ed in tale veste era stato educato ed abituato in una misura metodicamente identica in linea di principio alla connessione di Jus e Historie ” (op. cit., p. 373) — e,

dall'altro, sull'onda di una distinzione corrente per l'epoca, quella tra punto di vista teoretico e pratico, a suddividere anche il suo lavoro, che tende a restituire una personalità in tutte le sue sfaccettature, in due parti, la prima consacrata allo sviluppo delle sue prese di posizione politiche (pp. 1-568), la seconda alle condizioni concrete nelle quali si svolse la sua attività d'ufficio (pp. 570-970). Un ulteriore, e per l'impostazione, decisivo punto di forza è rappresentato dalla quantità di fonti per la prima volta messe a frutto (si cfr. altresì l'appendice, pp. 1013-1040, dove sono trascritti testi e pareri inediti, tra cui, di particolare interesse quelli relativi alla soppressione dell'ordine dei Gesuiti, con la sua qualificazione della soppressione come essenzialmente configurabile giuridicamente quale procedura di fallimento, " bei welchem Gläubiger Ansprüche erheben könnten, über die ein weltliches Gericht zu befinden habe "; sulla controversia vedi anche pp. 850-869): si può dire che tutta la seconda parte del lavoro ne sia in profondità intessuta, assumendo quindi una rilevanza documentaria di prim'ordine. Essa contiene inoltre al suo inizio (pp. 530-657), un'amplia disamina delle diverse immagini del nostro che la storiografia ha dipinto, scandite per secolo di appartenenza, utilissima anche per fornire una tessitura, metodologicamente *a contrario*, rispetto ai motivi dell'interpretazione endogena (a p. 635 viene valutata anche l'opera di Antoni, riconoscendogli il merito di avere per primo, in chiara differenza di prospettive rispetto a Meinecke, individuato uno dei Leit-Motive più accentuati anche nella sua indagine, ovvero il fatto che la ragione storica (la *Osnabrückische Geschichte*) e la " lokale Vernunft " (le *Patriotische Phantasien*) non fossero altro che due facce della stessa medaglia, ma senza trarne poi, come accenneremo, tutte le ulteriori suggestioni). Un terzo punto rilevante — che emerge a tutto tondo a causa, tra l'altro, dell'accuratissima disamina dell'opera più propriamente letteraria di Möser (dall'*Arminius* al significativo *Der Wert wohlgezogener Neigungen und Leidenschaften* del 1756, dall'*Harlekin, oder Verteidigung des Grotteske-Komischen* al già ricordato saggio del 1781 sulla lingua e la letteratura tedesche, rivolto anche a confutare il *De la littérature allemande* di Federico II di Prussia, in sintomatico parallelismo con la critica dell'idea di unificazione (codicistica) del diritto (pp. 92-156; 277-308) — è quello che certifica fin nei particolari della 'storia di una vita' e di un giurista lo svolgersi di quel tema dell'" unità nella molteplicità ", del recupero delle 'differenze' storiche, che sta alla base del peculiarissimo 'patriottismo' del nostro, non per caso da Welcker recuperato, ben al di là di un eventuale riferimento ad una sua qualche, sistematizzante o sistematizzabile, concezione del diritto, come " punto archimedeo " dell'intimo pensiero, appunto " ein moralisch fundierter Patriotismus " (ad es., p. XXIV). Ma come l'opera collocata sulla vetta della prima fase mostra, con la sua tesi di fondo, secondo la quale le nazioni europee debbono essere intese come un gruppo frazionato

regionalmente di *Kulturlandschaften* tra loro non confondibili, e il simbolo di Arlecchino vale a segnalarne l'artificiale unità, sottolineando ad un tempo la preferenza crescente di Möser per gli aspetti locali, il privilegio del regionale rispetto al Nazionale, così come " die gemeineuropäische Tendenzen ", nel rifiuto appunto delle pretese nazionali di predominio basate sul superiore valore dell'una o dell'altra (pp. 135-153; 255-256) e nell'ostilità alle guerre di conquista; come anche l'*Harlekin* mostra, nella sua affermazione che ogni uomo è al contempo " savio e pazzo ", nella personalità, nelle dottrine, nella prassi di Möser ci si imbatte in un'ambiguità o contraddittorietà di fondo: in qualche modo il simbolo si attaglia a lui per primo e non per caso Welcker titola un paragrafo-chiave del testo " Möser als Harlekin " (pp. 153-155). Del resto, sebbene intorno al 1760 non fosse chiaro se già ritenesse la sua partecipazione alle attività amministrative e politiche del piccolo principato ecclesiastico e alle numerose controversie che ne scaturivano trascrivibile immaginificamente nel richiamo alla celebre maschera, nella sua vecchiaia risulta esplicitamente ch'egli paragonasse la sua propria posizione, attualmente non precisamente fissata, con quella di Maître Jaques, una figura di Arlecchino del teatro molieresco, e non certamente soltanto perché il grottesco dell'arlecchinata — anche sotto il profilo della teoria teatrale — rappresentava al meglio la confutazione del razionalismo centralizzatore e costruttivo d'impronta francese e assolutistica, o incarnasse perfettamente la sua concezione secondo cui " l'uomo è un animale che deve giacere alla catena della sua immaginazione " (cfr. Antoni, op. cit., p. 101). In realtà il chiarimento, nella misura in cui sia ritenuto plausibile, di tale ambiguità o contraddizione, rimanda all'obbiettivo sottilmente ambizioso della rinuncia metodica operata *in limine* da Welcker, ovvero alla svalutazione di quelle che vengono ritenute in linea di principio *Fragestellungen* anacronistiche, come il ricercare se l'atteggiamento politico di Möser sia da considerare liberale o conservatore, o se egli debba essere considerato un esponente dell'Antiilluminismo o della Controrivoluzione; od ancora se vada considerato un 'difensore' della 'Ständegesellschaft' od un rappresentante dell'Antico Regime (pp. XX-XXI, nota 10). Fino ad un certo segno tale svalutazione, che suona come molto positivisticamente scepsi contro la cosiddetta 'Storia delle idee' — scepsi che ci pare un po' troppo diffusa nell'attuale storiografia giuridica tedesca —, può anche essere la legittima conseguenza della scelta endogena dell'autore; ma una volta indagata con ogni precisione la formazione professionale e personale, la qualità del pubblico a cui concretamente si rivolgeva fondando gli *Osnabrückische Intelligenzblätter* (cfr. pp. 435-440; 449-497) e i suoi fini di formazione di un'opinione pubblica, sociologicamente valutati, le sue prese di posizione a favore del *Partikularrecht* (p. 308 ss.), la sua concezione dello stato " als Garten " (pp. 288-294), o piuttosto come 'Piramide' (*Der Staat mit einer Pyramide verglichen*).

Eine erbauliche Betrachtung, in *Patriotische Phantasien*, ed. cit., pp. 114-117), o ancora la tesi dello stato nel quale ciascuno partecipa ai diritti solo se gli competono (e nella misura in cui gli competono) i corrispondenti doveri, quasi fosse una *Aktiengesellschaft* (originariamente naturalmente solo i proprietari terrieri, cioè in essenza i nobili, potevano considerarsi azionisti, poi anche i *Bürger*, come 'Geldaktionäre' in contrapposizione ai 'Landaktionäre', infine forse perfino i proletari, ma solo come azionisti 'del proprio corpo' sottoposto alla servitù militare, come 'Leibaktionäre'; cfr. JAN SCHRÖDER, *Justus Möser*, cit., p. 279), e si potrebbe continuare con la sua avversione non solo alla codificazione (" Quanto più semplici divengono le leggi e più generali le regole, tanto più dispotico, arido e povero diventa uno stato "), ma anche nei confronti della stessa scienza giuridica del suo tempo, e non solo (pp. 83 ss.): ma una volta stabilito tutto questo ed altro ancora, quelle domande 'generali' di collocazione si ripresentano con tutta la loro forza, perché sono domande di senso alle quali lo storico — anche nei confronti di Möser, che esplicitamente pretendeva all'universalità *per mezzo ed in ragione* del particolare storico — non può sfuggire, pena la fuga nell'antiquaria o nella mera dilettezza estetica. E neppure Welcker intende in realtà sfuggirvi, come mostrano chiarissimamente le sue considerazioni conclusive, non per nulla formulate sotto forma di *tesi* (pp. 974-975; 975-991).

La prima di esse lascia anzi trasparire come in realtà il bersaglio principale della ricostruzione sia rappresentato non dal complesso delle eventuali prospettazioni anacronistiche, bensì da una principalmente; la tesi suona infatti: " Möser non si proponeva di legittimare i rapporti preesistenti, ma di fornire un contributo al loro miglioramento ". L'obiettivo polemico è pertanto sufficientemente chiaro; la 'tradizionale' *Einordnung* del pensiero del nostro come manifestazione di 'conservatorismo', anzi come una delle più tipiche espressioni del conservatorismo politico-giuridico: con tutte le sfumature di differenza a giusta ragione mantenute, vista la peculiarità e novità della base documentale acquisita, l'autore sembra a questo proposito recuperare in parte il giudizio di un lavoro al quale, in una con quello di Jean Moes (*Justus Möser et la France*, 2 Bd., Osnabrück, 1990), attribuisce un ruolo tutto particolare tra gli studi recenti, e precisamente la *Dissertation* di RENATE STAUF, *Justus Möser's Konzept einer deutschen Nationalidentität. Mit einem Ausblick auf Goethe*, Giessen, 1991, che, appunto tenendo conto del lato di critica all'esistente, contenuto nell'opera del nostro, parla, in correzione di un'immagine di legittimismo cetuale troppo statico, di 'conservatorismo riformatore' (sull'orma di una definizione di Klaus Epstein, ed affermando persino che " Möser habe auf theoretische Ebene das Landständische System bereits überwunden "; cfr. pp. 30-52). Ora il passo compiuto da Welcker vorrebbe essere più radicale, superando anche quanto dell'etichettatura tradizionale restava nella

formulazione della Stauf. La questione se un aggiornamento della collocazione ‘tradizionale’ sia storiograficamente plausibile, si impone certamente con qualche coerenza per un autore il quale, oltre a comporre un *Anti-Candide*, non solo aveva potuto sostenere — e il passo è posto da Welcker in esergo dell’intera opera (già Antoni lo riportava in forma ‘ridotta’, p. 122) — che “aveva sempre più rispetto per il percorso intrapreso dagli uomini primitivi secondo le esigenze loro dettate dai bisogni naturali, piuttosto che delle alte vie sulle quali i nostri cosiddetti filosofi vagabondano oziosamente bel al di là dei limiti dell’umanità. Se perciò mi imbatto in un vecchio costume o in una vecchia consuetudine, che non vuole affatto far rima con le pretese conclusioni deduttive dei moderni, così mi faccio avanti con l’idea: gli Antichi non sono certamente stati dei pazzi, e rifletto con questa così a lungo, finché non trovo una causa razionale, e rispedisco poi al mittente (*certamente non sempre*) [sottolineatura nostra], ovvero ai Moderni, tutto lo scherno e il sarcasmo con cui hanno cercato, spesso senza alcuna cognizione di causa, di svalutare l’Antichità e di demoralizzare coloro che restano fermi ai suoi cosiddetti pregiudizi”, non solo aveva potuto sostenerlo come canone storiografico generale, ma aveva potuto concretizzarlo, appunto a sua volta, in uno storicismo del disprezzo. “È questo lo storicismo di Möser: egli disprezza infatti il diritto romano, che ha creato il concetto puramente umano di “persona”, disprezza lo stesso concetto cristiano di “uomo”, disprezza tutte le religioni e dottrine che impongono precetti universali: dissolvendo l’ordine dei ceti e le loro libertà, il concetto di “uomo” offre al dispotismo la massa indifferenziata dei sudditi. Il giusnaturalismo va considerato alla stessa stregua...” (C. ANTONI, op. cit., pp. 95-96). Non solo in generale, ma anche nei particolari che gli erano così cari — certamente coglie nel segno la quinta tesi avanzata da Welcker, che egli cioè “si ponesse in maniera aperta dinnanzi al mutamento delle concezioni giuridiche sostenendolo e favorendolo, laddove si fondasse sulla interpretazione e valorizzazione di esperienze personali, e rifiutandolo, qualora esso non si appoggiasse e riferisse ad interessi materiali”, ma bisogna poi sempre porre la domanda “quali interessi materiali” e ascoltare anche qualche risposta non proprio riformatrice: “Indessen erhellt hierhaus, dass es nicht sowohl Krieg und Tyrannei als natürliche Bedürfnis und Verbindlichkeit in der Jugend eines Staates gewesen, welche den Leibeigentum oder die Leibeigenschaft so früh und so allgemein eingeführt hat. Denn Leute, welche nichts hatten, mussten froh [!] sein, dass man ihnen Kredit auf ihren Leib gab” (*Etwas zur Naturgeschichte des Leibeigentums*, in *Patriotische Phantasien*, cit., p. 221). Oppure ancora: “Die alten Deutschen behandelten jeden Fremden als einen Knecht; und wenn die Neuern dieses Verfahren barbarisch nennen; so verraten sie nur ihre Unwissenheit..etc.” (*Von dem Einflusse der Bevölkerung durch Nebenwohner auf die Gesetzgebung* ibid., p. 85). È una delle acquisi-

zioni di maggior novità, senza alcun dubbio, quella riferibile alla terza tesi, sull'uso della storia non deterministico da parte di Möser, con conseguente scelta di punti di vista di volta in volta diversi e legati all'attualità; ma anche se, appunto in connessione a ciò, risulta ormai chiaro che, a fronte di un ruolo di grande rilievo attribuito alla storia come deposito collettivo di esperienze utilizzabili nelle opere più propriamente letterarie, assai più modesto, quando non del tutto subordinato appare lo spazio assegnato all'argomento storico nei suoi scritti 'di servizio', preferendogli di gran lunga Möser "den Verhandlungsweg" e cercando "eine Streitbeilegung durch Interessenausgleich" (p. 977), ciò non sposta di molto, ed anzi accentua la sensazione di ambiguità della sua posizione complessiva: il "certamente non sempre", lo mostra prevalentemente collocato su di un versante, che non esclude però affatto oscillazioni — non vogliamo usare di proposito il termine schmittiano di 'occasionalismo' troppo modellato sul romanticismo politico, e tuttavia — verso soluzioni che si definirebbero comunemente 'progressive'. Se possiamo, in chiusura della disamina di questo bel lavoro, esprimere una valutazione finale, vorremmo a sua volta formularla non come *Gegenthese* — casomai, se proprio un rammarico si dovesse esprimere, sarebbe quello di non aver scorto, nonostante i molteplici richiami alla giovanile formazione francese, un approfondimento specifico dell'intuizione di Antoni sulla permanenza, talora 'in maschera' di un fondo di libertinismo (si potrebbe tradurre *Stichwort: Saint-Évremond*, se non andiamo errati richiamato solo tre volte) nel pensiero del nostro, anche più maturo —, ma anzi come integrazione, sempre sotto forma di tesi. Le considerazioni di Welcker sono stringenti contro una indentificazione di Möser con un'immagine stereotipa e impallidita, anche sotto il profilo storico-concettuale, di 'conservatorismo', quale quella propria di larga parte della storiografia da lui acutamente soppesata; ma un'accurata disamina proprio delle sue tesi complessive, porta a concludere che il suo lavoro sia una delle migliori illustrazioni storiografiche pensabili di quel concetto forte di *Konservatismus* (o meglio, se si vorrà, ma non è qui il luogo di aprire una ulteriore controversia filologica, di *Altkonservatismus*) che fin dal 1925 Karl Mannheim aveva cercato di formulare nelle sue caratteristiche concettuali portanti (morfologicamente), individuando poi proprio in Möser una delle sue figure chiave (K. MANNHEIM, *Konservatismus. Ein Beitrag zur Soziologie des Wissens*, Frankfurt am Main, 1984, spec. p. 160 ss.). La dimostrazione di tale tesi aprirebbe un nuovo capitolo: anche questo valga come sintomo di quel non effimero interesse, oggettivo stavolta, che quest'opera di lunghi anni ha suscitato in noi e merita di suscitare ancora.

PAOLO CAPPELLINI

SEGNALAZIONI

Una ' Histoire du droit privé français depuis 1804 '

A Jean-Louis Halpérin, professore nell'Università Jean Moulin di Lyon, gli storici del diritto debbono negli ultimi anni non poco: dopo due interessanti monografie su alcuni temi vitali (*Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, L.G.D.J., 1987 e *L'impossible Code civil*, Paris, P.U.F., 1992), ecco apparire nel corso dell'anno passato il cospicuo rapporto collettivo su *Avocats et notaires en Europe-Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine* (Paris, L.G.D.J., 1996), ampia ricerca coordinata e diretta dallo stesso Halpérin sui modi di organizzazione in Francia, Inghilterra, Germania, Italia durante gli ultimi due secoli dei giuristi esercenti una professione libera, i cosiddetti *lawyers in private practice* della tradizione anglosassone; ecco apparire, infine, sempre nel corso del '96, presso Dalloz, un agile e felice profilo del Codice Napoleone (*Le Code civil*, Paris, Dalloz, 1996) e una *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris, P.U.F., 1996), cui è dedicata questa breve segnalazione.

Innanzitutto, due considerazioni doverose, l'una — positiva — che riguarda la situazione francese, l'altra — negativa — concernente l'Italia.

Veniamo alla prima: osservatore attento, ormai da parecchi decenni, della grande storia giuridica francese dal medioevo ad oggi e ammiratore di alcuni momenti di indubbia acme della riflessione giuridica (come la fioritura umanistica cinquecentesca, o la splendida presa di coscienza della dottrina di fine Ottocento), all'inizio di queste mie osservazioni mi veniva facile di esprimere il rammarico per un generale disinteresse (salve poche eccezioni) della storiografia giuridica di Francia per questo invidiabile patrimonio storico. Oggi, non mi sentirei di rinnovare quel sentimento di rammarico. Ormai da parecchi anni c'è un interesse vivo — anche se talora coltivato con un po' di superficialità — da parte di molti storiografi, filosofi e anche cultori del diritto positivo, testimoniato — per giunta — dalla nascita recente di alcune Riviste sensibili (una delle quali, la ' Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique ' ha concretato quell'interesse in un oggetto tematico assolutamente specifico). A una sostanziale sordità per la storia del pensiero giuridico moderno in casa propria, si va lentamente sostituendo, in Francia, un atteggiamento notevolmente diverso.

La seconda considerazione riguarda invece non oltralpe ma casa nostra, ed è negativa: se anche da noi, come in Francia, è consolante contemplare — e sicuramente, presso di noi, con un cospicuo anticipo — interesse e sensibilità documentati da volumi, saggi sparsi e iniziative di stampa periodica, è avvilente constatare che, a tutt'oggi, non solo non abbiamo una sola opera, come questa di Halpérin, che segua minutamente l'itinerario del diritto privato italiano dalle prime codificazioni ottocentesche — *Code civil* e ABGB, vigenti immediatamente in buona parte della penisola e di poi sempre assai influenti — al momento attuale, ma siamo perfino lontani dall'essere in grado di farlo in maniera soddisfacente (essendo taluni esperimenti deteriori più un segno di inconsapevolezza culturale che una tappa di conquista scientifica).

E veniamo al volume di Halpérin; e diciamo subito che se ne deve dare un giudizio assai positivo. Eccone i pregi che mi appaiono nitidamente.

Un primo pregio: è una storia del diritto privato scritta da un personaggio che conosce bene le tecniche del diritto civile e del diritto privato in genere. Non mi stancherò mai di insistere su questa verità, tanto vera ed evidente da sembrar banale e quasi ai limiti dell'ovvietà: le tecniche non sono sottigliezze artificiose di quei formalisti dei giureconsulti, né sono, di conseguenza, per lo storico del diritto un bagaglio di cui potersi tranquillamente disinteressare; al contrario, hanno per lui un enorme valore interpretativo, e la loro conoscenza acquisisce il ruolo di un insostituibile strumento sul piano squisitamente storiografico; sarà infatti unicamente attraverso la mediazione delle tecniche che lo storico potrà risalire con sicurezza ai cieli alti e rarefatti delle ideologie e delle epistemologie. Uno storico del diritto privato ignaro delle collaudate grammatiche civilistiche mi appare simile a quello storico della musica che non conosce il pentagramma e che è costretto a fare soltanto della prosopografia esterna al personaggio creatore di musica (quella prosopografia che, ohimè, troppo spesso vediamo frequentata da troppi storici del diritto ignoranti degli arnesi elementari del proprio mestiere). In questo volume di Halpérin si parla invece, con una conoscenza compiuta, di uomini e di istituti, di pensatori giuristi e di pensiero giuridico che si incarna in assetti concreti — giuridicamente còliti e risolti — del vivere associato.

In secondo luogo, è una storia del diritto privato, che tenta di percepire l'itinerario di una intera e complessa esperienza giuridica nelle sue spesso faticose marce di rinnovamento e di assestamento dopo la grande ma condizionante barriera della codificazione napoleonica. E tutta l'attenzione dello storico è rivolta a non isolare o privilegiare questa o quella fonte, ma a coglierne l'intreccio, talora l'opporsi, talora il sovrapporsi, talora l'armonizzarsi; comunque, sempre lo sguardo cerca di sorprendere legislazione, scienza giuridica e giurisprudenza

pratica nella loro convivenza e nel loro reciproco atteggiarsi all'interno dell'esperienza francese.

Scendendo al tessuto qualitativo del libro, si debbono sottolineare tre pregi indubbii; innanzi tutto, lo stile espositivo, che appare chiaro ed essenziale, restando però preciso e rigoroso nelle nozioni giuridiche fornite, pregio non piccolo in un volume destinato anche — e forse prevalentemente — a un pubblico di studenti universitari bisognosi — prima d'ogni altra cosa — di chiarezza di idee; in secondo luogo, l'informazione bibliografica, che è compiuta, aggiornatissima, e che è in grado di soddisfare soprattutto quello studioso non-francese che chiede un ultimo riferimento con cui e su cui rapidamente raggiuagliarsi; infine, l'ammirevole equilibrio con cui è seguito un segmento di storia giuridica tanto dibattuta e controversa come quella del diritto privato nella Francia tardo-moderna. E qui conviene soffermarsi brevemente con una esemplificazione.

Il banco di prova può essere proprio un tema su cui recentemente si è discusso molto: la cosiddetta 'scuola dell'esegesi'. Da quando Bonnecase ne disegnò i tratti nel remoto 1918 — sicuramente con parecchie unilateralità ma altrettanto sicuramente con una felice intuizione pionieristica — è passata parecchia acqua sotto i ponti di Parigi; negli ultimi tempi, si è — anzi — assistito a un ribaltamento della riduttiva analisi bonnecasiana e ci si è ritenuti in dovere di tesser perfino un fervido 'éloge de l'exégèse'. La verità, forse, non sta in mezzo, ma è chiaro che ci troviamo di fronte a due valutazioni esasperatamente unilaterali: con l'aggravante — per la seconda — che essa affiora oggi, in un momento di più mature acquisizioni metodologiche, e affiora visibilmente come puntigliosa ricerca della soluzione originale a tutti i costi.

La valutazione di Halpérin è ispirata al più sensato equilibrio: non c'è una 'scuola dell'esegesi', proprio perché non c'è un maestro riconosciuto e non ci sono programmi da seguire; si tratta piuttosto di uno stuolo sparso di giureconsulti compenetrati da un medesimo clima culturale e portatori — questo sì — di un medesimo atteggiamento culturale. Qualche riferimento al diritto romano, qualche sparuto riferimento storico, una pennellata — ogni tanto — di un fumoso diritto naturale non bastano a toglierli da un'aria di pesante assolutismo giuridico di cui essi sono i primi convinti assertori; il testo è "loi suprême" (Demolombe), la legge statutale è il « principal élément de notre droit » (Duranton) e pertanto « c'est dans le code civil qu'il faut étudier le code civil » (Proudhon); l'eretico Acollas insofferente dello 'esprit légiste' resta solitario e appartatissimo nella sua 'eresia', mentre i meriti sistematorii di Aubry e Rau sono piuttosto meriti tedeschissimi di Zachariae.

Ai nuovi affrettati ammiratori della esegesi ottocentesca si ha il diritto di replicare che gli esegeti non erano certamente un gregge di beoti (come una immagine cartolinesca ha spesso accreditato) ma che, se si fosse atteso da loro il rinnovamento del diritto privato francese, si

sarebbe forse aspettato invano. Non ne ebbero la capacità e non ebbero nemmeno la fiducia nelle proprie possibilità creative. L'armonizzarsi lento, difficile, tormentato del diritto privato francese all'incessante mutamento sociale, economico e tecnologico è frutto di una giurisprudenza pratica di altissimo rango e di una costellazione di coraggiosi e consapevoli *arrêts*, lo si deve a quegli *homines novi* dotati di una nuova psicologia, forse impietosamente distruttivi dei vecchi e laboriosi esegiti, ma muniti di vitalità psicologica e, pertanto, di forza incisiva.

Sarà il grande *tournant* dottrinale dopo gli anni '80, con al centro i nomi notissimi di Saleilles e di Gény. Io non sarei disposto a *nuancer* la portata di questo *tournant*. È vero: anche il legislatore si muove. È vero: la giurisprudenza si era mossa da tempo, sollecita di fronte alle richieste della società in movimento (basti pensare ai terreni del regime dotale e della legittimazione). È vero: non si deve prender per buoni tutti gli autocompiacimenti di Saleilles e dei neoterici. Però, è anche vero che la rifondazione di un diritto civile francese moderno è scritta soprattutto in quelle pagine; e il pensiero corre immediato ai grandi temi di una interpretazione epistemologicamente rinnovata e della teoria — parimente rinnovata — della obbligazione e della responsabilità civile, o alla intuizione del valore insostituibile sul piano culturale della comparazione giuridica. E mi arresto solo ad alcuni grossi punti fermi.

Informato e puntuale è lo svolgimento che Halpérin segue per tutto il Novecento fino agli ultimi decenni; ed encomiabile continua ad essere lo sforzo di tener conto della coraltà di fonti che emerge viva in una società francese sempre più complessa; uno sforzo difficile ma riuscito, che fa ben percepire al lettore i diversi apporti della legislazione, della giurisprudenza e della scienza. Due osservazioni minime: forse meritava un posto autonomo quel Pierre Voirin, allievo di Gény a Nancy e suo successore nella cattedra di Diritto civile, il cui volume sulla « *imprévision dans les rapports de droit privé* » (1922) si inserisce bene — e con vitalità — nella corrente innovativa; forse si fa torto alla complessità del messaggio di Georges Ripert, un messaggio vivacissimo, insistendo su « *sa vision statique et normative de la règle de droit* » (e forse meritava spazio il contributo di Ripert alla costruzione di un nuovo diritto agrario francese).

Ma sono osservazioni minime, a margine di un libro che sono lieto di additare e consigliare a tutti lettori non-francesi dei 'Quaderni fiorentini' che possono non averlo ancora presente.

PAOLO GROSSI

' *Grandezza e miseria del diritto della Chiesa* '

Segnalo volentieri questo volume ventitreesimo della collana 'Religione e società', diretta e curata da Francesco Margiotta Broglio per

la Casa editrice ' Il Mulino ' di Bologna, ma mi piace — innanzi tutto — segnalare ai nostri lettori, nel suo complesso, questa felice iniziativa editoriale, che è un modello di agguerrita e consapevole impresa culturale. Margiotta vi ospita contributi di storici e di giuristi, taluni già maestri provetti, taluni giovani promettenti alle prime armi, opere collettive su temi di grande rilievo, particolarmente — ed è il marchio peculiare della collana — ristampe di ' classici ' del pensiero giuridico contemporaneo nell'ambito di quell'insieme disciplinare che, nel linguaggio usuale dell'organizzazione accademica italiana, suole chiamarsi ' diritto ecclesiastico e canonico '.

È un campo, questo, dove non si può attualmente non contemplare con rammarico un certo ristagno, ma dove si sono toccate, in Italia, vette alte della riflessione giuridica con testimonianze di un pensiero incisivo e duraturo: il ricordo si puntualizza soprattutto su quegli anni trenta e quaranta in cui si levarono nitide le voci di Jemolo, Magni, D'Avack, Giacchi, Fedele, per non parlar che dei maggiori. La collana di Margiotta ha il merito di riproporci alcune di quelle voci: si tratta di un ' classico ' del momento di fondazione della scienza ecclesiasticistica in Italia come le ' Relazioni tra Stato e Chiesa ' di Francesco Ruffini con cui si apre la serie, o del magnifico lavoro storico-giuridico di Jemolo sulla proprietà ecclesiastica che segue come secondo volume, della ' Introduzione ' di Mario Falco al primo Codice di diritto canonico, e poi dei volumi di Magni sulla ' Teoria e interpretazione del diritto ecclesiastico civile ', di D'Avack su ' Vaticano e Santa Sede ', di Scavo Lombardo su ' La buona fede nel diritto canonico ', mentre mi auguro che prossima sia la volta della riproposizione del ' Discorso generale sull'ordinamento canonico ' di un Pio Fedele precocissimo e penetrantissimo anche se discutibile e discusso e anche rifiutato.

Il libro che qui si segnala è la opportuna raccolta di scritti canonistici di una personalità davvero singolare, Giuseppe Dossetti, professore di diritto ecclesiastico e canonico nella Università di Modena dal 1943 al 1957. Il grande pubblico ricorda piuttosto Dossetti come fermento vivo e occhio lungimirante in un partito democratico-cristiano sempre più sclerotizzato in apparato di potere e in centro di corruzione, ed ha chiara di fronte a sé la sua azione coraggiosa in seno alla Assemblea Costituente e il suo contributo efficace alla redazione del testo della Costituzione; o in seno al Concilio Vaticano II come collaboratore del cardinal Lercaro e come ' perito ' ⁽¹⁾; ricorda, poi, la

⁽¹⁾ Si vedano, a questo proposito, le seguenti raccolte: G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1994 (recensita su questa nostra Rivista da Paolo Barile, nel vol. XXIV, anno 1995); ID., *Il Vaticano II - Frammenti di una riflessione*, a cura di F. Margiotta Broglio, Bologna, Il Mulino, 1996.

sua presenza carismatica nella società ecclesiale, il Dossetti monaco, teologo, mistico ⁽²⁾.

C'è però un primo Dossetti, quello della sua formazione professionale: ed è il canonista, l'allievo di Jemolo e Magni a Bologna, e di Vincenzo Del Giudice alla Cattolica di Milano, un Dossetti troppo dimenticato ma non dimenticabile, e ha ragione Margiotta di puntualizzare che proprio i contributi del canonista possono offrire supporti rilevanti alla interpretazione di questa complessa e vigorosa personalità del nostro tempo.

Il titolo (« *Grandezza e miseria* » *del diritto della Chiesa*, Bologna, Soc. Ed. Il Mulino, 1996) è dossettiano, ed è — né più né meno — che la intitolazione che Dossetti volle dare alla sua prelezione del novembre 1951 per la inaugurazione dell'anno accademico nella Università di Modena, una riflessione generale che sarebbe prezioso avere ma che Margiotta ci informa essere perduta ⁽³⁾.

Il titolo è dossettiano perché l'autore lo volle per il suo discorso inaugurale, ma, come il lettore avveduto avrà già notato per suo conto, la sostanza è derivata da un frammento famoso di Pascal dove il pensatore francese medita sulla grandezza e miseria dell'uomo ⁽⁴⁾.

È un titolo che Margiotta ha fatto bene a scegliere; e non perché ha una indubbia efficacia attrattiva per il lettore ma perché coglie perfettamente la complessa coscienza critica del canonista Dossetti: un canonista né supino né passivo, che si rifiuta di lavorare da puro logico e da puro sistematico all'interno di quel grande mosaico che è l'ordinamento canonico (come, purtroppo, con scempio culturale, si è visto e si vede fare da tanti giuristi di curia); un canonista che è invece consapevole d'una verità complessa: che la dimensione giuridica è una necessità per la società ecclesiale, ma è anche una scommessa formidabile, e un rischio altrettanto formidabile.

Il diritto canonico, sol che si lasci per un momento il suo carattere strumentale, può diventare una 'miseria' di quella stessa società. Da qui il richiamo costante di Dossetti a costruirlo non con la sola preoccupazione di farne un sistema logicamente coerente ma a edificarlo con materiali tratti dal seno stesso della tradizione ecclesiale, necessariamente intriso di teologia, necessariamente impastato di storia, con una sua tipicità tanto esclusiva da rigettare apporti esterni non debitamente filtrati e accomodati. Il che, agli occhi di Dossetti, si è

⁽²⁾ G. DOSSETTI, *Con Dio e con la storia. Una vicenda di cristiano e di uomo*, a cura di A. e G. Alberigo, Genova, 1986.

⁽³⁾ Non posso che credere a Margiotta, storico provetto ed esperto di ricerche archivistiche, ma mi risulta stranissimo che non ve ne sia traccia negli archivi universitari modenesi, trattandosi di un discorso ufficiale, tenuto in una sede formale quale l'inaugurazione di un anno accademico.

⁽⁴⁾ È Dossetti stesso ad informarcene (cfr. DOSSETTI, *Con Dio e con la storia*, cit., pp. 24-25).

purtroppo verificato: e questo sia detto per i modelli romani e romanistici in ordine al diritto canonico classico dei secoli XII-XV, nonché per i modelli della dogmatica laica, soprattutto di quella civilistica, per il diritto canonico di ieri e di oggi. Il rischio si è forse allontanato oggi in presenza di un Codice dall'impianto esasperatamente pastorale e teologizzante, ma era vivo quando Dossetti scriveva, sotto l'impero di un *Codex* rigorosissimo nell'impianto, nell'ideario, nel linguaggio, ma tributario di una dogmatica decrepita e, per molti aspetti, inadatta. L'esempio più macroscopico era offerto da quella riduzione dei sacramenti nel novero delle *res* in omaggio alla tripartizione gaiana (*personae, res, actiones*) assunta da Gasparri a intelaiatura portante del proprio sistema legislativo.

Alla consapevolezza che il giurista della Chiesa e nella Chiesa non può non procedere su un delicato e pericoloso filo di rasoio Dossetti, pur non rinunciando mai all'esercizio e al dominio di una tagliente logica giuridica, si ispirò con coerenza in tutta la sua non lunga stagione di giurista: nel suo *opus magnum* giuridico, il volume su 'La violenza nel matrimonio in diritto canonico' (5), rielaborazione compiuta, nel 1944, della dissertazione di laurea discussa a Bologna, dieci anni prima, con Cesare Magni, e in cui, prendendo le distanze dalle sordità del suo nuovo patrono Vincenzo Del Giudice per la dimensione storica, affermava reciso: «il dato storico qui fa parte integrante della trattazione sistematica e perciò vi si inserisce intimamente» (6); nei suoi saggi sparsi e perfino in quello su 'La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico' (7), dove potrebbe liminalmente sorprendere la sapiente conoscenza e la massiccia onnipresente utilizzazione del travaglio dottrinale civilistico in tema di contratto preliminare, ma dove, a un esame più attento, si rileva l'uso squisitamente comparatistico che se ne fa con una perenne tensione più ad acuire le diversità o le opposizioni che ad assorbire supinamente una modellistica.

A noi giuristi la lettura di questi saggi canonistici dossettiani potrebbe provocare il rimpianto per una riflessione scientifica troppo presto arrestatasi e dalla quale sarebbe stato lecito sperare risultati di grosso rilievo culturale nel suo svilupparsi e maturarsi; ma sarebbe probabilmente una valutazione miope e limitata. E lo dimostra il dono delle successive riflessioni (ad azioni) sul piano politico e teologico con cui Dossetti ha arricchito la cultura italiana (e non soltanto italiana) contemporanea.

P.G.

(5) Milano, Vita e Pensiero, 1944.

(6) *Ibidem*, p. VIII.

(7) È incluso nel volume che qui si segnala (v. p. 243 ss.).

A proposito di ...

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

EL DEBATE CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO
ENTRE LA GUERRA DEL VIETNAM Y LA GUERRA
DEL GOLFO, O LA CONSTITUCION COMO PRE-TEXTO

« Salomon Feferman cuenta que Gödel estuvo a punto de verse privado de la ciudadanía norteamericana. Para conseguirla había que pasar un examen oral; Gödel se dedicó a estudiar la constitución de Estados Unidos y se dió cuenta de que, en fin..., de que había en ella unos cuantos problemas. Para empezar su texto tenía varias contradicciones. Y luego, si leía con suficiente atención, se veía enseguida que Estados Unidos podía ser transformado — dentro de la más estricta legalidad — en una dictadura. Explicó confidencialmente sus descubrimientos a Oskar Morgenstern, que le aconsejó no mencionar nada de ello en su examen oral de ciudadanía ... ¡yo sé perfectamente que sí puede ocurrir! ...Al final entre Einstein y Morgenstern consiguieron contener a Gödel lo suficientemente para que aprobara su examen sin incidentes y pudiera prestar juramento como ciudadano de los Estados Unidos ». (E. REGIS, *Who got Einstein's office?*)

1. La constitución y su historia. — 2. La interpretación de la constitución. — 3. La doctrina de las libertades en revisión. — 4. Cuando poderes e Instituciones son cuestionados. — 5. Y también los principios. — 6. Dos casos concretos. — 7. ¿Una visión de futuro?.

Desde principios de la década de los setenta se viene desarrollando en Estados Unidos una amplísima polémica cuya característica más relevante es la incidencia directa que alcanzó no sólo en el ámbito de la cultura constitucional sino en el propio desenvolvimiento de las instituciones, hecho este último al que no es ajena la voluntad de quienes tomaron y toman parte en la misma por alterar o modificar el desarrollo de, al menos, algunos aspectos de la vida constitucional norteamericana. Consiste, en esencia, en un debate plural, tanto por los contenidos —

en especial los derechos y libertades considerados en relación con los principios políticos que informan la propia constitución americana —, como por los participantes, cuyos puntos de vista son, con frecuencia, prácticamente irreconciliables. En la actualidad, sin embargo, este debate — cuyos términos se nutren de aspectos de la realidad política, social y económica, en una dirección biunívoca que trasciende el marco académico y a la que no es ajena la inclinación política de gran parte de sus sostenedores — parece haber llegado a su fin o, al menos, haber entrado en una situación de *impasse*, a juzgar por las publicaciones, en su mayor parte obras de síntesis y recapitulaciones, elaboradas en los últimos años ⁽¹⁾.

Iniciado con la llamada «era Nixon», alcanzó sus cotas más elevadas durante la «era Reagan», con unos resultados singularmente notables, tanto en la revisión del pasado como en su proyección hacia el futuro; es decir, en el análisis histórico y, a través del mismo, una descripción del presente y una cierta prospectiva constitucional. En todo caso, aún concediendo una importancia secundaria a elementos ajenos a la propia doctrina constitucional, lo cierto es que tal polémica, dotada de la agilidad que le concede el hecho de estar desarrollada no sólo a través monografías específicas sino mediante revistas de especialidad de las principales universidades, permitió repensar la constitución y la Revolución americanas, reformular la(s) teoría(s) de los derechos y libertades — y, en consecuencia, prestar atención complementaria a aspectos no contemplados hasta el momento, como los relativos a los derechos indígenas y la ciudadanía de otros grupos marginales —, cuestionar las funciones de jueces y tribunales y hasta el propio sistema federal.

Contemplada desde fuera, y con toda la objetividad de que es susceptible una materia como ésta, la polémica reviste una entidad propia, sin precedentes en el ámbito norteamericano y aún en otros espacios políticos que comparten la misma o similar cultura constitucional. De hecho, como se ha expuesto, comienza hacia finales de los sesenta, aunque sus cotas más elevadas se obtienen desde mediados de los setenta hasta los primeros noventa, más o menos coincidiendo con los dos eventos a los que se hace alusión en el título, cuya influencia, sobre todo del primero, es evidente en alguno de los aspectos más controvertidos. Y no es ésta, por cierto, una excepción en la historia constitucional americana; más bien todo lo contrario: es suficiente prestar atención a los cambios constitucionales, en especial en lo que afecta a la función y competencias del Tribunal Supremo federal, que

(1) De ellas, algunas recogen el debate en todos sus términos, y otras, sólo aspectos parciales del mismo. Como más generales, y a modo de ejemplo, R.A. POSNER, *Overcoming Law*, H.U.P., 1995; S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From theory to politics*, N.Y.U.P., 1996; y M.S. FLAHERTY, *History «lite» in modern American Constitutionalism*, en *Columbia Law Review*, vol. 85, 1995, n. 3, pp. 523 y ss.

en su día ocasionaron la guerra de Secesión o la Segunda Guerra Mundial, en este último caso con los precedentes del New Deal y la Depresión, para percibir la profunda implicación entre la *Realpolitik* y las cuestiones más formalmente constitucionales en la historia de este país.

Pero lo que sin duda le confiere una de sus características más peculiares, y a la vez más elocuentes, es la adscripción académica multidisciplinar de sus sostenedores. Aunque se trata siempre, como es obvio, de temas constitucionales — que ocasional o marginalmente pueden incidir en otros aspectos —, quienes los desarrollan, por el contrario, proceden de las más diversas ramas, destacando al lado de los constitucionalistas *stricto sensu*, filósofos e historiadores del derecho en primer término, pero también sociólogos, politólogos, economistas y hasta críticos literarios (2). Todo ello, en fin, conforma un panorama, amplio pero bien definido, sumamente enriquecedor, en el que se ha producido una renovación doctrinal cuyo alcance todavía está por determinar. Y a este respecto, conviene, no obstante, hacer una observación: conscientes de que sus escritos van destinados a un público más amplio que el integrado por sus colegas más inmediatos y a la consecución de unos objetivos que trascienden el marco académico, los integrantes del debate, incluso cuando se trata de juristas por profesión, plantean sus opiniones no tanto desde posturas de historia o teoría constitucional sino de constitucionalismo.

Con el fin de evitar équivocos a este respecto, podemos adelantar las diferencias que existen entre uno y otras, en los términos que, precisamente, nos propone una de las obras más recientes: en tanto que el constitucionalismo norteamericano implica « una conjunción particular entre el derecho (law) y las decisiones políticas (politics) » realizada a partir de una serie de tópicos, la « teoría constitucional consiste en una investigación de las relaciones entre el proceso de decisiones político-jurídicas y el terreno más abstracto determinado por la filosofía política y jurídica », y la historia constitucional supone el análisis de la evolución del texto primitivo, con todas sus implicaciones, recurriendo a un método que C. Sunstein ha definido como completamente diverso

(2) La labor de éstos críticos es, sobre todo, valorada por quienes, como se verá más adelante, recurren a la interpretación de la constitución a través del texto y su redacción original, con el fin de procurar el más adecuado « constitutional meaning », mediante el análisis textual. R. POSNER, se ocupó de este tema en *Law and Literature: a relation reargued*, en *Va. L.R.*, vol. 72, 1986, pp 1351 y ss, donde demostraba su escepticismo, arguyendo que los métodos interpretativos en literatura y derecho son distintos. Sobre este tema, abundando en las tesis de POSNER, *vid* también S. FISH, *Don't Know much about the middle ages: Posner on law and literature*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp 777 y ss.

del utilizado por los anteriores ⁽³⁾. Así concebido, es decir, como un proceso dinámico de carácter histórico y político, y no como el estudio de un pensamiento que se recogió en un cuerpo estático elaborado en siglo XVIII, el constitucionalismo se presenta como la manera más eficaz de « comprender tanto el desarrollo de la constitución a través del tiempo como el actual y complejo sistema constitucional » ⁽⁴⁾.

Finalmente una observación: en este trabajo sólo se recogerá, por razones obvias, alguno de los múltiples temas y aspectos de los analizados, de la misma manera que también únicamente se aludirá a determinados autores, aquéllos cuyas obras, posiciones o teorías me han parecido más determinantes o han alcanzado mayor incidencia.

1. Los estudiosos norteamericanos, cualquiera que sea su especialidad, cuando se refieren a la historia constitucional alcanzan la mayor, y casi única, de las unanimidades al coincidir en la existencia de, al menos, tres fases en su desarrollo, todas ellas provocadas por acontecimientos de primera magnitud en la historia política interna. Se trata de la etapa de la revolución y redacción de la constitución (*Revolutionary era*), la posterior a la guerra civil (*Reconstructing era*) y la del *New Deal*, bajo la presidencia de Roosevelt. La unanimidad es asimismo casi total cuando se alude a una cuarta, a la que da inicio la *guerra fría*, si bien aquí los linderos son más difusos, ya que los autores retrasan o adelantan su comienzo a la década de los cincuenta o a la de los sesenta.

El recurso a una cronología como la anterior, marcado por acontecimientos políticos tan determinantes, lejos de ser gratuito o superfluo, viene a mostrar, por el contrario, cambios fundamentales sufridos por la constitución, casi siempre producidos en el Tribunal Supremo, salvo en la última etapa, en la cual, además de afectar a esta institución, se han producido « alteraciones » que afectan a los propios pilares ideológicos de dicho texto, en especial relacionados con la separación de poderes, la soberanía — desde perspectivas que serán analizadas más adelante — e incluso la representación. Y son, precisamente, estos hechos los que han impulsado a buena parte de juristas norteamericanos a reivindicar la aplicación más rigurosa de la constitución, bien a través de la interpretación adecuada del « constitutional meaning » o mediante la recuperación de los principios que impulsaron su redacción. Desde tales presupuestos no puede sorprender, incluso entre quienes rechazan el propio texto o admiten como lógicos los cambios acaecidos, el protagonismo alcanzado por la historia constitucional, cuya frecuentación en este caso no queda reservada exclusivamente a los historia-

⁽³⁾ Vid C.R. SUNSTEIN, *The idea of Unseable past*, en *Columbia L. R.*, vol. 95, 1995, pp. 601 y ss, p. 602.

⁽⁴⁾ S.M. GRIFFIN, *American constitutionalism*, pp. 4 y ss.

dores, sino que, por el contrario, es trabajada directamente por todos los implicados. A este respecto, la abundante bibliografía sobre la materia, bien de forma monográfica o más general — incluidas las reediciones de obras estrictamente históricas, entre las que destacan las realizadas sobre la Corte Suprema —, o las citas de esta clase que invariablemente recogen todos los trabajos, lejos de ser un producto de la casualidad o de la propia naturaleza del texto, ponen de relieve que, en esta materia, además, la cuestión de método no es en absoluto secundaria.

En cualquier caso, todos ellos, desde los más positivistas hasta los que han sido calificados de marxianos (que no marxistas), aunque diverjan en las calificaciones, coinciden en considerarla como una historia ni lineal ni pacífica, marcada desde sus mismos inicios por profundas crisis. Y a este propósito, no ha dejado de señalarse, como lo ha hecho Horwitz, uno de los primeros miembros del *Critical Legal Studies* (CLS), que en la historia jurídica norteamericana, cuya evolución estudia desde finales del siglo XIX hasta 1960, pueden percibirse diferentes períodos, marcados por un pensamiento jurídico dominante en cada uno de ellos, que afectaba a todos los ámbitos y, de manera singular, a las instituciones. Como más relevantes, el *clásico* (fines del siglo XIX y primer tercio del XX), con un dominio absoluto del positivismo jurídico, contradicciones internas y ninguna consideración a presupuestos de política social, en el que el contrato como manifestación de la autonomía individual — tal como recoge el caso más paradigmático de la época y uno de los más relevantes de la jurisprudencia americana, *Lochner v. New York*, de 1905 —, es el elemento determinante; y el *progresistor*, de signo claramente contrario, a cuyo amparo han surgido diferentes formulaciones, en el ámbito académico, en torno al « constitutional decision-making », así como nuevas implicaciones que afectan a todos los poderes ⁽⁵⁾.

Por ello, y porque, como en toda polémica, lo más interesante son los resultados, los norteamericanos han dedicado muchísimo tiempo y espacio a revisar en profundidad las circunstancias doctrinales y políticas en que se desarrollaron sus antepasados inmediatamente antes, durante y después de la independencia. Desde la influencia lockiana, que alguno, como B. Ackerman rechaza, hasta la determinación, voluntariamente ambigua, del concepto de libertad o de representación y la reconstrucción del proceso de elaboración de la constitución, con especial énfasis en los aspectos más conflictivos, llevada a cabo por J. Ph. Reid ⁽⁶⁾, pasando por la evolución operada en la práctica del

⁽⁵⁾ M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*, N-Y Oxford U.P., 1992 (1ª vol. 1977). Vid. asimismo la interesante, aunque no del todo compatible, crítica que le hace D.R. ERNST, *The critical tradition in the Writing of American Legal History*, en *The Yale L.J.*, vol. 102, 1993, pp 1019 y ss.

⁽⁶⁾ En especial en *The concept of Liberty in the age of American Revolution*,

Tribunal Supremo desde 1780 a 1860, que realiza el mencionado Horwitz — demostrando la influencia de elementos económicos, manifestados por el paso de una economía agraria postfeudal inmovilista al nacimiento de nuevas formas de propiedad, como la intelectual, hacia 1850 —, con la aparición de lo que ha sido definido como una « posición política neutral », conforme a la cual los jueces se limitan a seguir los dictados de una economía capitalista, al atenerse exclusivamente a lo establecido en los términos del contrato, nada parece escapar a este « ánimo reconstructor ».

En este sentido, las raíces ideológicas que informaron el modelo constitucional americano, sobre todo entre 1760 y 1795, aproximadamente, — período que corresponde a las llamadas era revolucionaria (*revolutionary era*) y de los Fundadores (*founding era*), durante el cual se procedió a la formalización definitiva de la constitución por sus redactores (*framers*) — fueron objeto de estudio preferente, por las razones que se expondrán más adelante, para un grupo de estudiosos, uno de cuyos últimos exponentes es L.A. Shaim (7). Para este autor, los fundamentos se encuentran en un comunitarismo de origen calvinista y agrario, que se contrapone al « mito del individualismo americano », el cual fue introducido más tarde, ya avanzado el siglo XIX. Un comunitarismo que se hace especialmente presente en la regulación de un derecho de libertad reflejado en varias acepciones originales — hasta ocho, de las cuales la individual sólo es una de ellas —, y que se caracteriza « por la voluntad de sumisión » a un sistema de derechos y libertades, apareciendo por tanto revestida de una carga moral adecuada a la concepción entonces defendida « de la familia, la congregación y las instituciones morales ».

Consideraciones como las anteriores no son en absoluto banales o superfluas, ya que, como veremos, tienen un objetivo bien determinado en la medida que de ellas arrancan, o se pretende hacer surgir, interpretaciones diversas, tanto por la jurisprudencia, fundamentalmente de los jueces federales, como por la doctrina. En este último caso, sobre todo, por parte de quienes intentan hacer primar, ante cualquier otra consideración, la « intención de los redactores » en la aplicación del propio texto constitucional.

2. Este último párrafo nos puede servir de introducción a las formas de interpretación de la constitución; pero con relación a este tema, las consideraciones se vuelven necesariamente más amplias, en la medida que no sólo dependen de cuestiones científicas, tanto de

U.Ch.P., 1988; *The concept of representation in the age of American Revolution*, 1989; y, sobre todo, en su espléndida serie, en varios volúmenes, dedicada a los orígenes: *Constitutional history of the American Revolution*, U. W.P., desde 1986.

(7) L.A. SHAIM, *The myth of american individualism. The protestant origins of american political thought*, P.U.P. 1994, *passim*.

contenido como metodológicas — es decir, dependiendo de los diferentes ámbitos de procedencia: lingüístico, político, económico, jurídico, etc. —, sino también, y muy especialmente, de claros posicionamientos ideológicos, lo que ha dado lugar a las distintas tendencias de las que aquí tan sólo se recogen, y de manera sucinta, las más difundidas.

Partiendo de que « el constitucionalismo americano está basado en la analogía entre la constitución y una ley ordinaria »⁽⁸⁾ y de que, al mismo tiempo y por encima de otra consideración, la constitución, formalmente, es ante todo una ley, aunque sea la más fundamental de ellas, la primera forma de interpretación debería ser la llevada a efecto por los propios constitucionalistas; en el caso norteamericano, además, con el interés añadido de ser realizada también por el propio Tribunal Supremo. Bien es cierto que, en este último caso, recurriendo con frecuencia, sobre todo en la época que estamos analizando aunque con claros precedentes en los años treinta, a otros argumentos que los estrictamente jurídicos, lo que no ha dejado de ser objeto de críticas hacia la propia práctica de esta institución o hacia quienes defienden, bien que desde sus propios presupuestos, la misma.

Sin embargo, desde esta posición, la más rigurosamente jurídica, la cuestión fundamental consiste en elegir la interpretación más adecuada, problema en absoluto sencillo ya que, como expone Bobbit, el propio texto carece de directrices al respecto, « lo que significa que la interpretación ha de estar basada inevitablemente en principios ajenos a las palabras de la propia constitución »⁽⁹⁾, introduciendo así una cierta indeterminación sobre este particular asunto. Este es el motivo por el que tal autor propone seis modelos diversos, fundados únicamente en la construcción legal y, a su juicio, claramente diferenciados de los que se llevan a cabo en otros campos, porque parten de unos principios básicos, entre los que sobresalen la distinción entre soberanía y estado y entre soberanía y gobierno, causa directa, en su opinión, de « muchas de las características de la constitución de los Estados Unidos », no en vano concebida desde sus orígenes como constitución escrita. Es lo que él denomina « las modalidades del argumento constitucional », entendiéndolo por modalidad « la manera (way) con la que caracterizamos una forma como verdad », y aporta como tales en primer lugar la *histórica*, basada en la intención de los redactores (*framers*) y la de quienes ratificaron (*ratifiers*) la constitución; la *textual*, ateniéndose exclusivamente a las palabras, como pudiera hacerlo « cualquier persona de la calle »; la *estructural*, que se circunscribe a las relaciones entre las órdenes constitucionales y las estructuras que establece la propia constitución; la *doctrinal*, que se fundamenta en las reglas del precedente; la

(8) S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism*, p. 13.

(9) Ph. BOBBIT, *Constitutional interpretation*, Basil Blackwell Ltd, 1991, p. 10.

ética, derivada de los órdenes morales del «american ethos» que aparecen recogidos en la constitución; y, finalmente, la *prudencial*, analizando los costes y beneficios que, en todos los sentidos, supone una norma concreta ⁽¹⁰⁾.

En una posición claramente diferenciada se encuentra Kahn, conspicuo representante del *republicanismo*, para quien «la interpretación de la constitución no tiene nada que hacer con una teoría abstracta de la justicia o un análisis de la política (*policy*) correcta», ya que, a su entender, tal interpretación «no es nada más que la articulación de un intento histórico» ⁽¹¹⁾, razón por la cual la historia, en este caso la constitucional, se convierte en una fuente de legitimación.

En este sentido, no fue precisamente la casualidad la que impulsó a este autor a preguntarse en 1992 ⁽¹²⁾ acerca de las causas que fomentaban la profunda división entre la teoría y el derecho constitucionales y de la total incomunicación entre ambos, tras comprobar como las carencias de la teoría constitucional la hacían claramente insuficiente para responder a cuestiones apremiantes tanto científicas como sociales, hecho que había suscitado el interés por la teoría y filosofía políticas y la atención a los desarrollos social y político. A pesar de que Kahn no comparte estas últimas aproximaciones — más bien todo lo contrario, aunque sin negar su influencia —, propone, sin embargo, como la solución más correcta el análisis de la evolución histórica de la teoría constitucional, fundamentalmente por sus vínculos tanto con el derecho constitucional como con la teoría política. Por ello, él mismo califica sus aportaciones como «historia intelectual y teoría constitucional simultáneamente», lo que le permite recorrer sin dificultad el itinerario histórico intentando localizar un hilo argumental del mismo. Y así, percibe en los orígenes del constitucionalismo americano, y más concretamente en la obra de *Publius*, una interrelación de fenómenos políticos y psicológicos, los cuales conformaron una «virtud psicológica» en la que se basaba el propio gobierno republicano, en la medida que ésta compendia la capacidad de deliberación y elección fundada en criterios racionales. De igual forma, y desde luego con criterio novedoso, considera que «el mito del originalismo americano» está vinculado a una «particular idea de la soberanía popular», porque dicho originalismo consiste, precisamente, en la negación de la libertad individual, que se somete a la soberanía popular.

Para Kahn, que reivindica, como buen republicano, el concepto de comunidad por encima del de soberanía popular — al que considera revestido de la suficiente vaguedad para permitir sacrificar lo

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, pp. 12 y ss.

⁽¹¹⁾ En su artículo *Reason and will in the origins of american constitutionalism*, en *Yale L.J.*, vol. 98, 1989, pp. 449 y ss., pp. 496-97.

⁽¹²⁾ P.W. KAHN, *Legitimacy and History. Self-government in American Constitutional Theory*, Y.U.P., 1992, pp. IX-X.

particular a lo colectivo o, lo que es lo mismo, lo individual a lo popular (integrado este último por el conjunto de quienes han existido y existirán) —, la evolución constitucional norteamericana consiste en la alternancia entre pasión y razón, entre razón y voluntad (*reason and will*), conforme a la cual la primera impulsa un « modelo organizado, producto de una ciencia abstracta », en tanto que la voluntad está detrás de « un modelo organizado alrededor de la imagen de la vida orgánica ». Por consiguiente, estima que la interpretación de la constitución no se relaciona con una idea abstracta de la justicia, sino más bien con la idea de que el soberano popular es el único fundamento del orden político. En este sentido sólo existió unidad en el momento fundacional, por lo demás muy breve; desde entonces la vida política norteamericana es una sucesión entre la primacía de la razón y la voluntad, una constante lucha entre ambas en un marco delimitado por la identidad individual y la de la comunidad. Porque, en definitiva, se trata en el fondo de una teoría constitucional informada por una idea política que separó al ciudadano, individuo particular, y al estado como representante del orden público ⁽¹³⁾.

La postura, tan diferente, de ambos autores, Bobbit y Kahn, nos puede servir de introducción al amplio espectro de posiciones que, tomando como punto de partida la forma de interpretación de la constitución, trascienden los aspectos formales del propio texto. Como nota común, y con frecuencia la única, de todas estas tendencias, cuyas propuestas pueden ser más o menos rupturistas, más o menos novedosas, más o menos independientes, está la historia constitucional, su propia historia, que se muestra a la vez como una carga y como una excusa.

En términos generales, por tanto, los autores norteamericanos, bien sea atendiendo a la forma o bien al contenido, se agrupan en distintas posiciones que han sido convenientemente definidas. Detrás de cada una de ellas existe lo que Fitts ⁽¹⁴⁾, entre otros, ha definido como « filosofía », es decir, una intencionalidad y unos objetivos cuya legitimidad depende, en gran parte, precisamente de la manera en como se lleva a cabo la interpretación de la constitución.

Por otro lado, conviene asimismo apuntar que, en ocasiones, las tendencias tampoco implican un movimiento unitario, ya que se perciben opciones diversas dentro de las mismas, las cuales, en buena medida, están condicionadas por la determinación de la prioridad de los fines o de los principios que defienden. Tal es el supuesto del *republicanismo* — término acuñado a partir del concepto que aparece incluido en la sección cuarta del artículo 4 de la constitución, al que mas

⁽¹³⁾ Vid. obras cit. notas anteriores. *Publius*, como se sabe, es el grupo integrado por Madison, Jefferson y Jay.

⁽¹⁴⁾ M.A. FITTS, *Look before you leap: some cautionary notes on Civic Republicanism*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 1651 y ss., p. 1652 y ss.

tarde Madison en *El Federalista* otorgaría un sentido diverso, incluso contrario, al recogido en dicho texto —, que los historiadores ⁽¹⁵⁾ y los juristas, fundamentalmente, han reivindicado en las últimas décadas desde diversas perspectivas, posiblemente basándose en el precedente apuntado.

Surgió así el *republicanismo clásico*, cuyos partidarios tienen como objetivo preferente el análisis de las influencias, sobre todo lockianas, y los aspectos más representativos: derechos, libertades y la participación comunitaria en los asuntos políticos, en especial durante la primera etapa. A su lado, y como creación original de los historiadores, aunque en la actualidad se recurre a sus argumentos para resolver conflictos constitucionales singularmente relevantes, en especial los que afectan a la cuestiones derivadas de competencias entre poderes, está el *republicanismo cívico* o, en denominación de Fitts ⁽¹⁶⁾, el republicanismo cívico moderno, cuyo representante más sobresaliente es, sin duda, C. sunstein ⁽¹⁷⁾. Se caracteriza porque, además de la altísima consideración de la historia constitucional propia, persigue un diálogo racional entre los poderes más implicados en el « decision-making process », y, en particular, por su intento de conciliar el « judicial review » con las deliberaciones legislativas, por cuanto afectan a elementos claves de esta postura, como los ya aludidos relativos a las libertades y participación ciudadana, o la « virtud cívica » que defendían los Fundadores.

No obstante, aunque la solución propuesta, esto es, el diálogo entre los implicados, incluidos los agentes sociales interesados, tiende a evitar la dispersión legislativa, lo cierto es que, con la misma, quien verdaderamente sale reforzado es el Tribunal Supremo federal, que lo hace en detrimento del Congreso, además de conllevar el riesgo de entrar en confrontación con otros elementos irrenunciables del republicanismo, como es la universalidad de la participación ciudadana. Y ello sin considerar el hecho de que la presencia de tales agentes sociales, que, por lo general, suelen defender intereses económicos muy específicos, desplaza, como ha podido comprobarse, la igualdad y aumenta, por el contrario, la pobreza. Y es que, a este respecto, al menos una parte del republicanismo — cuyo « revival » no en vano alcanzó sus máximas cotas durante la « era Reagan » —, es particularmente peligroso en el ámbito de las libertades, entre otras razones porque, al margen del poder político real que tales grupos extrarrepresentativos pueden alcanzar y que, a juicio de algunos autores ⁽¹⁸⁾, explica la escasa partici-

⁽¹⁵⁾ Tal es el caso de la historiadora L.K. KERBER, *Making Republicanism useful*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 1663 y ss., p. 1663.

⁽¹⁶⁾ *En Look before*, p. 1651.

⁽¹⁷⁾ C.R. SUNSTEIN, *Beyond the Republican revival*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 1539 y ss.

⁽¹⁸⁾ W. BURNHAM, *The appearance and disappearance of the american voter*, en *The*

pación del electorado, corre el riesgo de que « el diálogo y la participación se conviertan solamente en un fenómeno elitista ».

En este sentido, las críticas sobre esta tendencia pueden ir incluso más allá de las apuntadas. Tal es el caso de Brest ⁽¹⁹⁾, p.e., quien aunque reconoce la innegable relevancia de la participación ciudadana construida sobre el concepto de igualdad política, a la que además califica de pilar de una auténtica comunidad, sostiene, no obstante, que la misma se ve en la actualidad fuertemente condicionada por la intervención de factores externos de distinta naturaleza y, en especial, por la propia intervención judicial. Y son precisamente estos hechos los que han potenciado un elevado grado de escepticismo entre los estudiosos acerca la aplicación efectiva de los principios del republicanismo, sobre todo en lo que se refiere a la participación: nadie duda de su existencia constitucional, ciertamente, pero, en general, se cree que sólo son verdaderamente aplicables en comunidades reducidas, en tanto que se vuelven casi imposibles en las grandes sociedades industriales.

Se trata en todo caso de un escepticismo que se extiende, en un grado todavía mayor, al *republicanismo radical*, cuyas premisas más elementales consisten en la defensa de que « el discurso constitucional y el proceso de toma de decisiones son, a la vez, una prerrogativa y una responsabilidad fundamentales de toda la ciudadanía » ⁽²⁰⁾, en primer término; y, en segundo lugar, en la convicción de que existe una estrecha relación entre el sistema republicano y la igualdad económica. Sobre todo este último hecho es el que determina que la lucha contra la pobreza se convierta en un imperativo para sus sostenedores — entre los que sobresalen J. Hart Ely y F. Michelman —, quienes la ven posible a través de la estricta aplicación de la 14 enmienda de la constitución.

Fue precisamente Michelman, en un difundidísimo artículo ⁽²¹⁾ que no casualmente comienza con el análisis de uno de los casos más controvertidos de la jurisprudencia norteamericana — *Bowers v. Hardwick*, en el que entraban en conflicto el ejercicio de la libertad con el principio de autoridad — quien defendió que el pensamiento constitucional americano en modo alguno puede considerarse exclusivamente vinculado con comunidades pequeñas y estáticas, ya que está conformado por principios, como el de libertad política, a los que es conatural la renovación de las asociaciones políticas. Es suficiente para ello, expone, la « reformulación » de la historia o historias que justifican la exclusión, o excluyen directamente, la participación de quienes no se habían considerado parte o no habían intervenido en dicha historia.

current crisis in american politics, 121, 1986, p.196, cit. por M.A. FITTS, *Look before*, p. 1952, n. 41.

⁽¹⁹⁾ EN P. BREST, *Further beyond the Republican revival: toward radical Republicanism*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 1622 y ss.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, p. 1628.

⁽²¹⁾ F. MICHELMAN, *Law's Republic*, en *The Yale L.R.*, vol. 97, 1988, pp. 1493 y ss.

En clara contestación no sólo a las críticas (22) anteriormente apuntadas, sino también a las que acusan a esta tendencia de presumir un consenso moral (como consecuencia de uno de sus presupuestos básicos, la virtud cívica) inexistente en la sociedad liberal actual y, sobre todo, de defender una supremacía del legislativo basado en la soberanía popular, claramente incompatible con las aspiraciones de seguridad, esencialmente defendidas por la vía judicial, Michelman propone una opción que se funda en un principio recogido implícitamente por la propia Constitución. Se trata del mandato republicano, o lo que es lo mismo, el reconocimiento de la pluralidad social y de un gobierno basado exclusivamente en las leyes, a las que considera como las auténticas garantes de la democracia y la libertad política, en la actualidad atacadas ambas por la interpretación judicial. Porque para este autor, cuyo axioma básico es que « no existe democracia donde no hay libertad política », la intervención judicial en determinados campos, como el de los derechos y libertades, es exactamente lo contrario de democracia, en la medida que restringe la libertad política y la participación ciudadana.

El republicanismo, en sus diferentes versiones, fue sin género de dudas una de las corrientes más exitosas, hasta el extremo de que la prestigiosa *The Yale Law Journal* dedicó al mismo un número (23) que recogía un debate en el que participaban sus representantes más relevantes. La defensa que realiza de la participación ciudadana, la recuperación de conceptos como el de virtud cívica, que está en los mismos orígenes del constitucionalismo norteamericano, o sus críticas contra el poder judicial, le hizo particularmente receptivo en los medios académicos, sobre todo durante las « eras » Nixon y Reagan. Pero no fue la única tendencia en reivindicar un retorno a los inicios, en volver la vista hacia atrás para encontrar un argumento coherente ante las injerencias de los poderes y las alteraciones que acontecimientos políticos estaban produciendo en el ámbito estrictamente constitucional. Hubo otras corrientes doctrinales, más minoritarias, incluso posiciones individuales, que merecen asimismo ser susceptibles de atención.

El *originalismo*, término que contribuyó a difundir Brest en 1980 (24), sólo aparentemente recuerda alguno de los aspectos más formales del republicanismo. Consiste, básicamente, en olvidar todo el desarrollo de

(22) Entre otros, y precisamente por este artículo sobre todo, la que R. EPSTEIN, *Modern Republicanism — Or the Flight from substance*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 1633 y ss., les dirigió a él y a C. Sunstein.

(23) Precisamente el vol. 97, n. 8, de julio de 1988, con artículos y comentarios de sus más conspicuos representantes y críticos, en torno al tema « Symposium: The Republican Civic Tradition ».

(24) P. BREST, *The misconceived quest for the original understanding*, en *The Boston U.L.R.*, n. 204, 1980. Vid también D. LYONS, *Constitutional interpretation and original meaning*, en *Social Philosophy & Policy*, vol. 4, Is. I, 1986, pp. 65 y ss.

la historia constitucional y centrarse exclusivamente en el momento de elaboración de la constitución, con el fin de recuperar el sentido exacto que los redactores de la misma otorgaron a su contenido. Y está, asimismo, el *formalismo*, *the legal formalism*, que alcanzó un considerable eco en la segunda mitad de los ochenta, durante uno de los momentos más críticos de enfrentamiento institucional.

Si para las tendencias mencionadas con anterioridad y otras que se analizarán más adelante, la política, entendida no sólo como ejercicio sino como inspiración, es decir contemplada tanto desde el proceso de toma de decisiones como de teoría política, es un elemento consustancial a la interpretación, los partidarios del *formalismo legal* rechazan toda implicación de esta naturaleza, porque consideran que su presencia supone una instrumentalización que se opone a la racionalidad intrínseca o « inmanente » del Derecho.

Recurriendo a las palabras utilizadas por Weinrib ⁽²⁵⁾, seguramente uno de sus más claros exponentes, se trata de « reivindicar la autonomía del derecho » a través de la coherencia interna de las normas jurídicas, « sin que ello implique una teoría perversa de la indulgencia, aunque sí la negación de injerencias externas al mismo derecho ». Su alternativa, cuidadosamente elaborada a partir del análisis de las tres clases de formalismo que Unger había descrito en el « manifiesto » del CLS en 1983 ⁽²⁶⁾ — que, no obstante, rechaza, a causa de la no admisión del criterio de coherencia legal por el CLS —, tiene nombre propio: el *conceptualismo*. Entre sus premisas básicas se incluye la consideración del derecho como un fenómeno cohesionado internamente, por lo que, entre otros aspectos, se diferencia de las demás teorías porque defiende que el derecho no consiste en la realización de un proyecto utópico, sino que es una consecución racional, el mayor logro alcanzado por la mente.

Sin embargo, el formalismo legal no se limita, como muy bien se ha apuntado ⁽²⁷⁾, a una cuestión de lenguaje o de dogmática, porque no sólo no garantiza una completa asepsia en el « decision-making process », sino que, a pesar de los esfuerzos de sus defensores, implica asimismo una opción política muy determinada. Y ello por cuanto su repulsa de cualquier tipo de injerencias, incluidas la de carácter moral, social o económico, además de las políticas — si esto fuera objetivamente posible —, supone la eliminación y el no reconocimiento de uno de los problemas más acuciantes de los constitucionalistas norteamericanos en la actualidad, como es la confrontación con el Tribunal Supremo, tal y como quedó demostrado desde el caso *Lochner v. New*

⁽²⁵⁾ E.J. WEINRIB, *Legal Formalism: On the inmanent rationality of law*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 949 y ss.

⁽²⁶⁾ R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies movement*, en *Harvard L.R.*, vol. 96, 1983, pp. 561 y ss.

⁽²⁷⁾ Por F. SCHAUDER, *Formalism*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 509 y ss.

York, uno de los más clásicos y paradigmáticos de toda la jurisprudencia americana. Quizá por ello, Weinrib, con acierto, prefiere llamarlo de una manera más descriptiva, *positivismo presuntivo*.

Llegados a este extremo, tras la sumaria consideración de las tendencias expuestas, con sus reivindicaciones de la historia como fuente de legitimación, el más puro positivismo o presupuestos estrictamente constitucionales, es decir, donde lo verdaderamente importante es la forma de interpretación y no la interpretación *per se*, ya no parece tan inadecuada la pregunta que Posner se formulaba acerca de si realmente existe una teoría constitucional en Norteamérica.

Sumamente respetado tanto en su actividad académica como pública, lo que, obviamente, no implica una aceptación ni total ni generalizada de sus proposiciones, Posner, formado en la Escuela de Chicago, en una de sus más recientes obras — un libro que no por casualidad titula « superando el Derecho » (*Overcoming Law*) (28), y en el que, por cierto, no rehuye las cuestiones más conflictivas, desde la interpretación constitucional a los jueces, los debates académicos, la función de los profesionales del derecho y, sobre todo, las materias más acuciantes relacionadas con los derechos y libertades como la sexualidad, el empleo, el feminismo o la discriminación en sus diferentes versiones —, nos propone una teoría que se nutre tanto de aspectos sociales y políticos como de los estrictamente jurídicos. Porque para él es fundamental estar abierto a todo lo que sucede alrededor y a toda clase de aportaciones, pues no en vano, como confiesa con franqueza, « vivimos en un tiempo en el que economistas como Coase y Becker, filósofos como Rawls y Rorty y críticos literarios como S. Fish, tienen una presencia real en los medios académico-jurídicos » (29).

Es la suya una actitud pragmática, pero se trata de un *pragmatismo no canónico*, opuesto frontalmente al conservador y que, por tanto, prescinde del positivismo, lo que « implica tanto una aproximación canónica instrumental como existencialista ». Sus características pueden resumirse en las siguientes: en primer lugar, en que sólo valora el pasado en la medida que éste ayuda a solucionar los problemas del presente y del futuro; en segundo, que recurre al *stare decisis* — precedente —, únicamente como guía para la adopción de decisiones; y, finalmente, en que se basa en el sentido común, entendiendo por tal la convicción de que los modelos de referencia pueden cambiar y a menudo lo hacen con rapidez, hecho este último de singular importancia en los asuntos que se refieren a los derechos y libertades más cuestionados en la actualidad. Es, en definitiva, un *pragmatismo activo*, es decir, progresivo, por cuanto se realiza mediante acciones deliberadas y presupone la capacidad y responsabilidad de los tribunales en relación

(28) *Cit.* nota 1.

(29) *Overcoming law*, p. IX.

a los otros agentes gubernamentales; y *escéptico*, ya que intenta superar las creencias que circulan en la comunidad sin la más mínima reflexión crítica.

Con todo, este juez, cuya propuesta se presenta a lo largo de muchas páginas de exámen concienzudo y coherente de doctrinas ajenas, alguna de las cuales le influye claramente en tanto que otras son también claramente rebatidas — entre ellas las de dos de los más importantes constitucionalistas, el ya citado Ely y A. Reed Amar, quien defiende una teoría de la interpretación basada en el texto constitucional, su historia y su estructura ⁽³⁰⁾ — concluye por preguntarse, como ya se ha expuesto, si en efecto existe una teoría constitucional norteamericana. Y plantea la cuestión con serenidad, sin exasperación y desde la experiencia propia, tras analizar las profundas transformaciones que afectaron a la primitiva constitución y la evolución doctrinal.

No hay concesiones retóricas en su interrogante, que concluirá por responder con una dubitativa afirmación, lo que señala la debilidad que, en el mejor de los casos, caracteriza a tal teoría. Se basa para ello, por un lado, en la pluralidad de los diversos planteamientos que sugiere la propia interpretación de la constitución, pero también en el rechazo de otras cuestiones. Entre ellas, su refutación de la idea de que el derecho constitucional es el medio a través de cual se pueden reforzar los valores fundamentales descubiertos e introducidos por los jueces en el ejercicio de su función, ya que esto contribuye a convertir a los mismos en quasi-legisladores, opción que si se aplica también a los temas que afectan a los derechos y libertades no sólo cuestiona la propia teoría democrática sino que — y aquí nos encontramos una crítica directa a Amar — se acabaría por considerar a la constitución como « una cornucopia de nuevos derechos » ⁽³¹⁾.

Las cuestiones relativas a la interpretación de la constitución, que aquí hemos visto sucintamente a través de las tendencias más difundidas, conforman uno de los aspectos más atractivos del constitucionalismo americano en el periodo señalado, debido en gran parte a las fuentes en que se basan sus instigadores, desde los más « tradicionales » como Kahn, Bobbit o Michelman a los que recurren a la lingüística o al modelo estructuralista. A este respecto, y a pesar de que también aquí es abundante la producción, sobre todo desde que, como ya se ha apuntado, Brest utilizó en 1980 el término *originalism*, aplicado a la interpretación exclusivamente textual (*textualism*) o a la intencionalidad (*intentionalism*), de los redactores de la constitución, las aportaciones, aunque sus autores las sitúen, como en el caso de W.

⁽³⁰⁾ Sobre todo en relación con su artículo escrito en colaboración con D. WIDAWSKY, *Child abuse as slavery: a Thirteenth amendment response to Deshaney*, en *Harvard L.R.*, n. 105, 1992, pp. 1359 y ss. La crítica de POSNER en *Overcoming Law*, pp. 211 y ss.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, cap. 6 *passim*.

Harris II ⁽³²⁾, en el marco de la estricta ciencia constitucional — es decir, atendiendo a la propia interpretación judicial, a los valores que informan y ampara la propia constitución, entre otros — no abandonan, antes bien le conceden una importancia fundamental, el lenguaje (*constitutive language*).

Partiendo del presupuesto de que « el mundo político puede ser construido y controlado mediante palabras » y de la distinción de la « constitución como orden lingüístico » y « constitución como orden político », el autor citado en último lugar realiza un esfuerzo de reconstrucción de un lenguaje constitucional, expresado en términos de « un alto nivel de abstracción », capaz de explicar los cambios constitucionales que se han producido desde los orígenes y aun continúan produciéndose. Y en el mismo sentido, aunque desde una posición más minoritaria, se sitúa el *método de inferencias o deducciones*, propuesto por Brewer ⁽³³⁾, que con un claro precedente estructuralista, se basa en el « análisis microanalítico » del proceso deductivo de la interpretación legal en sus diversas y sucesivas fases, aunque este estudio reserva su aplicación al ámbito más propiamente científico que político, con lo cual se elimina la interpretación judicial.

Se trata en todos los casos de una búsqueda del sentido o significado de la constitución (*constitutional meaning*), realizado a partir de posiciones distintas. Sin embargo, tales posiciones, incluso las que tienen claros precedentes en corrientes doctrinales que se desarrollaron ya en el siglo XIX, no son sino el producto o la consecuencia de enfrentarse a los grandes cambios sufridos por la constitución y a graves conflictos constitucionales, en absoluto novedosos en la historia constitucional norteamericana, pero que parecen haberse magnificado en los últimos treinta años. Entre ellos sobresalen los que afectan de manera particular a los derechos y libertades, a las competencias de ciertos poderes en relación con la política interior y exterior y, sobre todo, al incremento de competencias del Tribunal Supremo en detrimento de, en especial, el Congreso y los Estados, hecho que, en opinión de la mayoría de los autores, altera seriamente el equilibrio constitucional. Y esta última observación, no introduce de lleno en el tercer epígrafe.

3. Mil novecientos noventa y uno fue una fecha clave en los asuntos a que venimos haciendo referencia. La conmemoración del bicentenario de las enmiendas a la constitución, tradicionalmente conocidas como el *bill of rights*, no es que suponga, en sí misma, el inicio del despliegue de opiniones a este respecto; más bien sucedió lo

⁽³²⁾ W. HARRIS II, *The interpretable constitution*, J.H. U.P., 1993, *passim*. Este autor defiende el constitucionalismo como la tercera vía de interpretación, entre el derecho natural y el positivismo legal.

⁽³³⁾ S. BREWER, *Figuring the law: Holism and tropological inference in legal interpretation*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 823 y ss.

contrario: vino a compendiar las distintas posturas que los estudiosos estadounidenses habían construido y continuaban elaborando desde tiempo atrás, como contestación a alguno de los problemas más acuciantes que la sociedad americana estaba arrastrando desde hacía décadas. Aunque no se trataba de un asunto nuevo ni, como es obvio, se agotó en esa fecha, lo cierto es que nunca como entonces hubo unas declaraciones tan explícitas por parte de los más conspicuos participantes en el debate al qué venimos prestando atención.

Desde Ackerman a Epstein, pasando por Posner o Sunstein, todos ellos aportaron nuevas propuestas, revisaron la teoría tradicional y, sobre todo, denunciaron las connotaciones y las conexiones con las demás cuestiones conflictivas del constitucionalismo americano. Por las razones que se irán aportando, los derechos y libertades se convirtieron a la vez en causa y efecto esencial, debido sobre todo a su particular incidencia con el poder judicial, pero también, como se verá, porque afectan a temas tan relevantes como la propia soberanía popular, pilar esencial de la constitución. De esta forma, y sólo por citar un ejemplo, a la necesidad de reconocer otros derechos que los explícitamente amparados por la constitución se respondió, aunque no sin excepciones, con la conveniencia de exigir el suficiente grado de abstracción que permitiese el reconocimiento y amparo, por la vía legal y jurisprudencial, de determinadas conductas que, a juicio de otros, suponían un atentado contra los derechos de la mayoría. Con ello se dió lugar a una serie de confrontaciones que trascienden el marco estrictamente jurídico, e incluso ideológico, para pasar al más resbaladizo de la moral, ocasionando así una polémica paralela de altísimo interés.

Si admitimos como válida la opinión de alguno de los que intervienen en él, conforme a la cual el actual debate sobre el constitucionalismo americano cuenta ya con sus propios clásicos — a estos efectos se cita *The machiavellian moment*, de Pocock⁽³⁴⁾ —, debemos admitir asimismo que tiene también, más que precursores, pioneros. Y yo no dudaría en mencionar como el primero de ellos a R. Dworkin, quien comienza a « tratar los derechos seriamente » precisamente en el período transcurrido entre 1966 a 1976, es decir, entre el momento más crítico de la guerra del Vietnam y el esplendor y decadencia de la « era Nixon », momento en el que, como él mismo confiesa, existía « una gran controversia política acerca de lo que es derecho y ley (what law is), quien debe obedecerla y cuando »⁽³⁵⁾. Desde entonces ha venido

(34) J.G.A. POCKOCK, *The machiavellian moment: florentine political thought and the atlantic republican tradition*, P.U.P., 1975. Y su calificación de clásico se la atribuye FLAHERTY, *History "Lite"*, cit. n. 1.

(35) R. DWORKIN, *Taking rights seriously*. New impression with a reply to critics 5ª impression, 1987. 2ª impression (corrected with appendix), 1978. Firts published, London, 1977. Se trata, básicamente, de una compilación de artículos que publicó en la década indicada y de donde están extraídas las ideas que se exponen a continuación.

ocupándose del tema sin descanso, ocupando una posición respetada aunque no por ello carente de detractores, pero que, en cualquier caso, le sitúa en un punto de referencia obligado para quien se ocupa del tema de los derechos.

En gran medida, ello se debe a su peculiar orientación metodológica, la cual, como en la mayor parte de los autores citados, está fuertemente influenciada por planteamientos económicos y políticos. Liberal autoproclamado, su postura se construye a partir de la *teoría dominante del derecho* y sus dos pilares básicos, el positivismo jurídico — « la verdad de las proposiciones legales radica en la reglamentación de los hechos llevada a efecto por las instituciones sociales » —, y el utilitarismo — conforme al cual el derecho y las instituciones jurídicas deben estar al servicio del bienestar general —. Con ella, no sólo critica la teoría clásica de los derechos humanos, fundamentalmente en su formulación benthamniana, sino que defiende que la legitimidad de la legislación se basa en las circunstancias que rodean a los grupos e individuos y, sobre todo, elabora una « teoría de la sentencia » que se funda en la Controversia como origen de las modalidades o tipos que los jueces deberían usar para decidir sobre casos concretos, complementada con la « teoría de obediencia a la ley » cuya base es el respeto al ciudadano que ha de cumplir la misma.

Para este autor, los problemas relativos a los derechos, en especial en la actualidad, son tan complejos que han de resolverse atendiendo tanto a los aspectos estrictamente conceptuales como a los sociales; es decir, y utilizando sus propias palabras, conciliando « el positivismo jurídico con el utilitarismo económico », solución que, no obstante, le valió las críticas de amplios grupos entre los que el mismo reconoce a los socialistas y la derecha (Hayeck, p.e.). Sin embargo, elaboró su opción como un intento de responder a las cuestiones más apremiantes que circulaban en la sociedad americana durante la presidencia de Nixon. Un testimonio elocuente es la pregunta que, p.e, se hace acerca de los jueces: ¿puede el más fundamental de los principios constitucionales que define quién y cómo es competente para elaborar el derecho y la ley (*law*) considerarlos una parte de los mismos (*law*)? Tal interrogante, que obviamente viene formulada desde la capacidad de decisión de que, sobre todo en el ámbito de los derechos, disfrutaban los jueces, alcanza una respuesta afirmativa al menos *prima facie*, si se considera que tales principios son asimismo derecho (*law*), aunque no se deriven de decisiones políticas o sociales, porque en este caso su legitimación procede del imperativo (*majority power*) constitucional.

Pero lo que, a mi entender, conforma uno de los aspectos más relevantes de su teoría es la defensa de la moral como una parte fundamental de todo el sistema constitucional norteamericano y, en especial, en relación con los derechos. Para Dworkin, tal sistema se basa en « una teoría moral particular », conforme a la cual « los hombres

tienen derechos contra el estado » y es con arreglo a su dictado como han de interpretarse « las cláusulas más difíciles del Bill of Rights »⁽³⁶⁾. Con ello, por un lado, planteaba una alternativa y se enfrentaba a la administración y a la práctica del Tribunal Supremo en defensa de los intereses particulares, incluso en los asuntos más conflictivos e impopulares; y, por el otro, llamaba la atención sobre la « cuestión moral », que, en su caso, aparece además estrechamente vinculada con el ejercicio de la libertad.

En el primero de los aspectos, se ocupó con éxito, entre otros supuestos, de la « desobediencia civil » y del aborto, asuntos particularmente difíciles durante los años sesenta y setenta en Estados Unidos, mediante su confrontación con la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Sus argumentos fueron contundentes y pueden ser considerados como un intento de superación de la entonces denominada « cuestión política » realizado a través de la « libertad de conciencia »⁽³⁷⁾, ya que expuso que las sentencias del Tribunal Supremo no siempre estaban respaldadas por la constitución, por cuanto sólo el Congreso, esto es, el legislativo y no esta corte, tiene la facultad de decidir acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos criminales o sobre la violación del principio de separación de poderes.

No obstante, la mayor complejidad radica en la articulación de su recurso a la moral, importantísimo componente de su teoría.

Vinculándola siempre a la libertad, Dworkin se preguntaba en *Libertad y moralidad*⁽³⁸⁾ si era suficiente la condena pública para calificar una actuación como conducta criminal o como delito, habida cuenta el peso que la libertad individual tiene en la tradición americana. La cuestión era y es fundamental, sobre todo porque afecta a manifestaciones del ejercicio de la libertad individual que ninguna declaración de derechos reconocía; muy en concreto el ya mencionado caso del aborto o la homosexualidad, además de las discriminaciones clásicas por razón de sexo, raza o religión.

A este respecto, ya en los primeros años de la década de los setenta atacó con extremada dureza las tesis que en 1958 Lord Devlin había defendido en la Academia Británica en contra de la homosexualidad. Como es conocido, el aristócrata la consideraba « un vicio abominable, cuya sólo presencia era una ofensa », criterio que, a su entender, era compartido por la sociedad, razón por la que debía ser reconocido a ésta el derecho de erradicarla. Aunque la suya era una cultura de libertades, de la que la individual es un eje relevantísimo, su argumentación jurídica se basaba en el « derecho de la sociedad a defender su propia existencia » y en « el derecho de la mayoría a defender sus

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, cap. 5.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, cap. 8. Sobre ello volverá en 1991, como se verá más adelante.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, cap. 10.

propias convicciones morales». Las tesis de Devlin alcanzaron un amplio eco, incluso en Estados Unidos, donde se les otorgó un cierto respaldo oficial cuando una comisión (Walfenden C.) establecía, mediante una declaración hecha pública en la época en que Dworkin comienza a escribir sobre estos temas, que las prácticas homosexuales entre adultos no constituían delito siempre que se realizasen en privado.

Aunque Devlin había recurrido a conceptos como «moral pública» y «convicciones morales», el recurso a la moral por parte de Dworkin tiene un signo bien distinto. Los argumentos que usa para oponerse a la tesis anterior se basan, fundamentalmente, en que el derecho que la sociedad tiene para su preservación ha de defenderse siempre por los cauces legales establecidos al efecto, en particular a través de las instituciones y las sanciones previstas por el derecho penal, y no mediante la condena pública. Aunque admite que el legislador ha de seguir algún consenso en los aspectos morales, no tiene necesariamente que ser el de la mayoría, porque ésta puede estar sometida a prejuicios o aversiones. El expresivo párrafo siguiente, «un legislador que rehusa hacerse eco de la indignación popular, la intolerancia y el disgusto como convicciones morales de su comunidad, no es culpable de elitismo moral», es un elocuente testimonio al respecto.

Un caso similar se produce con relación al concepto de libertad, «el más popular de todos los derechos», aunque también el más conflictivo y discutible, tanto desde posiciones políticas como jurídicas o filosóficas. En su opinión, el concepto neutral (*liberty*) es, en sí mismo, origen de confusiones. Incluso cuando se trata del aspecto más concreto y difundido (*right*), que reconoce la facultad a disfrutar de la misma, se traduce en un derecho abstracto a la libertad que es inexistente en la práctica, ya que se manifiesta en tipos específicos como la libertad (*freedom*) de expresión, de religión, etc. Por ello, propone en su lugar la igualdad como un concepto neutral más adecuado y, a su vez, origen de la libertad, ya que presupone el derecho de igualdad de interés y el respeto a los individuos, teóricamente concebido como una consecuencia de elementos utilitaristas (*policy*) y, sobre todo, fundado en sólidas razones de moralidad política ⁽³⁹⁾.

La moralidad, por tanto, esa moralidad política, es uno de los hilos conductores de su teoría, a pesar de que sus características no aparecían en ese momento definidas con claridad. Quizá por ello, vuelve sobre el tema en 1989 ⁽⁴⁰⁾, y en esta ocasión para estudiarla en relación con la comunidad. Recurrió entonces al análisis de un caso concreto, muy reciente y controvertido — *Bowers v. Hardwick*, de 1986, que versaba sobre el tema de la homosexualidad —, y, tras rechazar los argumentos

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, cap. 12.

⁽⁴⁰⁾ R. DWORKIN, *Liberal Community*, en *California L.R.*, vol. 77, 1989, pp. 479 y ss. Hay una trad. española.

dominantes, esto es, los que concedían validez a los criterios morales mayoritarios, que calificó de paternalistas, intolerantes, detractores del interés individual y antiintegradores, planteó la cuestión fundamental interrogándose acerca de dos asuntos clave: en primer lugar, « si una ética convencional puede ser o no impuesta por medio de una ley penal »; y, en segundo término, y en un plano completamente diverso a la anterior, si se puede dictar una ley para imponer una determinada conducta o, por el contrario, si esa misma conducta puede ser impuesta mediante la aplicación de las leyes existentes. En su opinión, la solución sólo puede venir dada mediante la fusión de la moral política que regula la vida pública y el interés individual; o, en otras palabras, la unión de los intereses particulares con los de la comunidad, ambos perfectamente compatibles si se mantienen los asuntos personales en la esfera de la vida privada y se garantiza la participación de todos los componentes en los asuntos públicos de la comunidad.

El recurso a la moral, por otro lado, aunque a veces se reivindicque desde posiciones ideológicas perfectamente definidas, no es sino una manifestación, la más evidente, de ese « revival » del derecho natural, que se produce por la misma época y a la que los autores norteamericanos vinieron prestando una gran atención, precisamente, por su relación con los temas aquí indicados y, muy en especial, con los derechos. Desde las filas de este *new natural law*, los juristas no sólo señalan los problemas, aportando en ocasiones soluciones aunque desde planteamientos generales, sino que también contribuyen a explicar las deficiencias estructurales del sistema, sobre todo en relación con el poder judicial y el reconocimiento o no de determinadas conductas o ejercicio de derechos. Tal es el caso de J. Finnis, autor en absoluto innovador a este respecto, quien, sin embargo, considera que la negación sistemática a reconocer el « lifestyles » — y también el aborto —, como una elección y forma de vida, se debe a la presión que las creencias morales de una comunidad política ejercen sobre los jueces, al estimar que su labor esencial es la defensa de los bienes básicos de la misma, uno de los cuales consiste en la estabilidad y generosidad educativa de la familia como origen de la propia asociación política ⁽⁴¹⁾.

Se trata, por tanto, de presupuestos de una moral tradicional, que los iusnaturalistas más innovadores intentan superar a través de nuevas enseñanzas sexuales (*sexual teaching*), basadas en razones de interés no sólo privado sino también público, a las cuales, aunque pueden ser rechazables o rebatibles, no se puede impedir que introduzcan formulaciones distintas acerca de como debe ser la « forma de vida correcta » (good life), porque su legitimación en los asuntos públicos y políticos

(41) J. FINNIS, *Is natural law theory compatible with limited government?*, en R.P. GEORGE (ed.), *Natural law, liberalism and morality. Contemporary essays*, Clarendon p., Oxford, 1996, pp. 1 y ss., p. 17.

del estado liberal se encuentra en el propio derecho a discutir de forma razonable acerca del poder de que disfrutaran los ciudadanos en una sociedad democrática (42).

Pero, de la misma manera que el recurso al derecho natural ha sido cuestionado desde algunos sectores, y más en concreto desde las filas del formalismo, argumentando que « los derechos no dependen de la metafísica sino de las profundas convenciones de una comunidad que establece cuando un ser humano es responsable o no (y por tanto). .. la función del derecho natural se limita en la actualidad como en el pasado a proveer sólo certezas morales » (43), la introducción o, en su caso, recuperación del concepto de moral política o pública en el discurso constitucional no resultó pacífico ni dejó de traer complicaciones. Y ello por cuanto se trata de uno de los supuestos más evidentes en los que un aspecto de naturaleza esencialmente filosófica trascendía el ámbito estrictamente académico para llegar a las más directas instancias de poder, sobre todo desde que en 1969 se adoptó el *Model Code*.

En este sentido, que la remisión a tales presupuestos — por otra parte implícitos, al menos en alguna etapa, en la historia constitucional norteamericana — puede, en la actualidad, producir no sólo ambigüedad sino conflictividad, nos lo ponía de manifiesto un artículo reciente de título bien expresivo: « Tratando seriamente sobre ética » (44). En él, en efecto, se denunciaba la dificultad que conlleva la articulación de la ética jurídica en el derecho positivo, sobre todo cuando las normas del *government* que se inspiran en ella son vulneradas por una jurisprudencia positivista, dando origen así a una cierta permisividad de « desobediencia ética ». La autora, que parte de ejemplos tan paradigmáticos como, entre otros, los casos de abusos infantiles y la desobediencia civil, estima que, dado que un sistema positivista, con su tajante separación entre derecho y moral — siendo esta última inadmisibles a su propia lógica —, requiere una jurisprudencia de la misma naturaleza, no debe sorprender que, desde este punto de vista, es decir, desde el actual positivismo, se considere la desobediencia civil como una incursión moral ilegal en el campo de la ética jurídica. Formalmente, pues, la admisión de tales criterios en el actual sistema americano no resulta tan sencilla, lo que no dejó de producir enfrentamientos académicos al respecto, no faltando quien defiende que la desobediencia ética es hoy

(42) S. MACEDO, *Against the old sexual morality of the new natural law*, en *ibidem*, pp. 27 y ss, pp. 43-45.

(43) El párrafo se debe a uno de sus representantes más sobresalientes, el ya citado L.L. WEINREB, *The moral point of view*, en *ibidem*, pp. 195 y ss., p. 208. Vid. la contestación al mismo de D.N. ROBINSON, *Lloyd Weinreb's problems with natural law*, en *ibidem*, pp. 213 y ss.

(44) M. STRASSBERG, *Taking ethics seriously: beyond positivist jurisprudence in legal ethics*, en *Iowa L.R.*, vol. 80, 1995, pp. 901 y ss.

una auténtica virtud profesional, que revaloriza y da seriedad a la profesión de jurista.

Pero no concluyen ahí los conflictos. Haciéndose eco del dilema ética-moral que en su día había introducido Dworkin, Gey ⁽⁴⁵⁾ se preguntaba en la misma época que la autora anteriormente mencionada si la constitución permite realmente al *government* la elaboración de disposiciones en las que prevalezcan exclusivamente los criterios morales. Sin negar que éste debe operar con tales criterios, jurídicamente es insostenible que estas disposiciones puedan tener como referencia la constitución, la cual de manera explícita prohíbe cualquier referencia de esta clase. Se trata de una clara oposición a lo sostenido por Dworkin, quien, como vemos visto, defendía que podían encontrarse implícitamente en el *Bill of Rights*, y el autor, ciertamente, no carece de razones para ello. Entre otras, la inexistencia de un concepto unitario, o al menos convencional, de moral, existiendo, por el contrario, al menos dos acepciones diversas defendidas por los progresistas y los conservadores y, por tanto, profundamente separadas por razones ideológicas: mientras los unos hacen prevalecer los valores comunitarios y la democracia participativa, los otros se fundan sobre todo en el « judicial restraint ». Y como, en todo caso, la cuestión elemental es la de ejercer una autoridad moral sobre los miembros particulares de la sociedad, las consecuencias en uno y otro supuesto, en el plano doctrinal, son totalmente diferentes (aunque en la realidad puedan coincidir, en ocasiones, los republicanos progresistas y los democratas radicales).

El problema, sin embargo, se agudiza y presenta en toda su amplitud si se analiza la práctica, tanto de los agentes gubernamentales como del Tribunal Supremo. Con relación a este último, es evidente que existe una clara confrontación entre la Corte y la doctrina, especialmente en tres campos: la libertad de expresión, la libertad religiosa y la determinación de la esfera privada (*privacy*) o derecho a la intimidad. Después de estudiar con detenimiento las sentencias del Tribunal Supremo en diversos casos, en las que quedan de manifiesto las contradicciones, e incluso la hipocresía, que las inspiraron, así como su tendencia a diferenciar entre derechos no fundamentales — en los que admite el recurso a la moral — y fundamentales — en los que no está permitido —, Gey comprobó que no se trata de una cuestión jurídica únicamente, ni siquiera filosófica, sino más bien de la defensa sistemática de intereses de grupos socialmente dominantes, mediante el uso indiscriminado de conceptos como moral y virtud. Y para contrarrestar tal actitud, el autor propone en su lugar una *teoría democrática alternativa*, conforme a la cual, « sólo una constitución amoral (como en

⁽⁴⁵⁾ S.G. GEY, en su interesante artículo *Is moral relativism a constitutional command?*, en *Indiana L.J.*, vol. 70, 1995, pp. 331 y ss.

este caso la de Estados Unidos) puede facilitar un entorno para que se desarrolle la moralidad individual » colocándo a esta última por encima de los intereses de grupos e instituciones, porque sus principios sirven para contestar la línea seguida frecuentemente por los jueces y gobernantes, la cual, por ejemplo, permite la existencia de sanciones morales contra empleados públicos.

Gey asume que la influencia de la moral pública en las decisiones políticas usuales es un hecho comprobado e inevitable en la actualidad, pero advierte asimismo que quienes más defienden la moralidad como un mandato constitucional son también los que mantienen la irrelevancia de las relaciones de poder entre grupos enfrentados por hacer prevalecer sus propios valores en la determinación de la « verdadera moralidad ». En su opinión, el alcance moral de las disposiciones emanadas del *government* ha de limitarse exclusivamente a aquéllas que protegen los derechos de los individuos, aunque, « paradójicamente, el relativismo moral colectivo es la única vía para garantizar el sistema de moralidad individual » (46).

Como puede advertirse, la « cuestión moral » tiene una implicación absolutamente primordial en los asuntos constitucionales y, precisamente, actúa con mayor intensidad en materia de derechos y libertades. Sin embargo, resulta sorprendente que en el país en el que se produjeron las primeras disposiciones sobre limpieza étnica, en el siglo XIX, no sea, por lo general, este argumento el más recurrente cuando se trata de enfrentar otros problemas que en la mayor parte de los ámbitos académicos y políticos aparecen, por el contrario, muy relacionados con la ética. Me refiero en concreto a aquéllos que están vinculados con los avances científicos, en particular con la genética y la biotecnología, que en el presente afectan a asuntos delicadísimos que entran de lleno en la esfera de los derechos individuales.

En Estados Unidos existe una tendencia mayoritaria a asimilarlos a la regulación tradicional que los relaciona directamente con el derecho de propiedad, al contemplarlos sólo desde la perspectiva de la titularidad de los descubrimientos o invenciones; tendencia que es la práctica habitual también en los tribunales y cuyos precedentes se remontan, seguramente, a mediados del siglo pasado con las primeras formulaciones del derecho de propiedad intelectual y literaria. No obstante, tampoco faltan críticas, aunque sea desde esta orientación, y los hallazgos científicos que se vienen produciendo, sobre todo en las dos últimas décadas, han hecho plantearse a los juristas, fundamentalmente, los problemas que se derivan de una tal regulación, al tiempo que denunciaban la existencia de conflictos entre derechos y no sólo el de propiedad. El hecho de que, en efecto, la mayor parte de las investigaciones se realicen mediante financiación externa, había hecho surgir en el pasado

(46) *Ibidem*, p. 404.

el derecho de patente, que implicaba el secreto profesional por el cual se impedía al investigador la publicación de sus descubrimientos, amparándose para ello en la rígida regulación de la propiedad, el más relevante de los derechos recogidos en la propia declaración.

Fue a mediados de los ochenta cuando algunas voces ⁽⁴⁷⁾ se elevaron para denunciar esta práctica, aunque no desde una postura ética o moral, sino interna al propio sistema, al considerarla atentatoria contra el derecho a la divulgación científica. La respuesta se produjo con rapidez: no faltó quien consideraba a ambos derechos perfectamente compatibles, arguyendo que el de patente excluye solamente el aprovechamiento temporal de los resultados y no su difusión, argumento que se defendía desde la coherencia jurídica exclusivamente y, por tanto, al margen de las actuales leyes que regulan el mercado y la comunicación. Todo parece indicar que, incluso en asuntos como los que afectan a las libertades, los estudiosos norteamericanos, salvo excepciones, están dispuestos a debatir sobre cuestiones de moralidad pública y privada excepto cuando se trata de intereses estrictamente económicos relacionados con la propiedad.

Con todo, la materia de derechos y libertades, además de conformar uno de los aspectos capitales en el debate constitucional actual y, como es obvio, uno de los tres pilares de la propia constitución, es sobre todo relevante por dos razones fundamentales: en primer lugar, por la crítica y revisión de la teoría tradicional que han realizado algunos autores como contestación a la práctica institucional que permanece fiel a la misma; y, en segundo término, por conformar, dada su naturaleza, uno de los asuntos de mayor implicación del Tribunal Supremo, temas ambos especialmente relevantes en un ámbito que se define a sí mismo como representativo de la cultura de las libertades. Por ello no deja de ser altamente ilustrativo que los autores más comprometidos se cuestionen no sólo los derechos más representativos — propiedad y libertad de expresión, por citar dos ejemplos —, sino los propios principios que, en la actualidad, informan o contemplan su ejercicio. Y la crítica aquí se produce no sólo desde el campo estrictamente jurídico, sino también, y muy principalmente, desde el político y económico. Tampoco es casual que se agudizase durante la presidencias republicanas, en el trascurso de las cuales, a juicio de los más progresistas, se cuestionó seriamente el estado de bienestar y el disfrute de las libertades.

Sobre todo desde finales de los ochenta, el *Bill of Rights* y todas las materias relacionadas directa o indirectamente con él fueron objeto de una especial y profunda revisión: desde los aspectos metodológicos hasta los más puntuales como los conflictos de competencias, la con-

⁽⁴⁷⁾ P.e. R.S. EISENBERG, *Proprietary rights and the norms of science in biotechnology research*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1987, pp. 177 y ss.

ceptualización abstracta de los « derechos indeterminados » e incluso la validez de la primitiva declaración.

En este sentido son particularmente interesantes las aportaciones realizadas desde las filas del *republicanismo*. Como representante del *republicanismo cívico*, Michelman ⁽⁴⁸⁾ propone la reformulación del derecho de propiedad como un elemento de participación ciudadana en la determinación colectiva de la vida pública, además de conciliar la libertad individual — legalmente considerada como autonomía personal — con la libertad de asociación, objetivos que considera alcanzables si se contempla la protección de la esfera privada de intereses como un principio y no sólo como un fin. En este sentido su propuesta se individualiza frente a otros autores porque exige un grado de « reinterpretación » o « reorientación » de la historia constitucional que, entre otras cosas, desligue los derechos a la intimidad y a la « asociación privada » del tradicional culto a la familia. Por ello admite el principio maquiaveliano de « retorno a los principios originales » (return-to-the founding-principles), de los cuales el primero es, precisamente, la reformulación y renovación que facilitan, a su vez, una interpretación en conformidad con el compromiso republicano de la pluralidad social, central al constitucionalismo norteamericano y basado en el autogobierno y gobierno de las leyes. Una interpretación, en fin, que puede ser realizada por los jueces — quienes parten para ello de una situación ventajosa, aunque no exactamente democrática — o por los historiadores.

Contrastando libertad e interés, a través de los valores intrínsecos que comportan, y a partir de los derechos mencionados de propiedad y libertad de expresión, los más representativos y populares en la cultura norteamericana, Michelman analiza la confusa situación actual tomando como punto de partida la discrecionalidad que la constitución otorga al legislador para ampliar los derechos reconocidos, aunque sometiéndola a ciertos límites. En su opinión, es precisamente la existencia de esa discrecionalidad, sus límites y los derechos explícitamente recogidos, la que concede una posición preferente a los tribunales, por cuanto éstos, a través del « judicial review », pueden, y de hecho lo hacen, enfrentarse al legislativo en el ámbito de la regulación legal de la propiedad y las libertades económicas, campo en el que las influencias, e incluso la interdependencia, externas son bien notorias. Otro tanto ocurre con la libertad de expresión, con relación a la cual la práctica del Tribunal Supremo ha establecido una discutible distinción entre restricciones « directas » e « incidentales », que se utiliza como guía para fallar en los casos de propiedad o libertades económicas,

⁽⁴⁸⁾ F.I. MICHELMAN, en el ya citado *Law's republic* y, sobre todo, en *Liberties, fair values, and constitutional method*, en G.R. STONE, R.A. EPSTEIN and c. R. SUNSTEIN (ed.) *The Bill of Rights in the modern State*, U. Ch. P., 1991.

contribuyendo así a un profundo desorden conceptual. La solución, según este autor, tendría que venir dada por recuperar el sentido y las particularidades con que han sido y son consideradas las libertades en Norteamérica, por un lado, y, por otro, en indagar las causas de la desconfianza que el legislador tradicionalmente ha venido mostrando hacia la práctica y el pensamiento constitucional sobre esta materia.

El derecho de propiedad fue, desde los orígenes, no sólo en más importante de todos, sino que, en cierto sentido, actuó como legitimador de los demás, incluso de la libertad de expresión, a pesar de su tradicional relevancia, lo que le ha hecho desde siempre objeto de especial atención. En la actualidad, ha sido estudiado con profundidad y brillantez por C. Sunstein ⁽⁴⁹⁾, fundamentalmente en los primeros noventa. Considerando hechos tan preocupantes como el elevado número de horas que los niños norteamericanos pasaban ante el televisor — que daría origen a la « children's television act » en 1990 —, e incluso las críticas contra la pornografía, este autor comprobaba que el cuestionamiento de este derecho, amparado fundamentalmente por la primera enmienda, realizado en muchas ocasiones desde posiciones hipócritas o intolerantes, ha sido una constante en la historia constitucional americana.

No es necesario recurrir a épocas remotas para percibir la veracidad de tal afirmación y la fluctuación de las concepciones al respecto. Basta con remontarse a una etapa bien reciente, el periodo comprendido entre 1940 y 1970, para observar como sólo el debate académico se desarrollaba en varias líneas: la posición dominante o « absolutista », que defendía la aplicación íntegra de la primera enmienda, es decir, la libertad sin restricciones; y la de quienes abogaban por una « regulación razonable ». Los primeros se basaban en que, si se delimitaba su aplicación, cualquiera podría ser considerado enemigo de la libertad de expresión, incluso, o fundamentalmente, por parte de la administración; los segundos defendían la elaboración de un « concepto neutral », desde el que poder contemplar los abusos. Existe todavía una tercera postura, la de quienes mantenían una absoluta libertad en el campo de las ideas y la práctica política — lo que conlleva la dificultad añadida de calificar qué es y qué no es política —, posición que encontró una fuerte oposición por parte de quienes arguían que ello provocaría un crecimiento de la izquierda, lo que no es sorprendente, dada la etapa de referencia.

Para Sunstein, conspicuo representante del republicanismo, la interpretación de la 1ª enmienda sólo puede hacerse a través de su propia historia, prestando una particular atención a las « limitadas

(49) En C.R. SUNSTEIN, *Free speech now*, en *The bill of rights*, pp. 255 y ss., y, sobre todo, en su libro *Democracy and the problem of free speech*, The free press, New York, 1993. En el texto se recogen las opiniones vertidas en ambos.

aspiraciones» de los redactores (*framers*) — hecho no carente de dificultad si nos atenemos a las distintas concepciones de *liberty* y *freedom* que existían entonces, como han puesto de manifiesto Reid o Shaim, p.e. —, y a la complejidad que en este tema revisten los precedentes del Tribunal supremo. Entiende, sin embargo, que existen supuestos — abogacía criminal, discursos especialmente peligrosos, o que fomentan el odio o sexualmente muy explícitos, anuncios comerciales y los libelos — que quedan fuera del ámbito de protección de la primera enmienda, y es entonces, y sólo entonces, cuando se permite la intervención administrativa, que lo hace en razón de su función de conservación de la sociedad civilizada y con el ánimo de prevenir la degradación a que conducen tales supuestos. Es decir, reconoce una cierta «escala de neutralidad», aunque limitada y bajo control.

No obstante, en la actualidad, los presupuestos de la «visión absolutista» anteriormente mencionada, se han convertido, en su opinión, en dogma, y, bajo la directa protección del Tribunal Supremo, que ha fallado a favor de los mismos sistemáticamente, cuestiones tan reprobables como la publicación de los nombres de víctimas de violación, comerciales agresivos, los más expresivos anuncios sexuales e incluso los libelos, se han convertido en objeto de protección constitucional. A estos efectos, tampoco considera válida «una regulación razonable», entre otras razones de naturaleza jurídica, porque proceden de un discurso liberal hipócrita que acepta únicamente lo que es conveniente a sus propósitos y rechaza lo inconveniente a los mismos, aunque estos últimos se fundamenten en criterios estrictamente legales.

Para Sunstein, como antes hemos visto con Michelman, la situación presente, incluida la práctica de la Corte Federal, está muy vinculada a determinados intereses económicos y sigue asimismo un claro modelo. Se trata de la regulación que en la década de los treinta, con el *New Deal*, se llevó a cabo para garantizar el libre ejercicio de las libertades económicas, conforme a la cual se potenció la intervención de los agentes gubernamentales para impedir las prácticas restrictivas y monopolísticas existentes, amparadas por una interpretación constitucional, de naturaleza jurisprudencial fundamentalmente, que prohibía cualquier intervención en este sentido. Frente a ésta, los «new dealers» legitimaron la intervención del gobierno, aunque sólo en caso de conflicto al respecto, arguyendo que el sistema de propiedad privada como fundamento del Estado es tanto un bien público como individual, y, en la medida que promueve la libertad y la prosperidad, su protección también estaba encomendada a las instancias de la administración.

Una argumentación de naturaleza similar es la que, a juicio de este autor, se sigue ahora en las cuestiones relativas a la libertad de expresión (*freedom of speech*) y en el debate sobre la 1ª enmienda, lo que pone de manifiesto que, en el constitucionalismo norteamericano, este tema no ha sido suficientemente considerado, sobre todo en relación

con su dependencia del poder político. Por esta razón, Sunstein cree que se trata de una cuestión que está íntimamente vinculada con la propia concepción de la soberanía y la democracia, según aparecen definidas en la tradición norteamericana desde los orígenes, cuando los representantes requerían instrucciones para obrar y votar en consecuencia. En esta otra versión del derecho, se trata por tanto de la necesidad de plantearse un debate democrático — *democracia deliberativa* —, llevado a cabo por aquéllos en quienes recae la soberanía, el pueblo, y teniendo en cuenta que el sistema constitucional norteamericano no está concebido para proteger sólo los intereses y derechos particulares sino también los del grupo o comunidad. Por ello, si se consideran dos premisas básicas, que el proceso de intervención oficial puede ser mejorado y que la libertad de expresión (*free speech*) es una cuestión de pensamiento político, se pueden superar los abusos sufridos por este derecho y recuperar el verdadero sentido original alterado por las intervenciones de los agentes gubernamentales y los intereses de grupos específicos. Existe, pues, una clara tendencia en vincular la libertad, y en especial la libertad de expresión, con el derecho de propiedad, aunque, a este respecto, el ejemplo más emblemático es, como se verá, R. Epstein.

Pero el Bill of Rights, estas enmiendas que han sido calificadas de « símbolo de esta nación y el mejor rechazo, en el plano ideal, de la arbitrariedad de los agentes gubernamentales »⁽⁵⁰⁾, entre otras razones, por su consideración de la Liberty como « la libertad a ser diferente »⁽⁵¹⁾, ofrece asimismo en el actual debate otros aspectos de singular relevancia, en particular los que afectan a los denominados *unenumerated rights* o « derechos indeterminados ».

Se trata de aquéllos que no aparecen explícitamente recogidos, pero a los que hace referencia la novena enmienda⁽⁵²⁾, bajo cuyo amparo intentan acogerse determinadas conductas, cuya atención es una de las necesidades más apremiantes dentro de la sociedad actual. Se incluyen entre ellos alguno ya aludido, como los distintos supuestos de discriminación, el aborto y, en general, los que se englobarían dentro del difuso ámbito determinado por la libertad de conciencia e, incluso, la de religión, asunto este último especialmente comprometido desde el punto de vista jurídico, ya que se trata de la confrontación entre un estado aconfesional y una sociedad que, mayoritariamente, concede gran importancia a la misma.

Es precisamente su naturaleza la que explica el porqué tales derechos, cuyo origen parece deberse a máximas políticas de clara

⁽⁵⁰⁾ Ph. B. KURLAND, *The true wisdom of the Bill of Rights*, en *The Bill of Rights*, pp. 7 y ss., p. 9.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽⁵²⁾ « La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no ha de interpretarse como la negación o menosprecio de otros retenidos por el pueblo ».

influencia lockiana ⁽⁵³⁾ y que se han identificado con los derechos naturales, no han dejado de generar conflictos intitucionales que también se muestran más acuciantes en la actualidad. Tales conflictos provienen, sobre todo, de las restricciones que el *bill of rights* impone al *federal government* y a las competencias que el Tribunal Supremo y el Congreso reclaman al respecto, hasta el extremo de que Berns ha manifestado que estos derechos « retenidos por el pueblo » sólo pueden sentenciarse en « el campo de batalla », entre otras razones porque, a su juicio, no está claro si los redactores de la constitución concedieron al judicial un poder extraordinario en relación con los mismos. Sin embargo, en opinión de los autores más sobresalientes, de los que aquí haremos referencia sólo a dos, por lo demás ya conocidos, Dworkin y Posner, enfrentados a este respecto, el fondo de la cuestión, a la vez que el origen de todas las dificultades, se encuentra en el uso de la *abstracción*, a la que inevitablemente se reconduce esta materia con el asentimiento general, la cual, precisamente, se deriva de algunas emiendas y en especial la primera.

No obstante, con relación a este punto en particular, la opinión de una parte de los estudiosos, que coinciden en afirmar que el hecho de que la constitución sea extremadamente concreta en la afirmación de algunos principios, en tanto que muy general e incluso ambigua en otros, es lo que puede permitir la regulación de estos nuevos derechos por una suerte de analogía y la admisión de un cierto grado de discrecionalidad, fue inmediatamente contestada por otros que ven en ello un tremendo incremento del poder de los jueces, ya de por sí enorme en cuestiones de derechos por expreso reconocimiento constitucional, circunstancia hacia la que estos últimos se muestran especialmente sensibles.

Esta es también la posición, por lo menos en parte, que sostiene Dworkin ⁽⁵⁴⁾, para quien la integridad en derecho es una cuestión de principios y no de compromiso político. Sobre todo cuándo se trata de libertades y derechos, tanto determinados como indeterminados, porque entonces no se trata de establecer cuándo y dónde pueden decidir los tribunales, sino de la influencia que los principios morales, políticos,

⁽⁵³⁾ W. BERNs en *The illegitimacy of appeals to natural law in constitutional interpretation*, en R.P. GEORGE (ed.), *Natural law*, p. 181 y ss., p. 189, expone que « durante la ratificación de los debates de Virginia, Patrick Henry, el más prominente de los antifederalistas, dijo « hay ciertas máximas políticas que ningún pueblo libre debe abandonar jamás... que todos los hombres son por naturaleza libre e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en sociedad, no pueden privar a la posteridad » (subrayado del autor), y a esta intervención, que aparece recogida en la Declaración de dicho Estado, se debe, precisamente, la existencia de los derechos indeterminados. A este respecto *vid* también R.E. BARNETT, *Getting normative: the role of natural rights in constitutional adjudication*, en *ibidem*, p. 151 y ss.

⁽⁵⁴⁾ R. DWORKIN, *Unenumerated Rights: whether and how Roe should be overruled*, en G.R. STONE, R.A. EPSTEIN and C.R. SUNSTEIN (ed.), *The bill of rights*, pp. 381 y ss.

éticos o similares, pueden alcanzar en sus sentencias. En asuntos como éste, Dworkin, que considera que existen dos lecturas del *Bill of rights*, la natural y la constitucional — la cual puede ser objeto de interpretación —, cree que se corre el riesgo de defender que la constitución no significa los que expresamente expone, o lo que es lo mismo, que no dice nada en absoluto. Porque aunque es verdad que la constitución establece como ley fundamental que los jueces, colectivamente, deben construir, revisar e inspeccionar, como lo han venido haciendo generación tras generación, la propia estructura liberal de la misma, para lo que ciertamente se requiere un determinado grado de abstracción, debe tenerse asimismo presente el sistema de designación de los jueces federales: éstos no siempre son neutrales y, al menos el senado, no solo debería evitar la confirmación de aquellos cuyas convicciones partidistas son demasiado evidentes, sino requerir a los candidatos una independencia que estuviese asentada en la integridad.

Y es que esta última, aunque pueda definirse desde diversos puntos de vista y, por tanto, tenga distintas dimensiones, consiste fundamentalmente, para el caso de los jueces, en considerar que las decisiones judiciales siempre son una cuestión de principios y no de estrategias o componendas judiciales. Con ello se evitarían, en su opinión, contradicciones tan flagrantes como las llevadas a cabo en el caso del aborto, p.e., donde el derecho constitucional de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, queda contrarrestado por la decisión judicial de considerarlo un crimen, arguyendo que se trata de la protección de una vida humana. La contradicción, en opinión de Dworkin, afecta a todo el razonamiento legal que el Tribunal Supremo siguió al respecto, y la deducción más inmediata consiste en que, conforme a la interpretación seguida, los ciudadanos carecen del derecho de seguir sus convicciones personales en los asuntos que afectan a la libertad de conciencia o creencias religiosas, con lo que, en este supuesto, al menos tres derechos quedan conculcados por una sentencia basada en la « abstracción ».

La anterior postura de Dworkin, sobre todo su crítica al razonamiento legal llevado a cabo por la Corte, ha sido contestada por Posner ⁽⁵⁵⁾, quien escribe al respecto que esta modalidad de razonamiento, al menos en una democracia, reviste unas características estrictas que sirven de freno y garantía a los aspectos personales en las decisiones judiciales. Sin embargo, este argumento no es concluyente; buena parte de los autores, consideran que la abstracción, si se la sigue considerando como sinónimo de arbitrio, es cuando menos dudosa, incluso cuando se funda en la autoridad y se remita al significado constitucionales. Una prueba de ello, es la diversa acepción de la misma

(55) R.A. POSNER, *Legal reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: the question of unenumerated constitutional rights*, en *ibidem*, pp. 433 y ss.

que existe en los medios académicos y entre los propios Tribunales y jueces.

No se trata, por tanto, de una cuestión teórica o puramente puntual. Por sus implicaciones tanto institucionales como materiales, el recurso a la abstracción, aunque admitido como solución, dista de estar pacíficamente aceptado. Una de las razones consiste en que, como se ha expuesto y precisamente por un juez, la constitución es bien clara al respecto: establece un gobierno de leyes y no de hombres, por lo que es inútil referirse a « la abstracción en abstracto »⁽⁵⁶⁾. Por ello, sólo podrá convencer cuando la constitución y el poder judicial coincidan en el grado de generalidad que requiere su concepto.

4. Los problemas suscitados por la actual regulación de los derechos y libertades, de los que aquí sólo se ha aportado una visión muy general de los más relevantes, resultan extraordinariamente ilustrativos para introducir el siguiente epígrafe del sumario: los conflictos entre poderes y las cuestiones constitucionales derivadas de los mismos.

De entre todos ellos destaca, por la relevancia que la propia doctrina norteamericana le concede, el relativo al Tribunal Supremo, algunas de cuyas causas ya se han apuntado en el apartado anterior y que, en conjunto y a juicio de sus críticos, ha generado un status de la Corte duramente contestado por la extralimitación de sus competencias y la invasión de esferas ajenas, en particular de los tribunales estatales e incluso de legislativo.

No obstante, la función determinante que, en opinión de algunos estudiosos, ha adquirido en la actualidad el Tribunal Supremo Federal en la vida constitucional americana, no es en absoluto novedosa, en la medida que tiene unos claros precedentes históricos, tanto en el siglo XIX como en el XX. A este respecto se suele citar como el más reciente, y uno de los que, desde luego, alcanzó mayor impacto, el llevado a acabo durante los años treinta: el enfrentamiento entre Roosevelt y « the old Court », que acabaría con el triunfo de los dictados del *New Deal*⁽⁵⁷⁾. Pero la situación actual, y la que, comparativamente, generó más críticas y toda una polémica al respecto, parece haberse originado, sobre todo, en la década de los setenta.

Se ha señalado a este respecto que, cuando Nixon alcanzó la presidencia, se comprometió explícitamente a promover ante el Senado únicamente candidatos que fuesen « constructivistas estrictos » o que se mantuviesen fieles a su propia filosofía jurídica. No obstante, como pudo observarse en varios supuestos concretos, no fueron precisamente

⁽⁵⁶⁾ F.H. EASTERBROOK, *Abstraction and authority*, en *ibidem*, pp. 349 y ss., p. 349.

⁽⁵⁷⁾ Aunque este es un tema recurrente y en el que todos los autores se muestran en general de acuerdo, está, en mi opinión, sucinta y ejemplarmente expuesto, con otros, en B.A. ACKERMAN, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, en *The Yale L.J.*, vol. 93, 1984, pp. 1013 y ss., sobre todo, 1070 y ss.

los conocimientos de jurisprudencia los que se consideraron en ciertas designaciones. Y cuando el Tribunal falló algunos casos — de discriminación, p.e. — en un sentido contrario a la opinión defendida por el presidente, éste, sin que le faltase el respaldo de determinados juristas, se opuso abiertamente a las decisiones, arguyendo que se estaban violando los parámetros que seguían las sentencias de dicha Corte, la cual, incurriendo en abuso de autoridad, usurpaba competencias que correspondían a los órganos legislativos de los Estados y a otras instituciones ⁽⁵⁸⁾. Nixon y sus seguidores defendían su postura desde opiniones jurídicas y políticas claramente conservadoras, pero ¿qué ocurre cuando las críticas provienen de otros sectores?.

A.R. Amar ⁽⁵⁹⁾, uno de los expertos en los temas relativos al Tribunal Supremo, se ha detenido con especial atención en estudiar una de las denuncias más generales en este sentido, la que afecta a la subversión de la teoría de la doble soberanía — la federal y la de los estados — que se realiza, entre otros supuestos, a través de una interpretación restrictiva de la cláusula que incorpora la 14ª enmienda — la *double jeopardy* — mediante una práctica que restringe el derecho de los encausados, al permitir que determinados casos atribuidos a la justicia estatal puedan ser juzgados por la Corte federal, eliminando además el derecho a ser juzgado por un jurado representativo, como dispone la 6ª enmienda. Aunque esta postura ha sido rebatida ⁽⁶⁰⁾, sobre todo en el último de los aspectos, exponiendo como la práctica demuestra que, en el caso de los derechos de las minorías, los jurados actúan como portavoces de la comunidad que representan, o que en los asuntos relativos a cuestiones de democracia representativa el legislativo no ha demostrado un mayor celo ante la brutalidad y abusos policiales que el que manifiestan los prejuicios de los jurados, e incluso que es el propio Tribunal Supremo quien defiende que la selección de los jurados es una forma de actuación estatal « porque se realiza bajo la égida de las propias cortes », lo cierto es que todo parece indicar que la actuación del Tribunal — la cual, sobre todo, parece producirse invariablemente en asuntos que se refieren al ejercicio de los derechos —, se contempla como una preocupante extralimitación.

Para Amar, que analiza la doble corriente de críticas, es decir, las que afectan a la rivalidad con los tribunales estatales y los conflictos con

⁽⁵⁸⁾ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pp. 131 y ss.

⁽⁵⁹⁾ Sobre todo en A.R. AMAR, *The bill of rights and the fourteenth amendment*, en *The Yale L.J.*, vol. 101, 1992, pp. 1193 y ss.; siendo también muy interesante su crítica a Hart and Wechsler's *the federal courts and the federal system*. By Paul M. BATOR, Daniel J. MEITZER, Paul J. MISHKIN, and David L. SHAPIRO WESTBURY, New York: Foundation Press. 1988, en *Harvard L.R.*, vol. 102, 1989, pp. 688 y ss.

⁽⁶⁰⁾ Entre otros, y como más reciente, S.N. HERMAN, *Reconstructing the Bill of Rights: a reply to Amar and Marcus's triple play on double jeopardy*, en *Columbia L.R.*, vol. 95, 1995, pp. 1090 y ss.

el legislativo, la explicación debe buscarse en la evolución sufrida por el Tribunal Supremo y la función que desempeña en el marco del sistema federal. En este sentido, expone, la situación no es muy diferente a la que se produjo durante la llamada «edad de oro» del mismo, que coincide con los primeros años cincuenta y sus precedentes desde 1938, durante la cual sus sentencias, en opinión de los realistas, nunca fueron ni mecánicas ni apolíticas. A su juicio, por tanto, la superioridad estructural de los tribunales federales, tiene su justificación tanto en los textos legales como en la propia historia. Por ello, mantiene una posición contraria a los que se oponen a este aumento de competencias, en particular frente al legislativo y fundamentalmente en los asuntos relativos a los derechos, ya que, a su entender, una lectura correcta de la constitución indica que en ningún caso el Tribunal debe estar subordinado al Congreso, sino en un plano de igualdad y coordinación. Era una respuesta clara a quienes defendían lo contrario desde una posición de «salvaguarda política del federalismo», entre quienes se encontraban algunos que, como Fiss ⁽⁶¹⁾, habían escrito parte de la historia de dicha institución.

No obstante, que el Tribunal Supremo se ha convertido en uno de los puntos clave del debate, a causa de lo apuntado anteriormente, es tan evidente que el mejor testimonio lo aportan el número de obras dedicadas al mismo durante el período, en especial durante los últimos ochenta y primeros noventa, y la atención que se presta a las mismas. Que además se le acusa de atacar la separación de poderes y hasta incluso se le hace responsable de alterar los propios términos del federalismo, es asimismo obvio.

Y a este respecto, nada parece pasar desapercibido. Así, en 1986, un autor ⁽⁶²⁾ iba incluso más allá de lo apuntado, al vincular la administración de justicia con la autoridad estatal tras analizar las relaciones entre las formas del proceso, la estructura de la autoridad de los agentes gubernamentales y la función política del estado, para concluir que la práctica procesal era un resultado específico del gobierno de una sociedad y la visión política y económica dominante en la misma. Para ello partía de la descripción de la autoridad jerarquizada existente, de la que forma parte la administración de justicia, la cual está

⁽⁶¹⁾ O. FISS, *History of the Supreme Court of the United States: troubled beginnings of the modern state, 1888-1910*, Nueva York, 1993, desde presupuestos institucionales y de teoría constitucional. Vid asimismo la interesante crítica realizada a este libro por E. MOGLEN, *Holmes legacy and the new Constitutional history*, en *Harvard L.R.*, vol. 108, 1995, pp. 2027 y ss., con el interés añadido de compararla con otras obras sobre el mismo tema.

⁽⁶²⁾ M.R. DAMASKA, *The faces of Justice and State authority*, Y.U.P., 1986. Vid asimismo la recensión, de título por demás ilustrativo, de A.T. von MEHREN, *The importance of structures and ideologies for the Administration of Justice*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1987, pp. 341 y ss.

particularmente mediatizada por esa estructura y las funciones que se atribuyen al *government*, en cuanto estas últimas dependen del modelo de estado que se propone, bien sea el *activista*, donde dominan los criterios del bienestar, o el *reactivo*, en el que la justicia se limita a desempeñar una función meramente arbitral, imponiendo su autoridad en conformidad al dictado de las normas. He aquí, pues, otro supuesto en el que una vez más las funciones vienen determinadas por la forma de interpretar y no por la interpretación en sí misma.

En relación a los conflictos con el legislativo, donde la discusión se plantea sobre todo en materia de derecho privado, aparece comunemente aceptada la opinión de que, tras una larga « etapa oscura » — cronológicamente coincidente con el final del siglo XIX y el primer tercio del XX, en la que, como ya se ha expuesto, el Tribunal Supremo hacía primar invariablemente la libertad contractual y rechazaba, por tanto, toda remisión a la legislación social —, la práctica de la Corte comenzó a cambiar con el *New Deal* y alcanzó una de sus cotas más altas durante la década de los cincuenta, fundamentalmente tras la controvertida sentencia, en 1954, del caso *Brown v. Board*, sobre el derecho a la educación.

En aquél entonces — y, en cierto sentido, también hoy —, se introdujo una diferencia sustancial y no formal, conforme a la cual no pueden ser considerada igualmente la actuación del Tribunal cuando invalida un *act* del Congreso porque no cabe la posibilidad de actuar de otra manera en un caso concreto, que cuando esa misma invalidación se produce por la vía de la discrecionalidad. A este particular respecto, si bien es cierto que la mayoría de los autores estima que en los casos relativos a los derechos civiles la justicia federal actúa de manera coordinada y se mantiene en un plano de igualdad con las instituciones gubernamentales, no se admite tan generalmente la opinión de que los Tribunales federales son iguales al congreso y superiores a los estatales en materias amparadas por el derecho federal. Y es muy posible que en el fondo de tal opción subyadga, como se ha escrito, la « tradición jurídica bipolar » para resolver los litigios, la cual se remonta a la época anterior a la independencia y al momento de la redacción de la constitución y a las diferencias, que entonces existían, entre los tribunales coloniales y el metropolitano de Westminster ⁽⁶³⁾.

Pero esa « edad de oro », en la que incluso llegó a defenderse que el Tribunal Supremo, como garante de derechos e instituciones, tenía en muchos casos la última palabra, se vio profundamente alterada durante la década de los setenta, coincidiendo más o menos con la « era Nixon », en la que se defendía que ambas jurisdicciones — la estatal y la federal — eran esencialmente diversas tanto política como constitucionalmente. Y desde entonces, como ya se ha reseñado, es cuando

(63) A.R. AMAR, crítica a *Hard and Wechler*, p. 703.

vuelve nuevamente a debatirse — en un litigio que engloba tanto a « scholars » como a jueces — el significado del federalismo, de las enmiendas, en especial la 11^a y, sobre todo, de la jurisdicción, al surgir la pregunta acerca de si la función del Congreso, a este respecto, se limita, simplemente, a actuar como un « distribuidor » de la misma entre los tribunales federales y los estatales.

Con todo, los conflictos del Tribunal Supremo no se agotan en su confrontación con los tribunales estatales o el Congreso, ya que también afectan, y muy particularmente, al ejecutivo (*elected government*), con el que se llegó a casos extremos en asuntos tan incisivos como la regulación del aborto. Si bien es cierto que, en este supuesto, los litigios entre ambos tampoco constituyen una novedad en la historia constitucional norteamericana, pues se remontan casi a los inicios de la misma e incluso se han podido determinar distintas fases, desde la que tiene como protagonista al juez Marshall a principios del siglo XIX, la que se produce con Lincoln, la más famosa durante el *New Deal* y hasta con Eisenhower, también lo es que la polémica más reciente se produce bajo las presidencias de Nixon y Reagan, época en la que, en ocasiones, estuvieron implicadas asimismo ambas cámaras. En el fondo de la misma, subyace la competencia del presidente para la designación del fiscal general y para la proposición de los jueces del Supremo.

Para algunos estudiosos ⁽⁶⁴⁾, una de las causas más importantes del problema radica en que la ideología, tal y como ya se ha apuntado anteriormente, ha ejercido una influencia decisiva en la selección de los candidatos, sobre todo durante las « eras Nixon y Reagan » — también, aunque menos bajo Clinton —, lo que denota la falta de « neutralidad » de la administración al respecto, hasta el extremo de que el Senado, en un elevado número de casos, se vió obligado a rechazar a los designados. Y si bien se sostiene con frecuencia que tanto el legislativo — Congreso —, como los propios estados, el presidente o los agentes gubernamentales desempeñan por imperativo constitucional funciones independientes en relación a las decisiones del Tribunal Supremo, lo cierto es que el alcance de las interpretaciones es muy diferente según de donde procedan. Porque si Roosevelt había cambiado la práctica anterior para dar paso a una cierta superioridad judicial, hoy las cosas tienen un signo bien distinto a causa de la directa intervención presidencial y la actitud dubitativa, en algunos casos de extremada relevancia por sus implicaciones — como la regulación del aborto —, por parte del Congreso. Y fueron, precisamente, situaciones como ésta las que fomentaron que la administración, desde Nixon, venga desempeñando una función instrumental de primera magnitud, sin otro apoyo jurídico

⁽⁶⁴⁾ Entre los que más recientemente han escrito al respecto, N. DEVINS, *Shaping constitutional values. Elected government, the Supreme Court, and the abortion debate*, The J.H. U.P., 1996, *passim*.

que el recurso a su propia autoridad o la intervención directa para dejar clara su posición, como ocurrió con Reagan.

Con presupuestos como los apuntados, la disputa entre poderes se amplía a todos los flancos, y viene marcada casi siempre por exigencias de política real en casos que afectan a situaciones especialmente delicadas, como los de discriminación racial, generando en ocasiones vigorosos intercambios de opiniones entre el Tribunal Supremo, el gobierno y la opinión pública. Aunque esto último no ha dejado de ser considerado, desde una peculiar defensa ciertamente, como la restauración de un equilibrio — bien que precario — entre los propios poderes. Un equilibrio que representa en cierto sentido la moderación promovida por los defensores del «judicial restraint» frente a la arraigadísima «judicial review», conforme a la que la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de disposiciones emanadas del Congreso, el presidente o administraciones estatales y, desde luego, de la «judicial supremacy», cuyos orígenes se remontan a la declaración del juez Marshall en el histórico caso *Marbury v. Madison*, según la cual sólo los tribunales «dicen lo que es derecho (*law*)».

Por otro lado, el ejecutivo es, con el judicial, seguramente el poder que se ha visto más afectado por estas alteraciones o transformaciones judiciales, sobre todo desde la segunda mitad del siglo. Al margen de la polémica interna que enfrenta a realistas, más «presidencialistas» y liberales, defensores de las competencias del Congreso, todos los autores que se han ocupado del tema han podido advertir como éste último salió efectivamente fortalecido en el transcurso de la «guerra fría». Entonces se justificó el incremento de sus competencias en relación a la toma de decisiones por el apremiante estado de necesidad impuesto por razones de seguridad interna y exterior, y también por las guerras, en especial la de Vietnam, hasta el punto de que incluso ha llegado a hablarse de una «imperial presidency» desde 1970⁽⁶⁵⁾. Pero lo cierto es que la desaparición del hecho político que había dado lugar a tal incremento no promovió el retorno al equilibrio, sino más bien todo lo contrario, como ponen de manifiesto las disposiciones sobre inmigración promulgadas tras la «post guerra fría», cuestión sobre la que, a pesar de ser competencia del Congreso, es la presidencia quién toma la iniciativa, al parecer por dejación de la cámara. En todo caso, no está totalmente claro, al parecer, quien tiene la decisión en este concreto asunto, hecho que ha llevado a algún autor a declarar que tales «cambios sísmicos en el panorama político global exigen una reconsideración de las prioridades», que pasaría por crear un organismo

⁽⁶⁵⁾ *Vid Realism, liberalism, and the war powers resolution*, en *Harvard L.R.*, vol. 102, 1989, pp. 637 y ss.; y J. ELY, *Suppose Congress wanted a war powers act that worked*, en *Columbia L.R.*, vol. 88, 1988, pp. 1379 y ss.

especifico encargado de determinar las directrices a seguir en esta materia ⁽⁶⁶⁾.

Pero tal argumento es, sin embargo, extremadamente serio. Porque si los acontecimientos que rodean la evolución del Tribunal Supremo consiguen, en el mejor de los casos, introducir dudas fundadas en el campo del equilibrio constitucional y separación de poderes, la evolución sufrida por la presidencia y, en general, por los agentes gubernamentales, introduce asimismo interrogantes de igual gravedad sobre idéntico aspecto e incluso, en especial cuando se trata de colisiones con el legislativo, sobre los principios que inspiran la propia constitución, muy en concreto el de representación.

5. A este respecto, ya en 1985, Dahl aludía a un elemento no por más real menos inquietante ⁽⁶⁷⁾. Partiendo de una elaboradísima construcción doctrinal, este autor denunciaba la subversión del orden democrático, uno de los pilares de la constitución norteamericana, por prácticas cotidianas. Exponía que existen determinados aspectos que, por su cualificación, excluyen la intervención de los ciudadanos, incluso de sus representantes, a causa del grado de especialización o gravedad intrínseca que revisten. Tales son los casos, p.e., de materias nucleares o guerra, pero también los presupuestarios, al menos en alguno de sus apartados. En este sentido, la práctica ha impuesto la presencia de expertos, cuyos acuerdos parecen acatados por los agentes gubernamentales sin ninguna clase de cuestionamiento al respecto.

El problema surge, naturalmente, porque tales expertos ni forman parte de las instituciones representativas ni han sido elegidos en ningún momento por votación popular. Y el argumento que se esgrime para justificar su presencia, es decir, la incompetencia de los ciudadanos para entender en determinados asuntos públicos que obliga a delegar la toma de decisiones en un comité de expertos — el « sacerdocio nuclear », p.e. —, no explica el porque tal descocimiento se extiende asimismo al propio contenido de la delegación, quedando así eliminada toda posibilidad de legitimidad. En todo caso, esto último conforma la verdadera dificultad, pues, a su entender, la práctica está tan arraigada que ni siquiera el hecho de que los ciudadanos llegasen a conocer de dichos temas la haría desaparecer.

No sin razón Dahl, cuya intención al escribir el libro consistía en « identificar y clarificar problemas de considerable urgencia » con la finalidad de recuperar la competencia de la ciudadanía y el verdadero

⁽⁶⁶⁾ S.H. LEGOMSKY, *The making of United States refugee policy: separation of powers in the post-cold war era*, en *Washington L.R.*, vol. 70, 1995, pp. 675 y ss.

⁽⁶⁷⁾ R. DAHL, *Controlling nuclear weapons. Democracy versus guardianship*. Syr. U.P., 1985, *passim*.

significado de la democracia ⁽⁶⁸⁾, estima que un comportamiento como el anterior indica que, a pesar de los constantes reclamos a la democracia representativa, incluso entre las dictaduras más consolidadas, nos encontramos en una situación en que tal democracia se ve seriamente amenazada, e incluso subvertida, por este otro poder, cuyos orígenes se deben no a la soberanía popular sino a la más estricta meritocracia, cuyo modelo doctrinal es exclusivamente platónico. O dicho en sus propias palabras, nos encontramos ante un auténtico régimen de guardianía o tutoría (*guardianship*), fundado exclusivamente en la alienación del control sobre los que tienen capacidad de decidir, esto es la ciudadanía, y, por ello mismo, en una franca infracción del principio de representatividad, al menos tal y como se concibe ésta en la propia constitución.

Pero las cuestiones relativas a la representación, han sido asimismo contempladas desde otra perspectiva. Aunque, como es sobradamente conocido, la constitución norteamericana tiene una de sus premisas fundamentales en el principio de la soberanía popular, tanto la doctrina, que acepta como válida la diferencia, adelantada por Madison, entre derechos naturales y derechos (o poderes) constitucionales « del pueblo » ⁽⁶⁹⁾, como la jurisprudencia y hasta la propia historia constitucional, han ido matizando tal axioma. La última ocasión tuvo lugar bien recientemente, en 1995, fecha en que el Tribunal Supremo invalidó un acuerdo adoptado por el estado de Arkansas mediante el cual, tras las elecciones presidenciales de 1992, y al igual que otros treinta y tres estados, se limitaban los periodos para acceder a ser representante ⁽⁷⁰⁾. Se trataba de una enmienda a su propia constitución, que establecía la imposibilidad de ser candidato para todos aquéllos que hubieran desempeñado su cargo durante tres o más legislaturas en el Congreso federal o dos o más en el Senado.

La sentencia de la Corte, que por otro lado no fue unánime, además de incidir en temas que ya se han mencionado aquí — muy en particular el de la doble soberanía —, posee un interés añadido: recoge la confrontación de opiniones que, más allá de la doctrina — de la que evidentemente se hace eco —, aunque en sus mismos términos, sostienen los jueces federales. Porque, en efecto, se produjeron dos « votos particulares » de naturaleza totalmente diversa, versando ambos sobre el principio de soberanía y representación nacional.

El primero, emitido por el juez Stevens, estaba a favor de la inconstitucionalidad de tal enmienda y se basaba en el presupuesto de que la Constitución federal creaba un cuerpo unitario nacional (*uniform national body*) que representaba los intereses de cada individuo. En conformidad a ello, los miembros del mismo, esto es, los representantes,

⁽⁶⁸⁾ Es la principal conclusión del libro, *ibidem*, pp. 89-90.

⁽⁶⁹⁾ A este respecto *vid* como una de las últimas aportaciones, W.D. MOORE, *Constitutional rights and powers of the people*, P.U.P., 1996, sobre todo capítulo 8.

⁽⁷⁰⁾ El caso en *ibidem*, pp. 287 y ss.

establecían una alianza no con sus respectivos estados y los ciudadanos de éstos, sino con todos los individuos de la Nación; por ello, las pretensiones del estado de Arkansas no eran conformes a la legalidad, ya que presuponían un poder inexistente con anterioridad a la propia constitución federal y que ésta no reconocía, «siendo además incongruente con la visión que los *framers* poseían acerca de una legislatura nacional», que el juez, es obvio, considera superior a la de los propios estados. Aunque la última parte de su razonamiento no es enteramente cierta, ya que, al menos parte de los autores más implicados, han demostrado que en los orígenes los norteamericanos se consideraban a sí mismos prioritariamente miembros de sus propios estados antes que de la nación como un todo, el argumento expone con claridad que, en cuestiones fundamentales, el Tribunal Supremo no duda en recurrir asimismo a la historia constitucional, ya no sólo en su versión más positiva, sino para averiguar cuales eran los principios que inspiraron la redacción de la Constitución más de doscientos años atrás.

Y son precisamente tales argumentos los que inspiran la posición del otro magistrado, Thomas ⁽⁷¹⁾, quien, en posición diametralmente opuesta, defendía que «la última fuente de la autoridad de la constitución es el consenso del pueblo de cada estado en particular y no el indiscriminado de la nación concebida como un todo unitario». Y el juez argüía, entre otras razones, que la constitución no recogía ningún mecanismo mediante el cual los ciudadanos pudiesen actuar de forma global a estos efectos. Defensor acérrimo de la autonomía estatal, exponía asimismo que los congresistas representaban «diversas entidades», pero permaneciendo siempre estrechos los vínculos entre los ciudadanos de cada estado y sus respectivos senadores y representantes, hecho este último que no dejó de ser criticado en algunas esferas porque suponía «un retorno al esquema establecido por los artículos de la constitución de la confederación» más que a los de la federal.

Y es que ni siquiera el federalismo, sino todo lo contrario, ha quedado al margen de la polémica, como por otra parte era de esperar. Y una vez más nos hallamos ante posiciones encontradas, que ponen de manifiesto que, ni desde la perspectiva histórica ni desde la doctrinal, ha sido ni es un concepto unitario. Autores como DiZerega o Ulmen ⁽⁷²⁾, por citar dos de los más representativos, han puesto de manifiesto como

(71) El juez Clarence Thomas, propuesto por el presidente Bush, ha sido calificado como «un hombre que, en sus discursos y escritos, aparentemente favorece el recurso al derecho natural cuando interpreta la constitución». R.A. BARNETT, *Getting normative*, p. 151.

(72) Las aportaciones aquí, incluso desde el punto de vista monográfico, son extensísimas. A modo ilustrativo, cito solamente los artículos que siguen, los cuales reflejan además parte de la polémica sostenida por alguno de los autores más representativos: Th. O. HUEGLIN, *Federalism as balance: Reply to Piccone and Ulmen*; G. DiZEREGA, *Reply to Piccone and Ulmen*; P. PICCONE and G. ULMEN, *Federalism in the age*

las mismas etapas de la historia constitucional que influyeron en aspectos como los aquí aludidos, han dejado su huella también en este aspecto, recordando que principios que van desde la doctrina católica, las leyes del mercado, las propias concepciones de «people», los modelos de estado que se defiendan — en particular el *activista* o el *reactivo* —, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en algunos aspectos concretos ⁽⁷³⁾, y la variedad de acepciones que de él existían incluso en la época de los *founder fathers*, impiden llegar a una formulación unánime del mismo, así como a plantearse su futuro. Y no deja de ser interesante que, en esta materia, se hable ya de «un federalismo en la edad de la postmodernidad», donde, al lado de los elementos de base contractual que integraba el «old federalism» como la primacía local, la autoorganización, etc, se hacen valer otros que provienen de consideraciones sociales, como el de solidaridad, en un proceso paralelo al sufrido por las instituciones y órganos constitucionales.

En este orden de cosas, donde ningún asunto padece escapar al ánimo «reconstructor», y donde todo es objeto de crítica e interés, ni siquiera la naturaleza e influencias del *common law*, aparentemente tan unitario, han sido respetadas, no careciendo aquí tampoco de posiciones diversas, cuando no divergentes, que lo conectan con lo que aquí interesa. Así Einseberg ⁽⁷⁴⁾, quien considera que en la interpretación de las reglas del *common law*, prevalentes sobre cualquier otra en los asuntos relativos a daños civiles y en cuestiones de responsabilidad, rigen principios distintos de los que se aplican a la constitución o en los estatutos; principios extraídos de proposiciones formales y sociales, pero a los que no es ajena la moral y que, ciertamente, condicionan las sentencias de jueces y tribunales, principales artífices de este derecho en el medio anglo-americano.

A este respecto, Brudner ⁽⁷⁵⁾ señala la inconciliable división entre individualistas y comunitaristas en la interpretación y aplicación de las normas del *common law*, dado que hacen prevalecer la protección de la libertad individual o de la propiedad privada y el bien común, respectivamente. No obstante, vincula la independencia del mismo a la soberanía política, como se ha visto uno de los temas estelares de la

of postmodernity: rejoinder to Hueglin and DiZerega, todos ellos en *Telos. A Quarterly journal of critical thought*, n. 102, 1995, pp. 159 y ss.

⁽⁷³⁾ Así, p.e., cuando a finales del siglo XIX decidió equiparar las cuestiones de inmigración con las de política exterior, sustrayéndolas a la competencia de los Estados en favor de la administración federal. En la actualidad, sin embargo, los estados continúan regulando la materia, creando serios problemas de orden constitucional, al margen de consideraciones humanitarias, como el generado recientemente por la Proposición 187 del estado de California. K. MANHEIM, *State immigration laws and Federal supremacy*, en *Hastings constitutional law quarterly*, vol. 22, n. 4, 1995, pp. 939 y ss.

⁽⁷⁴⁾ M.A. EISENBERG, *The nature of the common law*, H.U.P., 1988

⁽⁷⁵⁾ A. BRUDNER, *The unity of the Common Law. Studies in begelian jurisprudence*. U. of California p. 1995.

actual cultura jurídica, porque, en su opinión, desde ella se plantea el orden moral establecido por este derecho, cuya unidad, por otra parte, está siendo fuertemente cuestionada y, al parecer, defendida sólo por los miembros del CLS.

Como puede observarse, los problemas por los que atraviesa el constitucionalismo americano se reducen, en la práctica, a una cuestión de interpretación, que al margen de su valoración, conforma por sí misma la aceptación por las instituciones y poderes constitucionales, en especial el Tribunal Supremo Federal, de los términos de un debate doctrinal que se viene produciendo desde hace dos décadas y que, más que ninguna otra cosa, manifiesta el « status quaestionis » en la actualidad.

Por otro lado, es obvio que en este debate tienen un lugar destacado las influencias y posturas ideológicas. A este respecto, ya nadie pone en duda en la actualidad que los cambios que se perciben en el transcurso de la historia constitucional norteamericana, sobre todo en esta centuria; se asientan en gran medida en tendencias filosóficas que impulsan las alteraciones más importantes. Basta con recordar al efecto como el realismo promovió las medidas del *New Deal*, bajo las cuales se produjeron hondas reformas constitucionales entre las que destacan las que ocasionaron el cambio de táctica en el Tribunal Supremo, forzándole a abandonar una práctica inaugurada tras la guerra civil (*Reconstructing era*), que santificaba el contrato en un marco de no intervención, y sustituirla por otra donde dominan los criterios sociales, conforme a los que la libertad contractual se restringió para eliminar los abusos derivados de la misma en defensa del ciudadano (76). Una actitud que se fundamenta, a su vez, en criterios de justicia distributiva, la cual, de una u otra forma, operó como auténtico *leit motiv* durante los últimos cincuenta años, sobre todo tras su revival con la publicación de la *Teoría de la justicia* de Rawls en 1971 (77), cuando el utilitarismo parece ser la teoría dominante a estos efectos.

(76) Postura que ha sido, al menos en parte, recientemente contestada por E.A. POSNER, *Contract law in the Welfare State: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on freedom to contract*, en *The journal of the legal studies*, vol XXIV (2), 1995, pp. 283 y ss., quien sostiene que, desde el punto de vista económico, tales medidas producen distorsiones en un libre mercado, al conllevar un sistema de créditos incontrolados cuyo riesgo significa un elevado coste para el propio Estado de Bienestar y puede incrementar el grado de pobreza.

(77) A J. RAWLS, a quien M.P. ZUCKERT llama « titán de nuestra época » (titan of our age), le cabe el mérito de impulsar el « revival » del derecho natural y del concepto de justicia distributiva, conforme a los cuales, y en opinión de sus seguidores, se puede « conciliar el liberalismo igualitario con un gobierno democrático ». Sobre su obra *vid.*, de este autor, *Is modern liberalism compatible with limited government? The case of Rawls's*, en *Natural law*, pp. 49 y ss.; así como la contestación de J. REIMAN, *John Rawls's new conception of the problem of limited government: reply to Michael Zuckert*, en *ibidem*, pp. 87 y ss. La frase de ZUCKERT en p. 80.

Y fueron, precisamente, criterios como el que se acaba de mencionar, aunque también de teoría económica y filosofía política, los que más han llamado la atención de otro tipo de *scholars*, asimismo implicadísimo, aunque no directamente desde el punto de vista jurisprudencial: los economistas, en especial los más comprometidos en la defensa del estado de bienestar (*welfare state*), en la medida que su propósito consiste, como es notorio, en la determinación de métodos y fines orientados a la distribución óptima de los recursos sociales y económicos escasos.

Aunque no siempre coincidentes (78), más bien todo lo contrario, lo verdaderamente relevante de su contribución consiste en su cooperación con los juristas, en especial los filósofos del derecho, con la finalidad de optimizar los resultados derivados de la aplicación de criterios de justicia distributiva, a través, en muchas ocasiones, de la creación de nuevos conceptos, en especial durante los últimos treinta años — como las diferentes formas de responsabilidad y capacidad, justicia formal o procesal frente a justicia de resultados, etc —, que han sido posteriormente adoptados tanto por la doctrina jurídica más especializada como por la práctica. Cooperación que en ningún caso excluye las críticas, y hasta la mutua desconfianza, producidas en mayor número en el campo de los economistas, quienes acusan de excesiva vaguedad determinadas concepciones, como el igualitarismo de Dworkin (79), p.e. Y ello a pesar de la extendida aceptación de este último en los medios jurídicos y de que, en su día, fue concebido como réplica a las restricciones que, en el plano más concreto de una economía de mercado, elaboraron los propios economistas, limitando, e incluso subvertiendo, el significado original del mismo, sin duda partiendo de criterios rawlsianos y de la convicción de que « en la sociedad americana, por lo menos, la aceptación de la igualdad de las personas va acompañada con la aceptación concomitante de importantes desigualdades, que la mayoría de los americanos considera legítimas » (80).

Una de las explicaciones más directas se encuentra, naturalmente, en el campo de las ideas políticas, e incluso programas de esta naturaleza que se ocultan detrás de cada propuesta. Aunque recientemente se ha hablado por algún autor de « nueva derecha » y « nueva izquierda » (81) — esta última representada fundamentalmente por R. Mangabeira Unger y el movimiento del *Critical Legal Studies*, que el impulsó, grupo de suma importancia por su labor crítica ejercida a través de diferentes tendencias

(78) Sobre este tema, y como una de las últimas aportaciones, J.E. ROEMER, *Theories of Distributive Justice*, H.U.P., 1996.

(79) *Ibidem*, cap. 7, pp. 237 y ss.

(80) M.P. ZUCKERT, *John Rawls's new conception*, p. 77.

(81) B. ACKERMAN, *We The people. Foundations*, H.U.P., 1991, p. 112, refiriéndose al campo de la política constitucional (constitutional politics) desde la década de los setenta, sobre todo, tras el impulso ocasionado por el movimiento feminista.

y al que aquí no se le puede prestar la atención que sin duda merece ⁽⁸²⁾ —, lo cierto es que todas las tendencias a que se ha hecho mención en este trabajo se incluyen dentro de los esquemas dictados por el liberalismo en su más profunda tradición anglosajona.

Con todo, no se trata de una postura uniforme, ya que abarca diferentes corrientes, desde las más conservadoras a las más progresistas. De hecho, aunque todas parten, teóricamente, de principios y fines tendencialmente idénticos, el seguimiento que se ha venido haciendo de sus premisas por la doctrina norteamericana es tan diverso que, con razón, ha podido hablarse de un intento (imposible) de reconstrucción unitaria. Esto se debe, sobre todo, a su división en dos grandes líneas que lo hacen casi originalmente irreconciliable: la de los que vinculan el liberalismo con un modelo de organización capitalista de la vida económica, fundamentalmente; y la de quienes hacen primar sobre lo anterior el crecimiento del estado administrativo y sus implicaciones sociales.

La cuestión no es baladí: partiendo de los mismos valores, se puede hacer prevalecer al individuo o, por el contrario, es el conjunto de la sociedad el objeto de atención preferente. Conforme a ello, se puede aludir a un liberalismo filosófico, el más democrático, o institucional, claramente individualista. Si bien globalmente, los autores, especialmente politólogos, que se han dedicado a ello han podido hablar también de un liberalismo perfeccionista, cuya autonomía se determina desde un punto eminentemente moral; un liberalismo político, que se basa en los principios utilitaristas y en especial el de felicidad; y, finalmente, un liberalismo humanista, cuya esencia es el pluralismo que permite llevar a cabo los proyectos concebidos por los individuos y su fundamentación se encuentra en la teoría rawlsiana y su finalidad de

⁽⁸²⁾ El *Critical Legal Studies*, es una corriente de pensamiento que incluye, a su vez, diversas tendencias y de la que forman parte juristas, historiadores, sociólogos y politólogos especialmente, alguno de los cuales ya ha sido mencionado y otros lo serán más adelante. Se caracteriza por su labor crítica hacia el derecho y la estructura sociopolítica, fundamentalmente, desde posturas progresistas que se individualizan de las que hemos contemplado aquí, aunque se halle próximo a alguna de las que se mencionan. Su aparición y la labor desarrollada por sus miembros, sobre todo durante la década de los ochenta, causó un profundo impacto en los medios académicos norteamericanos, hasta el extremo de que revistas como *The Yale L.J.*, y la *Stanford L.R.*, le dedicaron, en 1988 y 1984, una especial atención. Su representante más emblemático es Roberto MANGABEIRA UNGER, cuyo pensamiento aparece compendiado en su obra en tres volúmenes *Politics: a work in constructive social theory*, C.U.P., 1997 (*Social theory: its situation and its task; False necessity. Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy; Plasticity into Power. Comparative-historical studies on the institutional conditions of economic and military success*). Para una primera aproximación al tema, pueden consultarse: A.C. HUTCHINSON y P.J. MONAHAN, *Law, politics, and the critical legal scholars: The unfolding drama of american legal thought*, en *Stanford L.R.*, vol. 36, 1984, pp. 199 y ss.; y W. EWALD, *Unger's philosophy: a Critical Legal Study*, y C. WEST, *CLS and liberal critic*, ambos en *The Yale L.J.*, vol. 97, 1988, pp. 665 y ss., y 757 y ss, respectivamente.

protección de los derechos y libertades a través de un gobierno constitucional ⁽⁸³⁾.

6. De una u otra forma, implícita o explícitamente, son las líneas que inspiran y en las que se ha desarrollado el debate constitucional americano. En sus aspectos más relevantes y a la vez como testimonios paradigmáticos de posturas encontradas y resumen de los términos extremos de la polémica, sirven de ejemplo los dos autores, a mi juicio, más representativos de la misma: B. Ackerman y R. Epstein.

El sugerente título del libro colectivo, « Los fundamentos económicos del derecho de propiedad » ⁽⁸⁴⁾, del que Bruce Ackerman fue editor en 1975, puede servir como introductor de su obra, al tiempo que aporta el testimonio de una de las bases esenciales del pensamiento político-constitucional de quien no puede ser definido como un constitucionalista « avant la lettre » y que, en los últimos años, ha vuelto a interesarse por la reconstrucción de la historia constitucional anterior a los años treinta de este siglo. Porque para Ackerman, creador de una de las teorías políticas más aplaudidas de las últimas décadas — basada en una gran reforma jurídica, el *constructivismo jurídico*—, el objetivo primordial consiste en una reformulación del estado liberal, conseguida mediante un mecanismo absolutamente indispensable pero posible: el diálogo entre todos los agentes políticos y sociales interesados, sin excepción alguna. Después de haberla frecuentado durante años, a Ackerman sólo parecen interesarle de la historia constitucional los orígenes y, en especial, la etapa iniciada por Roosevelt a mediados de la década de los treinta, el estado de bienestar (*welfare state*), despachando en breves y contundentes términos — esclavocracia (*slavecracy*), en 1787, capitalismo prominente después de la guerra civil y el *laissez-faire* del primer siglo XX — todas las transformaciones operadas en la nación desde su constitución como Estado « hasta convertirse en líder mundial » ⁽⁸⁵⁾.

Desde su punta de vista, sólo con las reformas legales introducidas con el *New Deal* — al que no duda en calificar de revolución — comenzaron a superarse los « vacíos, desestabilidad y desempleo » de la « edad antigua », es decir, la iniciada hace dos siglos, cuando « los revolucionarios que establecieron la constitución pensaron que poseían

⁽⁸³⁾ *Vid.*, como un intento de recapitulación y, a su vez, como compendio más reciente, D. JOHNSTON, *The idea of a Liberal theory. A critique and reconstruction*. P.U.P., 1994.

⁽⁸⁴⁾ *Economic foundations of property law*, Boston 1975, con interesantísimas aportaciones de muchos de los intervinientes en el debate de referencia, como Posner, Michelman o Coase, entre otros.

⁽⁸⁵⁾ La importancia del *New Deal* es una constante en los escritos de Ackerman. Esta referencia en concreto está extraída de *The future of liberal revolution*, Y.U.P., 1992, p. 16.

un conocimiento político lo suficientemente poderoso para establecer una nueva forma de gobierno republicano » cuyo resultado fue, por el contrario, una guerra civil para liberar a los esclavos y la introducción de una « rígida tiranía de tecnócratas » sobre los ciudadanos ⁽⁸⁶⁾. Frente a esa situación, la seguridad social y el replanteamiento de las funciones de los profesionales del derecho en sentido amplio (*lawyers*), son sólo algunas de las consecuencias obtenidas durante la « era Roosevelt ». Sin embargo, la tarea fundamental está aún por hacer y consiste en la creación de un estado, dotado de cierto grado de intervención (*activist state*) que, producto de una revolución liberal — en ningún caso violenta, sino llevada a cabo mediante el Diálogo neutral realizado en las condiciones anteriormente aludidas —, sea capaz de superar el nefasto pasado y resultados de, por lo menos, la etapa del *laissez-faire*. Este nuevo estado, al que no duda en calificar de liberal, se establecería sobre unos fundamentos políticos surgidos de la unificación de las mejores aportaciones del socialismo — bien entendido su rechazo al de los países del Este, inaugurado por la práctica leninista — y del liberalismo. Pero, sobre todo, exigiría una profunda transformación del actual concepto de justicia y de las competencias de los profesionales del derecho, aspectos ambos que desarrolla en la que quizá sea su obra más difundida — *La justicia social en el estado liberal* ⁽⁸⁷⁾ y en *Reconstruyendo el derecho americano* ⁽⁸⁸⁾, no por casualidad aparecidos durante gobiernos republicanos.

En esencia, viene a proponer en ambas obras unos cambios constitucionales fundamentales, basados en la recuperación fidedigna de los principios liberales, desvirtuados, a su entender, por la práctica corrosiva, introducida durante el siglo XIX, del capitalismo salvaje del *laissez-faire*, justificada entonces en criterios de utilidad y manifestada en el contrato, considerados ambos — utilidad y contrato — como las más puras formas de explotación e incluso capaces de desencadenar la tiranía.

En contraposición, Ackerman defiende un liberalismo que, correctamente entendido, « emerge como un coherente conjunto de ideales de enorme poder crítico » ⁽⁸⁹⁾, dirigido contra una estructura de poder explotadora, cuya reforma requiere una tarea política llevada a efecto en términos de diálogo y destinada a transformar el derecho y el aparato judicial y a la recuperación del contenido original de los derechos, aunque « preservando siempre los avances logrados por nuestros antepasados » ⁽⁹⁰⁾. Por consiguiente, el aspecto más importante es la

⁽⁸⁶⁾ *The future*, pp. 18 y ss.

⁽⁸⁷⁾ *Social justice in the liberal state*, 1980. Utilizo aquí la versión española, *La justicia social en el estado liberal*, C.E.C., 1993.

⁽⁸⁸⁾ *Reconstructing American Law*, H.U.P., 1984. Hay traducción española.

⁽⁸⁹⁾ *La justicia social*, p. 46.

⁽⁹⁰⁾ *La justicia social*, p. 57.

creación de lo que él denomina la « perfecta tecnología de la justicia », que permita desarrollar plenamente el derecho de libertad a través de la eliminación de las discriminaciones enunciadas en el derecho de doscientos años atrás. Son, en cualquier caso, presupuestos necesarios para conseguir el objetivo fundamental del estado liberal: la existencia de ciudadanos libres en una sociedad justa, legitimada por principios morales bajo un gobierno que supere la dicotomía izquierda-derecha y, sobre todo, fundada en principios de Racionalidad — conforme a la cual cada ciudadano está capacitado para defender su posición de poder mediante la razón —, y Neutralidad — « que cada ciudadano defienda sus derechos sin ser requerido a que convenza a sus conciudadanos de que su bien personal es útil al bien común »⁽⁹¹⁾.

En opinión de este autor, la concepción en tales extremos de los derechos de libertad y una cierta igualdad inicial, se hallaba enunciada en las primitivas Declaraciones de derechos; su evolución en los términos actuales es debida, fundamentalmente, al desarrollo del derecho de propiedad según criterios económicos y a la evolución legal-normativa posterior, aspectos ambos amparados en teorías de poder absolutamente denigratorias. Tales son las causas que, con la organización judicial, como se ha mantenido hasta ahora, caracterizan la actual estructura del poder y permiten la permanencia de los tres grandes motivos de discriminación: sexismo, pobreza y racismo.

Causa inmediata es, desde luego, la formulación y contenido de un derecho de propiedad que, por un lado, aparece jurídicamente definido y divulgado por los profesionales conforme a los dictados del *common law* histórico, sin que ninguno se cuestione sus orígenes como pacto entre la Corona y los grandes terratenientes; y, por otro, respaldado por unos economistas orientados sólo por el interés de mercado, expresado éste en términos de eficiencia económica mediante el recurso a los criterios de superioridad y optimización extraídos de la teoría elitista de Pareto⁽⁹²⁾. (En este sentido, no sorprenden los furibundos ataques que dirige a los economistas, en particular de la Escuela de Chicago, conjunción de economistas y juristas avanzados en la defensa del actual sistema, y de los que solamente defiende a R. Posner por ser el único que postula la eficiencia económica en términos filosóficos)⁽⁹³⁾.

Para Ackerman, esta situación es especialmente grave en la medida que potencia las discriminaciones anteriormente descritas, que aparecen recogidas en la constitución y continúan manteniéndose por la legislación ordinaria. La superación de la misma pasa necesariamente

⁽⁹¹⁾ *La justicia social*, p. 412.

⁽⁹²⁾ *Introduction: on the role of economic analysis in property law y Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy*; ambas aportaciones en *Economic foundations*, pp. 1 y ss. y 160 y ss., respectivamente.

⁽⁹³⁾ *Reconstructing*, p. 90, n. 16.

por una reconstrucción — realizada por juristas, historiadores, economistas — del propio derecho de propiedad, en términos que potencien la interdependencia social y subrayen la necesidad de reconciliar cualquier propiedad con las demandas de una justicia social. Y en esta tarea, además del diálogo, es necesaria la introducción o recuperación de unos principios éticos — lo que ciertamente le sitúa en las antípodas del liberalismo clásico —, principios que reivindica de forma absoluta para alcanzar la superación de la desigualdad económica y la reformulación legal.

Es, en definitiva, una nueva concepción que va acompañada también por una nueva forma de lenguaje del poder, cuestión axial del constructivismo jurídico y empresa primordial para los juristas. Un nuevo lenguaje que se contempla como mecanismo eficaz para la superación de las prácticas discriminatorias intrínsecas al *common law*, con el fin de evitar que caiga en « manos invisibles » la legitimación de los asuntos referidos a cuestiones militares, económicas y sociales; que permite, finalmente, la participación activa de todos los ciudadanos para hacer efectivos los ideales que se vienen arrastrando desde la ilustración: determinar la naturaleza real de la autoridad estatal y la libertad humana. Y tales cambios, en la medida que son esencialmente jurídicos, conforman una tarea que afecta fundamentalmente a los juristas.

Trabajador infatigable ⁽⁹⁴⁾, e interesado en temas a los que usualmente se suele prestar poca atención o pasaban desapercibidos, al menos en la época en que él se preocupa, en 1981 ⁽⁹⁵⁾ planteó los problemas relacionados con aspectos ecológicos mediante el análisis de disposiciones que en años anteriores habían sido aprobadas en el Congreso sobre medidas medioambientales. Desde sus propios presupuestos, y con su habitual e innegable simpatía hacia el *New Deal*, Ackerman estimaba que aquéllas eran el producto de las nuevas orientaciones que comienzan a producirse en la Cámara desde 1970 y de un debate que se desarrolló esencialmente durante 1978 y 1977, mediante los que se pretendía revisar el sistema de derecho administrativo heredado precisamente de la « era Roosevelt ». Pero, en su opinión, las disposiciones y decisiones emanadas, al menos a este particular res-

⁽⁹⁴⁾ Ampliaría mucho la extensión de este trabajo citar toda la producción de este autor, hecho que, por otro lado, tampoco se pretende, ya que me he centrado, sobre todo, en las aportaciones más relevantes o más recientes. Como ejemplo, sin embargo, *vid: Foreword: law in activist state*, en *The Yale L.J.*, vol. 92, 1983, pp. 1083 y ss. (su contribución al symposium celebrado por esta revista *The legacy of the New Deal*), y *The Storrs Lectures: discovering the constitution*, en *The Yale L.J.*, vol. 93, 1984, pp. 1013 y ss. En ambos adelanta ideas que desarrollará en monografías posteriores.

⁽⁹⁵⁾ B.A. ACKERMAN and W.T. HASSLER, *Clean coal/Dirty air, or how the Clean air act became a multibillion-dollar bail-out for high-sulfur coal producers and should be done about it.*, Y.U.P., 1981.

pecto, como la « Clean Air Act » de 1970, no son más que experimentos fallidos, al no conseguir superar la fatal influencia de la propiedad, en los términos que él define, ni las vaguedades propias del *New Deal*, cuyos errores, por cierto, no se han coseguido superar.

Por otro lado, en la que sin duda es una de sus obras más emblemáticas, sino la que más, *We the people* ⁽⁹⁶⁾, se ocupa de la historia constitucional americana para « descubrir la constitución », su « principal preocupación durante los años ochenta », como él mismo confiesa en el preámbulo, ya que estima que, durante dos siglos, el estudio de la misma estuvo influenciado por métodos y conceptos más propios del constitucionalismo europeo que americano. En su opinión, la idea básica gira en torno al concepto de democracia dualista, conforme a la cual la constitución incluye dos tipos de decisiones completamente diferentes, la del pueblo norteamericano y la del *government*, idea que se opone al concepto de democracia monista, la más difundida entre los estudiosos, construida a partir de la herencia parlamentaria británica, considerada como esencia de la democracia.

A diferencia de éstos, estima que el derecho americano, y en particular el constitucional, es producto de una cultura autónoma, y contempla la evolución constitucional como la sucesión de tres regímenes distintos, la época fundacional, la intermedia (*middle republic*), que se corresponde con el periodo posterior a la guerra civil y la república moderna (*modern republic*), inaugurada con el *New Deal*, para él la más relevante y cuyos logros fueron recortados durante la « era Reagan » en diferentes aspectos sustanciales.

A su entender, los problemas básicos que reviste el debate actual deben contemplarse desde la distancia que separa la época de los fundadores hasta el presente, o, en sus propias palabras, « comprendiendo el enorme abismo que separa los millones de hombres y mujeres que viven en la poliglota América postindustrial de quienes hablaban, en 1787, en nombre de, aproximadamente, un millón de hombres blancos, dueños de plantaciones, comerciantes, granjeros y artesanos, y defendían, por ello, conceptos de federalismo y representación completamente diferentes a los que actualmente están vigentes ». En la época de *Publius*, p.e., ni siquiera se concebía una representación unitaria, sino más bien todo lo contrario, esabeciéndose al efecto una tripartita, cuyos orígenes eran ciertamente la soberanía popular, pero en la que el Senado, el Congreso (*house*) y hasta el Presidente, los « representaban » de manera diferente, como reflejan las competencias que se le atribuyeron. Incluso el sistema federal, en los orígenes, estaba fuertemente influenciado por una clara determinación política, ya que pretendió aunar el proceso revolucionario (*revolutionary process*), a través del cual se movilizó el apoyo popular para las reformas consti-

(96) *We the people. Foundations*, cit.

tucionales, y la esencia de la propiedad dirigida (*property-oriented substance*) los cuales conformaban la particular visión social de los fundadores, basada en el individualismo, revisada posteriormente en profundidad por los *new dealers*, quienes, aunque no rechazaron el proceso federalista, le dieron, sin embargo, una nueva orientación.

Finalmente, y para concluir haciendo referencia a otro de los aspectos más controvertidos del debate recogidos en este trabajo, no podían faltar sus alusiones al Tribunal Supremo. También aquí existe un rechazo absoluto a las tesis de los demócratas monistas, reconociendo al efecto la existencia de dos sistemas, el último de los cuales (*the modern system*), aunque introducido por el Partido Demócrata con Roosevelt, tiene sus raíces históricas en las tesis defendidas por Th. Jefferson en 1800, y se diferencia del clásico (*classical system*) en que, en tanto que en éste la actuación judicial venía determinada por enmiendas constitucionales formales, el moderno se deriva de un mandato reclamado por el presidente al propio pueblo. En este sentido, considera a la institución de una importancia capital, pues, al contrario de Europa, donde el diálogo se lleva a cabo entre los partidos políticos y élites burocráticas, el Tribunal Supremo representa con diferencia el mecanismo institucional a través del cual se puede poner en contacto el presente y el pasado para decidir el futuro constitucional propio.

Aunque su obra es producto de la reflexión sobre la evolución histórica de un determinado sistema constitucional, el norteamericano, asimismo basado en derechos y libertades — *rights and liberties* —, y, obviamente, está concebida para la reforma de ese mismo sistema, no duda en ampliar la recomendación de su estado liberal para Europa, que encuentra particularmente factible sobre todo desde los acontecimientos políticos de 1989⁽⁹⁷⁾. La vía, en este caso, consiste en recuperar el sentido original de la Revolución francesa, manifestado en la Declaración de 1789, también perdido aquí en el transcurso del siglo XIX a causa de los regímenes políticos que se sucedieron durante esa centuria.

Como era de prever, la teoría de Ackerman, aquí expuesta sucintamente, dió origen desde su aparición a críticas diversas, a las que el autor, bien que de forma incompleta, en cierta medida ya se había adelantado. Tal fue, por ejemplo, la insistencia en calificar como liberal — uno de cuyos elementos incontestables, sobre todo en el ámbito anglosajón, es el individualismo — a un estado, organización política o sistema basado en principios comunitarios y de justicia social; o el contenido, más procedimental que material, que concede a los derechos, que parece sacrificar a esa misma justicia social, bien que esta afirmación sólo parcialmente parece respaldada por sus ataques al actual concepto de propiedad. No obstante, en su caso, todo parece diluirse en el rechazo absoluto a la influencia kantiana, incluso para la

(97) *The future*, pp. 30 y ss.

teoría del liberalismo clásico, y en su propia concepción del liberalismo como una « forma de cultura política que habla acerca del poder »⁽⁹⁸⁾.

Ackerman y sus seguidores partidarios del Estado Activista representan, en cierta manera, el aspecto más innovador; Epstein, el desarrollo clásico o más académico de una cultura constitucional, uno de cuyos puntales lo conforman los derechos y libertades individuales. En este sentido el hecho de que ambos concedan un lugar relevante, central incluso, al derecho de propiedad como motivo de interés, es la única coincidencia que se puede observar entre los dos. Frente a un Ackerman que rechaza en *We the people* la historia constitucional por las desvirtuaciones que introdujo en el sistema y reivindica un gobierno auténticamente republicano frustrado por el modelo inglés y lockiano seguido por los fundadores, Richard Epstein, como neo-liberal, los asume, precisamente, como punto de partida indiscutible. Y también aquí puede servir como testimonio una de sus aportaciones más divulgadas, « Los impuestos en un mundo lockiano »⁽⁹⁹⁾. Partiendo del dilema lockiano que consiste en conciliar la libertad individual con la capacidad impositiva estatal, considerada ésta como un poder inherente e indispensable de la soberanía y basada a su vez en la coacción ejercida sobre el ciudadano para que entregue su propiedad sin consentimiento, Epstein describe, recurriendo asimismo a un análisis económico — coincidente a grandes rasgos con el de Ackerman, puesto que también utiliza elementos paretianos, bien que en otro sentido — y constitucional, que el Estado incrementó sus competencias más allá de lo estipulado en el pacto inicial, invadiendo esferas de la libertad y propiedad de los ciudadanos, cuya disponibilidad pertenece exclusivamente a los individuos conforme a lo estipulado por la teoría del derecho natural. Para este autor, el problema fundamental radica en la gran cantidad de recursos que se canalizan por vías gubernamentales, razón por la que considera que las restricciones aplicadas, desde un tiempo a esta parte, a la potestad impositiva estatal, si bien no son « el remedio a la enfermedad », suponen, no obstante, « un paso adelante en el camino correcto ».

La meta de tal camino no es otra que la recuperación del sentido original de un individualismo basado en la hegemonía de derechos y libertades individuales sobre cualquier otro aspecto social, en conformidad con la más estricta formulación lockiana, hecho que se pone aún más de manifiesto en sus escritos acerca de la propiedad, verdadero eje central de toda su obra. Así lo testimonia en su libro más difundido, *Takings*⁽¹⁰⁰⁾, nombre con el que en una cláusula de la constitución

(98) Son ilustrativas a este respecto la obra de R. POSNER, *Overcoming*, y la introducción de F. ROSENKRANTZ a la versión española de *Social justice*.

(99) *Taxation in a lockean world*, en *Social philosophy & policy*, vol. 4, I, 1986, pp. 49 y ss.

(100) *Takings: private property and the power of eminent domain*. H.U.P., 1985.

aparece designado el dominio eminente, y que, aunque algunos años anterior, viene a representar en el conjunto de su producción lo que *We the people* para Ackerman. Epstein se propone analizar a través de él las relaciones entre el individuo y el estado, tomando en consideración, por un lado, la influencia que al respecto tienen la teoría de la obligación y organización políticas, y, por otro, que uno de los problemas fundamentales del gobierno consiste, precisamente, en la preservación formal y material, por parte del poder político, de los valores que implican los derechos naturales de propiedad y al trabajo, definidos en conformidad al más estricto dictado lockiano. Desde tales presupuestos, no sólo analiza las relaciones entre los individuos y de éstos con el estado, sino las cuestiones relativas a la interpretación de la constitución, y, sobre todo, las funciones del Tribunal Supremo y el legislativo, así como el poder político y la soberanía, entre otros temas de interés.

En este sentido, expone que el « judicial review » responde a un plan, sencillo pero poderoso, conforme al cual la capacidad de elaborar las leyes se divide entre el legislativo y los tribunales, porque a pesar de que al legislativo le corresponde la facultad de incoar la legislación, los jueces pueden revocarla, aunque carezcan de potestad legislativa, como pone de manifiesto la propia *takings clause*, que ordena taxativamente a los tribunales abrogar la legislación en la que la expropiación de la propiedad no está compensada por un justo precio. Con todo, es en las cuestiones de interpretación constitucional donde el judicial alcanza su mayor influencia, ya que puede anular decisiones de autoridades elegidas, pese a que los jueces no proceden de un proceso electivo. En su opinión, como el poder de los jueces no está legitimado por una votación popular, no se les puede considerar como uno de los órganos de *government*; por ello, y dado que no pueden apelar a la voluntad general en sus razonamientos, las interpretaciones autorizadas que realizan sobre la constitución no deben ser manifestaciones de sus creencias particulares. Y estima asimismo que, como la constitución no dice explícitamente nada acerca de la protección material de los individuos, el sistema de *checks and balances* o de separación de poderes dificulta extremadamente el ejercicio de las potestades concedidas a la administración, las cuales, además, se ven complicadas por la limitación jurisdiccional que pesa sobre el poder federal, al regular ciertas materias que quedan excluidas de la administración colectiva, porque los poderes federales aparecen explícitamente enumerados y son, en general, a los que se encomienda, y se corresponde con, lo que Locke define como bien común.

Quizá por ello, concede gran valor a la policía (*police power*), al que considera un poder inherente a la soberanía, aunque reconoce que dada « su sombría existencia histórica », en gran medida debida a su ambigüedad intrínseca, es difícil de definir, incluso constitucionalmente, puesto que la constitución no alude explícitamente al mismo. No

obstante, cree que encuentra su apoyo en las cláusulas comprendidas en la 1ª enmienda, en especial las *contracts clause*, *equal protection clause*, y « naturalmente » *eminent domain clause*. Conforme a las mismas, esta facultad reviste dos sentidos diferentes: el primero, lo asocia con una delegación de poder que cada Estado realiza en sus divisiones internas, como las ciudades, condados, etc; y el segundo, y más relevante, es el que hace referencia a la concesión de poder a la administración federal y estatal para superar los límites expresamente impuestos por la constitución. En este sentido, y considerando que el « gobierno representativo parte de la premisa de que los derechos del estado contra sus ciudadanos no son mayores que la suma de los derechos de los individuos a quienes beneficia en una determinada transacción », concluye que su aproximación al dominio eminente, aplicada tanto a la libertad personal como a la propiedad privada, ofrece principios acerca de la importancia de ambas, porque presta atención a las funciones del estado y a las limitaciones de sus poderes.

A este respecto, elementos, para otros autores que se han citado tan importantes, como la virtud cívica ocupan un lugar secundario en su teoría, porque su existencia depende, dice, de la confluencia de una serie de circunstancias que no siempre se producen. En su opinión, por tanto, « virtud y pobreza no caminan bien juntas » y, aunque las instituciones políticas deben garantizar las condiciones políticas para que la última se supere, no parece que los medios que promueve sean, precisamente, los más eficaces. En consecuencia, y a diferencia de otros estudiosos, muy en particular Ackerman, propone al respecto, en primer término, la facilitación de las transacciones voluntarias y, en segundo lugar, el control legislativo sobre el mercado. En su opinión, la libertad de este último no supone una licencia absoluta para hacer lo que le plazca a cada individuo, de la misma manera que el contrato lleva implícita la prohibición de determinadas conductas; y por consiguiente, aunque se hable de « los peligros de la legislación », sólo a través de ella se pueden eliminar prácticas monopolísticas y, sobre todo, prestar atención a bienes públicos que el mercado no puede proveer.

Epstein analiza la propiedad ⁽¹⁰¹⁾ desde sus orígenes romanos, cuyos esquemas de pública y privada cree aún vigentes y pertinentes jurídicamente, apoyándose en la doctrina inglesa de los siglos XVII y XVIII — el ya aludido Locke, naturalmente, pero también Hobbes y Hume — y considerando que se trata de una institución que ha de contemplarse desde perspectiva histórica, económica, filosófica y jurídica. Desde esta postura, se formula la pregunta fundamental: la posibilidad de encontrar una solución, atemporal y apta a todas las

(101) Vid también *History lean* y su contribución *On the optimal mix private and common property*, al volumen de *Social philosophy & policy* dedicado monográficamente al tratamiento de *property rights*, vol. 11, n. 2, 1994, pp. 17 y ss.

circunstancias, del problema planteado por la coexistencia de diversas propiedades. O, en otras palabras, la posibilidad de hallar una solución intermedia que, eliminando las barreras impuestas por el *common law* estático, supere la dicotomía entre una propiedad colectiva y una propiedad privada. La cuestión no es en absoluto baladí, y aún parece alcanzar su máxima expresión en un momento en que las grandes compañías tienden a interferir, con el respaldo gubernamental, en áreas de uso colectivo, e incluso particular, contraviniendo expresamente la práctica judicial tradicional que, basada en la aplicación del *common law*, garantizaba y primaba, por encima de cualquier consideración, la propiedad privada.

Epstein no contesta expresamente a su propia interrogante, limitándose a exponer que « es una tarea delicada encontrar el equilibrio perfecto »⁽¹⁰²⁾. No obstante, la respuesta va de suyo en una de sus conclusiones, al exponer que la propiedad privada ha coexistido y coexistirá con sistemas de propiedad colectiva y que « los derechos de propiedad son invenciones humanas y en cuanto tales responden a los cambios tecnológicos ». Estima asimismo que « un *government* limitado, la elección pública y la propiedad privada, pueden ser integrados en una única teoría que incorpore rasgos de la tradición republicana », siempre que el lenguaje estatutario no se adultere y sea interpretado en su sentido original. Y aunque es consciente de la dificultad que supone conciliar el ámbito del interés individual con los principales principios en que se fundamenta la teoría política, defiende, en abierta oposición con Ackerman, que tal dificultad no encontrará la solución en un debate universal « capaz de proveernos de una receta para curar nuestras enfermedades políticas e intelectuales »⁽¹⁰³⁾.

El nudo gordiano de la teoría de Epstein lo conforma ciertamente un derecho de propiedad individual, reforzado por un determinado concepto de responsabilidad y vinculado directamente con la capacidad impositiva. Por cada uno de estos aspectos ha sido criticado con especial dureza.

El primero, porque su concepción de la propiedad privada como un derecho natural le lleva a defender una absoluta soberanía de la persona y sus posesiones, en cuyo caso, cualquier daño implica una causa de responsabilidad en la medida que afecta a dicha soberanía. Pero al considerar los daños desde un planteamiento de eficacia económica, se excluye la calificación jurídica de graduación de los mismos (culpa o negligencia), introduciendo así no sólo una responsabilidad rigurosa u objetiva (*strict liability*), sino sacrificando en parte los demás

⁽¹⁰²⁾ *On the optimal*, pp. 40-41.

⁽¹⁰³⁾ También aquí en directa oposición a SUNSTEIN y MICHELMAN, a quienes califica de románticos en *Modern republicanism or the flight from substance*, en *The Yale L.J.*, vol. 97, pp. 1633 y ss.

derechos ⁽¹⁰⁴⁾. Y en relación con la potestad impositiva, su creencia en que está concebida, como todas las medidas administrativas adoptadas al efecto, para asegurar la igualdad de generaciones futuras ⁽¹⁰⁵⁾, no parece que congenie con su inclinación por el criterio de utilidad, habida cuenta que ésta, tal y como se ha expuesto, es incompatible con la igualdad. Y ello dejando al margen las desigualdades que la evolución tecnológica o social, e incluso las propias medidas administrativas, entre ellas las fiscales, puedan introducir en el futuro.

Existe en Epstein una clara intencionalidad de situar la propiedad en el eje mismo del sistema norteamericano y sustento de los demás derechos, incluido el de expresión, que, como el mismo expone, « no significa licencia absoluta para hablar ». Y una vez más en abierta oposición a Ackerman, que se muestra favorable a la abstracción judicial y para quien la política norteamericana durante la década de los ochenta supuso « un resurgimiento de la retórica individualista » a través del reaganismo, « la más seria expresión de este impulso desde el *New Deal* », Epstein se propone demostrar « que el modo más dominante de considerar el derecho de propiedad durante los últimos cincuenta años ha sido un error de dimensiones constitucionales ». Porque, en tanto que Ackerman se muestra partidario de la abstracción y sostiene que los intereses que protege el derecho de propiedad se refieren a los del mercado, mientras que el de intimidad (*privacy*) engloba otros de carácter más « espiritual », Epstein estima que, en cuestiones relativas a las libertades económicas y la propiedad, más importante que las posturas doctrinales — la de quienes defienden la facultad de los jueces para crear un « una estructura intelectual poderosa y coherente », es decir la abstracción, o la que sostiene que tratan de evitar las provisiones derivadas del significado literal de la constitución que pueden desencadenar resultados doctrinales indefendibles —, es atender, por el contrario, al interés protegido y las violaciones que puedan sobrevenirle ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Tal es la crítica que le dirige A. BRUDNER, *Studies in bogelian jurisprudence*, pp. 160-63. Por otro lado, las cuestiones relativas a la responsabilidad, especialmente civil, constituyen sin duda uno de los temas más importantes en la actualidad para la doctrina norteamericana, lo que ha permitido generar una corriente crítica específica que, por una parte, trasciende al ámbito constitucional y, por otra, está muy vinculada con aspectos concretos de este debate, como el de la interpretación, hecho que permitió a algunos autores criticar las diferentes posturas mantenidas al respecto. *Vid* sobre ello el cap. 6 de este mismo autor y obra, y también, como ejemplo, « *Common sense* » *legislation: the birth of neoclassical tort reform*, en *Harvard L.R.*, vol. 109, 1996, pp. 1765 y ss., como uno de los testimonios más recientes acerca de la *tort law* y su evolución a lo largo de las diferentes etapas constitucionales, en especial desde la « era clásica » tras la Primera Guerra Mundial.

⁽¹⁰⁵⁾ Tal es la que le dirige L.S. TEMKIM, *Justice and equality: some questions about scope*, en *Social philosophy & policy foundation*, 1995, pp. 72 y ss., p. 93.

⁽¹⁰⁶⁾ A1 respecto, R.A. EPSTEIN, *Property rights, and the politics of distrust*, y B.

En este sentido, la propiedad vuelve a ser el hilo conductor en una de sus últimas obras ⁽¹⁰⁷⁾, en que lleva a efecto un análisis del desempleo y las discriminaciones — raza, sexo, edad, etc. — que mantiene el sistema constitucional norteamericano, a pesar de las diferentes disposiciones que, desde la *civil rights act* de 1964, han sido respaldadas por el legislativo.

En su opinión, la *civil rights act* se concibió como el intento de concluir los abusos cometidos por el poder político con anterioridad a la fecha de su promulgación, ya que concedía a los instituciones federales la capacidad de intervención en las decisiones de las administraciones locales en algunos asuntos de discriminación racial. Pero tal medida, que complementa lo dispuesto por la 14ª enmienda, la cual faculta al Congreso para abolir disposiciones estatales sobre este particular y otras de naturaleza similar, en la práctica no opera desde criterios de igualdad sino, simplemente, como « una invasión de la propiedad privada sin justa compensación ».

Por otro lado, el principio de antidiscriminación no es unívoco, ya que se produce de distinta manera según el supuesto de que se trate (raza, sexo, edad), lo que dificulta la realización de un análisis global del mismo, por cuanto se hace necesario analizar cada caso concreto para determinar quienes son los beneficiarios, cuáles los abusos y quienes exigen una protección directa, con el consiguiente coste social. Más difícil, si cabe, es la solución legal o jurídica: a pesar de las disposiciones que se sucedieron desde 1964 a 1986, que contemplaban distintos supuestos de discriminación ⁽¹⁰⁸⁾, se ha comprobado que son casi inoperantes con el medio a través del cual se producen mayoritariamente en la actualidad tales discriminaciones: el contrato, considerado como expresión de la voluntad de los contratantes. Tal situación, además, no deja de ofrecer una apariencia paradójica, porque, en tanto que se admite el recurso a la coacción y al control por parte de las instancias gubernamentales, basándose para ello en que se trata de problemas que afectan al bien común, se permite asimismo el uso de la violencia y el abuso de fuerza cuando afectan a extranjeros inmigrantes ilegales.

ACKERMAN, *Liberating abstraction*, ambas en *The Bill of Rights*, pp. 41 y ss. y 317 y ss., respectivamente. Para ACKERMAN, la raíz del problema está en los mismos orígenes, porque « mientras que la esfera privada (*privacy*), como la “contaminación”, dirige nuestra atención a valores externos al mercado (*non-market values*), al menos el valor particular que protege — la libertad individual — no estaba ausente en los escritos de los fundadores federalistas y los republicanos reconstruccionistas... (por tanto) la pregunta sigue siendo: ¿por qué existe esta asimetría entre poderes y derechos? », p. 348.

⁽¹⁰⁷⁾ R. EPSTEIN, *Forbidden grounds. The case against employment discrimination laws*. H.U.P., 1992.

⁽¹⁰⁸⁾ Además de la mencionada, las siguientes: *equal pay act*, de 1963; *rehabilitation act*, de 1973; *equal opportunity employment act*, de 1972; *pregnancy discrimination act*, de 1978; y *age discrimination act*, de 1986.

A juicio de Epstein, esta situación no es más que el resultado del cambio que se ha ido operando históricamente en el concepto de derechos civiles, ya que, en su sentido original, aludía a la capacidad de contratar, de adquirir propiedad, de actuar libremente, etc, las cuales estaban garantizadas tanto frente a los demás individuos como ante el propio Estado. « La gran tragedia de la experiencia americana en relación con la discriminación », expone, consiste precisamente en esto, en haber perdido el concepto primitivo, basado en el respeto a las diferencias de raza, de religión, de sexo (¡) o de origen nacional, y haberlo sustituido por un régimen expansivo de actividad de la administración, sancionado constitucionalmente por el poder judicial.

En este sentido, otorga a la acción llevada a efecto por el movimiento de derechos humanos — aunque a veces éste utilice restrictivamente el concepto de discriminación (sólo blanca, sólo masculina) —, una función esencial, al defender la diversidad como objetivo. Para Epstein, la superación de la discriminación pasa necesariamente por la autonomía individual y la libertad de asociación — que son principios originales — y es, precisamente, su negación por las legislación actualmente vigente que regula los derechos civiles, a la que considera una nueva forma de imperialismo, la que produce una modalidad de gobierno coactivo que amenaza las operaciones de trabajo y emplea en el mercado tanto como la libertad política e intelectual no sólo de los discriminados sino también de todos los ciudadanos.

Intencionadamente me he detenido en la producción más reciente de ambos autores, aquélla en la que, sólo aparentemente, se hacen primar sobre criterios de historia constitucional otros relacionados con cuestiones filosóficas, de análisis político o, jurídicamente, más positivistas. Sin embargo, y dejando al margen todo el planteamiento general que lo manifiesta bien claramente, esta parte de su producción representa el punto de llegada natural de unos autores que han dedicado parte sustancial de su obra, desde los últimos setenta, al análisis de la constitución y sus orígenes, y en el que las diferencias entre ambos son más que evidentes, dejando bien patente que la acusación de que « a los americanos les gusta invocar la historia, pero no necesariamente aprender de ella » que uno de los « scholars ⁽¹⁰⁹⁾ dirigía a sus colegas, no puede ciertamente atribuirse a éstos (como a tantos otros de los que aquí se han mencionado).

En Ackerman son temas centrales de interés los derechos y la forma de gobierno republicano (*self-government*), pero admite de forma incontestable la interpretación del presente en clave de pasado constitucional, en parte por el rechazo definitivo de la influencia lockiana y, en general, del constitucionalismo inglés. Considerado como uno de los más conspicuos representantes del llamado « neo-federalismo », le

(109) M.S. FLAHERTY, *History « lite »*, p. 523.

hemos visto decantarse en *We the people* por la « democracia dualista », que se manifiesta en la toma de decisiones por un gobierno legitimado en última instancia por un modelo representativo manifestado en distintos cuerpos: Senado, Presidente, Congreso, todos ellos surgidos de un proceso electivo, y los jueces.

Sobre todo en relación con los derechos, el constitucionalismo se consolida, según este autor, fundamentalmente entre 1787 y 1791, y es el resultado de un predebate esencialmente americano, presente incluso con anterioridad a la independencia, que poco o nada debe al parlamentarismo y jurisprudencia doctrinal británicos y hasta a las teorías del derecho natural, y que se orienta en especial, salvo en épocas de crisis, a proteger los derechos individuales. No obstante ser criticado por su método, calificado como « más propio de juristas y no exactamente un modelo de rigor profesional »⁽¹¹⁰⁾, por el uso de las fuentes y la interpretación que realiza de *El Federalista*, su teoría, a pesar de su adscripción profesional, no ha dejado de ser considerada como muy sugestiva por alguno de los más notables cultivadores de la historia constitucional, como Moglen⁽¹¹¹⁾.

Tampoco el análisis histórico de Epstein se ha visto exento de críticas, ya que se le acusa de ambivalente y, en general, de forzar la interpretación para defender sus tesis. Afortunadamente en su caso disponemos de contestación a las mismas⁽¹¹²⁾, en un artículo donde deja patente su republicanismo en la interpretación de la constitución, remitiéndose para ello a la estructura de la misma (*president, senate, house*), destinada, en su opinión a proteger la propiedad privada, concebida en su más estricto sentido lockiano. Quizá por ello, expone su esperanza de que, « más tarde o más temprano » alguien conseguirá solucionar el problema de conciliar la propiedad privada con el gobierno representativo.

Para Epstein, que considera que Ackerman solo describe hechos, y « la complejidad de la experiencia histórica no puede ser capturada en pocas frases », constitucionalistas e historiadores desempeñan funciones diversas, y ello debe ser objeto de especial atención, sobre todo en el supuesto de aquéllos constitucionalistas especialmente inclinados a la historia, que dicta y tiene distintas normas para unos y para otros. A su entender, los constitucionalistas contemplan la historia como una parte de la interpretación porque el derecho constitucional se basa en el análisis de la autoridad y no sobre ideas acerca del bien o el derecho, en tanto que los historiadores profundizan para encontrar « el sentido de las corrientes de pensamiento político y social que modelaron la

⁽¹¹⁰⁾ M.S. FLAHERTY, *Ibidem*, p. 585.

⁽¹¹¹⁾ E. MOGLEN, *The incomplete Burkeau: Bruce Ackerman's foundation for constitutional history*, en *The Yale L.J.*, 1993, pp. 531 y ss.

⁽¹¹²⁾ *History lean: the reconciliation of private property and representative government*, en *Columbia L.R.*, vol. 95, 1995, pp. 591 y ss.

Constitución » ⁽¹¹³⁾. El interés de Epstein, que atiende sobre todo al lenguaje y estructura de la constitución, por la historia constitucional, viene dado fundamentalmente para determinar cuál fue realmente el modelo usado por los redactores (*framers*) en relación con el tema que a él más le preocupa, los derechos: la protección de los individuales preexistentes o los de la comunidad como los conciben Harz o Dahl, entre otros, sobre todo teniendo en cuenta que muchos de los derechos a que se refieren los redactores se consideraban una *conditio sine qua non* de la libertad política. Y, en todo caso, para descifrar el verdadero sentido que entre los norteamericanos de finales del siglo XVIII tenía la palabra « naturales » que acompaña a estos derechos, aspecto al que le concede una gran importancia y estima que va más allá del que pudiera otorgarle una discusión puramente conceptual sobre los mismos derechos o la naturaleza del gobierno, y en el que, en terminos generales, no comparte la opinión adelantada por la doctrina actual.

7. En el encabezamiento de este artículo consta la Constitución como pre-texto. Y, en efecto, de eso se trata, porque consiste de un texto previo sobre el que la doctrina norteamericana ha debatido largamente a lo largo del período que también se indica en el título. Sin embargo, en atención no ya a las enmiendas y cambios constitucionales sino a la historia sufrida por este « viejo documento que fue diseñado por hombres que, a pesar de su elevada piedad cívica hacia el contrario, no eran clarividentes » ⁽¹¹⁴⁾, donde hechos políticos determinados han alterado profundamente su significado durante, al menos, las etapas oficialmente reconocidas, quizá la pregunta que cabe formularse es ¿de qué constitución estamos hablando? Ciertamente, doscientos años dejan necesariamente su huella, pero si nos detenemos en la *revolutionary era*, en la *reconstructing era*, en la *new deal era* o en la *post cold war era* de una manera indivizualizada, parece evidente que se trata del mismo documento pero de una distinta constitución.

Es, por tanto, un texto, es decir, una constitución escrita y como tal fue voluntariamente concebida — lo que añade una complicación más al respecto —, en el que del contenido original se han alterado, en el plano más estrictamente jurídico, desde los principios (soberanía, representación, incluso el sistema federal) al equilibrio de poderes tal y como estaban diseñados por sus redactores, y que por ello, aparentemente, poco o nada tiene que ver con el inicial, e incluso con el que regía en cada una de las etapas anteriormente mencionadas. Es, asimismo, y por encima de todo, la fuente a donde se acude desde diversas posiciones y con distintas finalidades, buscando unos principios, una estructura y unas influencias que permitan recuperar los elementos

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 591.

⁽¹¹⁴⁾ R. POSNER, *Overcoming law*, cap. VII.

(comunidad, federalismo, derechos, gobierno genuinamente americano, etc), que la mayoría de los autores consideran adulterados y subvertidos en algún momento de su historia; alteraciones y adulteración a las que no fue ajena una práctica que seguía los dictados de las corrientes jurídicas dominantes, demasiado afectadas por otro tipo de intereses.

Por esta razón, el texto se convierte, a su vez, en pretexto para proceder a una serie de interpretaciones, lo que hace que el problema se multiplique casi en proporción al número de opiniones. Y es este un asunto en el que se encuentran inmersas incluso las instituciones más implicadas porque, aunque no se admita la autorizada opinión de B. Ackerman, para quien la reiterada intervención del estado activista en una cuestión tan trascendental como la regulación de los derechos constitucionales por expresa autorización del Tribunal supremo ha generado una asimetría que no se reduce a una cuestión de método legal simplemente, lo cierto es que, sobre todo bajo el nuevo republicanismo, se ha introducido una tendencia a considerar de diversa manera las cuestiones relativas a los derechos y las que afectan a los poderes. Y tal actuación, que en sí misma constituye una conducta aberrante, ya que se trata de una única constitución, sólo se superará, a juicio del autor citado, mediante la interpretación, por cuanto «nadie que tome la interpretación con seriedad», podrá admitir la fragmentación de la constitución en dos partes e interpretarla de dos maneras diferentes.

Pero, en este orden de cosas, sin llegar a los extremos de quienes han hablado de una superación del derecho, como Posner, de, parafraseando a Fiss, la muerte del derecho ⁽¹¹⁵⁾ o, simplemente, ante una suerte de nihilismo, como sostienen algunos miembros de CLS ⁽¹¹⁶⁾ lo

⁽¹¹⁵⁾ O.M. FISS, *The Death of the Law?*, en *Cornell L.R.*, vol. 72, 1986, pp. 1 y ss. (hay trad. esp.). En este artículo, el autor explica como los años setenta fueron decisivos para la educación jurídica en Estados Unidos, a causa de las corrientes doctrinales, deteniéndose con especial énfasis en el CLS y sus críticos, incluido P. CARRINGTON, para quien los miembros del mismo «no tenían un lugar en «the modern law school», así como en los aspectos más controvertidos, como los jueces, el igualitarismo o la interpretación.

⁽¹¹⁶⁾ *Vid* el interesantísimo artículo de J. STICK, *Can nihilism be pragmatism?*, en *Harvard L.R.*, vol. 100, 1986, pp. 332 y ss, en el que el autor analiza las relaciones entre la corriente nihilista del CLS y sus raíces filosóficas, tanto del realismo americano, como del estructuralismo francés, de la Escuela de Frankfurt y los filósofos R. Rorty, A. MacIntyre, Th. Kuhn y L. Wittgenstein, para, partiendo del análisis de las obras de los juristas, y no de la práctica legal, interesar a los jueces en las contradicciones y valores opuestos del sistema jurídico y, por tanto, constitucional. «El nihilismo es solamente una forma extremada de dos aspectos de la herencia intelectual del derecho americano: la epistemología del positivismo lógico y el valor escepticismo del pluralismo liberal». En este sentido si «los miembros del CLS se diferencian de otras tendencias por las implicaciones políticas que extraen de los argumentos nihilistas, los miembros nihilistas del CLS se diferencian de los demás integrantes de la corriente en que consideran los argumentos críticos del nihilismo como verdad general más que los fallos particulares del argumento», n. introductoria.

cierto es que ni siquiera los autores más representativos responden con claridad a la pregunta que se ha planteado, a menos que se admita como tal su propio modelo, lo cual nuevamente nos llevaría a la existencia de diversas, demasiadas constituciones.

¿Es por tanto inútil este debate sobre el constitucionalismo americano? Rotundamente no, sobre todo si nos atenemos a los resultados, que emergen por encima de posturas ideológicas e intereses políticos, en algunos casos más que evidentes, y, fundamentalmente, a sus características. De ellas resaltaría especialmente las siguientes: en primer lugar su pluralidad, al estar abierto a toda clase de individuos cualquiera que sea su adscripción académica y profesional; en segundo lugar, y como consecuencia, el reconocimiento de la incapacidad del derecho y teoría constitucionales para explicar convincentemente, por sí solos, los asuntos de esta naturaleza; en tercer lugar, la recuperación de la historia constitucional como un elemento necesario en el constitucionalismo, hecho que va más allá, aunque constituya su punto de arranque, de la antigüedad de dicha constitución; y, finalmente, el replanteamiento de los elementos que, en la tradición cultural occidental, reviste el propio concepto de constitución, debido, fundamentalmente, a la discusión sobre los orígenes y la intencionalidad de sus redactores, hecho este último que permitió asimismo el recurso al derecho natural, cada vez con más auge, desde posiciones tanto conservadoras como renovadoras.

En este sentido, el debate, aunque no resuelva sus propios interrogantes, significa una nuevo modelo en el análisis de estos asuntos, quizá inicia una alternativa a los mismos, en especial por parte de quienes sostienen que cuestiones como estas no pueden resolverse desde presupuestos estrictamente jurídicos. No al menos desde los que han sido utilizados habitualmente, desde una determinada y, en ocasiones, predeterminada concepción del derecho, ya que se trata también, aunque no sólo, de una cuestión de *politics* y, tal vez, de la búsqueda de otro tipo de legitimación. Y, en mi opinión, en ello, precisamente, radica su mayor relevancia.

BARTOLOMÉ CLAVERO

DERECHOS INDÍGENAS *VERSUS* DERECHOS HUMANOS

(a propósito de un *projecto* de Naciones Unidas)

Concerned (United Nations) that indigenous peoples have been deprived of their human rights and fundamental freedoms, resulting, *inter alia*, in their colonization and dispossession of their lands, territories and resources, thus preventing them from exercising, in particular, their right to development in accordance with their own needs and interests (*).

1. Poder de Estado y derecho de individuo. — 2. Condición de minoría y derecho de pueblo. — 3. Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. — 4. Problemas de hoy por ayer, resoluciones de mañana por hoy.

Vamos a hablar de la Declaración de Derechos Indígenas que las Naciones Unidas tienen actualmente en proyecto, aunque quizá sería mejor decir, como veremos, en fase de anteproyecto o incluso de pre-ante-proyecto. Mas es un proyecto oficial a esa escala internacional

(*) Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *E/CN.4/Sub.2/1994/56. Original: English*, párrafo de la motivación; versión española, *E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1*: «Preocupada (Naciones Unidas) por el hecho de que los pueblos indígenas se hayan visto privados de sus derechos humanos y libertades fundamentales, lo cual ha dado lugar, entre otras cosas, a la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses». El texto que edité en *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994, pp. 197-203, es traducción mía de la parte articulada, no disponiéndose entonces aún de dicha versión oficial. El *original* lo reproduce ahora S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, New York 1996, pp. 207-216. Ambos libros pueden ampliar información tanto histórica como actual. Este *A propósito* procede del *Seminario Internacional sobre Derecho Indígena* organizado por el Instituto Nacional Indigenista de México y la Asociación Mexicana para las Naciones Unidas bajo la dirección de Magdalena GÓMEZ RIVERA, Ciudad de México, 26-30 de mayo de 1997. Se comprenderán mejor algunos de mis giros si agregó que buena parte de la audiencia del seminario, de una audiencia además muy interactiva, se integra por representaciones de comunidades indígenas. A todos y todas guardo agradecimiento.

que se encuentra ya elaborado, construido y articulado. Está en cartera y en agenda. Ustedes lo tienen a la vista, pues se ha repartido entre otros materiales del seminario, y seguramente ya han comprobado que no necesitan de mí ni de nadie para que se les explique ni interprete. Es un texto sumamente explícito con esa virtud de la claridad que no suele prodigarse por las normas jurídicas, pero que es al menos característica de los documentos internacionales de derechos humanos. Ustedes, quienes me atienden en castellano aún siendo indígenas, pueden leerlo y aprovecharlo por sí mismos aunque sólo se disponga por ahora de versiones en lenguas que no son las suyas. Voy entonces, con su permiso, a introducirlo. Intentaré ubicarlo y valorarlo en el pasado próximo y el momento actual de tales derechos humanos, de este orden internacional que quiere ser derecho de toda la humanidad. Esto me parece pertinente porque en tal proyecto de derechos indígenas ya adelanto que me parece anunciarse una novedad transcendental para dicho mismo derecho de derechos humanos, derecho con vocación de serlo de todos y todas.

1. *Poder de Estado y derecho de individuo*

Para situarnos nosotros y ubicar el proyecto, comencemos identificando la institución a cargo del asunto. Se trata de Naciones Unidas, esto es, de Estados Unidos. No es ningún chiste. Es una asociación constituida y compuesta por esos sujetos políticos que son los Estados. Esto, Estados, es lo que significa Naciones en el nombre o razón social. Naciones Unidas se fundaron por parte de algo menos de una cincuenta de Estados hace algo más de medio siglo, a mediados de los años cuarenta. Arranquemos con una malicia: nadie se asocia si no es por su propio interés, beneficio y provecho. Naciones Unidas nacen y crecen como un club de Estados, hoy acercándose a doscientos. Ha habido un incremento notable de miembros, por efecto sobre todo de la descolonización que veremos, pero no se ha producido con ello ningún cambio sustancial en las condiciones para formar parte. Hay que ser Estado. Los Estados son las Naciones que se asocian en Naciones Unidas. Como *Nación* es un término más rico, con la significación básica de comunidad humana de cultura con independencia de su condición política, y como tendremos precisamente que considerar otros sentidos, conviene comenzar por la advertencia. Estados, y no exactamente *Naciones*, son las Naciones Unidas.

Nadie se asocia, y menos los Estados, si no es por su propio interés, beneficio y provecho. Mas respecto a otros intentos anteriores de asociación multilateral de Estados que los ha habido y que no superaron dicho carácter de club ni seriamente siquiera se lo propusieron, Naciones Unidas presentan desde su origen una importante novedad. Quieren representar algo más. Pretenden responder no sólo a interés, sino

también e incluso antes a derecho. Y vendrán a tomárselo en serio. Aquí, en esto último, en la seriedad de no quedarse en el predicado de principios, radica la originalidad respecto a los ensayos anteriores. Basta con que comencemos a leer la Carta de las Naciones Unidas, su especie de Constitución, de 1945, para encontrarnos enseguida con el planteamiento:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y de mujeres (...).

He ahí un derecho, el derecho de unos derechos del individuo, de toda persona humana, sin discriminación alguna como ya se registra de entrada ante todo para el sexo. Obsérvese también que se dice *pueblos* como se dice *Naciones* entendiéndose siempre *Estados*. *Pueblo* es también, como aquí igualmente tendremos que ver, un concepto mucho más rico que el de Estado, lo que no impide que Naciones Unidas comience sentando o dando por sentada la ecuación: *Pueblo es Nación, Nación es Estado, Estado es Pueblo*. He aquí la trinidad progenitora. No hay otra de momento para el orden internacional, para el derecho de derechos, fundado por Naciones Unidas. Son cosas que, por muy elementales que parezcan, conviene ir recordando y reteniendo desde un comienzo para precaver equívocos no siempre inocentes respecto a estos mismos fundamentos. Son aclaraciones precisas para que no haya malentendidos en la inteligencia de la misma prosecución de dicha suerte de Constitución internacional, la Carta de Naciones Unidas:

Capítulo I. *Propósitos y principios*.

Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son: (...) 2. Fomentar entre las Naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos.

También así se habla de *derechos* de otros sujetos, de los *pueblos* y no sólo de los individuos, con dicho primero de la *libre determinación*, pero no olvidemos la ecuación. Tales *pueblos* con derechos, tales sujetos colectivos, son las *Naciones* que constituyen *Estados* y no otros pueblos ni otras naciones ningunos ni ningunas por mucho que cultural y socialmente puedan serlo. Conviene andar desde el comienzo sobre aviso porque en la misma Carta de Naciones Unidas figuran luego capítulos, como el undécimo de *Declaración relativa a los territorios no autónomos* o el siguiente de *Régimen internacional de administración fiduciaria*, cuyos eufemismos no deben despistarnos. En ellos aparece sencillamente el colonialismo y lo hace como una situación tan aceptable y así ordinaria que plantea al orden internacional cuestión, no de superamiento y extinción, sino de orden y disciplinamiento. Ahí una parte de la humanidad, la mayoritaria entonces, ya no aparece en calidad de sujetos de derechos, de pueblos que lo sean, sino como

objeto de protección y promoción por gracia de la otra parte, la formada por Estados separados y Naciones unidas. Naciones Unidas puede decirse sin exageración que se fundan entonces como club colonial de Estados para disciplina de lo propio por principio de derechos individuales y dominio de lo ajeno bajo dicho mismo predicamento.

Pero decimos que se toman en serio los derechos y unos derechos individuales. He aquí la novedad y así la diferencia. En un tiempo relativamente corto, para 1948, Naciones Unidas tienen lista y proceden a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Es como otra parte, y la parte principal, de dicha especie de Constitución internacional. Ya está completa con su sección orgánica, la Carta, y con la jurídica, la de derechos, la Declaración. He ahí internacionalmente declarados unos individuales, los que se entienden básicos para toda persona humana, hombre o mujer, y sin ningún otro tipo tampoco de discriminaciones:

Art. 2.1 Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados con esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

El individuo es así el sujeto jurídico, de derechos, como el Estado es el sujeto político, de poderes, para Naciones Unidas, para el orden internacional que representan. ¿Cómo se compagina lo uno con lo otro? Según la Declaración, conforme a su propio tenor, bien para unos y unas, no tan bien para otros y otras, bien para los ciudadanos y ciudadanas de Estados que son Pueblos y son Naciones por propio predicamento, no tan bien e incluso mal para todo un resto. Pongo un par de ejemplos, los que creo más significativos, para que podamos apreciarlo: el derecho humano a la nacionalidad y los derechos humanos a la educación y a la cultura. Están proclamados desde luego por la *Declaración Universal*:

Art. 15.1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

Art. 26.1. Toda persona tienen derecho a la educación.

Art. 27.1 Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural (...).

Porque sean significativos, no son ejemplos representativos. Quiero decir que lo que nos revelen no vale para todos los derechos declarados. No será así de aplicación a algún derecho que se registra previamente: *Todo individuo tiene derecho a la vida*, también por ejemplo (art. 3). Pero ya que estamos con advertencias, advirtamos también que los Estados se tomaron más en serio un derecho como el de la nacionalidad que el primario a la vida. Tenían interés por determinar quienes estaban bajo su poder para proceder a conscripción militar o para aplicar penas de prisión o de muerte. No marco rasgos más agraciados del rostro del

Estado porque no suele ofrecerlos de cara a la presencia indígena, una presencia interior y ajena, y porque aquí nos interesan los que afectan a los derechos más primarios.

Hechas las oportunas advertencias, vayamos a los ejemplos, los de la nacionalidad, la educación y la cultura concebidas y declaradas precisamente como derechos. ¿Qué tal los mismos? Resultan tan estuendos en sí como problemáticos en el contexto, en el propio texto. No se olvide que son derechos proclamados por y a cargo de los Estados. Para quienes se identifiquen con el pueblo o la nación del caso, para cuantos y cuantas pertenezcan a la respectiva cultura representada por el Estado, tales derechos no plantean en sí problema, sino todo lo contrario. Son una bendición. Su declaración puede implicar respaldo y capacitación de libertad de cara al propio Estado y a cargo efectivamente suyo. Pero ¿qué pasa con aquella parte entonces mayoritaria de la humanidad situada en otras condiciones? No hace falta que lo imaginemos, pues ahí está la historia para ilustrarnos. Unos Estados se encontraron acrecentadamente legitimados por tales *derechos humanos* para imponer su nacionalidad, haciéndose con territorios y recursos tanto materiales como humanos, y obligar a su educación, intentando el doblegamiento, a poblaciones que no venían identificándose con ellos pues comenzaban por no participar de su cultura. El artículo vigésimo sexto no deja de añadir como derecho el de la *instrucción obligatoria*. Es todo esto una historia que viene de atrás y que no hace falta que se les explique a la parte indígena. La han sufrido y sufren en carne propia. Los *derechos humanos* de unos y unas pueden ser las condiciones inhumanas de otros y otras.

Naciones Unidas no eran tan ciegas como para ignorar completamente dichas condiciones adversas. De hecho he extirpado algunas partes de dichos artículos que acusan cierta conciencia, tampoco mucha. No sólo se añade lo de la instrucción obligatoria. Hay más cosas. He aquí para que pueda apreciarse, si no enteros todos, menos interrumpidos los más expresivos, los que se refieren a educación y a cultura:

Art. 26.1. Toda persona tienen derecho a la educación (...). 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos (...).

Art. 27.1 Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

No puede decirse que no haya constancia de unas condiciones menos favorables a la efectividad de unos derechos. Se registra ahora la

existencia no sólo de *naciones*, sino también de *grupos étnicos o religiosos*, grupos que pueden significarse por no contar con Estados propios al entenderse que no constituyen naciones, *grupos* cuya existencia ha de tenerse así en cuenta, pero no para tomarse en consideración unos posibles derechos específicos o cualificados de sus miembros y menos de la propia colectividad, sino para encomendarse al Estado, precisamente a éste, un especial cuidado.

Para el aspecto más neurálgico de la cultura, la referencia es a *la comunidad*, pero a una comunidad igualmente inespecífica y así identificable con el propio Estado, como ahora, por si hiciera todavía falta, comprobaremos. Y lo que viene a continuación en el artículo sobre el derecho a la cultura, el vigésimo séptimo citado, es, como puede verse, el concepto a la vez más universalista, en cuanto a su ámbito, y más individualista, en cuanto a su sujeto, de la propia cultura, no dejándose espacio para las culturas más plurales con las que las personas se identifican porque en ellas no sólo se socializan, sino que también incluso resulta que se individualizan. Esto lo reconoce y proclama la propia *Declaración Universal*:

Art. 29.1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Bien que lo hace a su modo, pues con todo resulta que, permítaseme la retahila, *Pueblo es Nación, Nación es Estado, Estado es Pueblo, Pueblo es Comunidad, Comunidad es Estado*. Pese a tantas comunidades humanas que no son Estados políticos y en las que se individualizan y socializan no menos o incluso más las personas, no cabe otra inteligencia para la *Declaración Universal*. No admite para el mismo derecho otra razón que una de Estado. Pero hay problemas y constan. Los hay por algo que la misma Declaración no ignora, pues ya está en la Carta. Tampoco he registrado el párrafo que sigue al principio categórico también visto de la no discriminación:

Art. 2.2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Por mucho que nos andemos con eufemismos, no deja de asomar y pesar una realidad tan adversa para los derechos como la colonial. Ante ella, lo que se intenta es la cuadratura del círculo de afirmar el derecho individual en el seno de la sujeción colectiva. Sin un imperativo de descolonización seriamente a la vista, no parece haber otra fórmula que esa tan imposible. La perspectiva de Naciones Unidas era la sencillamente colonial de que una parte mayoritaria de la humanidad necesitaba la tutela de la minoritaria para que, inculturación mediante,

pudiera acceder a la condición de *pueblo*, al derecho a ser *Nación* y así constituir *Estado*. Mientras tanto, no hay otra. Contra toda evidencia humana, se presume que los *derechos humanos* de individuos caben bajo el colonialismo de Estados o que incluso, para una mayoría de la humanidad, lo segundo le priva a lo primero.

2. Condición de minoría y derecho de pueblo

No puedo decirse que, aun con descolonización y todo, la perspectiva de Naciones Unidas respecto estrictamente a *derechos humanos* haya cambiado ni podido hacerlo. Los instrumentos que desarrollan la *Declaración Universal*, unos desenvolvimientos podrían decirse que reglamentarios de esa suerte internacional de Constitución, no traen ninguna enmienda sustancial de conceptos. En 1966, la *Convención de Derechos Civiles y Políticos* y la paralela *de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* abundan bastante y puntualizan más. Ambas convenciones se presentan separadas porque la primera, y no la segunda, ofrece la posibilidad de un control jurisdiccional, pero aquí no voy a entrar en cuestiones de eficacia. Estamos con las de concepción. Consignemos pronunciamientos de estos pactos o convenciones que interesan a cuanto venimos viendo y veremos. Helos aquí de los respectivos artículos décimo quinto de la *Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y vigésimo séptimo de la *de Derechos Civiles y Políticos*:

Art. 15.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la aplicación de los intereses morales y materiales que la correspondan por razón de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora.

Art. 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma.

Puntualización puede ser no sólo lo que se dice, sino también lo que se calla. Puede serlo, para precaver equívocos a estas alturas, el olvido de la referencia de cultura a *comunidad* en la especificación del derecho particularmente tal, abundándose con el concepto complementariamente universalista e individualista de la cultura misma, pero todo esto parece, digo parece, venir compensado y además con creces por las puntualizaciones que trae a su vez la consideración entre los *derechos civiles y políticos* de la misma cultura. Ahora se tiene en cuenta la existencia de *minorías étnicas, religiosas o lingüísticas* cualificando el propio derecho. Se atiende a la cultura propia, a la *vida cultural* de la

propia comunidad, y no sólo a la del Estado o a alguna de la humanidad. Mas es *la persona* y sólo ella quien cuenta con el derecho. La *minoría* solamente constituye condición y define ámbito. El poder de amparar el propio derecho del individuo, esta jurisdicción, no le corresponde a ella, a la *comunidad* del caso, sino al Estado, siempre todavía al Estado. En 1992 ha llegado una declaración específica de los derechos de las minorías que no modifica el planteamiento como ya puede acusarlo su propio nombre completo: *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. Prácticamente llegamos a nuestro momento, aunque con cosas en medio por ver que podrán explicarnos extremos como el del equívoco de la comunidad.

Hay más cosas por considerar antes de llegar a nuestro mismo documento, a un Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, derechos de unas comunidades humanas que no tendrán por qué ser Estados políticos. Está pendiente todavía la cuestión realmente principal de los *sujetos* y su contrapartida de los *objetos*, los sujetos de libertad y los objetos de protección. Entre declaraciones y convenciones, estamos viendo que sujetos, lo que se dice sujetos, sólo tenemos de momento un par: uno jurídico y uno político, el *sujeto de derechos* y el *sujeto de poderes*, el *individuo* y el *Estado*, o éste también de derechos en cuanto que se identifica con el *Pueblo*. Así y con todo lo visto, adicionalmente tenemos, entonces como objetos, los *pueblos* que no constituyen Estados y las *minorías* que tampoco o todavía menos, unos colectivos humanos que temporal o definitivamente no parecen reunir a escala internacional condiciones para acceder, como *Naciones*, a la condición de sujetos.

Hablemos así también, para seguirnos situando con antecedentes, acerca de pueblos y de minorías. Los primeros, los *Pueblos*, ya se nos han presentado como *comunidades* que son sujetos colectivos de derechos por constitutivos de *Naciones* y constituyentes así de *Estados*. Pueblos son, como Estados, los miembros de Naciones Unidas. Pero conforme a su propia mentalidad colonial de partida, a su consideración de buena parte de la humanidad en estado de necesidad de una inculturación, los pueblos no sólo serían estos sujetos actuales de Estados, del derecho y poder respectivos, sino que también podrían serlo, *pueblos*, los que cabría entonces llamar sujetos virtuales de lo mismo, del derecho a constituir Nación, constituirse en Estado y asumir el poder y jurisdicción correspondientes. Y el hecho es que esta virtualidad no esperó para realizarse al permiso de las Naciones Unidas. Sin su venia, la descolonización se desencadena desde los mismos años cincuenta invocándose incluso un principio constitutivo de dicha organización internacional, el de *libre determinación de los pueblos* que hemos visto en su Carta fundacional.

En 1960 las mismas Naciones Unidas recapacitan y se proponen

disciplinar, no ya el colonialismo, sino la descolonización. Dicho año no sólo proclaman formalmente, mediante su *Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*, tal derecho de sujeto colectivo, sino que además lo conceptúan expresamente como *derecho humano*, considerando ahora justamente que el colonialismo es incompatible con los mismos derechos de sujeto individual, con los *derechos humanos* primarios sin más. Así se suma a la categoría uno colectivo. He aquí el arranque de dicha declaración:

Art. 1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y la cooperación mundiales.

Art. 2. Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultura.

El mismo derecho del pueblo, un *derecho de libre determinación*, es ahora *derecho humano*. En 1966, conforme a dicha cualificación, la *Convención de Derechos Civiles y Políticos* y la *de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que, desarrollando la *Declaración Universal*, se ocupan de derechos individuales, comienzan, como especie de requisito de los mismos, por un tal derecho de carácter no individual: *Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación*. El citado artículo segundo de la *Declaración sobre Países y Pueblos Coloniales* de 1960 se eleva al primero de estas *Convenciones sobre Derechos Humanos* de 1966, de ambas, de la una como de la otra. Un título colectivo de libre determinación resulta derecho civil, derecho político, derecho económico, derecho social y derecho cultural, quizá esto último ante todo y sobre todo. Pero no va a ser así exactamente conforme al propio entendimiento de las mismas Naciones Unidas.

Naciones Unidas realmente disciplinan, si no toda la descolonización, el derecho a la misma, un ejercicio regulado. Vienen a establecer unos baremos o una especie de jurisprudencia para identificarse el *pueblo*, este sujeto colectivo con título, legitimación y capacidad para la libre determinación. La cuestión es práctica. No se pretende dilucidar de una vez por todas qué es un pueblo en el orden internacional. Se trata de determinar qué pueblos pueden ir ejerciendo ese derecho proclamado en términos tan genéricos. Es un propósito al que se acuña y aplica un doble criterio de carácter más bien adjetivo e incluso accidental, el de la distancia geográfica neta y el de la delimitación de las fronteras previamente trazadas por el colonialismo mismo. Dicho en términos negativos, lo cual conviene por lo que aún veremos, no se admite por Naciones Unidas, por estos Estados Unidos, una capacidad de los pueblos para identificarse a sí mismos, esta primer ejercicio de una libre determinación.

No tomándose así en cuenta aspectos más sustantivos de identificación propia sobre cultura compartida, las *Naciones* que pueden definirse como sujetos de nuevos *Estados* no puede decirse que sean exactamente *Pueblos* o menos seguramente *Comunidades*. Las deficiencias de la ecuación, unas deficiencias de origen, podrán ponerse mayormente en evidencia con la misma descolonización para tragedia de los propios pueblos colonizados. Pero esto no nos interesa ahora tanto como la exclusión más radical producida con todo ello. Aquellas poblaciones que, con cultura e identidad propias, se encuentran comprendidas dentro de fronteras discretas o no discontinuas de Estados constituidos siguen encontrándose sin posibilidad de reconocimiento como sujetos colectivos de derecho en el orden internacional. Dicho de otra forma, unos *pueblos indígenas* quedan excluidos. Para el derecho de *derechos humanos*, para su capítulo colectivo, podrán seguir siendo *minorías*, un objeto de protección, pero no serán *pueblos*, el sujeto de derecho.

Las *minorías* no son *Pueblos*. No pueden constituir *Naciones* ni constituirse en *Estados*. No son sujetos colectivos virtuales ni actuales de derecho. La categoría ha significado tradicionalmente, quiero decir colonialmente, condición tenida por incultura y así necesitada de tutela. Sin solución de continuidad, por tracto del propio colonialismo, indica ahora grupo humano incapaz, pese a su identidad, de disponer de sí mismo. De sí mismo tampoco es medida. Se le lastra con esta primera incapacidad digamos que estadística para representar la unidad de referencia. Ésta para la *minoría* es el Estado de pertenencia, respecto al cual la constituye cualitativamente siempre, esto es, incluso aunque sea cuantitativamente mayoría como ocurre en efecto, sin ir más lejos, en algunos Estados americanos. Y en todo caso el problema radica en la referencia. Dentro del Estado, comunidades y culturas no identificadas con el mismo, por mucho que sean mayoría e incluso totalidad en medio o territorio propio, constituyen siempre y por principio *minorías*.

Naciones Unidas no ignoran la circunstancia. Desde los *grupos étnicos o religiosos* de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en 1948 hasta las *minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* de la correspondiente *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías* tales de 1992, pasándose por la *Convención de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 con sus *minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, estas poblaciones que no parecen poder llegar a ser pueblos ni aun cuando pueden acabar por recibir así también el calificativo de *nacionales*, se tienen presentes. Se les atiende. Generan instituciones tempranamente. Del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas nace en 1946 una Comisión de Derechos Humanos y de ésta a su vez en 1947 una *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*. He ahí en efecto desde temprano para

las propias Naciones Unidas el objeto de protección, no el sujeto de derecho.

También desde temprano se ha planteado en Naciones Unidas el asunto de las poblaciones indígenas. Quedó aparcado. Difícilmente iba a entrarse en su consideración mientras que se tratase de un club colonial de Estados, mas los criterios digamos que pragmáticos de la descolonización también lo dejaban fuera de la agenda. No ha podido sin embargo seguirse permanentemente ignorando. En 1982 tenemos un nuevo nacimiento, otro feliz acontecimiento. De la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías nace el *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*, el *Working Group on Indigenous Populations*, grupo de trabajo acerca de poblaciones, no de pueblos.

Se trata de un grupo de expertos y alguna experta para el estudio actual de la cuestión y la preparación eventual de un instrumento, de una declaración o una convención sobre derechos de tales poblaciones. Y resulta además que este grupo de trabajo demuestra un buen sentido que no es nada usual precisamente entre expertos ni expertas y menos a estos niveles internacionales. No se siente capacitado para la tarea sin la presencia y participación de los propios interesados e interesadas. A su propuesta, Naciones Unidas recaba el presupuesto preciso. Con todas las dificultades del caso, el *Grupo de Trabajo* se convierte en un foro de representación indígena para el planteamiento de sus propios derechos. Así se llega al cabo de algo más de una década al *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, el *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, proyecto de declaración de derechos de pueblos, no de poblaciones.

3. *Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas*

No voy a proceder a la lectura. Ahí se tiene el texto claro y explícito sin necesidad de que lo lea nadie y menos si no indígena por cuenta de nadie y más si indígena. Voy a procurar no ofender su inteligencia con una *lectura* que sea, como suele, *interpretación*. Al fin y al cabo es de Ustedes, representantes indígenas, de donde sustancialmente procede el texto. Este motivo también valdría para que fuera una misma la procedencia de su entendimiento si no existiera la razón primaria para ello de que se trata de sus derechos. La palabra y la lectura son suyas. No me arrogaré la voz ni el voto o me esmeraré por no caer en la suplantación. Andándonos con la constancia y la prudencia, no extrañará lo primero que encontramos y que ya suele escandalizar a quienes, por saber del derecho y además parcialmente, del de la parte no indígena, se creen dueños hasta de las palabras. Palabra es lo primero: *Pueblo*. Se enarbola en el título, *Declaración de Derechos de Pueblos*, y se proclama desde el mero comienzo del texto, desde su primer párrafo:

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales.

Pueblo ya sabemos que, con toda su virtualidad jurídica, no es término identificativo del propio *grupo* especializado de Naciones Unidas responsable de nuestro proyecto, el *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*. Es la primera novedad que trae no exactamente la instancia de Naciones Unidas, sino la representación indígena que se le ha adicionado logrando hacerse de tal modo con el uso de la palabra. La primera ya merece destacarse. Conviene que subrayemos la adopción y empleo porque su nombre, el de *pueblo*, no se toma en vano. Digo esto recordando particularmente la existencia de otro instrumento internacional que ya presenta la denominación, pero vanificándola por su parte. Me refiero al también reciente, de 1989, *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* de la Organización Internacional del Trabajo que así previene:

Art. 1.3. La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

No es el caso de nuestro proyecto. Aquí el nombre se toma en serio. Encierra todo *lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional*, toda esta virtualidad. Esto se aprecia claramente desde los primeros artículos y sobre todo en los tres iniciales. Recomendando, para una evidencia más plena, su repaso a la inversa, esto es, del tercero al primero:

Art. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Art. 2. Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas.

Art. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Parece que estamos ante una mera extensión de la descolonización al caso indígena, pero hay más. Hay algo nuevo y algo también distinto. Si así no fuera, nuestro proyecto se agotaría en dichos primeros artículos o incluso bastaría el tercero aplicando a nuestro supuesto el artículo segundo de la *Declaración sobre la Concesión de Independencia*

a los Países y Pueblos Coloniales y los sendos primeros de la *Convención de Derechos Civiles y Políticos* y de la simultánea que le complementa de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Pero hay otros artículos, exactamente un total de cuarenta y cinco. Hay en efecto algo distintivo y algo más también nuevo. La novedad no sólo es la del nombre de *Pueblo* tomado, no con minúscula y en vano, sino con mayúscula y en serio.

Lo que hay ante todo de distintivo es precisamente esto mismo de la propia categoría de *pueblo*, una categoría que sufriera un cortocircuito con la descolonización. Ahora quiere evitarse el accidente. Un pueblo no se define por la geografía bruta y menos conforme a fronteras coloniales. Sobre la base de una condición tan evidente como la indígena, esto es, la de ser población de presencia anterior a la dominante por efecto del colonialismo, la propia identificación ya puede suponer ejercicio del derecho a la libre determinación. Queda excluida la competencia ni de Naciones Unidas ni de los Estados por separado para el reconocimiento de la condición, para decidir quien es o no indígena y quienes componen o no pueblo indígena. Otras son las previsiones:

Art. 8. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales.

Art. 9. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna desventaja del ejercicio de este derecho.

Art. 32. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones (...).

De progresar nuestro proyecto, no parece que ya cupiera el cortocircuito en punto tan sensible y básico como el de la propia identificación del pueblo. Esto es fundamentalmente, y no es poco, lo que hay de distintivo. ¿Y de nuevo? ¿Qué tenemos además de nuevo? Pues algo que se expresa en la prosecución del último artículo citado, exactamente acto seguido:

Art. 32. (...) La ciudadanía indígena no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

Parece un contrasentido, pero no tiene por qué serlo. Sigamos todavía leyendo, hasta concluirlo, dicho mismo artículo trigésimo segundo:

Art. 32. (...) Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

No hay que sacar conclusiones o extraer principios pues ya digo que nuestro proyecto es claro y explícito. Nos lo viene realmente confirmando. El mismo planteamiento que estamos viendo operar se encuentra explícitamente formulado desde el inicio, desde el artículo inmediato al trío primero visto:

Art. 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

El principio creo que donde mejor se expresa es en el inciso: *si lo desean* o, como reza el original inglés, *if they so choose*, si así optan por ello. El Estado no puede imponer ni forzar ni tampoco perseguir de modo alguno, por muy pacífico e incluso humanitario que sea, la relación y la participación sin la opción de parte indígena, sin tal venia y bienvenida. A este motivo, que se aplica en otras ocasiones (arts. 19 y 20) o que puede sobrentenderse en más, se une el del *consentimiento libre e informado* o *free and informed consent* para actuaciones concurrentes con Estados (arts. 10, 20 y 30). Entre ambos, el de opción y el de consenso, constituyen un canon interactivo de conexión entre sujetos políticos, el *pueblo* y el Estado ahora distintos. Repátese, con mis subrayados, el artículo que acaba de repetirse porque contiene ambos motivos:

Art. 20. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, *si lo desean*, mediante procedimientos determinados por ellos, en la elaboración de las medidas legislativas y administrativas que les afecten.

Los Estados obtendrán *el consentimiento libre e informado* de los pueblos interesados antes de adoptar y aplicar esas medidas.

Unos *pueblos* pueden existir en el seno de unos Estados sin que la circunstancia haya de producir pérdida ni menoscabo de derecho propio, de un *derecho humano* de carácter colectivo, el derecho a la libre determinación, derecho que se conserva en dicha misma situación a disposición siempre del pueblo y no ya del Estado. El primero, el pueblo, y no el segundo, el Estado, establece los mismos procedimientos de participación. Expresión de la libre determinación resulta así la misma autonomía interna caso de mantenerse la inclusión del pueblo en el Estado, caso de ejercerse así, ahora que puede convenir, dicha libertad colectiva. De esta continuidad entre *libre determinación* y *autonomía*, de la común categoría, tampoco falta formulación explícita y clara:

Art. 31. Los pueblos indígenas, como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en

particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros, así como los medios de financiar estas funciones autónomas.

No hace falta constituir Estado para asumir la responsabilidad y hacerse cargo colectivamente de los intereses propios. El mismo Estado debe ahora tomarlo y mantenerlo bien en cuenta. La regla también opera para el ofrecimiento y recepción de ayuda y asistencia o para el derecho de requerirlas y obtenerlas del propio Estado, así como de las organizaciones internacionales. Tampoco por esta vía se puede intervenir regularmente en espacio indígena sin *consentimiento libre e informado*. No podrá procederse ni siquiera en esta vertiente de cooperación sin la determinación y autonomía del pueblo indígena.

Esto es lo que hay definitivamente de nuevo en nuestro proyecto, una posibilidad que también se barajara cuando la descolonización, la de no verse abocado necesariamente el *pueblo* a la erección de *Estado*, pero que no puede darse con garantías mientras que persista la identificación entre el uno y el otro, entre unos sujetos colectivos de derecho y de poder, entre pueblo y Estado. El título a la libre determinación no es un derecho que tenga por qué agotarse en una opción o pronunciamiento. Lo es que puede mantenerse y en estado no latente, sino operativo, mediante la autonomía. Ahora se ofrece el marco y la cobertura de unas formulaciones y unas garantías internacionales bajo las cuales resulta menos impensable o incluso parece previsible la pacífica convivencia entre pueblo y Estado diferenciados. Es, si no se malogra, la cuadratura anteriormente imposible, la redondez del círculo que con anterioridad no supo ni siquiera concebirse, ya no digo activarse.

4. *Problemas de hoy por ayer, resoluciones de mañana por hoy*

Problemas hay desde luego y los hay en nuestro propio proyecto. No vamos a disimularlos según la práctica nada inusual en la promoción de iniciativas no sólo en el mercado, sino también en el derecho. Conviene también considerarlos. Los principales se encierran en este par de artículos, uno de los inicios y otro al final, el último para ser exacto:

Art. 5. Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Art. 45. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas.

Pueden ser artículos digamos que malintencionados o al menos nada inocentes, sobre todo el último. El quinto aplica al caso indígena el *derecho* visto, como *humano*, en el artículo décimo quinto de la *Declaración Universal*, donde *nacionalidad* significaba más bien *estatalidad*, pertenencia a Estado con las secuelas adversas para el derecho mismo que ya advertimos. Sigue cabiendo el intento de aplicarse esta ecuación, pero ya mucho más difícilmente. Ahora se tiene la competencia de la *ciudadanía* indígena que hemos visto, una ciudadanía compatible con la *nacionalidad* de Estado. Sin necesidad de constituirse como tal, como Estado, el mismo *pueblo* ya es *nación* según nuestro proyecto. Se ha expresado en el artículo noveno citado: *Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena*. Las mismas nacionalidades no son ahora así excluyentes. Se habla en el texto inglés, el *original* del proyecto, igualmente y para los mismos casos de *nationality*, *citizenship* y *community or nation*.

El problema del artículo quinto pudiera entonces despejarse, mientras que mayor dificultad encierra el artículo cuadragésimo quinto, el último susodicho, apuntando por igual en la dirección de poner el Estado al abrigo del pueblo, a buen resguardo del ejercicio de la libre determinación. No es de extrañar que las representaciones indígenas ante el *Grupo de Trabajo* se hayan mostrado bastante unánimes en el rechazo de dicho último artículo. Condiciona el ejercicio del *derecho a la libre determinación* intentando que no quepa la alternativa de constitución de nuevo Estado, pues esto, dividiéndolo, resultaría *contrario a la Carta de las Naciones Unidas*. Busca así el efecto alegando esta *Constitución* suya originaria que deparaba la posición de poder consabida al Estado. No acaba éste de resignarse a cederle la condición que ha suplantado de sujeto colectivo de derecho al pueblo. Mas si se sustrae o nulifica la posibilidad de la libre determinación, ¿qué valor ni siquiera de legitimación mantiene la opción de permanencia en el Estado, esta opción ahora pensable como tal, como libre? Hay una virtud en el propio intento de nuestro proyecto por no seguir favoreciendo la proliferación de Estados, sin que esto redunde en perjuicio de pueblos, la cual virtud se pervierte de raíz si no se reconoce honestamente el derecho a la libre determinación.

En el texto inglés, en este *original*, se dice siempre *self-determination*, autodeterminación, *right of self-determination* en un caso (art. 3), *to self-determination* en otro (art. 31), derecho de autodeterminación o a la autodeterminación, con el empleo de partícula así inverso al que hemos visto en la versión castellana: *derecho a la libre determinación* (art. 3) y *derecho de libre determinación* (art. 31). Dicho en México o en Estados Unidos, no hay diferencia en el concepto. Las lenguas indígenas sabrán cómo verterlo sin pérdida de matices: derecho de *determinación* propia, de una *autonomía* radical que no se pierde ni menoscaba por el mantenimiento del pueblo dentro de un Estado, *derecho* nunca

latente, nunca ya virtual, y siempre operativo, siempre ahora actual. Ya nos consta que la virtualidad del derecho ha sido uno de los virtuosismos del colonialismo. El *right of self-determination* o *derecho de libre determinación* de nuestro proyecto no permite la desvirtuación colonial ni tampoco la desfiguración de la descolonización. No estamos ni mucho menos efectivamente ante una extensión de ésta última. Unas lenguas también sabrán cómo desterrar de su vocabulario identificativo, y para provecho igualmente en su caso de quienes no somos indígenas, ese otro lastre colonial del derecho internacional de *derechos humanos* como hemos visto que es el concepto cualitativo de *minoría*.

Del artículo final más problemático de nuestro proyecto, el cuadragésimo quinto redicho, habría más que decir. Es sintomático. Responde a un estilo que no carece de precedente entre los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos, pero que no siempre viene mirando de tal forma a la defensa solapada del Estado a costa del derecho. Uno primero, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, concluye de esta guisa:

Art. 30. Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

Obsérvese que entonces, cuando los Estados pesan, la fórmula mira a la vindicación del derecho, mientras que ahora, cuando los derechos pujan, lo hace a la salvaguardia del Estado. El estilo remeda y coincide, pero el objetivo diverge y contrasta. Para lo bueno digamos de fondo y lo malo entonces de superficie, he ahí, en lo que interesa a *derechos humanos*, una imagen de todo el trecho recorrido desde 1948 o al menos ya, desde ahora, transitable. Nuestro proyecto muestra un horizonte y acusa una distancia. Gracias a él, puede otearse el uno y medirse la otra.

Pero estamos ya con los problemas. Hay más por supuesto para nuestro proyecto y los hay inmediatos. La *Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas* es sólo tal, un *proyecto*, *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Por la fase en que se encuentra podría decirse, como ya dije, que es todavía menos que proyecto. El texto se elabora durante los primeros años noventa por el *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*, instancia sin autoridad propia, con unas poblaciones como objeto y sin la denominación de pueblo, *Working Group on Indigenous Populations*, pero también foro indígena, según ha evolucionado, donde tales poblaciones se ven representadas ganándose la condición de sujeto, el nombre de *Pueblos*. Construido y articulado el texto, es elevado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y adoptado por ésta en 1994. Así llega

al nivel siguiente, a la Comisión de Derechos Humanos, instancia ya intergubernamental, esto es, compuesta por representantes y dependientes de Estados.

Ahí comienzan a acusarse severamente los problemas. Ahora aflora la resistencia hasta insidiosa de unos Estados, comenzándose por los americanos. Y hablo de insidia no sólo porque algunos entre los más afectados guarden un sospechoso silencio. Unas tomas de posiciones no siempre se están produciendo con la debida franqueza incluso teniéndose en cuenta los usos hipócritas de las negociaciones diplomáticas. Los derechos se convierten en efectos negociables pretendiéndose además que el precio está saldado por mercancías caducas y deterioradas con vicios ocultos de origen. Se oyen argumentos como el de que la declaración sería superflua o incluso contraproducente porque los derechos indígenas ya se encontrarían a estas alturas suficientemente atendidos y asegurados por los respectivos ordenamientos jurídicos de los mismos Estados responsables. Marcan esta pauta los Unidos, los Estados Unidos dicho esto ahora con el chiste del doble sentido.

Está librándose todavía en el seno de ambos Estados Unidos, en los universales como en los particulares, la contradicción originaria entre poder estatal y derecho individual o, mejor dicho, entre derechos unos y otros colectivos, padeciendo fundamentalmente todavía el derecho del individuo a la propia comunidad y cultura cuando éstas no se identifican con el Estado, el derecho cultural a la vez individual y colectivo que preside o debiera presidir toda esta problemática. Por los equívocos incluso interesados que se provocan, no dejemos de subrayar que la contradicción y el dilema no se plantea entre derecho individual y derecho colectivo, sino entre derechos colectivos diversos por su efecto divergente respecto al mismo individuo. La cuestión se dirime entre derecho colectivo acorde con los derechos individuales y derecho colectivo que, aun reconociéndolos, los desconoce, pues no comparte cultura. Así se encuentra actualmente el estado del asunto no sólo a la escala internacional de la que nos hemos aquí ocupado para situar y valorar nuestro proyecto.

Me permito unas últimas consideraciones, no sé si ya, tras todo lo dicho, innecesarias o incluso impertinentes. Aun sin sopesarse el factor de la más que previsible mala fe de los Estados Unidos e incluso de las Naciones Unidas, al fin y al cabo Estados, nuestro proyecto no es que tenga ante sí un camino de rosas (*). A este propósito y aparte siempre

(*) Fe no exactamente de la mejor podría llegar a maliciarse en momentos impensados como en el de las traducciones. No tiene desde luego mucho sentido que me aventure en un juicio de intenciones poniéndome aquí y ahora a discutir las versiones oficiales de Naciones Unidas, pero no quiero dejar de hacer alguna observación por lo que pueda interesar especialmente a efectos jurídicos. Así, el inciso neurálgico *si lo desean* parece más desmayado, por menos activo, en comparación con el original *if they so choose*; mi traducción en *Derecho indígena y cultura constitucional* fue la de *si ésta es*

otras posibilidades que no soy nadie para sugerir ante esta audiencia, pues como único europeo del panel me considero el último con derecho a pronunciarse, no quiero dejar de señalar que el foro indígena del *Grupo de Trabajo* se mantiene abierto en Naciones Unidas. Viene estudiando más particularizadamente, y no desde luego por interés histórico o curiosidad erudita, asuntos de tanto alcance como el incumplimiento sistemático de tratados entre Estados y pueblos indígenas por la mala fe inveterada de los primeros al investirse con poder de imponer una cultura superior a cualquier compromiso o como el de la expropiación masiva y sostenida de conocimientos indígenas por efecto del régimen internacional de propiedad intelectual, algo que hemos visto comparecer, para mayor escarnio, como *derecho humano*. Podrá también dicho foro cuidar y cuidarse de la suerte de su proyecto, del que vengo diciendo nuestro. Merece la adopción, por no decir la apropiación, y así también el desvelo.

Las dificultades son efectivas e ingentes para el mismo derecho internacional de *derechos humanos*, para el propio paradigma que ha sentado y viene desarrollando desde la *Declaración Universal*. Nuestro proyecto está implícitamente requiriendo una revisión a fondo de éstos mismos derechos comenzando por el instrumento de dicha declaración que resulta colonial y así no universal no sólo por su trasfondo histórico, sino incluso por sus manifestaciones literales y por algunas de sus categorías afectándose el conjunto. Esta especie de *Constitución* internacional, que le decíamos, está precisada de una reforma tan a fondo como para alcanzar a derechos. El propio artículo primero citado de nuestro proyecto ya es sintomático. Con su confiada remisión a dicha declaración, la *universal*, habría de comenzar por revisársele a esta luz. Así, se neutralizaría de paso y entrada el artículo último, aquel cuadragésimo quinto más malintencionado.

Con dichas implicaciones de pasado próximo y de presente inmediato, de un pasado al cabo que es presente, no es sólo cuestión futura de la suerte de nuestro proyecto. Lo es de inconveniencia de unos *derechos humanos*, de los representados por Naciones Unidas, para los

su opción. El juego de giros del *derecho de libre determinación* parece en cambio acusar tan sólo descuido. Pero véase también una motivación tan clave como la contenida en el párrafo que he elegido para encabezamiento de estas páginas: donde en castellano se hace referencia a la *colonización y enajenación de sus tierras*, el original inglés dice *their colonization and dispossession of their lands*, esto es, se refiere a la colonización de los pueblos, no de las tierras (*their*, de ellos por partida doble), y a la desposesión que entraña violencia, no a la enajenación que sugiere acuerdo. No tiene por qué ser ninguno por supuesto indicio de mala fe, pero podría ser peor, por más difícil de superar, que malentendidos y desmayos se debieran, tampoco a incompetencia ni indolencia, sino a lastre cultural de la traducción profesional. Es el problema precisamente de las *lecturas e interpretaciones* jurídicas que vengo intentando descartar y no ejercer, pero que están mostrándose bien activas e incluso beligerantes particularmente ahora en medios americanos de todo el continente y entre los más constitucionales.

derechos humanos, para los que pueden decirse tales porque conjugan los de individuo y los de la sociedad. Sobre el sesgo de los primeros conviene estar sobre aviso de cara no sólo a un incierto futuro, sino también a un presente no menos inseguro. Hay manuales o *cartillas para defensa de los derechos indígenas* que se abren con los *derechos humanos* más inconvenientes como los que ya sabemos de la nacionalidad, de la educación y de la cultura en sus sentidos de Estado tan entendidos que ni siquiera necesitan la especificación.

Y la revisión, la *reforma constitucional* del derecho internacional, tampoco se queda desde luego ahí. También está pendiente para la descolonización, por cuyo efecto más inmediato, de ella y no sólo del colonialismo, África, Asia y aledaños son continentes y piélagos que conocen la presencia de *indígenas* incluso bajo indígenas. La cuestión es *universal* no sólo por sus implicaciones. Y no seamos agoreros. No emitamos peores augurios que los de la situación presente misma. El replanteamiento ni tiene por qué conducir a una proliferación descontrolada y conflictiva de Estados. No olvidemos el nuevo paradigma de nuestro proyecto. Una vez que unos Estados reconozcan y se muestren en disposición de garantizar como derechos previos a los que se deben no sólo los individuales, sino también los colectivos precisos para el propio derecho del individuo, podrán unos Pueblos convivir en su seno. Lo que hoy se tilda de *tribalismo* incompatible con los derechos podrá resultar *comunitarismo* favorable para los mismos. La propia existencia de unos Estados resultará más pacífica y menos problemática.

Como reza la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, su artículo vigésimo noveno en parte ya citada: *Sólo en ella (en la comunidad) puede desarrollar libre y plenamente su personalidad (el individuo)*. Hay expresiones literales de aquel documento de 1948, de aquella especie de *Constitución* aún hoy en vigor, que cabrá perfectamente mantenerse porque podrán cobrar un nuevo sentido, ya no obligada e irremediamente estatal. También se sostendrán por supuesto algunos pronunciamientos sin necesidad de cambio de lectura: *Todo individuo tiene derecho a la vida*, por ejemplo. Se añadía entonces que lo tenía a una *vida cultural de la comunidad* que resultaba el Estado. La *Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* eliminaba el ámbito de referencia para evitar equívocos. Ahora no tienen por qué eludirse. Ya no hay coartadas. Existe la fórmula de la cuadratura del círculo entre derechos individuales y derechos colectivos, entre derechos colectivos y derechos individuales.

Sólo el reconocimiento eficaz, tras la concepción efectiva, de los derechos colectivos no de unos territorios, como en la descolonización, sino, como en nuestro proyecto, de los mismos pueblos, de quienes más han padecido hasta hoy el colonialismo y sus secuelas inclusive entre éstas la descolonización misma, sólo así podrá acabarse de superar una historia en la que el derecho e incluso el *derecho humano* ha venido

interesadamente confundiéndose con el poder, la libertad propia con la dominación dada. El mismo primer párrafo citado de la motivación, el primero de todo el texto, el que encabeza nuestro *Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, se refiere justamente a los pueblos todos: *Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, Affirming that indigenous peoples are equal in dignity and rights to all other peoples, while recognizing the right of all peoples to be different, to consider themselves different, and to be respected as such.* Que esto, porque nos reconozcamos en efecto mutuamente, pueda expresarse en todas las lenguas, inclusive y ante todo en las indígenas. Sea en bien de los derechos del individuo, de los derechos ya de todos y de todas sin efectos no sólo de discriminación, sino tampoco de exclusión.

GIOVANNI B. FERRI

« METODI » E CULTURA
NELLA FORMAZIONE DEL CIVILISTA

(a proposito di una recente iniziativa editoriale) (*)

1. Quando Paolo Grossi, con l'elegante discrezione che tutti in lui ammiriamo, mi propose di prender parte alla presentazione del nuovo periodico « Diritto privato », non ebbi esitazione ad accettare. Sapevo di correre un rischio perché sempre si corre un rischio quando si deve parlare di una iniziativa editoriale, avendo a disposizione, per riflettere, l'unico numero (il primo) fino ad ora pubblicato, che affida la credibilità della propria futura *tenuta* culturale soltanto ad una buona organizzazione degli argomenti affrontati, alla presenza di pur autorevoli firme della civilistica italiana e, soprattutto a molte *buone intenzioni* di impegno e di lavoro, illustrate nel « Foglio di presentazione », redatto dall'amico Giovanni Furguele che dell'iniziativa è il direttore responsabile.

Ma a farmi accettare il rischio ed anche la sfida che Paolo Grossi, in fondo, mi stava proponendo furono, da un lato la presenza nel comitato direttivo, a fianco di Giovanni Furguele, di alcuni studiosi sui quali avevo con fortuna, culturalmente « scommesso » in passato ed in occasioni diverse; dall'altro, proprio queste *buone intenzioni* del « Foglio di presentazione » che andavano delineando un itinerario intellettuale molto coraggioso e del tutto *eccentrico*, rispetto a quelli che di solito, illustrano consimili iniziative.

Per spiegare in cosa, secondo me, consista la coraggiosa eccentricità dell'iniziativa di Giovanni Furguele e dei suoi amici è necessario porre talune premesse.

Se, tra qualche decennio, uno studioso amante della storia volesse fare il punto sull'esperienza civilistica di fine secolo (diciamo tra gli inizi degli anni ottanta e l'anno duemila), non potrebbe non notare, tra le varie specificità di questo periodo, quella del gran proliferare di manuali

(*) Lo scritto ripropone, nella sostanza, le idee esposte in occasione della presentazione della Rivista « Diritto Privato », diretta da Giovanni Furguele, che si è svolta il 30 novembre 1996, a Villa Ruspoli, sede del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno dell'Università di Firenze.

di Istituzioni di diritto privato e di riviste del settore privatistico. Si tratta, se così si può dire, di « generi letterari » che, pur diversi, sembrano accomunati da una identica finalità: quella di tendere all'*informazione* del lettore, piuttosto che alla sua *formazione* culturale.

2. E mi spiego, cominciando dai Manuali istituzionali. Quando, alla metà degli anni cinquanta, mi iscrissi all'Università, i Manuali diffusi sul territorio nazionale e, dunque, i più adottati, erano, sostanzialmente, quello di Andrea Torrente e quello di Alberto Trabucchi. C'erano in verità altri Manuali redatti da alcuni Maestri, ad esempio, quelli di Aurelio Candian, di Mario Rotondi, di Giuseppe Branca; ma si trattava di Manuali a diffusione, pur immeritadamente (per il valore dei loro Autori) circoscritta, frutto alcune volte (come nel caso dei primi due) di esperienze didattiche, destinati, come tali, specificamente agli studenti che avevano seguito i corsi di lezioni degli Autori. C'era anche il Sistema, indubbiamente geniale ed ardito nelle soluzioni che proponeva, di Domenico Barbero, in due volumi; erano in vendita anche i tre volumi del De Ruggiero-Maroi, aggiornamento ed adattamento, dobbiamo pur dirlo, non felici nella riuscita, dell'opera classica di Roberto De Ruggiero, scritta nel vigore del codice civile del 1865. Entrambe le opere, anche se in alcune Università venivano adottate, avevano, tuttavia, più il taglio del Trattato conciso di diritto privato, che del Manuale universitario, ad uso degli studenti.

Lo stesso primo volume delle Istituzioni di Francesco Santoro-Passarelli, si era subito trasformato, come era giusto che fosse, in un volume di dottrine generali del diritto civile, adottato nel corso biennale di diritto civile e, quindi, destinato a studenti che già avevano appreso i primi rudimenti e le prime nozioni del diritto (privato in particolare, ma non solo).

Chi scrive queste riflessioni, se è consentito il ricordo personale, ha preparato l'esame di Istituzioni di diritto privato sulla sesta edizione del Manuale di Alberto Trabucchi. Nel 1996, il Manuale di Alberto Trabucchi è giunto alla trentasettesima edizione. M'accorgo che sono invecchiato di trentuno edizioni.

Nella prefazione alla prima edizione del suo Manuale (datata Venezia, Pasqua del 1943), Alberto Trabucchi scriveva che il corso universitario istituzionale « deve avere carattere scientifico e formativo », per poi aggiungere, nella terza edizione (datata Padova 1946), con stupore e, quasi, meraviglia « Mi è stato detto, del resto, che questo modesto manuale per studenti è servito anche alla preparazione di esami professionali o di concorso, ed è pure giovato a molti giovani professionisti. Che sia raggiunto uno scopo del libro anche più ampio del previsto? ». Dunque, per Alberto Trabucchi i naturali destinatari del Manuale, di ogni Manuale, sono gli studenti e, per di più, studenti del primo anno di Università; come tali sostanzialmente digiuni di ogni

nozione di diritto ed, in particolare, di diritto privato. Per questo, ogni Manuale deve essere semplice ed essenziale; deve dare informazioni, ma deve tendere, soprattutto, a dare una formazione giuridica di base allo studente che si appresta ad affrontare un corso di studi universitari in cui, anche se non si tratta di quello proprio della Facoltà di Giurisprudenza, il diritto è chiamato, comunque, a svolgere un ruolo fondamentale, se non determinante.

Il programma culturale delineato da Alberto Trabucchi, come anche quello di Andrea Torrente, s'inserisce perfettamente nel solco di una tradizione, tanto consolidata e, si può anche dire, antica, quanto illustre.

Scrivendo Emanuele Gianturco, nell'introdurre il suo Sistema, « sono convintissimo della niuna utilità, anzi del danno dei corsi di diritto civile approfonditi, i quali hanno già fatto pessima prova e in Francia e nel Belgio. L'esperienza mi ha persuaso che empirie la memoria dei giovani di erudizione e di controversie è tempo sprecato: quei professori, che amano più la sodezza e la serietà dell'insegnamento che i facili trionfi della cattedra se non si lasciano traviare da concetti astratti, si convinceranno di leggieri, che nella memoria dei giovani non rimangono fortemente impressi se non i principii fondamentali; e sfortunatamente neanche questi si ha il tempo di apprendere e di maturare per la brevità degli anni di corso ».

Nell'avvertenza premessa alla prima edizione (1886) del suo volume di Istituzioni di diritto civile italiano, pubblicato dal benemerito editore Barbera, nella sua collana di Manualetti bleu, sempre Emanuele Gianturco ebbe modo di sottolineare come « a somiglianza dei Manuali classici inglesi, i nostri dovrebbero servire agli uomini *colti*, per avere notizia elementare sì, ma soda e precisa delle scienze sociali e giuridiche: ai *dotti* per ritornare sulle cose apprese e riprovare la verità dei principii sommi al lume delle esperienze e applicazioni quotidiane; agli *studenti* infine per riannodare intorno a quei principii tutto lo svolgimento, che loro si suole dare nelle Accademie e che forma non iscarsa fonte d'industria per inetti compilatori ». Il modello per Emanuele Gianturco era quello delle Istituzioni gaiane « dove è mirabilmente compendiate l'*Anatomia* del diritto civile ». Il volume delle Istituzioni del Gianturco non superava le quattrocento pagine; misura, questa esemplare che, a nostro giudizio, nessun Manuale di Istituzioni di diritto privato dovrebbe superare.

Sulla stessa lunghezza d'onda culturale si poneva Biagio Brugi nella prefazione alla prima edizione delle sue Istituzioni di diritto civile, quando affermava che « ai giovani bisogna propinare il meno che sia possibile ».

Nello stesso senso, ma più incisivamente, Francesco Ferrara nella prefazione al suo Trattato, sembra voler delineare una sorta di vero e proprio manifesto culturale, circa il metodo da seguire nella stesura di

un Manuale di diritto civile. Scriveva l'illustre Maestro: « Non tanto importa che lo studioso accolga in modo recettivo l'immensa mole di testi, di dottrine, di discussioni, che formino della sua mente come un magazzino caotico, in cui si trovino insieme mischiati i gioielli dell'orafo e le cianfrusaglie del rigattiere, poiché con tutto questo bagaglio di cultura egli resterà sempre incerto e confuso nell'affrontare nuove questioni od aspetti di esse, procedendo a tastoni, come un cieco che si appoggia ora all'uno ora all'altro sostegno per tentare la via. Invece è essenziale che lo studioso acquisti i principî giuridici, con i quali possa vedere con piena luce nel groviglio delle controversie, ch'egli possieda i *mezzi di risoluzione*, per modo che si trovi sempre in stato di poter risolvere da sé le questioni più difficili e complicate... Certo un tale metodo non vuole ridursi a vane astruserie, tutt'altro, perché esso deve attingere al nucleo degli interessi e questioni che si agitano nella vita sociale, ma lungi dal smarrirsi in un'empirica casistica, deve elevarsi da questa e trattarla come materiale di studio per trarne i principî regolatori ».

Queste parole sembrano in perfetta sintonia con quelle di Arthur Schopenhauer che, nella sua polemica con Hegel, Fichte e Schelling, circa l'insegnamento universitario, compiangeva l'*innocente gioventù* che « va all'università piena di fanciullesca fiducia, e guarda con rispetto ai presunti possessori della sapienza » (così, A. SCHOPENAUER, *La filosofia delle Università*, trad. it. di Giorgio Colli, Milano 1992. p. 63) e rischia, invece, di trovarsi, come Maestri, coloro che praticano « lo scaltro stratagemma di scrivere in modo oscuro, cioè incomprensibile: a tal riguardo la vera e propria finezza sta nel presentare il proprio caos in modo che il lettore debba credere sua la colpa di non comprenderne nulla » (A. SCHOPENAUER, *o. c.*, p. 54). Con ciò pretendendo, come afferma uno dei protagonisti di un elegante romanzo di una giovane scrittrice americana, che si interpreti un pensiero anche quando questo non c'è.

Siffatta cultura della chiarezza ed essenzialità, di cui abbiamo offerto qualche indicazione, è rimasta il filo conduttore che ha guidato, fino circa ad un paio di decenni fa, i vari Autori nella stesura dei loro Manuali, i cui destinatari principali, se non esclusivi, restavano soprattutto gli studenti, come, ad esempio, ha sottolineato anche Pietro Rescigno (evocando alla memoria, quasi modelli, proprio le antiche opere di Gianturco e di Venzi) nella premessa alla prima edizione del suo prestigioso ed esemplare, per la cultura in esso con finezza profusa, Manuale di diritto privato italiano (1973).

Insomma, l'ammaestramento che ci deriva da una tradizione, tanto illustre quanto saggia, è che l'*informazione*, nei Manuali istituzionali, è chiamata a svolgere un ruolo, pur essenziale, ma di supporto alla *formazione culturale* degli studenti e che, conseguentemente, questo ruolo deve restare sempre funzionale a tale formazione. Deve, cioè,

servire ad illustrare l'organizzazione fondamentale del sistema del diritto dei privati e, quindi, deve offrire al lettore (che, non dimentichiamolo resta, appunto, lo studente) gli strumenti di conoscenza che del sistema consentano di individuare i principî e gli istituti che lo governano e le vicende che (storicamente, socialmente ed economicamente) lo hanno caratterizzato.

Diversamente dagli itinerari (di tipo eminentemente *formativo*) cui si ispiravano i manuali che questa prestigiosa tradizione ci aveva consegnato e su cui, per quasi un secolo, si sono fondate le basi della nostra cultura civilistica, molti dei più recenti manuali sembrano voler, soprattutto, tentare le vie di una *informazione* aggiornata, fin quasi nel dettaglio, alle ultime deliberazioni legislative, agli ultimi orientamenti della dottrina e principalmente della giurisprudenza. La qual cosa, in una dimensione *istituzionale*, quale è quella propria dei manuali, potrebbe esser utile, se tutte queste novità venissero confrontate e misurate con l'organizzazione e i fondamenti del sistema, i quali potrebbero non esserne toccati, se non in marginali o insignificanti dettagli, o addirittura neppure esserne toccati. In poche parole, l'informazione presente nei Manuali, dovrebbe, evidentemente, essere ridotta all'estrema sintesi e riguardare soltanto ciò che è essenziale o indispensabile.

A loro modo esemplari delle tendenze (del tutto estranee alla mia personale cultura) che preferiscono soprattutto privilegiare il momento « *informativo* », appaiono le « linee programmatiche » che emergono dall'Introduzione che Francesco Gazzoni ha dettato per il suo ampio Manuale. Scrive il Gazzoni « l'esposizione è stata peraltro volutamente graduata nel senso di una progressiva complessità che a volte potrà anche apparire complicazione. Ritengo però che sia opportuno rendere avvertito fin dal primo anno lo studente di giurisprudenza circa le difficoltà notevoli che offre lo studio del diritto se seriamente affrontato, cosicché egli possa valutare tempestivamente le proprie attitudini e le proprie forze. Ecco dunque perché da una iniziale tendenza alla sintesi si trapassa ad una crescente accentuazione dell'analisi dei problemi anche negli aspetti che, in una prospettiva globale, possono apparire superflui. Spetterà in ogni caso all'intelligenza dello studente che non sa o non vuole approfondire la preparazione al di là della faticosa soglia della sufficienza, individuare quale parte del discorso può essere tralasciata senza, nel contempo, compromettere la comprensione di fondo della vicenda giuridica oggetto di studio ».

Giovanni Macchia, in uno dei suoi saggi, a nostro giudizio, di più sottile raffinatezza (cfr. G. MACCHIA, *Tasso e la prigionia romantica*, in *Saggi italiani*, Milano 1983, pp. 243-244), segnalava come il genere, letterario dei poemi cavallereschi fu, ad un certo momento, attraversato dal *contagio della follia*. Nell'*Orlando furioso*, è l'eroe-protagonista ad

impazzire; poi impazzisce l'autore (Torquato Tasso) ed, infine, impazzisce il lettore (don Chisciotte).

Ma ad ordire *superflue complicazioni*, come dichiara d'essere penso a fare l'autore del Manuale da ultimo citato, un *contagio* del genere potrebbe diffondersi anche negli studi del diritto privato. E non intendo, certamente, riferirmi soltanto al *contagio* di cui sarà, senza dubbio, vittima lo studente-lettore, di fronte ad un ammasso di così intricate nozioni (come tali, in gran parte, inutili e fuorvianti), nel quale regnerà sovrana la stessa confusione che regna nel « magazzino caotico in cui si trovino insieme mischiati i gioielli dell'orafo e le cianfrusaglie del rigattiere », che Francesco Ferrara senior evocava; penso ad un *contagio*, a mio giudizio, culturalmente, molto più devastante.

Infatti, proprio, come accadde nel genere letterario dei poemi cavallereschi, rischierà di *smarrire il proprio senno*, nei labirinti delle *superflue complicazioni*, non soltanto, come s'è detto, lo *studente-lettore* (cavia di sperimentazioni che vorrebbero essere forse elitarie), ma sarà anche l'autore del Manuale, il quale, prigioniero come il Tasso, non troverà più la via per uscire dai labirinti (in questo caso, non so quanto *romantici*) che egli stesso ha disegnato. Ed infine sarà lo stesso « eroe »-protagonista (e cioè il diritto) a smarrire « la coscienza della sua funzione tra gli uomini » (F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore* ovvero la Dogmatica Ludicra, Roma MCMXLIV, p. 143).

Con ragione, Giuseppe Capograssi ricordava come il giovane studente finisce sempre per dover trovare, da solo, i propri itinerari e le proprie opzioni culturali e, da solo, compiere le proprie scelte (così, G. CAPOGRASSI, *A proposito del metodo dei corsi universitari*, ora in *Opere*, VI, Milano 1959, p. 127, in particolare). Ma per far ciò, per « capire, cioè dominare, giudicare con consapevole autonomia, ... abituarsi insomma al pensare » (G. CAPOGRASSI, *o. c.*, *loco cit.*), il giovane studente ha pur sempre bisogno di qualcuno che lo guidi in quel *Grand Tour* (che, a nostro modo di vedere, ha tutti i ritmi e i riti di un vero e proprio viaggio *iniziatico*) che è *l'esperienza della riflessione* e la difficile arte di *apprendere ad apprendere* (così, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli 1996, p. XXII).

È, dunque, cosa ovvia, (ma troppo spesso viene dimenticata) che non spetti allo studente (e soprattutto allo studente del primo anno del corso universitario) giungere, da solo, alla individuazione degli argomenti di maggior o minor rilievo. Egli, infatti, non è, e non può ancora essere, in possesso degli strumenti e degli argomenti logici e culturali per compiere da solo tale individuazione; spetterà al professore, se, come è giusto che sia, correttamente intenda la dignità della propria missione e della propria funzione, guidare lo studente (dalla cattedra, non meno che attraverso la pagina scritta), con *chiarezza e semplicità*,

nel contraddittorio groviglio delle poche certezze e dei tanti dubbi di cui sono disseminate le vie, sempre complesse ed intricate, che possono condurre alla conoscenza.

La *chiarezza* e la *semplicità* che evidentemente non vogliono essere sinonimi di *superficialità*; la *chiarezza* e la *semplicità* cui alludo, sono quelle « della profondità », cui alludeva anche Giuseppe Capograssi (G. CAPOGRASSI, *o. c.*, p. 126) ⁽¹⁾.

Profondità che non è quell'oscurità che Schopenhauer, con opportuna asprezza, rimproverava a taluni professori; essa indica piuttosto l'esigenza di un penetrante, progressivo, razionale approfondimento delle fondamenta e dell'evoluzione che caratterizzano la disciplina che si intende studiare.

Johann Gotlieb Fichte affermava che scopo dell'insegnamento è quello di: « contribuire all'avanzamento della cultura e dell'innalzamento dell'umanità in voi e in tutti quelli che possono comunque venire a contatto con voi... Fino a qual punto le mie forze corrisponderanno a questo desiderio, non dipende interamente da me... dipende in parte anche da voi, o giovani, dalla vostra attenzione, che vi prego di concedere a queste mie lezioni, dalla vostra personale diligenza, sulla quale io conto con piena sicurezza, dalla vostra fiducia in me, alla quale mi affido e più cercherò di raccomandarmi con la mia opera » (J.G. FICHTE, *La missione del dotto*, trad. it. di V.E. Alfieri, Milano 1987, pp. 63-64).

Insomma, nonostante le beghe accademiche che, come è noto,

(1) Lo scritto di Giuseppe Capograssi di cui, nel testo, ho riferito qualche passo (apparso nel 1947 nella *Rivista di diritto processuale*), è una recensione al primo volume delle *Istituzioni di diritto civile* di Francesco Santoro-Passarelli, rimasto unico e, come è noto, trasformatosi, nel prosieguo, nelle *Dottrine generali del diritto civile*.

Con la sua recensione, prendendo le difese dell'opera Francesco Santoro-Passarelli, Giuseppe Capograssi, intendeva sostanzialmente rispondere ad una recensione di Walter Bigiavi (apparsa nel 1946 nella *Giurisprudenza italiana*); recensione ambigualmente agro-dolce (dove gli elementi di critica superavano, in verità, quelli dell'elogio) in cui, in particolare, si accusava il volume di Francesco Santoro-Passarelli di oscurità e di eccesso di sintesi.

La fortuna dell'opera di Francesco Santoro-Passarelli, su cui si sono formati e continuano a formarsi generazioni di studiosi (e non solo di diritto civile), dà torto al Bigiavi, il quale tuttavia sembra averne colto, pur se male esprimendole, con le accuse sopra riferite, la profondità e, dunque, la complessità.

Sta di fatto che da volume di *Istituzioni di diritto civile*, dedicato (come tale) agli studenti del primo anno del corso di Giurisprudenza, nella sua veste di *Dottrine generali del diritto civile*, l'opera trovò (ne abbiamo fatto cenno), all'interno degli studi universitari, una definitiva collocazione culturale più consona ed anche destinatari più formati e in grado di meglio comprenderne significati e pienamente intenderne il valore.

Essa, infatti, per molti decenni fu parte fondamentale del programma del corso biennale di Diritto civile, nelle Facoltà giuridiche italiane ed in particolare in quella dell'Ateneo Romano, come ricorda chi scrive che, in quell'Ateneo, di Francesco Santoro-Passarelli si onora di essere stato studente.

contrapponevano Fichte, Hegel e Schelling a Schopenhauer (il quale, contraccambiava la loro ostilità, definendoli « *i tre saltimbanchi* »), le opinioni di Fichte, sulla missione del professore, finiscono per coincidere con quelle di Schopenhauer.

L'impostazione *informativa* che viene data a recenti Manuali di Istituzioni di diritto privato, non sembra in sintonia con la prospettiva culturale, che tentiamo di delineare.

Essa rivela piuttosto, e bisogna dirlo senza reticenze o falsi pudori, come i destinatari naturali (e, dunque, i potenziali lettori) di siffatte opere (che hanno la ponderosità più del trattato conciso che del manuale istituzionale) siano, nonostante quello si pensi e si affermi, non tanto gli studenti, quanto i molti che, dopo la laurea (e, quindi, in possesso di una già delineata nozione del sistema giuridico e delle sue articolazioni) si trovino a dover affrontare una preparazione, in vista di concorsi, anche impegnativi e difficili; per superare i quali, quello che conta sembra essere soprattutto la conoscenza, quasi nel « tempo reale » dell'*instant book*, delle principali interpretazioni che del dato normativo hanno offerto, e continuano quotidianamente ad offrire, la giurisprudenza (soprattutto) ed anche quella parte della dottrina che la commenta.

L'*informazione*, la *casistica* appaiono certamente di pratica utilità. Ma, negli studi universitari, pur se indispensabili, esse devono svolgere, come s'è detto, un ruolo eminentemente *strumentale* e, diciamolo pure, *marginale*; perché « empire la memoria dei giovani di erudizione e di controversie è tempo sprecato », ammoniva, come abbiamo visto, Emanuele Gianturco. Gli studi universitari, come studi di *formazione*, devono, invece, corrispondere compiutamente a quei profili « alti » della cultura, che permettono di comprendere le radici profonde della società e il disegno generale dei complessi sistemi di regole che la governano. In questa prospettiva, per quel che riguarda lo specifico del diritto civile, sarà necessario illustrarne, accanto ai principî e alle regole fondamentali propri del sistema normativo attuale, la dimensione culturale e dunque sia la dimensione politica ed economica, dove la realtà spontaneamente produce ed elabora i suoi modelli organizzativi, sia la dimensione storica; testimone, quest'ultima, ad esempio, della dignità di quell'antica sua autonomia, per cui, come ricordava Filippo Vassalli, « il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato » (F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, 111, 2, Milano 1960, p. 755). Autonomia che, nei fatti, le codificazioni statuali non sono riuscite del tutto a cancellare; ma di cui, con le codificazioni, si è finito per perdere il valore.

Con ragione, un raffinato giurista, nel presentare un suo recente volume in cui sono raccolti i frutti di un più che trentennale insegnamento, ha scritto: « contrariamente all'orientamento prevalente che ritiene l'insegnamento del diritto destinato a produrre operatori tecnici attrezzati a redigere sentenze, provvedimenti amministrativi, atti nota-

ri, nel presupposto di una presunta neutralità dei procedimenti di qualificazione giuridica, ritengo che anche l'insegnamento appartenga alla « sfera della comprensione » e della « ricerca della verità », intesa come progressiva penetrazione negli strati profondi dell'esperienza quotidiana e dei significati con i quali organizziamo la nostra attività. Verità è parola impronunciabile nell'epoca del disincanto, ma credo che senza la passione del conoscere, nessun sapere potrebbe esistere » (P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. XXI). Lo studente, nell'università, deve, e lo abbiamo già ricordato, apprendere ad apprendere; e cioè apprendere l'arte di sapersi interrogare che « significa esercitare la libertà » (Id., *o.c.*, pp. XXII-XXIII).

3. Questa esigenza di una *informazione*, la più aggiornata possibile, viene sempre più caratterizzando anche le nostre riviste giuridiche di settore e ne giustifica il proliferare. Tale fenomeno, con riguardo alle riviste giuridiche non è, come tale, nuovo, figlio, come dire?, del nostro tempo frettoloso e distratto.

In una ricerca curata da Carlo Mansuino (*Periodici giuridici italiani (1850-1900) — Repertorio*, Firenze 1994) ed apparsa nella Collana « Per la storia del pensiero giuridico moderno », promossa e diretta da Paolo Grossi, è consegnata una documentazione preziosa e, a suo modo, anche sorprendente, che ricostruisce lo sviluppo delle riviste giuridiche italiana, negli ultimi cinquanta anni del secolo scorso. Scrive Paolo Grossi, nella Premessa al volume, come, con la pubblicazione di questo Repertorio, s'intenda riproporre all'attenzione degli studiosi un tema « di rilevanza centrale per la storia del pensiero giuridico moderno, ma ancor oggi sostanzialmente poco conosciuto » (p. V); si tratta dell'inventario del continente sommerso, che — con la dovizia dei suoi riferimenti — testimonia fedelmente la ricchezza del patrimonio storico rappresentato dai periodici giuridici di ieri » (pp. V-VI).

Carlo Mansuino nella Prefazione al Repertorio, chiarisce, tra l'altro, come « la nuova atmosfera creatasi dopo la promulgazione dello Statuto, seguita dai movimenti insurrezionali e dalla progressiva unificazione delle regioni nel Regno d'Italia, la minore rigidità della censura in alcuni territori (che aveva permesso l'ingresso di molte opere straniere) e la conoscenza di nuove scuole giuridiche in particolare germaniche e francesi portarono ad un accrescimento notevole nel sapere giuridico » (p. VIII). Tutto ciò, evidentemente, contribuì « alla nascita di nuove riviste di dottrina e giurisprudenza, alcune di impianto così solido e fortunato da essere ancora in vita dopo più di un secolo. L'accresciuto interesse per lo studio del diritto in Circoli giuridici, facoltà universitarie, accademie ed istituti di cultura, la crescente richiesta di nuovi e più approfonditi strumenti di consultazione da parte di

procuratori, avvocati, notai stimolarono la nascita di nuove iniziative e programmi in campo editoriale » (p. VIII).

Anni particolarmente ricchi di iniziative editoriali, nel campo del diritto furono, soprattutto (come puntualmente documenta il Repertorio ordinato da Carlo Mansuino), il 1886, in cui comparvero circa 17 nuove riviste giuridiche, il 1890, in cui comparvero circa 19 nuove riviste e il 1891 in cui le nuove riviste furono circa 23. Così, ad esempio, *L'Astrea o Il corpo morale* (1886-1887); *La vedetta giuridica* (1890); *Il giurista*, Savona (1891-1898); *La giustizia*, Modica (1891); *La toga*, Trani (1891-1892) o *Il comune* (1891).

Come si vede, si è trattato, quasi sempre, di iniziative destinate a durare lo spazio d'un mattino (o poco più) come forse era in quel loro destino, scritto negli stessi titoli prescelti, quasi commoventi nel provinciale entusiasmo che da essi trasuda.

È, insomma, quella che ne vien fuori, una Italia (e, forse, una Italia), un pò in cerca di se stessa; che, nel clima di una sostanziale, ritrovata libertà, riscopre, da un lato, l'antica vocazione agli studi del diritto, dall'altro, sente l'esigenza di gettare le fondamenta sulle quali costruire il sistema comune del nuovo stato nazionale che si andava formando e, con questo, di dare unitaria identità alla propria cultura giuridica.

Diverse appaiono l'esigenze che hanno condotto all'attuale proliferazione di riviste giuridiche privatistiche.

Gli studiosi o i professionisti, soprattutto della mia generazione (quella, per intenderci, che conseguì la laurea in giurisprudenza tra la fine degli anni cinquanta e i primi anni sessanta) che avessero voluto costruirsi una biblioteca privatistica dignitosamente attrezzata, non avrebbero, per quel che riguarda le riviste, dovuto fare una scelta faticosa o difficile.

La *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, la *Rivista di diritto civile* e la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, erano sufficienti ad offrire un panorama completo ed autorevole della cultura privatistica italiana (ma spesso non soltanto italiana). Vi erano poi, per chi avesse desiderato approfondire specifici aspetti del diritto privato, le riviste, del diritto industriale, del diritto fallimentare, delle società e *Banca, Borsa e Titoli di credito*.

Per quanto poi riguarda la giurisprudenza, a parte le riviste interdisciplinari *Giurisprudenza italiana* e *Il Foro Italiano*, (che dedicavano spazi alla dottrina, non solo, dunque, privatistica, chiamata, con alcune autorevoli aperture anche ai problemi di teoria generale, a dialogare con la giurisprudenza), vi era *Giustizia civile*, dedicata ad illustre specificamente gli orientamenti giurisprudenziali in materia privatistica; nel concreto, queste tre riviste erano, in verità, considerate come alternative e, in molti casi, la presenza di un paio di esse, in una biblioteca professionale di « buon livello », fatalmente (anche se ingiustificatamente, sotto un profilo culturale) finiva per escludere l'altra.

Insomma, con molto meno di dieci riviste (in realtà, con quattro o cinque), si riusciva ad avere un panorama sufficientemente completo della teoria e della pratica del diritto privato.

Per altro, le riviste privatistiche che hanno, alle spalle, una storia consolidata ormai dalla tradizione (mi riferisco, soprattutto, alle riviste del diritto commerciale, di diritto civile e alla rivista trimestrale di diritto e procedura civile), non si sono mai limitate ad intervenire sui problemi, anche di teoria generale, ma propri del settore. Esse hanno sempre amato allargare il dibattito e la riflessione, ospitando studiosi non privatisti ed anche non giuristi e tentando, con ciò, di offrire al lettore orizzonti culturalmente più vasti, che adeguatamente potessero esprimere e testimoniare quel *côté* umanistico, che è alla base degli studi giuridici.

Esemplare, in siffatta prospettiva, appare la *Rivista del diritto commerciale* (che rappresenta l'esperienza culturale che, evidentemente, meglio sono in grado di ricostruire), la quale, nonostante la specificità del titolo che sembrava doverne ingabbiare i contenuti in ben delimitati e circoscritti confini, prima della guerra aveva, ad esempio, ospitato scritti non soltanto di teoria generale del diritto, ma anche, come dire?, di « varia umanità ».

E non intendo riferirmi, in particolare, ai tanti raffinatissimi interventi (spesso nella forma della nota a sentenza) di Pietro Bonfante « civilista » o di Francesco Carnelutti « commercialista »; intendo, più precisamente riferirmi, ad esempio, ai saggi di Salvatore Satta e di Enrico Allorio sulla scienza processuale e sulla teoria del processo, di Emilio Betti sui principî generali dell'ordinamento giuridico, ma anche ai saggi degli storici Armando Saporì e Wilhelm Silberschmidt, sull'esperienza giuridica e mercantile nel medioevo e nel XVI sec., di Emilio Betti e di Giuseppe Grosso su taluni aspetti dell'esperienza storica del diritto romano e sulla cultura romanistica, di Salvatore Pugliatti, Francesco Carnelutti e del filosofo Guido Calogero sulla teoria politica, sulla logica e sul metodo della scienza giuridica.

Questa tradizione continuò nell'immediato dopoguerra, con gli interventi di Carlo Arturo Jemolo e, ancora una volta, del filosofo Guido Calogero sul concettualismo giuridico, per giungere fino ai giorni nostri. Basti ricordare, ad esempio, i saggi (ormai risalenti) dedicati da un lato, ai temi dell'antiformalismo, della democrazia e del codice civile, dall'altro, al pensiero di Giovanni Tarello sullo stato dell'organizzazione giuridica, quale si veniva profilando nella drammatica realtà italiana della fine degli anni settanta; e si ricordi anche lo scritto dedicato all'idea di diritto e di giustizia nell'opera di Honoré de Balzac. Ed, infine segnaliamo i saggi, apparsi nelle ultime due, annate della rivista (1995 e 1996): l'uno sui giuristi dell'Ateneo pisano e la questione ebraica, l'altro su Kelsen e la teoria pura del diritto.

E quanto scrivo della *Rivista del diritto commerciale*, potrebbe, certamente, essere scritto delle altre riviste sopra menzionate, il cui

manifesto programmatico, pur se non proclamato esplicitamente, è stato sempre quello di favorire il dibattito culturale e la conseguente circolazione delle idee « a trecentosessanta gradi ».

Il fenomeno della nascita di numerosissime riviste giuridiche, che caratterizzò la seconda metà del secolo scorso, trovava, come abbiamo visto, la propria giustificazione essenzialmente nell'esigenza da un lato, di riscoprire, con la libertà in parte riconquistata, le radici e la dimensione culturali del « giuridico »; dall'altro di costruire le fondamenta unitarie del « sistema » del nuovo ordinamento giuridico statale.

L'attuale proliferazione delle riviste giuridiche privatistiche (il cui inizio può, come abbiamo accennato all'inizio di queste nostre riflessioni, grosso modo, collocarsi nei primi anni ottanta) costituisce una risposta ad esigenze del tutto diverse; segue strade e persegue programmi, neppure rapportabili a quelli che avevano, nel secolo scorso, determinato, un fenomeno che, almeno sotto un profilo *quantitativo*, potrebbe, in apparenza, dirsi se non analogo, non poi tanto dissimile da quello dei nostri tempi.

In un saggio del 1951, Filippo Vassalli scriveva « Oggi s'è perduta per gran parte la corrispondenza tra legge e diritto... Le leggi moderne, particolarmente le leggi dalla prima guerra mondiale in avanti sono più spesso modi d'intrusione o d'invasione violenta degli Stati nel campo di rapporti ch'erano prima regolati dalla volontà degli interessati e da norme che altro non volevano essere se non l'applicazione di un criterio di giustizia. Di questo il giurista era sottile ricercatore e fedele depositario. Oggi le norme sono rivolte più spesso a realizzare scopi statuali, onde al giurista meglio si sostituisce il funzionario o il politico, inteso costui nel senso ristretto attuale di esponente qualificato di un interesse di partito o di un indirizzo di governo. E le leggi assumono quel carattere così alieno dall'etica, tutto contingente, strumentale, transeunte, per cui, in altri periodi della storia, dal diritto civile si distinguevano le grida, le prammatiche, i dispacci, i bandi » (così. F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, ora in *Studi giuridici*, III, 2, p. 750).

L'illustre Maestro, quasi mezzo secolo fa, fornisce una diagnosi dello stato della legislazione, così drammaticamente attuale, che non varrebbe la pena aggiungere alle Sue, nostre ulteriori considerazioni.

Ci limitiamo a sottolineare come il processo degenerativo dell'opera del legislatore, così acutamente individuato da Filippo Vassalli, negli ultimi decenni, si è andato progressivamente accentuando. Un legislatore sempre più distratto ed ignorante ha dato luogo ad una produzione normativa, speciale o di novellazione, tanto caotica quanto confusa; l'attuazione di direttive europee, tutt'altro che indenni da oscurità e approssimazioni, unitamente all'emergere di mezzi di circolazione della ricchezza e di modi per la sua allocazione nuovi (o presunti tali), hanno contribuito aumentare la confusione e l'incertezza dell'interprete.

La giurisprudenza appare, pur se comprensibilmente, troppo spesso incerta nei suoi orientamenti. Lo studioso del diritto non è più, come vagheggiava Filippo Vassalli il « sottile ricercatore e fedele depositario » della giustizia; ma piuttosto, come l'operatore pratico che deve quotidianamente fronteggiare (e, in qualche modo, risolvere) i problemi concreti della sua professione, va, anch'esso, per potersi orientare nella Babele che lo circonda, a caccia di *informazioni*, che alla fine consistono, soprattutto, nella frenetica acquisizione delle più recenti deliberazioni legislative o delle più recenti decisioni giurisprudenziali. In sostanza, lo studioso ha perduto, come notava Filippo Vassalli (Id., o.c. loco cit.) « la signoria » del *diritto*.

A ridosso di questa situazione, non è difficile comprendere come il proliferare, nel settore dell'esperienza privatistica, di tante riviste, a volte di estenuata specializzazione, venga condotto all'insegna dell'*informazione* aggiornata (o presunta tale), superata ben presto dalla *informazione* immediatamente successiva.

Insomma, si diffonde e si consolida una mentalità non dissimile da quella che presiede alle tecniche (consentitemi di evocarle, ancora una volta) dell'*instant book*, idonee a soddisfare lettori famelici e frettolosi.

Attualmente, il problema, sono ancora parole di Filippo Vassalli, « è riportare per quanto è possibile il giurista alla leggi. In fondo, è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto » (Id., o. c., p. 751); a quel diritto civile che « è il campo in cui per vetustà di tradizione, per più squisito magistero d'arte, i dati della vita hanno subito la trasformazione più piena in schemi di pensiero.

La varietà s'è composta in schemi ordinati, la materialità dei rapporti s'è come spiritualizzata, e l'imperativo della legge appare quasi l'enunciazione di un'armonia » (F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, ora in *Studi giuridici* cit., II, p. 399).

Ma poche sono le riviste (normalmente quelle di più consolidata tradizione) che ancora tentano di coniugare l'*informazione* con l'esigenza di formare il lettore a quel « magistero d'arte » che il diritto civile deve continuare ad essere; come pochi sono i Manuali che, oggi, si preoccupano di fondare la formazione dello studente (perché questo processo deve cominciare sui banchi dell'Università) sull'*abitudine a pensare*, alla *libertà di pensare*.

E tuttavia, lo stato delle cose, sopra delineato a tinte così fosche, da sembrar quasi senza scampo, conosce fortunatamente *momenti e occasioni* (segnali forse ancora tenui, ma) che fanno sperare nel recupero del giurista, e del civilista in particolare, all'antica dignità di uomo di cultura e, dunque, alla libertà che a questa consegue.

4. Queste *occasioni*, questi *segnali* sono, di recente, provenuti dall'iniziativa di Giovanni Furguele e dai suoi amici che, nel comitato

direttivo della nuova rivista cui insieme hanno dato vita, gli sono compagni di *avventura*.

Ciò che positivamente colpisce il lettore del « Foglio di presentazione », al quale Giovanni Furguele ha consegnato gli intenti programmatici del lavoro e dell'impegno culturali che la rivista si ripromette di realizzare, è, come ho accennato all'inizio di queste mie riflessioni, le scelte culturali coraggiose ed eccentriche rispetto a quelle, proprie di altre riviste.

Non un programma di aggiornamenti puntuali e completi (soprattutto) di deliberazioni legislative o di orientamenti giurisprudenziali; non la promessa di collaborazioni tra tutti gli « operatori » del diritto privato, pratici e teorici che siano.

La cadenza della rivista sarà, scrive Giovanni Furguele, « tendenzialmente annuale »; e il suo carattere sarà *monografico*. L'attenzione della rivista sarà « anche in sede di diritto positivo, opportunamente estesa in senso storico. Avranno da guadagnarne entrambi i diritti, quello positivo, quello storico » (sono sempre parole di Giovanni Furguele).

Un programma, questo, come si comprende, che vuole percorrere gli accidentati itinerari di un lavoro dal profilo culturale *alto*, forse anche ambizioso; ma sanamente ambizioso.

In questa prospettiva, nessun ammiccamento vuol essere fatto alla moda, come abbiamo visto, diffusa della ricerca di una informazione aggiornata; dunque, nessuna concessione ai facili successi di pubblico e (perché no?) ai facili guadagni. Insomma Giovanni Furguele e i suoi amici dimostrano di avere la stessa, culturalmente nobile, aspirazione che un tempo, come abbiamo visto, fu anche di Filippo Vassalli: quella da un lato di « riportare per quanto è possibile il giurista alla leggi », dall'altro di ricondurre « leggi al diritto ».

Di questa iniziativa il merito va riconosciuto anche all'editore (la Cedam di Padova) che, con coraggio, ha voluto essere al fianco di Furguele e dei suoi amici.

La stessa struttura del primo numero di « Diritto privato », che già delinea lo schema e l'organizzazione che in futuro avrà la rivista, confermano le intenzioni e i programmi espressi nel « Foglio di presentazione ». Intendiamo in particolare riferirci da un lato, alla parte dedicata al *tema monografico*, intorno a cui ogni numero sarà costruito e alle sezioni nelle quali la trattazione del tema sarà articolata; dall'altro alla presenza di una riflessione storica, affidata alla parte della rivista, intitolata « *Teoria e storia del diritto privato: temi e protagonisti* ».

A queste due parti, che, certamente, saranno destinate a costituire il *momento* fondamentale di ogni numero, si aggiungono, in un ruolo più circoscritto (quanto a numero di pagine), ma non per questo di minor interesse, le parti, in cui si affrontano argomenti tendenzialmente

diversi, da quello del tema monografico; si tratta di parti dedicate a *commenti e dibattiti* e ad una *bibliografia critica*.

Nel primo numero, il *tema monografico* è stato quello del *trasferimento della proprietà* e le tre *sezioni*, in cui ne è articolata la trattazione, prevedono, dopo una prima riflessione sulla *prassi, istituti, modelli teorici* (prima sezione), sia l'esame di aspetti attinenti allo *ius conditum e ius condendum* (seconda sezione), sia il commento a talune decisioni rese, in materia, dalla giurisprudenza (terza sezione); la sezione riguardante la storia del diritto privato e dei suoi protagonisti è stata dedicata, ad Emilio Betti, figura centrale nella cultura giuridica europea di questo secolo, nell'occasione della ristampa della sua *Teoria generale del negozio giuridico*.

Come si vede, sotto un profilo culturale, le tematiche e gli argomenti affrontati, nelle due parti fondamentali del primo numero della rivista, non potevano essere più felici per un esordio; essi offrono una convincente testimonianza della serietà e della *bontà*, appunto culturali, delle *intenzioni*, formulate nel « Foglio di presentazione » per illustrare la nuova iniziativa e i programmi che si è prefissa di realizzare.

E riflettendo proprio su alcuni passaggi del programma della rivista, illustrato nel « Foglio di presentazione », in particolare, laddove Giovanni Furguele sottolinea, da un lato, l'attenzione che la rivista « Diritto privato » si ripromette di dare alla dimensione storica dei fenomeni giuridici, dall'altro, il carattere *tendenzialmente* monografico che essa avrebbe avuto, mi sono tornate alla mente le parole usate per illustrare iniziative culturali molto diverse da quelle che lo studioso del diritto è destinato ad affrontare.

Nel presentare, qualche decennio fa, i programmi della rivista letteraria « Menabò » (che, come è noto, nella sua pur breve vita, fu rivista esemplare, per l'avventura intellettuale che seppe esprimere) Italo Calvino ed Elio Vittorini sottolinearono come la loro iniziativa avrebbe avuto il carattere « insieme di rivista e di collana letteraria »; con una propensione, dunque, a scelte di tipo anche *monografico*.

Nel 1909, un altro grande intellettuale, questa volta francese, Jean Schlumberger (dopo una prima falsa partenza della rivista, verificatasi nel 1908), nel (ri)presentare ai lettori i programmi della *Nouvelle Revue Française* (la, ancor oggi, giustamente famosa e prestigiosa *N.R.F.*, fiore all'occhiello della cultura letteraria d'oltre Alpe), scriveva come esistano problemi occasionali e problemi *essenziali*.

I primi sono destinati continuamente a rinnovarsi, perché seguono i volubili andamenti della moda, del gusto, del costume e più sono *effimeri più attraggono l'attenzione*. *I secondi, i problemi essenziali, non sono, invece, mai all'ordine, del giorno*; ed ogni artista li affronta sempre da solo, nell'inquietudine del suo isolamento, interrogandosi e interrogando gli antichi maestri, il che equivale (come ci ricorda Jean Schlum-

berger) a risalire ai principî, alle prime matrici di ogni creazione artistica e, quindi, alle radici storiche della propria vicenda intellettuale.

Avviluppata, come spesso avviene, a volte, nelle pieghe di uno sconnesso sociologismo, altre volte nelle spire di un arido tecnicismo o nell'ambigua spirale di un autopoietico formalismo, la *solitudine* dello studioso del diritto può, in apparenza, sembrare diversa da quella dell'artista.

Filippo Vassalli, nella sua prolusione romana del 1930 definì, come abbiamo visto, il diritto civile *opera dell'arte*, in cui, « la varietà s'è composta in schemi ordinati, la materialità dei rapporti s'è come spiritualizzata, e l'imperativo della legge appare quasi l'enunciazione di un'armonia » (così, F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, cit., *loco cit.*). Pochi anni dopo, nel 1935, un celebre drammaturgo francese di questo secolo, Jean Giraudoux, sembra quasi voler continuare e, per certi versi anzi sviluppare, il discorso di Filippo Vassalli; è di uno dei suoi personaggi (Hector) l'affermazione (che spesso amo ripetermi): « le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité » (J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène V, éd. Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1982, p. 522).

Inteso il diritto, e il diritto civile in particolare, in questa sua dimensione creativamente artistica, non deve stupire se i soliloqui del giurista (quando sia degno di questo nome) finiscano per essere abitati dagli stessi dubbi, dalle stesse inquietudini esistenziali, che affiorano alle sensibilità dell'artista.

Questa analoga sensibilità si traduce, a nostro giudizio, in una aspirazione comune, quando, il giurista e l'artista, dal soliloquio si aprano al dialogo; riteniamo, infatti, che, pur nella diversità delle sue possibili realizzazioni, sia propria anche del giurista l'aspirazione dell'artista a ricercare e trovare, con i propri interlocutori, una consonanza, fondata (sono sempre parole di Jean Schlumberger) sull'*unità non di gusti, ma di metodo, non di generi, ma di stile*.

Qualche anno fa, mi accadde di affidare alla pagina scritta una sensazione intorno a cui, da tempo, andavo ragionando, dopo la lettura, quasi contemporanea, di un celebre romanzo e di un celebre saggio di teoria generale del diritto: *Il Castello* di Franz Kafka e *La dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen.

La sensazione che affidai alla pagina scritta era che la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen (praghese come Franz Kafka e di soli due anni più anziano), altro forse non fosse che la metafora dell'impero asburgico, visto attraverso gli occhi di chi ne era nato ai confini; occhi, che erano quelli stessi, attraverso cui Franz Kafka osservava e raccontava una identica realtà.

E così, *der Graf*, che incombe, con la sua *irraggiungibile* presenza, su tutto il romanzo *das Schloss*, con la sua burocrazia, ordinata in

rigorosi schemi gerarchici, che da lui meccanicamente dipendo, finisce per impersonare, nei confronti di K. (il protagonista del romanzo) e degli abitanti del villaggio, in cui quest'ultimo era giunto, il ruolo del fato che governa le vicende umane, con estri imponderabili, ma anche con cadenze e procedure misteriosamente sacrali; un ruolo, quello del *Graf*, a ben vedere, non dissimile da quello che la *Grundnorm* kelseniana è chiamata a svolgere nel sistema giuridico della *Stufenbau*, che da essa deriva.

Mi sembrò, allora, che un filo (non tanto, in verità) sottile collegasse la trama ideata dal romanziere e la costruzione elaborata dal giurista e che analoghi fossero i fantasmi da cui entrambi erano stati visitati. Mi sembrò, insomma, che il letterato e il giurista avessero finito, prima, per sognare lo stesso sogno, poi, senza saperlo, per scrivere la stessa favola. Ed, in tutto questo, mi sembrò anche di rinvenire una conferma di quelle affinità, forse soltanto istintivamente « elettive » (e, dunque, sovente, appunto, inconsapevoli) tra arte e diritto, che suggeriva Filippo Vassalli.

Se così non fosse, la dimensione culturale del giurista potrebbe soltanto consentirgli di constatare (come, del resto, pur molto autorevolmente è stato fatto) che, ad esempio, una rivoluzione che abbia successo e riesca a rovesciare il regime precedente pone una nuova *Grundnorm*, mentre una rivoluzione che fallisca, configura un reato di alto tradimento (così, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. italiana di Renato Treves, Torino 1976, pp. 75-76). Infatti, « il contenuto della norma fondamentale riposa sopra quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento cui corrisponde, fino a un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso » (Id., *La dottrina pura cit.*, p. 76).

Tutto ciò sarà pur vero ma, intriso come è di formalistica neutralità, della rivoluzione offrirebbe, anche per il giurista, una visione parziale e lo indurrebbe ad entrare nella logica di quel *macabro scherzo*, con amarezza, ricordato da Filippo Vassalli, « per cui la pena di morte è stata riportata all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità » (così, F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale*, cit. p. 143).

« Ma non è con elucubrazioni siffatte che si custodisce il diritto » (così, F. VASSALLI, *Del Ius in corpus*, cit. *loco cit.*) e si mantiene viva, vogliamo ancora una volta ribadirlo, « la coscienza della sua funzione tra gli uomini » (così, F. VASSALLI, *Del Ius in corpus* cit. *loco cit.*).

Intorno a noi, fuori dai cerimoniali del sistema dell'ordinamento statuale e dalle algide geometrie dei concetti, c'è la vita degli uomini, rispetto agli interessi e alle azioni dei quali il diritto stesso altro non è che *proportio*: non l'unica e, c'è da chiedersi se, poi, la più importante.

È stato scritto che il diritto « non parla più della sua verità... e racconta sempre meno la sua storia... Rinunciando ad ogni altra giustificazione che non sia la « necessità » di svolgere compiti di regolazione

sociale che altri sistemi non possono o non devono realizzare, il diritto è obbligato ad immunizzare il suo monopolio... si immunizza normativamente e non discorsivamente... presta esclusivamente la sua efficacia (*auctoritas non veritas facit legem*)» (così, E. RESTA, *Le stelle e le masserizie — Paradigmi dell'osservatore*, Bari 1997, p. 168).

Abbiamo appena ricordato come Hans Kelsen interpreti e riduca il senso profondo di una guerra civile (e dunque della rivoluzione da cui sia scaturita) nel gioco formalistico di una *Grundnorm* che o riesce a sopravvivere o viene sostituita da una nuova *Grundnorm*. Ma egli nulla ci dice della « verità » e, perché no?, anche delle *passioni* che hanno animato la *Grundnorm*, vecchia o nuova che sia; nulla ci dice della loro *diversità*. Di esse si limita a constatarne la *sopravvivenza* o la eventuale *sopravvenienza*.

Della *hominis ad hominem proportio*, in cui Dante riconosceva la funzione del diritto, Hans Kelsen sembra voler conservare l'idea di *proportio*, ma intesa come « neutrale » *trait d'union* tra due « termini » (l'uomo e l'uomo), dei quali non si riesce più a intravedere non soltanto la *fisionomia*, ma anche la stessa *esistenza*. La *Grundnorm* rischia così di diventare soltanto *pura forma*, senza storia e, dunque, *sdadata*. Mentre e, invece, evidente che « il diritto, come ordinamento concreto, non può essere isolato dalla sua storia » (C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, ed. it. a cura di A. Carrino, Roma 1996, p. 67).

Ma restiamo al tema della guerra civile, che, a suo modo, appare particolarmente emblematico. Carl Schmitt intuì, al di là dei rituali del formalismo giuridico, che non il soldato, ma il partigiano ha « un nemico reale ma non un nemico assoluto » (C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, trad. it. di A. De Martinis, Milano 1981, p. 73).

Ma soltanto il poeta riesce a dire a giuristi e politologi, con la disarmata forza della sua sensibilità, come la guerra rivoluzionaria, la guerra civile sia « la bonne guerre, celle où l'on sait pourquoi l'on tue et qui l'on tue; le loup dévore l'agneau, mais il ne le hait pas; tandis que le loup hait le loup... il y a des peuples qui ont disparu dans une guerre nationale; il n'y a pas qui ait disparu dans une guerre civile » (Così, H. DE MONTHERLANT, *La guerre civile — Pièce en trois acts* —, Paris 1965, p. 13).

Schmitt, De Montherlant, Kelsen. Insomma, il sogno appassionante che quest'ultimo ci sembrò aver sognato con Franz Kafka si rivela, a ben vedere, il sogno, in verità un pò algido, di un giurista « puro » che sembra saper *conoscere* e *riconoscere* l'*atto lecito* e l'*atto illecito*, ma non la *virtù* e il *vizio* che spesso li accompagnano. *Virtù* e *vizio* i quali, soli, sanno compiutamente raccontare (al di là di ciò che è scritto nell'effimera esistenza delle norme, dei bandi e delle grida) la storia dolente ed insieme esaltante degli uomini, che è poi quella che maggiormente è destinata ad incidere e resistere nella formazione e

nella memoria « *culturali* » anche del giurista che, del diritto, non si accontenti di ricercare la *purezza* ma intenda scoprirne la *verità* (o le *verità*), come hanno ben compreso alcuni studiosi, ma sempre troppo pochi e forse troppo soli.

Sarei tentato di terminare le mie riflessioni, con questa che può sembrare una sorta di *provocazione* ed, insieme, di *rimpianto* per « *come dovremmo essere e non siamo* ». In verità, vorrei, ancora una volta, sottolineare come la diversità e l'eccentricità dell'encomiabile iniziativa di Giovanni Furguele aprano il cuore alla speranza, perché si muovono, a me sembra, in una direzione intellettualmente coraggiosa.

Mi rendo, tuttavia, conto che potrebbe apparire forse inelegante terminare queste mie riflessioni, in un modo siffatto; le chiuderò, allora, come del resto è di prammatica, con un duplice augurio.

Il primo augurio è che Giovanni Furguele e gli amici, partecipi con lui, di questa avventura rischiosa, ma anche divertente (anzi divertente, proprio perché rischiosa), rimanendo fedeli alle loro originarie intenzioni, ai loro originari programmi, sappiamo interpretare *librement la nature*, ricordandosi che il diritto deve ritornare ad essere *la plus puissante des écoles de l'imagination*. In questa prospettiva, la loro avventura, nell'attuale panorama della cultura civilistica italiana, potrà rivelarsi veramente meritoria e, nel futuro, anche insostituibile.

Con riguardo al secondo augurio, mi permetterò di ricordare come, nel momento in cui un vescovo prendeva possesso di una nuova diocesi, la formula augurale che il clero e i fedeli gli indirizzavano era, come è noto, « *ad multos annos* ». Ed allora *ad multos annos* anche ai direttori della nuova rivista « *Diritto privato* »; nella speranza che essi trovino la forza di tener duro, per durare a lungo; anche di fronte a quelle inevitabili difficoltà, alle incomprensioni e soprattutto all'invidia (che nell'Accademia fiorisce come, nei campi, il « *bel lapazio* » di manzoniana memoria), alle quali continuamente si espongono soltanto coloro che cercano, comunque, di costruire qualcosa per tener vivo il dibattito culturale e, dunque, per non tradire la propria vocazione intellettuale.

LUCA MANNORI

‘DROIT ADMINISTRATIF’ E ‘ADMINISTRATIVE LAW’.
RIVISITANDO UN’ANTICA DICOTOMIA

(a proposito di *Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England* (18./19. Jb.) — *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, VIII (1996), Hrsg. E.V. HEYEN, J.L. MESTRE)

1. Pubblicato come numero monografico per il 1996 dell’annuario diretto da Erk Volkmar Heyen, questo volume collettaneo ripropone in chiave storiografica uno dei temi più classici ed appassionanti di tutto il dibattito pubblicistico degli ultimi due secoli, qual è quello del confronto tra i due modelli d’amministrazione certamente più rappresentativi dell’esperienza occidentale.

Non sprecheremo parole a sottolineare il valore culturale e la tempestività dell’iniziativa. In uno scenario amministrativo oggi dominato dalla crisi delle identità tradizionali, nel quale i vari sistemi nazionali ora si avvicinano tra loro in convergenze fino a ieri insospettabili ora si separano invece seguendo linee di frattura altrettanto sbalorditive, fortissima è la domanda di chiarezza circa le autentiche radici di una contrapposizione ordinamentale tra ‘sistemi a diritto amministrativo’ e ‘sistemi a diritto comune’ che appare tutta da verificare *ex novo*, liberandosi finalmente dagli ingombranti stereotipi ereditati dalla cultura ottocentesca. Per quanto riguarda il pubblico italiano, in particolare, a provare il suo rinnovato interesse verso queste tematiche basta la fortuna del *Diritto amministrativo comparato* di Marco D’Alberti o l’attenzione con cui sono stati ricevuti gli studi di Sabino Cassese su Dicey⁽¹⁾.

Certamente rispondente ad un bisogno diffuso ed autentico, la proposta di Heyen rivela però al tempo stesso quanto, su temi del genere, la storiografia europea sia ancora legata alle proprie rilevanz

⁽¹⁾ M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992; S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XIX (1990), p. 5 ss., nonché 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), p. 107 ss.; ma vedi già, dello stesso, *Le basi del diritto amministrativo*, 1^a ed. Torino, 1989, pp. 39-44.

nazionali. Dei sedici saggi contenuti nel volume, infatti, solo tre o quattro si sono cimentati in un'opera di autentica comparazione storica; mentre la maggioranza degli autori ha preferito focalizzare la sua attenzione esclusivamente sull'uno o sull'altro dei due sistemi giuridici, talvolta svolgendo anzi il suo tema in una prospettiva del tutto 'interna' al proprio ordinamento. Tale è stata per esempio la scelta di Christian Duval, di Gérard Quiot e di Pascale Gonod, che si sono soffermati su alcuni, pur importanti snodi della storia della giustizia amministrativa del loro Paese senza però fornire il minimo appiglio per un qualunque raffronto con le istituzioni d'oltre Manica ⁽²⁾. E tale ancora è stata la linea seguita da Gilles Guglielmi, in un contributo che ricostruisce le vicende del progetto di codificazione del diritto amministrativo nel corso dell'Ottocento francese prescindendo da ogni riferimento (che pure avrebbe qui potuto essere sviluppato con un certa facilità) al mondo anglosassone ⁽³⁾. Lo stesso limite, del resto, si può cogliere in alcuni dei saggi firmati da autori di lingua inglese: i quali, tuttavia, superano meglio l'esame del lettore continentale cui si rivolge prevalentemente l'annuario per il loro ovvio 'valore aggiunto' di carattere informativo. Da ultimo, il pur brillante contributo conclusivo di Vincent Wright, che dal titolo sembrerebbe assumersi l'onere di tracciare un bilancio generale del rapporto tra i due ordinamenti (*The development of public administration in Britain and France: fundamental similarities masking basic differences*, p. 305 ss.), ha in realtà un taglio strettamente attualista, che ne fa un'appendice poco coerente rispetto a un volume il cui massimo termine *ad quem* è l'inizio del Novecento.

Il libro, dunque, dev'essere preso ed utilizzato per quel che è: una raccolta di materiali relativamente eterogenei, utili a stimolare una riflessione su un tema che resta non solo tutto da sviscerare ma anche da definire nella sua stessa dimensione problematica. Ciò precisato, il valore dell'opera resta elevato. A farne un testo prezioso basterebbero infatti gli ampi squarci sulla storiografia amministrativa inglese che esso ci offre, i quali permettono anche al non specialista di costruirsi un profilo aggiornato dell'evoluzione britannica, per confrontarlo poi con il più familiare modello francese. Accogliendo tali sollecitazioni, lasciamoci tentare anche noi da questo gioco e proviamo ad immaginare come potrebbe essere reimpostata oggi una ipotetica comparazione tra le due esperienze. Il tutto, beninteso, non dalla prospettiva di un

⁽²⁾ CH. DUVAL, *Les justifications de la raison d'être et du maintien de la juridiction administrative en France au 19^e siècle*, p. 55 ss.; G. QUIOT, *La distinction entre Etat-administrateur et Etat propriétaire: clef du partage de compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du 19^e siècle*, p. 65 ss.; P. GONOD, *La place du « Traité de la juridiction administrative » d'Edouard Laferrière dans l'évolution du droit administratif français*, p. 87 ss.

⁽³⁾ G.J. GUGLIELMI, *L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au 19^e siècle*, p. 109 ss.

adetto ai lavori, ma da quella del generico cultore di storia amministrativa che provi a farsi un'idea su una delle 'grandi dicotomie' della sua disciplina.

2. La prima indicazione che ricaviamo dal volume consiste nel tener distinti diversi piani di analisi. Tutti i saggi in esso compresi hanno ovviamente ad oggetto l'amministrazione, ma ne affrontano l'esame sotto profili differenti. Schematizzando, alcuni di essi la considerano in chiave sociologica, studiandone gli elementi costitutivi, la consistenza e la struttura interna. Altri invece si soffermano sulla sua attività, cioè sul tipo di finalità che si assegna e sulle tecniche che impiega a questo scopo. Altri ancora focalizzano il tipo di rappresentazioni che essa ha offerto di sé nel corso del tempo. In sé non particolarmente originale, questa pluralità di approcci è comunque essenziale per impiantare correttamente una lettura incrociata delle due vicende, liberando il campo da una serie di falsi problemi e di vischiosità su cui a lungo si è arenata l'analisi.

La prospettiva sociologica è quella lungo la quale la ricerca degli ultimi anni sembra aver raccolto i suoi frutti più interessanti. Fino a qualche tempo fa, il rapporto Francia-Inghilterra si riassumeva sotto questo profilo in termini assai semplici. Di contro a una Francia che già nel corso del Seicento, sotto la spinta dell'assolutismo, assiste alla precoce formazione di un apparato amministrativo protomoderno (in cui cioè l'ufficio non è più oggetto di appropriazione patrimoniale né è il beneficio collettivo di un ceto), in Inghilterra non vi sarebbe stato niente di simile ad una vera amministrazione statale fin verso la metà del XIX secolo. La sconfitta degli Stuart e il trionfo del Parlamento avrebbero qui indotto a guardare con estremo sospetto ad ogni forma di potere burocratico; favorendo invece il sopravvivere di una struttura di stampo medievale, in periferia fondata su funzionari onorari di estrazione locale (cioè soprattutto sui celebri *Justices of the Peace*, trascelti nell'ambito della 'landed gentry'; ma anche su una folla di altre cariche esecutive minori, la cui copertura era a carico degli abitanti delle parrocchie) ed al centro su un ridotto apparato alimentato per via clientelare. Solo l'aumento della domanda di regolazione sociale indotto dalla industrializzazione, incrociandosi con la perdita di terreno delle tradizionali *élites* politiche a partire dal 1832, avrebbe favorito lo sviluppo di un funzionario di Stato, professionale e permanente, che in seguito si sarebbe evoluto nel *civil service* attuale. Secondo questa immagine tradizionale, dunque, (ancora avallata, anche se con diversità di accenti, da note sintesi relativamente recenti, come quelle di Parris o di Chester⁽⁴⁾) la grande differenza tra Francia e Inghilterra sarebbe costituita dal fatto che mentre la prima avrebbe fondato fin quasi

(4) H. PARRIS, *Una burocrazia costituzionale. L'esperienza amministrativa dello*

dall'inizio la sua identità statale sulla dimensione amministrativa, la seconda avrebbe rinviato l'appuntamento con la burocratizzazione di circa due secoli. Di qui, tutte le altre diversità tipologiche intercorrenti tra i due sistemi — a partire dalla tardiva apparizione di un 'diritto amministrativo inglese', facilmente imputabile alla ritardata comparsa dell'amministrazione come entità sociologica —.

A questo quadro le indagini degli ultimi vent'anni hanno apportato una serie di rilevanti rettifiche, nell'ambito del nostro volume segnalate soprattutto da una lucida rassegna di Philip Harling⁽⁵⁾. Intanto, è ormai incontrovertito che la Gran Bretagna settecentesca conobbe uno sviluppo protoburocratico per molti versi simile a quello francese (tesi che ha trovato la sua dimostrazione più compiuta nella nota opera di John Brewer⁽⁶⁾). L'Inghilterra costituzionale che esce vincitrice dalla Rivoluzione del 1688 non solo ha ereditato dagli Stuart le loro ambizioni imperialiste, ma è animata da una tale animosità nei confronti della Francia assolutista da impegnarsi contro di essa in uno sforzo militare senza precedenti, destinato a concludersi solo col trionfo di Waterloo. Tale sforzo richiese non solo di portare la pressione fiscale a livelli addirittura superiori a quelli della rivale francese, ma anche di erigere tutto un nuovo apparato esattivo centralizzato, efficiente, altamente professionalizzato e sicuramente comparabile con quello borbonico sia per dimensioni che per caratteri sociologici. Se è vero che l'avvio della burocratizzazione è legato alle esigenze 'fiscal-militari' degli Stati d'antico regime, Francia e Inghilterra non si presentano affatto come due esperienze di segno contrario, ma piuttosto come due casi di sviluppo amministrativo ascrivibili ad una stessa dinamica. In questa fase, la differenza principale sembra consistere nel fatto che mentre in Francia il nuovo apparato commissarial-intendentizio agli ordini del Controllo generale entrò immediatamente in collisione con quello preesistente, di ascendenza rinascimentale; in Inghilterra invece vecchi e nuovi amministratori riuscirono a convivere senza fratture drammatiche (il che forse va ascritto non solo alla diffusione infinitamente minore, sul suolo britannico, della vendita degli uffici, ma anche alla maggior capacità di mediazione propria dei sistemi politici rappresen-

Stato britannico e la sua evoluzione dal Settecento ad oggi, trad it. Milano, 1969 (1a ed. ingl. 1969); N. CHESTER, *The English administrative system, 1780-1870*, Oxford, 1981.

⁽⁵⁾ PH. HARLING, *The politics of administrative change in Britain 1780-1850*, p. 191 ss.

⁽⁶⁾ J. BREWER, *The sinews of power. War, Money and the English State, 1688-1783*, New York, 1989. Il libro raccoglie peraltro i frutti di una consistente stagione di studi, sviluppatasi soprattutto sul terreno dell'indagine finanziaria: cfr. P.G.M. DICKSON, *The financial revolution in England. A study of the development of public credit, 1688-1756*, London, 1967; P. MATHIAS, P. O'BRIEN, *Taxation in Britain and France, 1715-1810*, in «Journal of European economic history», V (1976), p. 601 ss.; P. O'BRIEN, *The political economy of British taxation, 1660-1815*, in «Economic history review», XL (1988), p. 1 ss.

tativi rispetto a quelli assolutisti). Una più decisa divaricazione tra i due contesti si registra invece a partire dai primi decenni dell'Ottocento. In Francia, infatti, la Rivoluzione decretò una volta per tutte la fine del modello amministrativo premoderno, spianando la strada a quello burocratico, che da allora in poi andò espandendosi senza alcuna battuta d'arresto. In Inghilterra, al contrario, non solo il dualismo tra vecchia e nuova amministrazione si prolungò fino a tutto l'Ottocento, ma la fine delle guerre napoleoniche determinò una contrazione (quantomeno in termini di crescita relativa) del funzionariato burocratico. La sicura conquista del primato europeo ed i vantaggi della *pax britannica* provocarono un parziale smantellamento dello Stato fiscale eretto nel secolo precedente (7). Smantellamento non compensato dalla espansione, quantitativamente modestissima, delle nuove branche amministrative addette a compiti di regolazione sociale (basti pensare che ancora nel 1876 l'Home Office non contava più di trentasei dipendenti stabili e che nel decennio seguente l'80% del bilancio statale continuava ad essere assorbito dalla spesa militare). In effetti la proposta a suo tempo avanzata da MacDonagh, che indicava nel terzo-quarto decennio dell'Ottocento (cioè nella fase cruciale dello sviluppo industriale inglese) il momento di svolta di una storia amministrativa fatalmente condizionata dalla evoluzione sociale (8), sembra oggi in via di superamento. Anzi, secondo Geoffrey Fry, autore di un contributo dedicato alle periodizzazioni della crescita amministrativa ottocentesca (9), ogni legame meccanico tra modernizzazione economica ed ampliamento dei 'fini' pubblici sarebbe senz'altro da respingere. Anche ammesso, comunque, che l'Ottocento vittoriano possa considerarsi un'età di sviluppo amministrativo, esso non lo fu certamente in termini di espansione burocratica. E a ben guardare non lo fu nemmeno sul piano di una compiuta spersonalizzazione del rapporto d'impiego, come puntualizza un altro saggio del nostro volume relativo al tema (10). Se è vero infatti che la pubblicazione del rapporto parlamentare Northcote-Trevelyan del 1854 aprì la strada ad una regolamentazione legale delle carriere amministrative, basata sull'assunzione tramite concorso aperto e sugli avanzamenti per merito, quel disegno fu realmente attuato solo

(7) PH. HARLING, P. MANDLER, *From 'Fiscal-Military' to 'Laissez-faire' State, 1760-1850*, in « Journal of British studies », XXXII (1993), p. 48 ss.

(8) O. MAC DONAGH, *Early Victorian government 1830-1870*, London, 1977; ma già assai incisivamente ID., *The nineteenth century revolution in government: a reappraisal*, in « The historical journal », I (1958), p. 52 ss. Tra gli altri studi di sintesi del medesimo genere, D. ROBERTS, *Victorians origins of the British welfare State*, New Haven, 1960.

(9) G. FRY, *The development of British public administration. A reassessment of the Dicey's interpretation*, p. 233 ss.

(10) J.R. GREENWAY, *Politicians, civil servants and the liberal State in Britain 1850-1914*, p. 213 ss.

con gli inizi del Novecento; mentre nell'immediato esso non servì affatto a creare una burocrazia di tipo 'weberiano', tecnocratica, specializzata e politicamente neutrale (che solo i benthamiti desideravano seriamente) quanto piuttosto a stringere le maglie della aristocrazia tradizionale, costituendo una sede istituzionale nell'ambito della quale le nuove generazioni avrebbero potuto prepararsi al loro naturale *cursus honorum* parlamentare ⁽¹¹⁾.

Da questo quadro si possono ricavare due conseguenze fondamentali. La prima è che — contrariamente a ciò che si insegnava fino a una ventina d'anni fa — un solido abbozzo di amministrazione 'moderna' (secondo qualcuno addirittura più 'moderna' di quella francese ad essa coeva) è esistita in Gran Bretagna già dal principio del Settecento. A partire da questa data le due esperienze rivelano ora un minimo comun denominatore che per l'avanti era stato quantomeno sottovalutato. Al tempo stesso, però, nel caso britannico questo apparato centrale non diventa un pezzo necessario e caratterizzante del sistema politico almeno fino all'indomani della prima guerra mondiale. Diversamente dal caso francese, nell'Inghilterra ottocentesca l'amministrazione burocratica (cioè professionale e specializzata) resta un optional per tutto il corso del secolo. La sua crescita è del tutto episodica, dettata non dalla necessità del suo esserci ma da circostanze empiriche del tutto esterne rispetto all'organizzazione statale. La seconda industrializzazione e l'urbanesimo, con tutti i fenomeni sociali connessi, impongono sì la creazione di una serie di nuovi organi di governo formati da esperti stipendiati dallo Stato: ma lo sviluppo di questo tipo di apparato avviene sotto il saldo controllo della classe dirigente tradizionale, che vi ricorre entro gli stretti limiti del bisogno. Di qui, il carattere discontinuo e 'disordinato' dello sviluppo burocratico vittoriano, tipico di un sistema che non trova nell'amministrazione il proprio pilastro portante. L'Inghilterra ottocentesca continua a costituire così — nota Harling — una smentita del paradigma weberiano che interpreta lo sviluppo istituzionale nei termini di una marcia unilineare verso la burocratizzazione. L'amministrazione c'è, ma non è certo un elemento fondante della costituzione (essa comincerà a diventarlo solo a partire dalla fine del secolo, quando il passaggio ad uno Stato pluriclasse ed il consolidarsi di un sistema parlamentare basato sulla regolare alternanza di forze politiche ideologicamente diverse imporranno finalmente di creare un apparato esecutivo politicamente asettico). Elemento fondante della costituzione ottocentesca e del suo 'mixed government' resta invece quella paleo-amministrazione, nobiliare e preburocratica, senza la quale l'Inghilterra vittoriana sarebbe altrettanto impensabile che

⁽¹¹⁾ Sul punto cfr. anche, tra le cose proposte di recente al pubblico italiano, D. CANNADINE, *Declino e caduta dell'aristocrazia britannica* (1990), tr. it. Milano, 1991, p. 252 ss., che a proposito del *civil service* del secondo Ottocento parla ancora di un 'patriziato di professionisti'.

priva della Corona o della Camera dei Lords. E qui riemerge ovviamente tutta la distanza rispetto ad una vicenda francese in cui non solo la vecchia amministrazione è uscita di scena con l'89, ma dove la nuova è divenuta una delle architravi dello Stato. La differenza tra i due percorsi, in conclusione, non si gioca più sulla presenza/assenza dell'amministrazione ma sulla sua unicità/duplicità da una parte e sul suo diverso rilievo costituzionale dall'altra.

3. Questi rilievi ci mettono in guardia contro i rischi di un esame dell'attività amministrativa più o meno coscientemente fondato sul postulato della sua unicità. È chiaro infatti che in entrambe le vicende esaminate esistono quantomeno due 'amministrazioni' completamente diverse, quella antica e quella moderna, dagli statuti operativi per forza di cose differenti. Sul piano funzionale, quella 'antica' si configura, sull'una e sull'altra sponda della Manica, come un'amministrazione di giudici, finalizzata non a soddisfare bisogni ma a procurare il rispetto di norme. L'attività di governo si risolve senza residui nella prescrizione legislativa di certi comportamenti a carico dei sudditi e nella loro attuazione coattiva in via giurisdizionale quando essi non vengano osservati spontaneamente. La storia giuridica di questa amministrazione coincide così completamente con quella dei sistemi giudiziari — come prova il contributo di Norman Doe e James Young su *Law and administration in England from the middle ages to the 17th century* (p. 1 ss), che null'altro è se non uno spaccato dell'evoluzione dell'ordinamento giudiziario inglese nel corso del periodo indicato —. A questo livello, sia in Inghilterra che in Francia la cura degli interessi collettivi non è distinguibile dalla risoluzione delle controversie tra i sudditi e dalla punizione dei crimini. Il grande apparato di uffici regi costruito dalla monarchia francese tra Cinque e Settecento e il fitto reticolo di magistrati onorari che costituisce la spina dorsale del *selfgovernment* britannico, per quanto morfologicamente antitetici sotto un'infinità di rispetti, trovano una chiara matrice comune in una stessa identità magistratuale. Disomogenee finché si vuole sotto il profilo socio-istituzionale, una 'Court of Quarter Sessions' inglese ed una qualunque 'jurisdiction de police' del Regno di Francia sono comunque identiche sul piano del loro rapporto con il diritto, giacché l'una e l'altra condividono la stessa missione di assicurarne il rispetto per mezzo di meccanismi processuali. Sul piano funzionale, la paleo-amministrazione null'altro è che giustizia.

Evidentemente diversa la natura della 'nuova' amministrazione — che è poi l'amministrazione in senso proprio, come complesso di uffici statali formalmente distinti dal terzo potere —. Essa non trova la propria ragion d'essere nel 'dire-il-diritto' ma nel perseguire certi scopi empirici: siano essi costituiti dalla raccolta fiscale, dalla prevenzione dei rischi sociali o dalla erogazione di determinati servizi. In Inghilterra

come in Francia l'amministrazione 'per giudici' rivela gradualmente la sua insufficienza di fronte ai nuovi compiti che lo Stato, per scelta o per necessità, si viene assegnando. La lunghezza delle sue procedure, i suoi costi, la sua scarsa duttilità e la carenza di *expertise* che la caratterizza ne fanno uno strumento inadatto a provvedere ai bisogni tanto di una macchina statale sempre più esigente quanto di una società in tumultuosa evoluzione. Di qui, la creazione di apparati destinati ad agire secondo statuti diversi rispetto a quelli processuali e dichiaratamente estranei all'organizzazione magistratuale.

Appena oltre questo comun denominatore, tuttavia, l'esperienza inglese rivela tutta una serie di innegabili peculiarità rispetto a quella continentale.

La prima, già ricordata, è che la nuova tecnica di governo non cancella la vecchia ma si limita ad affiancarla, lasciandole anzi un sostanziale primato per tutto il corso del secolo. La 'revolution in government' di MacDonagh, nella misura in cui vide effettivamente lo Stato ottocentesco trasformarsi da mero difensore della proprietà in responsabile regolatore della vita sociale, fu attuata ben più attraverso strumenti normativo-giudiziari che burocratici. Come rileva per tutti Greenway, « in most areas of social reform the parliamentary focus was to provide a legislative framework for action with the application and enforcement being left to magistrates, local authorities and law courts » (12).

Più correttiva che sostitutiva delle prassi tradizionali, d'altra parte, la nuova amministrazione cominciò a manifestare una sua organicità solo verso la fine dell'Ottocento. Soltanto da questo momento, infatti, prese forma anche in Inghilterra un apparato amministrativo di tipo ministeriale, distribuito in 'departments' ed unitariamente sottoposto al *cabinet*. Per la maggior parte del secolo, com'è noto, la formula organizzativa prevalente fu invece quella di un'amministrazione per uffici indipendenti (c.d. 'Board system') i cui membri erano per lo più di nomina parlamentare e che quindi non risultavano inseriti nella struttura vera e propria dell'esecutivo. Mentre la stessa proliferazione di questi organismi non seguì alcuna linea precisa, ma si adattò semplicemente ai contorni della domanda sociale, conformemente ad una filosofia che non attribuiva all'amministrazione alcuna funzione 'costitutiva' dell'ordine politico (in questo senso un esempio eloquente è offerto dal servizio anagrafico studiato da Edward Higgs, istituito non certo per sancire l'appartenenza degli individui alla collettività nazionale ma solo per modesti scopi di controllo e di prevenzione sanitaria (13)). Di qui il caratteristico aspetto 'patchwork' dell'organizzazione

(12) Op. cit., p. 225.

(13) E. HIGGS, *Citizen rights and nationhood: the genesis and function of civil registration in 19th century England and Wales as compared to France*, p. 285 ss.

amministrativa britannica e la sua scarsa visibilità istituzionale rispetto al massiccio apparato esecutivo francese ⁽¹⁴⁾.

Ma il punto di divaricazione veramente critico resta quello del tipo di potestà caratterizzanti le due amministrazioni e del loro rispettivo rapporto con i governati. Secondo una tradizione risalente a Dicey, il carattere proprio dell'amministrazione ottocentesca britannica rispetto alla sua consorella francese sarebbe soprattutto la sua piena soggezione al 'diritto comune'. L'espressione, carica di ambiguità e di pesanti implicazioni ideologiche, ha generato una moltitudine di equivoci che hanno a lungo impedito un confronto costruttivo tra le due esperienze. Allo stato attuale, è ormai fuori questione che l'immagine di una amministrazione che interloquisce col privato su un piano di assoluta parità, impiegando unicamente strumenti di tipo consensuale, appartiene alla pura mitologia. È ovvio che l'uso dell'autorità si presenta sempre come una pertinenza naturale di qualsiasi apparato amministrativo statale; e l'amministrazione inglese non costituì certamente un'eccezione alla regola. A partire dai suoi ufficiali fiscali settecenteschi, che ci appaiono armati né più né meno degli stessi privilegi riconosciuti ai loro colleghi continentali, fino alla selva di commissioni e ispettorati (tutti ben muniti di poteri ingiuntivi, proibitivi, autorizzatori, inquirenti e aggiudicativi) che caratterizzano il 'welfare State' vittoriano, quell'amministrazione presenta un'indubbia connotazione autoritativa. Resta il fatto che essa si distingue da quella francese sotto un profilo importante, in quanto il suo statuto non le concede un potere di 'enforcement' delle proprie decisioni. L'eventuale resistenza del privato ad un suo atto può essere superata solo convenendolo di fronte ad un giudice ed ottenendo contro di lui una sentenza di condanna o un provvedimento che comunque ne surroghi gli effetti. Tra i poteri dell'amministratore inglese non vi è quello di costituirsi autonomamente i propri titoli esecutivi — ed in questo la formula di Dicey continua ad esprimere qualcosa di vero, nel senso che egli, al pari di un privato, deve per forza farsi convalidare le proprie pretese dall'autorità giudiziaria se vuole vederle attuate in via coattiva —. Con questo, l'amministrazione britannica perde innegabilmente il tratto di specialità più spiccato — quantomeno sul piano simbolico — che il *droit administratif* garantisce invece a quella transalpina dopo l'89: e cioè il diritto d'imporre da sola la propria volontà al cittadino tramite una 'décision exécutoire'.

Certo. Com'è stato rilevato molte volte, la soggezione formale dell'amministrazione al giudice ordinario non vale sicuramente come indice della correlativa assenza di un diritto amministrativo a suo modo 'autoritario', secondo la sbrigativa equazione stabilita invece da Di-

⁽¹⁴⁾ Questo aspetto è richiamato dal già citato contributo di McEldowney (pp. 26-27).

cey⁽¹⁵⁾. Niente impedisce infatti che un'amministrazione pur soggetta al giudizio di un'autorità 'altra' da sé sia trattata da quest'ultima in modo tale da assicurarle, alla fine, una posizione di supremazia nei confronti dei governati non lontana da quella ottenibile mediante l'esonazione da ogni sindacato esterno. Ed è proprio questo che si verifica in qualche misura nel corso del Sette-Ottocento britannico. In quella esperienza il rapporto giustizia-amministrazione non appare affatto segnato da quei drammatici conflitti che tanto contribuirono invece a determinare il tracollo della vecchia monarchia francese, determinando quindi, agli inizi del XIX secolo, la rigorosa immunizzazione dell'attività amministrativa da ogni interferenza giudiziaria. Com'è noto, anzi, (e come il nostro volume abbondantemente conferma) il sindacato del giudice inglese sull'operato amministrativo si segnala lungo tutto il periodo considerato per un marcato *self-restraint*, ispirato al convincimento specifico « that whole areas of discretion ought to be retained with administrators »⁽¹⁶⁾. Del resto, non si può dimenticare che il Parlamento stesso, tramite provvedimenti speciali, sottrasse spesso particolari categorie di atti amministrativi alla cognizione giudiziaria per assicurare una maggior libertà d'azione agli agenti immediatamente destinati ad attuare le sue politiche⁽¹⁷⁾. Più ancora: il rilievo dell'"autotutela" amministrativa, che è certamente enorme dal punto di vista giuridico, può esserlo assai meno sul piano dell'agire concreto delle pubbliche amministrazioni. Nel caso di quella inglese, in particolare, si sa bene quanto essa si sia affidata con successo, fin dall'inizio, a tecniche basate sulla distribuzione d'incentivi, sull'ammoinimento e su vari mezzi di pressione indiretta, riducendo al minimo la necessità di un ricorso diretto alla coazione⁽¹⁸⁾.

Il fatto dunque che il sistema britannico non abbia accolto un principio generale di separazione 'rigida' tra amministrazione e giustizia,

⁽¹⁵⁾ In questo senso cfr. già J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, vol. I, *Recherches sur la puissance publique dans les principaux systèmes de droit administratif*, Paris, 1957; M. LEFEBURE, *Le pouvoir d'action unilaterale de l'Administration en droit anglais et français*, Paris, 1961; più di recente, S. FLOGAÏTIS, *Administrative law et droit administratif*, Paris, 1987.

⁽¹⁶⁾ J.F. MCELDFOWNEY, *Administration and law in England in the 18th and 19th centuries*, p. 21.

⁽¹⁷⁾ E ciò già a partire dal Settecento (il contenzioso sulle imposte di consumo, per esempio, costituenti l'entrata principale del bilancio statale, era riservato a Londra agli 'excise commissioners' — cioè agli amministratori attivi di questo tipo di tasse —, mentre in periferia era rimesso ai giudici di pace che però lo giudicavano in via breve, senza l'intervento della giuria: BREWER, *The sineus*, cit., p. 113). Mentre nel secolo successivo moltissimi furono gli *statutes* istitutivi di particolari uffici addetti alla regolazione sociale che limitavano variamente l'impugnabilità dei loro atti (H.W. ARTHURS, *Without the law. Administrative justice and legal pluralism in nineteenth century England*, Toronto and Buffalo, 1985, p. 146 ss.).

⁽¹⁸⁾ PARRIS, *Una burocrazia*, cit., p. 269 ss.; ARTHURS, *Without the law*, cit., p. 138 ss.

quale quello recepito in Francia a partire dalla Rivoluzione, non può essere sicuramente enfatizzato fino a costruirvi sopra l'idealtipo di una 'amministratozione senza diritto amministrativo' — intendendo con ciò una amministratozione priva di diritti potestativi e di poteri di supremazia —.

Detto questo, è altrettanto innegabile che un'attività amministrativa destinata a non più svolgersi sotto l'ombrello onnicomprensivo della giurisdizione si differenzia in modo sostanziale da un'altra attività amministrativa che almeno in principio continua ad accettare quel ruolo subordinato. Nel passaggio dall'uno all'altro modello ciò che cambia non sono tanto certe condizioni empiriche dell'agire amministrativo quanto la stessa definizione costituzionale dell'amministratozione. Sottraendosi al controllo dell'autorità giudiziaria, l'amministratozione trasferisce necessariamente in capo a se stessa una quota del potere di quella (esentata com'è dal rivolgersi ai magistrati per assicurare l'esecuzione dei propri deliberati, essa dovrà trovare nel proprio seno la forza necessaria per piegare la volontà del suddito recalcitrante). E ciò ne fa per la prima volta un vero 'Potere dello Stato', contitolare a tutti gli effetti della sovranità politica. Mentre quindi nell'Inghilterra vittoriana l'amministratozione continua a rivestirsi di potere solo in quanto esso le venga delegato dal Parlamento (la teoria dell'ultra vires', fondamento di tutto il diritto amministrativo inglese, si basa appunto su questo carattere necessariamente derivato dell'autorità), quella franco-napoleonica è potere per definizione, in virtù del dettato costituzionale stesso.

Siamo così ricondotti daccapo al rapporto costituzione-amministratozione. Fino alla fine del Settecento su entrambe le rive del Canale il pensiero costituzionale registra in realtà la presenza non di tre, ma solo di due poteri pubblici in senso proprio (cioè giuridico) — il legislativo e il giudiziario —. Tutto il costituzionalismo moderno si basa infatti sul postulato che i diritti dell'individuo possano essere incisi solo dal combinato legge-sentenza. « Se lasciamo operare il nostro giudizio libero dai molteplici condizionamenti della consuetudine — nota Tom Paine riassumendo il sentimento comune della sua epoca — possiamo intendere non più di due forme di potere... quello di promulgare e rendere esecutive le leggi e quello di eseguirle, o di amministrarle... L'amministratozione delle leggi, che noi chiamiamo potere giudiziario, è quindi il vero e proprio potere esecutivo, in ogni paese »⁽¹⁹⁾. La Francia rivoluzionaria e napoleonica rompe clamorosamente con questa tradizione (che a sua volta si radica in tutto il sostrato della cultura

⁽¹⁹⁾ T. PAINE, *The rights of the Man* (1792), citato da J.M. JACOB, *I giudici inglesi*, in AA.VV., *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di R. ROMANELLI, Bologna, 1997, p. 69. Più in generale, su questo aspetto del pensiero politico settecentesco cfr. da ultimo L. MANNORI, *Attività amministrativa e separazione dei poteri nel costituzionalismo moderno. Una riflessione retrospettiva*, in « Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari », Quaderno n. 7, in corso di stampa.

giuridica medievale e protomoderna) e, sancendo l'indipendenza dell'amministrazione dalla giustizia, formalizza per la prima volta l'esistenza di tre veri poteri pubblici. Accanto al comando della legge e della sentenza ne compare un altro, necessariamente dotato di un fondamento originario rispetto agli altri. Il nostro volume non si sofferma sulle ragioni di questa biforcazione, limitandosi — attraverso contributi già citati, come quelli di Duval e di Quiot — a dar atto delle sue giustificazioni e formalizzazioni giuridiche successive. Ben più interessante sarebbe stato ridiscutere il grande ed ancora apertissimo tema delle sue origini, ripensando il dibattito sulla dialettica interna alla monarchia francese nel corso del Settecento. I saggi raccolti da Heyen non lo hanno fatto né tantomeno lo faremo noi nell'ambito di queste poche righe. Limitiamoci a constatare che, qualunque siano stati i percorsi genetici del nuovo potere, esso riceve nella Francia postrivoluzionaria un solenne e definitivo riconoscimento costituzionale. D'ora in poi, perciò, nell'ambito dell'esperienza francese ogni atto d'amministrazione apparirà per sua natura impregnato di imperatività; mentre la legge amministrativa finirà per funzionare più da argine esterno rispetto ad un potere già dato che non da fonte d'attribuzione del medesimo. Non solo: ma il 'farsi' stesso dell'atto ubbidisce fin dall'inizio a principi totalmente diversi da quelli che presiedono alla confezione del provvedimento giurisdizionale. Proprio perché titolare di uno spazio di potere del tutto autonomo, l'amministrazione se lo modella al suo interno secondo stilemi che non hanno più niente a che vedere con quelli della giustizia e che privilegiano su ogni altra l'esigenza di realizzare speditamente un pubblico interesse di cui essa è l'unica interprete. Ben diversa, anche sotto questo profilo, la realtà dei Paesi anglosassoni, dove l'unico modello costituzionalmente codificato di esercizio concreto del potere resta quello giurisdizionale. Naturale, quindi, che l'esercizio delle funzioni amministrative tenda a seguire l'archetipo giudiziario: facendo sempre salvo, per esempio, il 'right to be heard' ⁽²⁰⁾ o ricorrendo con larghezza ad 'enquiries' omologhe a quelle usate dal Parlamento per l'emanazione dei 'private acts' ⁽²¹⁾ (mentre sul continente l'inserimento di elementi processuali nell'agire amministrativo è all'inizio fenomeno rarissimo: una di queste eccezioni è quella dell'attività espropriativa studiata da Luigi Lacché, dove esplicito è il riferimento alla prassi britannica ⁽²²⁾). Com'è noto, del resto, le stesse Corti superiori inglesi si orientarono fin dalla metà dell'Ottocento per qualificare molte funzioni dei nuovi organi amministrativi come 'quasi judicial'.

⁽²⁰⁾ Basti il rinvio a S.A. DE SMITH, *Judicial review of administrative action*, 4th ed. by J.M.EVANS, London, 1980, in part. cap. II.

⁽²¹⁾ R.E. WRAITH, G.R. LAMB, *Public enquiries as an instrument of government*, London, 1971.

⁽²²⁾ L. LACCHÉ, *Regard outre-Manche: le jury d'expropriation et les logiques du droit administratif français au début du 19e siècle*, p. 135 ss.

Ciò avvenne, certo, per poter applicare ad esse quel sistema di *remedies* giudiziari da sempre impiegato per il controllo esercitato sulle pronunce dei 'Justices of the Peace', che erano autorità incontrovertibilmente giudiziarie (23). Ma una tale omologazione non avrebbe potuto sicuramente essere accettata se lo statuto operativo di quelle amministrazioni avesse goduto di una sua identità costituzionale precisa e riconosciuta.

In conclusione. Anche nella vicenda del Sette-Ottocento inglese è manifesto il passaggio da una gestione puramente giudiziaria del potere ad una gestione di tipo almeno parzialmente esecutivo. Ma ciò si svolse senza rompere la continuità con l'assetto istituzionale precedente. L'amministrazione si sviluppò « without the law », per usare la fortunata espressione di Arthurs, cioè al di fuori del quadro dei poteri legali tradizionali e senza compromettere l'antico principio della onnivalenza del giudiziario. Un principio, quest'ultimo, che era patrimonio comune di tutta la civiltà giuridica premoderna europea — basti pensare all'accanimento con cui fu difeso dall'alta magistratura francese nel corso del suo conflitto con l'assolutismo —. Assai suggestivo risulta perciò il confronto instaurato da Jean Louis Mestre tra la giurisprudenza 'amministrativa' dei Parlamenti francesi prima del 1789 ed il corrispondente sindacato esercitato dalle giurisdizioni britanniche nel corso dell'Ottocento (24). Un confronto capace di suggerire quanto più simile sarebbe stata la 'geometria' dei due ordinamenti nel caso in cui il XVIII secolo non si fosse concluso, sul continente, con il trionfo della più drastica delle soluzioni separatiste. La ricerca di Mestre lascia chiaramente intendere che certamente anche in Francia si sarebbe perfezionato in quel caso un diritto amministrativo di matrice giudiziaria, capace di riconoscere all'amministrazione quella posizione di specialità che i suoi stessi compiti richiedevano (egli ne indica i chiari fondamenti, del resto, nelle pronunce settecentesche delle Corti parlamentari) pur senza giocare tutta la sua identità sul profilo del potere e della supremazia. Al tempo stesso, è lecito immaginare che, come in Inghilterra, quel diritto sarebbe rimasto ancora a lungo innominato, conservando una tale fluidità di contorni da non riuscire a distinguersi, sul piano disciplinare, rispetto a tutto il resto del sistema normativo.

4. L'andamento del discorso fin qui svolto rivela a questo punto tutta l'importanza dell'ultimo filone tematico suggerito dal testo, quello relativo alle rappresentazioni culturali dello spazio amministrativo e del suo diritto. Com'è ovvio, infatti, solo alcune delle divergenze sopra enumerate tra i due sistemi sono riconducibili al piano dei 'fatti'.

(23) In breve e per tutti, H.W. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative law*, 7th ed., Oxford, 1994, p. 614 ss.

(24) J.L. MESTRE, *Juridictions judiciaires et annulation des actes administratifs dans la France d'Ancien Régime et en Angleterre*, p. 55 ss.

L'osservazione della 'realtà' ci dice che l'amministrazione inglese dell'Ottocento è quantitativamente più esigua ed organizzativamente meno compatta di quella continentale, e che presenta un profilo sociologico più incerto. Ma ci dice anche che un'amministrazione 'moderna' (cioè composta da professionisti, distinta dal sistema giudiziario ed orientata al conseguimento di fini pubblici) è certamente esistita; come pure ci dice che il suo statuto è inevitabilmente punteggiato da momenti di specialità. Non solo: ma un'osservazione del genere può arrivare a farci scoprire insospettabili convergenze tra amministrazioni continentali e insulari nel modo in cui esse selezionano i loro scopi e li perseguono (pensiamo al raffronto instaurato da Horst Dippel tra la polizia parigina e quella londinese, da cui si ricava come entrambe le organizzazioni, al di là di dichiarazioni d'intenti assai diverse, privilegiassero egualmente la sicurezza politica dello Stato ed il controllo delle classi subalterne⁽²⁵⁾).

In realtà, a collocare le due esperienze su piani non interferenti pare aver contribuito soprattutto un atteggiamento mentale: che in prima approssimazione potremmo indicare come l'indisponibilità della cultura britannica ad accogliere a pieno titolo l'amministrazione entro il proprio quadro costituzionale.

Le componenti di tale atteggiamento sono molteplici. Tra queste, una delle più sottolineate nei nostri saggi è certo costituita dalla visione 'giudiziario-centrica' del giurista inglese. Continuando a concepire il sistema giuridico in termini di *remedies* piuttosto che di norme, e quindi a muoversi in una prospettiva squisitamente casuistica e del tutto interna al mondo delle Corti, quel giurista era il meno adatto ad accorgersi di ciò che l'organizzazione statale stava maturando fuori dal perimetro dei tribunali ed in alternativa rispetto ad essi. A ciò si può aggiungere il carattere alluvionale della crescita amministrativa, che avviene in risposta ad esigenze empiriche del tutto esterne rispetto alla logica delle istituzioni; il ruolo preminente giocato ancora dalla vecchia organizzazione periferica guidata dai *Justices*; la diffidenza nei confronti della burocrazia propria della classe dirigente tradizionale, che tende quindi ad esorcizzare il fenomeno rimuovendolo il più possibile dal proprio campo di percezione. E sullo sfondo, naturalmente, un assetto costituzionale che attinge la sua legittimazione dalla continuità col passato: il che attribuisce all'immagine dello Stato di giustizia — che di quel passato è quantomeno *magna pars* — una fortissima rendita di posizione, ipostatizzandone i tratti al di là di ogni incrinatura o trasformazione effettiva. Gli osservatori continentali, per parte loro, non fecero che corroborare la sensazione di questa assoluta estraneità

⁽²⁵⁾ H. DIPPEL, *Sicherheit des Staates oder Sicherheit des Bürgers? Die Entstehung der modernen Polizei in Paris und London in der Hersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, p. 255 ss.

dell'esperienza inglese rispetto alla dimensione burocratico-amministrativa. Da Tocqueville a Laboulaye (cui la nostra raccolta dedica un bel saggio a firma di Vida Azimi⁽²⁶⁾), da Vivien fino a grandi esponenti della scienza amministrativa tedesca come Mohl, Stein o Gneist, sui quali sofferma la sua attenzione lo stesso Heyen in un altro contributo del volume⁽²⁷⁾, l'immagine del sistema di governo inglese fu costruita tutta per differenza specifica rispetto a quello francese: fino a ricavarne lo stereotipo di un governo senza amministrazione, in cui l'attuazione della legge si esauriva senza residui nell'azione combinata di organismi corporativi e di istanze giudiziarie, centrali e locali. Non stupisce allora che quando finalmente, ad opera di Dicey, la dottrina inglese si decise a tematizzare in modo esplicito il rapporto amministrazione-costituzione, essa ne abbia ricavato il profilo di un'amministrazione statale appiattita tutta sul piano dei soggetti 'di diritto comune': quello essendo appunto l'unico spazio in cui il nuovo organismo poteva essere collocato compatibilmente con l'intangibilità della costituzione tradizionale. Il risultato fu quello di una presentazione non solo deformata ma anche deformante, giacché — come ha rilevato Sabino Cassese — essa tagliò a lungo le gambe al possibile sviluppo di un diritto amministrativo inglese, dichiarando che quella categoria non poteva godere della cittadinanza britannica. L'ostracismo decretato contro la parola si tradusse in una messa al bando della cosa stessa: la quale abortì sul nascere proprio perché privata dell'indispensabile supporto di una scienza giuridica disposta a darle forma. La tesi di Dicey trovò così la convalida più sicura nel suo stesso, grande successo, che indusse svariate generazioni di giuristi a derubricare completamente il diritto amministrativo dall'albero dei saperi giuridici, associandolo ad una forma di Stato (accentrata ed autoritaria, figlia della tradizione assolutista e giacobina) del tutto opposta a quella anglosassone.

L'esperienza inglese, dunque, nel ribadire da un lato l'interrelazione tra amministrazione e costituzione, dall'altro conferma pure (se ve ne fosse bisogno) come la costituzione stessa non sia fatta solo di norme e di istituzioni ma anche di rappresentazioni culturali. Ma se questo è vero per l'Inghilterra, non lo è certamente di meno per la Francia. Come s'è detto, il diritto amministrativo s'impose qui, fin dall'inizio dell'Ottocento, con un'indiscussa centralità proprio perché l'amministrazione si vide riconoscere non solo lo status di un potere statale ma anche quello di un potere statale perfettamente equiparato al giudiziario. Ora, proprio questa equiparazione, a ben guardare, risulta priva di qualunque preciso fondamento normativo nella legislazione dell'epoca. La critica recente ha mostrato assai bene come i testi rivoluzionari a cui ci

(26) V. AZIMI, *Edouard Laboulaye et l'administration anglaise*, p. 153 ss.

(27) E.V. HEYEN, *Französisches und englisches Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts: Mohl, Stein, Gneist, Mayer, Hatschek*, p. 163 ss.

si è poi richiamati (dall'età napoleonica in avanti) per affermare l'assoluta indipendenza dell'amministrazione dalla giustizia non avessero affatto, in origine, quel significato⁽²⁸⁾. Essi lo acquistarono cammin facendo, attraverso un percorso tutto sommato ancora relativamente oscuro, che portò i giuristi a convincersi, nel breve torno di anni a cavallo dei due secoli, che alla base dell'ordinamento esistesse un principio di separazione radicale tra i due poteri, ancor più univoco e rigido di altri articoli di fede costituzionale. Di qui, la nota perplessità tocquevilliana nei confronti di una dottrina che « insegna come assiomi di diritto... delle massime assolute... che non hanno mai ricevuto sanzione formale dal legislatore »⁽²⁹⁾. Tali perplessità dovranno però cedere di fronte all'evidenza con cui la nuova amministrazione (resa compatta dalla stessa indipendenza di cui si trovò a godere) s'imporrà come oggetto 'reale' nell'ambito della coscienza comune.

In definitiva, allora, l'indicazione più importante del volume di Heyen sembra proprio quella di sviluppare una storia giuridica comparata attenta a distinguere i fatti dai loro 'doppi' immaginari, ma al tempo stesso ben consapevole di come gli uni e gli altri si costruiscano a vicenda, in un gioco di interazioni reciproche da cui emergono poco a poco i profili degli ordinamenti.

⁽²⁸⁾ Cfr. da ultimo il lucido intervento di J.L. MESTRE, *Séparation des pouvoirs et contrôle de l'administration au début de la Révolution française (1789-10 août 1792)*, in AA.VV., *Constitution et Révolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, sous la direction de R. MARTUCCI, Macerata, 1995, p. 457 ss., con ampi rinvii alla letteratura.

⁽²⁹⁾ A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata « Corso di diritto amministrativo »*, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, vol. I, Torino, 1969, p. 239.

FIAMMETTA PALLADINI

TRADURRE PUFENDORF

(a proposito di due nuove traduzioni: una tedesca, l'altra italiana)

La riscoperta di Samuel Pufendorf da parte degli storici della filosofia — che ha segnato gli ultimi due decenni e che è culminata con le celebrazioni per il trecentesimo anniversario della sua morte (1994), che hanno fruttato ben tre volumi di saggi dedicati al suo pensiero (1) — ha anche dato l'impulso a una nuova fioritura di traduzioni. Ora è sperabile che queste ultime aiutino Pufendorf a ritornare a essere letto dagli studenti di filosofia, se non come quel *best-seller* che fu per almeno un secolo, almeno come uno degli autori che un filosofo dell'etica e della politica non può non conoscere.

Delle traduzioni inglesi abbiamo già parlato in altra occasione (2), qui ci dedicheremo, invece, alla nuova traduzione tedesca del famoso manuale per studenti, il *De officio hominis et civis* (1673), in cui Pufendorf compendì il suo sistema di diritto naturale (3), e al volume della collana di Laterza « I pensatori politici » dedicato a Pufendorf, in cui viene presentata, in traduzione italiana, un'antologia di pagine pufendorfiane (4).

Cominciamo dalla traduzione tedesca di Luig. Essa costituisce il primo volume di una collana, della Insel Verlag, che si fregia di nomi famosi nel campo degli studi di diritto e di filosofia politica, come quelli di Hans Maier e Michael Stolleis (5). Come Luig spiega nel *Nachwort*

(1) F. PALLADINI/G. HARTUNG (eds.), *S. Pufendorf und die europäische Frühaufklärung* Berlin, 1996. V. FIORILLO (ed.) *S. Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, Napoli, 1996. B. GEYER/H. GOERLICH (eds.), *S. Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, Baden-Baden 1996.

(2) F. PALLADINI, *Translating S. Pufendorf. On two new English editions*, « History of political Thought », 16, 1995, pp. 121-32.

(3) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, hg. u. übersetzt von K. Luig (*Bibliothek des deutschen Staatsdenkens*, hg. von H. Maier u. M. Stolleis, Band I), Frankfurt/Main-Leipzig 1994.

(4) A.L. SCHINO, *Il pensiero politico di Pufendorf* (I pensatori politici, 11), Bari 1995.

(5) In questa stessa collana, come volume 4, è anche uscita una ristampa della traduzione tedesca, ad opera di H. Denzer, del famoso scritto che Pufendorf pubblicò

che segue la sua traduzione, il suo intento è stato quello di presentare al pubblico il famoso manuale di diritto naturale di Pufendorf « in einer gut lesbaren Form » (p. 217), al fine di favorire, in tal modo, in tempi di avvicinamento dei vari diritti europei, il ricordo delle tradizioni giuridiche comuni. È in relazione a questo lodevole intento, quindi, che il lavoro di Luig va giudicato, senza stare a sottillizzare troppo sulla mancanza di questa o quella caratteristica che generalmente si richiede a una pubblicazione scientifica. Penso, tanto per fare due esempi, alla mancanza di ogni giustificazione per la scelta del testo su cui si è basata la traduzione (l'edizione Cambridge 1682, invece della prima, Lund 1673: cfr. p. 219), o a certi errori un po' buffi, come quello di aver sciolto l'abbreviazione pufendorffiana dell'opera di Francisco Lopez de Gomara *Hist. gen. Ind. Occident.* in una inesistente *Historia gentium Indianarum occidentalium* (p. 19) quando invece si tratta, come è ovvio, della famosa *Historia general de las Indias* (in latino: *Historia generalis Indiae occidentalis*), Antwerpen 1552. Ci sono dei casi, tuttavia, in cui certi requisiti scientifici servono proprio a quella leggibilità che è, come abbiamo visto, lo scopo principale del traduttore tedesco. Mi riferisco alla consuetudine di identificare come tali (introducendo, ad esempio, le virgolette) le citazioni da altri autori, classici, soprattutto. Il traduttore giustifica la sua rinuncia a questa buona abitudine scientifica con l'argomento che l'identificazione degli autori citati avrebbe raramente contribuito alla comprensione del testo, e con quello che, in tal modo, si sarebbe sconfinati in un commentario (p. 222). Senonchè, si può obiettare, il lettore tedesco che si trova di fronte alla frase: « Gegen diese Pflicht [di coltivarsi] verstoßen daher diejenigen, die keinen ordentlichen Beruf lernen, ihr Leben in Schweigen verbringen und ihre Seele nur als Salz verwenden, damit ihr Leib nicht verfault, die nur Zahl sind und geboren wurden, um sich von den Früchten zu ernähren » (I, 8, 2, p. 82) ne può solo ricavare l'impressione che Pufendorf doveva essere una testa ben balzana, per esprimersi in modo così singolare. Non avendo, infatti, sottomano il testo latino, non potrà capire che la frase « qui... animam pro sale habent, ne putescant, numerus tantum et fruges consumere nati » è una citazione, come invece sospetta subito il lettore dell'originale, anche se, magari, non saprà dire che si tratta di Cicerone e di Orazio ⁽⁶⁾.

con lo pseudonimo di Severinus de Monzambano, il *De statu Imperii Germanici* (1667): S. PUFENDORF, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, hg. u. übersetzt von H. Denzer, Frankfurt/Main-Leipzig 1994. La traduzione di Denzer era apparsa nel 1976 presso la Reclam di Stuttgart. L'unica novità dell'edizione della Insel rispetto a quella della Reclam (che peraltro non viene nominata nella nuova edizione!) è che la prima contiene anche l'originale latino (quello dell'edizione Weimar 1910 a cura di F. Salomon; ma, anche qui, l'edizione non contiene una parola sul testo latino che si presenta) ed è aggiornata nella bibliografia.

⁽⁶⁾ Cic., *De natura deorum*, 2.160, e *De finibus*, 5.38; Hor., *Epistolae*, I, 2, 27.

Ma veniamo alla traduzione, dunque, che abbiamo controllato a campione, fermandoci in particolare, in modo da poter istituire un confronto, sui paragrafi che vennero già tradotti nel 1948 da Erik Wolf, uno dei benemeriti della storiografia pufendorfiana, per la serie « Deutsches Rechtsdenken » (7). Si tratta della *praefatio ad lectorem* e dei capitoli 3, 6, 7, 8 del I libro. Ora, già la *praefatio* mostra come, mentre Wolf tradusse spesso a senso, prendendosi sovente la libertà di riassumere e di parafrasare il testo, Luigi resta, a ragione, il più possibile aderente all'originale. Con quale successo, tuttavia, sarà chiaro da quanto diremo tra poco. Prendiamo ad esempio il passo in cui Pufendorf, argomentando la sua celeberrima tesi secondo cui il diritto naturale e la teologia morale sono due scienze separate, osserva: « Simili modo si in Theologia morali aliqua tradantur, ex revelatione divina profluentia, ad quae ratio nostra jam non pertingit, quaeque adeo et jus naturale ignorat: imperitum valde foret, ideo illam cum hac committere, aut repugnantiam aliquam istarum disciplinarum somniare. Vice versa, si quae in disciplina juris naturalis praesupponantur ex eo, quod per rationem investigari potest, illa propterea iis, quae Sacrae Literae super eadem re liquidius tradunt, nequaquam opponuntur, sed tantum abstrahendo concipiuntur » (8). La traduzione italiana di questo passo suona: « Parimenti, se nella teologia morale si insegnano alcune dottrine, che derivano dalla rivelazione divina, alle quali la nostra ragione non arriva, e che perciò anche il diritto naturale ignora, sarebbe completamente sbagliato contrapporre per questa ragione quella a questa o immaginare una contraddizione tra queste discipline. Viceversa, se nella disciplina del diritto naturale si presuppongono alcune teorie a partire da ciò che si può investigare con la ragione, esse, di conseguenza, non vengono in alcun modo contrapposte a quelle che le Sacre Scritture insegnano più chiaramente sulla stessa materia, ma vengono solo concepite astruendo [da esse] » (9). Wolf traduceva a senso, abbreviando e semplificando, ma rimanendo sostanzialmente fedele all'intenzione di Pufendorf. Tradotta in italiano la sua traduzione tedesca suona, infatti, così: « Sarebbe anche sbagliato confondere la teologia morale col diritto naturale o sostenere una contraddizione delle due scienze, giacché le dottrine della prima si fondano sulla Rivelazione, che la nostra Ragione non può afferrare, per cui anche il diritto naturale le lascia da parte. E viceversa: quando le proposizioni fondamentali del diritto naturale sono determinate da ciò che già la semplice ragione può

(7) S. PUFENDORF, *Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts. Ausgewählte Stücke aus « De officio Homini et Civis » 1673*, Frankfurt/M. 1948 ('Deutsches Rechtsdenken' hg. von Erik Wolf, Heft 4).

(8) S. PUFENDORF, *De officio*, hg. von G. Hartung (S. Pufendorf *Gesammelte Werke*, hg. von W. Schmidt-Biggemann, B. 2), Berlin 1997, pp. 5(33-37)-6(1-2). (Qui e di seguito citiamo la pagina e la riga della nuova edizione).

(9) Questa e le seguenti traduzioni italiane sono di chi scrive.

comprendere, in ciò non si annida alcuna contraddizione con ciò che le Sacre Scritture, grazie a una più alta illuminazione, dicono su questa materia, giacchè quelle proposizioni sono pensate astraendo da questa [più alta illuminazione] » (10). Luig, invece, traduce: « Ebenso wäre auch ein Zeichen von mangelnder Einsicht, Moralthologie und Naturrecht aneinander zu messen, oder in Widerspruch miteinander geraten zu lassen für den Fall, daß in der Moralthologie auf der göttlichen Offenbarung beruhende Dinge gelehrt werden, die das Naturrecht deswegen nicht kennt, weil unsere Vernunft für sie nicht ausreicht. Umgekehrt, wenn in der Disziplin des Naturrechts irgendeine Annahme aus dem Bereich, der durch die Vernunft aufgeklärt werden kann, gemacht wird, so kann das dem, was die Heilige Schrift über dieselbe Angelegenheit in deutlicherer Weise überliefert, auf gar keinen Fall als Widerspruch entgegengehalten werden. Vielmehr darf dann der Naturrechtssatz nur als abstrakte Feststellung aufgefaßt werden » (11). Ritraduciamo questa traduzione in italiano; essa suona così: « Altrettanto sarebbe un segno di mancanza di comprensione commisurare l'una all'altro teologia morale e diritto naturale o farli cadere in contraddizione tra loro nel caso che nella teologia morale, che si fonda sulla rivelazione divina, vengano insegnate cose che il diritto naturale non conosce perchè la nostra ragione non riesce a raggiungerle. Viceversa, se nella disciplina del diritto naturale viene fatta una qualche assunzione a partire dal campo che può essere spiegato dalla ragione, questa non può essere in nessun caso considerata come contraddittoria a ciò che la Sacra Scrittura tramanda in modo più chiaro sopra la stessa faccenda. Piuttosto, la proposizione di diritto naturale deve essere concepita solo come una affermazione astratta ». Come si vede, nel caso che stiamo esaminando, la traduzione di Luig non solo è molto più pesante e contorta di quella di Wolf, ma, proprio perchè è più letterale, mette in evidenza un errore che passava quasi inavvertito nella traduzione riassuntiva di Wolf: vale a dire che Pufendorf non parla di commisurare l'una all'altro teologia morale e diritto naturale, bensì di *illam* [la rivelazione divina] *cum hac* [la ragione] *committere* [mettere in contrasto]. Se si fosse riferito alla teologia morale e al diritto naturale, infatti, sarebbe stato *cum hoc*! Ma dopo tutto questo errore, che, come

(10) S. PUFENDORF, *Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts* (nota 7), p. 6: « Es wäre auch verkehrt, die Moralthologie mit dem Naturrecht zu vermengen oder einen Widerspruch der beiden Wissenschaften zu behaupten; denn die Lehren der ersteren gründen in der Offenbarung, die unsere Vernunft nicht erfassen kann, weshalb auch das Naturrecht sie beiseite läßt. Und umgekehrt: wenn die Grundsätze des Naturrechts durch das bestimmt sind, was schon die bloße Vernunft ergründen kann, so liegt darin kein Widerspruch zu dem, was die Heilige Schrift kraft höherer Erleuchtung darüber sagt, denn jene sind ja unter Absehung von dieser gedacht ».

(11) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, pp. 13-14.

abbiamo detto, pur meno evidente, ricorre anche in Wolf, non cambia il senso del ragionamento di Pufendorf. Più grave, invece, è il fatto che Luig non capisca una frase, che invece Wolf aveva capito benissimo, che ha tutta una storia dietro di sé (o meglio, davanti a sé) nella controversia che opporrà Pufendorf al teologo di Leipzig Valentin Alberti; quella in cui dice « sed tanto abstrahendo concipiuntur ». Questa frase non vuol dire, come Luig crede, che le proposizioni di diritto naturale sarebbero delle affermazioni astratte, bensì, come aveva capito Wolf, che esse vengono pensate « astraendo, cioè prescindendo, dalla rivelazione ».

La medesima mancanza di consapevolezza per la storia di certe espressioni-chiave del testo pufendorfiano Luig la mostra subito dopo, traducendo un'altra delle frasi incriminate dai critici di Pufendorf: la frase secondo cui nel diritto naturale « formatur conditio primi hominis, utcunque in mundum projecti »⁽¹²⁾. I critici di Pufendorf avevano subodorato, in questo uomo « gettato in qualche modo nel mondo », l'uomo lucreziano o quello hobbesiano, nato come un fungo dalla terra. Nella traduzione di Wolf il problema non si pone, perché, come al solito, questo autore parafrasa e riassume il testo. Cosa ci dà, invece, Luig? Un innocuo « als er in die Welt gesetzt wurde »⁽¹³⁾, in cui si perde sia lo *utcunque* che il *projectus* che erano proprio le caratteristiche prese di mira dai critici del nostro autore.

Vediamo un altro caso in cui la vecchia traduzione di Wolf ha colto il senso del testo pufendorfiano meglio della nuova. Pufendorf, per dimostrare il suo assunto che i precetti del decalogo presuppongono un uomo dalla natura corrotta e non, quindi, l'uomo integro dello stato paradisiaco, fa l'esempio del primo comandamento e dice: « Sic, v.g. primum praeceptum utique praesupponere videtur hominem ad idolatriam et πολυθεότητα credendam proclivem. Si enim ponas hominem, integra adhuc natura praeditum, in quo liquida Dei erat cognitio, et qui subinde velut familiari ejus revelatione fruebatur: non video, quomodo tali in mentem venire potuerit, aliquid sibi fingere, quod loco veri Dei, aut cum eo colere vellet, aut credere in eo Numen inesse, quod ipse finxerat »⁽¹⁴⁾. La traduzione italiana di questo passo suona: « Così, ad esempio, il primo precetto presuppone certamente un uomo proclive all'idolatria e al politeismo. Se infatti poni l'uomo, ancora dotato di una natura integra, che aveva una chiara cognizione di Dio e che fruiva della sua per così dire quotidiana rivelazione: non vedo in che modo gli sarebbe potuto venire in mente di crearsi qualcosa da adorare al posto del vero Dio o insieme ad esso, oppure credere che in ciò che lui stesso aveva forgiato potesse essere contenuta una divinità ». Wolf traduceva: « Das erste Gebot ist doch ersichtlich an einen Menschen gerichtet, der

⁽¹²⁾ S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 6(3).

⁽¹³⁾ S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 14.

⁽¹⁴⁾ S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 7(13-18).

zu Unglauben oder Vielgötterei neigt. Es wäre nicht zu begreifen, wie ein Mensch mit noch unverdorbener Natur, der von Gott wußte, dem Gott selbst sich von Zeit zu Zeit offenbarte, etwas hätte ausdenken können, das er an Stelle des wahren Gottes anbetete, oder auch, daß er in einem selbstgeschaffenen Bildnis die Gottheit für anwesend hielt » (15). Come si vede il traduttore capisce bene che è qui questione, da un lato, di un ripetuto rivelarsi di Dio all'uomo (di un farsi vedere di persona, insomma!), dall'altro di una immagine materiale forgiata dall'uomo, in cui non si vede come lo stesso artefice possa immaginare che si nasconda un dio. Vediamo ora come traduce Luig: « So geht beispielsweise das erste Gebot offenbar von einem Menschen aus, der zum Götzendienst und zur Vielgötterei neigt. Wenn Du Dir nämlich einen Menschen mit noch unverdorbener Natur vorstellst, der die klare Erkenntnis Gottes hat und der nach und nach wie jemand, der in der Familie aufwächst, in der Genuß der Offenbarung kam, dann sehe ich nicht, wie es einem solchen Menschen in den Sinn kommen kann, sich irgend etwas auszudenken, das er statt des wahren Gottes oder neben dem wahren Gott anbeten wollte, oder wie er glauben könnte, daß das selbst ausgedachte Wesen göttliche Gewalt besäße » (16). Qui può vedersi che Luig, traducendo « un uomo... che a poco a poco, come qualcuno che cresce in famiglia, giunse a fruire della rivelazione » non ha capito che si parla di un familiare (nel senso di quotidiano, usuale) mostrarsi di Dio all'uomo, nè, più sotto, che si parla di una immagine materiale creata dall'uomo e non, come lui traduce, di un'« essenza immaginaria » (o immaginata).

La traduzione della *praefatio* comunque, non è da annoverare tra le migliori prestazioni di Luig come traduttore. Sia che ciò sia da attribuire a una certa estraneità del traduttore ai temi squisitamente filosofici e metodologici che vi vengono trattati, sia, più banalmente, che il traduttore dovesse ancora « riscaldarsi » e familiarizzarsi con lo stile di ragionamento di Pufendorf. Se essa, quindi, sembra segnare piuttosto un regresso che un progresso rispetto a quella di Wolf, ci sono invece altri passi, nei capitoli citati del primo libro, in cui la traduzione di Luig segna un decisivo miglioramento. In particolare penso a I, 3, 10 in cui è tradotto, con una chiarezza e un'efficacia che vanamente si cercherebbero in Wolf, il passo in cui Pufendorf spiega perchè i precetti di diritto naturale possono essere considerati delle leggi solo se si presuppone l'esistenza e la provvidenza di Dio; o a I, 6, 4, in cui il dovere di indennizzare chi si è danneggiato viene presentato con grande eleganza da Luig.

In conclusione, se si considerano i singoli passi, la domanda se la nuova traduzione segni o no un progresso rispetto all'antica non si

(15) S. PUFENDORF, *Die Gemeinschaftspflichten des Naturrechts* (nota 7), p. 9.

(16) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 17.

rivela molto fruttuosa, dato che bisogna rispondere con un banale « in certi casi sì, in altri no ». Non bisogna dimenticare, inoltre, che, poichè Wolf si limitò a tradurre poche pagine, mentre Luig ci offre la traduzione integrale di tutta l'opera, la prestazione di quest'ultimo è infinitamente più impegnativa di, e in questo senso imparagonabile con, quella del primo. Più fruttuosa quella domanda si rivela, tuttavia, se ci chiediamo se le scelte metodologiche di fondo della traduzione di Luig siano diverse e migliori di quelle di Wolf. Mi riferisco, in particolare, alla scelta, densa di conseguenze nefaste, di tradurre con una perifrasi un concetto chiave della filosofia di Pufendorf come quello di *socialitas* e dei suoi derivati (o imparentati) *sociabilis*, *sociabilitas*. Nel suo *Nachwort* Luig spiega come la sua decisione di fondo di non accettare neologismi o parole straniere abbia avuto come conseguenza che, ove non esista una corrispondente parola tedesca dal medesimo significato, si è ricorsi a una perifrasi, come è appunto il caso di *socialitas*, che è stata tradotta « *Leben in der Gemeinschaft* » (p. 220), cioè « vita nella comunità ». Luig non ci dice, tuttavia, che la scelta di tradurre *socialitas* e derivati con una perifrasi fu anche la scelta di Wolf, mentre non fu quella del primo traduttore tedesco del *De officio*, il contemporaneo di Pufendorf, allievo di Thomasius, Immanuel Weber, che se talvolta usa anch'egli una perifrasi, più sovente si serve, usandoli come sinonimi, dei termini *Geselligkeit* e *Socialität* ⁽¹⁷⁾. Purtroppo Luig non ha avuto il coraggio di rivedere la decisione del traduttore contemporaneo e di ritornare a una tradizione che, inaugurata da Weber, ha creato una terminologia filosofica tedesca che, trattandosi di un testo di filosofia, non si può semplicemente ignorare. Non c'è bisogno di grande cultura filosofica, infatti, per sapere che dalla parte della traduzione di *socialitas* come *Geselligkeit* sta niente meno che (tra le altre) l'autorità di Kant; mentre per l'alternativa possibile, cioè il neologismo (un neologismo, però, che conta tre secoli!) *Sozialität*, sta non solo una tradizione che ha forgiato il neologismo *Sozialismus* (che spero Luig non voglia sostituire con una perifrasi!), ma una prassi seguita dallo stesso Luig, quando dimentica la sua artificiosa decisione di principio ⁽¹⁸⁾.

Abbiamo detto che la decisione di Luig è densa di conseguenze nefaste. In primo luogo perchè, traducendo *socialitas* con una perifrasi, invece di una traduzione ci offre una interpretazione personale del testo, in secondo luogo perchè questa interpretazione è sbagliata, in terzo luogo perchè, data la varietà di significati che si nasconde sotto il

⁽¹⁷⁾ La sua traduzione, apparsa nel 1691 col titolo di *Einleitung zur Sitten- und Stats=Lehre*, è stata accolta, di seguito al testo latino del *De officio*, nel secondo volume di Pufendorf, *Gesammelte Werke*, di cui sopra nella nota 8. Per l'uso di *Socialität*, vedi, ad es., pp. 105(38), 126(8), 127(28); per quello di *Geselligkeit*, pp. 126(1), 127(40), 143(38).

⁽¹⁸⁾ S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 230, dove, a proposito di Grotius, Luig parla di *Sozialität*.

termine *socialitas*, o, se si preferisce, data la sua ambiguità, Luig non può tener fermo al suo programma di tradurre questo termine tecnico sempre con la stessa perifrasi « *Leben in Gemeinschaft* », ma è costretto, se vuol dare un senso ai vari contesti, a coniare sempre nuove perifrasi e a fornire traduzioni sempre diverse, mentre nel testo latino ricorre sempre la stessa parola. D'altra parte, questa di tradurre una stessa parola o una stessa espressione con termini tedeschi diversi è una delle debolezze di Luig come traduttore. Se un buon traduttore, infatti, deve cercare il più possibile di usare sempre la stessa parola o espressione, ove nell'originale venga usata sempre una stessa parola o espressione, Luig non si dà molto pensiero di questa buona regola. Perché, ad esempio, tradurre correttamente il *juxta legem naturalem* che ricorre nel titolo dell'opera con « *nach dem Gesetz der Natur* » e tradurre, invece, il titolo del capitolo III, che suona in latino *De lege naturali*, come « *Über das Naturrecht* »? (p. 45). « *Naturrecht* » è la traduzione di *jus naturale* e non c'è ragione di usarlo quando Pufendorf usa, invece, l'espressione *lex naturalis*. Nel caso, tuttavia, delle perifrasi volta a volta diverse che Luig ci offre per l'unico termine di *socialitas*, la loro varietà non è dovuta, come nel caso appena citato, alla mancanza di conseguenza del traduttore, ma, come abbiamo detto, a una necessità, derivante, per fatale conseguenza, dalla decisione di tradurre con una perifrasi, per di più cattiva, quel termine pufendorfiano. Ma seguiamo un momento le metamorfosi della *socialitas* nella nuova traduzione tedesca, limitandoci ad alcuni esempi tratti dalla tormentata *praefatio*. La frase di Pufendorf « *In jure naturali aliquid faciendum asseritur, quia per rectam rationem idem ad socialitatem inter homines necessarium colligitur* »⁽¹⁹⁾ viene tradotta da Luig: « *Im Naturrecht wird behauptet, daß etwas zu tun sei, weil der rechte Gebrauch der Vernunft zu der Einsicht führt, daß es für den Fortbestand der menschlichen Gesellschaft notwendig ist* »⁽²⁰⁾. Quella in cui si dice: « *Etsi cum et illae ipsae virtutes Christianae animos hominum ad socialitatem quam maxime disponant...* »⁽²¹⁾ viene tradotta: « *Da allerdings auch jene christlichen Tugenden selbst die Menschen ganz nachdrücklich zu einem Leben in der Gemeinschaft anhalten...* »⁽²²⁾. La frase « *Nam et socialitas, quam nos pro fundamento juri naturali substravimus, commode in dilectionem proximi resolvi potest* »⁽²³⁾ viene tradotta: « *Denn auch das Gebot in rechter Gemeinschaft mit anderen Menschen zu leben, das wir dem Naturrecht als Fundament zugrunde legen, ist in dem*

⁽¹⁹⁾ S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 5(28-29).

⁽²⁰⁾ S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 13.

⁽²¹⁾ S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 6(44-45).

⁽²²⁾ S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 16.

⁽²³⁾ S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 8(4-5).

Gebot der Liebe zum Nächsten vollständig enthalten » (24). La frase « Quae frustranea est inter eos, qui in leges socialitatis non peccant » (25) viene tradotta « Aber das ist überflüssig unter Menschen, die gar nicht gegen die Gesetze des Lebens in der Gemeinschaft (Socialitas) verstoßen » (26). Già questi quattro esempi bastano a dimostrare come solo in alcuni casi Luig possa mantenere il suo programma di tradurre *socialitas* come « Leben in der Gemeinschaft ». Negli esempi considerati, questo avviene infatti solo nel secondo e nel quarto caso. Negli altri due passi Luig è costretto a cambiare completamente traduzione: nel primo, *socialitas* diventa « Fortbestand der menschlichen Gesellschaft »; nel terzo, *socialitas* diventa addirittura « das Gebot in rechter Gemeinschaft mit anderen Menschen zu leben ».

Sarebbe troppo lungo seguire, anche solo nei passi campione che abbiamo scelto, le molte metamorfosi della unica (anche se, lo sappiamo bene, non univoca!) *socialitas* pufendorfiana. Ci basti solo notare ancora come venga impoverita la legge di natura fondamentale: « Cuilibet homini quantum in se colendam et servandam esse socialitatem » (I, 3, 9) (27), che viene tradotto « Jeder muß die Gemeinschaft nach Kräften schützen und fördern » (28). Dove la legge della *socialitas*, diventa *sic et simpliciter* la legge della difesa di una comunità qualsivoglia, dando così postumamente ragione a schiere di critici di Pufendorf e facendo orecchie da mercante alle proteste di questi contro tale impoverimento della sua legge di natura fondamentale. Oppure notare lo scivolone di I, 3, 12, dove il testo latino « Inde et cum à puero ex vitae civilis disciplina eorundem sensu imbuamur » (29) viene tradotto « Sodann sind wir von Kind an durch die Erziehung zum Leben in der Gemeinschaft mit naturrechtlicher Denkweise vertraut gemacht worden » (30), viene cioè introdotta la perifrasi « Leben in der Gemeinschaft » — vale a dire il termine tecnico riservato a tradurre *socialitas* — per tradurre, invece, *vita civilis*, producendo in tal modo una terribile confusione tra due concetti completamente differenti, come quello di *socialitas* e quello di *vita civilis*.

Le intenzioni di Luig erano buone: rendere di facile accesso un testo filosofico. Tuttavia i mezzi con cui ha realizzato questo ideale

(24) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 18.

(25) S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 8(19-20).

(26) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 19. Ove non si vede perchè in quest'unico caso Luig adotti il sistema, da lui criticato e rifiutato nel *Nachwort* (p. 220), di ripetere la parola latina tra parentesi.

(27) S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 23(7-8).

(28) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 48.

(29) S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 23(43-44).

(30) S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, pp. 49-50.

altamente lodevole e condivisibile non sono quelli giusti. Non si possono togliere alla filosofia i suoi termini tecnici. Con questa procedura non la si rende più leggibile, semplicemente la si annacqua e la si rende incomprensibile davvero.

Se si prescinde dal difetto di fondo di cui abbiamo parlato fin qui, la traduzione di Luig ha molti passi felici: leggibili, godibili, eleganti, ma anche qualche errore dovuto a una mancata comprensione del latino. Come ad esempio quello, particolarmente buffo, di tradurre la frase di Pufendorf « Et id farinae alia otiosa terrae pondera » (I, 8, 2) ⁽³¹⁾ — che significa, ovviamente, « E altri oziosi pesi della terra della stessa risma (cioè dello stesso genere) » — « Sie sind Staub und nutzlose Erdenlast » ⁽³²⁾, cioè « Essi sono polvere e inutili pesi della terra », trasformando così, per non aver capito « id farinae », la laicissima frase di Pufendorf in una sorta di maledizione biblica!

Ma lasciamo la traduzione tedesca per passare all'antologia italiana. A proposito della quale va in primo luogo detto che è da salutare con grande soddisfazione l'iniziativa di riproporre finalmente in una traduzione italiana moderna alcune pagine pufendorfiane. Era dal 1943, cioè dall'apparizione della bella antologia curata da Norberto Bobbio ⁽³³⁾, introvabile da decenni, che allo studente italiano che avesse voluto farsi un'idea diretta del pensiero di Pufendorf mancava l'aiuto di una traduzione italiana, sia pure frammentaria. Questa antologia viene quindi certamente a riempire un vuoto. Come, tuttavia, tale vuoto venga riempito, lo vedremo qui di seguito.

Come abbiamo detto all'inizio di questo scritto, si tratta di un volume che si inserisce nella collana di Laterza « I pensatori politici », diretta da Giuseppe Bedeschi. Conformemente ai criteri della collana, si trattava di offrire un'introduzione generale al pensiero dell'autore e una scelta delle sue pagine più significative, che offrissero al lettore non specialista un approccio guidato all'autore in questione. Seguendo questi criteri il libro è organizzato in due parti: un'introduzione sul pensiero politico di Pufendorf, di una settantina di pagine, seguita da una breve nota bio-bibliografica, e un'antologia di un centinaio di pagine. L'introduzione illustra gli stessi aspetti del pensiero di Pufendorf che verranno poi ripresentati nella parte antologica. Così il primo capitolo, « Il diritto naturale » è un'illustrazione dei temi che, nella parte antologica, vengono presentati sotto i titoli « Il problema del metodo » (che presenta passi dalla prima epistola a Boineburg e dalla

⁽³¹⁾ S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 37(8).

⁽³²⁾ S. PUFENDORF, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers*, cit. in nota 3, p. 82.

⁽³³⁾ S. PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*. A cura di N. Bobbio, Torino 1943.

prefazione del *De officio*) e « La teoria degli enti morali » (che raccoglie i seguenti passi del *De iure naturae et gentium*: I, 1, 14, I, 2, 1-3 e 5-6, I, 6, 8-9, I, 6, 18). Il secondo capitolo, « Lo stato di natura e le sue leggi », illustra i temi presentati nell'antologia sotto il titolo « L'uomo di natura » (che comprende passi dalla dissertazione *De statu hominum naturali*, *De iure* II, 3, 15-18, nonché la riproduzione della traduzione di Bobbio di II, 2, 3, II, 3, 4-5 e 13-14, IV, 4, 2-8 e 13-14). Il terzo, « Il patto », serve da introduzione ad alcuni dei passi raccolti sotto il titolo « Il cittadino » (sezione che comprende *De iure* VII, 1, 1-11 nonché la traduzione di Bobbio di *De iure* VII, 2, 1-3, 5-8, 13 e di *De officio* II, 7, 1-9, II, 8, 1-4 e 12-15). Mentre il quarto capitolo, « La dottrina dello stato », illustra una parte dei passi compresi sotto il titolo « Il cittadino », più i passi compresi sotto il titolo « La religione » (sezione che comprende estratti dal *De habitu religionis christianae ad vitam civilem*). L'introduzione è scritta in modo piacevole e riesce a dare un'idea di Pufendorf piuttosto fedele e convincente. Certo, qui e là si può notare qualche affermazione sbagliata: come, ad esempio, quella che per Pufendorf, « Come pura entità fisica l'uomo è poco più di un bruto, un bestione tutto sensi, nè morale né amorale » (p. 15). L'autrice fa, infatti, in tal modo di Pufendorf un Vico *ante litteram* e confonde l'indifferenza morale della realtà fisica dell'uomo con la brutalità e la mancanza di intelletto, mentre invece è proprio come ente fisico che l'uomo è un animale razionale. Oppure quella secondo cui le leggi, positive e naturali, sono degli enti morali (p. 16). Quando invece Pufendorf nega espressamente e ripetutamente che la legge sia un ente morale ⁽³⁴⁾. O quella che la *socialitas* « è la prima regola che la ragione scopre in se stessa » (p. 33). Mentre Pufendorf dà volutamente e espressamente un'interpretazione del vecchio dettato giusnaturalista secondo cui la legge di natura è il dettame della retta ragione, tale da escludere la possibilità di intenderlo nel senso che la legge di natura venga dedotta dal seno o dall'interno della ragione ⁽³⁵⁾. O quella che le « obbligazioni convenzionali » (con la quale espressione immagino la Schino intenda le obbligazioni che nascono in virtù di una convenzione o di un patto) « sono le obbligazioni della società civile e della legge positiva » (p. 42). Quando invece Pufendorf si sforza nel corso di tutta la sua opera di dimostrare come anche nello stato di natura l'uomo sia obbligato a rispettare i patti che eventualmente avesse stretto. Ma queste sono

⁽³⁴⁾ S. PUFENDORF, *Apologia* (1674), § 14 in *Eris Scandica, qua adversus libros de Jure naturali et gentium obiecta diluuntur*, 1686. È questo, d'altra parte, un errore ricorrente tra gli interpreti di Pufendorf. Vedi la mia recensione di T. Behme, *Samuel von Pufendorf: Naturrecht und Staat*, Göttingen 1995 in « Historische Zeitschrift », 263, 1996, pp. 224-25.

⁽³⁵⁾ Vedi, ad esempio, S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, II, 3, 13: la ragione è solo lo strumento mediante cui si scopre, dalla contemplazione della condizione umana, la legge di natura fondamentale.

sfumature e finezze che non tolgono che la presentazione generale che viene data del pensiero di Pufendorf sia nel complesso persuasiva. Sicché, arrivati alla fine della lettura del saggio introduttivo, per quanto disturbati da qualche « Treitsche » (invece di Treitschke) ostinatamente ripetuto (ad es. alle pp. 22-23); o da qualche passo latino tradotto male (come ad esempio quello in cui la Schino fa dire a Pufendorf che « sarebbe criminale resistere ai governanti qualora essi oltrepassassero i limiti del loro potere » (p. 69, nota 154), quando invece Pufendorf dice esattamente il contrario, cioè « quamdiu intra potestatis suae limites versantur » (ING, VII, 8, 1), che vuol dire « finché restano nei limiti del loro potere »!); malgrado questo, dunque, eravamo propensi a pensare che il volumetto della Schino fosse abbastanza ben riuscito.

I guai, tuttavia, cominciano con la nota bio-bibliografica, che mette in rilievo ciò che si sospettava già dalla lettura dell'introduzione e cioè che la letteratura secondaria, soprattutto quella tedesca, su cui si fonda la Schino è piuttosto invecchiata. Se infatti l'autrice avesse letto qualcosa dell'imponente bibliografia pufendorfiana di D. Döring, non avrebbe fatto, nel profilo biografico, errori grossolani come quello di confondere Samuel Pufendorf con suo fratello, il diplomatico Esaias. (Quando mai, infatti, Samuel « si occupò attivamente di politica estera e per assolvere i suoi incarichi tra il 1682 e il 1685 viaggio lungamente per l'Europa » (p. 82)?) Oppure quello di attribuire a Pufendorf una storia di Federico Guglielmo I (p. 83) (la Schino crede che Federico Guglielmo il Grande Elettore sia Federico Guglielmo II!). O infine quello di farlo morire durante il viaggio da Stoccolma a Berlino (p. 83), quando invece Pufendorf morì alcuni mesi dopo a Berlino nel suo letto, anche se non proprio tranquillamente! ⁽³⁶⁾. Tuttavia, anche queste inesattezze potevano essere perdonate alla Schino se ci avesse offerto una buona traduzione dei passi pufendorfiani. Cosa ci offre, invece, la seconda metà del libro? Su circa cento pagine di traduzione, cinquanta sono tratte dalla vecchia antologia di Bobbio. « Per fortuna! », ci viene da esclamare; perché almeno per la metà possiamo ricrearci ed essere messi al riparo dagli errori madornali di latino in cui ci imbattiamo ad ogni pagina della nuova traduzione. Abbiamo letto e controllato parola per parola tutta la traduzione della Schino e possiamo assicurare che essa è, purtroppo, tutta all'altezza dei pochi esempi che faremo qui di seguito.

Cominciamo dall'abitudine della Schino di fare dei calchi dei termini latini, traducendoli con il termine italiano più vicino che, in molti casi, come è noto a qualunque principiante, non ha lo stesso significato in latino e in italiano. Così, ad esempio, *religio* non vuol dire

⁽³⁶⁾ Sulle circostanze della morte di Pufendorf vedi ora il bel saggio di D. Döring, *Das Lebensende Samuel von Pufendorfs*, « Forschungen zur Brandenburgischen und Preussischen Geschichte », 4, 1994, pp. 195-219.

necessariamente « religione », ma anche scrupolo, ad esempio, e quindi tradurre la frase « postquam ea religio animo exoleverat, nefas esse a dictatis praeceptorum discedere » come « dopo che ebbi abbandonato la religione che proibisce di infrangere l'autorità dei maestri » (p. 93) è ridicolo. *Ablegare* non vuol dire « legare », quindi Dio non fa dei primi uomini dei servi della gleba (come sembra dalla traduzione della Schino, p. 120), ma li relega a (o anche li incarica di) coltivare i campi. *Conversatio* non vuol dire conversazione, bensì, più genericamente, « relazione frequente », « rapporto », quindi quando Pufendorf dice che « homini perpetua solitudine nihil tristius, conversatione, autem, nihil sit jucundius », non dice che « niente è più allegro di una conversazione » (p. 129). Anche *commercium* non significa sempre « commercio », ma spesso « relazione ». Sicchè non è che non occorre in nostro aiuto « chi non abbia mai avuto con noi rapporti di commercio » (p. 130), bensì uno « con cui non abbiamo avuto mai nulla a che fare ». *Vita dissoluta* non significa « vita dissoluta » (anche se la Schino cerca di attenuare il significato italiano di « dissoluto », aggiungendo « [senza le leggi civili] », p. 132), ma vita « disciolta » (dalle leggi), oppure « senza regole ». I *summi imperantes*, non sono gli « imperatori » (p. 196), ma i « sovrani ». Ma fin qui siamo ancora ad errori che non precludono la comprensione della sostanza del testo. Ciò avviene, invece, in molti altri casi, in cui si fanno dire a Pufendorf nonsensi o vere e proprie sciocchezze. Prendiamo, ad esempio, la lettera a Boineburg. Nello spiegare perchè il modo in cui è stata finora coltivata la filosofia morale (o la scienza etica, se si preferisce) non lo soddisfa, Pufendorf dice che ci sono due cose che non può digerire: « Unum, quod nulla firma scientia, et cui immote mens posse acquiescere, istis inesse disciplinis diceretur, quarum tamen observatio praemiis et poenis foret sancita. Alterum, quomodo vulgares isti libelli id, quo sese venditant, nomen possent tueri, cum in iis vix quidquam, praeter nomina undecim virtutum deprehenderentur. Quae res adeo me movit, ut fere omne id genus studiorum fastidire, et tempus antiquis scriptoribus evolvendis coeperim impendere »⁽³⁷⁾. Il che in italiano significa: « La prima, che si sostenga che in queste discipline non è contenuta nessuna scienza salda e su cui la mente possa riposare fermamente, la cui osservazione [dei dettami ricavati da queste discipline], tuttavia, sarebbe sancita da premi e da pene. La seconda, in che modo questi volgari libercoli possano giustificare il nome con il quale si esibiscono, quando in essi non si trovano altro che i nomi delle undici virtù. La qual cosa mi scosse talmente che cominciai a sentir fastidio per quasi tutto quel genere di studi e a dedicare il mio tempo allo studio degli autori

(37) S. PUFENDORF, *Briefwechsel*, hg. von D. Döring (S. Pufendorf *Gesammelte Werke*, hg. von W. Schmidt-Biggemann, B. 1), Berlin 1996. Lettera di P. a J.C. Boineburg del 13.1.1663, n. 16, p. 24, righe 31-36.

antichi ». Ecco come la Schino fa invece di Pufendorf un « superatore »: « La prima è che essa non venga reputata una scienza certa e di cui la mente possa fidarsi, quando invece è basata sull'osservazione sancita da premi e castighi; la seconda è che accetta volgari libelli che non contengono altro che i nomi delle undici virtù. Queste cose mi portarono a sdegnare tutto questo genere di studi e a consacrarmi al superamento degli antichi scrittori. » (p. 93). Subito dopo Pufendorf racconta come è nato, nella prigione danese, il suo primo libro di diritto naturale. « Heic ut sensum miseriarum fallerem, subibat recolare ea, quae quondam apud Grotium et Hobbesium legeram, ac additis nonnullis, pro meo arbitrio digerere. Quae tamen ut aliquem essent usum habitura, praeterquam ad otij illius ingrati molestiam discutiendam, ne per somnium quidem in mentem poterat venire » (38). In italiano: « Qui, per sottrarmi al senso della mia miseria, mi venne in mente di ripercorrere quello che un tempo avevo letto in Grotius e in Hobbes e, aggiungetevi alcune cose, di riorganizzarlo secondo i miei criteri. Che tuttavia queste cose potessero avere un qualche uso, oltre a quello di scacciare il fastidio di quell'ozio indesiderato, non mi poteva venire in mente neanche in sogno ». Ecco come la traduzione della Schino fa dire a Pufendorf che non ha aggiunto nulla a Grozio e a Hobbes: « Lì, per dimenticare le mie disgrazie, cominciai ad riandare con la memoria a quello che avevo letto di Grozio e di Hobbes e a riordinarlo per mio uso, senza aggiungere nulla (39). Facevo questo sperando che in futuro potesse essere di qualche utilità, oltre che per alleviare la molestia di quell'ozio indesiderato. » (p. 93). Ancora: più sotto Pufendorf spiega perchè la scienza della morale sia importante soprattutto per chi governa (per i politici, diremmo noi oggi): « Crediderim ergo hominibus in Rep. gubernanda versantibus gratum fore, si quis certa et indubia fundamenta constituat eius, qua homines reguntur justitiae, et ex iisdem, quae incidere solent et possunt controversiae, quantum eius fieri potest, deducat » (40). Cioè: « Riterrei quindi che agli uomini che sono occupati a governare lo stato sarebbe gradito se qualcuno stabilisca le fondamenta certe e indubie di quella giustizia da cui gli uomini sono retti, e, a partire da queste, risolva, per quanto è possibile, le controversie che sorgono e possono nascere. » Ecco come viene fantasiosamente reinterpretato il passo dalla Schino: « Credo dunque che gli uomini che riflettono su come lo Stato debba essere governato saranno grati se qualcuno stabilirà i fondamenti certi e indubbi di quella giustizia in base alla quale gli uomini sono retti e da quegli stessi fondamenti (che le controversie possono e sogliono far vacillare) dedurrà quanto di essa possa essere realizzato. » (p. 94). Vediamo ancora

(38) *Ibidem*, righe 39-42.

(39) Qui, e in altri casi di seguito, la Schino traduce « nonnullus » con « nessuno ». Come è noto « nonnullus » vuol dire « qualcuno », « alcuno »!

(40) S. PUFENDORF, *Briefwechsel* (nota 37), p. 25 (63-66).

come vengono deformati i famosi giudizi pufendorffiani su Grotius e su Hobbes. Sul primo, dopo aver riconosciuto la sua grandezza, così si era espresso Pufendorf: « Neque tamen quis inficias ibit, multa addi debere, ut perfectum aliquod juris universalis corpus componatur; et multa ipsum posuisse tamquam dubio carentia, quorum rationes adhuc investigari opus est; praeterquam quod communem ingenij humani labem non ubique effugiat »⁽⁴¹⁾. In italiano: « Tuttavia nessuno negherà che molte cose devono essere aggiunte per arrivare a comporre un corpo di diritto naturale perfetto; e che egli ha dato come certe molte cose di cui è ancora necessario investigare il fondamento; a parte il fatto che non sempre sfugge al comune difetto dell'ingegno umano. » Così traduce, invece, la Schino: « Nè tuttavia ti sfuggirà che molte cose devono essere aggiunte affinché sia stilato un corpo perfetto di diritto universale e che lo stesso Grozio ha scritto sì molte cose, ma carenti, che meritano ancora di essere investigate in quanto egli non sfugge agli inevitabili difetti di ogni intelligenza umana. » (p. 95). Su Hobbes così si era espresso il nostro autore: « Neque Hobbesij acumen laude sua est privandum; etsi ille vix ultra principia progrediatur, et ejusdem hypothesis plerisque nescio quid profani videatur sapere »⁽⁴²⁾. In italiano: « Nè l'acume di Hobbes va privato del suo riconoscimento, anche se egli non va oltre i principi e la sua ipotesi ha per i più un non so quale gusto di profano ». Così la Schino fa di Pufendorf un sostenitore di una scienza per soli iniziati: « Neppure deve essere privata della sua lode l'acutezza dell'ingegno di Hobbes, anche se egli non è progredito oltre i principi e non so quanto delle sue ipotesi è opportuno che i profani conoscano ». (p. 95). Non possiamo continuare a seguire tutti gli errori, i fraintendimenti e le inesattezze che rendono irriconoscibile nella traduzione italiana la bella e importante lettera a Boineburg, che la Schino aveva avuto la buona idea di inserire in una nuova antologia italiana. Si noti solo, prima di abbandonare la lettera, come viene tradotto il passo in cui Pufendorf solleva i suoi dubbi sulla tradizionale nozione del diritto naturale come dettato della retta ragione: « Sed et ille nodus non ita facilis est solutu, quomodo ex mero rationis nostrae dictato ita possimus obligari, ut contrarium nobis sit plane illicitum »⁽⁴³⁾. In italiano: « Ma anche questo nodo non è tanto facile da sciogliere. Come possiamo essere obbligati dal puro e semplice dettato della nostra ragione, in modo tale che il contrario ci sia del tutto illecito ». Nelle mani della Schino Pufendorf dice la seguente sciocchezza: « Questo nodo non è certo facile da sciogliere: in che modo cioè possiamo essere obbligati dal solo dettato della sana ragione, se consideriamo come illecito ciò che è contrario alle nostre idee ».

(41) *Ibidem*, righe 74-77.

(42) *Ibidem*, righe 77-79.

(43) *Ibidem*, pp. 27-28 (135-36).

Se la lettera a Boineburg è resa deforme dalla traduzione, non molto meglio se la passano le altre opere che hanno avuto la ventura di essere tradotte dalla Schino. Daremo solo un esempio per ognuna di esse, perchè non possiamo abusare oltre della pazienza del lettore. Per il *De officio* prendiamo un esempio tratto dalla prefazione. In essa Pufendorf dice che egli intende esporre il suo parere sulla distinzione tra diritto naturale e teologia morale non come chi si creda dotato di un'autorità papale o di una speciale illuminazione « sed tamquam talis, cui spartam sibi commissam pro modulorum ingenii exornare cordi sit. » (44). Il che vuol dire: « ma come uno a cui sta a cuore abbellire a seconda delle proprie possibilità il campo che gli è stato assegnato (cioè il campo della propria attività, la propria disciplina) ». Così traduce la Schino: « ma come chi volesse offrire, in misura del suo ingegno, un ornamento a Sparta, che ha avuto fiducia in lui » (p. 99) e spiega trionfalmente in nota: « Sparta è qui metafora della patria »!! Per il *De iure naturae et gentium* vediamo il passo in cui la Schino fa dire al povero Pufendorf che l'invidia e il godere delle disgrazie altrui non sono contrarie alla legge di natura. In realtà, in I, 2, 6 Pufendorf, nello spiegare che ci sono certi termini, come « adulterio », « furto », « omicidio », che non denotano un puro e semplice atto fisico, ma denotano azioni contrarie alla legge, osserva: « Cur enim ἐπιχαιρεκακία, et invidia pravi habentur affectus, quam quia per legem naturae ab homine nihil humani debet esse alienum; cui repugnat non nisi ex aliorum malis letitiam capere, et intabescere videndo successus hominum ». In italiano: « Perchè mai, infatti, il gioire dei mali altrui e l'invidia sarebbero considerate delle passioni cattive, se non perchè per legge di natura niente di umano deve essere alieno all'uomo; legge a cui ripugna non riuscire a godere se non dei mali altrui e rodersi il fegato nel vedere i successi degli altri? » Ecco che cosa ne cava la Schino: « Perchè infatti ἐπιχαιρεκακία e invidia dovrebbero essere considerate affezioni negative, quando, per legge di natura, niente di umano deve essere considerato alieno all'uomo? A questa legge non ripugna quindi che uno goda dei mali dell'altro e si strugga vedendo i successi altrui. » (p. 112). Per la dissertazione *De statu hominum naturali* prendiamo il passo in cui la Schino fa dire a Pufendorf che il cittadino non è tenuto tanto a uniformarsi alla legge naturale, quanto ai comandi del sovrano. Pufendorf aveva detto, nel § 8, « de caetero tamen non ad legem tantum naturalem, sed et civilia scita, summorum imperantium peculiaria jussa sese teneatur componere » (45). Il che significa: « per il resto tuttavia è tenuto a uniformarsi non solo alla legge naturale, ma anche alle leggi civili e agli ordini particolari dei sovrani ». Ma la Schino non sa che in latino « non tantum » non significa « non tanto », bensì « non solo », e traduce: « ma per il resto sono tenuti

(44) S. PUFENDORF, *De officio*, cit. in nota 8, p. 6 (10-11).

(45) S. PUFENDORF, *On the Natural State of Men, The 1678 latin Edition and English Translation*, Translated Annotated and Introduced by Michael Seidler, Lewiston 1990, p. 92.

a uniformarsi non tanto alla legge naturale, quanto piuttosto ai decreti civili... » (p. 124). Questo esempio ci offre l'occasione per notare che la traduttrice non si è nemmeno preoccupata di confrontare la sua traduzione di questa dissertazione o la sua traduzione dei passi del *De officio* con le nuove traduzioni inglesi di queste opere, che pure aveva a disposizione e che le avrebbero potuto risparmiare molti errori. Infine, per il *De habitu religionis ad vitam civilem*, vediamo che cosa la Schino fa del passo famoso in cui Pufendorf, dopo aver detto che l'uniformità dei riti esterni giova non poco al decoro e all'ordine di uno stato, qualifica ed attenua la sua affermazione: « Sed quod externos attinet ritus, quibus mature religionem homines vestire coeperunt, etsi ut circa istos uniformitas sit in civitate, ad decus et bonum ordinem non parum valere videtur; circa hanc tamen non adeo anxie ut satagant summi imperantes, opus habent, quod istorum discrepantia religionem non tollat, nec per se animos civium ad discordiam et pugnas inter se disponat »⁽⁴⁶⁾. In italiano: « Ma per quanto riguarda i riti esterni, con i quali ben presto gli uomini cominciarono a rivestire la religione, anche se sembra servire non poco al decoro e al buon ordine che nello stato vi sia uniformità circa questi, tuttavia non è necessario che i sovrani si affannino troppo intorno a questa, perchè la differenza di riti non impedisce la religione, nè, di per se stessa, dispone gli animi dei cittadini a contese e lotte ». Nella traduzione della Schino: « Ma per quanto riguarda i riti esterni con i quali in epoca più tarda gli uomini cominciarono ad abbellire la religione, sarebbe utile che sotto questo aspetto ci fosse una certa uniformità all'interno dello stato; tuttavia, anche se non sembrano valere tutti allo stesso modo quanto a decoro e buon ordine, in questo campo i sovrani, per non restare troppo in imbarazzo, hanno semplicemente il dovere di fare in modo che le discrepanze di opinioni su tali argomenti non distruggano la religione, nè dispongano gli animi dei cittadini alla discordia e alla guerra » (p. 191).

Per concludere, l'antologia italiana, con tutte le buone intenzioni che le vanno riconosciute (introduzione accettabile, una scelta dei testi non banale) si risolve in un fallimento; per la semplice e brutale ragione che, per tradurre Pufendorf, non bastano buona volontà e intelligenza, bisogna anche sapere il latino. Il compito, quindi, di presentare Pufendorf in un italiano moderno e in una traduzione corretta sta ancora difronte agli studiosi italiani, e (lo abbiamo visto dalla discussione della traduzione tedesca) non è un compito facile anche per chi, come Luig, sa bene il latino.

⁽⁴⁶⁾ S. PUFENDORF, *De habitu religionis Christianae ad vitam civilem*, Breae 1687 (Nachdruck, Stuttgart 1972), 7, pp. 21-22.

BERNARDO SORDI

POLICE/POLICEY

Linguaggi comuni e difformi sentieri istituzionali nel passaggio
dalla polizia di antico regime all'amministrazione moderna

(a proposito di *Policey in Europa der frühen Neuzeit*, hrsg. von Michael Stolleis
unter Mitarbeit von Karl Härter und Lothar Schilling, *Ius Commune Sonderhefte* 83,
Frankfurt am Main, Klostermann, 1996)

1. Notevoli e diversi sono i motivi di interesse suscitati dalla lettura dei saggi raccolti in *Policey in Europa der frühen Neuzeit*.

Intanto, il volume, insieme al primo tomo del *Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit*, dedicato alle ordinanze di polizia del Reich e dei *geistliche Kurfürstentümer* (1), che immediatamente lo segue nella serie dei *Sonderhefte* di *Ius commune*, offre una prima, significativa testimonianza del notevole lavoro di ricerca, noto anche in Italia (2), che il *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte ha avviato, ormai da alcuni anni, sui temi della polizia di antico regime.

In secondo luogo, calando il tema della *Policey* all'interno di uno spazio effettivamente europeo (3), questo volume collettaneo, grazie al coraggioso taglio di molti degli studi ivi raccolti, contribuisce ad aprire ad una riflessione finalmente disponibile al confronto comparativo una prospettiva di ricerca, sino a questo momento, non solo sin troppo

(1) *Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit*, hrsg. von Karl Härter und Michael Stolleis, Bd. 1. *Deutsches Reich und geistliche Kurfürstentümer (Kurmainz, Kurköln, Kurtrier)*, hrsg. von Karl Härter, Frankfurt am Main, 1996.

(2) Per un'illustrazione del progetto rimandiamo all'attenta rassegna che Cristina Vano ha tracciato, proprio con riferimento ai volumi che hanno suggerito queste note, in *Le Carte e la storia*, II(1996), n. 2, pp. 84-86.

(3) In questa direzione si erano già mossi, negli anni passati, alcuni studi di rilievo: si vedano almeno 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; A.J. HEIDENHEIMER, *Politics, Policy and Policey as concepts in english and continental languages: an attempt to explain divergences*, in *The Review of Politics*, 48(1986), pp. 3 e ss.; ed i saggi raccolti nel numero monografico di *Filosofia politica* 2(1988), n. 1, *Materiali per un lessico politico europeo: 'Polizia'*.

rinserrata all'interno dei singoli percorsi nazionali, ma a lungo quasi esclusivamente germanocentrica.

Certo, e non poteva essere altrimenti, il volume finisce per suggerire più interrogativi che risposte, ma già l'aver valicato i confini tedeschi e l'aver posto in stretto dialogo un'intera e secolare tradizione di studi sulla *Policey* in Germania con fenomeni ed istituzioni almeno simili negli altri contesti nazionali, costituisce un fatto degno di nota e che merita di essere approfondito.

Ci si muove qui, del resto, su di una prospettiva, più propriamente giuridico-istituzionale, irta di differenze e di specificità, non immediatamente coincidente con il piano delle categorie idealtipiche che, dal disciplinamento sociale al mercantilismo, da tempo accompagnano la descrizione del processo di formazione dello Stato moderno.

E gli interrogativi che scaturiscono dalla lettura del volume sono di non poco spessore.

Policey, *police*, *policía*, *polizia*, raffigurano, nei rispettivi ambiti linguistici, la stessa realtà ordinamentale o testimoniano semplicemente di una circolazione, certo significativa, ma pur sempre rigidamente selettiva e quantitativamente contenuta?

Quei termini-concetti sono in grado, cioè, di rappresentare un modello politico-giuridico diffuso in tutto l'antico regime europeo? Oppure, le differenze normative, istituzionali e, ancor di più, di raffigurazione scientifica, hanno frenato la formazione di un lessico comune ed indirizzato le strutture organizzative, le finalità e le tecniche disciplinanti verso percorsi marcatamente individualizzati? Una diaspora di sentieri che non era sfuggita alla sensibilità dei contemporanei, come dimostrava la constatazione insieme critica e stupefatta con la quale Johann Gottlieb von Justi rilevava che il « Signor di Montesquieu » aveva così poco parlato di leggi di polizia nel suo *Esprit des lois* (4).

È esistita, in altre parole, una *Policeygesetzgebung*, ovvero una legislazione in senso materiale relativa agli affari di polizia, comune ai diversi percorsi nazionali?

Quale ambito territoriale di diffusione ha in effetti conosciuto la *Polizeiwissenschaft*?

Ed ancora, l'itinerario *Polizeiwissenschaft-Polizeirecht-Verwaltungsrecht*, così come si snoda nella vicenda tedesca, segna un percorso di avvicinamento alla raffigurazione giuridica dell'amministrazione moderna solo cronologicamente differenziato da quello continentale, scandito dalla frattura della Rivoluzione francese, oppure condensa, dagli equilibri disciplinari alla radicazione accademico-universitaria, sino ai

(4) J.H.G. v. JUSTI, *Natur und Wesen der Staaten als die Quelle aller Regierungswissenschaften und Gesetze*, mit Anmerkungen hrsg. von H.G. Scheidenmantel, Mitau, Steidel, 1770, § 261, p. 582. Citiamo dalla ristampa di Scientia Verlag, Aalen, 1969. Il riferimento è al cap. XXIV del L. XXVI del *De l'esprit des lois*. Vedilo in MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, a cura di Roger Callois, tm. II, Paris, 1951, pp. 775-76.

modelli di formazione dei funzionari, un'evoluzione irripetibile ed effettivamente non ripetuta al di fuori dei confini del *Reich*, prima, del *Deutscher Bund*, dopo?

La stessa circostanza di un *Polizeirecht* che, dopo le prime, incerte formalizzazioni giuridiche ⁽⁵⁾, si avvia, proprio all'immediata vigilia della Rivoluzione francese e cronologicamente l'attraversa, con il *Lehrbegriff* di Fischer e l'*Handbuch* di von Berg ⁽⁶⁾, secondo un continuum all'apparenza privo di fratture, in grado di travasare senza difficoltà scienza di polizia in diritto di polizia, per approdare sino alle declinazioni ormai pienamente calate nell'Ottocento liberale di un Robert von Mohl, sembra disegnare i contorni di una vicenda disciplinare irriducibile al percorso che in Francia ed in Italia rapidamente inverte il risultato costituzionale della frattura rivoluzionaria nell'emersione di uno specifico diritto amministrativo.

Ed infine, quale affidamento possiamo ancor oggi attribuire alla dialettica *Polizeistaat-Rechtsstaat*, a quella modellizzazione dei tipi statuali che, calata nel corso dell'Ottocento ben all'interno della riflessione delle scienze giuspubblicistiche, ne ha finito per condizionare, attraverso un utilizzo tutto argomentativo dei fatti storici, non solo una lettura tipo-sociologica che acquisiva rapidamente portata e significati universalizzanti, ma la stessa articolazione degli istituti giuridici?

Affinità lessicali ed istituzionali, koinè normative, si associano e si risolvono in improvvise individualità di percorso, tali da disegnare scenari molteplici e spesso fortemente differenziati.

Occorre, quindi, in ultima analisi, chiedersi se queste individualità di percorso rimontano ad origini già diverse in antico regime ed ancor più divaricatesi nel corso del Settecento. Oppure, se dipendono soltanto dalle diverse scansioni di storia politica, in Francia segnate dalla rapida e profonda intensità della frattura; in Germania, invece, avviate lentamente lungo una *Sattelzeit* pluridecennale: un arco temporale di medio periodo che può mettere a contatto tra di loro senza particolari frizioni — si pensi alla vicenda prussiana — la fondazione della stessa statualità negli anni di Federico Guglielmo I con le riforme modernizzanti di Stein e di Hardenberg all'inizio dell'Ottocento e, sul piano della rappresentazione scientifica, l'antica ed unitaria 'arte del Governo' con

⁽⁵⁾ Affidate, nel 1757, agli *Initia iuris politiae Germanorum* di Johann Heumann von Teutschenbrunn, « das erste rechtswissenschaftliche Werk, das sich explizit dem Polizeirecht widmete »: M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, *Reichspublizistik und Polizeywissenschaft 1600-1800*, München, 1988, p. 387.

⁽⁶⁾ Facciamo riferimento rispettivamente a F.C.J. FISCHER, *Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte sowohl von Teutschland überhaupt als insbesondere von den Preussischen Staaten*, 3 Bde, Frankfurt an der Oder, Strauss, 1785; G.H. v. BERG, *Handbuch des Teutschen Polizeyrechts*, Hannover, 1799-1803; citiamo dalla seconda edizione, in 7 volumi, Hannover, Hahn, 1802-1809.

le molteplici ramificazioni e frammentazioni che le scienze dello Stato (7) conosceranno con il secolo 'giuridico'.

2. Alcune significative risposte sono già offerte dai saggi contenuti nel volume, anche se il panorama complessivo, presentato da Michael Stolleis nel suo giusto valore pionieristico (8), risulta un po' troppo frammentato ed ancora lontano dall'univocità sia delle tipologie d'indagine sia delle categorie interpretative di riferimento.

Prendiamo i saggi di maggiore interesse per il lettore italiano, quelli di Elena Fasano Guarini e di Paolo Napoli (9), che distendendosi dal primo Quattrocento sino al Settecento inoltrato, sia pur con riferimento prevalente al solo caso toscano, offrono in modo indiretto, ma molto stimolante, un primo parallelo tra gli itinerari italiani e la vicenda tedesca della *Policey*, tenuta sempre in controluce, almeno come parametro di verifica.

In linea generale, può dirsi che le ipotesi formulate dalla storiografia che in questi ultimi anni è tornata più volte e secondo angolature diverse ad occuparsi delle vicende medicee e lorenese (10), vengono sostanzialmente confermate.

Lo sguardo comparativo si rivela però anche in questo caso particolarmente proficuo, spingendo modellizzazioni ormai consolidate, a partire dalla stessa categoria di Stato regionale, a definire ulteriormente le proprie specificità rispetto ad altri itinerari istituzionali.

Eppure la Toscana, ad un primo approccio, appariva particolarmente refrattaria ad ogni dialettica comparativa sui temi della *Policey*. Polizia è qui, infatti, un termine-concetto che spicca per la sua assenza nel lessico politico-giuridico della prima età moderna. Per di più, quando finalmente il lessema fa la sua comparsa nell'ambito di alcune importanti riforme leopoldine della fine del Settecento, il suo contenuto semantico pare già essersi liberato di tutte le ingombranti eredità di antico regime, per abbracciare significati già pre-ottocenteschi che ne

(7) P. SCHIERA, *Dall'arte di Governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968.

(8) *Vorwort*, p. IX.

(9) E. FASANO GUARINI, *Gli « ordini di polizia » nell'Italia del '500: il caso toscano*, pp. 55-95; P. NAPOLI, *Polizia d'Antico Regime: frammenti di un concetto nella Toscana e nel Piemonte del XVII e XVIII secolo*, pp. 1-53.

(10) M. VERGA, *Da 'cittadini' a 'nobili'. Lotta politica e riforma delle istituzioni nella Toscana di Francesco Stefano, di Lorena*, Milano, Giuffrè, 1990; J.C. WAQUET, *Le Grand-Duché de Toscane sous les derniers Médicis. Essai sur le système des finances et la stabilité des institutions dans les anciens états italiens*, Rome, 1991; B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991; L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Sec. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994.

delimitano rigidamente lo spazio di applicazione al solo ambito della sicurezza.

La mancata radicazione linguistica non ha però impedito ad Elena Fasano di verificare in concreto consistenza e contenuto de *Gli 'ordini di polizia' nella Toscana del '500*, inseguendo un'evoluzione normativa che si delinea in modo anche quantitativamente ragguardevole, tra l'impianto statutario che la Dominante edifica all'inizio del Quattrocento e l'avvio cinquecentesco di una vera e propria legislazione granducale.

Riconoscere l'esistenza di 'ordini di polizia', non implica, tuttavia, alcuna ipotesi modernizzante, né compromette la realtà di uno Stato regionale sorto dall'aggregazione di particolarismi: di uno 'Stato mezzano' fondato su di una 'costituzione' di tipo federativo.

La presenza di un corpus normativo di natura disciplinante, dall'uso delle armi da fuoco alla disciplina delle pratiche religiose, dai bandi sulle bestemmie a quelli sul gioco d'azzardo, dalla legislazione 'ambientale' ai modesti provvedimenti su poveri e vagabondi — spiegabili, secondo l'autrice, per l'efficace controllo del pauperismo realizzato dal patriziato e dai corpi sia ecclesiastici che laicali —, qui ha origine tra le stesse rubriche degli statuti comunali.

Gli 'ordini di polizia', all'interno di uno Stato-cittadino, non agiscono, quindi, automaticamente sui processi di *Staatswerdung*: più semplicemente confermano il progressivo impallidire del primato medievale della *iurisdictio* e salutano, con l'inizio dell'età moderna, l'avvio di un flusso più continuo e più consistente di normative disciplinanti.

Emerge, però, forte dalle pagine di Elena Fasano la sensazione — che per tradursi in compiuta ipotesi storiografica avrebbe solo bisogno di comparazioni più stringenti e ravvicinate — che la difficoltà di rintracciare nella realtà toscana un percorso terminologico analogo a quello tedesco, che da *politeia/politia* conduce a *Policey* e, quindi, a *Polizei*, non implichi pure una completa assenza della 'cosa'.

Confermato che nella realtà dello Stato regionale, lo Stato nasce ad opera delle città, venendosi quindi a strutturare su assetti istituzionali peculiari rispetto a quelli generali del contesto europeo, rimane, almeno come ipotesi di ricerca, l'impressione che una attività ascrivibile materialmente alla *Policeygesetzgebung* abbia preso comunque campo nella realtà cinquecentesca, senza sostanziali differenze rispetto ai territori tedeschi.

Al di là delle specifiche individualità, il fenomeno disciplinante nella prima età moderna potrebbe cioè contare, a livello europeo, su notevoli analogie, certamente più solide di quelle che la sola analisi linguistica avrebbe potuto far supporre. *La mise en oeuvre du pouvoir édictal de faire ordonnance de police* ⁽¹¹⁾, tra Quattrocento e Cinque-

(11) Nel volume, la conferma giunge, per la Francia, dal saggio di A. RIGAUDIÈRE,

cento, costituirebbe un processo istituzionale ampiamente comune alle diverse basi di partenza nazionali di formazione dello Stato moderno.

Il quadro comparativo muta, invece, via via che si accorciano le distanze con la vicenda settecentesca.

Il caso toscano offre a questo proposito un panorama emblematico. La sostanziale stabilità, ancora in età lorenesa, degli assetti istituzionali ereditati dall'assolutismo mediceo; la precoce recezione di modelli fisiocratici forti della loro carica antidisciplinante, allontanano sensibilmente la vicenda legislativa del granducato dal crescendo normativo che la *Policey* registra nei territori tedeschi. Anche solo il confronto tra i poco più di 120 atti che compaiono nel 1778 nella *Classe delle Leggi di Toscana* relativa agli *Affari di polizzia* ⁽¹²⁾, e il numero di oltre 2700 provvedimenti, per lo più a contenuto generale, che il *Repertorium* ⁽¹³⁾ attesta, nelle *Policeymaterien*, per il piccolo elettorato vescovile di Magonza (Kurmainz), tra il 1463 ed il 1803, basterebbe a segnalare il divario normativo esistente con il mondo tedesco.

Ed il confronto diventerebbe ancor più impressionante se utilizzassimo come termine di paragone il quinto tomo del *Corpus constitutionum Marchicarum* ⁽¹⁴⁾ raccolto da Christian Otto Mylius e dedicato alle *Policeyordnungen* ⁽¹⁵⁾, pubblicato nel 1748 in una Prussia da poco meno di un decennio affidata alla guida di Federico II.

Nel piccolo granducato toscano, gli ordini di polizzia non conoscono incrementi dimensionali e qualitativi connessi a svolte di tipo mercantilistico, populazionista, o militare; non si emancipano dalla tutela; non s'indirizzano verso nuovi strumenti di governo protesi a conoscere « la forza del tutto ».

La rapida assimilazione, sin dall'avvio, nel 1765, del venticinquennio leopoldino, del messaggio fisiocratico che fa perno sulla centralità del cittadino possessore, e che si proietta rapidamente, ora verso la

Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen Age, pp. 97-161. Il paragrafo, il cui titolo riproduciamo nel testo, è alle pp. 125 e ss.

⁽¹²⁾ *Leggi di Toscana riguardanti: Classe VII, Affari di polizzia*, Firenze, Cambiagi, 1778. Il volume, che fa parte di una raccolta legislativa attribuita ad Angelo Tavanti, raccoglie provvedimenti normativi emanati tra il 1537 ed il 1776 e rappresenta, come ricorda anche Elena Fasano — *Gli 'ordini di polizzia'*, cit., p. 58 — uno dei primi luoghi in cui compare in Toscana il termine *polizzia*.

⁽¹³⁾ *Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit*, Bd. 1, cit., pp. 134-421.

⁽¹⁴⁾ *Corpus constitutionum Marchicarum*, hrsg. von C. O. Mylius, Teil 5, Berlin und Halle, Waysenhaus, 1748.

⁽¹⁵⁾ Indicate nel lungo elenco che compare sul frontespizio come provvedimenti relativi a « Von Policey- Hochzeit- Kindtaufen- Begräbnis- und Trauer- Kleider- auch Feuer-Cassen und andern zur Policey gehörigen Ordnungen, derer Städte Anbau, Manufacturen- Commerciën- Woll- und Handwerks-Sachen, Dorf- und Acker- Bauer-Schäffer- Hirten- Gesinde-Ordnungen, und andern das Land-Wesen und Acker-Bau betreffenden Materien, item von Medicinal-Ordnungen, Chirurgis, Apotheckern... und dergleichen ».

liberalizzazione del commercio dei grani ora verso la riforma delle comunità, impedisce ogni coloritura eudemonistica di quell'apparato normativo, consente l'aggancio⁽¹⁶⁾ — raggiunto tra due tappe di grande rilievo, quali il progetto di costituzione e la riforma della legislazione criminale — ad una declinazione della polizia che non deve decantare l'eredità mercantilistica e può « nascere già moderna »⁽¹⁷⁾, in sostanziale coerenza con sensibilità ed obiettivi di sicurezza, che potremmo definire ormai ottocenteschi.

Anche il Piemonte, che pure si conferma l'alfiere italiano della monarchia amministrativa ed al quale sono sembrati applicabili i modelli di Raeff del *well ordered Police State*⁽¹⁸⁾, non conosce alcuna opera che possa essere ascritta al genere della *Polizeiwissenschaft*⁽¹⁹⁾, e niente, nemmeno, di paragonabile a quella letteratura repertoristica che in Francia, da Delamare a Duchesne, a De la Poix de Fréminville, accompagna l'illustrazione delle norme di *police*.

Una povertà di riflessione teorica che fa riflettere e che pone non pochi interrogativi sullo stesso peso istituzionale di norme, per la cui valutazione non disponiamo, purtroppo, neanche di repertori sul modello di quello messo in cantiere dal Max-Planck-Institut.

I dati che abbiamo a disposizione sono dunque ancora troppo pochi per poter concludere che il Settecento italiano è del tutto lontano dalla temperie della *Policey* — quanti 'Affari di polizia' dovrebbero essere repertoriati praticamente dal nulla —, ma già sufficienti per escludere la radicazione di qualcosa di analogo alla scienza tedesca della polizia.

Lo conferma, nel 1785, la stessa « prima traduzione veneta » dei *Grundsätze* di Sonnenfels⁽²⁰⁾ — una delle pochissime opere del genere

⁽¹⁶⁾ Una tappa significativa, che dovrebbe però essere compiutamente indagata anche sul piano comparativo cui accenniamo nel testo, è rappresentata dal motuproprio che il 22 aprile 1784 istituisce il Presidente del Buon Governo perché « soprintenda a tutti gl'affari che interessano il buon governo e pulizia sì della città di Firenze che della Toscana ». Il provvedimento si può leggere in *Bandi e ordini del Granducato di Toscana*, vol. XII, n. 16.

⁽¹⁷⁾ NAPOLI, *Polizia d'Antico Regime*, cit., p. 29.

⁽¹⁸⁾ G. RICUPERATI, *Gli strumenti dell'assolutismo sabauda: Segreterie di Stato e Consiglio delle Finanze nel XVIII secolo*, in *Rivista storica italiana*, CII(1990), pp. 796 e ss.

⁽¹⁹⁾ Lo segnala opportunamente NAPOLI, *Polizia d'Antico Regime*, cit., pp. 44 e ss.

⁽²⁰⁾ J. v. SONNENFELS, *La scienza del Buon Governo*, tradotto dal tedesco in italiano. Edizione prima veneta diligentemente corretta, Venezia, Vitto, 1785. L'edizione tedesca (*Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanzwissenschaft*. Citiamo dalla terza edizione, Wien, Kurzbeck, 1770-76, conservata in B. N. F., *Palatino*, 7. 9. 1. 31, con timbro di appartenenza a Pietro Leopoldo) si articolava in tre volumi. Solo il primo, relativo alla *Polizey*, veniva tradotto in italiano. La circolazione delle opere della *Policeywissenschaft* in Italia si dimostra, dunque, non solo assai contenuta, ma indirizzata verso una declinazione già notevolmente depurata dai precetti eudemonistici e che ha già ristretto il suo oggetto d'indagine ad « i principii e le regole per lo

a circolare in lingua italiana, anche se in versione fortemente ‘epitomata’ rispetto all’originale tedesco —, costretta ad affidarsi, sin dal titolo, a quel campo semantico del *Buon Governo*, non solo del tutto privo di valenze eudemonistiche, ma anche quanto mai indefinito nei suoi contenuti istituzionali. Le improbabili radiazioni disciplinari di un’italiana ‘Scienza della Polizia’ venivano cioè affidate ad un concetto polisemico che ora oscillava tra l’antica indistinzione tra politica e polizia; ora raffigurava quel « governo economico delle comunità », perno dei sistemi di tutela e controllo degli Stati regionali italiani e che già De Luca aveva descritto con riferimento alla Congregazione del Buon governo dello « Stato ecclesiastico »⁽²¹⁾; ora, infine, sembrava in grado di aprirsi, nell’ultima fase dell’esperienza leopoldina in Toscana, come in alcune celebri pagine di Beccaria⁽²²⁾, ai nuovi valori della sicurezza e della prevenzione.

3. Indicazioni significative giungono anche dal saggio di Bernard Durand, che nel volume ha il compito di indagare *La notion de Police en France du XVIIe au XVIIIe siècle*⁽²³⁾ e che, pur muovendo dall’interpretazione, sin troppo semplificante, della vulgata storiografica francese secondo la quale è scontato il nesso genetico *Police-Administration*, ci offre, invece, una raffigurazione del *droit de police* assai più articolata, ben calata nella realtà di uno Stato per molti versi ancora di giustizia, fondato su tipologie di amministrazione indiretta, in cui *faire des règlements, juger, inspecter* risultano funzioni fortemente intrecciate e tutte discendenti dal primo diritto del Sovrano che è quello di amministrare la giustizia⁽²⁴⁾.

Così, la conferma che il *Lieutenant de police de Paris*, istituito nel 1667⁽²⁵⁾ con un provvedimento destinato ad una notevole circolazione nel corso del Settecento, tanto da acquisire anche nell’esperienza

cui mezzo si stabilisce e si mantiene l’interna sicurezza dello Stato » (*La scienza del Buon Governo*, cit., p. 12).

(21) G.B. DE LUCA, *Il Dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*, Roma, Corvo, 1673, L. XV, pt. III, *Della Relazione della Curia Romana Forense*, cap. XXIII; *Della Congregazione del Buon Governo*, pp. 185-87; ID., *Theatrum veritatis et iustitiae*, Romae, Corbelletti, 1673, L. XV, pt. II, *Relatio Romanae Curiae, discursus* 26, *De Congregatione Boni Regiminis*, pp. 120-123.

(22) C. BECCARIA, *Sulla polizia* (1790), in *Opere*, a cura di Sergio Romagnoli, tm. II, *Consulte amministrative e giuridiche*, Firenze, 1958, pp. 697-704.

(23) Si può leggere nel volume alle pp. 163-211.

(24) J. DOMAT, *Le droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, L. I, tit. II, sect. II, n. 3, ed. Paris Durand, 1777, tm. II, p. 8. L’indissolubilità tra *Police générale* e *fonction judiciaire* è ora confermata dall’ampio studio che Philippe Payen ha dedicato a *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle. Dimension et doctrine*, Paris, 1997, apparso quando il presente lavoro era già in bozze.

(25) *L’Edit portant création d’un Lieutenant de Police de Paris*, del marzo 1667, può leggersi in JOURDAN-ISAMBERT-DECRUSY, *Recueil générale d’anciennes lois françaises*, tm. XVIII, pp. 100-103.

italiana un importante valore modellistico ⁽²⁶⁾, rimane, nonostante significative venature 'commissarie', pur sempre un ufficiale proprietario della carica ⁽²⁷⁾, disegna, anche dal punto di vista organizzativo, un quadro cronologicamente inconfondibile, incapace di valicare il crinale con la frattura rivoluzionaria.

Il *droit de police* rimane confinato, nella vicenda francese, alla realtà di antico regime, affidato ad una letteratura repertoristica che non sarà mai in grado di superare in una scienza dei fini dello Stato il livello elementare di aggregazione di dispersi e diversi 'ordini di polizia'.

Il *droit de police* « consiste proprement à pouvoir faire des règlements particuliers pour tous les citoyens de son distrait et territoire », secondo un celebre luogo del *Traicté des Seigneuries* di Charles Loyseau ⁽²⁸⁾.

Siamo ancora lontanissimi dalla netta autonomia costituzionale dell'amministrazione, come potere generale, che emergerà dalla frattura rivoluzionaria. Ci troviamo, al contrario, di fronte ad un universo giuridico fatto di compiti realizzati in via indiretta, attraverso prescrizioni minute, dettagliate, attraverso attività di tipo materialmente regolamentare che, nel momento in cui si traducono in atti autoritativi, richiedono la necessaria mediazione della funzione giurisdizionale.

L'avvicinamento all'amministrazione, nell'itinerario francese, è di molto ulteriore e scandito necessariamente dalla frattura rivoluzionaria. Il continuum *Polizeiwissenschaft - Polizeirecht - Verwaltungsrecht*, che caratterizza la vicenda tedesca, è qui radicalmente assente.

Un diritto di polizia esiste, certo, nella Francia di antico regime, può arrivare anche ad articolarsi secondo quelle undici parti individuate da Delamare all'inizio del Settecento — « la Religion, la discipline des moeurs, la santé, les vivres, la sûreté et la tranquillité publique; la voirie; les sciences et les arts libéraux; le commerce, les manufactures et les arts mécaniques, les serviteurs domestiques, les manouvriers; les pauvres » ⁽²⁹⁾ —, confermando che in effetti una legislazione di polizia, una *Policeygesetzgebung*, è riuscita ad imporre la propria presenza normativa nelle diverse realtà statuali europee, secondo tipologie e contenuti non troppo dissimili tra di loro.

Rimane la curiosità di misurare la diversità, assai probabile, dei tassi normativi di disciplinamento, anche solo tra Francia e territori tedeschi: purtroppo, la mancanza di attendibili strumenti di verifica

⁽²⁶⁾ Rinviamo qui, per tutti, alla sintesi di M. SBRICCOLI, *Polizia (diritto intermedio)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 118.

⁽²⁷⁾ DURAND, *La notion de Police*, cit., p. 206.

⁽²⁸⁾ C. LOYSEAU, *Traicté des Seigneuries*, cap. IX, nr. 3. Citiamo dalla V ed. de *Les Oeuvres*, Paris, Targa, 1640, pp. 88.

⁽²⁹⁾ N. DELAMARE, *Traité de la police*, Amsterdam, Aux dépens de la compagnie, 1729, L. I, cap. I, p. 4.

comparativa rende difficile anche solo il formulare delle semplici ipotesi.

Le analogie, tuttavia, si arrestano a questo livello normativo, limitandosi a confermare il carattere generale ed effettivamente europeo della categoria del disciplinamento.

La stessa possibilità, in Francia, di una scienza della polizia sarà invece bloccata dal rapido affermarsi, sin dalla metà del Settecento, del messaggio fisiocratico, che aprirà non solo un'irreversibile delegittimazione dell'immagine del Sovrano paterno e disciplinatore, ma darà il via ad un itinerario costituzionale dalle profonde potenzialità eversive degli equilibri corporativi che ancora contraddistinguono la Francia di Luigi XV.

Che *Police*, pur nel persistente carattere regolativo ed indiretto della funzione, abbia contribuito in Francia ad isolare una serie di compiti in cui il ruolo dell'autorità è diverso da quello del *Juge* e lo scopo non è più quello di assicurare semplicemente, tramite l'attività giurisdizionale, la « tranquillité publique », ma già delle utilità collettive sufficientemente specificate, non par dubbio. L'elenco dei compiti pubblici ⁽³⁰⁾ che troveremo nei primi testi legislativi della Costituente ha più di un debito nei confronti del vecchio *droit de police*.

Soltanto la Rivoluzione dischiuderà, però, definitivamente l'emersione dello spazio amministrativo e del soggetto, inteso come potere amministrativo generale, trasformando le tante amministrazioni di antico regime nell'amministrazione moderna. Così, in alcuni celebri provvedimenti dell'Assemblea Nazionale ⁽³¹⁾, l'amministrazione potrà essere isolata, per la prima volta, come attività autonoma e distinta da legislazione e giurisdizione, ed insieme come organizzazione concreta di realizzazione dell'interesse generale. Soltanto in questa fase potrà nascere, dunque, un'*administration commune*, un'*administration générale*, di cui è titolare in via esclusiva la Nazione sovrana, in grado di coprire,

⁽³⁰⁾ Si pensi in particolare ai 10 settori d'intervento — poveri, mendicanti, vagabondi; ospedali, *ateliers de charité*, prigioni; educazione pubblica ed insegnamento politico e morale; incentivazione dell'agricoltura e dell'industria; proprietà pubbliche; foreste, fiumi e strade; opere pubbliche; riparazione e costruzione di edifici di culto; salubrità, sicurezza e tranquillità pubblica; milizia e guardie nazionali — affidati, nel *Décret relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives* del 22 dicembre 1789 (sect. III, art. 2), alla competenza delle amministrazioni di dipartimento. Si trattava di funzioni che i dipartimenti, come mere « sections du même tout », esercitavano « sous l'autorité et l'inspection du Roi, comme Chef suprême de la Nation et de l'administration générale du Royaume ». Il riparto della contribuzione diretta (sect. III, art. 1), pure attribuito all'amministrazione dipartimentale, avveniva invece « sous l'inspection du Corps Législatif » (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois*, Paris, 1824, t. 1, p. 91).

⁽³¹⁾ Si veda, in particolare l'*Instruction sur la formation des assemblées représentatives et des corps administratifs* dell'8 gennaio 1790, esemplare per la chiarezza descrittiva del modello introdotto dalla Assemblea Nazionale, in DUVERGIER, *Collection complète des lois*, cit., t. 1, spec. pp. 100-105.

quasi per intero, con i suoi compiti regolativi, gestionali, prestazionali, il vuoto creato dall'abolizione dei corpi.

La divisione dei poteri opera quindi in Francia come discrimine epocale nei confronti degli assetti giustiziali di antico regime. Scioglie la realizzazione dei compiti pubblici dall'abbraccio della giustizia, nonché dalla confusione di *Gesetz* e *Befehl*; libera un'attività dello Stato che può definirsi di « amministrazione generale »; pone le premesse di un'organizzazione che è in senso stretto amministrativa.

La novità non consiste in un diverso quantum di apparati, ma in una visibilità costituzionale della funzione affatto nuova, determinata dal superamento del mosaico socio-istituzionale di antico regime e dalla circostanza che potestà e compiti pubblici, già individuati nel lungo itinerario della *police*, appartengono ora al monopolio esclusivo di una funzione statale, costituzionalmente isolata e caratterizzata.

Administration come potere generale sarà questo: presupporrà la centralità della legge; l'emersione di fini sostantivi dello Stato, della cui esecuzione, in un quadro tutto nuovo di subordinazione gerarchica che statualizza il territorio, proprio l'amministrazione è monopolisticamente affidataria; presupporrà, infine, la sparizione dei corpi e la completa neutralizzazione e formalizzazione della funzione giudiziaria.

Non ci sarà spazio, quindi, nell'itinerario francese, per una *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* alla Robert von Mohl: il *droit administratif* si svilupperà prescindendo dalle lontane radici della *police* di antico regime, muoverà direttamente dal quadro normativo fissato dalla Rivoluzione e dalla netta specialità costituzionale dell'amministrazione che Napoleone consegnerà alla Costituzione dell'anno VIII e alla coeva legge del 28 piovoso.

Già con il Consolato, l'amministrazione è divenuta ordinamento autonomo ed autosufficiente: ha una sua fonte esclusiva di produzione — i regolamenti di amministrazione pubblica —; una sua struttura esecutiva, capillarmente ramificata sul territorio — ministri, prefetti, sottoprefetti, sindaci —; una sua 'giustizia', in grado di « risolvere le difficoltà che insorgono in materia amministrativa » ed in grado pure di stabilire, « in virtù della decisione del Consiglio di Stato », i confini della responsabilità dei propri agenti, sulla base di quella garanzia amministrativa che riserva in pratica alla stessa amministrazione di decidere se aprire o meno la 'porta' all'azione giudiziaria⁽³²⁾.

Soffusa l'immagine ottantanovarda del potere esecutivo, coerente con un legicentrismo espressione di una Nazione costituente, il solco con la giustizia si è fatto ancor più profondo. L'amministrazione, forte della sua contiguità con il *Gouvernement*, è emersa con prepotenza come soggetto autonomo di potere.

(32) Si vedano almeno gli articoli 44, 52, 54, 75 della Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII e gli articoli 2, 3 e 4 della legge 28 piovoso anno VIII.

Sarà compito dei giuristi della Restaurazione, Macarel in testa, definire statuto giuridico ed istituti giuridici di questa amministrazione costituzionalmente isolata in tutta la sua specialità di organizzazione e di funzione.

4. Più controverso appare, invece, il quadro della *Policía* spagnola, ricostruito nel volume da Johannes Michael Scholz⁽³³⁾, secondo una partizione cronologica abbastanza consolidata, che muove dall'*Ordenanza de Intendentes* del 1749 e giunge sino all'istituzione, nel 1832, del *Ministerio de Fomento general del Reino*.

L'itinerario spagnolo si conferma di grande interesse, sia per la presenza di profili istituzionali propri della monarchia amministrativa, per più aspetti comuni alla vicenda francese, ma pure per la difficoltà di omologare in una struttura effettivamente nazionale le *Tantas personas como Estados* presenti su di un territorio in cui è forte la matrice pluralistica e corporativa e che tende alla « multiplicación des personas » e al « conjunto de elementos », più che alla « unidad de estado »⁽³⁴⁾.

Al tempo stesso, la circolazione e la traduzione di opere importanti della *Polizeiwissenschaft* e del *droit de police* — spiccano, ormai a ridosso della Rivoluzione francese, la traduzione nel 1784 dei *Grundsätze* di Justi e, addirittura nello stesso 1789, del *Traité* di Delamare — ne fanno, ancor più del caso italiano, un importante terreno d'indagine comparativa con la vicenda europea.

L'ipotesi di lavoro di Scholz appare particolarmente accattivante nelle pagine in cui s'indagano le articolazioni cattolico-inquisitoriali del fenomeno del disciplinamento in Spagna. Risulta, invece, meno convincente il tentativo di omologare l'itinerario spagnolo di formazione della statualità secondo una modellistica in cui *Sozialdisziplinierung* e *Staatswerdung* sono visti in modo strettamente correlato ed interdipendente, in polemica con una storiografia che ci ha presentato, con dovizia di documentazione, da Clavero ad Hespanha, un quadro articolato e composito di una vicenda irriducibile al solo polo monarchico-assolutistico.

Occorre, del resto, segnalare che la radicale contrapposizione interpretativa viene a calarsi anche nella lettura di autori decisivi nel passaggio spagnolo da antico a moderno, come Lázaro de Dou e Valentin de Foronda, per Scholz senza mezzi termini ascrivibili ad un'immagine tutta modernizzante incentrata sul *Verwaltungsstaat*, al

⁽³³⁾ J. M. SCHOLZ, *Policía. Zu Staat und Gesellschaft in der spanischen Neuzeit*, pp. 213-297.

⁽³⁴⁾ B. CLAVERO, *Tantas personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, pp. 82 e ss.

contrario in Clavero espressione di radicati equilibri corporativi, superabili soltanto con il pieno dispiegamento dello Stato liberale⁽³⁵⁾.

Un chiarimento sul punto da parte degli specialisti della realtà ispanica appare perciò essenziale ed urgente, proprio per il carattere emblematico sul piano comparativo che la vicenda spagnola sta dimostrando di assumere, tra Settecento ed Ottocento, come crocevia di una pluralità di flussi politico-giuridici e di una molteplicità di assetti istituzionali, dalla fondazione della monarchia amministrativa sino all'incontro con i modelli istituzionali della Rivoluzione francese.

5. La *Policey* tedesca non è invece oggetto di saggi specifici nel volume. È un po' però come se vi fosse continuamente sottointesa, presentandosi come referente ora esplicito ora implicito di ogni indagine.

È troppo presto, quindi, per poter parlare di un 'ritorno' problematico dello sguardo comparativo sull'interpretazione della vicenda tedesca: un 'ritorno' comunque auspicabile se si vuole evitare che il fenomeno del disciplinamento e dei correlativi processi di evoluzione istituzionale siano segnati dall'ombra di un nuovo 'germanismo'.

L'ampliarsi dello sguardo comparativo dovrebbe cioè essere anche l'occasione per una riproblematizzazione della stessa *Policey* tedesca, la cui interpretazione è, ancor oggi in gran parte affidata alle indagini ed ai modelli elaborati alla fine del secolo scorso, imprescindibili per molti versi, a partire dall'imponente documentazione archivistica che li sorregge, ma pur sempre pensati all'interno delle categorie del *Machtstaat* guglielmino⁽³⁶⁾.

Anche in Germania, la polizia viene da lontano, muove dagli orizzonti premoderni della *politeia* e della *politia*, dell'ordine interno alla città e dunque da quelle radici che il volume che qui si annota ha dimostrato essere ampiamente comuni alle diverse realtà territoriali della prima età moderna.

Caratteristica dell'itinerario tedesco è invece la lunga, lunghissima, durata della stagione della *Policey*: muovendo dal terreno della *prudencia civilis* e dalla dottrina luterana dell'autorità, la *Policey* assume contenuti sostanzialmente nuovi, più marcatamente normativi ed istituzionali, a partire dall'indomani della guerra dei Trent'anni, ma giunge

(35) SCHOLZ, *Policía*, cit., pp. 250-55; CLAVERO, *Tutela amministrativa o diálogo con Tocqueville (a propósito de 'Une et indivisible' de Mannoni, 'Sovrano tutore' de Mannori y un curso mio)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24(1995), pp. 430-44.

(36) Una valutazione equilibrata del contributo della storiografia ottocentesca — e di Otto Hintze, in particolare — ed insieme dei nuovi obiettivi della ricerca può leggersi in P. BAUMGART, *Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen. Zur Einführung und Problemstellung*, in *Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen*, hrsg. von P. Baumgart und O. Büsch, Berlin-New York, 1983, pp. 3-15.

poi ad accompagnare tutto il percorso settecentesco dell'assolutismo illuminato sino all'abbraccio con la tradizione liberale.

Ed è questo segmento cronologico che si protende, a differenza dei paesi segnati direttamente o indirettamente dalla Rivoluzione, ben dentro l'Ottocento, proprio di una categoria descrittiva strategicamente collocata tra antico e moderno, che può interessare la storia dell'amministrazione e del diritto amministrativo, di cui costituisce pur sempre un passaggio ineludibile, se non altro per la considerazione forte e diffusa, specialmente nella tradizione interpretativa ottocentesca, che *Policey* copra il campo concettuale di *Verwaltung*, abbracci la *Innenpolitik*, segni l'arretramento della *Justiz*, fissando un passaggio essenziale nell'evoluzione delle tipologie statuali.

Nella vicenda tedesca, le *Polizeiordnungen* travalicano rapidamente il livello degli ordini di polizia, disegnando il quadro normativo ed ideal-progettuale di un *État bien policé*, di uno Stato ben regolato e ben disciplinato⁽³⁷⁾: un assetto istituzionale che non è ancora in grado di identificarsi nello Stato delle nuove burocrazie commissariali, troppo circoscritte per numero e funzioni per supportare il grande quadro descrittivo dei compiti del monarca, e che rimane, dunque, pur sempre Stato di corpi, assetto plurale ed articolato, espressione di un *bon ordre* necessariamente diseguale, le cui gerarchie sociali devono essere normativamente salvaguardate.

Ordinanze di polizia e letteratura di polizia, anche se con scarti notevoli tra proclamazioni eudemonistiche e realtà effettuale, accompagnano lo spostarsi del baricentro politico e del modo di concepire la sovranità, dall'assoluto primato del *Roi justicier* verso quei nuovi compiti di prosperità e di benessere assunti dal « Vater des Vaterlandes »⁽³⁸⁾ e che ormai travalicano la semplice amministrazione della giustizia.

Le leggi di polizia divengono « die immer mehrere Verbesserung der Untertanen und der Kinder eines solchen Vaters »⁽³⁹⁾.

E basta sfogliare l'indice delle *Policeymaterien* contenuto nel primo tomo del *Repertorium*⁽⁴⁰⁾, basta passare in rassegna un qualsiasi manuale di diritto di polizia⁽⁴¹⁾, per veder scorrere un vero e proprio

⁽³⁷⁾ RAEFF, *The well-ordered Police State*, cit., pp. 43 e ss.; da leggersi con le osservazioni di R. SCHULZE, *La 'Policey' in Germania*, in *Filosofia politica*, II(1988), pp. 96-104, che ridimensiona l'ipotesi della modernizzazione attraverso la legislazione di polizia e riorbita il modello politico di *Polizei* nella sua inconfondibile dimensione attuale.

⁽³⁸⁾ G. H. ZINCKE, *Camerallisten-Bibliothek*, Leipzig, Jacobi, 1751, Teil 2, *Von der Policey-Wissenschaft*, § 25. Citiamo dalla ristampa Glashütten im Taunus, 1973, vol. 2, p. 363.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, § 25, p. 365.

⁽⁴⁰⁾ *Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit*, Bd. 1, cit., pp. 827-47.

⁽⁴¹⁾ Esemplifichiamo dall'*Handbuch des Teutschen Policeyrechts* di Günther Heinrich von Berg, il cui primo tomo appare — come abbiamo ricordato — nel 1799.

crescendo di settori, di materie, di compiti che al Re padre dei suoi sudditi vengono affidati per garantire il bene comune: dalla sicurezza pubblica e privata, delle persone, dei beni, della libertà, dell'onore, il novero dei compiti pubblici si apre ormai ad una *Wohlfahrtspolicey* che tutto sembra poter abbracciare, dal *Nabrungsstand* alla popolazione, alla sanità, all'ordine familiare, ai domestici, alla religione, alla *Bildung*, ai costumi, alla prevenzione dei disastri naturali, all'agricoltura, alle manifatture, ai commerci cittadini...

Gli undici settori individuati dal *Traité* di Delamare si aprono ad una complessità di obiettivi e di finalità che ancora alla fine del Settecento sembrano ispirarsi all'obiettivo mercantilistico, ben formalizzato alcuni decenni prima da Justi, di mantenere ed incrementare il patrimonio dello Stato ⁽⁴²⁾.

Quello che *Policey* ci descrive è già amministrazione?

Certamente sì, se la chiave di lettura di quel complesso mondo settecentesco la si ricerca nei paragrafi iniziali del *Deutsches Verwaltungsrecht* di Otto Mayer: per queste celebri pagine, l'esecutività e la specificità dell'amministrazione sono già raggiunte nello Stato di polizia, consistendo il compito successivo del *Rechtsstaat* esclusivamente nel ricondurre anche la *Verwaltung* — secondo un itinerario di giuridizzazione analogo a quello già percorso dalla *Justiz* — ad una, più o meno piena, sottomissione al diritto ⁽⁴³⁾.

Non solo l'amministrazione e la sua *Eigenständigkeit*, ma persino istituti giuridici tipici dell'amministrazione ottocentesca, l'esecutività, l'imperatività, la forza degradante del provvedimento, risultavano per Mayer, già acquisiti con lo Stato di Polizia. Solo il diritto amministrativo rimaneva da costruire — appunto la grande missione della giuspubblicistica ottocentesca —, estendendo il manto del diritto su rapporti comunque già esistenti e funzionalmente definiti.

Basta però risalire qualche decennio addietro per rintracciare nella *Verwaltungslehre* di Lorenz von Stein tutt'altre considerazioni: ignorata la distinzione tra *Justiz*, che niente altro è se non amministrazione giuridica, e *Verwaltung* e pure quella tra *Staat* e *Fiskus*, che saranno entrambe centrali nel modello interpretativo di Mayer, Stein, all'interno di una prospettiva di tipo 'costituzionale' che faceva perno sul rapporto tra *Gesetz* e *Verordnung*, ridimensionava l'esperienza dello Stato di Polizia a mero progetto filosofico infrantosi nelle resistenze dei ceti e nel muro degli *iura quaesita* ⁽⁴⁴⁾.

La lettura di Stein non si limita comunque a seguire il filo del

⁽⁴²⁾ JUSTI, *Grundsätze der Policeywissenschaft (in einem vernünftigen, auf den Endzweck der Policey gegründeten, Zusammenhange und zum Gebrauch akademischer Vorlesungen abgefasst)*, 3. Aufl. mit Verbesserungen und Anmerkungen von Johann Beckmann, Göttingen, Vandenhoeck, 1782, §§ 2-4, pp. 4-8.

⁽⁴³⁾ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895, Bd. 1, pp. 38 e ss.

⁽⁴⁴⁾ L. v. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Teil 2, *Die Lehre von der innern Verwal-*

rapporto tra validità ed effettività, tra la norma di polizia e la sua applicazione, ma offre un'interpretazione complessiva del fenomeno della nascita dell'amministrazione moderna.

Certo, amministrazione come semplice 'fare' dello Stato esiste anche nell'indistinzione tra *Gesetz* e *Verordnung*; ma amministrazione in senso proprio presuppone la novità costituzionale della *Vollziehung*, del potere esecutivo; presuppone una svolta costituzionale che, proprio perché fondata sulla centralità della legge e la separazione tra *legis latio* e *legis executio*, richiede il completamento di quella parabola da *ständisch* a *staatsbürgerlich* che di per sé travalica i confini dell'antico regime. Un passaggio essenziale, che serve a Stein per spiegare perché l'amministrazione come *Vollziehung* e, correlativamente, il diritto amministrativo, in Germania nascono tardi e debbano attendere il consolidarsi della monarchia costituzionale e delle idee di *Verfassung* e *Freiheit* ⁽⁴⁵⁾. Debbono attendere, cioè, che la legge si distingua dal regolamento ed occupi, in quanto risultato di una *Mitwirkung* tra principio monarchico e *Volksvertretung*, il vertice di una piramide tutta nuova nella gerarchia delle fonti.

Stein, da una prospettiva cronologicamente più arretrata rispetto a quella di Mayer, meno condizionata dalle tematiche della giustizia amministrativa e precedente alle sollecitazioni del metodo giuridico, confermava come fosse estranea alla letteratura settecentesca ogni raffigurazione in termini di funzioni e di tipologie di atti, maturando il confronto tra sentenza giudiziaria e provvedimento amministrativo solo all'interno di problematiche applicative proprie di sistemi, ormai evoluti e consolidati, di giustizia amministrativa. Quell'assenza, sul crinale settecentesco, di una riflessione in termini di funzione e di specificità di statuto giuridico che la faticosa e lenta sostituzione del lemma *Verwaltung* a quello di *Policey* confermava dal piano linguistico ⁽⁴⁶⁾.

Policey, quindi, può disegnare un percorso ora normativo ora concettuale che consente di individuare un campo di attività pubbliche distinte da quelle giudiziarie, ma solo ricorrendo ad anacronistiche forzature può essere equiparata all'immagine moderna e 'costituzionale' dell'amministrazione come *Vollziehung*.

Nell'orizzonte settecentesco della *Policey*, subito al di là dei proclami eudemonistici, ci si limita ad accompagnare la crescita di una serie, anche molto ampia, di compiti regolativi, il cui contenuto manipolativo è cresciuto con il mercantilismo, coerentemente alla costru-

tung, Stuttgart, 1866, pp. 17-21, le pagine dedicate al *Polizeistaat*. Citiamo dalla ristampa, Aalen, 1962.

⁽⁴⁵⁾ STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Teil 1, Abt. 1, *Die vollziehende Gewalt. Allgemeiner Teil, Das verfassungsmässige Verwaltungsrecht*, Stuttgart, 1868 (ristampa, Aalen, 1962), pp. 47 e ss.; pp. 93 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Sempre utile il vecchio studio di W. DAMKOWSKI, *Die Entstehung des Verwaltungsbegriffes. Eine Wortstudie*, Köln, 1969.

zione di uno Stato fiscal-militare che deve realizzarsi contemporaneamente al miglioramento della condizione economica dei sudditi (47).

A differenza degli ordinamenti amministrativi ottocenteschi, quelle attività non sono state però ancora interamente soggettivizzate — soggettivizzati sono solo alcuni doveri dello Stato che rimangono comunque funzionalmente indefiniti —, non sono monopolio di un'autorità amministrativa che ha il compito di realizzarle in via esecutiva e continuano ad essere condotte « in the forms of laws and regulations » (48).

Di certo, quei compiti non costituiscono attribuzione esclusiva delle burocrazie commissariali, né possono dirsi interamente statualizzati. Senza ruolo e funzioni dei corpi lo Stato assoluto non potrebbe essere mai *bien policé* ed il *bon ordre* risulterebbe compromesso in partenza.

La costruzione del *Gewaltmonopol* dello Stato si è dunque appena avviata.

6. Un'analisi della letteratura di polizia non sarebbe possibile in questa sede. Può essere utile, almeno per una prima approssimazione, ricercare un riscontro di questa sostanziale irriducibilità di *Policey* e *Verwaltung* nella sintetica e rigorosa articolazione normativa offerta, nel 1794, dall'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (49).

Il codice prussiano presenta, infatti, esattamente sul finire del secolo, un quadro particolarmente emblematico delle 'modernizzazioni' proprie di uno 'Stato di polizia'.

L'A.L.R. gettava una rete normativa notevolmente articolata, anche se limitata nella statualizzazione delle fonti, per il rilievo assegnato al principio di sussidiarietà, su di una società di corpi (50) cristallizzata nella pluralità degli *status* e nella conservazione dei *Privilegia* (51). Ma pure fissava un'iconografia complessiva del potere pubblico di grande impatto anche dal punto di vista funzionale (52).

(47) F. HARTUNG, *Studien zur Geschichte der preussischen Verwaltung*. 1. Teil, *Vom 16. Jahrhundert bis zum Zusammenbruch des alten Staates 1806*, ora in *Id.*, *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit. Gesammelte Aufsätze*, Berlin, 1961, pp. 195-97.

(48) RAEFF, *The well-ordered Police State*, cit., pp. 146-52.

(49) La recente ricorrenza del bicentenario ha stimolato una rivisitazione delle principali questioni storiografiche relative alla codificazione prussiana: cfr. *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, hrsg. von B. Dölemeyer und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 1995.

(50) Fissata nella celebre definizione 'corporativa' di società civile: « Die bürgerliche Gesellschaft besteht aus mehreren kleinern, durch Natur oder Gesetz, oder durch beyde zugleich, verbundenen Gesellschaften und Ständen » (I, I, § 2). Citiamo dalla *Textausgabe* del codice a cura di Hans Hattenhauer, Frankfurt am Main-Berlin, 1970.

(51) *Einleitung*, § 70.

(52) Racchiuso prevalentemente nei 18 paragrafi del titolo tredicesimo della seconda parte, dedicato a *Von den Rechten und Pflichten des Staats überhaupt*. Ci si è

Diritti e doveri dello Stato si concentrano nello *Staatsoberhaupt* ⁽⁵³⁾, che dispone del suo aiutantato civile e militare; corpo anch'esso tra i corpi, con i suoi diritti e i suoi privilegi, anche di foro personale ⁽⁵⁴⁾. I *Civilbeamte* ⁽⁵⁵⁾ dello Stato sono però già organizzati professionalmente, corpo burocratico fondato su proprie regole di reclutamento, gerarchia, con specifiche garanzie, individuali e d'ufficio ⁽⁵⁶⁾, anche se l'organizzazione per *Collegia* ⁽⁵⁷⁾ indebolisce la catena burocratica e riorbita i *Civilbeamte* verso forme di azione e di organizzazione aperte alla partecipazione dei corpi.

Lo *Staatsoberhaupt* ha precisi compiti — e relative facoltà e poteri — di assicurare *innere Ruhe, Sicherheit, Schutz*: compiti che si estrinsecano in concreto, prevalentemente, nella *allgemeine und oberste Gerichtsbarkeit*, oltre che nell'attività di prevenzione e di repressione.

All'articolazione per funzioni della sovranità si preferisce il tradi-

chiesti più volte in passato, a partire da un celebre articolo di Hintze — *Preußens Entwicklung zum Rechtsstaat*, ora in Id., *Regierung und Verwaltung. Gesammelte Abhandlungen zur Staats-, Rechts- und Sozialgeschichte Preussens*, hrsg. von G. Oestreich, Bd. 3, Göttingen, 1967, pp. 97-163 — se la Prussia da Cocceji a von Carmer avesse anticipatamente realizzato l'ottocentesca sovranità del diritto e, persino, se l'A. L. R. potesse rappresentare il *Grundgesetz* dello Stato fridericiano (H. CONRAD, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates*, ora in *Moderne Preußische Geschichte 1648-1947. Eine Anthologie*, hrsg. von O. Büsch und W. Neugebauer, Berlin-New York, 1981, pp. 598 e ss.). Per una corretta impostazione della questione, che muove dalla riconosciuta impossibilità della Prussia settecentesca di essere *Gesetzesstaat* in senso costituzionale, cfr. ora D. WILLOWEIT, *Was das Königreich Preussen ein Rechtsstaat?*, in *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, hrsg. von D. Schwab u. a., Berlin, 1989, pp. 451-64. Non è stata invece oggetto di sostanziali rivisitazioni interpretative, neppure nelle indagini recenti, la vicenda — al centro della ricostruzione di Hintze, che puntualizzava i risultati del saggio di Edgar Loening, *Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen*, in *Verwaltungsarchiv*, II(1894), pp. 217 e ss.; pp. 437 e ss.; pp. 437 e ss.; III(1895), pp. 94 e ss. — delle origini della giustizia amministrativa in Prussia, la cui lettura appare oggi troppo pesantemente condizionata dalle sensibilità ottocentesche.

⁽⁵³⁾ II, 13, § 1.

⁽⁵⁴⁾ Esiste un vero e proprio *Soldatenstand* cui si appartiene sino alla morte o alla cessazione del servizio di guerra (II, 10, § 64). Gli stessi funzionari civili, se « Königliche Beamte » godono « als Eximirte, eines privilegierten Gerichtsstandes » (II, 10, § 105) e vengono pure considerati come *Eximirte* con riferimento « auf bürgerliche Rechte, Lasten und Pflichten » (II, 10, § 112).

⁽⁵⁵⁾ II, 10, §§ 68 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Spiccano nel decimo titolo della seconda parte, dedicato a *Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staats*, la comminazione della nullità per gli atti di disposizione relativamente ad uffici (II, 10, § 73); ma anche le norme 'garantistiche' in tema di *Entlassung* dei funzionari (II, 10, §§ 94 e ss.). Notevole pure l'analitica previsione normativa per i reati di quei 'servitori del principe' che sono ormai divenuti *Diener des Staates* (II, 20, §§ 323 e ss.).

⁽⁵⁷⁾ II, 10, §§ 114 e ss.

zionale catalogo degli *iura maiestatis* ⁽⁵⁸⁾ — stabilire la pace e condurre la guerra; promulgare leggi e ordinanze di polizia; concedere privilegi ed esenzioni dalle leggi; comminare pene; batter moneta; fissare pesi e misure; levare l'imposta; esercitare la tutela su *Gesellschaften* ed *öffentliche Anstalten* —: un catalogo adeguato al nuovo ruolo assunto dalla burocrazia solo per la precisazione che l'ubbidienza dovuta al *Landesherr* la si deve pure al *Beamte des Staates*, nei limiti delle sue competenze.

Al *Wohl* ed alla *Sicherheit des gemeinen Wesens* è tenuto, per garantire l'armonia sociale tra le diverse articolazioni corporative della società, ogni membro dello Stato secondo il suo ceto ed il suo patrimonio ⁽⁵⁹⁾; ma compiti di *Vorsorge*, ai fini della realizzazione di quel bene comune e della relativa *Ordnung*, competono pure allo Stato, cui spetta « für Anstalten zu sorgen » ⁽⁶⁰⁾, tramite le quali possono essere procurati agli abitanti mezzi ed occasioni e possono essere sviluppate le loro capacità e forze per la promozione del proprio benessere privato.

Nell'assenza di un'amministrazione esecutiva, gli strumenti sono quelli tipici di antico regime: l'impianto regolativo-disciplinante garantisce la propria applicazione attraverso la minaccia della sanzione e le pene si confermano gli strumenti grazie ai quali « die Endzwecke der Polizeyanstalten erreicht werden müssen » ⁽⁶¹⁾.

I beni pubblici ricadono invece nell'esercizio delle *Regalien* ⁽⁶²⁾ — strade, fiumi, canali, porti, posta, mulini, res nullius, caccia, metalli, miniere —, che configurano il campo dei *Domainen- oder Cammergüter*, dell'amministrazione economica del principe, esercitata direttamente per mezzo di *Pachtbeamte* ⁽⁶³⁾ oppure affidata in 'concessione' tramite i tipici strumenti dell'*Erlaubnis*.

⁽⁵⁸⁾ II, 13, §§ 5-16.

⁽⁵⁹⁾ *Einleitung*, § 73.

⁽⁶⁰⁾ II, 13, § 3. Va tuttavia considerato che il termine *Anstalt* è qui usato nel suo significato settecentesco ancora privo dei risvolti organizzativi ed esecutivi che caratterizzeranno la nozione all'interno del diritto amministrativo maturo. Vedine una definizione in ZINCKE, *Cameralisten-Bibliothek*, Teil 2, *Von der Policy-Wissenschaft*, cit., §§ 29-33, che ritiene che il termine sia applicabile sì ad un *Policy-Collegium*, ma anche ad « ein Verzeichnis aller Getreide-Felder eines Landes » o ad « eine Liste vorhandener Handwerkern ».

⁽⁶¹⁾ JUSTI, *Grundsätze der Policywissenschaft*, cit., § 351, p. 300.

⁽⁶²⁾ Disciplinate dal quindicesimo titolo della seconda parte dedicato a *Von den Rechten und Regalien des Staats in Ansehung der Landstrassen, Ströbme, Hafen, und Meeresufer*. Le definizioni di *Fiskus*, nonché di *Domainen- oder Cammergüter* possono leggersi rispettivamente al § 1 e al § 11 del quattordicesimo titolo della seconda parte.

⁽⁶³⁾ Su questi amministratori dei *Domainengüter*, che pur rimanendo « wirtschaftende Privatleute » formano nel corso del '700 un corpo di tipo professionale, cfr. W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg. Studium, Prüfung und Ausbildung der höheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert*, Berlin, 1972, p. 45.

Si può quindi, ancora con Stein ⁽⁶⁴⁾, individuare la *Verwaltung* della *ständische Epoche* nelle *Regalien* e negli *Hobeitsrechte*, ma dato il carattere tradizionale di questi ultimi e la dimensione patrimoniale delle prime, quella *Verwaltung* non si discosta troppo dal quadro consueto, in antico regime, che vede affiancarsi, all'amministrazione economica del principe, forme più o meno articolate di eteroamministrazione giustiziale ⁽⁶⁵⁾.

È però la collocazione sistematica della polizia all'interno della funzione giurisdizionale, accanto alla giustizia civile e penale, in una versione tutta giustiziale che definisce la *Policey*, specificamente e soltanto come *Polizeygerichtsbarkeit* ⁽⁶⁶⁾, a confermare il mantenimento nell'A.L.R. di quella « *Sammelbezeichnung* » ⁽⁶⁷⁾ dei tradizionali poteri dell'autorità, non solo lontana dall'individuare una funzione materialmente amministrativa, ma pure incapace di autonomizzare completamente *Policey* e *Justiz*.

Lo *ius polittiae* prende forma giuridica all'interno del catalogo degli *iura maiestatica* secondo un'articolazione che vede ancora sostanzialmente contigue « *potestas iudiciaria, criminalis et polittiae* » ⁽⁶⁸⁾.

Dovremo aspettare formalizzazioni più tarde per una rappresentazione « *von dem Verhältnis der Policeygewalt zu der Justizgewalt* » ⁽⁶⁹⁾, che muovendo dalla 'specialità' delle leggi di polizia rispetto alle leggi civili e criminali ⁽⁷⁰⁾, giungesse ad isolare anche procedimenti applicativi funzionalmente distinti e quindi, anche, almeno in linea tendenziale, organizzativamente separati.

⁽⁶⁴⁾ STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Teil 1, Abt. 1, *Die vollziehende Gewalt*, cit., p. 96.

⁽⁶⁵⁾ Una recente descrizione di sintesi in L. MANNORI, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di Raffaele Romanelli, Bologna, 1997, pp. 46-53.

⁽⁶⁶⁾ II,17, §§ 10-17: si tratta di norme raggruppate sotto la rubrica generale di *Polizeygerichtsbarkeit*, che disciplinano il 'riparto' con la giurisdizione civile, fiscale e, soprattutto, penale, rinviando la delimitazione delle competenze alle ordinanze specifiche di polizia ed alle leggi provinciali, ma fissando comunque il principio generale che ricerca e pena nei confronti delle contravvenzioni alle leggi di polizia competono alla Giurisdizione di polizia, salvo il fatto configuri un reato criminale.

⁽⁶⁷⁾ P. NITSCHKE, *Von der Politeia zur Polizei. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der Polizei-Begriffs und seiner herrschaftspolitischen Dimensionen von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für historische Forschung*, 19 (1992), p. 16.

⁽⁶⁸⁾ J. S. PÜTTER, *Elementa iuris publici germanici*, Editio legitima IV, Goettingae, Bossiegel, 1766, §§ 391 e ss.; pp. 522 e ss.

⁽⁶⁹⁾ BERG, *Handbuch des Teutschen Policeyrechts*, cit., Teil 1, pp. 131 e ss.

⁽⁷⁰⁾ Un profilo questo già molto evidente nei *Grundsätze* di Justi, (§§ 381 e ss.; pp. 327 e ss.), che mette in luce i caratteri di continua *Verbesserung* ed *Abänderung* che contraddistinguono leggi che devono essere indirizzate costantemente « *auf den gegenwärtigen Zustand des gemeinen Wesens* » (§ 408, p. 349) e che richiedono perciò quella *genugsame Bekanntmachung* (§ 411; p. 353) essenziale per la conoscenza e l'osservanza di norme 'arbitrarie', sottoposte a continua modificabilità.

La raffigurazione giustiziale delle funzioni non arresta comunque l'impulso disciplinante-regolativo né smorza il carattere spesso pletorico delle disposizioni, che pure, per l'impianto sussidiario del codice, demandano alle ordinanze provinciali gran parte della disciplina. Secondo un luogo comune alla letteratura di polizia⁽⁷¹⁾, la tutela ed il controllo appaiono onnipresenti.

Si confermano così le duplicità e le contraddizioni messe in luce da Koselleck, ed ancor prima da Stein⁽⁷²⁾: lo Stato si basa sull'ordine cetuale, ma al tempo stesso lo assume alle sue dipendenze; lo Stato impone cambiamenti, ma riconoscendo diritti e privilegi frena il cammino delle riforme.

La soggettivizzazione statale dei compiti esiste, ma non è affatto sostitutiva di quella dei corpi: ad essere assente è proprio il monopolio delle funzioni amministrative che lo Stato detiene in via esclusiva e generale. Così, per l'affollamento del panorama dei soggetti di diritto pubblico è relativa la contrapposizione tra la *Selbständigkeit* dello Stato e l'individuo e le stesse utilità di *Sicherheit* e *Wohlfahrt*, più che prestazioni direttamente derivanti dalla sostanza amministrativa che lo Stato possiede e che cede alla società, rappresentano il risultato del complesso ed articolato impianto regolativo che disciplina insieme i compiti del principe e quelli dei corpi.

L'ampia proiezione disciplinante risalta in materia religiosa, dato anche che le *Kirchengesellschaften* devono infondere ubbidienza alle leggi e fedeltà allo Stato⁽⁷³⁾, e nel notevole progetto educativo che fa di scuole ed università delle *Veranstaltungen des Staates*, la cui istituzione è sottoposta ad autorizzazione e la cui attività, che deve svolgersi in conformità alle *Schulordnungen*, è soggetta a controllo. L'educazione primaria rimane comunque compito delle diverse confessioni religiose e delle relative *Stiftungen*, tanto da svolgersi sotto il controllo insieme del magistrato di polizia e del Prevosto⁽⁷⁴⁾ e solo i docenti dei licei vengono qualificati *Beamte des Staates*⁽⁷⁵⁾.

(71) Dalla centralità dello *ius supremae inspectionis* nella stessa definizione di *ius politiae*, nella prima edizione (1754) degli *Elementa iuris publici germanici* di Pütter (§ 529), sino al ricorrente impiego dei termini di *Direction und Aufsicht* e naturalmente di *Vorsorge* nei *Grundsätze* di Justi (§§ 270 e ss; § 350; §§ 419 e ss.). Nell'A. L. R. tutela e cura sono compiti tipicamente statali: vedi per esempio II, 18, § 1, che pone i sudditi incapaci di provvedere a sé stessi « unter der besondern Aufsicht und Vorsorge des Staates ».

(72) R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, Stuttgart, 2. Aufl., 1981, trad. ital., *La Prussia tra riforma e rivoluzione. 1791-1848*, Bologna, 1988, spec. pp. 165-66. Già Stein, *Die Verwaltungslehre*, Teil 2, *Die Lehre von der innern Verwaltung*, cit., pp. 17 e ss., aveva messo in luce l'insanabile contrasto tra le « belle dottrine » dell'eudemonismo e la proclamata sacertà dei diritti e *privilegia* esistenti.

(73) II, 11, § 13.

(74) II, 12, § 13.

(75) II, 12, §§ 1 e ss.

Impulso disciplinante-regolativo e forte componente tutoria si associano, tradizionalmente, alla relativa centralità della giurisdizione. Il profilo funzionale si conferma quindi assente nell'A.L.R., nonostante i 'doveri' dello Stato e l'emersione di obiettivi materiali e sostantivi del centro.

Certo, l'immagine pre-moderna della tutela ha cambiato obiettivi. La *Policey* richiede ora che il « Governo conosca la forza del tutto » (76); presuppone « die Kenntnis des Staates » (77). Mentre la tutela si esercitava su di una periferia sconosciuta, è emerso ora con forza un profilo nuovo che presuppone la conoscenza del paese: una conoscenza che può essere acquisita tramite la statistica, la cartografia, l'aritmetica politica, la demografia, i catasti.

La proporzione del tutto con le parti deve essere puntualmente determinata: lo stato della popolazione; la sua distribuzione nelle diverse province; i maritati ed i celibi; le confessioni religiose; gli stati di vita; gli impieghi. È una conoscenza del paese da impiegare per le operazioni delle finanze; la politica annonaria; la disciplina delle manifatture; la vigilanza dello stato morale e la polizia di sicurezza; il più razionale sfruttamento delle risorse. Ed è una conoscenza del paese che muove dal potere pubblico per un uso pubblico, che richiede nuove tecniche di raccolta e di elaborazione dei dati e delle notizie (78) e che si acquisisce anche grazie alla rete commissariale che s'inizia a diffondere sul territorio.

L'A.L.R. conferma, dunque, nella sua cristallizzazione normativa, l'estrema complessità del procedimento evolutivo in corso nel Settecento prussiano. Da un lato, la difficoltà, sul piano funzionale-organizzativo, di archiviare il modello di Stato regolativo-giudiziario tipico della realtà europea di antico regime, è tangibile; dall'altro, l'arretratezza funzionale non può nascondere la sostanziale metamorfosi dei semplici compiti di tutela di un equilibrio già dato e preesistente l'autorità, in un processo discendente dall'alto che attiva nuovissime esigenze di conoscenza del paese e mette in moto veri e propri strumenti di governo.

La contrastata affermazione della specialità della *Policeygewalt* ne è in qualche il modo il simbolo a livello di raffigurazione scientifica, condensando le novità ed i limiti di un itinerario di crescita del potere pubblico che si dispiega per intero secondo tipologie e compatibilità ancora lontane dal monopolio statale delle funzioni amministrative che

(76) SONNENFELS, *La scienza del Buon Governo*, cit., p. 23.

(77) JUSTI, *Grundsätze*, cit., § 6, p. 9.

(78) Si vedano, a titolo di esempio, i modelli statistici elaborati da Justi per il computo di manifatture e prodotti: *Grundsätze*, cit., §§ 122 e ss., p. 138 (*Tabelle über das Manufactur-Wesen*) e p. 155 (*Tabelle von dem Zustand der Manufacturen, Fabriken, und Handwerken*).

l'apertura costituzionale dello spazio amministrativo dischiuderà nella Francia della Rivoluzione.

7. Sembra dunque difficile continuare ad affidare la specificità tedesca a quell'immagine di compiuto Stato amministrativo disegnata dalla storiografia politica e giuridica ottocentesca. Quella specificità rileva per un uso più persistente e duraturo, nonché quantitativamente più rilevante, delle ordinanze di polizia, ma in un quadro regolativo e disciplinante comune a quasi tutte le realtà di antico regime; per un rilievo più consistente dell'elemento cetuale in funzione applicativa; per la scientificizzazione settecentesca del campo della *Police* con il relativo sviluppo, anche universitario, della *Kameralausbildung*, sino all'autonomizzazione di un vero e proprio *Polizeirecht*.

L'estraneità ai processi di modernizzazione individualistica appare tuttavia quasi completa: il mondo della *Policey* si conferma non solo precedente ed estraneo ad ogni prospettiva 'costituzionale', ma anche al di qua di quella svolta fisiocratica in cui, per la prima volta, gli affari si comincia a volerli amministrare da sé⁽⁷⁹⁾, con una carica potentissima di dissoluzione dell'eteroamministrazione assolutistica e di dissacrazione del Sovrano Padre e del Sovrano Tutore, che non a caso si esprime nella completa disattivazione della tutela e nel progetto più radicale di autoamministrazione, pensato nel Settecento prerivoluzionario e, parallelamente, nella prefigurazione di un'unità nazionale costruita tramite la rappresentanza.

Proprio per l'incapacità di rompere l'abbraccio corporativo, il modello prussiano, al contrario dell'immagine diffusa che lo vede come modello di rapida conquista della centralità amministrativa, rivela, una volta proiettato sul piano comparativo, non poche lentezze di percorso⁽⁸⁰⁾, dovute all'ingombro delle persistenze cetuali e alle notevoli difficoltà di integrale statualizzazione del territorio: una statualizzazione che si fermerà, ancora all'inizio dell'Ottocento, al confine del livello distrettuale e municipale, nella struttura collegiale dei Governi provinciali⁽⁸¹⁾.

(79) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, in *Oeuvres complètes*, a cura di J.-P. Mayer, tm. II, Paris, 1952, vol. I, p. 215: « Les Français ne se bornaient plus à désirer que leurs affaires fussent mieux faites; ils commençaient à vouloir les faire eux-mêmes... ».

(80) La stessa istituzione del *Generaldirektorium*, nel 1723, che segna in Prussia l'approdo settecentesco alla monarchia amministrativa, è costretta a conservare un'articolazione organizzativa che sovrappone *Real- und Localprinzip* a conferma del sostanziale pluralismo delle province, di quei *Preußische Staaten*, di quei territori plurimi ed articolati, sino a questo momento riuniti esclusivamente tramite l'unione dinastica. Un quadro di sintesi può leggersi in W. NEUGEBAUER, *Zur neueren Deutung der preußischen Verwaltung im 17. und 18. Jahrhundert in vergleichender Sicht*, in *Moderne Preußische Geschichte*, cit., pp. 541-97.

(81) KOSELLECK, *La Prussia tra riforma e rivoluzione*, cit., pp. 272 e ss.

Questo comporterà a lungo il mancato inserimento della direttrice centro-periferia all'interno della prospettiva amministrativa statale e, quindi, la difficoltà di realizzare una catena esecutiva capillare paragonabile a quella francese.

Così, la stessa celebre immagine di Koselleck della Prussia come Stato amministrativo⁽⁸²⁾ è in realtà del tutto priva dei contenuti che definivano l'analogo modello di Mayer: semplicemente, quell'immagine interpreta il fatto che qui le riforme non sono come in Francia il prodotto della società borghese che si modella lo Stato, ma, piuttosto, il risultato di un'iniziativa della stessa *Regierung* che assolve al suo compito 'illuminato' di modernizzare gli assetti attuali e di creare una società borghese.

In assenza di un autonomo sentiero costituzionale, lo stesso valico tra *ständisch* e *staatsbürgerlich* viene così ad incunearsi, in Germania, all'interno dell'itinerario *Polizeiwissenschaft-Polizeirecht-Verwaltungsrecht*, che non esaurisce quindi il proprio significato sul piano pubblicistico delle istituzioni, degli apparati, delle tecniche di amministrazione, ma viene ad inglobare anche l'evoluzione-trasformazione « dal suddito al borghese »⁽⁸³⁾, dal primato del *Polizeirecht* al primato del diritto privato, parallelamente all'enucleazione di una società civile liberatasi dalle contaminazioni dell'antica *societas civilis sive status*, e caratterizzata ormai esclusivamente per il suo significato socio-economico. Una società che non ha più bisogno delle paterne cure del sovrano, che non deve più essere preservata nei suoi molteplici equilibri corporativi da una minuta rete normativa, né piegata a pesanti obiettivi mercantilistici, ma che può autofondarsi, affidandosi alle potenzialità realizzative del cittadino e che reclama, perciò, soltanto e semplicemente sicurezza.

È comprensibile, quindi, che gran parte dell'attenzione storiografica si sia concentrata in Germania, dalla fine dell'Ottocento ad oggi, intorno alla stessa definizione di *Policey*, a partire dalla delicata interpretazione delle varianti definitorie presenti nelle opere di Pütter⁽⁸⁴⁾ ed al loro vero o supposto influsso sull'A.L.R. e specialmente sulla clausola generale contenuta nel § 10 del titolo 17° della seconda

⁽⁸²⁾ KOSELLECK, *La Prussia tra riforma e rivoluzione*, cit., pp. 175 e ss.; del resto, il termine *Verwaltung* nel significato moderno di funzione e organizzazione amministrativa — di *staatliche Verwaltung* — è accertato in Germania soltanto da metà dell'800: cfr. H. E. BÖDEKER, 'Verwaltung', 'Regierung' und 'Polizei' in *deutschen Wörterbüchern und Lexika des 18. Jahrhunderts*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, I(1989), pp. 15-32.

⁽⁸³⁾ Una stimolante ricostruzione di questo itinerario in P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, tm. I, *Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, 1984, pp. 53 e ss.

⁽⁸⁴⁾ Basti qui rinviare all'attenta analisi di P. PREU, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, Göttingen, 1983, pp. 167 e ss.

parte⁽⁸⁵⁾, che sembrava anticipare una declinazione formalizzata e delimitata al solo ambito della sicurezza, della pluralità di fini tipica dell'antica *Policey*.

Quelle definizioni, di fronte alla persistente estraneità di una dimensione costituzionale non solo nell'articolazione dei poteri dello Stato, ma ancor di più nell'itinerario della cittadinanza, hanno finito per condensare la formalizzazione giuridica dell'avvenuto superamento della prospettiva mercantilistica e paternalistica a favore della recezione dei nuovi principii elaborati dalla scuola economica classica e dalla fisiocrazia, che imponevano la progressiva delimitazione dei compiti della *Policey* e quindi l'abbandono dell'obiettivo della *Glückseligkeit* per la semplice *Gefahrenabwehr*.

Meno rilevante è apparsa la prospettiva funzionale dell'articolazione dei poteri pubblici, anche perché non c'era da spiegare l'isolamento di categorie come quella di *Administration générale de l'État*, coniata dall'Assemblea nazionale costituente, e ci si poteva tranquillamente affidare all'assoluta continuità politico-istituzionale, formalizzata, sin dal secolo scorso, nella secca contiguità-alternanza *Polizeistaat-Rechtsstaat*, sulla base di contenuti tipologici mediati dall'imporsi della vulgata risalente alla lettura di Otto Mayer.

Questo ha fatto sì che la prospettiva funzionale, lo stesso superamento dello Stato di giustizia in Stato amministrativo, fossero automaticamente retrodatati alla vicenda sei-settecentesca, oppure assunti nei loro risvolti formalistici, secondo una linea evolutiva più volte ripercorsa e che dalla scienza della polizia conduceva alla scienza dell'amministrazione e quindi al diritto amministrativo; dalla scienza dei fini materiali al diritto delle forme e degli istituti, da Justi a Lorenz von Stein, sino ad Otto Mayer. E magari studiati, ma soltanto dai giuristi, in funzione della decrittazione dei diversi *Ressortsreglements* e, più tardi, delle origini della giustizia amministrativa.

Solo in tempi molto più recenti, questa prospettiva ha conosciuto uno sviluppo significativo di storia istituzionale, nel momento in cui ci si è posti il problema di verificare in concreto, a cavaliere tra Settecento ed Ottocento, il contrastato delinarsi di veri e propri apparati esecutivi di polizia nei diversi territori tedeschi.

Si tratta di indagini ancora qualitativamente disomogenee e terri-

(85) II, 17, § 10: « Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Público, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Policey ». Il dibattito che l'interpretazione di questa disposizione normativa ha suscitato, a partire dal saggio di H. ROSIN, *Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrecht in Preußen*, in *Verwaltungsarchiv*, Bd. 3(1895), pp. 249-365, è lungi dall'essere concluso. Vedi per una sintesi NITSCHKE, *Von der Politeia zur Polizei*, cit., pp. 18 e ss.

torialmente circoscritte ⁽⁸⁶⁾, ma pure degne di attenzione, se non altro perché confermano la forte discrasia esistente tra il piano normativo e quello dell'applicazione e la lenta contraddittorietà che contraddistingue la costruzione di apparati esecutivi sul territorio, tanto da mettere in dubbio la stessa tenuta storiografica del modello dello Stato di polizia, che per l'estrema difficoltà di tradurre sul piano esecutivo delle funzioni e dell'organizzazione il grande progetto disciplinante, si vede ora costretto a sfumare i suoi tratti in una nuova, evanescente mitologia.

Siamo ancora lontani da una completa rivisitazione della sequenza delle tipologie statuali così come descritta dalla modellistica ottocentesca, ma sin d'ora può dirsi che la costruzione della *Zwangsgewalt* e del *Gewaltmonopol* dello Stato sono tornati anche in Germania a costituire un pressante interrogativo storiografico.

Questo non diminuisce, ma semmai accresce il valore comparativo della vicenda tedesca, che offre la possibilità di seguire il passaggio *Policey-Verwaltung* in un quadro privo di frattura costituzionale ⁽⁸⁷⁾ e resistente al superamento dell'ordine cetuale, in cui non solo nessuna « constitutionelle Verfassung » vedrà la luce sino al tornante quarantottesco, ma in cui il progetto 'amministrativo' faticcherà anche a realizzare « die Verfassung der Verwaltung » ⁽⁸⁸⁾: quella costituzione amministrativa che nel progetto di Stein e Hardenberg doveva introdurre in Prussia la *Staatsverfassung* di cui il paese era privo.

La rappresentazione scientifica sarà così costretta ad inserire i nuovi valori della « Freiheit des Bürgers » e la sua stessa « selbstständige Ausbildung » all'interno del quadro tradizionale di quella *Polizeiwissenschaft* in cui « ancora non era spuntato il sole di Adam Smith » ⁽⁸⁹⁾.

A lungo, anche nelle realtà territoriali sud-tedesche, si avrà soltanto una *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, non invece un diritto amministrativo in senso proprio. Il procrastinarsi della

⁽⁸⁶⁾ Cfr. A. FUNK, *Polizei und Rechtsstaat. Die Entwicklung des staatlichen Gewaltmonopols in Preußen 1848-1914*, Frankfurt am Main, 1986; W. BUTZ, *Der Polizeibegriff im Herzogtum Braunschweig-Wolfenbüttel. Umfang und geschichtliche Entwicklung bis 1806*, Braunschweig, 1986; P. NITSCHKE, *Verbrechensbekämpfung und Verwaltung. Die Entstehung der Polizei in der Grafschaft Lippe 1700-1814*, Münster-New York, 1990: il paragrafo dedicato a « Der Mythos vom Polizeistaat » può leggersi alle pp. 190-93.

⁽⁸⁷⁾ Un passaggio che proprio per questo necessariamente si articola in modo progressivo e non per drammatiche discontinuità, attraverso « eine Art Rationalisierung und Spezifikation der polizeistaatlichen Erfahrung des 18. Jahrhunderts nach dem neuen 'Organisationsprinzip' »: P. SCHIERA, *Polizeibegriff und Staatlichkeit im aufgeklärten Absolutismus. Der Wandel des Staatsschutzes und die Rolle der Wissenschaft*, in *Aufklärung*, 7(1992), n. 2, *Staatsschutz*, hrsg. von D. Willoweit, p. 95.

⁽⁸⁸⁾ D. GRIMM, *Verfassung. Konstitution, Grundgesetz(e) von der Aufklärung bis zur Gegenwart*, in H. MOHNHAUPT-D. GRIMM, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, 1995, pp. 117-18.

⁽⁸⁹⁾ Le citazioni sono tutte tratte da R. v. MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. 1, Tübingen, Laupp, 1832, p. 7; p. 52.

frattura costituzionale ritarderà la stessa emersione della *Verwaltung* e del suo diritto, impedendo di renderla immediatamente visibile come specifica funzione dello Stato. L'amministrazione, come potere generale, e il diritto amministrativo saranno così in Germania tarde creature ottocentesche, possibili compiutamente solo quando il processo di costruzione della società borghese verrà definitivamente completato.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO'
NELL'ANNO ACCADEMICO 1996/97

Il giorno 30 novembre 1996, per iniziativa del nostro Centro, è stata presentata in Firenze, nella sede di Villa Ruspoli, la nuova Rivista scientifica “ Diritto privato ”, diretta da Giovanni FURGIUELE. Ha presieduto Alberto TRABUCCHI, dell'Università di Padova. Hanno svolto interventi Guido ALPA, dell'Università di Roma I; Giovanni B. FERRI, della Università di Roma I; Giovanni GABRIELLI, della Università di Trieste.

Il giorno 18 aprile 1997, sempre per iniziativa del nostro Centro, è stato presentato il volume di Bartolomé CLAVERO: *Tomás y Valiente - Una biografía intelectual*. Sono intervenuti Pedro CRUZ VILLALÓN, della Università di Sevilla, Magistrado Constitucional; Antonio M. Hespanha, della Università Nuova di Lisboa; Mario SBRICCOLI, della Università di Macerata.

Durante il 1997 ha visto la luce il volume 25(1996) dei nostri “ Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ”, con contributi di Stolleis, Scattola, Duso, Schaub, Portillo Valdés, Grossi, Clavero, Fantappiè, Lopez y Lopez, Monheit, Schlosser, Fioravanti, Vincenzo Ferrari, Giovanni Rossi, Volante, Cappellini, Cazzetta, Furguele, Montesano, Eduardo Grasso, Sordi, Vallejo, Cannada Bartoli, Casetta, Corciulo.

Durante lo stesso 1997 è stato poi pubblicato — quale n. 50 della ‘Biblioteca’ del Centro — il seguente volume: *Giuristi e legislatori - Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*. Il volume raccoglie gli ‘atti’ dell'Incontro di studio organizzato dal Centro e tenutosi in Firenze nei giorni 26-27-28 settembre 1996.

Sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio i dottori Maria Francisca GAMEZ MONTALVO (della Università di Granada), Cecilia SALVAGO GOMEZ (della Università di Sevilla), Manuel MARTINEZ NEIRA (della Università Carlos III di Madrid).

JAN SCHRÖDER

RICORDO DI HERMANN DILCHER

La seconda domenica d'Avvento dello scorso anno, l'8 dicembre 1996, è morto a Bochum Hermann Dilcher, professore ordinario ed emerito di Storia del diritto moderno e diritto civile presso la locale Ruhr-Universität. Era nato il 24 novembre 1927 a Francoforte sul Meno e aveva iniziato, a partire dal 1946, lo studio universitario con Filosofia, Storia e Filologia classica, per poi dedicarsi, dal semestre invernale 1948/49, alla Giurisprudenza. Concluse il suo corso di studi superando brillantemente nel 1952 e, rispettivamente, nel 1957 il primo ed il secondo esame di stato per le materie giuridiche. La sua carriera scientifica e accademica si aprì con la *Promotion* conseguita nella stessa città di Francoforte sotto la guida di Gerhard Schiedermaier con riferimento ad un tema di diritto processuale: era l'anno 1953. Dopo un lungo periodo di lavoro presso l'Istituto di diritto Romano e Storia della Recezione diretto da Helmut Coing, nel 1960 Hermann Dilcher ottenne l'*Habilitation*, sempre a Francoforte, per le materie di diritto Romano, diritto Civile e diritto processuale civile. In seguito ricoprì incarichi d'insegnamento nelle Università di Saarbrücken e Münster. Nel 1962 accettò la chiamata come ordinario dell'Università di Kiel, e, dal semestre invernale 1965/66, gli fu affidata la cattedra dell'Università di Bochum, laddove si può dire che appartenesse al ristretto gruppo di ordinari dalla fama ormai consolidata che furono inseriti nell'Università della sua città natale appena fondata allo scopo di costituirne, in certo modo, le colonne portanti. Rimase a Bochum sino al momento della sua emeritazione, conferitagli al termine del semestre invernale del 1992/93.

Hermann Dilcher fu senz'altro uno dei più rappresentativi ed eminenti Medievisti della sua generazione per quanto riguarda le

ricerche storico-giuridiche. Già il lavoro del 1960 con il quale ottenne la libera docenza (“ Die Theorie del Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten ”), una ricerca di carattere storico-dogmatico sulla giurisprudenza medievale di diritto comune, lo segnala — lui, che ha appena compiuto trentadue anni — “ come uno tra i pochi autentici e profondi conoscitori delle fonti giuridiche medievali ” (Hermann Lange). Dilcher si interessava però, cosa peraltro del tutto inusuale anche tra specialisti del suo rango, non soltanto per le fonti ‘scientifiche’ di diritto comune civilistiche e canonistiche — lo sguardo di una persona che entrasse nel suo studio non poteva far a meno di essere attirato da un’edizione della Glossa sempre aperta e ben in vista su di un alto scrittoio —, ma anche per la legislazione territoriale del Medioevo. Una predilezione del tutto speciale mostrava per la legislazione italiana meridionale ed in particolare per quella siciliana di Federico II: non per caso al più significativo di questi esempi legislativi, le “ Costituzioni di Melfi ” (1231), è dedicata una delle opere storico-giuridiche capitali del Nostro, il volume “ Die sizilische Gesetzgebung Kaiser Friedrich II. ” del 1975. Si tratta di una sorta di commentario ‘genetico’, di un’opera paziente di scoperta e catalogazione delle fonti che funsero da modello per le singole prescrizioni contenute nel testo legislativo, che viene per l’occasione scomposto dal Dilcher nei suoi più minuti elementi costitutivi (le “ Rechtsgedanken ”, per così dire i più intimi nuclei ideali giuridici generativi). Soltanto un medievista dalla formazione ampia ed enciclopedica come Dilcher poteva osar di intraprendere una simile ricerca improntata alla minuziosa verifica delle fonti, raggiungendo con la medesima un livello di rigore metodologico tale da individuare parametri di ricerca che sono tuttora irraggiungibili per la maggior parte degli storici del diritto del settore. Accanto a molti altri lavori di minor mole, ancora una volta Dilcher ebbe a mostrare la sua costante passione per queste tematiche, dedicando loro una bellissima ‘lezione di commiato’ nelle aule dell’università che per tanti anni l’aveva visto nel pieno della sua attività; nel febbraio del 1993 concluse infatti la sua operosa stagione pronunziando una *Abschiedsvorlesung* dal titolo più che significativo; “ Die historische Bedeutung der Assisen von Ariano für Süditalien und Europa ”.

Anche il diritto civile tedesco deve a Hermann Dilcher e alla sua

straordinaria capacità di lavoro un *opus magnum*, e vogliamo far riferimento al suo contributo alla dodicesima edizione dello *Staudingerskommentar* al BGB. Dilcher per quella edizione provvide alla rielaborazione dell'intera sezione dedicata alla parte generale del BGB con l'eccezione del diritto delle persone e, dopo la sua emeritazione, riuscì ancora a portare a termine la parte relativa alle "cose" per la tredicesima edizione. Una notevole fama gli è pure derivata in forza dei suoi manuali "programmati", che compose insieme al suo gruppo di lavoro di Bochum dopo aver esperito una lunga serie di testi ed essersi consultato con specialisti dei profili psicologico e pedagogico. In questi manuali viene intrapreso il tentativo di suddividere la materia dei diritti reali e di obbligazione in singole 'unità di apprendimento' sufficientemente perspicue e quindi facilmente dominabili da parte del lettore, che viene inoltre incoraggiato ed aiutato a controllare da sé medesimo il grado di comprensione raggiunto con l'introduzione, in ogni 'unità', di domande in forma di test e di alcuni semplici casi concreti da risolvere. In questa ottica si è rivelato molto utile, in particolare, il volume dedicato al "Sachenrecht", come è del resto confermato dal suo successo, testimoniato dalle ben cinque edizioni tra il 1968 e il 1990. Dilcher fu così uno dei primi giuristi che si sforzarono di adeguare la struttura dei corsi e del materiale didattico alle esigenze della nuova università di massa ormai alle porte, e i suoi manuali rappresentano in questo senso delle prestazioni che non è esagerato definire pionieristiche, anche se oggi la programmazione dell'apprendimento mediante l'utilizzazione dei personal computer ha aperto prospettive del tutto diverse.

Hermann Dilcher soleva dire che gli interessavano due cose, la sua scienza e "il modo migliore in cui se ne potesse, insegnando, far partecipi gli studenti": e sotto entrambi i profili gli arrise un eguale successo. Era un uomo di profonda gentilezza e sempre disponibile alla collaborazione; e tuttavia ammetteva soltanto pochi nella sua intimità. Il suo, com'egli stesso lo definiva, "neurotico amore della libertà" manteneva le distanze e cercava la distanza. Da Bochum un distacco gli era possibile attraverso i suoi regolari viaggi intorno al mondo, in occasione dei quali una selezionata cerchia di destinatari poteva godere del privilegio di ricevere numerose cartoline postali, che pure nella brevità obbligata dei loro testi contenevano spesso

sorprendenti e lucidissime valutazioni ed analisi su genti e paesi. Nell'autunno del 1996 rientrò dal suo ultimo viaggio, in Nepal, gravemente ammalato. Hermann Dilcher era una personalità di quelle che s'incontrano solo molto raramente; un gran signore che, cresciuto quando le condizioni della ricerca scientifica e dell'università potevano ancora sembrare idilliche, si trovò proiettato in un difficile confronto con l'università di massa, e al quale tuttavia riuscì, con una tensione massima di tutte le sue forze, sia di mostrarsi all'altezza delle nuove esigenze dello studente 'medio', sia, contemporaneamente, di mantener fede anche alle sue proprie e rigorose aspirazioni scientifiche. Se la generazione di docenti che seguirà sarà ancora in grado di riuscirci, a nessuno è dato sapere, e il nostro pensiero si volge a Hermann Dilcher con ammirazione e con la dolorosa commozione del commiato.

Per Francisco Tomás y Valiente
(1932-1996)

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO

RECUERDO DE FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE,
UNIVERSITARIO E HISTORIADOR DEL DERECHO

A Francisco Tomás y Valiente le arrebataron la vida inesperada y violentamente, en una acción terrorista, el 14 de febrero de 1996. En afectuosas líneas fechadas al día siguiente, el 15 de febrero, el Director de Quaderni me pedía unas páginas para esta Revista en recuerdo del historiador del Derecho prematura y trágicamente desaparecido. Mi respuesta a tal solicitud no podía ser sino afirmativa. Escribo, pues, a instancia de parte, atendiendo a la honrosa y amistosa demanda de Paolo Grossi, que me saca de mi dolorido mutismo para delinear aquí en ceñida síntesis los rasgos de la personalidad de Tomás y Valiente sedimentados en mi memoria tras una relación que se inició en abril de 1965, apenas unos meses después de su incorporación a la Facultad de Derecho de Salamanca en la que yo me encontraba entonces a punto de finalizar mis estudios de licenciatura.

Dado que entre 1980 y 1992 formó parte del Tribunal Constitucional español, primero en calidad de magistrado y luego, desde 1986, como presidente; que la dedicación a la justicia constitucional absorbió durante ese prolongado período la mayor parte de su actividad; que en la etapa postrera de su vida perteneció al Consejo de Estado como consejero electivo y, más tarde, permanente, no será ocioso advertir que no voy a ocuparme ahora — salvo indirectamente y en la medida que resulte insoslayable, porque el decurso de los seres humanos no consiente compartimentos estancos — de su actuación en la esfera jurisdiccional ni a evocar su acusada y creciente significación pública, sino sólo su trayectoria académica, esto es, según reza el título de estas páginas, su perfil como univer-

sitario e historiador del Derecho, sin olvidar que la repugnancia que a mi maestro le producían la adulación y la hagiografía obligará a emplear el registro de la sobriedad y a mantenerse en el tono de la mayor sencillez de que se sea capaz.

Francisco Tomás y Valiente era un mediterráneo, un español de la periferia. Como le complacía recordar, al igual que José Ribera, el gran pintor afincado luego en Nápoles, un « español valenciano », pues en Valencia había nacido a fines de 1932. Ni mi precisión geográfica es superflua ni su alusión al Spagnoletto mera concesión retórica o adorno literario. Cuando Tomás y Valiente decía o escribía « yo también soy y me reconozco español-valenciano », estampaba una afirmación cargada de sentido. Se comprobará más adelante. En su ciudad natal cursó la licenciatura en Derecho y escuchó las primeras lecciones de Historia del Derecho de quien a la sazón ocupaba la cátedra en la Facultad valenciana, José María Font Rius, excelente profesor y escrupuloso investigador del cual conservó siempre Tomás y Valiente inmejorable recuerdo y que poco después regresaría a la Universidad de Barcelona.

Sus años de formación como profesor e investigador de la historia jurídica hispánica transcurrieron en Valencia y a continuación, entre 1962 y 1964, en la Facultad de Derecho de la entonces única Universidad de Madrid. Dirigió su tesis doctoral sobre el proceso monitorio Víctor Fairén Guillén, ilustre procesalista con vocación de historiador y amplísimos conocimientos del desenvolvimiento histórico de aquella rama del Derecho, al que Tomás y Valiente también distinguió siempre con su respeto y cálido afecto. Maestros suyos fueron, ulterior y sucesivamente, Juan García González en Valencia y Alfonso García-Gallo en Madrid. Junto a ambos preparó sus primeras investigaciones posteriores a la tesis doctoral, que vale la pena registrar no sólo por su calidad, reveladora de la soltura y rigor en el manejo de las fuentes, de la capacidad de construcción, de la claridad expositiva y, en suma, de la temprana maestría de su Autor sino, además, porque contienen algo más que el germen de varios rasgos perdurables, implícitos desde el principio en la obra de investigación que Tomás y Valiente comenzó a llevar a cabo entre 1958 y 1964. Si los estudios sobre *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés* (en el *Anuario de Historia del Derecho español*, en adelante *AHDE*, 30, 1960) y *El perdón de la*

parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII) (en *AHDE*, 31, 1961) revelan su persistente atracción por la temática penal y procesal, el estudio institucional de *Los validos de la monarquía española del siglo XVII* (Madrid, 1963) acredita su simultáneo interés por la exploración del comportamiento del poder político en la España moderna, a la vez que corrobora su usual recurso a fuentes inéditas y, por ende, a los archivos.

Lo anoto porque ni una cosa ni otra, es decir, la atención a los siglos modernos y el trabajo de archivo, eran entonces moneda de uso corriente entre los historiadores españoles del Derecho, anclados con fuerza en el medievalismo y los textos publicados, y sólo a fines de los cincuenta y comienzos de los sesenta algunos jóvenes cultivadores de la Historia jurídica sin conexión entre sí empezaron aquí o allá — Alfonso Guilarte en Valladolid, Jesús Lalinde en Barcelona, Tomás y Valiente en Valencia y Madrid — a rebasar decididamente la Edad Media y a desbordar la reglamentaria consulta de los fueros municipales y de los grandes cuerpos legales; a adentrarse en la época moderna, a frecuentar la doctrina jurídica del pasado y a aventurarse en el manejo de los legajos de los grandes archivos.

La Universidad de Valencia contaba en aquellos años con un plantel de excelentes historiadores con los que Tomás y Valiente trabó amistad, compartió inquietudes y mantuvo provechosa relación intelectual. En momentos en los que la historiografía española comenzaba a desperezarse de un prolongado letargo, producto en buena parte de nuestro aislamiento cultural, no era fácil conocer y lograr cierta familiaridad con tendencias recientes como, por ejemplo, la Escuela de *Annales*, asimiladas y difundidas a la sazón en Valencia por activos catedráticos de la Facultad de Filosofía y Letras como Juan Reglá (discípulo dilecto de Vicens Vives) o José María Jover, coautores junto con Antonio Ubieto y más tarde Carlos Seco de una *Introducción a la Historia de España* que simbolizaba la apertura a nuevas corrientes y alcanzó considerable influencia y enorme éxito en la década de los sesenta. Me acuerdo del placer con que Tomás y Valiente evocaba lejanas conversaciones con Reglá sobre el deslumbrante libro de Braudel, así como de su conocimiento de primera mano de las preocupaciones de Jover, que había estado engolfado durante años en el estudio de la estructura de la

Monarquía hispánica, sus conflictos con los reinos de la Corona de Aragón y la decadencia del siglo XVII.

* * *

Tomás y Valiente obtuvo la cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de La Laguna en 1964 y, tras una corta estancia en Tenerife, accedió en los meses finales de ese año, en virtud de concurso de traslado, a la misma cátedra en la Universidad de Salamanca, donde permanecería hasta su promoción al Tribunal Constitucional en 1980. En esos quince o dieciseis años de exclusiva dedicación a la universidad y a la Historia del Derecho satisfizo su vocación docente, elaboró la mayor y mejor parte de sus publicaciones, desplegó su magisterio, se elevó a la madurez. La etapa salmantina no fue, pues, una etapa entre otras. Desde el punto de vista universitario y en lo que a la Historia del Derecho atañe constituyó el período central, principal y más fecundo de su vida.

En alguna otra ocasión he expuesto mis impresiones acerca de la Universidad de Salamanca, y en particular su Facultad de Derecho, a mediados de los años sesenta. Con motivo de la investidura de Tomás y Valiente como doctor *honoris causa* del Estudio salmanticense en marzo de 1995 tuve la oportunidad de recordar lo que esta Universidad había sido entonces, algo más de treinta años atrás, y de glosar las vertientes a mi parecer más destacadas de la personalidad académica de mi maestro. Como mis opiniones no han cambiado — si acaso se han acrisolado —, espero se me disculpará si reitero ahora valoraciones anticipadas entonces y si emito juicios que sigo considerando válidos y fundados; válidos por fundados.

Al despuntar la década de los sesenta, lo cierto es que la Facultad de Leyes salmantina, como tantas otras de otras tantas ciudades españolas, no había superado la ramplonería, la aplastante mediocridad, la desesperante rutina de una posguerra inacabable, cuyos efectos algunas individualidades descollantes pero aisladas habían sido incapaces de remontar. Menudeaban todavía los profesores altaneros que durante meses no se dignaban comparecer en las aulas; los personajes genialoides sin nada que enseñar; los presuntos sabios ágrafos y los « guadalajaristas » impenitentes. En pocos años, el acceso a la cátedra de una nueva generación contribuyó a alterar esa situación con inusitada rapidez y, ya que no a desterrarla por

completo, a abrir al menos una fase de intensa renovación y hondas transformaciones. En la Facultad de Derecho de Salamanca coincidieron varias personalidades poderosas, enterizas, de incuestionable relieve, muy distintas entre sí, que ofrecían, empero, múltiples rasgos comunes. Su relativa juventud. Su origen foráneo y consiguiente carencia de servidumbres y prejuicios localistas. Su profunda vocación universitaria. Su ejemplar laboriosidad. Su inconformismo. Su independencia de criterio. Su abierta disposición intelectual. Su firme exigencia de rigor. Su profesionalidad. Su dinamismo. Su amor al estudio. También la conciencia de su valía y, desde luego, de su responsabilidad en el seno de una institución tan decaída como insustituible. A esa Facultad en plena ebullición se incorporó Tomás y Valiente en 1964 y en ese grupo de profesores activos e insobornables se integró de inmediato. Sin pérdida de tiempo recogió el testigo de su predecesor, José Martínez Gijón, que había dejado al abandonar Salamanca una estela de seriedad y de dedicación sin tacha, había extendido alrededor de la Historia del Derecho un aura de respetabilidad y prestigio y había creado un Seminario provisto de fondos bibliográficos selectos y nada desdeñables.

Tomás y Valiente empezó a desempeñar las tareas propias de un profesor universitario con absoluta entrega y aun entusiasmo, sin desmayo, diría que con devoción. Planificaba detenidamente el curso y cuidaba hasta el mínimo detalle cada una de las clases. Nunca improvisaba en el aula ni consintió que lo hicieran quienes le rodeaban. Reunía en grado envidiable las cualidades susceptibles de convertir a un docente en profesor excepcional. Hablaba con aplomo, en tono reposado, sopesando las palabras, con dominio completo de sus resortes y de los recursos de la exposición oral. Irradiaba energía y seguridad en sí mismo. Sus lecciones eran piezas auténticamente magistrales construidas con esmero, a manera de eslabones engarzados sin violencia en la cadena del curso. En correcto castellano, con dicción natural, impecable, planteaba las cuestiones, desgranaba los problemas y relacionaba los diversos aspectos de la materia en un ejercicio cotidiano de soberano dominio de la asignatura, que le permitía aunar la vastedad de panorama característica de la síntesis con el análisis cuidadoso del matiz. Su discurso fluía sencillo y claro, con esa facilidad engañosa, sólo aparente, de las piezas flexibles mas recorridas en el fondo por un

hilo lógico tendido con implacable coherencia y lubricadas por una inagotable capacidad de sistematización. Para ser un profesor de los quilates de Tomás y Valiente no basta con poseer amplios conocimientos. Se requiere *además* — digo *además* —, acaso entre otras cosas, voluntad de entrega y entera conciencia de la trascendencia social de la universidad, o sea, de la labor que se lleva a cabo día a día en el aula. Vocación y ansias de superación no le faltaban, en verdad, pero en último término su ilusión permanentemente renovada provenía del convencimiento de la importancia del quehacer docente y de la universidad misma.

Cuando ahora releo pronunciamientos tardíos de Tomás y Valiente sobre la universidad, apreciaciones sobre el *alma mater* vertidas en el tramo final de su vida, advierto que su idea de la institución universitaria maduró tempranamente, me percaté de que experimentó una evolución mínima a lo largo de los años, y comprendo mejor porqué, junto a un puñado de colegas que sustentaban muy similares puntos de vista, pudo coadyuvar a elevar la Facultad de Derecho de Salamanca a cotas de verdadera excelencia.

Concebía la universidad como sede de la razón crítica en la que, lejos de limitarse a transmitir de modo repetitivo y mecánico saberes inertes supuestamente *útiles*, es preciso enseñar a pensar críticamente y a descubrir nuevas verdades; es menester formar profesionales, sí, pero también satisfacer el afán de saber por el saber mismo; hay que atender de manera creativa a los saberes básicos, fundamentales, y procurar la renovación y enriquecimiento del patrimonio intelectual recibido. La más específica función universitaria era para Tomás y Valiente la investigación, de suerte que — son sus palabras — « donde no se crea ciencia, donde no se investiga, (...) no hay universidad », y *a sensu contrario*, « sólo allí donde se cultive este afán por el saber desconocido, por la investigación rigurosa y libre y por la comunicación viva y aún no vulgarizada de lo descubierto y pensado, sólo allí habrá verdaderos universitarios y universidades verdaderas ».

Cuidaba, pues, y concedía extraordinaria importancia a la docencia. Disfrutaba en el aula. Sin embargo, acabamos de comprobarlo, consideraba que su prolongación en el quehacer investigador constituía la tarea medular y más genuina de la universidad. No eran frases huecas. Por lo mismo que no sentía empacho en decir lo que

pensaba, era persona consecuente que ajustaba su actuación a lo que proclamaba y que, persuadido de que una universidad insensible al acicate de la investigación se hallaba condenada a languidecer y a desnaturalizarse, dedicó de hecho largas horas a la preparación de sus publicaciones. La placidez provinciana de Salamanca, las ilimitadas posibilidades de disfrute de un Seminario bien nutrido, la atmósfera estimulante de una Facultad en alza, fueron algunos de los factores que, unidos a sus cualidades personales, a su talento, a su laboriosidad y perseverancia, a su capacidad de trabajo, le permitieron forjar una obra de investigación copiosa y de alta calidad.

Entre las publicaciones de Tomás y Valiente aparecidas inmediatamente después de su marcha de Madrid o ultimadas al poco de establecerse en Salamanca, hallamos algunas que deben su origen a ciertas convenciones todavía imperantes en aquellos años en el reducido mundo de los historiadores españoles del Derecho, así como a las servidumbres o condicionamientos impuestos por el sistema de oposiciones a cátedra entonces vigente. Quien deseara realizar los ejercicios de que constaba la oposición debía aportar al inscribirse, por imperativo reglamentario, un « trabajo de firma » — que era el nombre con el que se le designaba en el argot de la época — inédito. Reinaba, por otra parte, el consenso, impuesto por los viejos maestros (todo hay que decirlo), al que García-Gallo recomendaba vivamente a sus discípulos atenerse, en el sentido de que los opositores, en particular aquellos que presentaran a la consideración del correspondiente tribunal trabajos de investigación referidos a materias de Derecho público (a instituciones políticas, por ejemplo, gubernativas, etc.) debían compensar tales inclinaciones eligiendo en cambio para su desarrollo en el tercer ejercicio de la oposición un tema de Historia del Derecho privado. Repárese en que, acertadamente o no, la regulación de las oposiciones se basaba en el principio implícito de que, con independencia de sus legítimas preferencias personales, los aspirantes a la obtención de una cátedra debían poseer una formación completa y acreditar también, por tanto, un conocimiento discreto de aquellos sectores de la asignatura más alejados de sus gustos y preocupaciones habituales. Como, por otra parte, la historia del Derecho privado contaba con escasos cultivadores, la virtual necesidad de exponer una « lección magistral » sobre un tema precisamente jurídico-privado carente hasta

entonces de tratamiento doctrinal aceptable contribuía — según los defensores de tan discutible opción — a paliar vacíos y a colmar lagunas, porque era frecuente que el texto de dicha lección, convenientemente revisado y ampliado, se publicase luego de concluída la oposición. Parecidos argumentos — ampliar y diversificar la formación de los historiadores del Derecho, mejorar el estado de la investigación — invocaban los maestros más influyentes al sugerir (?) a los jóvenes la elaboración de algún trabajo que obligase a sumergirse en las fuentes romano-visigóticas y altomedievales, entre éstas a ser posible las de reinos no castellanos si de ordinario se cultivaba la historia del Derecho castellano, o viceversa. Tales eran las « reglas » al uso. Por eso las relaciones de publicaciones de los catedráticos españoles de Historia del Derecho pertenecientes a determinadas generaciones se encuentran trufadas de títulos excéntricos a las verdaderas preocupaciones de sus respectivos autores. Los predecesores habían diseñado un canon que era imprudente ignorar.

A ese canon responden algunos trabajos redactados por Tomás y Valiente ya en Salamanca, pero cuya génesis se remonta al período anterior o bien obedece a encargos ajenos a su línea de investigación. Pienso en *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes* (en *AHDE*, 36, 1966), o en *Las fianzas en los Derechos aragonés y castellano* (en *Recueils de la Société Jean Bodin*, 29, 1971). *La sucesión...* contiene el texto reelaborado de la lección magistral expuesta por el Autor en las oposiciones a las que concurrió con éxito en 1964, y constituye un precioso exponente del tratamiento que García-Gallo aconsejaba a sus discípulos imprimir a los temas elegidos para la indicada ocasión: una lección « río » que abarcase desde la época romana a la codificación.

Mas, entre el equipaje con el que compareció en Salamanca, se encontraban también algunos otros artículos recientes, amén de proyectos y de obras en curso de realización. Valgan por todos el artículo sobre *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, testimonio de su paso fugaz por la Universidad tinerfeña (se publicó en los *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho*, I, 1964); la primera redacción del estudio sobre el Derecho penal moderno; el proyecto de monografía sobre la venta de oficios en la España moderna. He ahí prefiguradas dos de las tres grandes

líneas de investigación que Tomás y Valiente desarrollaría en su etapa salmantina.

La primera de esas líneas, referida a materias de historia del Derecho penal y del proceso penal, quedó ejemplarmente plasmada en el libro sobre *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* (Madrid, 1969), cuya preparación venía ocupándole desde años atrás y que en su versión inicial le había servido en 1964 como trabajo de firma. En Salamanca fue objeto de reelaboración completa, reescrito en su totalidad, considerablemente ampliado y enriquecido con el capítulo referente a la doctrina jurídico-penal de la época y a sus presupuestos ideológicos. No sólo es una de sus obras a mi juicio más logradas, sino también de las más representativas de sus postulados metodológicos y de su técnica de trabajo, que se transparentan en la delimitación cronológica de la materia, en la elección de las fuentes utilizadas y en el enfoque que impregna esas páginas. Es, en efecto, el estudio de un modernista que entreteje los textos legales con los testimonios doctrinales (de juristas, teólogos y filósofos) y con la consulta en los archivos de numerosos procesos penales. Y ello no precisamente por prurito de erudición: por pura necesidad derivada de las coordenadas que vertebran el libro: la preocupación por trascender la óptica jurídico-formal, por indagar la paralela práctica penal y por descubrir la función desempeñada por los mecanismos punitivos en el entramado político y social de la época.

Basta con leer la « reflexión final » con la que se cierra el libro, o la conferencia que pronunció en el ciclo celebrado en la Facultad de Derecho de Salamanca en marzo de 1971 y que constituye el colofón de los « estudios históricos » reunidos en *La tortura en España* (Barcelona, 1973), para persuadirse de que, como confesó en el volumen póstumo *A orillas del Estado* (Madrid, 1996), Tomás y Valiente fue siempre un « lector vicioso acostumbrado a relacionar lo que lee con lo que vive y con problemas de la convivencia presente o reciente ». Ya lo era entonces y siguió siéndolo hasta el final de su vida también a la hora de escribir o, aún antes, de seleccionar y encarar los temas de sus investigaciones. Por eso sus publicaciones expresan igualmente de modo indefectible un compromiso cívico, y se encuentran traspasadas por la inquietud que le producían los problemas del aquí y del ahora, esto es, de la España

de su tiempo. Tras los estudios dedicados a materias de Derecho penal y procesal penal, como la tortura, o al pensamiento de Beccaria (por él trasladado de nuevo a la lengua castellana), late la inocultable preocupación por el hombre real y concreto; por el respeto de los derechos humanos, y en particular de las garantías procesales de los reos, tan maltratadas por la Dictadura; por la violencia, por las causas profundas de la delincuencia, por la subsistencia de la pena capital, por los objetivos y límites del Derecho. La conferencia mencionada de 1971 concluía precisamente con unas frases en las que la apología del Derecho desembocaba en la asunción de la regla de oro del humanismo: « Esa es la más alta misión del Derecho y del jurista: la de defender jurídica y eficazmente el máximo respeto posible para los derechos del hombre. Porque pienso, y de eso sí que estoy seguro, que (...) no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre ».

Estricto observante de los fueros de la erudición, que jamás menospreció y a los que siempre se atuvo rigurosamente, poseía además, como he insinuado, un raro instinto para elegir y moldear la temática objeto de investigación y para tratarla de forma incitante, cristalina, interesante, sugestiva para un círculo de lectores potenciales más amplio que el de los especialistas. Mas erraría quien confundiese esa facilidad con el mero sentido de la oportunidad. La verdad es que procedía de causas mucho más profundas. Tomás y Valiente era la antítesis del intelectual desdeñoso, encerrado en la ya tópica torre de marfil, aficionado a las disquisiciones bizantinas e indiferente a su entorno social. Con la mayor naturalidad concebía el compromiso intelectual como un auténtico deber cívico. Era su implicación cordial en los asuntos de cada día la que le proporcionaba esa capacidad para conectar con las preocupaciones de sus semejantes y para ofrecer respuestas a sus demandas.

De ahí que el estudioso del Derecho criminal del Absolutismo, el traductor del emblemático Beccaria, el heredero, en suma, de la tradición del humanitarismo ilustrado, no olvidara ni un instante que los individuos viven en sociedad y agrupados en comunidades políticas, es decir, organizados políticamente. Justamente la consideración de diversas vertientes, aspectos o problemas, de la organización política e institucional castellana e hispánica nutrió la se-

gunda línea de investigación desarrollada por Tomás y Valiente durante su fecunda estancia en Salamanca.

Si tuviera que sintetizar sus premisas y sus aportaciones en este terreno, diría que, al penetrar en este ámbito, albergaba el propósito de contribuir a desvelar la organización de la monarquía absolutista y las particularidades del ejercicio del poder por sus titulares. Al cumplimiento de ese designio dedicó numerosos trabajos, de los que constituye una buena muestra — sólo eso, una muestra ejemplificadora — el libro editado bajo el título *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen* (Madrid, 1982), que acomuna desde el estudio sobre la Diputación de las Cortes de Castilla en el siglo XVI (el más antiguo de los incluidos en el volumen) hasta los que versan sobre juristas del Antiguo Régimen como Castillo de Bobadilla, Santayana y Bustillo y Rodríguez Campomanes, pasando por otros sobre la Inquisición o las ventas de oficios. Sin descender, en aras de la brevedad, a la mención individualizada de cada uno de los artículos que sería posible subsumir en esta vertiente, creo que resulta inexcusable ocuparse cuando menos de tres puntos particularmente relevantes y expresivos de la trayectoria investigadora de Tomás y Valiente en este orden de cosas. Por una parte, del puñado de trabajos dedicados a las ventas de oficios en Castilla, tema en el que invirtió mucho tiempo y esfuerzo, al que tenía el proyecto de destinar una gruesa monografía y que, entre tanto, fue esclareciendo en una serie de artículos sobre aspectos parciales, alguno de los cuales adquirió tal extensión que se desgajó del tronco común y mereció por sí solo todo un libro aparte (*La venta de oficios en Indias (1492-1606)*, Madrid, 1972). Aunque carezcamos de la frustrada exposición general, los estudios que publicó son suficientes para iluminar una vez más los presupuestos metodológicos y la técnica de trabajo de Tomás y Valiente: análisis inicial — espléndido — de los orígenes bajomedievales; inmersión en los siglos modernos; consideración no sólo del régimen legal — en esta ocasión bastante parco — sino también de las vertientes doctrinal y práctica, con el consiguiente examen, por un lado, de la doctrina jurídica de la época y de abundante documentación inédita, y por otro de las implicaciones sociales y políticas (extrajurídicas) de la patrimonialización y tráfico de los oficios públicos.

Me parece también ineludible reparar, en segundo lugar, en la

colaboración de Tomás y Valiente al volumen vigésimo quinto de la *Historia de España* fundada por Menéndez Pidal y dirigida por José María Jover, para el que redactó el Prólogo y la extensa parte titulada *El Estado del siglo XVII: el gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos* (Madrid, 1982). Dicho título ya representa por sí solo una toma de posición conceptual contundente. Para Tomás y Valiente, los factores y fenómenos que se fueron trenzando en el curso de la baja Edad Media desembocaron durante el reinado de los Reyes Católicos en «la aparición de un verdadero Estado. Esto es: de una instancia superior de poder, concentrada en torno a la persona del monarca, como titular de un ‘poderío real absoluto’, e independiente de la Iglesia y del emperador». Sobre esa base, lo que a lo largo de esas páginas se lleva a cabo es no tanto la disección del Estado hispánico del siglo XVII cuanto la consideración de la Monarquía hispánica de los Habsburgos en su conjunto, porque la amplitud de los planteamientos y la riqueza de la información trascienden con mucho del reinado de Felipe IV y proporcionan un panorama completo de las dos centurias protagonizadas por los Austrias. Tomás y Valiente desgrana la exposición de los fundamentos y caracteres de ese Estado, del régimen del rey, del aparato institucional de la monarquía y, por último, de las instituciones de los reinos hispánicos en particular, facilitando así una síntesis muy personal, a mi entender no superada, que ha marcado un hito en el estado de la cuestión. Antes, en el precioso Prólogo, había mostrado al lector la complejidad de las nociones al uso en el lenguaje de la época de *patria* y de *nación*; se había preguntado «¿qué era España?» y había concluido por afirmar que «el problema principal de España en el siglo XVII es el constitucional».

Por debajo, como es sólito, la inquietud inesquivable por el presente y una concepción de la Historia como vivero de reflexiones y depósito de enseñanzas para nuestra adecuada inserción en aquél. «Ejerzo — escribe — como puedo y sé el oficio de historiador, convencido de que su razón de ser consiste en que la historia escrita ayude a entender el tiempo que el historiador y sus lectores viven, la sociedad en que conviven. Lo cual — prosigue — se logra estudiando no sólo el pasado más reciente, sino todos los estratos que constituyen las sucesivas capas de la historia». De lo que se trataba en esta ocasión era de *entender* la génesis y el despliegue del Estado

en los siglos modernos; de esa realidad, pues, meramente histórica y, por ende, relativa, ni divina ni natural; de ese artificio imponente, proteico, que nos acompaña y disciplina desde el orto de la Modernidad; de las pulsiones, mecanismos e instrumentos del poder político en su específica concreción estatal-absolutista.

Mas, en tercer lugar, no de todo ni de cualquier Estado, claro es, sino justamente del que se forma y simultáneamente contribuye a conformar a « esto que llamamos y llamaban ya entonces (en el siglo XVII) España ». He ahí otra de las preocupaciones cardinales de Tomás y Valiente como historiador y como ciudadano. El tercer panel del tríptico es precisamente éste: tras el hombre y sus derechos y la articulación estatal del poder político, el proceso de constitución histórica de España y « de las naciones de la nación española ». Cuando, ya al final de la exposición, después de haber examinado los conflictos entre los reinos que estallaron en el reinado de Felipe IV, la separación de Portugal y el intento secesionista de Cataluña, avista el momento de enfundar la pluma, concluye Tomás y Valiente con estos párrafos que suponen, sin duda, el testimonio más elocuente de su *modus operandi*, de su manera de encelar al lector y de cultivar la Historia. Merecen ser reproducidos en su integridad:

« Tal vez perciba el lector atento que estos últimos párrafos están escritos con una profunda preocupación por el presente, con la mirada dividida entre el ayer y el hoy. Pienso que así debe escribirse y así cobra sentido la historia. Porque quienes escribimos o leemos la de ayer somos los mismos que vivimos la del presente. Y en éste los problemas entre la unidad y la diversidad de España son acuciantes.

Claro es que no se plantean como en el siglo XVII. No me resisto, sin embargo, a dejar enunciadas dos reflexiones. Por una parte, que la realidad de España ni puede desconocerse, ni debe esgrimirse como arma para negar la personalidad de sus partes. España no es una ficción, sino una comunidad nacional compuesta y compleja. Pero también hay que comprender y admitir que el reconocimiento jurídicopolítico de sus componentes no debe encerrar privilegios incompatibles con un principio anacrónico para el siglo XVII, pero irrenunciable en nuestros días: el de una organización democrática valedera para todos los españoles.

Por otra parte, que los movimientos nacionalistas en cualquier siglo son distintos a los movimientos y luchas de clase (estas no son las únicas que mueven la marcha de la historia), y que aquéllos pueden provocar y enmascarar alianzas de clase en beneficio de las más poderosas. Los movimientos nacionalistas se suman o se restan a los de clase y pueden, por tanto, servir unas veces de fulminante y otras de freno para las reivindicaciones de las clases inferiores. Si se pretende proteger e impulsar éstas, no se debe potenciar con exceso aquéllos.

Reflexiones — concluía — tal vez obvias. Pero es preferible repetir lo ya sabido que olvidarlo ».

Se convendrá en que la idea de la Historia que subyace a los párrafos anteriores no consentía la perpetuación de cotos vedados a la consideración de los historiadores del Derecho ni se compadecía con la llamativa indiferencia de los cultivadores de la historia jurídica hacia el período liberal. No sorprende que Tomás y Valiente, uno de los pioneros, como se ha visto, del estudio de la Edad Moderna, abriera durante su etapa salmantina una tercera línea de investigación que suponía la incursión decidida y sin complejos en el Derecho e instituciones surgidas de la revolución liberal, en las que, salvo en muy contados casos, los historiadores juristas no habían osado penetrar. Acaso nadie se haya esforzado en España tanto como él por ampliar al máximo desde el punto de vista cronológico el territorio de la Historia del Derecho, y en concreto por incorporar a nuestros estudios el análisis del antaño denostado ciclo liberal.

Tomás y Valiente había empezado a ocuparse en sus clases con creciente morosidad de las peripecias del Liberalismo en España y de las profundas transformaciones que a consecuencia de aquéllas se produjeron en el mundo del Derecho. La exposición de esa materia obligaba a detenerse en la descripción de los cambios que trastornaron el régimen de la propiedad agraria. Tomás y Valiente no tardó en advertir las imprecisiones e insuficiencias con que la doctrina trataba del fenómeno desamortizador, que pronto convirtió en objeto de un seminario. Su consideración de las sucesivas políticas desamortizadoras atravesó por las fases de las que él mismo ha dejado constancia: la conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores de la Propiedad plasmó en un extenso artículo publicado en el número 473 de la *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* (1969) y cristalizó, finalmente, tras la oportuna y acostumbrada ampliación, en el libro sobre *El marco político de la desamortización en España* (Barcelona, 1971), que alcanzó inmensa difusión y ha conocido numerosas ediciones. Una vez más, Tomás y Valiente dio en la diana. En momentos de revalorización de los estudios sobre el siglo XIX en general y la revolución liberal en particular, proporcionó lo que el estado de la investigación demandaba clamorosamente: una exposición panorámica rigurosa y ceñida de la instru-

mentación jurídica del proceso desamortizador y de su trasfondo « metajurídico », es decir, de los objetivos políticos (y en su caso sociales y fiscales) perseguidos a este respecto, primero por los gobernantes ilustrados y, más tarde, y sobre todo, por los liberales. El volumen devino herramienta imprescindible para la legión de investigadores que por entonces acometían el estudio de la desamortización desde la perspectiva de la Historia general o de la Historia económica, a quienes facilitó un esquema precioso e insustituible de la trayectoria legislativa del fenómeno y de su incardinación en la política de la época.

Por lo demás, Tomás y Valiente no abandonó tras la publicación de *El marco político...* el estudio de la desamortización sino que, como resultaba habitual en él y he puesto de relieve en relación con otras materias, prolongó la exploración de ese gran núcleo temático en otras direcciones, brotando así una serie de valiosos artículos y colaboraciones diversas — algo más de media docena — que complementaron el libro mencionado. Es lástima que en su día no quedaran agrupados en un volumen independiente, porque componen un conjunto poliédrico, sumamente armónico, en el que cada cara enriquece a las restantes.

Mientras tanto, varias y muy importantes cosas acontecían en España a mediados de los setenta a las que un ciudadano atento, un profesor de Derecho dotado de la personalidad, provisto del bagaje intelectual y portador de la idea de la Historia de Tomás y Valiente no podía permanecer ajeno. « La historiografía — recuerda en 1977 — está tan ligada al presente, que difícilmente puede imaginarse un interés vivo hacia temas del pasado, si esos mismos temas no despiertan interés referidos a la actualidad ». Esas frases pertenecen a un artículo aparecido cuando el país atravesaba por una situación rígorosamente constituyente y que lleva por título *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español* (en *Sistema*, 17-18, 1977). Representaba la emergencia, dentro de la línea de investigación referida al período liberal, de un nuevo foco de atención que no surgía al azar y que Tomás y Valiente dejó más que perfilado en el tramo final de los años salmantinos (al que nos vamos acercando). Si se lee ese artículo con detenimiento, y acto seguido el que sobre *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español* preparó poco después para su inclusión en el volumen cincuenta (de

1980) que el *Anuario de Historia del Derecho español* dedicó como homenaje a la egregia figura de Alfonso García-Gallo, el inolvidable maestro de la Historia del Derecho español, enseguida se descubre que, en efecto, ninguno de los dos contiene observaciones improvisadas, sino una visión muy trabada -repito- de las bases de una Historia del constitucionalismo español a la altura de las exigencias de nuestro tiempo. El primero aporta los presupuestos metodológicos, y el segundo ofrece un agudo y original esquema interpretativo del devenir constitucional español, es decir, en conjunto, el cañamazo de una Historia constitucional alternativa a la excelente pero ya anticuada de Sánchez Agesta y que me consta que Tomás y Valiente proyectó todavía en Salamanca, antes, por tanto, y con entera independencia de su ingreso en el Tribunal Constitucional.

«Hoy en día es necesario escribir una nueva historia del constitucionalismo español», afirmaba Tomás y Valiente en 1977. Empresa, añadía, acogiéndose a la sombra de Lassalle, en la que «el historiador no deberá contentarse con relatar la génesis parlamentaria de cada Constitución (aun siendo este estudio ineludible), sino que habrá de ocuparse en comprobar si Constitución escrita y Constitución real encajaban o no al promulgarse aquélla». A continuación postulaba la necesidad de indagar «la credibilidad que la Constitución mereció tras su promulgación en todos los ámbitos del país», así como «los principios ideológicos, los mecanismos institucionales y el juego y relación entre todos ellos a través del texto constitucional», «el funcionamiento (y) aplicación del texto constitucional» y, en fin, la reforma constitucional. Y todavía concluía con el siguiente aviso para navegantes: «El historiador debe prestar atención a lo que en su presente interesa y, procurando no incurrir en frívolos oportunismos, investigar con rigor y profundidad cuestiones cuya importancia actual reclama la contemplación del pasado. Entiendo que una historia del constitucionalismo español escrita desde estas premisas es necesaria para el mejor conocimiento de nuestro pasado inmediato y no moda efímera urgida por situaciones pasajeras». Me parece que queda meridianamente clara tanto la ambición del proyecto cuanto su radical distanciamiento de una consideración meramente formal del fenómeno constitucional.

Pero por entonces había llegado Tomás y Valiente a una encrucijada, esto es, como dice el Diccionario de la Academia de la

Lengua, a una « situación difícil en que no se sabe qué conducta seguir ». Por un lado, le desagradaba continuar prodigando anticipos fragmentarios del antiguo tema — la venta de oficios — que conservaba en el telar y que demandaba de una vez por todas la varias veces aplazada elaboración de la monografía definitiva, para la que había acumulado a lo largo de los años materiales ingentes. Por otro, la exposición oral de un curso general de Historia del Derecho a sucesivas (y ya numerosas) promociones de estudiantes de licenciatura había fraguado en una versión cristalizada ya en su mente, que, según confesión propia, no era previsible que experimentase, al menos a corto plazo, rectificaciones sustanciales y que también reclamaba con insistencia la oportuna plasmación escrita. La alternativa acuciante era — lo diré lisa y llanamente — venta de oficios o manual. Dudó y, al final, optó por anteponer la redacción del *Manual de Historia del Derecho español* cuya primera edición apareció en 1979.

El *Manual* significa muchas cosas. Es libro meditado con calma y de enorme riqueza de contenido. Lo modeló y escribió con ilusión y exquisito cuidado. En su día, a raíz de su publicación, comenté ampliamente sus rasgos principales en estos *Quaderni* (10,1981), y a lo dicho entonces me remito. Debo añadir ahora, empero, que constituye la expresión más neta de su visión de la historia jurídica hispánica. Al contemplarlo con la perspectiva que proporciona el paso del tiempo, desaparecido su Autor, se alza como la síntesis y remate de su etapa más fecunda para la Historia del Derecho; como rotundo exponente de su madurez. Refleja ejemplarmente sus preocupaciones, su modo de practicar el oficio, sus constantes, su talento de escritor. Es además, y quizá sobre todo, un libro dotado de profunda coherencia, en el que la exposición de la trayectoria de los ordenamientos hispánicos deriva y se ajusta sin la menor disonancia a los postulados proclamados en el capítulo preliminar.

Lector voraz, Tomás y Valiente poseía una curiosidad insaciable, amplísima cultura, notable porosidad intelectual e intensa preocupación teórica. Buen conocedor de las corrientes de pensamiento en circulación en aquellos años, se hallaba provisto de un instinto selectivo muy desarrollado y de singular capacidad tanto de distanciamiento cuanto de asimilación crítica. No era insensible al atractivo de las visiones sólidamente estructuradas de la realidad social ni

a la fuerza que exhalan los sistemas globales, mas no se dejó seducir por las construcciones totalizadoras en boga, porque no creía que el flujo histórico estuviera regido por mecanismos inexorables ni por leyes predeterminadas de validez universal. Admirador de la obra de Max Weber, sentía profundo respeto por el pensamiento de Marx y valoraba en su justa medida las innovadoras aportaciones de la Escuela de *Annales* a la teoría y la metodología de la Historia.

Crítico impenitente del formalismo jurídico, insatisfecho de los pobres resultados de la aplicación del « método institucional » que propugnaba su maestro García-Gallo, Tomás y Valiente había expuesto los aspectos centrales de su concepción de la Historia del Derecho en el artículo de 1976 titulado *Historia del Derecho e Historia*, que luego utilizó y sometió a verificación en el *Manual*. Su idea del Derecho estaba presidida por la doble convicción de que las normas no agotan la realidad jurídica y de que ese núcleo normativo y técnico, constitutivo no obstante de la vertiente más íntima del Derecho, « goza sólo de muy relativa autonomía ». En el *Manual* se da un paso más y se añade: « Sin su referencia y vinculación con el poder político, con las pugnas entre grupos y clases sociales, y con las ideologías y la mentalidad presentes en esa misma sociedad que el Derecho trata de organizar, ni siquiera aquel núcleo estricto podría ser comprendido. El Derecho — concluye — no se explica a sí mismo, no da de sí razón suficiente; es necesario interpretarlo y comprenderlo en función de las conexiones apuntadas ». Por eso, había anticipado en 1976, « hay que escribir la Historia del Derecho estudiando éste en su relación con todos esos (otros) sectores de la realidad (...). La Historia del Derecho deberá explicar cómo se relaciona el Derecho con lo político, lo económico, lo ideológico, etc., dentro de cada formación social ». Y poco después insistía todavía en la « inmediata vinculación (del Derecho) con lo político ».

Pues bien, hacer eso, escribir así la historia remota y más próxima del Derecho español hasta su engarce con el ordenamiento vigente, fue lo que Tomás y Valiente se propuso en el *Manual*, postulando, por otra parte, que la realización de esa tarea no entrañaba el cultivo de la ciencia jurídica sino de la ciencia histórica. Con otras palabras, la Historia del Derecho era para él « una especialidad de la Historia », una « rama de la Historia », y una rama

a la que en el artículo mencionado de 1976 atribuyó objetivos tan claros como ambiciosos: « Que no sea meramente descriptiva o narrativa, sino explicativa; que dé razón de lo que el Derecho fue en cada formación social y de su peculiar función en conexión con las otras regiones de la realidad social; que se estructure de acuerdo con la propia realidad jurídica estudiada, y que consolide así su especificidad y su inserción a todos los efectos dentro de la ciencia de la Historia. Dentro de una Historiografía que trata de conocer e interpretar cada todo social pretérito para mejor comprensión del presente humano ».

Al finalizar la década de los setenta, recién editado el *Manual*, era, por tanto, Tomás y Valiente un historiador del Derecho en plena madurez. Profesor prestigioso, investigador curtido con amplia obra en su haber. Estudioso de fuerte personalidad, con preocupaciones definidas e ideas propias acerca del estatuto conceptual y metodológico de la Historia del Derecho y el modo de cultivarla. Historiador de los períodos moderno y contemporáneo alérgico al formalismo jurídico en cualquiera de sus manifestaciones; decidido partidario de la exploración de las fuentes archivísticas y de la indagación de los nexos de las instituciones y fenómenos jurídicos con la sociedad circundante. Su manera de hacer conectaba sin dificultad con los lectores merced a otra cualidad que no se debe pasar por alto a la hora de recordar su talante intelectual. Me refiero a sus innegables dotes de escritor, al vigor, a la tersura, expresividad y, sobre todo, a la meridiana claridad de su prosa. Aborrecía la jerga. Entre los miles de páginas que brotaron de su pluma no es posible hallar una sola en la que el retorcimiento del lenguaje dificulte la comprensión o en la que el discurso no fluya con soltura no exenta de elegancia, con precisión y cristalina limpidez.

No sorprende, por todo ello, que Tomás y Valiente deviniera maestro, que pronto comenzaran a agruparse alrededor suyo jóvenes licenciados o exalumnos atraídos por su forma de entender y de estudiar la historia jurídica. Tardíamente, en 1989, al ofrecer una visión panorámica de las *Escuelas e Historiografía del Derecho español (1960-1985)* (en *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales*, I, Milano, 1990), él mismo facilitó la nómina de quienes se formaron a su lado en la Universidad de Salamanca: « En Salamanca fueron mis primeros discípulos Benjamín González Alo-

nso e Inmaculada Rodríguez Flores; esta ya no se dedica a nuestra disciplina, y aquél ocupa en Salamanca la Cátedra de Historia del Derecho. Luego vino Alicia Fiestas Loza. Fueron alumnos en la Licenciatura y después (y ahora) discípulos, Salustiano de Dios, Paz Alonso y Javier Infante». También Pilar Arregui trabajó a su lado más tarde en Salamanca. ¿Grupo cerrado? ¿Escuela? En aquella ocasión Tomás y Valiente dejaba la cuestión abierta y eludía — comprensiblemente — la respuesta. Antes había proporcionado, sin embargo, una definición muy clara de lo que por escuela entendía: « La vinculación científica entre un maestro y unos discípulos en torno a un modo de conceptuar su ciencia, los métodos de investigación propios de la misma y la existencia de una o varias líneas o temas o campos de investigación en cuanto merecedores para ellos de atención preferente ». Así definida (y en mi opinión bien definida), me parece obvio que, sin perjuicio de la eventual superposición de otras vinculaciones de distinta índole, más o menos estrechas, el magisterio que Tomás y Valiente ejerció sobre las personas mencionadas, su proximidad *científica* — amén de personal — a ese maestro común, permite considerar a todas ellas miembros de la misma Escuela.

* * *

Asentado en la cota de la plenitud académica, no le faltaban a Tomás y Valiente en 1980 proyectos que culminar ni nuevas tareas que llevar a cabo. Fue en ese momento cuando se cruzó en su vida el nombramiento de magistrado del Tribunal Constitucional, en el que permanecería doce años. Al poco se produjo también su desvinculación administrativa de la Universidad de Salamanca, al convertirse en virtud del correspondiente concurso de traslado en catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.

Al comienzo de estas páginas anuncié mi propósito de ocuparme únicamente de la dimensión académica de Tomás y Valiente, de su faceta de universitario e historiador del Derecho, por lo que muy poco diré de esa etapa en la que, como es de imaginar, prevaleció su vinculación al Tribunal Constitucional, mas tampoco cabe prescindir enteramente de ella por dos razones complementarias. De un lado, porque Tomás y Valiente siempre consideró ese período como un paréntesis tan importante y honroso como tem-

poral y, por ende, provisional; de otro, porque ni siquiera durante esos años se alejó del todo de la universidad, olvidó su condición preferente de historiador del Derecho ni se mantuvo inactivo como profesor, investigador y maestro. En situación de excedencia y apartado, por consiguiente, de la docencia ordinaria, impartió, no obstante, cursos extraordinarios, redobló su actividad como conferenciante, continuó dispensando orientación a sus discípulos, y aún encontró tiempo para participar en calidad de ponente en algunos congresos y para proyectar su magisterio sobre nuevos discípulos, como Marta Lorente, cuya tesis doctoral dirigió en la Universidad Autónoma.

En 1981 se hizo cargo, igualmente, de la dirección de la colección de « Clásicos del Constitucionalismo español », editada por el Centro de Estudios Constitucionales, y en 1983 se incorporó al Consejo de Redacción del *Anuario de Historia del Derecho español*, del que siguió formando parte ininterrumpidamente a raíz de su conversión en Consejo de Dirección a fines de 1985. En 1989 fue elegido académico de número de la Real Academia de la Historia. Su desbordante vitalidad y su enorme capacidad de trabajo le permitieron mantenerse al día en el conocimiento de las novedades editoriales y continuar escribiendo numerosos estudios de temática histórico-jurídica, al margen y con independencia de los referidos a la justicia constitucional. Entre aquéllos, aunque todavía quepa espigar alguno sobre ventas de oficios o sobre cuestiones histórico-penales, predominan los dedicados a la historia jurídica reciente, esto es, a los siglos XIX y XX. Me permito recordar su interesante libro, « a medio camino entre el ensayo y la monografía », sobre *Martínez Marina historiador del Derecho* (Madrid, 1991), versión ampliada de su Discurso de ingreso en la R. Academia de la Historia, así como, ante todo, el puñado de trabajos que versan sobre otros tantos aspectos de la codificación y del constitucionalismo hispánico decimonónico, reunidos luego en el volumen que precisamente intituló *Códigos y constituciones* (Madrid, 1989).

Desde el punto de vista estrictamente intelectual, ¿era otro y distinto Tomás y Valiente cuando salió del Tribunal Constitucional del que había entrado en él en 1980? Sí y no. La trayectoria intelectual de Tomás y Valiente ofrece un ejemplo infrecuente y sumamente expresivo de ductilidad y coherencia, de evolución al

mismo tiempo abierta y rectilínea. Su irrepetible experiencia en el entonces naciente Tribunal Constitucional y después al frente del mismo no removió sus preocupaciones intelectuales más hondas porque, antes al contrario, fue la preexistencia de tales preocupaciones la que en su momento le condujo y abrió de par en par las puertas del Tribunal. El desempeño de la magistratura constitucional no provocó su aparición; si acaso las acendró, enriqueció e hincó más profundamente su surco. Una de las claves de la fecundidad y alto rendimiento intelectual de Tomás y Valiente residió justamente en la ausencia de desdoblamientos, de polaridades perniciosas y al cabo esterilizadoras, lo que le permitió nutrir su mente y orientar su esfuerzo en una dirección única; superponer y acumular experiencias complementarias sin desgarros extenuantes ni rupturas internas. Los con todo diversos planos de su compleja personalidad encajaban con naturalidad y multiplicaban sus respectivas potencialidades sin desajustes paralizadores porque tampoco surgieron contradicciones entre sus inquietudes como ciudadano y como universitario, como hombre de su tiempo y como historiador, como iushistoriador y como magistrado constitucional. Las tres grandes cuestiones capitales que he señalado — el respeto y garantía de los derechos humanos, la articulación estatal del poder político, el proceso de formación de España y sus secuelas hasta el presente — actuaron como ejes que vertebraron simultáneamente su compromiso cívico, su labor como profesor universitario, su tarea como estudioso de la historia jurídica, su quehacer como investigador del pasado y como magistrado, que representó, en consecuencia, examinada su trayectoria desde este prisma, la culminación de las facetas enumeradas anteriormente y de ningún modo la ruptura con ninguna de ellas. Haber logrado conciliarlas, ensamblarlas limando previamente las inevitables aristas, constituye el testimonio más elocuente de su sabiduría.

En otro sentido, en cambio, la actividad desarrollada en el seno del Tribunal Constitucional propició un giro en sus concepciones que no es seguro que se hubiera producido o hubiera sido tan marcado de permanecer ininterrumpidamente en la universidad. La mera reflexión teórica sobre el Derecho no equivale a su aplicación, y menos a su aplicación mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que plantea otras exigencias y obliga a realizar un con-

junto de operaciones mentales en otro caso innecesarias. La labor desplegada desde la atalaya de la magistratura constitucional le descubrió sin veladuras los mecanismos íntimos del razonamiento jurídico y el impresionante espesor de la técnica jurídica (uno de los logros más formidables — y desconocidos para el profano — de la cultura europea), permitiéndole adquirir envidiable familiaridad con sus más ocultos y refinados resortes. Prestó, en fin, poderoso estímulo a su sensibilidad jurídica, y le ayudó a contrastar la importantísima función del ordenamiento; a reequilibrar su posición y a revalorizar su peso específico en la dualidad (insoslayable y siempre lacerante para el iushistoriador) Historia-Derecho.

Tomás y Valiente reingresó, pues, en la Universidad provisto de un bagaje rigurosamente excepcional, lleno de empuje y de proyectos. No sabía, nadie sabía (salvo, si acaso, sus infames asesinos) que le quedaban muy pocos años de vida y, por otro lado, que no tardaría en ser reclamado como consejero de Estado. Mas todavía antes de ese requerimiento había retornado a los claustros y reemprendido con entera normalidad y absoluta entrega sus tareas académicas, profesoras y de estudiante. En 1993 fue nombrado Director del *Anuario de Historia del Derecho español* y en otoño de ese mismo año pronunció el Discurso de apertura del Curso 93-94 en la Universidad Autónoma. Como responsable de la Revista pronto introdujo meditadas innovaciones que le proporcionaron nuevo e inmediato impulso y están a la vista de todos. En su lección inaugural abrazó una serie de significativas reflexiones « acerca de tres realidades problemáticas que constituyen otros tantos objetos preferentes de su atención », a saber, la Universidad, la Historia y el Estado, por el que de entrada confesaba « una preocupación casi obsesiva ». Sobre la primera vertió opiniones que, como páginas atrás he indicado, nos retrotraen a sus concepciones originarias del oficio universitario, y en particular a su consideración del quehacer investigador como auténtico quicio de la institución universitaria.

Como investigador, estudiante y publicista, continuó incrementando con nuevos títulos su abundante producción. No voy a oficiar de adivino, ni siquiera a rozar el plano de las suposiciones acerca del sesgo que hubieran tomado sus proyectos irrealizados y sus obras inconclusas. Me niego a extraer sonidos de partituras que quedaron inacabadas. Me conformaré con llamar la atención del lector sobre

dos trabajos de muy distinta índole y enjundia que se cuentan entre las publicaciones suyas de última hora, aparecidas poco antes de su fallecimiento: el estudio sobre *La génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución* (en *AHDE*, 65, 1965), y el Prólogo a la *Historia de España* de Ferrán Soldevila reeditada en Barcelona y que se empezó a distribuir a fines de 1995 y comienzos de 1996, en vísperas de su muerte. Me detengo en ellos, en esos y no en otros, porque a mi entender resultan particularmente expresivos de la fidelidad de Tomás y Valiente a sus antiguos planteamientos y, al propio tiempo, del grado de maduración y depuración a que, en virtud de una evolución coherente y repito que rectilínea aquéllos habían llegado.

Por de pronto, parece haberse operado un proceso de selección natural. Entre los variados ámbitos temáticos que años atrás frecuentara simultáneamente, la consideración del período liberal ha ido ganando terreno a costa del estudio de los siglos modernos. La dedicación a la Edad Contemporánea, y en especial a la historia del constitucionalismo, se torna más clara e insistente, y cuando se acomete con criterio monográfico se inicia por el principio, esto es, por la indagación de la génesis del primer documento de naturaleza propiamente constitucional: el texto gaditano de 1812. Ya en el título se advierte que se trata de la primera entrega; precisamente de la entrega por la que había que empezar. No hay, por tanto, oscilaciones pendulares, giros improvisados o embates erráticos: estamos ante el engarce con los planteamientos expuestos antaño, que ahora se concretan y empiezan a corporeizarse.

Mas el estudio publicado en el volumen 65 del *Anuario* no es menos revelador de la técnica de Tomás y Valiente y de su dominio del oficio de historiador. Es un trabajo denso, complejo, rico de contenido, repleto de información que ha contrastado con el rigor acostumbrado, y realizado, sin embargo, sin asomo de farrago, con gran economía de medios de los que extrae el máximo partido. Estudio pródigo en interrogantes que comparecen por su orden, graduados con la habitual sencillez y pericia expositiva, engarzados en una construcción, en un hilo argumental que Tomás y Valiente dispone con cierto regusto clásico que obliga al lector a recordar la vieja preceptiva: se suceden en estas páginas planteamiento, desarrollo y desenlace. El razonamiento progresa lentamente, a golpe de

documentación, de trabajo de biblioteca y de archivo magistralmente conjugados. La pureza de líneas deriva del control que el historiador conserva en todo momento sobre la materia: es el Autor quien formula las preguntas y, ciñéndose a las fuentes, las estructura y organiza en un discurso lógico, no las fuentes las que dominan y aplastan al historiador. Y hay, naturalmente, en el subsuelo y trasfondo de *La génesis...* un profundo conocimiento previo de la ordenación política del Antiguo Régimen, que apenas asoma pero resulta de todo punto indispensable para abordar con garantías de acierto el análisis del arranque del proceso y consiguiente ruptura constitucional.

Todavía hallamos en un sintomático pasaje del trabajo a que me refiero un manojo de textos que remiten a la « plural constitución histórica de la Monarquía hispánica » y a su parcial subsistencia en el mismo siglo XVIII, a pesar y en contra del tópico que le atribuye un carácter eminentemente unificador. Es decir, al encararse con la conformación del poder político, y en concreto con la manifestación primeriza de la adaptación revolucionaria del modelo estatal a la versión constitucional, atiende Tomás y Valiente a otra de sus preocupaciones permanentes: la de las peculiaridades de la formación histórica del sujeto colectivo que llamamos España, que fueron, en efecto, objeto de constante meditación para quien se proclamaba con orgullo « español valenciano ». Desde *La génesis...* podríamos retroceder a la conferencia pronunciada por Tomás y Valiente en la Universidad Carlos III en 1992 sobre las *Raíces y paradojas de una conciencia colectiva* (incluida en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, y publicada luego en el volumen colectivo *Sobre la realidad de España*, Madrid, 1994), o bien a su disertación más reciente en Barcelona sobre *Soberanía y autonomía en la Segunda República y en la Constitución de 1978* (recogida en el volumen *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Madrid 1996). En ambos textos desgranó Tomás y Valiente diversas reflexiones acerca del alcance y consecuencias de la pluralidad hispánica. Prefiero, empero, situarme ante las más breves y circunstanciales páginas del Prólogo a la *Historia de España* de F. Soldevila, fechadas en octubre de 1995 y que releo, cuando este *Recuerdo* toca a su fin, como si me hallase ante una pieza testamentaria. Dicho Prólogo no es otra cosa que la glosa y la expresión de simpatía

cordial, de sustancial acuerdo con la idea de España que recorre el libro de Soldevila. Con la visión de España, escribe Tomás y Valiente, « como realidad histórica plural, policéntrica, equilibrada, procedente de unas raíces lejanas y romanas ». De esa España que en 1808 el catalán Antonio Capmany consideraba producto de la reunión de un conjunto de *pequeñas naciones en la gran Nación* y que Tomás y Valiente, que no olvidemos concebía la Historia « ligada al presente », concluyó por definir como todo compuesto, como « nación de naciones ».

Ahí, en ese punto se encontraba Tomás y Valiente cuando le sorprendió la muerte. Estudioso del Estado constitucional y de la realidad histórica profunda, plural, de España, acuciado por inquietudes que lejos de disiparse se agigantaban y que, como siempre, le asaltaban a la vez en su calidad de intelectual y de ciudadano, en su doble condición de iushistoriador y de español.

Así le recuerdo y seguiré recordándole. Es la única manera posible de contribuir a prolongar su vida. Esa otra vida impalpable pero imperecedera a la que él se refirió en la ocasión dolorosa de la desaparición de un amigo muy querido. Fue entonces cuando dijo, y yo también lo creo así, que los muertos siguen viviendo en la memoria de los vivos. También a él « lo haremos vivir mientras vivamos, porque los muertos viven en la memoria de los vivos ».

MARIO SBRICCOLI

GOBERNAR CASTIGANDO
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE
E LA STORIA DEL DIRITTO PENALE MODERNO

Mentre scrivo queste poche riflessioni, ho qui sul mio tavolo i due libri importanti ⁽¹⁾ ed alcuni dei più significativi saggi che Francisco Tomás y Valiente ha dedicato alla storia del diritto penale ⁽²⁾ ed alla metodologia della storia giuridica ⁽³⁾, nei tanti anni del suo attento lavoro. Accanto ad essi stanno la biografia intellet-

⁽¹⁾ *El derecho penal de la Monarquía absoluta. (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, e *La tortura en España*, 2ª ed., Barcelona, 1994.

⁽²⁾ *La prisión por deudas en el derecho castellano y aragonés*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 249-489; *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI-XVII y XVIII)*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, pp. 55-114; *Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: la crítica de Beccaria*, introduzione a: C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1969, pp. 9-53; *Delinquentes y pecadores*, in: F. TOMÁS Y VALIENTE, B. CLAVERO, A. M. HESPANHA, J. L. BERMEJO, E. GACTO, C. ALVAREZ ALONSO, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 11-31; *El crimen y pecado contra natura*, in: *Sexo barroco*, cit., pp. 33-55; *El derecho penal como instrumento de gobierno*, in *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 22, 1996, pp. 249-262.

⁽³⁾ *Historia del derecho e historia* (1975), in: AA.VV., *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, Fundación J. March, 1976, pp. 161-181; *Nuevas orientaciones de la historia del derecho en España*, in: AA.VV., *Estudios de Historia de España. Homenaje a Manuel Tuñón de Lara*, Madrid, Ed. Univers. Internac. Menéndez Pelayo, 1981, pp. 607-625; *Escuelas e historiografía en la historia del derecho español (1960- 1985)*, in: B. CLAVERO, P. GROSSI, F. TOMÁS Y VALIENTE (A CURA DI), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*. Atti dell'incontro di studio (Firenze - Lucca, 25-27 maggio 1989), Milano, Giuffrè, 1990, pp. 11-46; *Eduardo de Hinojosa y la historia del derecho en España*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII-LXIV, 1993-1994, pp. 1065-1088; *Historia del derecho e historia*, in: AA.VV., *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, 1976, pp. 161-181.

tuale ⁽⁴⁾ che gli ha dedicato Bartolomé Clavero e l'intensa pagina introduttiva ⁽⁵⁾ con cui Paolo Grossi ridelinea la figura del suo amico scomparso, ragionando sulle sue qualità di uomo e di intellettuale e ripercorrendo — senza rinunciare ad un dialogo durato oltre vent'anni — le due salienti fasi della sua opera di storico giurista.

Un modello impegnativo. — Tutto il Tomás di cui so è in queste pagine. Pur avendolo più volte incontrato non l'ho mai veramente conosciuto. E dire che già dal 1971, quando forse non erano ancora nati i suoi rapporti con l'Italia, mentre lavoravo al libro sulla lesa maestà, ebbi con lui un breve scambio epistolare: avevo letto il suo libro dedicato al *Derecho penal de la Monarquía absoluta*, con l'emozione di chi scopre un titolo recente che sembra promettergli confronto, verifiche e idee (respiro, in una parola) per la fatica che ha in corso, per poi accorgermi di avere a che fare con qualcosa che era ben al di là di quanto in concreto mi aspettavo. In quel libro alla lesa maestà si dedicavano poche pagine (ed io ero già abbastanza avanti nella ricerca per trovarvi più conferme che novità), ma alle questioni di sfondo era stato riservato un lavoro ampio, ricco, enormemente articolato per diversità di fonti, per ordine di idee, per ambiti disciplinari implicati, per punti di vista messi in opera, che un po' mi intimidiva. Convinto della bontà di quel modello, sapevo che lo avrei soltanto avvicinato. Alla mia ricostruzione, fatta di fonti dottrinali e di connessioni (mediate dagli intellettuali giuristi) con le ideologie e le politiche degli Stati di età moderna, mancavano infatti i riscontri delle pratiche ⁽⁶⁾, mancavano la casistica e l'articolazione

⁽⁴⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, [Biblioteca del Centro di studi per la Storia del pensiero giuridico moderno, n. 47], Milano, 1996.

⁽⁵⁾ P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità (Omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, pagina introduttiva al volume di B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., pp. VII-XXXVI, poi anche in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, pp. 771-799. Io citerò dai *Quaderni*.

⁽⁶⁾ Devo dire che i riscontri con le pratiche, quanto alla lesa maestà, mancano anche nel libro di Tomás. Il fatto è che la lesa maestà è innanzitutto un principio di incriminazione, un modello archetipico dell'intera funzione punitiva nella sua natura politica, è crimine enorme e inconsueto, per di più strutturato da un apparato dottrinale così imponente, massiccio e solenne, da non temere aggiustamenti o distorsioni che possano venire da pratiche svolte nell'ordinario quotidiano della giustizia criminale d'età moderna.

degli stili repressivi nelle diverse esperienze, realtà per realtà. Rimasi molto colpito da quel libro. Per me era, tra l'altro, la conferma della plausibilità di una scelta disciplinare, tematica e cronologica; ed in un momento in cui ancora si lamentava a ragione la riluttanza degli storici del diritto ad occuparsi dell'esperienza penalistica moderna, l'arrivo sulla scena del professore di Salamanca era anche la comparsa di un alleato. Ma su queste riflessioni, più direttamente legate allo storico del penale, avrò modo di tornare un po' più avanti.

Il Tomás che io conosco, dicevo, sta tutto nei suoi scritti. Ma la vicenda tragica che togliendolo a noi lo ha messo nella storia del suo paese, proprio perché testimonia di una complessità infinitamente più grande, mi obbliga a complicare, ben al di là dei libri e dei saggi che ci ha lasciato, l'analisi della sua figura di intellettuale. Essa non può essere ridotta, evidentemente, al suo mestiere di storico del diritto. Del resto, questa prospettiva mi è congeniale: io sono certo che la sua formazione culturale, la funzione intellettuale che egli ha lungamente svolto nella ricerca, nell'insegnamento e nell'impegno profuso come servitore dello Stato sul terreno della costruzione costituzionale e di un'alta e consapevole politica del diritto, abbiano molto pesato nel suo lavoro scientifico, nel modo e nel merito, e che tutto ciò sia riconoscibile, e si manifesti a chi sa vederlo. Tomás incarna, con la sua esperienza tra impegno civile e scienza del diritto, una figura antica, presente provvidenzialmente da secoli sulla scena europea: quella del giurista che svolge la sua funzione nel modo elevato e con l'impegno che i più grandi sanno usare. Un impegno profuso tra cultura e politica, tra tecniche e valori, dentro una strategia di servizio, ma passando per i poteri, con equilibrio e moderazione, coniugando l'indipendenza — che è il requisito della credibilità e del prestigio — con il servizio, che per chi come lui credeva nello Stato è una delle condizioni della dignità.

Devo anche aggiungere che il Tomás che emerge dalle sue pagine, da quelle che gli ha dedicato chi lo ha avuto come amico, valutato, meditato e restituito in modo ampio e problematico, a me lettore non appare come un personaggio a tutto tondo. Difficile da collocare in una progressione conseguente o in un ritratto unitario che lo rappresenti per intero, anche se è certo possibile cogliere più di un filo continuo e lineare nella sua biografia. Il giovane studioso che muove i primi passi nella Spagna del franchismo usando *el*

lenguaje diagonal (7) e praticando il *neotacitismo* (8), per testimoniare posizioni di dissenso politico e diffondere in qualche modo elementi di critica al regime, sceglie un terreno ed un tema per il suo libro che gli consente di mantenere tesa la critica (riflessa, ma oggettiva) alle istituzioni autoritarie della Spagna in quella dura fase. Allo stesso modo, il prestigioso professore, negli anni ottanta, dispiegando interamente la sua professione democratica e con una ininterrotta *continuidad moral*, coinvolge nel fervore civile anche la sua sensibilità scientifica: realizza una significativa dislocazione di *focus* dalla storia penale alla storia costituzionale, ed avvia un lavoro con cui avrebbe ancora contribuito alla crescita ed alla maturazione della coscienza culturale del suo paese.

Tutto il libro che a lui ha dedicato Bartolomé Clavero ci restituisce un uomo dalla straordinaria tenuta morale, con un impegno permanente nel senso di una *preocupación constitucional* che sembra aver segnato la sua vita scientifica, vincolandolo ad una *posición constitucional*, perfettamente leggibile già nei tempi difficili, nella sua produzione di storia del diritto penale lungo gli anni sessanta. Ma dal ritratto che ne ha fatto Clavero risulta anche un uomo che si muove lungo le linee del possibile e del praticabile, che coltiva terreni che poi abbandona (lieve, la traccia che il penale, messo per così dire in *background* dopo la caduta del franchismo, lascia persino nella sua opera di storia giuridica più rappresentativa, il *Manual de Historia del Derecho Español*, tante volte ripubblicato tra il 1979 ed il 1996), ne coltiva altri che non lascia fruttificare, come la lunga e articolata ricerca sulla venalità degli uffici. Un uomo

(7) Non rinunciò — scrive B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 67, dal quale traggio la citazione — a quello che lui chiamò *el lenguaje diagonal*, un linguaggio che a causa della censura obbligava allora a « hablar de lo exterior a España o de lo que nos concierne, pero viniendo desde fuera, para referirse a la España interior, nunca criticada de modo frontal » (F. TOMAS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, p. 203).

(8) « Había escrito los trabajos que entonces quise agrupar en forma de libro poniendo en práctica lo que don Enrique Tierno solía denominar como neotacitismo'. Durante las últimas (nadie aseguraba, sin embargo, que lo fueran) décadas del franquismo era frecuente la estrategia de hablar sobre determinados temas no en presente de indicativo, lo cual era imposible, sino con relación a tiempos pasados. El escritor confiaba en que el lector sabría entenderlo, porque uno y otro eran cómplices que intercambiaban guiños y descifraban claves, por lo demás, muy poco cabalísticas » (F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, cit., p. 5).

che — emerso per statura morale, culturale e professionale — viene chiamato per servire lo Stato in un'altissima funzione, che torna come è giusto, una volta assolto il suo compito, all'insegnamento universitario che ama e che sente come *vere dignum*, ma che subito medita ancora una volta di lasciare, come se stesse seguendo una linea di condotta di difficile decifrazione, che forse neanche a lui era del tutto palese. Il filo che mai si rompe è nella serietà e nell'elevatezza morale e culturale con cui svolge funzioni e adempie a doveri; ma la figura che ne esce è (per fortuna) diversificata, ineguale, travagliata da scelte, svolte, rinunce e ripensamenti. Si vede in trasparenza la logica dell'impegno civile, o se si preferisce, il segno dell'intelligenza e della vitalità, che obbligano a rinnovarsi, a rivedere convinzioni, a mutare progetti, ad accettare sacrifici, ma si vede anche l'incertezza che nasce dall'essere posti davanti a scelte non facili, tra alternative di eguale valore e dignità. Uomo complesso, personaggio tormentato, come dice Paolo Grossi, impossibile da misurare soltanto a fil di logica ⁽⁹⁾.

Nella lavoro storico tutta questa complessità si trasforma in attenzione per posizioni diverse dalle sue, ampiezza di vedute, capacità di tenere insieme metodi e prospettive disciplinari che arricchiscono i suoi contributi. Non senza qualche momento di eclettismo, forse, più avvertibile negli interventi di tipo metodologico, ma con una costante capacità di tenere fermi gli obiettivi di fondo della sua ricerca.

Il penale, l'età moderna, il XIX secolo. — Nel panorama della storia giuridica spagnola degli anni sessanta e dei primi settanta, Tomás y Valiente appare subito e decisamente come un innovatore. Anzi, per certi aspetti, il suo lavoro storiografico presenta elementi di grande interesse, proprio per la sua virtù innovativa, anche relativamente a quanto si veniva facendo in quegli anni in Italia, in

⁽⁹⁾ « La verità — scrive Paolo Grossi — è che Tomás, personaggio tormentato, si è sempre trovato al centro di valori confliggenti, soprattutto Stato e Università. [...] La coerenza assoluta è propria delle creature mediocri, che non nutrono dubbii e perplessità, che ignorano i tormenti interiori, logoranti ma spiritualmente fertili » (P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., pp. 798-799).

Germania, in Austria, oppure — poco, ed ancora per poco — in Francia e nelle altre aree francofone d'Europa.

In primo luogo, egli si dirige su oggetti di studio (che nel suo caso sono interi territori dell'esperienza giuridica) lasciati cadere da tempo, o mai seriamente affrontati dagli storici del diritto, collocati in età moderna e nell'esperienza del secolo XIX⁽¹⁰⁾. Tomás rompe, alla sua maniera⁽¹¹⁾, con il metodo storico giuridico imperante intorno a lui, imperniato su quella che Clavero chiama, a ragione, « filologia autistica »⁽¹²⁾. Si tratta di una maniera educatasi sulla storia giuridica altomedievale e su quella dei primi decenni di vita delle scuole giuridiche, che ha elaborato una straordinaria abilità nel muoversi intorno a fonti scarse, frammentarie, talora di difficile decifrazione. Ne è nata una storiografia delle ricostruzioni congetturali, per loro natura destinate a far oggetto di controversie senza fine, e quindi una sorta di produzione di storia a mezzo di storia, libri da altri libri, con un'eco reciproca tra autori e scuole che si legittimava e conferiva legittimazioni nel rimando scambievolmente di ipotesi, aggiustamenti, revisioni e puntualizzazioni⁽¹³⁾, tra rinveni-

⁽¹⁰⁾ È fondamentale il suo lavoro *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 1971, anticipato da uno scritto pubblicato nel 1969. Vi affronta un tornante decisivo della modernizzazione spagnola, concretizzatosi in una serie di riforme dell'assetto proprietario immobiliare tra sette e ottocento (l'abolizione dei maggiorascati, la soppressione della manomorta, in sostanza la defeudalizzazione della proprietà fondiaria, attraverso espropriazione e privatizzazione). Parte dal riformismo agrario di fine Settecento e dalla legislazione *desamortizadora* di Carlo III, per arrivare — attraverso Manuel Godoy, Mendizábal e la *desamortización* dei beni ecclesiastici, agli ultimi provvedimenti di Pascual Madoz del 1855.

⁽¹¹⁾ La sua rottura avviene come fatto reale, in concreto e con le opere, senza manifesti né offensive di sorta, secondo il suo stile. Quando, in un passaggio del suo primo scritto metodologico, che si pubblica nel 1976, descriverà la realtà della storiografia giuridica che si veniva facendo intorno a lui, lo farà con garbo ed equilibrio, lasciando a chi pensasse di sottrarre sé a quel giudizio, la possibilità di farlo: « Suele reprocharse — scriveva in *Historia del derecho e historia*, cit., p. 167 — a la Historia del Derecho [...] erudición estéril, frío formalismo fuera del cual se escapa la vida misma', desconexión entre el Derecho y la economía o la vida social' o la política, inmutabilidad de las instituciones estudiadas, casi exclusiva dedicación a las fuentes e instituciones medievales. En casi todas estas acusaciones hay una parte de verdad, una indebida generalización y, acaso, una elusion del problema fundamental... ».

⁽¹²⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34.

⁽¹³⁾ « la historia del derecho por lo usual trabajaba sobre la historia del derecho,

menti di carte e scioglimenti di sigle. Certo, la situazione in cui versava in quegli anni la ricerca storica spagnola non era particolarmente favorevole ad approcci più ariosi e meno autoreferenziali: perché se è vero che Tomás e quelli come lui usavano il linguaggio trasversale e praticavano forme di 'neotacitismo', utilizzando anche metodi e oggetti di studio alla stregua di segnali di fumo (« claves por lo demás muy poco cabalísticas ») con cui trasmettere idee e orientamenti, c'è da comprendere come altri trovassero invece affidamento e rifugio nel comportamento opposto: gli anfratti più remoti della storiografia giuridica sui secoli lontani, la filologia applicata a frustoli e frammenti, il cuocersi « en el propio caldo de lecturas y relecturas, teorías y contrateorías »⁽¹⁴⁾, non mettevano al rischio di cadere, magari senza saperlo, nel temuto e da essi deprecato discorso indiretto.

La frattura che Tomás produce a fronte di tutto ciò, ha ragione Clavero nel sottolinearlo, si realizza quindi innanzitutto spostando la ricerca su epoche assai più documentate e quel tanto vicine da permettere l'istaurazione di un qualche rapporto con il presente; si concretizza poi con la scelta di terreni di indagine e di oggetti di studio che abbiano dietro problemi storici veri, questioni di portata adeguata, che consentano alla storia del giuridico di offrire un contributo non soltanto specialistico, settoriale, o magari strumentale, alla conoscenza storica nel suo insieme.

È partendo da questi contesti ed in questa prospettiva, che Tomás y Valiente affronta la questione chiave della politica penale dello Stato moderno in Spagna. La integra nella storia delle ideologie, rapportandola alla particolare fase di sviluppo che il penale come scienza giuridica conosce nei secoli XVI-XVII, assumendola infine come uno strumento fondamentale per l'esercizio pratico del potere di governo. Rispetto ad un'epoca nella quale, più che in qualsiasi altra fase della storia recente, il penale non era altro che *gobemnar castigando* ⁽¹⁵⁾.

quiero decir, unos autores repitiendo y modulando o revisando y rechazando lo que decían otros » (B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34).

⁽¹⁴⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34.

⁽¹⁵⁾ « Gobemnar castigando, esa es la finalidad de la Ley Penal, del Derecho Penal. Y éstos son los que yo creo presupuestos ideológicos, teológicos de los cuales arranca esa

Un metodo integrato. — In secondo luogo, egli si dà un metodo di lavoro integrato, che tiene rigorosamente insieme lo studio, la ricostruzione e lo svelamento delle tecniche giuridiche nella loro escogitazione ed evoluzione (*conceptos, mecanismos, instituciones*, nel linguaggio di Tomás) con le ragioni politiche o ideologiche connesse a quelle tecniche e con gli effetti storici che le seguono. Lo studio che parte dalle fonti giuridiche ha per lui, costantemente questi ambiti di riferimento: il contesto colto nelle dinamiche che precedono, l'oggetto giuridico particolare, gli esiti visti nelle dinamiche che seguiranno; e quando il complesso delle fonti giuridiche non si mostra sufficiente per dare all'analisi tutto il respiro necessario, occorre allargare lo sguardo e il discorso. Gli archivi divengono il luogo obbligato per avere risposte, così come il dialogo con le altre scienze dell'uomo e della società può fornire idee, contesti, e magari altre domande. Una integrazione che comprende dunque, e necessariamente, l'implicazione di aree culturali diverse, e talora francamente lontane, dalla storia del giuridico inteso strettamente; che comporta grande apertura e disponibilità verso la ricerca storica che si svolge fuori dagli ambiti dello specialismo e dello specifico; soprattutto, un'idea di storia integrata che insieme a tutto questo coinvolga costantemente il presente: la coscienza del presente, la critica del presente, la trasformazione del presente ⁽¹⁶⁾.

Certo, dette oggi, queste cose hanno un sapore trito, e sembrano declamare in ritardo una litania di formule ormai fin troppo risaputa. Provo qualche imbarazzo in queste ripetizioni. Occorre dire, però, che in quegli anni le cose stavano in modo radicalmente diverso. Certamente erano assai diverse in Spagna, e la cosa è scritta nella biografia di Tomás, al quale la testimonianza scientifica, insieme a quella civile, procurò attacchi radicali che arrivarono fino a chiedere la sua espulsione dall'Università. Peraltro, quelle che oggi sembrano posizioni condivise (da molti, mi pare, non ancora da tutti), lo sono diventate per l'opera di innovazione ed apertura che storici come lui, in Spagna e altrove, Italia compresa, hanno avviato

dura y dolorosa ley penal » (F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 262).

⁽¹⁶⁾ Una bella pagina, sul rapporto tra coscienza del presente e conoscenza del passato in Tomás, sta in P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. 788.

a partire dagli ultimi anni sessanta, per poi proseguirla con un impegno che ha pur dato qualche risultato.

Le basi culturali di un progetto di ricerca storica. — Infine, terzo punto distintivo, la produzione storiografica di Tomás y Valiente riposa su una costante tensione ‘constitucional’ (17), che gli viene principalmente dal fatto di avere legato indissolubilmente dentro di sé il lavoro scientifico alle sue convinzioni civili. Colpiscono due sue affermazioni: la *connexión* tra la storia che si vive e la storia che si scrive (18); la *razon critica*, da esercitare nella ricerca, ma da mettere in opera anche nell’insegnamento, quando ciò che si insegna prende per forza di cose il segno di una pedagogia che non può non essere anche pedagogia civile. Alla prima è collegato non soltanto il suo modo di fare storia, ma la ragione stessa che lo spinge a farla. La storia, e quindi anche la storia del giuridico, che di essa è « una especialidad » (19), non è altro che un modo di concorrere all’analisi e quindi alla conoscenza della *realidad como problema*, delle società in cui il giuridico viene prodotto ed opera, oltre che alla conoscenza delle forme giuridiche con cui la società si regge e si organizza.

La storia del diritto, ha scritto (20), contiene due parti che non corrispondono ad una reale divisione del suo oggetto, ma a due prospettive complementari: la storia dei modi di creazione del diritto e la storia degli istituti giuridici. L’espressione ‘modi di creazione del diritto’, « de claras resonancias marxianas, la tomé sin embargo de Kelsen »: gli viene da Kelsen, ma non la usa alla maniera kelseniana,

(17) Trovo difficilmente traducibile il termine spagnolo *constitucional*, che mi sembra molto più ricco di sfumature e allusioni rispetto al suo calco italiano. Nel termine spagnolo (così come arricchito dall’uso politico, credo, più che da quello scientifico) c’è un implicito che rimanda con forza alla libertà, ai diritti dei cittadini, al sistema democratico, che li ingloba nel loro valore, trasportandoli con sé nel suo potere espressivo. Per farmi capire forse meglio, posso dire che talvolta, come in alcune sue occorrenze nel libro di Clavero che ne fa un larghissimo uso, *constitucional* suona semplicemente come sinonimo di *democratico*; talaltra come prossimo a *costituzionalmente garantito*.

(18) In concreto, rivendica un rapporto con la politica, che non deve essere aggirato (si veda il riferimento garbatamente critico al diverso orientamento di García-Gallo in F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del derecho e historia*, cit., p. 164).

(19) F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del derecho e historia*, cit., p. 166.

(20) F. TOMAS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones*, cit., p. 623.

perché non intende lasciar fuori « los sectores o momentos políticos, económicos, ideológicos etc. de la realidad social que pesan sobre el sistema jurídico y lo conforman »⁽²¹⁾: si direbbe una prospettiva gramsciana⁽²²⁾, avvalorata dallo sviluppo del ragionamento, che sottolinea come l'espressione 'modo di creazione del diritto' si presti felicemente ad integrare il fenomeno giuridico nelle società globalmente intese, e ad accentuare la correlazione tra il diritto e la totalità sociale⁽²³⁾.

Nella formazione di Tomás sono confluiti elementi diversi che egli ha mediato, ha sottoposto a critica, ha accolto in parte e rielaborato con forte intuito delle componenti caduche, forte senso del nocciolo delle questioni, equilibrio nelle ricomposizioni, moderazione nelle scelte, ragionevolezza, riconoscimento delle ragioni altrui. Tutto ha passato ad un vaglio decisivo: quello del rifiuto delle rigidità dogmatiche e delle ortodossie. Così è stato per il marxismo, del quale ha messo a frutto con intelligenza e misura la non ignorabile lezione; così con gli insegnamenti venuti dalla scuola delle *Annales*⁽²⁴⁾, della quale ha probabilmente condiviso l'attenzione per fenomeni che non sono tutti perfettamente riconducibili al nesso reciproco che lega Stato e diritto, cogliendo anche il valore di apertura e liberazione' della storiografia, per così dire il *respiro*, che

(21) F. TOMAS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones*, cit., p. 624.

(22) Che Gramsci non sia estraneo al suo orizzonte culturale e forse anche alla sua riflessione in quegli ultimi anni settanta, sembra indicato anche da una allusione presente nella sua messinese *Lectio magistralis*, cit., p. 276.

(23) Per non parlare di sé, Tomás fa parlare, in quella occasione, Benjamin Gonzales Alonso, che stava per pubblicare nei *Quaderni fiorentini* un commento all'edizione 1979 del suo *Manual de Historia del Derecho Español*: « ...el concepto 'modo de creación del Derecho' permite no sólo desbordar la consideración de los aspectos puramente normativos de Derecho, sino trascender el fenómeno jurídico en su conjunto e integrarlo en la globalidad social. Si al aludir al sistema jurídico se está postulando implícitamente la coherencia interna del Derecho, al construir un modo de creación del Derecho se pone el acento en la correlación entre el Derecho y la totalidad social » (B. GONZALEZ ALONSO, *Algunas consideraciones sobre la Historia del Derecho Español*. (A propósito de Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, 1981, p. 372).

(24) Per aver letto tanti dei suoi scritti, credo di poter dire che la triade *Économies, Sociétés, Civilisation* che la rivista ha avuto nella sua testata fino al 1993, gli fosse abbastanza congeniale.

quella tendenza ha restituito alla ricerca storica, liberandola dall'ipoteca che positivismo, idealismo e materialismo storico avevano messo su di essa, l'uno in conflitto con l'altro. Ma sopra a tutto, egli sembra aver praticato lo spirito libero del ricercatore che non si vincola né a preconcetti né a scopi, che opera con il suo metodo critico realistico, che tiene fermi l'ordine e la razionalità degli approcci ed agisce sapendo di essere parte della storia che scrive, in quanto essa è parte (radice, premessa, contesto) della storia stessa che egli vive.

La storia del penale. Diritto, potere, ideologie. — È stato già sottolineato il primo evidente senso che assume la scelta del penale come terreno d'indagine nel Tomás che muove i suoi primi passi di studioso durante gli anni di stagnazione culturale dell'ultimo franchismo. Clavero vi ha visto la prima manifestazione di un interesse 'costituzional' che sarebbe stato il filo conduttore di tutta la sua produzione di scienziato. La materia trattata nel *Derecho penal de la Monarquía absoluta* era la più congeniale alle « posiciones constitucionales primeras de Tomás y Valiente »⁽²⁵⁾ soprattutto perché « la historiografía de derecho penal importa a una cuestión de garantías que, como derechos, resulta más específicamente constitucional »⁽²⁶⁾. D'altro canto « L'afflato morale che lo spinge a compiere atti ardimentosi contro la dittatura — ha scritto Paolo Grossi — 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 »⁽²⁷⁾.

Entrambe queste osservazioni hanno fondamento, e muovono, come facilmente si avverte, dallo stesso nodo di fondo: in Tomás y Valiente l'attrazione per le aree problematiche a forte contenuto politico, nelle quali si dimostrano insieme la storicità del giuridico e la sua integrazione nel nodo di culture, valori e interessi di cui sono fatte le società moderne, nasce da una tensione civile che deve essere

⁽²⁵⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 37.

⁽²⁶⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34.

⁽²⁷⁾ P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. 787.

considerata il *prius* costante di tutte le sue scelte. E la storia del penale in tempo di opposizione, come la storia costituzionale in tempo di costruzione, corrispondono in modo omologo a quella tensione.

Ma la storia del penale, più ancora di quella costituzionale, deve fare i conti con il momento strettamente giuridico, e seppure collocabile dentro un quadrilatero formato da Stato, potere, ideologie e politica, non può sfuggire ad una *componente tecnica* provvista di una sua speciale autonomia: il modo di creazione del diritto penale non risponde soltanto a logiche puramente politiche, perché proprio per ottenere l'efficacia che si domanda alla norma penale, essa deve essere costruita in riferimento a regole tecniche e principi giuridici che sfuggono ai criteri dell'utile, del contingente e dell'opportuno. Nella creazione della legge penale, questo è il punto, il diritto fa da strumento, e lo strumento va usato secondo l'indicazione che è sua, e secondo la logica che lo regge. Però, se io non sbaglio, su questo aspetto particolare della questione « diritto e politica » Tomás è pronto a praticare il principio ma sembra riluttante ad affermarlo. Forse teme l'insidia, sempre pronta a riapparire, che vorrebbe il diritto come strumento neutro, nell'intento di mettere al riparo dalla valutazione politica gli effetti che attraverso esso si producono; o forse vuole evitare una sottovalutazione storiografica dei contesti, delle ideologie e degli interessi, che finirebbe per sottrarre alla storia del penale il suo carattere « *de signo constitutional* ». Preferisce così valorizzare negli enunciati il versante funzionale del diritto, che è quello che consente di *entender*, di capire: « il diritto non è mai una realtà autonoma, per se stesso. Il diritto è ciò che è, in funzione di una serie di convincimenti e di una serie di interessi: convincimenti dai quali muove, interessi in conflitto che cerca di risolvere: *y si non entendemos esto non entendemos nada* »⁽²⁸⁾.

Tutto ciò non toglie che nel suo approccio alla storia del penale egli sia sempre partito dal diritto, dal dato tecnico, per poi constatare, una volta entrato nel concreto, che esso trasforma in effetti la sua funzione: « *Derecho es técnica, sí; pero es también poder, poder*

⁽²⁸⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 250.

organizado y limitado, pero poder. Y los conceptos iurídicos no son vagas y estériles lucubraciones, sino instrumentos de enorme eficacia operativa. Los juristas los pensaron y los emplearon desde situaciones concretas. La Historia de la ciencia jurídica debe estar tan enraizada en la realidad social en que surgió y duró como la Historia de las instituciones » (29). O ancora: affrontando lo studio dei problemi fondamentali della legislazione penale, della dottrina criminalistica e della politica penale sotto la Monarchia assoluta nel tempo che va dalla fine del Quattrocento agli inizi del secolo scorso, egli si pone subito da un punto di vista che tiene presenti i contesti che necessariamente caratterizzano il sistema penale in un'esperienza unitaria, ed a suo modo integrale, come quella di età moderna in Castiglia.

Già nell'introduzione viene ricordando al lettore che i principi dottrinali e giuridici del diritto penale moderno dipendevano in gran parte da esigenze di indole politica o da convinzioni [*« creencias, en el sentido orteguiano »*] nelle quali tutti erano immersi in quelle società (alcune di tipo religioso, altre di tipo filosofico), o dalla loro particolare struttura socioeconomica. Ma erano altrettanto legate, specifica e sottolinea, all'evoluzione della scienza del diritto, alle sue peculiari caratteristiche intrinseche, al modo in cui la tradizione romanistica era interpretata e si stava sviluppando nei secoli XVI o XVII (30). Del resto, al suo primo esordio, Tomás aveva adottato una visione storico giuridica tesa ad aggregare dati complessi, secondo un metodo che (alla stregua della storia penale allora praticata) non esito a considerare autenticamente innovativo, e nettamente precoce rispetto a quanto si sarebbe cominciato a fare, anche fuori dalla Spagna, solo molti anni dopo: *« El término Derecho hay que entenderlo aquí no sólo como el mero conjunto de las normas penales de la época; con él aludo al mismo tiempo al juego vivo que con tales normas forman la práctica judicial, la doctrina de los autores, las situaciones de hecho provocadas por las mismas normas, y las instituciones penales y aun penitenciarias »* (31).

Quelle indicazioni, poste all'inizio dell'opera quasi a stabilire le

(29) F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del derecho e historia*, cit., p. 175-176.

(30) F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 15-16.

(31) F. TOMAS Y VALIENTE, *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal*

coordinate di riferimento per un percorso che sarebbe stato lineare, ma anche molto articolato, fanno emergere quattro elementi sopra a tutti gli altri. Il primo riguarda la stretta connessione tra il sistema penale praticato nel Reinado de los Reyes Católicos e la loro politica di assunzione assoluta di una *iusdictio* che continuava ad essere diffusa e troppo frammentata, anche sul punto fondamentale del potere di punire.

Il secondo concerne la logica di produzione e sviluppo del penale, individuabile nella funzione della dottrina criminalistica, di impianto romanista e di forte debito italiano, ma resa *sui generis* da un marcato teologismo che finirà per imprimere un carattere stabile al sistema penale, rendendo problematica la sua modernizzazione, anche nella fase del riformismo settecentesco. L'attenzione a questo aspetto dello sviluppo del penale in Spagna resterà costante nell'opera di Tomás. Basterà fare riferimento al fatto che non solo nelle sue analisi, ma anche nel suo interesse per particolari oggetti storiografici, nel solco — si direbbe — di una rilevabile tradizione giuridica spagnola ⁽³²⁾, un ruolo notevole è assegnato al rapporto tra crimine e peccato ⁽³³⁾.

Troviamo in lui una costante valorizzazione del ragionamento a base teologica e dell'argomentazione che se ne può trarre ⁽³⁴⁾.

castellano (siglos XVI, XVII y XVIII, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, p. 57.

⁽³²⁾ Per tutti, E. DE HINOJOSA, *Influencia que tuvieron en el Derecho Publico de su Patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, in: *Obras*, Madrid, 1948, I, spc. p. 121 ss.

⁽³³⁾ Tale rapporto, già individuato come contesto per la comprensione degli elementi che integrano la nozione di delitto in *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 219 ss., è più direttamente affrontato nello scritto *Delincuentes y pecadores*, cit., ma anche in *El crimen y pecado contra natura*, cit.; infine è vigorosamente ripreso come chiave di lettura primaria delle ideologie penali (spagnole) di età moderna nello scritto *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 250 ss. (« No hay en la concepción de la Teología Moral y el Derecho Penal una separación entre pecado y delito, sino todo lo contrario, una simbiosis. La mayoría de las conductas que son delito son delito porque son pecado », (p. 252).

⁽³⁴⁾ A Párraces, un villaggio della provincia di Segovia, nel 1650, una invasione di cavallette dà luogo ad uno dei non infrequenti processi ad animali che è dato incontrare nella storia penale dell'età moderna. La prevedibile condanna all'esilio di quei distruttivi ortotteri viene motivata con una violazione dell'ordine naturale che finisce per colpire le anime del purgatorio (« ... se castiga a las langostas, a los saltamontes, precisamente por

Notiamo una sistematica attenzione all'ipoteca fatta gravare dalla teologia morale sul sistema dell'incriminazione e sull'intero diritto penale sostanziale ⁽³⁵⁾ (teoria della legge penale, sua obbligatorietà — la legge penale giusta obbliga in coscienza, secondo l'insegnamento dei teologi giuristi — , il diritto di punire, la teoria dei fini della pena). Vediamo un frequente ricorrere al parallelismo tra legge penale e legge divina ⁽³⁶⁾.

Il terzo sta nella descrizione del fenomeno criminale presente lungo tutto il periodo esaminato, fondata su sondaggi archivistici ⁽³⁷⁾, sulla interpretazione in termini di politica penale della legislazione prodotta e su fonti diverse (*Noticias, Avisos*, atti di Consigli) che conferiscono una apertura alla ricerca, insolita allora ed assai raramente praticata poi, almeno dagli storici del diritto. Si tratta, in

lo mismo che se castiga a la muerte en la hoguera a las personas, porque alteran el orden natural. Las cosechas están para que crezcan, Dios ha puesto las cosechas para que crezcan y si vienen las langostas y se las comen, pues, mire usted, se altera el orden natural, pero no sólo se altera el orden natural de aquí abajo, en esta miserable tierra, sino que se altera también el orden natural de las almas del purgatorio. Porque si la cosecha se pierde, los lobriegos no venden el trigo, no ganan dinero, no pueden pagar sufragios, no pueden pagar misas y las pobres almas del purgatorio allá que se están, por culpa de las langostas. Y eso no puede ser, estaría bueno. Hay que sacar las almas del purgatorio, para lo cual hay que decir misas, para lo cual los curas tienen que cobrar las misas, para lo cual los lobriegos tienen que vender la mies, para lo cual la mies tiene que crecer, para lo cual la langosta no se la puede comer, porque si se la comen se acaba el orden natural de las cosas » (F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 253)

⁽³⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 85 ss. Ma si veda anche *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 250.

⁽³⁶⁾ Dio è legislatore, giudice e giustiziere, alla stessa stregua delle autorità politiche: la legge penale rispecchia la legge divina perché soprattutto essa, più che la civile, deve osservare l'ordine naturale stabilito per le società terrene (come per tutto il creato): F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., pp. 251-252.

⁽³⁷⁾ Una corposa appendice contiene documentazione processuale di vario genere: verbali di interrogatorio per tortura di grande interesse, processi informativi, perizie, atti di indagine, sentenze, concessioni di indulto, memorie di condannati, elementi di legislazione, ed una significativa prammatica di Filippo II, del 1566 « Sobre los vagamundos, ladrones, blasphemos, rufianes, testigos falsos, inducidos y casados dos vezes ». Chi ha confidenza con gli studi di storia delle devianze avverte la precocità di questi interessi rispetto al loro affermarsi — fino a degenerare in moda e maniera — a partire dalla seconda metà degli anni settanta.

effetti, della inattesa anticipazione di una linea metodologica che verrà messa a punto molti anni più tardi da quel settore della storia criminale che si rivelerà più sensibile al ruolo avuto dal dispiegarsi del pieno potere giudiziario degli Stati, nella stessa affermazione di una questione criminale in Europa. Nella sperimentazione precorritrice di Tomás ci sono certamente frammentarietà, incertezza di disegno metodologico e qualche ingenuità; ma essa ci dice anche della sorprendente sensibilità che quel giovane storico, operante in una realtà allora culturalmente appartata, per non dire isolata, in un contesto disciplinare tutto concentrato sulla sua 'filologia autistica', era in grado di mettere in campo. Le sue letture e le sue incursioni culturali al di là dei Pirenei, fecondate dall'intelligenza e dall'acutezza di sguardo, davano frutti di cui oggi, a così grande distanza di tempo, è ancora possibile riconoscere l'originalità ed apprezzare l'importanza.

Il quarto, infine, consiste in una analisi attenta di categorie ed istituti penalistici, esaminati non soltanto nella loro forma dottrinale e teorica, così come elaborata dai giuristi della scuola spagnola (che pure sono largamente implicati ⁽³⁸⁾), ma valutati soprattutto a partire dalla legislazione regia, in conseguenza del peso che quest'ultima ha avuto nella creazione e nel pratico funzionamento di quel sistema punitivo. Vengono individuati, per così dire, i progressi tecnici ed il maturare di alcune categorie penalistiche chiave che trasformano il penale nella faticosa direzione di una sua modernizzazione, predisponendolo ad una fase più esplicitamente 'constitucional', che Tomás sfiora appena ponendola però in un progetto di ulteriore ricerca del quale dirò tra poco. La nozione di delitto, gli istituti del tentativo, del mandato criminoso, del concorso di persone nel reato (visto nella chiave classica della nozione di 'complicità'), del favoreggiamento, vengono indagati nella loro dinamica dottrinale e legislativa, insieme a nozioni 'sensibili', quanto al potere modernizzante del nuovo diritto, quali la responsabilità penale, il dolo, la colpa, il caso fortuito. Infine la pena: il sistema delle pene arbitrarie

⁽³⁸⁾ Diego Covarrubias, Antonio Gomez, Alfonso de Castro, Lorenzo Matheu i Sanz e molti altri minori, ricorrono spesso e sono accuratamente commentati, circostanziati, precisati nel loro pensiero e nel senso dei loro contributi, lungo tutto l'arco del lavoro.

e la maturazione di una nuova funzione del giudice nel processo, il rapporto della pena con i diversi gradi di responsabilità e la questione dell'uguaglianza dei soggetti davanti alla legge penale, che costituisce in tutta evidenza uno dei tornanti decisivi del riformismo penale preborghese.

Non si tratta di cose da poco. Nel *Derecho penal de la Monarquía absoluta* si trovano, distese o *in nuce*, premesse ed elaborazioni di storia penale integrata che solo anni più tardi verranno emulate dalla storiografia giuridica ed istituzionale a scala europea. Occorre però aggiungere che malgrado il suo valore indiscutibile, quella ricerca finì per avere un ruolo ed un peso del tutto inadeguati rispetto alla storiografia giuridica ed istituzionale (ed anche riguardo ad alcuni settori della storia criminale che avrebbero potuto metterne a frutto più di una anticipazione), restando (se non vedo male) secondaria in Spagna e sostanzialmente ignorata nel resto d'Europa. Solo qualche cenno bibliografico da parte di chi si trovava ad evocare il penale dell'età moderna in Castiglia e nessun riferimento da parte, soprattutto, di quegli storici (spesso non giuristi) delle istituzioni degli Stati moderni che hanno fatto delle politiche criminali, penali e giudiziarie di quegli Stati il loro terreno di ricerca principale.

La tortura. Dal lenguaje diagonal al discurso directo. — Quando nel 1973 Tomàs pubblicò per la prima volta la sua raccolta di saggi sulla tortura, non era nuovo né al tema ⁽³⁹⁾, né — se posso dire — al genere di operazione, intesa a far riflettere sulla questione della repressione nella Spagna dell'ultimo franchismo, affrontando il tema più classico, suggestivo e imponente, della giustizia arbitraria degli antichi regimi. Ma la tortura non è argomento che possa essere

⁽³⁹⁾ Lo scritto *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, pubblicato negli *Anales de la Universidad de la Laguna. Facultad de Derecho*, I, 1963-64, pp. 23-59, risale a dieci anni prima, ed altri due articoli (*Teoría y Práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz, 1618-1680*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41, 1971, pp. 439-485, e *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, in: *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 125-142) erano già usciti quando venne pubblicata la raccolta dell'editore Ariel (che li comprendeva, ovviamente tutti e tre, insieme all'introduzione all'edizione di Beccaria del 1969 e ad un commento ad alcuni testi e documenti — uno dei quali già pubblicato nella Appendice del *Derecho penal de la Monarquía absoluta* — intitolato *De la práctica del tormento*).

affrontato per vie traverse, o con giochi di specchio che rimandino dal passato al presente, là dove ancora accada che si pratici: che si pratici non, beninteso, come legittimo ed ordinario mezzo previsto dall'ordinamento, ma di fatto, in modo risaputo e tollerato (il che equivale ad 'autorizzato'), da parte delle polizie ufficiali o di squadre o corpi di azione che vengono lasciati o fatti operare al solo scopo di consentire alle pubbliche autorità di trarsi fuori all'occorrenza. La recente storia d'Europa, non solo quella di tante parti del mondo di oggi e di appena ieri, ci dice che la realtà della tortura è ancora viva, presente, e ci riguarda.

Visto così, quello sulla tortura non è mai un discorso indiretto. Affrontarlo in termini storici in un paese in cui la tortura si pratica, vuol dire affrontarlo a tutti gli effetti. Tomás lo fa, ed in qualche misura svelando le sue reali intenzioni, lo fa da storico politico, molto più che da storico giurista. La tortura che emerge dalle sue pagine è la stessa di cui parlava Beccaria: mezzo contrario al principio di umanità, strumento che azzera il livello di civiltà della giustizia criminale, capace di aggiungere vessatorio arbitrio anche alla più brutale delle repressioni, inammissibile anche nella più drammatica delle emergenze. Ed oltre a tutto questo, lo sappiamo, anche mezzo inefficace, inadatto a produrre comunque giustizia e verità, inaffidabile e quindi inutilmente (e quindi assurdamente) barbarico. È questo il messaggio che le pagine di Tomás vogliono fare arrivare a coloro che le leggeranno: un sistema politico che pratici o lasci praticare la tortura non ha scuse, è sistema rozzo ed efferato, va inesorabilmente avversato. Il messaggio è ovviamente implicito, ma il discorso è diretto, perché l'oggetto parla da sé.

Anche nel taglio adottato per l'analisi strettamente storica dell'istituto Tomás sceglie la prospettiva classica, valorizzando il profilo umanitario e quello che ne denuncia l'irrazionalità. Non la affronta a partire dalla sua pretesa originaria, che era quella di *eruerе veritatem* al servizio di un processo pensato nella prospettiva della *veritas*, e non avverte il valore che pure quell'istituto ha avuto — già mentre era operante — quale paradossale tramite capace di insinuare nel processo penale un iniziale nucleo del principio di garanzia ⁽⁴⁰⁾. La sua analisi procede piuttosto in termini di storia politica:

⁽⁴⁰⁾ A me è capitato di avviare una riflessione su questo punto nello scritto

relaziona la pratica della tortura alla maggiore o minore forza dei regimi monarchici, la mette in connessione con i limiti che un potere autorevole deve essere capace di imporre a se stesso: « ... en último término el problema de la tortura es éste: el del límite del poder político »⁽⁴¹⁾. Lì stanno il ruolo e il compito del diritto. I mezzi giuridici immaginabili per combattere possibili pratiche di tortura, aggiunge⁽⁴²⁾, toccano il fondamento stesso del diritto, e riposano per un verso in tante altre limitazioni del potere esecutivo e, per l'altro, nella conseguente e correlativa difesa di altrettante garanzie o diritti individuali.

È nell'ordinamento penale, e soprattutto nell'intelaiatura dei procedimenti, che Tomás vede una occasione per muovere in direzione della modernizzazione e democratizzazione del sistema politico spagnolo. Si tratta, nel suo disegno, di recuperare i principi del diritto penale liberale, dentro un sistema costituzionale garantito. « El Derecho Penal del Estado liberal — aveva scritto solo due anni prima di quella conferenza — fue más justo, más técnico, menos severo que el de la Monarquía absoluta. Naturalmente siguió habiendo unos « delitos políticos », tan duramente perseguidos por el nuevo Estado como antes los *crimina laesae Maiestatis humanae* por el soberano absoluto; y por supuesto, la nueva clase dominante, la burguesía, utilizó también en su favor la nueva legislación punitiva. Pero aun en estos aspectos, los menos « confesables » de todo sistema jurídico, la dureza de la ley penal fue menor que la de siglos anteriores. Y al margen de ellos, la ley penal del Estado liberal protegió la pacífica convivencia en sociedad de manera menos opresiva, reduciendo el catálogo de delitos, disminuyendo la crueldad de las penas, mejorando el aparato técnico-jurídico de la época anterior, ocupándose no sólo del delito sino del delincuente... »⁽⁴³⁾. Il *paradigma della rivoluzione borghese* emerge qui come in tutta la

Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale, in: *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. Maire Vigueur e A. Paravicini Bagliani, Palermo, 1991, pp. 17-32.

(41) F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura judicial y sus posibles supervivencias* (conferenza, 1971), in: *La tortura en España*, Barcelona, 2ª ed., 1994, p. 234.

(42) F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, cit., p. 234.

(43) F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 408.

fase degli studi di Tomás che va dal primo impegno nella storia del penale ⁽⁴⁴⁾ fino alla metà degli anni settanta. È essa che implicitamente guida i suoi ragionamenti sul diritto penale di antico regime, misurato sugli esiti settecenteschi della sua progressiva trasformazione, quella che suggerisce tema e svolgimento del lavoro sulla *desamortización*, quella che lo conduce ad occuparsi di tortura, tema emblematico del passaggio dall'arbitrio alla legalità, dalla tirannide alla garanzia.

Il progetto di un percorso di ricerca. — Le brevi considerazioni sul diritto penale dello Stato liberale borghese citate qui sopra sono una specie di ponte gettato tra l'ultima pagina del libro pubblicato nel 1969 e l'impegno scientifico e civile che egli vedeva davanti a sé. In quella stessa pagina aveva espresso il proposito di studiare il diritto penale liberale ed i delitti politici. « El estudio del *Derecho Penal del Estado liberal* — aveva scritto — tanto en cuanto a sus delitos comunes como a los políticos, es otro capítulo de la Historia del Derecho Penal en España. Capítulo aún no escrito y cuya elaboración tal vez emprenda yo mismo algún día » ⁽⁴⁵⁾.

Quel proposito non venne effettivamente coltivato. A motivo, si può forse immaginare, del percorso scientifico e di vita che lo vide allontanarsi dalla storia del diritto spagnolo per assumere un ruolo di protagonista nel Tribunal Constitucional del Regno di Spagna, e per orientarsi poi, una volta conclusa quell'esperienza, verso gli studi di storia costituzionale. Ma anche in ragione, credo si possa dire, delle mutate condizioni politiche della Spagna dopo il 1975, che gli facevano sentire in altri termini, e, se posso dire, su altri fronti, la necessità di testimoniare nella ricerca scientifica un orientamento 'constitucional' ⁽⁴⁶⁾ e le aspirazioni democratiche (ma anche le ur-

⁽⁴⁴⁾ Penso ai due primi scritti di storia del diritto penale: *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 249-489, ed *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano*, 1961, cit.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, corsivi miei.

⁽⁴⁶⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34 ss. Clavero lascia intendere un implicito nella sua ricostruzione del tragitto scientifico e civile di Tomás, che vedrebbe il suo interesse per la storia del diritto penale negli anni sessanta come il più rilevante incunabolo del suo orientamento verso la storia costituzionale negli anni novanta: quasi il solo modo concesso in quegli anni lontani e difficili di produrre una storia giuridica che

genze di svecchiamento ed apertura culturale) che si portava dentro, coltivandole con le sue letture, i suoi studi, le sue frequentazioni ideali. Tuttavia, se queste sono ipotesi ragionevoli per spiegare il fatto che egli non abbia dato seguito a quei suoi progetti, resta da riflettere sui motivi che lo spingevano a prefigurare in quel modo il prosieguo delle sue ricerche, mentre usciva, alla fine degli anni sessanta, dal lavoro dedicato al sistema penale castigliano dell'età moderna.

Per uno storico del penale, il percorso che, muovendo dallo studio dell'esperienza assolutistica di antico regime, approda alla vicenda dello Stato liberale, passando per i reati politici, risponde ad una logica facilmente individuabile⁽⁴⁷⁾. Le questioni coinvolte si legano alla maturazione di un diritto penale che attinge, *attraverso la crescita tecnica* e poi con l'adozione di *politiche penali* connesse allo sviluppo degli Stati, livelli sempre più consapevoli nella direzione dell'*incivilimento* e della *costituzionalizzazione* (uso l'espressione nel senso che le dà Tomás), per poi assumere — a partire dalla fase liberale, dentro lo Stato di diritto — una sua specifica centralità nella vita istituzionale e nel governo della società.

Quella centralità, come ho avuto modo di dire in altre occasioni⁽⁴⁸⁾, deriva dalla qualità e dall'importanza delle questioni che,

fosse al tempo stesso politicamente sensibile, rivolta verso le istituzioni, adatta ad un robusto discorso indiretto e quindi capace di svolgere insieme una funzione formativa per gli altri, e di testimonianza quanto a sé.

⁽⁴⁷⁾ Avverto qui il rischio di una identificazione o di uno scambio. Nella mia esperienza di studioso ha preso forma un itinerario di ricerca del tutto omologo a quello prefigurato da Tomás: prima l'analisi delle teorie penali delle monarchie assolute — per usare l'espressione di Tomás — indagate nel loro nucleo politicamente più esplicito, il *crimen laesae maiestatis*; poi la riflessione sui reati politici nella dottrina penalistica del XIX secolo; infine quella sul diritto penale liberale, entrambe compendiate poi nel saggio sulla *Penalistica civile*, che è del 1990. Occorre dire, però, che contesti assai differenti, orientamenti culturali vicini ma non sovrapponibili, opzioni metodologiche segnate da diverse sensibilità, rendono assai dubbioso ogni raffronto. Quelle che sembrano omologie sono talora analogismi impropri, e finiscono per essere significative di nulla. Il che non mi impedisce, tuttavia, di avvertire come singolare e suggestivo questo itinerario parallelo (soltanto virtuale, peraltro, trattandosi di un quale che sia percorso di ricerca, paragonato ad un proposito espresso da poche parole); e non mi impedisce inoltre — nel momento in cui rifletto sul Tomás storico del penale, ricostruendo e valutando — di percepirlo come un rischio.

⁽⁴⁸⁾ Si possono vedere: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in:

muovendo dalla maturazione dello Stato moderno tra XVI e XVII secolo, attraversano progressivamente l'esperienza penale, intesa, nella sua globalità, come dimensione normativa che ha bisogno di forte legittimazione e come dimensione operativa (nella amministrazione della giustizia e dell'ordine) che è determinata dalle scelte delle classi dirigenti e proprietarie.

È così che le norme penali e quelle processuali, le pratiche della prevenzione e quelle della punizione, l'efficienza del sistema punitivo e la sua credibilità, si collocano al centro del rapporto tra autorità, classi, formazioni sociali e individui. Esse si rapportano alla libertà dei soggetti stabilendone gli ambiti, il livello, la qualità; si intrecciano con i loro interessi, avendo la peculiare capacità di stabilire i livelli di protezione giuridica e potendo quindi imporre nella società una scala gerarchica dei beni e dei valori presidiati che, mentre viene presentata come naturale, razionale e rivolta all'utile generale, rispecchia in realtà, consolidandoli, i rapporti di potere esistenti.

In meno parole, la centralità del sistema penale che sempre più si va delineando dal XVIII secolo in poi, sta nel fatto che proprio quel sistema condiziona in gran parte il profilo della libertà individuale, è la sede della sua garanzia, stabilisce la qualità della giustizia ed il livello della sua 'civiltà', delimita con le politiche di ordine pubblico lo spazio in cui può svolgersi ogni attività politicamente rilevante. Esso è, infine, decisivo vettore della modernizzazione nei sistemi liberali e democratici: quando si è posto mano a rinnovamenti rilevanti nella vita delle società, specie negli ultimi due secoli, si è trattato anche di rifare o magari abolire congegni penali, particolari reati, determinate sanzioni. Ogni elevamento del grado di civiltà della vita associata è passato — e spesso ancor oggi deve passare — attraverso cambiamenti, non sempre facili, delle regole che afferiscono alla dimensione penale dell'ordinamento.

È dunque nella logica di questo ordine di idee che io credo vada ricercata la ragione di quel lontano progetto di Tomás. Non soltanto

Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, III-IV, 1974-75, I, p. 563 ss., e *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in: *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, Laterza, 1990, p. 152 ss.

un naturale sviluppo delle sue « posiciones constitucionales primeras », ma un esercizio obbligatorio, se posso dire, per lui che voleva continuare, sul terreno della storia penale, un'indagine tesa ad andare oltre gli stretti limiti di una storia meramente giuridica. Se il fine era quello di contribuire alla comprensione più profonda del rapporto tra Stato e società, dentro le complicate dinamiche del sistema politico, del pensiero e degli ordinamenti giuridici nuovi, il passaggio non poteva che prevedere lo studio del diritto penale dello Stato liberale e quello del nodo forse più significativo di quella esperienza, rappresentato dalla questione dei reati politici.

« La preoccupazione per i diritti fondamentali — ha detto una volta Tomás ⁽⁴⁹⁾ —, per le loro garanzie tecniche, per la loro efficacia e per l'espansione del numero dei diritti, e soprattutto del numero dei loro beneficiari effettivi è indissociabile dalla preoccupazione per lo Stato democratico del nostro tempo ». Poco più che un'ovvietà, si direbbe, nella luce della cultura politica di questa fine di millennio. Minore è l'ovvietà se un pensiero come questo accompagna lo storico della questione penale che sa cogliere di essa l'intera e reale portata. Qui sta la 'logica facilmente individuabile' di cui dicevo poc'anzi: quel disegno di ricostruzione storiografica ha come base la convinzione che ciò che ancora oggi è oggetto di una *preoccupazione*, nella lunga fase storica avviata dal riformismo giuridico-politico del XVII e XVIII secolo, e che non sembra tuttora compiuta, è stato in gran parte individuato nella costituzionalizzazione del penale. Il fine è quello di rendere sicura la dimensione penale, nel duplice versante delle prerogative dei cittadini e delle necessità della giustizia: la libertà insieme alla legalità, l'ordine e la sicurezza insieme alla tutela dei diritti dei singoli. Un cammino dalla lunga storia: si è presentato all'inizio come un'intuizione filosofica, poi come esigenza morale prima ancora che giuridica; ha assunto quindi forma tecnica, ha cominciato a realizzarsi politicamente, ha preso parzialmente ed imperfettamente a compiersi, è stato contrastato, fatto occasione di

(49) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Lectio magistralis* detta in occasione del conferimento della Laurea Honoris Causa, Università di Messina, 1993, in: *Enunciazione e giustizia-bilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, a cura di A. Romano, Milano, 1994, pp. 277-278.

conflitti ideali e di battaglie civili, ha visto, e vede ancora, le sue conquiste messe in perenne discussione.

Dalla storia penale alla storia costituzionale. — C'è dunque in Tomás l'idea che il penale fosse uno dei luoghi giuridici primari dell'affermazione dei nuovi ordinamenti borghesi e che nel penale fosse presente *in nuce* un decisivo nucleo di diritti che, unito al complesso dei diritti politici e di cittadinanza, avrebbe costituito le basi di una nuova fase costituzionale. Lo spostamento del suo interesse dalla storia penale alla storia costituzionale (così come largamente argomentato, ma si può dire dimostrato, nella monografia di Clavero) si pone dunque nel segno della continuità, ed è il frutto di quella rara capacità che consente ad alcuni di mutare il punto di osservazione per mettere in luce nuovi oggetti storici, prima appena visibili. Un impegno, quello che stava ponendo nella storia costituzionale, inteso forse anche a riempire un vuoto di storiografia, così come aveva già fatto un quarto di secolo prima, ponendosi a colmare lacune nella storiografia del penale.

Il percorso sembra essere quello che va dallo Stato assolutista precostituzionale allo Stato liberale costituzionale, per giungere allo Stato democratico, in una progressiva « remodelación de un Estado ya existente », che passa attraverso oggetti di rilevante spessore storico quali autorità e legittimità, cittadinanza e garanzia, diritto e diritti. Il paradigma della rivoluzione borghese, chiave della storia penale, si muta nel paradigma della riforma costituzionale (Clavero).

La questione di fondo diviene quella della dislocazione dei poteri, della loro imputazione e della nuova direzione che progressivamente assume il loro procedere. E aggiungo: cede il presupposto fondamentale (che si attenua persino sul terreno della storia penale) della *unicità del potere*: i poteri, come i diritti, sono molti, articolati, diffusi. E se la pluralità dei diritti ha dettato la cifra della storia giuridica e istituzionale delle rivoluzioni borghesi e dello Stato liberale, la pluralità dei poteri si avvia a segnare quella della riforma costituzionale. Una fondamentale idea lockiana esce dall'ombra in cui è stata tenuta per tanto tempo e va a prendersi il posto che le compete.

Tomás y Valiente non ha avuto il tempo di precisare il suo percorso. È caduto in ragione della sua testimonianza, in termini di

continuidad moral e di *integridad personal* — se riesco a farmi capire — proprio sul terreno della riforma costituzionale, intorno alla quale elaborava e propugnava soluzioni nuove. Ma quel percorso risulta da anticipazioni e segni di facile interpretazione; e per quanto riguarda il piccolo punto di vista particolare nel quale mi sono messo io per riflettere sulla sua opera, le parole chiave sono quattro: diritti, garanzia, creazione politica, Stato.

I *diritti* vengono declinati al plurale (*derechos en plural* — dice —, *esto es, [los] derechos que las gentes tienen*), hanno la virtù di trasfigurare la nozione stessa di *diritto*, hanno un potere costitutivo nei confronti dello Stato. C'è una reale e radicale svolta tra la fase precostituzionale e quella costituzionale, particolarmente evidente se si guarda all'esperienza del diritto penale, riassumibile nella formula stretta « dalla legge ai diritti »⁽⁵⁰⁾. Quanto alla garanzia, complemento dei diritti, non può che riposare sullo Stato: essa è funzione conseguente della identità tra lo Stato e i diritti, mediante il diritto⁽⁵¹⁾. Questa connessione di diritto, diritti e Stato esprime il pensiero reale di Tomás, quello maturato, acquisito, tante volte espresso: « Non si può pensare ai diritti fondamentali senza pensare allo Stato, — ha detto ancora in tempi non lontani (era il marzo del 1993) — né rafforzare quelli senza rafforzare lo Stato. L'imprescindibile ed ineludibile paradosso consiste nel fatto che per rendere realtà quei diritti umani dichiarati per e nei confronti dello Stato, è necessario lo Stato. Lo Stato crea Diritto e deve rispettare e garantire i diritti, ma senza lo Stato non esistono né il Diritto né i diritti: c'è soltanto il caos »⁽⁵²⁾.

Ma la sua maturazione si era forse spinta più oltre. Bartolomé

⁽⁵⁰⁾ Non senza motivo Tomás osservava, in uno tra gli ultimi interventi che ha avuto modo di fare (era il settembre del 1995), che se fosse dovuto tornare a scrivere *El derecho penal de la Monarquía absoluta* non lo avrebbe intitolato più *El derecho penal*, ma piuttosto *Le ley penal*: anche perché, aggiungeva, « hablar de Derecho, sobre todo en el contexto de los oídos que ahora entienden esa palabra, *hablar de Derecho conduce a entender también el hablar de derechos en plural, esto es, de derechos que las gentes tienen* [corsivo mio], y el sistema penal del Antiguo Régimen estaba compuesto por un binomio que era la ley penal y el proceso penal, indisociables entre sí puesto que el Derecho Penal o la ley penal sólo se aplica, sólo actúa a través de un proceso » (F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 249).

⁽⁵¹⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 289.

⁽⁵²⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Lectio magistralis*, cit., p. 275.

Clavero, in un gioco sottilissimo di ricostruzioni tra il documentato ed il congetturale, ricomponendo abbozzi ed appunti trovati tra le sue carte, decifrando spie e valorizzando indizi, instaura con Tomás una singolare trattativa, in fondo alla quale si ritiene autorizzato ad ipotizzare che si stesse realizzando in lui (o si potesse realizzare) una sorta di rovesciamento: sono i diritti a causare' lo Stato, e lo Stato si deve ai diritti⁽⁵³⁾; « ... sabemos — conviene Clavero — que Tomás y Valiente formula lo primero menos nítidamente que lo segundo »⁽⁵⁴⁾, ma è tuttavia corretto presumere dagli impliciti, dilatando espressioni che nell'opera di Tomás appaiono da ultimo e sono per lui nuove⁽⁵⁵⁾. Si potrebbe allora ipotizzare uno Stato costituito a partire dai diritti (diritti di libertà, diritti politici, diritti civili), tale da esistere per difenderli, certificarli e garantirli, e non più — come nell'altra prospettiva — costruito per stabilirli e governarli. In una visione come questa, lo Stato è strumento artificiale, creato per tutelare e promuovere i diritti che gli preesistono e che danno ad esso esistenza e forma al solo scopo di ottenerne presidio e garanzia⁽⁵⁶⁾. Uno Stato di mera creazione politica, dunque, che sposta sui diritti l'intero asse costituzionale.

Se il quadro fosse effettivamente questo, si interromperebbe la continuità di ricerca che tiene uniti lo storico penale delle origini ed il costituzionalista degli esiti: il penale, da quando nella sua vicenda storica ha incontrato le libertà e le garanzie, da quando si è posto come esperienza giuridica centrale nelle esperienze costituzionali moderne, è sempre stato incardinato nello Stato produttore di diritti attraverso il diritto. Un rovesciamento della 'natura' dello Stato

⁽⁵³⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 288 ss.

⁽⁵⁴⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 289.

⁽⁵⁵⁾ « Habría que analizar el papel de las declaraciones de derechos, entendidos como límites al poder del Estado, pero también como justificación de la existencia de éste, concebido precisamente como instrumento artificial para su defensa ». F. TOMÁS Y VALIENTE, *Cuatro lecciones de Historia Constitucional, 1812-1978* (1993), citato in: B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 245. Queste affermazioni sono una novità nella sua opera storiografica, commenta Clavero, e contengono un potenziale enorme: i diritti non artificiali — non gli piaceva chiamarli naturali, per evitare equivoci — come ragion d'essere dell'artificio costituito dallo Stato (B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 245)

⁽⁵⁶⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 245.

comporterebbe una sua radicale rifondazione. Dubito che Francisco Tomás y Valiente si muovesse effettivamente in questa direzione.

Credo anch'io, con Paolo Grossi ⁽⁵⁷⁾, che le sue convinzioni non possano essere risolte dentro uno sbrigativo giudizio di statalismo e legalismo, ma è fuori discussione che per Tomás lo Stato rappresentava un valore proprio perché egli lo vedeva come insostituibile creatore del diritto e come garante dei diritti, gli artificiali e i non artificiali: in questo senso, lo sentiva identificato con il diritto. Certezza, garanzia, libertà, principio democratico: Tomás crede veramente che nulla, allo stato delle cose, al grado attuale della vicenda storica, possa assicurare tutto ciò allo stesso modo in cui è in grado di farlo lo Stato costituzionale, ed il penale — per tornare al punto — non può che restare dentro questo ordine di cose e di idee.

Nella prospettiva della riforma costituzionale il suo carattere di normazione coattiva, derivato dall'antico (preteso) diritto di punire, non potrebbe essere che seriamente attenuato, ma non sembra che possa essere messo in discussione il monopolio pubblico della potestà punitiva. Gli Stati devono invece affrontare la proliferazione del penale nelle legislazioni moderne e l'ipertrofia che il penale sostanziale sta conoscendo, in conseguenza di un esercizio paradossale della potestà legislativa penale. La crescita del penale simbolico, del penale pedagogico, di quello mediatico, stanno facendo della questione giustizia uno dei più sensibili problemi degli odierni ordinamenti. Molti sistemi processuali sono inadeguati sul duplice fronte della difesa della legalità e della garanzia per gli accusati, ed è ancora universalmente irrisolta la questione della civiltà delle pene. Non si tratta di problemi aperti soltanto sul piano politico: la loro dimensione costituzionale è di tutta evidenza e questo tiene saldamente il penale dentro la prospettiva integrata in cui lo aveva posto fin dall'inizio Tomás y Valiente: perché non è più tempo di *gobemnar castigando*.

(57) P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. 793 ss.

PEDRO CRUZ VILLALÓN

RAZÓN DE CONSTITUCIÓN
(Tomás y Valiente, magistrado)

“ De mi etapa en el Tribunal Constitucional no es prudente hablar. Quizá lo haga, en la medida de lo posible, dentro de unos años... ” (1). Así concluía Francisco Tomás y Valiente, en los primeros días de 1990, su “ Autobiografía intelectual y política ”. Por motivos diferentes, tampoco B. Clavero, en su biografía, ha querido ir mucho más allá en lo que a esa etapa de su vida se refiere (2). Lo que ellos no hicieron, difícilmente podría ser abordado en esta ocasión. Sabemos, desde luego, que Tomás y Valiente pasó por el Tribunal Constitucional, que fue magistrado del mismo de 1980 a 1986, y su presidente, además, de 1986 a 1992. Pero todo intento de diseccionar y aquilatar, por parte de cualquier otro, lo que de él hay en la obra del Tribunal correspondiente a esos años habría que calificarlo, como en una Sentencia de la que fue ponente se dice, de “ taumatúrgico ” (3).

Durante doce años el magistrado se encargó de “ dar razón ”, como había escrito (4), del derecho interpretado y aplicado por el Tribunal Constitucional, es decir, de dar razón de la Constitución.

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras completas*. 6 vols. Madrid, 1997. p.14 (en adelante, *Obras*).

(2) Confiando en que yo podría cubrirla. Bartolomé CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*. Milán, 1996, p. 131.

(3) “ Este Tribunal no puede fragmentar el resultado probatorio ni averiguar qué prueba practicada es el soporte de cada hecho declarado probado por el Juez penal. Tal operación, que tendría mucho de taumatúrgica, ni es posible psíquicamente...ni sería compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional ” (STC 20/1987, 3. El número que sigue al de la Sentencia corresponde aquí y en lo sucesivo al fundamento jurídico).

(4) STC 24/1990, 4.

Lo hizo junto con los demás colegas del Pleno, con los de la Sala Segunda del Tribunal de 1980 a 1986, con los de la Sala Primera de 1986 a 1992. En muchas ocasiones lo hizo además como ponente ⁽⁵⁾, es decir, fue él quien expresó la opinión del Tribunal, como se dice en el encabezamiento de las Sentencias ⁽⁶⁾, dándole forma escrita, configuración formal. La ponencia hace referencia, por tanto, a la forma: los contenidos son colectivos. Pero si los razonamientos son de todos, de toda la Sala, de todo el Pleno, salvados los votos particulares, el modo de decir pertenece al ponente, básicamente.

El magistrado suscribió también algunos votos particulares, no muchos, poco más de uno por año, la mayoría en los años previos a la presidencia ⁽⁷⁾. Pero tampoco el razonamiento contenido en los votos es siempre exclusivamente personal. Varios de ellos son votos colegiados, es decir, suscritos por una pluralidad de magistrados, de los que no siempre consta su redactor. En dos ocasiones el voto particular acompaña a una Sentencia de la que él mismo ha sido ponente ⁽⁸⁾, pues, como él mismo explica, el ponente expresa la opinión del Tribunal, pero no necesariamente la suya propia ⁽⁹⁾.

En suma, los textos del Tribunal Constitucional revelan varias texturas. En estas condiciones, comentar la obra del magistrado a partir de las Sentencias de las que fue ponente, o respecto de las que incluso formuló voto particular, tiene mucho de arbitrario: en definitiva, no es sino hablar del propio Tribunal Constitucional. Lo que ocurre es que hablar del Tribunal Constitucional de España de 1980 a 1992 es, también, hablar de Francisco Tomás y Valiente. El Tribunal Constitucional se integra de un número, en definitiva, corto de personas, tanto más cada una de sus dos Salas. En cada resolución está hablando cada uno de los magistrados, quienes están suscribiendo lo que en la resolución se afirma. Tanto más es ello así cuando el magistrado es un individuo particularmente dotado para la persuasión, cuando durante la mitad del período comprendido

⁽⁵⁾ En 162, exactamente. La ponencia de la STC 37/1988 no figura en la búsqueda informática porque se atribuye al "Excmo. Sr. Presidente", sin nombrarlo.

⁽⁶⁾ Así se viene haciendo, invariablemente desde la STC 6/1982.

⁽⁷⁾ Dieciocho, concretamente.

⁽⁸⁾ SSTC 5/1981 y 60/1983.

⁽⁹⁾ Voto particular a la STC 60/1982.

preside el Pleno y una de sus Salas. Pero es específicamente del magistrado del que quisiera ocuparme.

Hay, pues, con todas estas reservas, una forma de leer también a Francisco Tomás y Valiente, que es leyendo las resoluciones judiciales en las que fue ponente, así como, por supuesto, los votos particulares que redactó. El presente es, consciente e inevitablemente, un ejercicio de discrecionalidad complicado por una dificultad añadida, pero evidente, de discreción. Me ha parecido, acaso equivocadamente, que, en este caso particular, era oportuno inclinarse por la subjetividad. He buscado, no los pasajes necesariamente más trascendentes, sino algunos que personalmente más me han interesado, aquéllos en los que me ha parecido ver al magistrado más directamente reflejado. He optado por seleccionar, con el ánimo de invitación a la lectura, y siguiendo cada uno de los doce años de su condición de magistrado, un concepto, ya fuera más general o más específico, recogido con sus propias palabras⁽¹⁰⁾. En todo caso, oigamos, sin más preámbulo, al Tribunal Constitucional español, por boca de Tomás y Valiente. Y oigamos también a Tomás y Valiente, como magistrado.

I. *1981: Jurisdicción constitucional como interpretación de la Constitución. El ideario educativo.*

Aunque el Tribunal Constitucional se constituyó en julio de 1980, durante el resto de ese primer año de funcionamiento no emitió ninguna Sentencia, es decir, ninguna resolución por la que, resolviendo sobre el fondo, se pusiera fin a un proceso constitucional. Dado que el Tribunal Constitucional se estructura en dos Salas de seis magistrados para la resolución de los recursos de amparo, conviene notar que F. Tomás y Valiente se incorpora a la Sala Segunda, en la que permanece hasta el año 1986⁽¹¹⁾. Las primeras

⁽¹⁰⁾ Voy a prescindir de las numerosas ponencias relativas a la materia laboral en su sentido más amplio (libertad de sindicación y de huelga, no discriminación en el trabajo, cualidad normativa de los convenios colectivos), respecto de la cual cabe hoy ya remitirse al excelente número monográfico de la revista "Relaciones Laborales", 15-16, 1997.

⁽¹¹⁾ La Sala es presidida durante esos años por J. Arozamena, siendo integrada,

Sentencias del Tribunal aparecen a comienzos de 1981. Llama atención la circunstancia de que, en ese primer año, sólo dos de las 42 Sentencias que en ese año aprueba el Tribunal Constitucional hayan tenido como ponente al magistrado ⁽¹²⁾. Pero la primera de ellas concierne a un extremo enormemente polémico en la época, la regulación de la enseñanza, cuestión que, en el curso del proceso constituyente, dio lugar a una crisis en el seno de la ponencia parlamentaria encargada de la redacción de un primer texto constitucional. Es de suponer que buena parte del esfuerzo de aquellos meses se volcara en la redacción de la ponencia de la que sería la STC 5/1981, sobre la Ley orgánica reguladora del estatuto de los centros escolares (LOECE).

El problema era el de la legitimidad del llamado “ ideario educativo ” de los centros privados de enseñanza: bajo qué condiciones y requisitos, con qué eficacia vinculante podía el legislador permitir que los centros privados de enseñanza tuvieran su propio “ ideario ”. La oposición parlamentaria, en uno de los primeros recursos de inconstitucionalidad interpuestos, solicitó expresamente una Sentencia “ interpretativa ” del concepto de ideario educativo, es decir, una resolución en la que se concretasen las indeterminaciones del legislador, de tal modo que sólo a partir de dichas especificaciones dicho ideario pudiera ser considerado acorde con los derechos y libertades que la Constitución reconoce.

El ponente acepta el planteamiento ⁽¹³⁾, el cual, sin embargo, al no ser respaldado por el Pleno del Tribunal, adopta la forma de un voto particular. El voto, redactado en el tono institucional de un texto con vocación de Sentencia, y al que se adhieren tres magistrados, importa ahora en la medida en que aborda el sentido de la

además de por el propio Tomás, por Luis Díez-Picazo, Francisco Rubio Llorente, Antonio Truyol Serra y Plácido Fernández Viagas, este último, a su fallecimiento, sustituido por Francisco Pera Verdaguer.

⁽¹²⁾ Se trata de las SSTC 5/1981 y 8/1981, en la numeración que luego recibirían. Es de tener en cuenta que durante los primeros meses el Tribunal no numera sus Sentencias, limitándose a identificarlas por su fecha.

⁽¹³⁾ “ ...sí este Voto particular se propone lo que la doctrina denomina una Sentencia interpretativa no es porque así lo pida el Comisionado de los recurrentes, sino por imperativo lógico del propio juicio de conformidad entre la Ley impugnada y los preceptos constitucionales presuntamente violados. ” (Voto particular a la STC 5/1981).

interpretación constitucional. Interpretar la Constitución es, significativamente, reducir sus ambigüedades, las ambigüedades determinadas por exigencias del consenso constitucional en torno al art. 27 C.E., parece implicarse ⁽¹⁴⁾. El voto particular concluye así con una definición abstracta de lo que constitucionalmente puede ser el “ ideario educativo ”, en forma de un fallo interpretativo: “ la expresión pública sintética e inequívoca del carácter ideológico propio de un centro tendente a facilitar a los padres el derecho que a éstos les reconoce el art. 27.3 de la Constitución, y que el reglamento de régimen interior no puede afectar por razón de su contenido al desarrollo ni al ejercicio de ningún derecho fundamental o libertad pública ” ⁽¹⁵⁾.

Esta decidida posición del magistrado a favor de los fallos interpretativos no le permite, sin embargo, compartir la posición de la mayoría en la STC 53/1985, al resolver el recurso previo de inconstitucionalidad sobre la ley de despenalización del aborto, en la que se emite un fallo por el que se impone al legislador la incorporación a la norma penal de una serie de requisitos: “ La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre textos a ellas sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales ” ⁽¹⁶⁾.

En una Sentencia redactada por el magistrado, la STC 101/1984, se contiene la que posiblemente sea la formulación más rotunda, en la forma, de la capacidad del Tribunal Constitucional para declarar el contenido vinculante de la Constitución. Se trataba de decidir si el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley se proyecta exclusivamente sobre el orden jurisdiccional penal o si lo hace también sobre el civil. El Tribunal, por boca del magistrado, se

⁽¹⁴⁾ “ ...Y ha de ser este Tribunal, al efectuar el control abstracto entre las citadas normas, quien, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 de la LOTC), reduzca ambigüedades y promueva seguridad jurídica ” (Voto particular a la STC 5/1981, 3).

⁽¹⁵⁾ Cuatro años más tarde, como ponente de la STC 47/1985 (“ Colegio Les-tonnac ”), tendrá ocasión de redactar la Sentencia por la que se otorga el amparo a los profesores de un centro privado despedidos por haber ignorado, sin mayor concreción, su ideario educativo.

⁽¹⁶⁾ Voto particular a la STC 53/1985, 6).

expresa así: “ Frente a tan débil argumento, este Tribunal, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución y de acuerdo con la regla de remisión del art. 10.2 de la C.E., declara la plena vigencia del derecho fundamental en cuestión en el orden procesal civil ”. No recuerdo una proclamación tan abierta por parte del Tribunal, de su capacidad para “ decir la Constitución ” (17).

II. 1982: *Los títulos nobiliarios bajo la Constitución igualitaria.*

En este año el magistrado asume ya diez de las ponencias correspondientes a las ochenta y seis Sentencias que en ese año aprueba el Tribunal. De ellas debe destacarse, ante todo, un par de pronunciamientos particularmente enérgicos acerca del carácter normativo de la Constitución, e incluso de su inmediata eficacia vinculante, sin necesidad de desarrollo normativo alguno. Así, no duda en aprovechar una afirmación incidental efectuada por uno de los comparecientes y para que la STC 16/1982 comience declarando: “ Conviene no olvidar que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos...están sujetos a ella ”. Y, ya a final del año, ante un caso de discriminación por filiación, su Sala se expresa así: “ Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o princip(i)al es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que ‘los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución’, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor... ” (STC 80/1984, 1). Afirmaciones como éstas fueron precisas en aquellos primeros momentos de vigencia de la Constitución.

(17) No se olvide lo que, ya con mayor libertad, y hablando exclusivamente por sí mismo, dice en 1994, en la apertura de la Conferencia conmemorativa de los XV años de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: “ El control de constitucionalidad sobre el Tribunal Constitucional es sólo autocontrol. Nadie puede funcionalmente controlar el ejercicio de sus competencias ”. Obras, p. 4792.

Ahora bien, de entre las Sentencias cuya ponencia correspondió al magistrado en este año, no puedo dejar de singularizar a la STC 27/1982, relativa a la compatibilidad del régimen de los títulos nobiliarios con la Constitución. Todavía está próxima la Sentencia dictada, quince años más tarde, sobre un extremo específico de este régimen, el relativo a la preferencia del varón respecto de la mujer en el orden de sucesión, en igualdad de grado, la STC 126/1997. También aquella Sentencia se enfrentaba con un problema específico, mucho más incluso, de este régimen, el del requisito, contenido en el régimen de sucesión del título de Marqués de Cartagena, de casar con noble, so pena de quedar excluido del orden de suceder. De esta Sentencia arranca, a mi modo de ver, el planteamiento general que llevó entonces a desestimar el recurso de amparo y, hace pocos meses, a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad.

Con arreglo a la doctrina sentada en esta Sentencia, los títulos nobiliarios son constitucionales en la medida en que carezcan de consecuencia jurídica discriminatoria alguna, dicho en forma lapidaria: “ Su esencia o consistencia jurídica se agota en su existencia ”; por ello, “ lo constitucionalmente inadmisibile es que el hecho diferencial (tener título o no tenerlo) se convierta en ningún caso en hecho discriminatorio ”. Tal no sería el requisito de casar con noble, pues, de otorgarse el amparo “ resultaría la insalvable contradicción lógica de ser la nobleza causa discriminatoria y por ende inconstitucional a la hora de valorar la condición para adquirir el título, pero no a la hora de valorar la existencia misma y la constitucionalidad del título nobiliario en cuestión ” (18).

III. 1983: *Los derechos fundamentales.*

“ Nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal ” (19). Este conocidísimo pasaje no está

(18) También le correspondió la ponencia de la otra Sentencia dictada en materia de títulos nobiliarios, durante su permanencia en el Tribunal, la STC 68/1985 (“ Marqués de Domecq ”), si bien en esta ocasión el derecho invocado era la tutela judicial, y no el principio de igualdad.

(19) STC 26/1981, 14.

extraído de una Sentencia en la que Tomás y Valiente actuase como ponente, pero posiblemente es en sus ponencias donde con mayor frecuencia se repite ⁽²⁰⁾. Puede servir como referente de la máxima preocupación del magistrado, los derechos fundamentales. No hay una particular razón para situar en este año el tema en cuestión ⁽²¹⁾, si no es la circunstancia de no haber sido ponente de ninguna de las dos Sentencias que inmediatamente vienen a la memoria correspondientes a dicho año, la STC 76/1983, que afrontó, con unanimidad, el control de constitucionalidad de la polémica Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico ” (LOAPA), y la STC 111/1993, relativa a la no menos polémica expropiación del holding Rumasa, resuelta por un Pleno dividido a partes iguales ⁽²²⁾.

La frase adoptada por el magistrado casi como criatura suya, la proclamación, como competencia indeclinable del Tribunal, de cualquier cuestión relativa al ejercicio de los derechos fundamentales, no podría llevarse hasta sus últimas consecuencias sin que el Tribunal atrajera hacia sí mucho más de lo que le corresponde. Así debe admitirlo, como ponente, en 1987, con ocasión de una regulación, difícil de admitir desde consideraciones de justicia, de las cotizaciones sociales por parte de los trabajadores autónomos (el llamado “ RETA ”): “ Decir que una norma reglamentaria no viola los derechos fundamentales... no equivale a decir que sea ni la mejor norma de las posibles ni la más adecuada a la Constitución, pues, como es obvio, este género de pronunciamientos irían mucho más allá de lo que debe decir este Tribunal ” (STC 189/1987, 8). Creo que en este pasaje se anuncia ya la evidencia de que la fuerza

⁽²⁰⁾ SSTC 60/1982, 7/1983, 24/1990, VP a la STC 165/1991, cuando menos.

⁽²¹⁾ Trece Sentencias de este año han sido ponencia suya, de las cuales tres son prácticamente de remisión a doctrina anterior (SSTC 20, 86 y 102), lo que pone de manifiesto cómo el Tribunal puede empezar a apoyarse ya en sus propios pronunciamientos anteriores.

⁽²²⁾ “ Entre 1980 y 1983 todo -conceptos, funciones, lealtades y colaboraciones- parecía cumplirse en torno al Tribunal con el beneplácito público y el reconocimiento periodístico. El punto culminante de aquella fase fue la STC 76/1983, de 5 de agosto, por la que fueron resueltos los recursos de inconstitucionalidad sobre la LOAPA.- Pocos meses después, sin embargo, con motivo de la STC 111/1983, de 2 de diciembre, sobre el caso RUMASA, las alabanzas se convirtieron en condenas en boca de gran parte de los mismos medios de comunicación que meses antes habían proclamado la independencia de los magistrados del Tribunal ”. Obras, p. 4783.

normativa de la Constitución, y concretamente la potencialidad de los derechos fundamentales, puede alcanzar más lejos que el ámbito sobre el que se extiende la competencia del Tribunal Constitucional.

Por contra, en su voto particular a la STC 6/1984, el magistrado llega a decir tajantemente que “ lo no razonable es discriminatorio ”, lo que sería tanto como decir que lo que repugna a la razón repugna *eo ipso* a la Constitución, en cuanto contrario al principio de igualdad. Me resisto a creer que estuviera proclamando un derecho fundamental, invocable en amparo, a la razonabilidad de las decisiones de los gobernantes; más bien me parece un modo de expresarse en el contexto de su particular discrepancia. Pero es sin duda un pasaje en el que el magistrado revela su talante.

IV. 1984. *El Estado de las Autonomías.*

“ En octubre de 1984 tuvo lugar en Madrid, en la sede del Tribunal Constitucional español, la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, que estuvo dedicada a un tema monográfico: “ Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional ”...Con antelación suficiente, el entonces Presidente García-Pelayo me propuso que redactara yo el informe correspondiente al Tribunal español... ” (23). El informe, publicado primero en el volumen que recoge las ponencias de aquella conferencia y posteriormente de forma autónoma, da cuenta acabada de lo que es el Estado de las Autonomías, y de lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la misma. El magistrado fue ponente de un considerable número de Sentencias “ autonómicas ”, recaídas tanto en recursos de inconstitucionalidad como en conflictos positivos de competencia (24). Como siempre, partimos de una circunstancia aleatoria: No haber sido el ponente de la Sentencia dictada en relación con la Ley vasca de Territorios Históricos (STC 76/1988), por ejemplo, no disminuye sustancialmente su protagonismo en la configuración de esa resolución. Me parece que refleja muy bien su talante el modo como

(23) Prólogo a *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Obras*, p. 1829.

(24) En torno a las veinticinco.

arranca el primer fundamento jurídico de la primera Sentencia autonómica cuya ponencia redacta: “ En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal ”. Años más tarde, ya fuera del Tribunal, se mostrará consciente de esta tendencia al didactismo (25).

La identificación de una determinada actividad como incardinable en una u otra “ materia ” a partir de las cuales se configuran los respectivos títulos competenciales del Estado y de una Comunidad Autónoma lleva a las partes a efectuar disquisiciones a las que el Tribunal no puede, en ocasiones, evitar responder con cierto sentido del humor. Algo de esto hay en la respuesta a la alegación de que los celentéreos antozoos, entre los cuales se encuentran los coralarios, son mariscos, con la consecuencia de que la pesca del coral es competencia de la Comunidad Autónoma (26).

La descentralización del Estado, diseñada en la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía, no tiene la misma eficacia inmediata, sin necesidad de interposición de acto alguno de los poderes públicos, como ha insistido el magistrado en relación con

(25) Intervención en la Conferencia conmemorativa de los XV años de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. *Obras*, p. 4781.

(26) “ Con frecuencia sucede que los *nomina iuris* no tienen el mismo significado que cuando esos significantes se emplean en el lenguaje no jurídico...Estos ejemplos, tan banales como fácilmente justificables, sirven para ilustrar la afirmación de que la constelación de los conceptos jurídicos es artificial, por lo cual, para precisar su significado técnico sirven de poco disquisiciones procedentes de otros campos semánticos. El argumento construido por los recurrentes en el presente proceso a partir de nociones zoológicas, según el cual, marisco es todo animal marino invertebrado y, por lo tanto, son mariscos, en cuanto invertebrados, los poríferos, los equinodermos y, “ como no, los celentéreos antozoos ”, que son los coralarios, sin discriminación posible a tal efecto entre los hexacorolarios, y los octocorolarios, puede adentrarnos por vías tan apasionantes como científicas, pero es de temer que cuanto más anduviéramos por ellas más nos habríamos alejado de nuestro objetivo...” (STC 56/1989, 1).

los derechos fundamentales (27). Por el contrario, requiere de un acto de “traspaso” de los medios personales y materiales, so pena de afectar a la continuidad de los servicios públicos, en detrimento de los ciudadanos. De ahí que el Tribunal se viera forzado a desestimar los conflictos interpuestos, concretamente, por Galicia, frente a la omisión del Estado en la transferencia de estos medios instrumentales. Pero la situación creada dista de ser satisfactoria, y el lenguaje del ponente expresa, con sentido histórico, el carácter necesariamente transitorio de la situación producida: lo provisional no puede seguir siéndolo indefinidamente (28).

V. *Los derechos de la mujer embarazada.*

“La permanencia del 411 del Código Penal como norma inalterada antes y después de la entrada en vigor de la Constitución significa un desconocimiento de que el nuevo marco de derechos fundamentales no sólo permite, sino que obliga al legislador (y, en su caso, a quien aplica la ley preconstitucional) a introducir reformas que adecuen el tipo penal preconstitucional a las exigencias derivadas de aquellos derechos de la mujer embarazada a su dignidad, a su integridad física y psíquica, al libre desarrollo de su personalidad y a su intimidad personal (artículos 10, 15 y 18 C.E.)” (29). Con espontaneidad podemos decir que, para la obra del magistrado, este podría ser el año de los derechos de la mujer embarazada. Es el

(27) SSTC 16/1982, 80/1984.

(28) STC 209/90, 4: “Los anteriores razonamientos, insertos en una reiterada doctrina de este Tribunal no resuelven, ni pueden resolver, el problema en el retraso del traspaso de servicios, sino que más bien ponen de manifiesto la existencia de una situación altamente insatisfactoria en orden a la construcción y a la consolidación del Estado de las Autonomías configurado por nuestra Constitución, cuyo acabado diseño no se alcanzará mientras el Gobierno de la Nación no haya transferido a las Comunidades Autónomas (en este caso, Galicia) los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas por aquéllas... Mientras no se hayan transferido los medios personales y materiales necesarios e imprescindibles para el ejercicio de una competencia estatutariamente asumida por una Comunidad, en este caso Galicia, el ejercicio de aquella competencia corresponderá todavía al Estado, pero es indudable que tal ejercicio debe reputarse anómalo porque es provisional, y lo provisional no puede seguir siéndolo indefinidamente...”

(29) Voto particular a la STC 70/1985, 2.

ponente de quince Sentencias, de un total de ciento ochenta y tres, y de tres votos particulares, los tres en solitario. La expresión, conscientemente elegida, pretende enfocar la despenalización del aborto, no ya sólo como algo constitucionalmente permitido, sino, sobre todo, como algo constitucionalmente exigido. Para el magistrado no era suficiente declarar la constitucionalidad de los supuestos de exención de responsabilidad del nuevo art. 417 bis del Código Penal aprobado por las Cortes Generales en 1983, sino que resultaba necesario examinar la constitucionalidad de la tipificación incondicionada del aborto contenida en el art. 411 C.P. Así, ya en 1984, decía por medio de voto particular: “ Por eso he propuesto a la Sala que elevase al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del art. 411 del Código Penal, ahora vigente sin el contrapeso que significará previsiblemente el nuevo art. 417 bis del Código Penal ” (30). Tanto en este voto como en el que incorpora a la STC 70/1985 adelanta que considera “ de muy dudosa constitucionalidad ” dicho precepto.

Sus discrepancias, expresadas también en voto particular, respecto de los condicionamientos con los que la STC 53/1985, en recurso previo de inconstitucionalidad, admitía la limitada despenalización del aborto, tenían también mucho que ver con la posición asumida por el Tribunal Constitucional como legislador “ positivo ”, extremo en el que coincide con otros votos particulares. Pero, a mi modo de ver, lo que caracteriza ante todo su posición es la necesidad de contemplar el problema desde los derechos fundamentales de la mujer.

VI. 1986. *La posición preferente de la libertad de expresión.*

“ ...el hecho de que el art. 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre...otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales ” (31). Estamos en el año de la primera renovación colectiva del Tribunal, que llega a afectar a la mitad de sus miembros, pues, además del tercio que

(30) Voto particular a la STC 75/1984, 1.

(31) STC 106/1986.

corresponde renovar, fue preciso atender a la sustitución de dos magistrados que han dimitido voluntariamente. La presidencia del Tribunal, y con ello la de la Sala Primera ⁽³²⁾, recae en Tomás y Valiente, quien será reelegido en 1989, hasta la conclusión de su magistratura en 1992. En este primer año de presidencia, el magistrado se limita a actuar como ponente en diez Sentencias, sobre un total de ciento sesenta y nueve, siendo ilustrativo que no formula ningún voto particular en este año, haciéndolo ya sólo en cuatro ocasiones más.

Me parece muy significativa la STC 104/1986 (“ Soria Semanal, I ”), pues marca un importante giro en la doctrina de este Tribunal sobre la libertad de expresión. O, más bien habría que decir, sobre la función que el propio Tribunal se atribuye en la protección de la libertad de expresión, en particular en los supuestos de conflicto con los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. Tras unos años en los que el Tribunal entiende que no debe inmiscuirse en el modo como los Tribunales ordinarios resuelven los conflictos entre los dos derechos o libertades citados, la STC 104/1986 señala el momento a partir del cual, y desde entonces indefectiblemente, el Tribunal no va a aceptar como válida cualquier respuesta que los Tribunales ordinarios den a estos conflictos. Para efectuar este giro, el Tribunal se considera en la necesidad de “ cargarse de razón ”, buscándola en una especie de “ plusvalor ” de la libertad de expresión frente a otros derechos, que hoy no nos parece imprescindible a fin de fundamentar la intervención del Tribunal Constitucional en la materia: la doble funcionalidad de la libertad de expresión puesta de manifiesto en el pasaje con el que arrancábamos. De momento, sólo reprocha a la resolución judicial impugnada en amparo el que no se haya abordado una ponderación expresa de los dos derechos en conflicto ⁽³³⁾, pero en un segundo amparo el Tribunal se verá

⁽³²⁾ A la que se incorporan también también los Magistrados de la antigua Sala Segunda, no afectados por la renovación. La Sala queda así: Tomás, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, Díaz Eimil y Rodríguez Piñero.

⁽³³⁾ En el año anterior, el magistrado redacta la ponencia correspondiente a un amparo de la libertad de expresión en el que puede verse un cierto anuncio de lo que pronto se dirá. STC 13/1985, 2: “ ...no puede entenderse como fundada en derecho una resolución que no considera mínimamente la identidad efectiva del objeto cuya libre difusión se coarta. La apreciación de la necesidad de la limitación de un derecho

obligado a amparar frente a la ponderación expresa, pero inadecuada (“ Soria Semanal, II ”) ⁽³⁴⁾.

Ahora bien, desde luego, el derecho a la información no prevalece frente al honor y la intimidad de los particulares. En sus últimos meses en el Tribunal, el Presidente hace la ponencia de la Sentencia por la que el Tribunal ampara al arquitecto cuya condición de seropositivo ha sido publicada en un periódico local ⁽³⁵⁾.

VII. 1987. *La tutela judicial efectiva.*

El segundo año de presidencia transcurre con una moderada actividad como ponente, sobre todo en la Sala, pues sus dos ponencias de Pleno son de pura remisión, es decir, de reiteración de una doctrina ya fijada anteriormente. Es el ponente, sin embargo, de la delicada, y ya citada, STC 189/1987 (RETA). Suscribe dos votos particulares, uno en Pleno y otro en Sala ⁽³⁶⁾, si bien no en solitario.

Sobre su actuación como ponente en Sentencias relativas a este singular derecho genérico a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E., podría hablarse en cualquier momento temporal: no en vano se trata del derecho fundamental más frecuentemente invocado, y el que ha dado lugar a un mayor número de Sentencias en recursos de amparo. El derecho a la tutela judicial se opone a las trabas o entorpecimientos innecesarios al acceso a una respuesta por parte de los jueces y tribunales ⁽³⁷⁾, así como a las “ dilaciones

fundamental (el del art. 20.1.d de la C.E.) y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pudieron ser enunciados en la mente del Juez a falta de un examen, ni siquiera mínimo, del objeto sobre el que recayó su prohibición...”

⁽³⁴⁾ STC 159/1987.

⁽³⁵⁾ STC 20/1992, 3: “ Fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público...”

⁽³⁶⁾ A la STC 115/1987 y a la STC 206/1987.

⁽³⁷⁾ Vid., en relación con la figura del “ antejuicio ”, voto particular plural a la STC 61/1982 y STC 156/1989. Sobre un requisito de autorización judicial para accionar, STC 99/85 (“ Bowitz ”), así como diversas ponencias en Sentencias sobre el deber de emplazar personalmente a las partes en el proceso (SSTC 195/1990, 203/1990, 9/1991.). El principio “ pro actione ”, frecuente en aquellos años (SSTC 96/1991, 9/1992,

indebidas ” en la obtención de la resolución judicial ⁽³⁸⁾, pero, más allá de estos elementos formales, y por excepción, el derecho a la tutela no puede dar por buena cualquier respuesta judicial. Si el derecho a la tutela es el de obtener una resolución -en principio, de fondo- fundada en Derecho, lo que no equivale al derecho al acierto en la aplicación del ordenamiento, sí comprende el de obtener una respuesta congruente, es decir, coherente con la cuestión sometida por las partes. Y es que el derecho a la tutela es, muy particularmente, derecho a la razón, a la explicación. Donde no hay razón no hay tutela. Así lo dejó dicho: “ En contra de lo que con naturalidad ocurría en el Antiguo Régimen, en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado ” (STC 24/1990, 4). Por eso no cabe tampoco apartarse, sin explicación alguna, del propio precedente, con independencia de que el Juez esté “ sujeto a la Ley, y no al precedente ” (STC 49/1985, 2). De otra parte, “ Cuando el razonamiento en la apreciación de la prueba está inseparablemente unido a operaciones aritméticas es necesario, para hacer comprensible aquél, que éstas sean claras y precisas: es decir, numéricamente determinadas... ” (VP a la STC 165/91, 3). En fin, “ no puede admitirse en ningún caso que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los órganos del Estado ” (STC 204/91, 4).

VIII. 1988. *Lidiando con el amparo.*

La LOTC, que había sufrido su primera reforma en 1985, con la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad (reforma, ella misma, sometida a esta forma de control de constitucionalidad), es objeto de una segunda modificación en este año a partir de una iniciativa surgida del propio seno del Tribunal, directamente impulsada por el propio Presidente Tomás y Valiente, con el objetivo de hacer frente al número constantemente creciente de recursos de

31/1992, 72/1992), ha sido restringido en su alcance a los sucesivos recursos, una vez obtenida una primera resolución judicial, en la posterior STC 37/1995.

⁽³⁸⁾ En su voto particular a la STC 5/1985 (“ Unión Alimentaria Sanders ”) escribe, discrepando de la equiparación de lo normal a lo usual en relación con la duración media de los procesos, “ lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente ”.

amparo interpuestos por los ciudadanos. A partir de esta reforma el Tribunal podría inadmitir por medio de una providencia, es decir, sin necesidad de motivación, y sin posibilidad de recurso alguno por parte de los propios ciudadanos, las demandadas manifiestamente faltas de contenido que justificasen una resolución por parte del Tribunal sobre el fondo del asunto ⁽³⁹⁾. Hasta ese momento, las demandas de amparo venían inadmitiéndose a trámite por medio de un Auto, es decir, por medio de una resolución motivada. En el año anterior las demandas de amparo llegadas al Tribunal habían alcanzado el número de mil ochocientas, en un crecimiento que se empezaba a considerar insostenible. Diez años más tarde, con un número de demandas de amparo que ha superado el número de cinco mil anuales, el Tribunal se encuentra en la misma, o peor, situación crítica que otros Tribunales Constitucionales con una competencia semejante. La reforma legislativa, aunque impulsada desde el Tribunal en 1988, no ha conseguido su objetivo, si bien no porque la misma fuera insuficiente, sino, posiblemente, porque el propio Tribunal no llegó a asumirla ⁽⁴⁰⁾.

IX. 1989. *El derecho a un proceso con todas las garantías.*

Este es el año de la última renovación del Tribunal que no afecta todavía a Tomás y Valiente. Es reelegido Presidente, con arreglo a la única posibilidad de reelección permitida por la LOTC. Sigue, pues, en la Sala Primera, presidiéndola, si bien profundamente modificada en su composición personal ⁽⁴¹⁾. No hay razón particular para hacer

⁽³⁹⁾ L.O. 6 /1988, de 9 de junio.

⁽⁴⁰⁾ En una conferencia conmemorativa de los primeros diez años de funcionamiento del Tribunal se expresaba en términos inequívocos: "...en 1981, primer año completo de vida del Tribunal Constitucional, entraron en el Tribunal en todo ese año 423 recursos, entre todos los recursos imaginables. En 1990, 3.140. No hay Tribunal que aguante un ritmo de crecimiento de asuntos a razón de un veinte por ciento cada año más que el anterior. Eso no hay Tribunal que lo soporte". Obras, p. 4207.

⁽⁴¹⁾ El magistrado Rubio Llorente, con quien había formado Sala desde 1980, pasa a presidir la Sala Segunda, como Vicepresidente del Tribunal. La composición de la Sala Primera queda de la siguiente manera: Tomás y Valiente, García-Mon, de la Vega, Leguina, López Guerra y Gimeno Sendra. La Sala Segunda por su parte, quedará integrada, además de por el propio Rubio Llorente, por los Magistrados Rodríguez-

en este año una referencia a las ponencias del magistrado en relación con la pluralidad de derechos contenidos en el art. 24.2 C.E. que pueden subsumirse en la fórmula “ derecho a un proceso con todas las garantías ” (42). Pero el tema le es lo suficientemente grato como para referirse específicamente al mismo (43). Cabe tomar como muestra de su actividad como ponente en demandas de amparo relativas a este derecho fundamental la STC 135/1989 (“ el Francés ”), sobre las garantías del imputado. Contra el demandante de amparo se había dictado auto de procesamiento en la causa seguida por el asesinato del doctor Brouard, un destacado miembro de Herri Batasuna, tras haber sido citado inicialmente a declarar sin advertírsele de su condición de imputado, sin instruírsele acerca de los derechos que le asistían, y sin la presencia de abogado. El amparo será finalmente desestimado a partir de las específicas circunstancias del caso, pero antes se habrán efectuado algunas precisiones decisivas acerca del derecho que estamos considerando. El lenguaje del ponente es expresivo: “ ...dado que es el Juez instructor y no este Tribunal quien tiene un contacto directo con aquellos mismos hechos y dado el carácter indiciario y no probatorio que puede resultar de las diligencias sumariales, es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya un hecho punible en cualquier actuación sumarial. Pero también es preciso advertir que el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo ” (44).

Piñero, de los Mozos, Rodríguez Bereijo y Gabaldón (este último elegido en sustitución de Truyol).

(42) “ Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia ”.

(43) Cfr., F. Tomás, *In dubio pro reo*. Obras, p. 2205.

(44) Cfr. otras ponencias sobre el art. 24.2 C.E. en, SSTC 168/1990, 180/1990,

X. 1990. *El proceso electoral.*

Las elecciones generales de 29 de octubre de 1989, las cuartas celebradas bajo la Constitución, dieron lugar a una serie de impugnaciones, de tal modo que transcurrieron algunos meses hasta que la composición definitiva de las cámaras fue segura. El contencioso electoral no está confiado en España a la jurisdicción constitucional, pero a través de la tutela del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos, el Tribunal viene, en la práctica, al menos con cierta frecuencia, a revisar en última instancia lo que acuerden los tribunales. De ahí que los años 1990 y 1991 dieran lugar a una serie de sentencias en las que el propio Presidente actuó como ponente, sobre las que merece la pena hacer alguna referencia ⁽⁴⁵⁾. Destacaría de este grupo de ponencias la correspondiente a una recaída ya en el siguiente año, la STC 167/1991, en la que se discute la validez de unas papeletas de voto correspondientes a otro distrito electoral, de tal modo que, si bien las papeletas son de un partido político que también se presenta en el distrito electoral en cuestión, no ocurre lógicamente lo mismo con los candidatos concretos que en las mismas figuran. Frente a la declaración previa de validez de dichos votos a partir de una voluntad presunta de los electores de votar a

47/1991, 59/1991, 151/1991. Destacadamente de la Sentencia 20/1987,4, son las siguientes frases: “ la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 de la Constitución Española). No es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional (“ todos tienen derecho...a ser informados de la acusación formulada contra ellos ”. art. 24.2 de la Constitución Española), en aras de una “ justicia material ”, que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador. Lo que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo denomina incongruencia por exceso cometida al condenar a un procesado por unos hechos [los individualizados en el apartado c)] que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todos. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y del celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia. La vulneración del principio acusatorio cometida por la Audiencia Provincial y confirmada por la Sentencia de casación tiene sustantividad propia y merece el amparo de este Tribunal ”.

⁽⁴⁵⁾ El número de Sentencias en las que, en este año, actúa como ponente es, en principio, muy numeroso, pero debe tenerse en cuenta que un elevado número de ellas son Sentencias de las que en el Tribunal se califican de pura remisión.

los candidatos de ese mismo partido en la propia circunscripción, el Tribunal declara la relevancia de las personas, designadas por sus nombres, en la correspondiente lista electoral y, por consiguiente, en la correspondiente papeleta de voto: “ La elección es, pues, de personas...y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido ”.

XI. 1991. *La autonomía universitaria.*

“ Las evidencias históricas y las razones heráldicas no bastan, sin más, para menoscabar el derecho fundamental de autonomía universitaria ni, por ello mismo, para sustituir los símbolos libre y voluntariamente decididos por el Claustro Constituyente por otros que, como los propuestos por la minoría disconforme, serían igual de lícitos y respetables, sólo que no han sido los mayoritariamente votados ” (STC 130/1991, 5). En 1987 ⁽⁴⁶⁾ el Tribunal había declarado, de forma no muy distinta en el fondo a su proclamación de 1984, que la autonomía universitaria reconocida en el último de los apartados del art. 27 C.E., además de una garantía institucional, configuraba en sí misma un derecho fundamental, el derecho fundamental a la autonomía universitaria, con la consecuencia de que las Universidades españolas, públicas y privadas, pueden acudir en defensa de su autonomía ante el propio Tribunal Constitucional. Así lo hizo la Universidad de Valencia frente a la anulación por los Tribunales ordinarios de la decisión de su claustro de suprimir del escudo de la Universidad la tradicional imagen de la Virgen de la Sapiencia. El magistrado, ahora presidente, es el ponente de la Sentencia por la que el Tribunal ampara la autonomía de la Universidad valenciana. Quiero imaginarlo redactando con particular esmero los fundamentos jurídicos de este amparo de su Sala Primera. ⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁶⁾ STC 26/1987.

⁽⁴⁷⁾ Conviene subrayar, por lo demás, la intensa actividad del Presidente durante este año 1991, último completo de su mandato, que le lleva a actuar como ponente en 28 Sentencias, por más que un grupo de ellas sea de remisión.

XII. 1992. *La ubicación del Tribunal Constitucional.*

El último año en el Tribunal, que apenas debía abarcar dos meses, pues en febrero correspondía su renovación parcial, se prolonga hasta el verano debido a las dificultades habidas para que el Congreso de los Diputados alcanzase la mayoría de tres quintos exigida por la Constitución. El Tribunal hará su despedida de la presidencia de Tomás y Valiente con un pronunciamiento de un tipo hasta ahora único, la llamada “declaración” acerca de si la celebración de un tratado internacional suscrito por España exige o no la previa reforma de la Constitución (art. 95.1 C.E.). Por medio de la “Declaración” de 1 de julio de 1992, no numerada, el Tribunal estimó que la celebración del Tratado de Maastricht requería la ampliación del derecho de los extranjeros a participar en las elecciones municipales como candidatos, y no sólo como electores, requería una reforma de la Constitución, lo que daría lugar un mes más tarde a la única reforma que hasta el presente ha sufrido la Constitución de 1978.

De las ponencias del magistrado correspondientes a este último año ⁽⁴⁸⁾ destaco, aunque es una opción muy personal, la correspondiente a la STC 94/1992, en cuyo fundamento jurídico 2 se encuentra, como obiter dictum, el arranque de la llamada doctrina de los recursos de amparo “prematurados”, asumida por el Pleno del Tribunal a través de la STC 147/1994, sin que en este momento pueda afirmarse que se trata de una doctrina pacífica: “No cualquier resolución interlocutoria puede ser recurrida en amparo directamente, pues la regla general debe ser la de invocar la lesión que estime producida “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello” (art. 44.1.c LOTC) y la de agotar los recursos utilizables (44.1.a LOTC), por lo que sólo procederá plantear el correspondiente recurso de amparo contra la primitiva resolución vulneradora de un derecho fundamental y contra aquéllas que las hayan confirmado, una vez que haya recaído Sentencia de fondo que ponga fin al proceso *a quo* en la vía judicial. Lo contrario, además de no ser conforme con los preceptos que acabamos de citar, abriría una indebida vía de intersección de la jurisdicción constitucional con la ordinaria, que iría contra la subsidiariedad del recurso

(48) Asume 11 ponencias, y no formula voto particular alguno.

de amparo e incluso, de forma indirecta, contra la seguridad jurídica ". Esta doctrina ha permitido al Tribunal " no adelantarse " al posible remedio por parte de los tribunales ordinarios de las vulneraciones de derechos producidas en el curso de un determinado proceso, salvo cuando de ello depende una situación de privación de libertad, de tal modo que, por ejemplo, la demanda de amparo que dio lugar a la anteriormente comentada STC 135/1989 (" el Francés ") no hubiera sido admitida a trámite de no ser por la circunstancia de haberse dictado también Auto de prisión ⁽⁴⁹⁾.

Detengámonos aquí. " Por la razón única, la media ", es decir, el individuo, el hombre: así dedicaba Bartolomé Clavero una de sus obras " a Paco Tomás y Valiente " en 1991 ⁽⁵⁰⁾. Leyendo los textos jurisdiccionales de los que fue ponente, leyendo sus votos, otra razón también se destaca, estructurando el conjunto: la razón de Constitución como cifra de un empeño público. Son sus propias palabras en el acto de toma de posesión de los magistrados nombrados en 1992, el momento de su despedida: " Esa (la razón jurídica) es la razón que en este Tribunal se ha ejercido durante doce años. Con ellas hemos enjuiciado problemas jurídico constitucionales, sabiendo que el Derecho es producto y límite del poder político. Con ella hemos construido los fundamentos de nuestras decisiones, esforzándonos por no incurrir en un lenguaje esotérico que nos distanciara del ciudadano medio, pues la razón jurídica no ha de ser nunca ininteligible para quien haga uso sólo de su razón natural, a la que perfecciona pero no contradice. Con ella hemos procurado interpretar nuestra Constitución y potenciar los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político en ésta propugnados, conscientes de que la razón técnica no puede actuar vaciada de toda carga valorativa, pues el Derecho no es forma neutra, sino la estructura racional de la libertad a la que ha llegado una cultura determinada en un momento de su historia " ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ La misma preocupación por la correcta ubicación del Tribunal Constitucional puede advertirse en el voto particular suscrito con el Magistrado Díez-Picazo a la STC 207/87,3: " ...El otorgamiento del amparo en casos como el presente desnaturaliza la jurisdicción constitucional y la convierte en nueva instancia revisora de la legalidad ordinaria, en este caso indudablemente vulnerada ".

⁽⁵⁰⁾ *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*. Madrid, 1991.

⁽⁵¹⁾ *Obras*, p. 2286.

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)</i> . . .	1

MODELLI E DIMENSIONI

Percorsi del centralismo borbonico in Francia e Spagna nel XVIII secolo

STEFANO MANNONI - MANUEL MARTINEZ NEIRA, <i>Presentazione</i>	11
PILAR GARCÍA TROBAT - JORGE CORREA BALLESTER, <i>Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España</i>	19
CARMEN GARCÍA, <i>El reformismo borbónico y la fiscalidad local</i>	55
PHILIPPE MINARD, <i>L'oeil et la main de l'Etat: les missions des inspecteurs des manufactures en France au XVIII^e siècle</i>	85
PHILIPPE PAYEN, <i>Parlement et administration judiciaire</i>	139
JACQUELINE THIBAUT-PAYEN, <i>Salubrité publique et sépulture: un exemple d'administration judiciaire au XVIII^e siècle</i>	183

LA DIMENSIONE GIURIDICA

LIVIO PALADIN, <i>La questione del metodo nella storia costituzionale</i>	243
JAN SCHRÖDER, <i>Aequitas und Rechtsquellenlehre in der frühen Neuzeit</i>	265
LAURA MOSCATI, <i>Un'inedita lettera di Savigny a Bollati</i>	307
JAMES Q. WHITMAN, <i>At the scholarly sources of Weber's melancholy</i>	325
GIROLAMO MONTELEONE, <i>Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile</i>	363
PAOLO GROSSI, <i>Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)</i>	377

LETTURE

G. ACHENWALL-J.S. PUTTER, <i>Anfangsgründe des Naturrechts</i> (P. Cappellini) . . .	409
G. DILCHER, <i>Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter</i> (A. De Benedictis)	416
C. GALLI, <i>Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno</i> ; G. PRETEROSSÌ, <i>Carl Schmitt e la tradizione moderna</i> (M. Fioravanti).	430

L. JAUME, <i>L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français</i> (S. Mannoni).	434
D. KLIPPEL, <i>Naturrecht im 19. Jahrhundert; Recht zwischen Natur und Geschichte</i> , hrsg. v. J.F. Kervégan u.H. Mohnhaupt (P. Cappellini).	437
L. LACCHÈ, <i>L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento</i> (L. Mannori)	445
A.G. MANCA, <i>La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)</i> (S. Mannoni).	452
G. MELIS, <i>Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)</i> (M. Cammelli).	454
J.N. RAKOVE, <i>Original meanings. Politics and ideas in the making of the Constitution</i> (S. Mannoni)	459
M. SYLVERS, <i>Il pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson</i> ; F. MIONI, <i>Thomas Jefferson e la scommessa dell'autogoverno: virtù, popolo e 'ward system'</i> (S. Mannoni).	464
K.H.L. WELKER, <i>Rechtsgeschichte als Rechtspolitik. Justus Möser als Jurist und Staatsmann</i> (P. Cappellini)	468
SEGNALAZIONI	477
A PROPOSITO DI...	
CLARA ÁLVAREZ ALONSO, <i>El debate constitucional norteamericano entre la guerra del Vietnam y la guerra del golfo, o la Constitución como pre-texto</i> .	487
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Derechos indígenas versus derechos humanos</i> (a propósito de un proyecto de Naciones Unidas)	549
GIOVANNI B. FERRI, <i>Metodi e cultura nella formazione del civilista</i> (a proposito di una recente iniziativa editoriale)	571
LUCA MANNORI, <i>'Droit administratif' e 'administrative law'. Rivisitando un'antica dicotomia</i> (a proposito di <i>Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England (18./19. Jb.)</i> , hrsg. E.V. Heyen, J.L. Mestre)	591
FIAMMETTA PALLADINI, <i>Tradurre Pufendorf</i> (a proposito di due nuove traduzioni: una tedesca, l'altra italiana)	607
BERNARDO SORDI, <i>Police/Policey. Linguaggi comuni e difformi sentieri istituzionali nel passaggio dalla polizia di antico regime all'amministrazione moderna</i> (a proposito di <i>Policey im Europa der frühen Neuzeit</i> , hrsh. von Michael Stolleis unter Mitarbeit von Karl Härter und Lothar Schilling)	625
RAGGUAGLI FIORENTINI	
<i>Attività del centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, nell'anno accademico 1996/97</i>	655

JAN SCHRÖDER, <i>Ricordo di Hermann Dilcher</i>	657
<i>Per Francisco Tomás y Valiente (1932-1996)</i>	
BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO, <i>Recuerdo de Francisco Tomás y Valiente, universitario e historiador del derecho</i>	663
MARIO SBRICCOLI, <i>Gobernar castigando - Francisco Tomás y Valiente e la storia del diritto penale moderno</i>	689
PEDRO CRUZ VILLALÓN, <i>Razón de Constitución (Tomás y Valiente magistrado)</i> .	717

I collaboratori del ventiseiesimo “Quaderno”

Stefano MANNONI

Prof. Associato di Storia delle Costituzioni moderne - Università di Firenze

Manuel MARTINEZ NEIRA

Ayudante de Historia del derecho - Universidad Carlos III de Madrid

Pilar GARCÍA TROBAT

Prof. Titular de Historia del derecho - Universidad de Valencia

Jorge CORREA BALLESTER

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Valencia

Carmen GARCÍA GARCÍA

Prof. Asociada de Historia contemporánea - Universidad Autónoma de Madrid

Philippe MINARD

Maître de conférences d'Histoire moderne - Université de Lille III

Philippe PAYEN

Maître de conférences d'Histoire du droit - Université d'Amiens

Jacqueline THIBAUT-PAYEN

Prof. Agrégé d'Histoire du droit - Université du Maine

Livio PALADIN

Prof. Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Padova - *Presidente emerito della Corte costituzionale*

Jan SCHRÖDER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht - Universität Tübingen

Laura MOSCATI

Prof. Ordinaria di Storia delle dottrine politiche - Università di Napoli I

James Q. WHITMAN

Ford Foundation Professor of Comparative and Foreign Law - Yale Law School

Girolamo MONTELEONE

Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Palermo

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paolo CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia delle Codificazioni moderne - Università di Firenze

Angela DE BENEDICTIS

Prof. Associata di Storia moderna - Università di Bologna

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia delle Costituzioni moderne - Università di Firenze

Luca MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Firenze

Marco CAMMELLI

Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Bologna

Clara ÁLVAREZ ALONSO

Prof. Titular de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Madrid

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Giovanni B. FERRI

Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Roma I

Fiammetta PALLADINI

Consiglio Nazionale delle Ricerche - Roma

Bernardo SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Benjamín GONZALEZ ALONSO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Salamanca

Mario SBRICCOLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Pedro CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho constitucional - Universidad de Sevilla - *Magistrado Constitucional*