

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

27
(1998)



giuffrè editore milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

(a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)

Lo storico è un cercatore di segni: se vuole adempiere interamente il mestier suo né semplice né lieve, non dovrà mai desistere dallo scrutare attentamente tra i varii contesti storici che si presentano alla sua conoscenza, nella ricerca di quei segni che, per il loro carattere evocativo, gli consentono di annodare fili, marcare confinzioni, arrivare ad una comprensione più compiuta. Li cercherà nel passato, dove egli si sente a suo agio e dove può utilizzare appieno la capacità dei proprii occhi aguzzi, ma anche nel presente li cercherà, nella certezza dei legami forti che saldano a livelli profondi la continuità dei tempi.

Le letture di ogni anno, soprattutto quelle degli scritti di cultori del diritto positivo, dei « giuristi » più provveduti, portano sempre sul tavolo del mio studio aria nuova, e ben spesso aria viva; talora, recano anche traccia visibile di quei segni che sono il privilegio dei testimoni del proprio tempo. Non aveva torto Giuseppe Capograssi — un finissimo interprete della realtà a lui contemporanea — quando esigeva per il filosofo del diritto il compito difficile e fruttuoso di leggere i giuristi che gli lavoravano accanto ⁽¹⁾; compito che io esigerei anche per lo storico del diritto, se non altro per aver

(1) Capograssi lo ha scritto parecchie volte. Per un esempio perspicuo, si veda il suo esplicito cenno parlando di Chiovenda: « occorre invece che i cosiddetti filosofi del diritto vadano a scuola di pensiero dalla scienza del diritto ». Motivando più sotto: « Perché solo la scienza del diritto... sembra che abbia serbato la capacità speculativa di rispettare ed afferrare il reale nella sua viva complessità » (G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938), ora in *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 133).

chiara percezione del senso della linea storica e per avere a disposizione un solido momento comparativo.

In quest'anno 1998 due scritti mi son sembrati travalicare la pagina semplicemente intelligente e ariosa e arrivare alla consistenza di segno d'un itinerario in atto; un itinerario che ha ormai raggiunto consapevolezze significative rispetto a un passato troppo spesso inconsapevole.

Il primo è un libro scritto da due pratici di altissimo rango, due magistrati italiani, Paolo Borgna e Margherita Cassano, apparso nelle librerie a fine '97 quando era troppo tardi per una sua considerazione in seno al precedente Quaderno. Un libro felice sin dalla intitolazione: « Il giudice e il principe », opportunamente precisata da un sotto-titolo esplicativo: « Magistratura e potere politico in Italia e in Europa » (2).

È da sottolineare la professionalità dei due Autori, due pratici, ricordando volentieri quanto segnalavo con forza già nel lontano 1972, nella « pagina introduttiva » al primo volume dei neo-nati « Quaderni fiorentini », e cioè la mia convinzione che, nella formazione di un pensiero giuridico, non sono coinvolti soltanto maestri e teorici ma altresì giudici, avvocati, notai, cioè applicatori, con le loro percezioni e le loro invenzioni.

Al centro del volume di Borgna e Cassano sta un capitolo, il terzo della prima parte, dal titolo problematico e inquietante: « Il giudice ancora "bocca della legge"? », con un palese riferimento alla celebre immagine montesquieuviana. E vi si affronta con serenità ed equilibrio, ma anche con una coraggiosa sensibilità storica quello che è forse oggi il problema più spinoso e tormentoso per un giurista che non si limiti a sonnecchiare sui testi normativi, il rapporto fra legge e interpretazione-applicazione. E giustamente si rileva come « la teoria dei rivoluzionari francesi... sia ormai del tutto inadeguata per fondare la legittimazione dei nostri giudici » a causa della « impossibilità delle norme scritte a far fronte, a regolare e risolvere tutti i più disparati casi del vivere civile » oltre che per il « pressapochismo tecnico del legislatore »; e altrettanto giustamente si reclama e si conclama che « il giudice della Costituzione ha, come

(2) Roma, Donzelli Editore, 1997.

riferimento essenziale, i principi fondamentali » piuttosto che i singoli testi del diritto formalmente vigente.

Il richiamo mi sembra basilare sotto due profili.

In primo luogo, si deve ritenere la interpretazione-applicazione non come appendice esterna ed estranea a un diritto che è già tutto formato e definito nella norma, ma come parte integrante di esso; l'interpretazione-applicazione è la stessa norma che si proietta nella vita e diventa vita, storia di una società nel tempo e nello spazio.

In secondo luogo, si deve recuperare la coscienza che il « giuridico » ha una sua complessità, crescente via via che il postmoderno avanza, e che è illusorio ma anche soffocante tentare di contenerla nelle linee semplici, semplicissime di ieri; una complessità, all'interno della quale la interpretazione-applicazione è dimensione e componente primaria. Anzi, è quella dimensione così integrante da consentire essa sola a una regola generale ed astratta di diventare diritto. La legge è solo un testo autoritario, una sorta di materiale inerte capace di diventar diritto (cioè esperienza giuridica, cioè vita quotidiana giuridicamente vissuta) unicamente in grazia della interpretazione-applicazione. Pertanto, non una circostanza estrinseca che si giustappone alla norma ma intrinseca alla norma e sua condizione di vitalità.

Il diritto non è qualcosa di autoritario e di statico; ce lo ha instillato nel più profondo dell'animo, da duecento anni, una propaganda sottile, e non ci siamo resi conto che si trattava di un abilissimo meccanismo espropriativo e, insieme, di una volgare operazione di potere: la comunità dei consociati diventava un gregge di destinatarii o, al massimo, di utenti, cioè di poveri esseri non coinvolti nel processo formativo del « giuridico », ma, nella loro passività, assai simili a chi procede tra la furia di un temporale con la sola speranza che i fulmini dall'alto lo lascino indenne. Il processo formativo è riservato al « palazzo », in una visione legalistica e formalistica perfettamente funzionale a garantire l'efficacia della espropriazione perpetrata.

Non c'è pertanto da stupirsi se, ancor oggi, il diritto è avvertito dal comune cittadino come qualcosa di estraneo, di sgradevole, quasi un rischio per lui (come il fulmine di cui si parlava più sopra), un rischio da evitare possibilmente per tutta la vita. E si è perduta quella visione serena e obbiettiva che coglie la dimensione giuridica

— come la religiosa, l'economica, la politica — connaturale alla nostra quotidianità sociale, appartenente alla *normalità* di questa.

La mentalità falsante è elementare: prima c'è il diritto, poi — ma al di fuori — la sua applicazione, sia essa la prassi di un giudice, di un notaio, di un avvocato, di un uomo di affari. Quanto sia falsante ce lo dimostra oggi — particolarmente oggi — proprio il terreno stesso di quel diritto commerciale che è sempre antesignano (il civilista Vittorio Polacco lo qualificava puntualmente come « il bersagliere del diritto privato »): qui, in una società in rapido mutamento, è alla prassi mercantile che spetta un ruolo prevalente di meccanismo di adeguamento, di invenzione di strumenti idonei alle richieste del mercato, strumenti che il legislatore nazionale o comunitario più tardi — ma soltanto più tardi, e spesso tardamente — certificherà in un testo normativo ufficiale.

L'accenno al mercato ci porta pianamente all'altro scritto che mi è sembrato squillante come un segnale: è il denso saggio che un civilista colto e sensibile, Giuseppe Tucci, scrive, nella Rivista « Contratto e impresa » ⁽³⁾, su « L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità ». Il segnale squillante lo avverto nel modo tutto nuovo, finalmente disinibito da secolari sospetti e paure, di affrontare il nodo gordiano dell'equità, identificata ieri e ancor oggi in un mondo greve e insidioso di fatti, che — affiorando — viene sicuramente a inquinare e scompigliare le linee rigorose e certe del diritto legale (né più né meno di un maledetto ventaccio che entra in casa da una finestra lasciata incautamente aperta a portarvi soltanto turbamento).

Ma ecco la voce dal timbro nuovo di Tucci, che raccoglie sparsi semi di questi ultimi anni e li sottolinea e li definisce in una proposta compiuta di revisione (non è futile che ciò avvenga su una Rivista ben immersa nell'attualità, « Contratto e impresa », che già segnalai sui nostri Quaderni ⁽⁴⁾, e su cui il direttore, Francesco Galgano, ha ripetutamente parlato del « mistero dell'equità » ⁽⁵⁾). Attenta è la

⁽³⁾ *Contratto e impresa*, XIV (1998), fasc. 2.

⁽⁴⁾ Cfr. *Sui « classici » del diritto (Per la ristampa degli « Appunti sul diritto giudiziario » di Walter Bigiavi)*, in *Quaderni fiorentini*, XIX (1990), p. 701.

⁽⁵⁾ *Equità del giudice e degli arbitri*, in *Contratto e impresa*, VII (1991); *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, *ibidem*, XII (1996).

lettura dei segni del nostro tempo: « si può ritenere che gli schemi mentali, propri di una concezione tradizionale... stiano venendo meno di fronte a profonde trasformazioni dell'esperienza giuridica, che non si identifica più in senso totalitario con il diritto dello Stato, rendendo di conseguenza non più attuali atteggiamenti rigorosamente positivistici ». È in forza di queste « profonde trasformazioni » che « il rapporto tra diritto ed equità si pone in termini del tutto nuovi », che siamo di fronte a « una non contrapposizione » tra il primo e la seconda (6).

Riemerge nel civilista la sopita coscienza della complessità dell'universo giuridico, e riemerge l'esigenza di un giudice dei principi e dei valori di cui parlano Paolo Borgna e Margherita Cassano. L'importante è rilevare che ciò non avviene in nome di una ideologia politica o giuridica, o dietro elucubrazioni nuvolesche di un puro teorico, ma dietro la impellente pretesa di quella realtà di oggi e di domani che è il mercato, un mercato inteso dalla più avveduta riflessione civilistica (7) nella sua misura sostanziale di « ordine giuridico ».

La legge, sia di iniziativa endo-nazionale, sia attuativa di direttive comunitarie, non può non giocare un ruolo di rilievo (e basterebbe a dimostrarlo l'inserimento nel sistema positivo italiano della nuova disciplina dei contratti dei consumatori grazie agli artt. 1469-*bis* e ss. del codice civile), ma si può e si deve costruire al di là della legge. Ha ragione Tucci di temere « l'appiattimento della regolamentazione giuridica del mercato nella sola legge », indicando per una siffatta conclusione due fondamenti precisi e condivisibili da ogni osservatore non prevenuto: « l'ormai raggiunta consapevolezza della relatività... dell'identificazione tra diritto e legge statale », « l'inadeguatezza dello strumento legislativo a fornire una disciplina flessibile del mercato » (8).

Il diritto, universo complesso, non è più contenibile oggi nelle armature anguste e rigide della legge. In un saggio di questo Quaderno (precisamente in « Modernità politica e ordine giuridi-

(6) *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., pp. 469, 470, 473.

(7) Si vedano, per esempio, i saggi di Natalino IRTI raccolti ora in un volumetto dal titolo significativo: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

(8) *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., p. 512.

co »⁽⁹⁾, ripercorrendo l'itinerario dello statalismo giuridico in Francia, io indico quale sua orientazione storica quella di un *droit* che diventa sempre più *loi* fino ad arrivare al greve positivismo giuridico napoleonico e post-napoleonico. Forse, è ora di imboccare e percorrere l'itinerario inverso, di una *loi* che diventa sempre più *droit*, o, in altre parole, di un itinerario che ci porti a riscoprire tutta la complessità del diritto, a riafferrarne tutta la ricchezza, seppellendo finalmente tra i frutti *relativi* di un recente e conchiuso passato, un patrimonio di credenze gabellate per *assolute* da una riflessione impastata di troppa ideologia. In questa riacquisizione di complessità v'è anche spazio per un recupero al diritto della oltraggiata equità.

Questa « pagina introduttiva », incentrata su una visione maggiormente critica della legalità moderna, valga anche da celebrazione — ohimé, celebrazione singolarissima! — di un evento non dimenticabile della storia giuridica italiana di questo secolo: le cosiddette leggi sulla tutela della razza, di cui ricorre precisamente il sessantenario. Leggi, leggi formali dello Stato italiano, anche se strabuzzanti di un contenuto iniquo e ripugnante per la comune coscienza etica, uno di quei testi normativi durissimi per l'interprete-applicatore ma da tradurre da parte di costui in concretezza di vita « anche quando il contenuto... gli fa orrore » (come scriveva in modo disarmante Piero Calamandrei opportunamente citato dal giudice Borgna). Valga questa « pagina introduttiva » da celebrazione infamante di un evento da non dimenticare. Certamente, prima di tutto, per l'imperdonabile traviamiento cui fu sottoposto il nostro ordinamento positivo; ma valga anche da monito per chi continua ad osannare a una legalità ad ogni costo, pur che sia, rigida ed astratta, prescindendo dalla necessaria verifica nella trama materna della società e della esperienza comune.

* * *

Una dolorosa scomparsa il Redattore si sente in dovere di ricordare nella presente « pagina introduttiva »: quella di Alberto Trabucchi, avvenuta in Padova il 18 aprile 1998.

Trabucchi non è stato uno storico del diritto né ha mai colla-

(9) Cfr. più avanti, a p. 13.

borato ai « Quaderni fiorentini »; ha sempre studiato e insegnato — come ognuno sa — il diritto civile positivo (dal '42 nel « suo » Ateneo patavino), né mi risulta che si sia mai dedicato autonomamente a ricerche storico-giuridiche. Aveva — questo sì — sensibilità e rispetto per la dimensione storica, e ne posso io per primo essere il testimone obbiettivo: non dimenticherò facilmente le sue telefonate quando, con voce sonora e tagliente — che io avvertivo, insieme, affettuosamente imperiosa e imperiosamente affettuosa — reclamava o proponeva una mia collaborazione alla sua « Rivista di diritto civile ».

Ma, certamente, non è per questo che si parla qui di Trabucchi; piuttosto, per essere egli uno dei non molti cultori del diritto positivo che avranno uno spazio sicuro nella storia del pensiero giuridico italiano di questo secolo. Un tale spazio il mio illustre e caro amico se l'è, a buona ragione, conquistato scrivendo quello che non ho esitazioni nel definire il più felice, il più riuscito « manuale » istituzionale privatistico; un vero modello, direi, senza timore di cedere a toni encomiastici. Insomma, Trabucchi, nell'ormai lontano 1943, nel clima incandescente della neo-nata codificazione, in Italia la prima codificazione unitaria del diritto privato, ha redatto un « classico » della nostra letteratura giuridica. Né lo scrivo oggi perché Trabucchi è morto e perché i memoriali han da essere sempre apologetici; lo scrissi a chiare lettere già tre anni fa, proprio su questi « Quaderni », in una nota (un « a proposito di », come diciamo noi) relativa alla trentesima sesta edizione del « Manuale ». Lì mi piaceva sottolineare la assoluta straordinarietà del volume trabucchiano, sollevato — in grazia delle sue molte qualità — ben al di sopra dell'ammasso sterminato delle normali scritture giuridiche: « il libro lascia la sorte comune dei tanti volumi dozzinali, soffre solo in minima parte l'usura del tempo, e resta; resta cioè consegnato tra i pilastri fermi della letteratura giuridica italiana, entra a buon titolo nella storia di questa letteratura » ⁽¹⁰⁾.

Trabucchi, dunque, come autore di un testo « classico » e, quindi, come protagonista del pensiero giuridico del Novecento. È

⁽¹⁰⁾ *Omaggio a un « classico » della didattica giuridica universitaria (a proposito della trentesimasesta edizione delle « Istituzioni di diritto civile » di Alberto Trabucchi), in questa Rivista, vol. 24 (1995), p. 478.*

la prima e validissima ragione per cui è doveroso qui ricordarlo. Ma v'è di più. Non si può non ripetere oggi quanto sottolineavo tre anni or sono: il suo « Manuale », che ha l'obbiettivo di disegnare allo studente le linee delle istituzioni del diritto privato (anzi, civile, come vuole l'autore), cioè le linee di un sapere il più possibile sistematizzato, se risponde egregiamente a questa esigenza con pagine limpide asciutte rigorose, serba però in sé una coscienza più complessa e più profonda: la coscienza che non di un sapere astratto e avulso dalla storia si tratta, bensì di una realtà in perenne mutazione e pertanto caratterizzata da una ineliminabile storicità. Lo rimarcavo nel '95, e debbo rimarcarlo ora che ho davanti l'ultima edizione, la trentesima ottava, uscita in quest'anno 1998 e la cui prefazione — datata: Padova, 1 novembre 1997 — è probabilmente l'ultimo scritto del Maestro prima che, nel corso di quello stesso novembre, lo aggredisse il primo assalto d'una malattia logorante la sua fibra fisica di novantenne. Il tema è sempre quello: la continuità nel mutamento, il sistema nella storia. Forse, in questa prefazione estrema, sottolineato con un vigore anche più intenso. Ecco il primo rigo, che accoglie volutamente, icasticamente, soltanto il dettato d'una sapienza antica nel suo robusto latino: « tempora mutantur et nos mutamur in illis ». E un rigo più sotto: « per quanto riguarda il libro, e questa edizione, si potrebbe ancora ripetere l'antico programma: *nova et vetera* » ⁽¹¹⁾. È l'ultima prefazione di Alberto Trabucchi per il suo prediletto « Manuale »; oserei dire: quasi un testamento spirituale.

L'assillo scientifico e didattico di tutta una lunghissima vita è assommato in due scarne paginette; e l'Autore vi confessa con una

⁽¹¹⁾ In relazione a questa sua visione costante di novità che si innestano sul vecchio tronco della tradizione, il futuro biografo di Trabucchi non dovrà dimenticare la sua operosità, dal 1961 al 1976, in seno alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, dapprima come giudice e, poi, come avvocato generale. Dando prova di essere un personaggio che coglie e segue e agevola il corso della storia, Trabucchi svolse un ruolo rilevante per la costruzione del futuro diritto europeo. Anche in questa operosità connessa a una funzione « pratica » di altissimo rango sta un motivo — certamente più nascosto, ma certamente validissimo — per ricordare Trabucchi nella storia del pensiero giuridico europeo. Come scrissi con grande persuasione fin dalla pagina introduttiva del primo « Quaderno », il pensiero giuridico non nasce solo sul tavolo di studio dei maestri, dei sapienti, ma altresì nella officina della prassi, quando in quella officina lavorano operai sensibili e lungimiranti.

nuda franchezza l'elementare canone metodico seguito convintamente fin dall'inizio: « si è perseguita una continuità e non una fissità; le idee fondamentali degli istituti del diritto che vengono da lontano a sostegno e indirizzo della società, sono qui riconosciute e vivificate in un diritto che sempre si rinnova ». Lo spettro della fissità si oppone nel suo spirito alla coscienza del mutamento, che non è né esorcizzabile né eludibile per chi come lui avverte capogrossianamente il giuridico quale esperienza. Il giurista positivo dà lezione di storicismo agli storici professionali.

Egli è ormai nella fissità fuori del tempo, quel tempo di cui avvertiva — civilista provvedutissimo — l'enorme forza incisiva. Nel tempo resta la sua creatura intellettuale, e resta il suo magistero a guidare ancora i giovani giuristi nel difficile momento della loro prima formazione, nella iniziazione al mistero grande del diritto, al mestiere arduo del giurista crocifisso sempre fra sistema e storia, fra valori e quotidianità.

Modelli e dimensioni

PAOLO GROSSI

MODERNITÀ POLITICA E ORDINE GIURIDICO (*)

Nel ricordo di Anna Maria Battista

1. Bene hanno fatto gli organizzatori di questo Convegno a voler ricordare Anna Maria Battista nel decennale della morte e a scegliere un siffatto tema di studio. Non ho dubbii sulla opportunità di ricordare chi, sul gregge sempre più numeroso dei piatti compilatori, si stagliò e si staccò nettamente per acutezza e brillantezza d'ingegno. Non ho dubbii sulla opportunità e convenienza di legare e collegare il nome di Anna Maria a una riflessione sulla modernità politica: proprio su questo nodo problematico la nostra cara e rimpianta Amica scrisse pagine non dimenticabili (è del tutto superfluo che io rammemori a degli storici del pensiero politico i suoi martellanti felici interventi sui libertini e sui loro precursori).

Per mia parte, sono sinceramente felice di essere oggi in mezzo a voi e sono grato agli organizzatori per un invito che, nel vincolo — durevole oltre la morte — di amicizia con Anna Maria, ho prontamente accettato. Vengo a voi però con il mio scarso bagaglio di limitate competenze professionali; vengo a voi e parlerò a voi come giurista, come storico del diritto, per la commiserabile ragione che altro non so fare, tranquillizzato tuttavia dal fatto che per l'appunto questo mi si chiede: una riflessione sul problema della modernità

(*) Si pubblica — con l'autorizzazione degli organizzatori — la Relazione introduttiva ai lavori del Convegno di studio su « Anna Maria Battista e la modernità politica » tenuta a Napoli, presso l'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, il 20 febbraio 1998. In questa redazione scritta si è mantenuto fedelmente la articolazione della Relazione come fu detta dall'autore, nell'ambito della prima seduta congressuale, sulla scorta di una traccia particolareggiata. Per questo, le note sono ridottissime e fungono soltanto da essenziale strumento di comprensione del testo.

còlto nel rapporto fra potere politico e dimensione giuridica, un contrappunto complesso intessuto di connessioni opposizioni disgiunzioni, ma certamente illuminantissimo per una più adeguata messa a fuoco della stessa modernità politica.

Persuasos che l'arma più efficace nelle mani dello storico sia la comparazione, più efficace per ottenere il risultato di una riuscita storicizzazione, io mi porrò idealmente a cavalcioni fra pianeta medievale e pianeta moderno individuando le diverse soluzioni e cogliendole nella tipicità dei loro messaggi. Due pianeti legati da una continuità cronologica, ma contrassegnati da una sostanziale discontinuità, che è sostanziale perché la diversità profonda nelle soluzioni adottate discende da radicalmente diverse fondazioni antropologiche. Porsi pertanto su un ideale confine divisorio varrà ad accentuare la tipicità cui or ora si accennava, e varrà a esaltare le peculiarità della modernità politica, com'è programma e scopo del nostro Convegno.

Su un punto soltanto civiltà medievale e civiltà moderna appaiono collimare agli occhi dell'osservatore giurista: sono ambedue civiltà *giuridiche*, nel significato elementare che ambedue fanno gran conto del diritto come struttura cementante al loro seno. Ma di collimazione formale e apparente è questione: a spingere più a fondo lo sguardo, anche sotto questo profilo le scelte si fanno diverse se non opposte. È vero: intense sono le presenze del diritto nell'una e nell'altra, ma si tratta di presenze — per così dire — capovolte: al totale e innegabile rispetto, che per la dimensione giuridica circola costantemente nelle vene dell'organismo medievale, fa riscontro l'atteggiamento di completa strumentalizzazione che domina quello moderno; quanto si poneva — per il primo — tra i fini supremi della società civile, diventa — per il secondo — uno strumento, sia pure rilevante, nelle mani del potere politico contingente. Basti, per ora, questo accenno liminale, con l'intenzione di riprenderlo e svilupparlo nello svolgimento della Relazione.

2. L'universo medievale si caratterizza agli occhi attenti dello storico, perché esprime nel suo seno quello che io, altra volta, ho chiamato un potere politico incompiuto ⁽¹⁾; intendendo per incom-

⁽¹⁾ Nel volume: *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1997⁵, al quale si

piutezza non già la mancanza di effettività (che spesso c'è e che talora può acuirsi perfino in manifestazioni tiranniche), bensì l'assenza di un progetto totalizzante, onnicomprensivo. In altre parole, il potere politico non ha la pretesa di controllare l'interezza del sociale, anzi si contraddistingue per una sostanziale indifferenza verso quelle zone — anche ampie, anche amplissime — del sociale che non interferiscono direttamente con il governo della cosa pubblica.

E si ha una prima conseguenza rilevantissima: il sociale, fondamentalmente autonomo, senza costrizioni vincolanti, vive pienamente la sua storia in tutte le possibili ricchezze espressive; lasciato libero, si sbizzarrisce in mille combinazioni annodazioni sedimentazioni, dal piano politico a quello economico, da quello cetuale a quello professionale, da quello religioso a quello familiare soprafamiliare gentilizio, proponendoci quel paesaggio di infinite figure corporative che sono il contrassegno del volto medievale e, per inerzia storica, anche post-medievale. Se vi si aggiunge una psicologia collettiva percorsa da generale insicurezza e segnata dalla sincera umiltà dei singoli operatori ⁽²⁾, ne deriva una civiltà che ha due protagonisti essenziali: sullo sfondo, incombente e condizionante, la natura cosmica con i suoi fatti primordiali, avvertita quale alveo protettivo e benefica garanzia di sopravvivenza ma anche nella sua enormità indomabile; entro le trame del tessuto di esistenza quotidiana, la comunità, nicchia indispensabile per lo svolgersi delle vicende individuali, nelle molteplici manifestazioni che estrinsecano tutta la complessità della vita comune.

È un mondo di formazioni sociali che si profila ai nostri occhi, incredibilmente articolato e sfaccettato, certamente alluvionale per quell'incessante generarsi integrarsi stratificarsi delle più disparate dimensioni comunitarie, dove l'individuo è una astrazione giacché il singolo è pensabile soltanto all'interno della salda rete di rapporti offerta da quelle dimensioni.

È da qui che rampolla ed è qui che si colloca il diritto. Non il

rimanda per ogni ulteriore chiarimento e svolgimento concernenti i contenuti di queste pagine dedicate al « pianeta » medievale.

(2) Per le complesse ragioni storiche segnalate e sviluppate in: *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 61 ss..

frutto della volontà di questo o quel potere politico contingente, di questo o quel Principe, ma una realtà storicamente e logicamente antecedente, che nasce nelle spire vaste del sociale, con esso si mescola, di esso si incorpora. Il diritto è un fenomeno primordiale e radicale della società; per sussistere, non attende quei coaguli storici legati allo sviluppo umano e rappresentati dalle diverse forme di pubblico reggimento. Gli sono invece terreno necessario e sufficiente quelle più plastiche organizzazioni comunitarie in cui il sociale si ordina e che non si fondano ancora sulla polis ma sul sangue, sul credo religioso, sul mestiere, sulla solidarietà cooperativa, sulla collaborazione economica.

Insomma: *prima c'era il diritto*; il potere politico viene dopo. Intendendo con questa affermazione apparentemente sorprendente sottolineare che, nella civiltà medievale, è coscienza diffusa l'indole ontica del diritto, riposante negli strati profondi e durevoli della società, ossatura secreta e riposta struttura di questa.

E una seconda conseguenza emerge, rilevante: non è la voce del potere, non ne porta il timbro, non ne soffre gli inevitabili immisericordamenti, gli inevitabili particolarismi. Con questa doverosa precisazione: certo, v'è anche qui una porzione del giuridico che è legata e collegata a chi detiene il governo della cosa pubblica ed è quanto oggi siamo soliti qualificare come diritto costituzionale, amministrativo, anche penale, ma il diritto per eccellenza, quella ragion civile chiamata a regolare la vita quotidiana degli uomini, prende forma direttamente e immediatamente dal sociale e sulle sue forze sparse si disegna: suoi canali sono, a livello genetico, un folto affiorare di consuetudini, in misura prevalente rispetto ai non numerosi interventi autoritarii dei Principi; a livello consolidatorio e definitorio, un ricco ordinamento operato, più che da legislatori, da maestri teorici, giudici, notai o semplici mercanti immersi nella pratica degli affari e interpreti delle esigenze di questa.

Per la civiltà medievale si può correttamente parlare di autonomia del giuridico, relativa ma autonomia, allo stesso modo di come si è parlato prima di autonomia del sociale. Indubbiamente, il diritto non galleggia mai sulla storia, al contrario, tende sempre a incarnarsi e a compenetrarsene, però è qui una larga pluralità di forze circolanti libere nella società ad orientarlo, forze spirituali culturali economiche, tutte le forze liberamente circolanti nel sociale. Il

sociale e il giuridico tendono a fondersi, ed è impensabile una dimensione giuridica come mondo di pure forme separate da una sostanza sociale.

E una terza conseguenza emerge, ugualmente rilevante, ed è già sommariamente delineata nell'ultima affermazione. Il diritto, emanazione della società civile nella sua globalità ma proveniente dagli strati più profondi, non può non connotarsi di una ineliminabile fattualità. Con questa avvertenza: il diritto non appartiene alla superficie sociale dove si consuma l'intreccio di lotte risse miserie disordini della quotidianità medievale, non si collega mai a una fattualità episodica. Il diritto è qui realtà radicale, cioè di radici, cioè di radici le più profonde pensabili; è realtà di fondazioni di tutto un edificio di civiltà, e come tale intimamente collegato con i grandi fatti primordiali fondanti quell'edificio; fatti fisici e sociali a un tempo, appartenenti, a un tempo, alla natura cosmica ma assunti a fondamento ultimo e primo di tutta la costruzione sociale.

La durata, cioè il tempo come decorso, come decorso durevole, con la sua capacità di incidere su ogni struttura umana o naturale; la terra come forza magnetica che attrae a sé persone e cose; in un primo momento anche il sangue, come segno della appartenenza ad un etnos, con la sua forte attitudine caratterizzante; sono questi i fatti originarii che appaiono muniti di intrinseca normatività e che determinano — marcandola indelebilmente — la costruzione socio-giuridica.

E si capisce che il normale momento genetico e la normale manifestazione della giuridicità siano di indole consuetudinaria. La consuetudine — che il filosofo definisce a ragione fatto normativo ⁽³⁾, che è fatto tra i fatti della natura cosmo-sociale — è la più terrestre delle fonti, nasce dalla terra, striscia per terra ed esprime le esigenze in essa iscritte, ma ha bisogno di impastarsi di tempo, di diventar durata per essere norma ricevuta e rispettata.

Dal nostro angolo d'osservazione il risultato che si segnala in tutta la sua tipicità storica è un diritto che non sta nei progetti di un Principe, che non scaturisce dalla sua testa, che non esplicita le sue volontà benefiche o malefiche, comunque potestative, che non è

(3) Il riferimento è a Norberto BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, Cedam, 1942.

controllato da un burattinaio manovrante a suo beneplacito tutti i fili. Questo diritto ha una sua onticità, appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo.

Nessuno più di San Tommaso, assommatore e corifeo a fine Dugento della antropologia e della politologia medievali, ha con tanta nitidezza tradotto in una essenziale definizione una simile certezza. È la giustamente celebrata definizione di *lex*, sulla quale converrà sostare un momento con la nostra attenzione, perché troppo spesso soprattutto le letture apologetiche di parte cattolica ne hanno banalizzato il vigoroso contenuto di pensiero politico-giuridico lasciandosi monopolizzare dal pur rilevante riferimento al bene comune come fine della norma. Leggiamola per nostro conto al centro della *quaestio* 90 della « Prima Secundae » dedicata appunto alla « *essentia legis* »:

« *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata* » (4).

Un dato fa spicco in essa: la dimensione soggettiva cede il passo alla dimensione oggettiva; in altre parole, non è rilevante tanto il soggetto emanatore quanto il suo obbiettivo contenuto. Circa il soggetto Tommaso è volutamente vago e sbrigativo: parla genericamente di colui che governa la comunità e adotta una locuzione verbale — *promulgata* — dove la componente volitiva, creativa, insomma potestativa, è ridotta al minimo, mentre è messa in evidenza la componente accertativa e dichiarativa. Non dimentichiamo che già il maestro di Tommaso, in una definizione poco nota ma illuminantissima, aveva operato delle precisazioni ferme a proposito del *subiectus legis*, riservando funzioni attive e sostanziose al *populus* e al *coetus iuristarum* e riducendo il Principe a colui che si limita a offrire alla norma la *auctoritatis sanctio* (5).

Per Tommaso conta invece il contenuto, che è doppiamente precisato: consiste in un ordinamento, ordinamento esclusivamente demandato alla ragione. *Ordinatio* è la parola che sposta l'asse della definizione dal soggetto all'oggetto, perché insiste non sulla sua libertà

(4) *Summa Theologica*, I IIae, q. 90, art. 4.

(5) Alberto MAGNO, *De bono*, tract. V *de justitia*, q. II *de legibus*, art. I *quid sit lex*.

ma sui limiti alla sua libertà; ordinare è infatti una attività vincolata, giacché significa prendere atto di un ordine obbiettivo preesistente e non eludibile entro il quale inserire il contenuto della *lex*.

Ed è proprio per questo che lo strumento dell'ordinare è identificato nella ragione, cioè in una attività psicologica prevalentemente conoscitiva: perché la conoscenza è il più grande atto di umiltà che un soggetto possa compiere nei confronti del cosmo e della società, perché la conoscenza è proiezione del soggetto al di fuori della propria individualità per scoprire nella realtà a lui esterna le verità in essa contenute, per scoprirvi l'ordine progettato e attuato dalla Divinità. Tommaso lo ripete continuamente come per sottolineare l'elemento veramente essenziale: « *lex est aliquid rationis* » (6), « *lex est aliquid rationis* » (7), « *lex est quoddam dictamen practicae rationis* » (8). Veramente essenziale è la ragionevolezza della *lex*, cioè una determinata e rigidissima corrispondenza del suo contenuto a un modello che né il Principe né il popolo né il ceto dei giuristi creano ma sono chiamati semplicemente a scoprire nella ontologia del creato.

A fronte di questo richiamo assillante alla ragionevolezza, al giurista italiano di oggi viene agevole una desolante considerazione: perché — nella nostra tradizione giuspubblicistica — si sia potuti arrivare a parlar di « ragionevolezza della legge », idea ritenuta intimamente dissacratoria per una mentalità tenacemente legalistica, si è dovuto attendere le aperture recentissime della Corte Costituzionale; ma siamo appena all'immediato ieri.

Sia consentita infine una integrazione. Dietro questo sentitissimo pungolo razionalizzatore, San Tommaso non risparmia nemmeno quella nozione cui una dimensione meramente potestativa poteva sembrare assolutamente congeniale: l'*imperium*, il comando. Anche qui è messo in atto il medesimo procedimento: comandare non significa proiettare su un soggetto inferiore l'arbitrio della volontà del superiore, giacché « *imperare autem est quidem essentialiter actus rationis; imperans enim ordinat eum cui imperat* » (9).

(6) *Summa Theologica*, I IIae, q. 90, art. 1.

(7) *Summa Theologica*, I IIae, q. 91, art. 2.

(8) *Summa Theologica*, I IIae, q. 91, art. 3.

(9) *Summa Theologica*, I IIae, q. 17, art. 1.

E riaffiora, ma non inaspettatamente, quello schema centrale di *ordinatio*, ordinamento, in base al quale il superiore si vede confidata la responsabilità enorme di percepire le trame dell'ordine preesistente e a quella vincolare la propria attività imperativa. Siamo agli estremi di un vero parossismo razionalizzatore, e il sentiero segnato dalla ragionevolezza sembra l'unico tracciato per guidare l'uomo — sia pure il Principe, sia pure ogni comandante — nei rapporti con la natura e con i consimili.

3. Diciamolo pure recisamente: ciò che ripugna alla mentalità autenticamente medievale è ogni processo *individualizzatorio*, cioè ogni processo tendente ad astrarre e sottrarre le singole individualità dall'ordinatissimo tessuto relazionale offerto dalla natura e soprattutto dalla storia, e in cui ciascun individuo si trova situato e con cui è chiamato a fare i conti. Ciò appare nitido in ogni sua filiazione, cominciando dalla elaborazione filosofica d'una teoria della conoscenza, per arrivare alla edificazione d'una dottrina politica e d'una costruzione politica, alla concezione e strutturazione d'un ordine giuridico.

Al cuore della riflessione filosofica medievale è giusto scorgervi la grande disputa sugli universali: soltanto a un osservatore superficiale inguaribilmente malato di modernità essa potrebbe apparire come un tornear di sofismi, perché è lì invece in gioco qualcosa di vitale e di essenziale, e cioè l'affermazione di un mondo di generi, di specie, di relazioni, di stati, un ordine insomma, che si affianca *realissimo* al mondo delle semplici concretezze individue, costituendo un insostituibile tramite e filtro di mediazione tra le due entità deboli dell'osservatore individuale e dell'oggetto individuale. Nelle trame della disputa i realisti furono la voce genuina d'una mentalità autenticamente medievale contro quei precorrittori del moderno che pretendevano di relegare tra le qualificazioni meramente nominali le realtà relazionali liberando le individualità da quell'irretimento condizionante rappresentato dalla necessaria mediazione degli universali.

È l'identica mentalità che, a livello socio-politico-giuridico, assume a suo perno prevalente più il rapporto tra soggetti, più quel complesso di rapporti colleganti e leganti che è la comunità, anziché i soggetti presi nella loro singolarità. E l'universo sociale è un

intreccio ordinato anche se complesso di gruppi più o meno ampi, e l'universo politico è un ordinatissimo concorso di comunità, da quella ecumenica (che ricomprende l'intero genere umano) a quella spazialmente temporalmente funzionalmente minima come il più esiguo dei comuni rurali.

Ma si ha sempre il medesimo auspicato risultato: l'esigenza di non astrarre una individualità solitaria — sia essa il soggetto della vita quotidiana, sia essa il soggetto politico — ma di immergerla e quasi di confinarla ben all'interno di un protettivo e salvante tessuto relazionale, in un ordine estremamente complesso che è, di per sé, un valore da conservare e incentivare.

Si staglia chiaro il primato della comunità e, dietro, una psicologia collettiva di sfiducia nel singolo e di pieno affidamento nella realtà coesiva integratrice salvatrice di ogni formazione sociale, realtà — in quanto tale — assai più perfetta rispetto alle intrinseche debolezze di quello. Come si diceva all'inizio, ripugna ogni processo individualizzatorio sia a livello puramente sociale che politico.

È per questo che si può — conclusione solo illusoriamente paradossale — rilevare in quest'assetto di civiltà l'assenza dell'individuo-persona e dello Stato: certo che il mondo medievale è popolato di persone operanti e parimenti certo che si articola in multiformi organismi politici, ma quelle e questi sono sempre còlti e immobilizzati al centro di un tessuto di relazioni. È l'indipendenza, è la libertà del soggetto che vengono ad attenuarsi, il quale non è mai sorpreso nella sua individualità solitaria ma come capo di un rapporto.

Ed è protagonista non l'individuo, ma la relazione; è protagonista quel nodo di relazioni che è la comunità, ogni comunità, ogni formazione sociale grande o piccola. L'individuo persona fisica, così come siamo abituati a pensarlo e a viverlo noi moderni quale microcosmo cui fan capo, per virtù e potenzialità sue intrinseche, facoltà e poteri, è senz'altro un futuribile; come è un futuribile il protagonista del diritto civile moderno, il soggetto astratto e unitario, unitario perché astratto, non uomo in carne ed ossa ma un modello prelevato dal deposito statuario del diritto naturale e perciò entità metastorica.

Il soggetto medievale è invece immerso nel sociale e nelle sue manifestazioni comunitarie, allo stesso tempo pupillo e vittima d'un ordine sovrastante. La società intermedia (sia essa la famiglia, l'aggregato soprafamiliare, la corporazione di arti e mestieri, la comunità

politica, la comunità religiosa) socializza e storicizza il soggetto, lo incarna, lo intende lo riconosce lo rispetta nelle sue vistose disuguaglianze, lo fa cioè contadino o mercante, nobile o plebeo, ricco o povero, sapiente o ignorante. In essa è l'inserimento nel contesto ordinato che conta, e il soggetto si presenta come posizione e rapporto, sempre pensato accanto a un altro che lo sovrasta, che gli sottostà, che gli vive accanto, non in situazione di isolamento e di indipendenza ma in relazione a. È l'idea di rapporto giuridico che sta alla base del diritto medievale, mentre un futuribile appare l'idea di diritto soggettivo se lo si disegna, così come nell'individualismo moderno, come un potere connesso alla (e derivante dalla) volontà di un individuo fisico ⁽¹⁰⁾.

La stessa nozione di libertà, che, già negli incunaboli del moderno, si origina dall'interno del soggetto, è legata unicamente alla sua volontà ed è pertanto il segno e il presidio della sua assoluta indipendenza, è avvertita quale situazione relazionale. Si viene ad intensificare il riguardo relazionale-sociale della libertà, che troviamo già perfettamente colto in un classico testo di Aristotele ⁽¹¹⁾. Nessun contenuto assoluto a questa libertà ma una situazione perennemente confrontata con (e condizionata a) gli altri; e non già *la* libertà, un singolare assolutizzante che ben si conviene a quell'assoluto che sarà il soggetto moderno di diritto, ma tante *libertates* originate non dalle potenzialità irresistibili di quello, e quindi assolute perché generate e fondate nella sfera etica dell'*interior homo*, ma da questa o quella situazione storica, cioè dai diversi contesti esistenziali in cui egli viene a trovarsi nella propria umana vicenda.

È perfettamente identico il discorso che si deve tenere per il soggetto politico Stato. Lo Stato — inteso, ovviamente, non in una inconcludente accezione generica, bensì in quella manifestazione di potere compiuto di cui si parlava all'inizio — è un assoluto e si propone, da un lato, come rottura del vecchio universalismo

⁽¹⁰⁾ È un merito indubbio di Michel VILLEY di averlo sottolineato (vedi — riassuntivamente — M.V., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. ital., Milano, Jaca Book, 1986, passim ma soprattutto p. 203 ss.), anche se non tutto sembra accettabile in una impostazione troppo rigida e unilaterale.

⁽¹¹⁾ *Etica Nicomachea*, I, 7, 1097 b.

politico, dall'altro, come superamento del vecchio comunitarismo. Nella visione corporativa medievale, ogni comunità si prospetta nella sua autonomia, precisando che autonomia è nozione relativa, è indipendenza relativa, è posizione di un ente pensato e risolto in un contesto più ampio e necessariamente condizionato nell'inevitabile rapporto con l'alterità ⁽¹²⁾. La comunità Stato, così come sorge sempre più virulenta dal Trecento in poi, è creatura insulare, rifiuta i condizionamenti che possano provenire da comunità superiori o contigue, sopprime (o tende a sopprimere) le manifestazioni sociali al suo interno, preferendo dialogare con l'individuo solitario. Lo Stato è l'esito più vistoso e corposo di un processo di individualizzazione a livello politico; è l'abbandono e il superamento di una civiltà di autonomie, per avviare l'edificazione di una civiltà di sovranità, di tante sovranità, ciascuna delle quali è intesa come indipendenza assoluta, assoluta cioè nel significato etimologico di sciolta (*ab-soluta*) da ogni possibile mortificazione da legami. È l'assolutezza che contrassegna lo Stato e la sua sovranità, e ne marca la differenza con la relatività delle autonomie medievali. Stato e sovranità sono creature estranee non solo alla prassi politica ma soprattutto all'ideario del medioevo; sono in quella civiltà creature impensabili.

Con una necessaria precisazione terminologica che riguarda l'ambiguo vocabolo «sovranità». Infatti, non è ambiguo il nome «Stato», giacché il lessico medievale lo usa in un senso che è capitalmente diverso da quello che prenderà campo nell'universo moderno fino a noi. È ambiguo invece il termine sovranità, giacché è adoperato normalmente nel diritto feudale per designare una posizione di superiorità, con una evocazione che potrebbe confondere un osservatore disattento e fargli pensare a qualcosa di più di una mera continuità terminologica. E la necessaria precisazione è la seguente: sovranità (*souveraineté*) è, nel diritto feudale, una tipica

(12) Su questa basilare nozione di autonomia abbiamo recentemente richiamato l'attenzione sia ne *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 29 ss., sia nel saggio (che sviluppa su un piano dottrinario la tesi di fondo del volume): *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1996) e, in lingua tedesca, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa-Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1997.

posizione di relazione, descrive una situazione di autonomia, cioè relativa, con uno stacco concettuale nettissimo rispetto a quanto, per esempio, Bodin intenderà come *souveraineté*.

Aggiungiamo altra precisazione di diversa indole: il mondo storico ha sempre esigenza di un punto fermo stabilissimo cui vincolare e fissare la relatività della storia, cioè del sociale, del politico, dell'economico; ed è un'esigenza sentitissima anche nella civiltà medievale, solo che essa lo trova e lo identifica al di sopra della storia nella sovranità d'Iddio, un Dio persona, padre e padrone del mondo. Il nuovo mondo secolarizzato, o in via di secolarizzazione, con una idea di divinità panteisticamente sempre più vaga, non potrà che cercare e trovare la sovranità nel mondo, nelle mani del nuovo Principe, all'interno del nuovo organismo politico diventato ormai il soggetto specifico Stato.

4. Raccogliamo i punti fermi del discorso svolto sino a questo momento: nella civiltà medievale l'ordine giuridico è, fatte salve alcune zone delicate connesse al governo della cosa pubblica, una realtà ontica, scritta nella natura delle cose, realtà squisitamente *radicale* perché rigogliante alle radici d'una società e perciò immedesimata col costume, coi fatti tipizzanti che danno il volto peculiare a una civiltà storica; certamente, per questo, si presenta sempre all'insegna della complessità; realtà — e qui tocchiamo il nerbo del nostro tema congressuale — che nasce vive prospera si trasforma fuori delle spire del potere politico, il quale, in grazia della sua incompiutezza, non ha eccessive pretese, rispetta il pluralismo giuridico, rispetta il concorso di forze che lo provocano. Dimensione storica autenticamente medievale questa della relativa indifferenza del Principe verso il diritto ma che, per l'inerzia che è spesso componente primaria dei teatri storici, giunge — anche se discussa contestata erosa — sino ai grandi rivolgimenti politici e giuridici della fine del secolo XVIII; un sensibile e colto civilista italiano ha potuto, a ragione, parlare d'una « estrastatualità del diritto civile » fino alle grandi codificazioni ottocentesche ⁽¹³⁾.

Abbiam detto: discussa contestata erosa; ed è così. L'itinerario

⁽¹³⁾ È Filippo VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960.

che sboccherà in quella visione nuova del rapporto fra potere politico e ordine giuridico che, nel suo perfetto capovolgimento rispetto alle soluzioni medievali, costituirà l'archetipo moderno, è una strada lunga e accidentata, lunga di quasi cinque secoli dove novità arroganti si mescolano con le resistenze cospicue d'un ordine che era riuscito a connaturarsi con le nervature più riposte della società. Seguire sommariamente un simile itinerario è quanto ci proponiamo ora di fare.

Le origini del « moderno » sono rintracciabili per il politologo e per il giurista all'interno di un secolo che al puro cronologo appare riposare nel pieno medioevo. È infatti nel Trecento che un processo prende l'avvio e che la vecchia *tranquillitas ordinis* riceve i primi scossoni esiziali. È un secolo tormentato, che rivela allo storico una duplice congiunta crisi di strutture e di idealità. Crisi demografica, abbandoni di terre, carestie e una fame sempre più diffusa minano alla base l'edificio secolare lentissimamente costruito, mentre crollano le vecchie certezze dominanti ed affiora e monta una psicologia collettiva di sfiducia: quell'edificio non è stato capace di garantire la sopravvivenza; si reclama un nuovo ordine socio-politico-giuridico, una rifondazione su nuove basi.

Sta qui la modernità del Trecento: nell'amaro accertamento di un naufragio, nella conseguente condanna dell'assetto tradizionale, nella voglia di nuovo che percorre l'intera società. Sotto accusa è proprio la scelta fondante che stava al cuore della civiltà medievale: il primato della comunità sul singolo, la comunità — ogni comunità — come cellula portante e protagonista del sociale, la percezione della società come fatto universale ma articolato in un numero sconfinato di organizzazioni sociali.

Il sentiero nuovo che si comincia a percorrere è la riscoperta dell'individuo, di ogni individuo, come valore di per sé. Il processo che viene messo in moto è un processo di sempre più decisa *individualizzazione*, e coinvolge ogni livello, da quello genericamente antropologico a quello più specificamente politico, dimostrando una congiunzione armonica delle più disparate dimensioni e segnalando così che una nuova civiltà si sta preparando.

Quello che abbiamo chiamato processo di individualizzazione doveva partire da una prima operazione imprescindibile: la liberazione della entità individuale dalle complicate incrostazioni comu-

nitarie che la visione e la prassi medievali vi avevano consapevolmente depositato. Il primo segno del nuovo non poteva non consistere in questo movimento liberatorio; liberare ogni individuo dalla costrizione di quel complesso di relazioni in cui era fino ad allora pensato e, di fatto, immerso. La liberazione, insomma, consisteva nel reclamare per ogni entità individuale la sua capacità di estrazione e di astrazione dal sociale, la capacità di trovare in sé potenzialità e possibilità concrete di vita indipendente. Sincronicamente, si origina e si sviluppa uno di quei moti globali che investono tutte gli aspetti di una civiltà.

Il rivolgimento è percepibile chiaramente innanzi tutto a livello antropologico: al vecchio soggetto avvolto dalla natura e dalla storia, cui erano offerti prevalentemente strumenti conoscitivi — che lo proiettavano all'esterno perché tributarii dall'esterno — si tenta di sostituire un soggetto sempre più autosufficiente, cellula portante del nuovo ordine. La nuova gnoseologia ha ovviamente una risoluta impronta volontaristica, giacché la volontà — la più autonoma tra le forze psichiche del soggetto, perché trova all'interno di lui ogni possibile giustificazione — può efficacemente chiudere in sé il microcosmo e cementarlo verso l'esterno; né fa meraviglia che il volontarismo si sposi con il trionfo del nominalismo filosofico. La rete relazionale degli universali può ben essere ridotta a *flatus vocis*, giacché il singolo, ormai fiducioso in se stesso, è capace di un approccio diretto e immediato con le individualità a lui esterne. Si sfaldava come neve al sole quella ordinatissima impalcatura, che era stata, nel contempo, protettiva e soffocante.

A noi però interessa soprattutto il processo di individualizzazione così come si realizza a livello politico. Anche qui di liberazione si tratta, di scarnificazione dalle incrostazioni comunitarie: si tratta cioè di pensare e disegnare un nuovo soggetto politico, munirlo di una corazza che ne renda possibile la assoluta solitudine, sì che trovi soltanto in se stesso giustificazioni motivi finalità. Perfetta sintonia con quanto a livello gnoseologico e genericamente antropologico si sta contemporaneamente svolgendo.

Se la sovranità medievale significava soltanto esser superiori rispetto ad un investito di poteri ma inferiori rispetto ad altro riservandosi la assolutezza delle potestà unicamente a quel sovrano metafisico che è il Dio della tradizione ebraico-cristiana, nel nuovo

paesaggio politico prende sempre più forma un potere che serba ancora l'identico termine di sovranità ma depone quel contenuto relazionale e relativizzante ad esso connaturale nel vecchio assetto feudale. È un potere che si avvicina sempre più alla « *puissance absolue et perpetuelle* » teorizzata a fine Cinquecento nella « *Republique* » di Bodin ⁽¹⁴⁾, ed è lo specchio di quel soggetto politico profondamente trasformato che è il nuovo Principe, un soggetto che non ama mortificazioni provenienti da realtà di questo mondo, che non è in dialogo con la natura e con la società, che non tollera di umiliarsi a semplice capo di un rapporto. Egli — individuo dalla assoluta insularità — tenderà a proiettare all'esterno una volontà perfettamente definita, che ha trovato già in lui ogni possibile giustificazione.

Circostanze notissime, appena meritevoli di essere segnalate. Degna invece di segnalazione è la connessione nuova fra questo Principe e la dimensione giuridica: lentamente ma incessantemente, alla vecchia psicologia di indifferenza verso larghe zone del giuridico si sostituisce una psicologia di occhiuta attenzione, un atteggiamento invadente, un coinvolgimento sempre maggiore nella produzione del diritto. Tutto questo, ben inserito all'interno di una visione del potere politico quale potestà onnicomprensiva, potestà sempre più compiuta. Inizia una lunga strada che vedrà il Principe su una battaglia trincea contro ogni forma di pluralismo sociale e di pluralismo giuridico.

È un processo scopertamente tangibile in quel regno di Francia che è, per il politologo e per il giurista, lo straordinario laboratorio storico in cui il moderno prende dapprima un suo volto più determinato e sempre più se ne incrementano i tratti. La storia della monarchia francese dal Dugento al Settecento è la storia di una sempre più intensa presa di coscienza da parte del Principe, della sua sempre più precisa percezione della essenzialità del diritto nell'ambito del progetto statale, della esigenza sempre più sentita di proporsi come legislatore. Anzi, di cogliere nella produzione di norme autoritarie l'emblema e il nerbo della regalità e della sovranità.

Può essere rivelatore seguire la linea di sviluppo della politica del diritto della Monarchia avendo una attenzione puntuale al

⁽¹⁴⁾ Jean BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), p. 122.

rapporto fra Sovrano e complesso consuetudinario, fra *ordonnance* regia e *coutume* tradizionale.

Alla grande piattaforma *coutumière*, vera fucina giuridica per buona parte della Francia centro-settentrionale, il Re ha creduto di dover guardare fin dai tempi di Filippo Augusto, con uno spazio sempre maggiore che viene eroso alla potestà produttiva di comunità e corporazioni. La linea di sviluppo corre nitida nei secoli tardo-medievali e proto-moderni: dapprima, il Re si occuperà di far redigere per iscritto le consuetudini con pesanti ingerenze del potere centrale, poi pretenderà che siano redatte nella lingua nazionale e non più nella ormai aliena lingua latina, nello stesso tempo prenderà sempre più campo la normazione diretta del Principe, sempre più addentrantesi in zone ritenute per l'innanzi precluse, finalmente — e siamo a fine Seicento — gli atti di normazione sparsa divengono un tessuto normativo ben programmato, sorretto da un approccio organico nella disciplina di rilevanti settori dell'esperienza giuridica, che tende ormai a sostituirsi monocriticamente al vecchio pluralismo di fonti.

Campeggia il protagonismo della legge, intesa non più nella accezione vaga della *lex* di San Tommaso inclinante a sfumarsi nello *ius*, ma nel significato strettissimo della *loy*, legge in senso moderno, volizione autoritaria del detentore della nuova sovranità e caratterizzata dagli attributi della generalità e della rigidità.

Ma un altro discrimine mette conto di sottolineare fra la *lex* dei medievali e la *loy* dei moderni: quanto la prima era contrassegnata da ben stabiliti contenuti e ben stabilite finalità — la ragionevolezza, il bene comune —, tanto la seconda si propone come realtà che non trova in un contenuto o in uno scopo né il suo significato né la sua legittimazione sociale.

Forse nessuno meglio di quello spietato ma acutissimo osservatore di sé e del mondo che fu Michel de Montaigne ha saputo esprimere questa verità elementare:

« les loix se maintiennent en credit, non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont loix. C'est le fondement mystique de leurs autorité; elles n'en ont point d'autre. Qui bien leur sert. Elles sont souvent faictes par des sots... » ⁽¹⁵⁾.

(15) *Essais*, livre III, chap. XIII.

Rincarando, qualche rigo sotto, la dose:

« quiconque leur obeyt par ce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit »,

e disincagliando, in maniera che a un moralista può sembrare impudente, il dovere di obbedienza del cittadino da qualsivoglia appiglio connesso al contenuto della norma ⁽¹⁶⁾.

La visione pessimistica che il giurista ⁽¹⁷⁾ Montaigne contempla con i suoi occhi venati di un corrosivo scetticismo (e che coinvolge anche lo stesso patrimonio del diritto consuetudinario ⁽¹⁸⁾) si traduce in una diagnosi puntuale di che cosa sia diventata la *loy* in Francia nella seconda metà del Cinquecento: una norma che si autolegittima come legge, cioè come volizione di un soggetto sovrano. L'organismo politico, ormai assestatosi in una robusta — sempre più robusta — struttura autenticamente statuale, ha necessità di uno strumento normativo capace di contenere il fenomeno giuridico e di vincolarlo strettamente al detentore del potere, strumento indiscutibile e incontrollabile, che permetta di sbarazzarsi finalmente delle vecchie salvaguardie che parlavano, con un linguaggio sempre più irricevibile dalla Monarchia, di accettazione da parte del popolo o di organismi giudiziari e corporativi.

La legge diventa una pura forma, cioè un atto senza contenuto, cioè — per spiegarci meglio — un atto cui non sarà mai un determinato contenuto a conferire il crisma della legalità, ma sempre

⁽¹⁶⁾ Mi piace — in questa sede — rilevare come questo testo eloquente abbia attratto, sia pure per altri scopi, la attenzione di Anna Maria Battista in quello che è uno dei suoi ultimi scritti, un saggio di ricapitolazione della sua lunga riflessione su Montaigne: *Nuove riflessioni su Montaigne politico* (1990), ora in *Politica e morale nella Francia dell'età moderna*, a cura di A.M. Lazzarino del Grosso, Genova, Name, 1998, p. 289.

⁽¹⁷⁾ Com'è noto, Montaigne viene mandato da suo padre a studiare diritto a Tolosa; ricoprirà lungamente la carica di consigliere al Parlamento di Bordeaux.

⁽¹⁸⁾ Il quale, malgrado il suo « doux et humble commencement... nous descouvre tantost un furieux et tyrannique visage, contre lequel nous n'avons plus la liberté de hausser seulement les yeux » (*Essais*, livre I, chap. XXIII). « La coutume », cui Montaigne dedica interamente un noto e rilevante capitolo degli « Essais », quello ora citato, ha per oggetto senza dubbio quanto i giuristi chiamano in senso stretto diritto consuetudinario, ma anche ogni spirale consuetudinaria che avvolge e soffoca l'azione individuale umana.

e soltanto la provenienza dall'unico soggetto sovrano. Il quale si identifica sempre più in un legislatore, in un legislatore ingombrante, congiungendo strettissimamente la propria persona e la sua supremazia alla qualità della sua creatura normativa.

E nasce quella ipoteca pesante della civiltà giuridica moderna che è la mistica della legge, la mistica della legge in quanto legge, una eredità dell'assolutismo regio che la Rivoluzione accoglierà senza batter ciglio, intensificandola e irrigidendola rispetto alle sussistenti aperture dell'antico regime sotto l'ammantamento di simulacri democratici. E, in un clima di conquistata e ostentata secolarizzazione, sacra sarà la legge intrinsecamente ingiusta, e sacra sarà la legge redatta e promulgata da un sovrano sciocco, per far nostro l'esempio offerto dallo stesso Montaigne.

La voce dell'appartato osservatore guascone, registratore lucido del proprio tempo, non è solitaria, ma è descrittiva di una concezione circolante: di lì a poco, la riprenderà Charron facendone un perno della sua costruzione assolutistica⁽¹⁹⁾, e, in tutt'altro filone di pensiero, la ripeterà Pascal, sollecitato pure lui dalla stessa contemplazione realistica e pessimistica insieme del diritto positivo francese⁽²⁰⁾.

5. In quel lucido incunabolo del moderno che è Montaigne, in quegli ultimi scorci del Cinquecento brulicanti ancora di vecchie radicazioni ma gremiti di futuro, si sta maturando e definendo un nuovo assetto giuridico, maturando e definendo all'insegna d'un lento ma inarrestabile processo liberatorio.

Come sappiamo, si tratta di un duplice e congiunto processo individualizzatorio che concerne, a pari titolo, sia il soggetto privato, sia il soggetto politico: il primo viene estratto e astratto dal sociale, che, solo, sembrava garantirgli presenza e sopravvivenza; il secondo è una sostanza tutta nuova che nasce dalle ceneri del vecchio ordine politico e che, seppellendolo senza rimpianti, a questo vuole interamente sostituirsi. Individuo e Stato saranno, d'ora in avanti, i due

⁽¹⁹⁾ Vedi i testi raccolti da Anna Maria BATTISTA, *Alle origini del pensiero politico libertino-Montaigne e Charron*, Milano, Giuffrè, 1966 (rist. 1989), pp. 183-84. In Charron il discorso è però stemperato dallo accomunamento che egli fa, sotto il profilo d'una obbedienza cieca, delle *loys* e delle *coustumes*.

⁽²⁰⁾ Basti rinviare ai testi sparsi elencati in VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 418.

soggetti protagonisti, e saranno — nella coscienza collettiva — il frutto d'una liberazione.

Il millennio medievale, inteso come un complesso — anzi, complicatissimo — ordito intessuto di sedimentazioni storiche sociali istituzionali, aveva soffocato la vitalità delle due autentiche realtà originarie, le aveva umiliate ma anche contaminate e deformate. Il moderno, se voleva costituire un passo innanzi, non poteva proporsi come revisione e riforma del vecchio, con esso in una qualche continuità. Occorreva una rifondazione, che, partendo dalla contemplazione impietosa degli antichi malfatti, forgiasse un progetto pienamente nuovo, tanto nuovo da poter cacciar via dalle sue articolazioni quelle sedimentazioni storiche sociali istituzionali che avevan costituito il fardello più grave e l'impedimento paralizzante per ogni individualizzazione affrancatrice.

Il disegno ancora vago e malcerto che si intuisce già nei testi umanistici, che si compone nelle meditazioni di un Montaigne e nella sistemazione di un Bodin, troverà — più che una corroborazione — un volto nuovo dal taglio straordinariamente incisivo e persuasivo nel grande progetto giusnaturalistico che affaticherà di lì a poco due secoli intieri.

Un progetto — perché dell'impresa progettuale serba il carattere indubbio di struttura pensatissima —, ma anche una strategia — perché non nasconde la sua tensione a irretire la concretezza della vita quotidiana e a farsi prassi ⁽²¹⁾; progetto e strategia che si presentano agli occhi dello storico del diritto soprattutto nell'aspetto di un tentativo — ammirevole nella sua perspicuità — di identificare storia, società, istituzioni come artifici opprimenti e di cominciare a costruire *più in là*, in un terreno sgombro da ipoteche, dove l'individuo privato e l'individuo politico si potessero finalmente stagliare nella loro netta individualità.

Il programma sembrava essere: astrarre e semplificare; lo strumento: una massiccia destoricizzazione e, conseguentemente, deso-

(21) Su altro piano ma in un ordine di idee non dissimile dal nostro parla acutamente di « uso strategico dell'idea di stato di natura » Giuseppe DUSO nella pregevole *Introduzione: Patto sociale e forma politica* preposta al volume collettaneo dallo stesso Duso coordinato: *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1987.

cializzazione; il risultato: un palcoscenico storico ridotto a due sole individuazioni forti.

Per lo storico del diritto ci si inoltra sempre più in un nuovo ordine contrassegnato da un individualismo statalistico e da uno statalismo individualistico. Può sembrare un gioco di parole, e qualcuno può anche arricciare il naso credendo di rilevarvi una incoerenza di fondo. È la suprema antinomia che campeggia e domina in questi primi secoli di modernità e che vede riuniti in uno stesso progetto l'irrobustimento congiunto di individuo solitario e di Stato, che vede il prossimo culto del diritto positivo e l'ormai prossimo positivismo giuridico nascere e svilupparsi da premesse giusnaturalistiche. Se si scava appena un pò al di sotto della superficie, l'apparente antinomia diventa coerenza, compatta coerenza almeno nella lucidità e, se si vuole, anche disinvoltura della strategia adottata.

La richiesta del nuovo soggetto privato — sempre più coincidente con un *homo oeconomicus* — è di vedersi tolto di dosso il vecchio e ormai insopportabile tessuto di relazioni religiose economiche sociali, di *status*, di rapporti cetuali; è di vedersi riconosciuta una libertà che non è più relazione ma facoltà e potere; è di poter fare i conti solo con se stesso e con la propria volontà dominativa e appropriativa.

Ci si consenta di attardarci un momento su questa inaugurazione d'una modernità ormai compiuta quale ci appare nei programmi giusnaturalistici sei-settecenteschi, per tornare subito dopo, ma con maggiore consapevolezza, al nostro tema specifico. Parlavamo, un momento fa, di un vistoso risultato della straordinaria operazione che è teoretica ma che pretende di tradursi quanto prima in prassi politica: il palcoscenico storico ridotto a due protagonisti, l'individuo e lo Stato, l'uno e l'altro frutto di uno stesso processo, l'uno e l'altro alleati in una stessa guerra vitale contro le vecchie ideologia e prassi corporative.

La strategia giusnaturalistica li ha liberati delle stratificazioni storico-sociali proiettandoli in una pre-storia dove avevano ritrovato una « naturalità » perduta negli artifici escogitati dalla avveduta strategia clerico-corporativa. La storia, le invenzioni sociali, le invenzioni giuridiche vengono dopo. Individuo e Stato non nascono dal sociale, sono piuttosto contaminati sformati traditi dal sociale.

Il nuovo ordine non potrà non cominciare che da (e fondarsi su) un recupero di originarietà. Ovviamente, una originarietà pensata e costruita allo scrittoio del filosofo, del politologo, del giuspubblicista, come non può non essere l'oggetto di una strategia che è prima di tutto progetto teorico ed in quello reperisce il proprio sostegno durevole; perciò — è appena il caso di dirlo — una originarietà non meno artefatta delle socializzazioni medievali. L'individuo non è più un uomo in carne ed ossa, non è più ricco o povero, sapiente o ignorante, nobile o plebeo, contadino o mercante; è invece un soggetto assoluto, cioè sciolto da relazioni umilianti, cui ripugna in genere il rapporto, che ama identificare la propria essenza nella sua dimensione volitiva e che ama proporsi libero e indipendente da ciascun altro, anche se a ciascun altro uguale.

Nella modellizzazione del moderno che Hobbes farà, la libertà è strettamente legata alla volontà ⁽²²⁾ ed è quindi soprattutto insularità del singolo, mentre l'uguaglianza sarà l'unico canone di misura ⁽²³⁾ capovolgendo i fondamenti della polis antica e della comunità politica medievale che di disuguaglianze si nutrivano e vivevano ⁽²⁴⁾. Un simile individuo unitario ed astratto — per noi giuristi il soggetto di diritto civile protagonista dei futuri Codici, il soggetto che, a differenza di quello medievale, troverà a lui congeniale lo strumento di difesa e di offesa del diritto soggettivo (primo fra tutti il diritto di proprietà) —, un modello di uomo più che un uomo carnale, libero ma insulare, è creatura fragile appena che lo si trasporta fuori dallo scenario prefabbricato della rappresentazione giusnaturalista, dove gli attori sono

⁽²²⁾ *Leviatano* (trad. G. Micheli, Firenze, La Nuova Italia, 1976), cap. XXI, pp. 205-6: « un uomo libero è colui che, in quelle cose che con la sua forza e il suo ingegno è in grado di fare, non viene ostacolato nel fare quanto ha la volontà di fare ». Sulla palingenesi moderna del soggetto sono da leggersi con gran profitto le pagine di Carlo GALLI, *La « macchina della modernità ». Metafisica e contingenza nel moderno pensiero politico*, in *Logiche e crisi della modernità*, a cura di C. Galli, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 83 s.

⁽²³⁾ Vedi i più significativi testi hobbesiani in Alessandro BIRAL, *Per una storia della sovranità*, in *Filosofia politica*, V (1991), un ampio saggio che si raccomanda per acutezza e lucidità di diagnosi (e dove, pertanto, appaiono perdonabilissime alcune lievi disinvolture filologiche).

⁽²⁴⁾ Aristotele non aveva forse insegnato che non si costituisce una polis di elementi uguali? (*Politica*, II, 1261, a, 22-24).

molto simili ai pastorelli incipriati e imparruccati dei dipinti di Watteau.

Il processo di liberazione dell'individuo fisico ne postula un secondo, a livello politico, quale necessario e ineliminabile supporto. Il primo può dirsi effettivamente riuscito soltanto se — grazie al secondo — si giunge al risultato di impedire la riemersione dei sempre possibili rigurgiti corporativi della società. Dallo stato di natura erompe un altro soggetto originario, che non è figlio del sociale, che non è compromesso e condizionato nel sociale, che, anzi, deve esser munito di tutti gli attributi per contenerlo e ridurlo ad obbedienza.

Lo Stato, che è sovrano, che è dotato di forza irresistibile, ha un compito fondamentale: falciare alle radici la mala pianta della vecchia complessità, sopprimere le comunità intermedie, eliminare le disuguaglianze, realizzare l'uguaglianza, restituire al singolo privato e conservargli una sfera di libertà dipendente unicamente dalla sua volontà.

È una necessaria dialettica di contrarii che si afferma: il microcosmo, che voglia garantita la propria privatezza, non può che presupporre un macrocosmo contrassegnato dalla politicità più intensa, e ad esso affidarsi. Il fronte su cui si trovano individuo e Stato è forzatamente il medesimo, perché sia per l'uno che per l'altro è uno solo il nemico da battere. Per lo storico del diritto ci si avvia su un terreno storicamente nuovo dove le dimensioni pubblico-privato tornano a stagliarsi con inconfondibile nettezza di confini e dove comincia a stagliarsi netto anche il primato ovvio del « privato », in un paesaggio giuridico assolutamente semplice dove i protagonisti sono ridotti a due, un soggetto politico che è ormai Stato nella pienezza e specificità del concetto, un privato che ha per natura una sua sfera di libertà. La antinomia teorica si compone e si supera nella comune strategia.

Il processo di produzione del diritto ne è intimamente segnato o — direi — sfigurato: se prima era collegato alla complessità del sociale e svincolato dal potere politico contingente, ora il rapporto è capovolto venendo sottratto alle spire complicate e incontrollabili di una società dalle mille teste e confidato a una volontà unitaria, chiara, certa.

Il sentimento intricato — fatto, insieme, di rispetto e di insof-

ferenza — che è rilevabile in una testimonianza di transizione come quella di Montaigne, diviene, nella voce di Hobbes dal timbro squisitamente moderno, rifiuto e disprezzo per una realtà dominata da forze oscure (oscuere perché irrazionali) eppur così condizionante per scelte puramente razionali. Significativa in lui inglese la condanna dell'istituto del *precedente* — « come barbaramente lo chiamano i legulei », si sfoga con rabbia il filosofo ⁽²⁵⁾ — individuato quale ipoteca pesante del passato su un presente che vuol costruire liberamente se stesso.

Il vecchio sovrapporsi e integrarsi di fonti — leggi, consuetudini, opinioni dottrinali, giudicati, prassi — cede il passo alla fonte unica immedesimata nella volontà del Principe, l'unico personaggio al di sopra delle passioni e delle partigianerie, l'unico capace di leggere il libro della natura e tradurlo in norme, l'unico — aggiungo — che sia in grado — come soggetto forte — di liberarsi con una scrollata del groviglio inestricabile ma spesso anche irrazionale di usi e costumanze.

Al vecchio pluralismo si va sostituendo un rigido monismo: i legami fra diritto e società, fra diritto e fatti economico-sociali emergenti, viene resecato, mentre si opera una sorta di canalizzazione obbligatoria. Il canale scorre ovviamente tra i fatti, ma vi scorre in mezzo a due argini alti e impenetrabili: politicizzazione (in senso stretto) e formalizzazione della dimensione giuridica sono il risultato più impressionante ma anche più corposo.

Il diritto si è ormai contratto nella legge: un sistema di regole autoritarie, di comandi pensati e voluti astratti e inelastici, insindacabili nel loro contenuto giacché non dalla qualità di esso ma dalla qualità del soggetto legislatore traggono la propria autorità. Tra poco, alla strategia dello stato di natura, un'altra assai più impegnativa si sarebbe aggiunta nel clima pre-rivoluzionario e rivoluzionario, e cioè la strategia cosiddetta democratica, ossia la coincidenza fra volontà legislativa e volontà generale. In pieno secolarismo, il risultato paradossale è il perfetto compimento della mistica della legge, così acutamente percepita da Montaigne. Se parecchi altari ecclesiastici saranno accuratamente sconsecrati, altrettanti — e profani — saranno invece eretti e consacrati al culto della legge insieme alla

(25) *Leviatano*, I, XI, p. 99.

teorizzazione di una vera e propria mitologia giuridica (mitologia, perché troppo spesso sorretta da una accettazione sostanzialmente acritica, o, il che è lo stesso, ideologicamente motivata).

Tanto per mantenerci nel laboratorio storico da noi assunto a paradigma, la Francia, siamo ormai alle soglie della codificazione generale, che avrà inizio proprio dalla zona tradizionalmente riservata in guisa gelosissima ai privati, e cioè dai rapporti civili. È stato percorso un lungo tratto — quantitativamente ma soprattutto qualitativamente — del filo continuo che collega l'ordinanza di Montilsles-Tours — prima cospicua presa di coscienza da parte della Monarchia dell'enorme rilievo per il progrediente Stato francese del problema della produzione del diritto —, e il Codice civile napoleonico, il padre e modello di tutti i Codici a venire.

6. Lo storico attento percepisce la continuità di quel filo, ma non può non riscontrare la lentezza con cui il processo si sviluppa, e anche i molti intoppi che lungo il suo svolgersi si frappongono. Non dimentichiamoci mai — io l'ho sottolineato in un mio recente lavoro di sintesi sull'ordine giuridico medievale — che la civiltà spicciatamente liquidata dalla acredine umanistica come *media aetas*, età di mezzo, interludio insignificante o — peggio ancora — negativo fra due età storicamente creative, ha la possibilità di svolgersi per un intero millennio, di mettere radici profondissime, di diventare — grazie anche all'ausilio della Chiesa — costume e mentalità, di forgiare la coscienza collettiva e una cultura appropriata a quella coscienza. Precisamente perché diventata ossatura dell'organismo sociale, i suoi valori non potranno essere frettolosamente cancellati, necessariamente il consolidarsi del nuovo sarà lento ma anche faticoso.

Ce ne offre testimonianza proprio quel Cinquecento francese così fertile e gremito di novità. Un crocevia storico, dove nuove figure prendono forma, nuove sensibilità affiorano e si mescolano col vecchio. Bodin, personaggio fra i più scandagliati negli ultimi decenni, offre allo storico del diritto — cioè a chi può operare una mirata lettura giuridica di pagine scritte da chi una formazione giuridica possedeva — qualche primizia che non mi sembra abbia finora riscosso tutta l'attenzione che invece meritava.

Si tratta di un testo — a mio avviso, di grosso rilievo sul piano

storico-giuridico —, collocato nel capitolo centrale del libro primo della « République » sulla sovranità:

« il y a bien difference entre le droit et la loy; l'un n'emporte rien que l'équité; la loy emporte commandement du souverain usant de sa puissance » (26).

È noto come e quanto nei recenti numerosi scandagli, volta a volta, Bodin si sia visto collocare nel più pieno emisfero moderno o abbia subito analisi che ne esaltavano invece le venature medievali. Il nostro testo è la conferma non suscettibile di dubbio che Bodin è il simbolo fedele del processo di rinnovamento con il suo cammino faticoso e che il secolo sedicesimo è anche, è ancora, nella pur lanciaatissima Francia, un crocevia di presagi e di resistenze.

Questo dice a chiare note la contrapposizione fra *droit* e *loy* che Bodin ci propone. In essa il giurista, l'avvocato immerso in una prassi giuridica per buona parte ancora intrisa di passato, fa sua quella che era stata una delle certezze più profonde del diritto medievale, e cioè che il diritto è realtà ben diversa dalla legge del Principe, che questa non esaurisce affatto la dimensione della giuridicità, la quale — essendo una dimensione ordinativa — non è riducibile in una serie di comandi degli investiti del potere.

Leggere questo nella frase bodiniana non significa lasciarsi irretire da « postulazioni di continuità » quale frutto di « medioevofilia ideologica » (27), ma constatare che il processo di semplificazione e di statalizzazione del diritto è, a fine Cinquecento, in Francia, tutt'altro che concluso e che la realtà giuridica appariva ancora all'avvocato di Laon all'insegna della complessità, una realtà a più strati dove — accanto alla statuizione regia connotata dal suo non essere un certo contenuto ma dal suo essere comando e soltanto comando autoritario — c'era una piattaforma consuetudinaria interpretata da giuristi (maestri e pratici) dove regnava l'equità, cioè una misura di giustizia modellata sui fatti concreti e intrisa di quei fatti e dei loro contenuti.

(26) *Les six livres de la République*, lib. I, cap. VIII *De la souveraineté*.

(27) Come afferma in modo non sufficientemente meditato Tarello, con uno di quei giudizi intemperanti che non erano infrequenti in un pur notevole uomo di cultura (cfr. Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 49, nota 7).

Il processo storico francese è lento, lentissimo e faticoso. Per riprendere la dialettica di cui si fa portatore Bodin, è l'itinerario di un diritto che è sempre più *loy* e sempre meno *droit*, ma in cui il *droit* resiste, anzi palesa una capacità straordinaria di resistenza come ordinamento radicatissimo nella società.

Lo dimostra la storia legislativa francese, il sempre maggior martellare di interventi regii, di *ordonnances*, dalla *ordonnance* di Moulins del 1566, vigoroso tentativo del cancelliere Michel de l'Hôpital di rivendicare al Re quale sua specifica funzione la produzione giuridica ⁽²⁸⁾ al massiccio complesso legislativo colbertiano della fine del Seicento. Con una opportuna precisazione: si incide — anche con Colbert — sul terreno della procedura, del diritto penale, commerciale, marittimo, ma si lascia pressoché intatto il geloso territorio del diritto strettamente civile, un territorio difficile da scalfire e lasciato all'ordinamento tradizionale del « *droit* ». Per avere — in questo campo — un piano abbastanza organico di interventi occorre attendere l'opera del cancelliere d'Aguesseau, ma siamo quasi alle porte della Rivoluzione ⁽²⁹⁾.

E si capisce la disarmata e desolata constatazione, che già in uno dei preamboli rivoluzionari, l'Assemblea dei Notabili del 1787, faceva il ministro Calonne:

« On ne peut faire un pas dans ce vaste royaume sans y trouver des lois différentes, des usages contraires, des privilèges, des exemptions, des affranchissements, des droits et des prétentions de toute espèce » ⁽³⁰⁾.

L'antico regime si porta dietro sino in fondo quel pluralismo giuridico di cui si era intessuto fin nelle midolla e che gli era connaturale. Non aveva torto Portalis, il « legislatore », il protagonista della Codificazione napoleonica ma giurista educato giuridica-

⁽²⁸⁾ V. Diego QUAGLIONI, *I limiti della sovranità - Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992, p. 78.

⁽²⁹⁾ Con interventi sulle donazioni (1731), sui testamenti (1735), sulle sostituzioni (1747) (cfr. i dati offerti da Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 5-6, un libriccino che vuol essere una iniziazione elementare ma che si segnala per chiarezza lucidità intelligenza critica, e di cui non si può che raccomandare la lettura.

⁽³⁰⁾ V. la citazione in J.-M. CARBASSE, *Unité et diversité de l'ancienne France*, in *L'unité des principaux états européens à la veille de la Révolution*, a cura di P. Villard e J.-M. Carbasse, Paris, Univ. R. Descartes, 1992, p. 5.

mente nel clima prerivoluzionario — e quindi uomo di transizione e di spartiacque —, a rilevare nel suo « Discours préliminaire » al progetto di Codice civile dell'anno IX (1801) che una codificazione unitaria sarebbe stata, più che impossibile, impensabile nell'*ancien régime* quando « la France n'était qu'une société de sociétés » ⁽³¹⁾.

Certamente, malgrado le difficoltà e le lentezze, l'esito è il Codice, è la riduzione perfino della augusta « ragion civile » a *Code civil*. Lo Stato pretende d'essere il produttore unico del diritto per controllare interamente una dimensione ritenuta ormai vitale al potere politico e al suo compiuto esercizio. E la vecchia covigenza di fonti molteplici, in un panorama confuso ed incerto ma schiettamente pluralistico, diventa rapporto gerarchico con una assoluta primazia della legge e con una presunzione non smentibile a suo favore d'una perfetta coincidenza con la volontà generale.

È l'età dell'assolutismo giuridico, con un capovolgimento completo nella relazione fra potere politico e ordine giuridico. Ormai, la certezza elementare è che *prima del diritto c'è lo Stato*. Lo spigliato itinerario della modernità politica, grazie alla intensificazione del politico ottenuta con il sùbdolo ma efficace strumento della strategia giusnaturalista, si era risolto, per la storia del diritto, nel chiuso positivismo giuridico di cui, malgrado il trascorrere del tempo, siamo ancora le vittime.

⁽³¹⁾ Citazione in HALPÉRIN, *Le Code Civil*, cit. p. 19.

La dimensione giuridica

PAULO FERREIRA DA CUNHA

LA RESTAURATION PORTUGAISE ET SA THÉORIE CONSTITUTIONNELLE

Nations de l'Europe qui vous croyez des Lumières, venez au Portugal et vous saurez comme dans l'année de 1640 on écrivait sur le droit public [...] (1).

A. LA RESTAURATION PORTUGAISE COMME MOUVEMENT CONSTITUTIONNEL « AVANT LA LETTRE »?
— B. EXAMEN CRITIQUE SUR LA PORTÉE DE LA RESTAURATION PORTUGAISE. — 1. Les faits révolutionnaires ne révèlent pas toujours une pensée révolutionnaire. — 2. La Restauration est un événement constitutionnel, mais elle n'est pas une révolution constitutionnaliste au sens moderne. — C. LA RESTAURATION ET LES SCOLASTIQUES. — 1. Thomas d'Aquin, peut-il nous aider à comprendre la Restauration portugaise? — 2. L'idéologie de la Restauration et la pensée de Thomas d'Aquin. — 3. Les apports de la seconde scolastique. — 4. Originalité et influence dans la Restauration. Le « mythe thomiste » et le « mythe médiéval » dans la théorisation ultérieure de la Restauration. — D. L'ANCIEN ET LE NOUVEAU DANS LA RESTAURATION PORTUGAISE ET DANS LE CONSTITUTIONNALISME. — 1. Les diverses historiographies et les références historiques. Quelques questions épistémologiques et leurs conséquences pour l'étude du constitutionnalisme moderne. — 2. L'argumentation doctrinale de la Restauration portugaise n'est pas nouvelle et elle n'est pas constitutionnaliste (au sens moderne). D'ailleurs, le constitutionnalisme même n'est qu'une version moderne et mythique de vieilles aspirations et une autre façon de protéger (ou de donner l'illusion de protéger) des droits et des sécurités plus anciens. Un apport d'une historiographie peu connue. — 3. A la recherche du sens des formes de protection juridique, constitutionnalistes et autres. — 4. Constitutionnalisme, Lumières religieuses culturelle et laïcisation. Une note. — 5. La Restauration portugaise par rapport aux révolutions constitutionnalistes classiques. Une interprétation.

A. LA RESTAURATION PORTUGAISE COMME MOUVEMENT CONSTITUTIONNEL
« AVANT LA LETTRE »?

Après une union de soixante ans avec l'Espagne, les Portugais, fatigués d'un gouvernement qui leur était nuisible, ont repris leur indépendance au matin du 1.er décembre 1640. Le duc de Bragance

(1) Mots des révolutionnaires de 1820 sur la Restauration, cités par Paulo Merêa, *O Poder Real e as cortes*, Coimbra, s.d. [1924-1925 ?], p. 63.

(descendant lointain d'un bâtard de D. Jean I et de la fille du héros de la guerre contre Castille au XVI. e siècle, Nun'Alvares) est choisi comme roi. C'est la Restauration portugaise, qui entraîne plusieurs questions susceptibles d'éclairer les sources les plus anciennes du constitutionnalisme moderne au Portugal.

Il y a dans la Restauration portugaise un aspect constitutionnel qui mérite une réflexion plus soignée. Soulignons-le tout de suite: c'est que le duc de Bragance devenu roi, n'est pas un roi comme les autres. Il est un roi issu d'une révolution. Noble, certes, mais une figure suffisamment subversive aux yeux d'un ordre monarchique « légitimiste », si l'on peut dire. L'hésitation de Charles I, les difficultés diplomatiques de sa reconnaissance en tant que roi (par exemple, auprès du Saint-Siège ⁽²⁾) ne semblent pas, ainsi envisagées, si surprenantes.

En vérité, l'accession au trône de Jean IV est le premier épisode révolutionnaire d'un certain retentissement. La déposition d'un roi légitime, bien qu'étranger — Philippe III du Portugal, Philippe IV, en Espagne — était le premier pas vers la désacralisation de la figure du monarque, et même l'anéantissement de la monarchie. Le deuxième pas sera la décapitation du roi légitime et national. Or, c'est ce qui arrivera au même Charles I d'Angleterre, anticipant en quelque sorte la chute de Louis XVI, en France ⁽³⁾.

L'acclamation de D. Jean IV est, alors, le premier scandale historique, le premier coup de hache du XVIII. e siècle sur l'ancien ordre constitutionnel

Les révolutions anglaises, américaine et française — suivant cet ordre chronologique — se disputent entre elles les racines du constitutionnalisme moderne. Il est vrai que chacune d'entre elles a eu un effet symbolique mythique et une répercussion internationale

⁽²⁾ Il sera curieux de souligner que le patronage spirituel du Portugal a changé: de l'archange Michel pour Notre Dame de la Conception, à laquelle la couronne portugaise a été donnée symboliquement. Cf., *v.g.*, Rainer DAEHNHARD, *apud* Victor Mendanha, *Diálogos Filosóficos e Alquímicos*, Lisbonne, Pergaminho, 1996, p. 44.

⁽³⁾ Et Voltaire considère comme barbares les coutumes des Anglais, un peuple capable de tuer même son roi! Ironie tragique. En tout cas, le jugement final de Voltaire sur les Anglais, du moins dans sa portée mythique (même du point de vu des voltairiens) sera très positif. Cf., *v.g.*, le roman épistolaire (qui connaît une fortune méritée) de Fernando SAVATER, *El jardín de las dudas*, Planeta, 1993.

que la rébellion portugaise n'a sûrement pas acquise. Toutefois, le premier événement qui, à l'époque moderne, fait ébranler les concepts politiques en vigueur est l'accession au trône d'un roi qui n'a pas été jamais prince, à qui le ceptre est offert par un poignée de conjurés, au nom du peuple, qui l'acclame, enthousiasmé, après la victoire.

On peut presque dire que, au Portugal, la pré-histoire du constitutionnalisme moderne est contemporaine de la reconstitution du pays — laquelle est pour quelques-uns une nouvelle fondation. Pour ceux surtout qui choisissent comme des constantes de cette nouvelle histoire nationale la décadence, la soumission à l'étranger, la xénophilie de la classe dominante... et le constitutionnalisme.

Ces facteurs-ci ont tous une explication bien simple: un pays désarticulé pendant soixante ans (à la suite d'une épouvantable défaite militaire où — avaient été investis tous les capitaux humains, moraux et financiers du pays), un pays qui ne croyait plus à l'aventure, et ne rêvait qu'au retour d'un roi perdu et mort, avait nécessairement besoin de reconstruire son identité avec les ennemis de son ennemi. Il ne possédait pas en lui des forces suffisantes pour lutter seul. Ce sera pour cela que la politique nationale deviendra un va-et-vient d'alliances avec grecs et troyens contre les espagnols. Avec les français et même avec les hollandais, premièrement. Mais l'histoire se compliquera après. Lorsque que la France de Napoléon décide d'attaquer l'Angleterre utilisant le Portugal comme un piéton et l'Espagne comme son procureur, la politique portugaise se soumet à une exclusive tutelle anglaise. Après, le roi portugais réfugié au Brésil, et y demeurant, les anglais ont eu le temps de faire reculer les troupes françaises et de contrôler le gouvernement de la métropole. Nous nous retournerons alors vers les français, faisant une révolution nationale avec les idées françaises. Après, ce sera la guerre civile entre libéraux et absolutistes, arbitrée par le pouvoir français ou anglais. Les anglais ayant même enlevé le roi portugais, D. Jean VI, qui finira ses jours empoisonné, selon quelques-uns.

Ces brefs épisodes sont certainement suffisants pour nous faire soupçonner l'imbrication évidente entre Restauration, influence étrangère et constitutionnalisme. Pour garantir une indépendance politique (parfois très artificielle) par rapport au drapeau espagnol, on a demandé des alliances, on a accepté de lourdes impositions, on

a importé des solutions, on a succombé aux attraits de la formule politique et juridique à la mode — le constitutionnalisme. Le Portugal pourrait avoir été la première république des vieilles monarchies si D. Jean IV n'avait pris, finalement, la décision de *ceindre la couronne*... Tout cela aura, naturellement, des conséquences.

Enfin, si le nouveau Portugal n'est plus le vieux pays des héros et des navigateurs, s'il n'est plus le même pays, on pourra dire que le mythe, l'illusion d'un nouveau Portugal a appelé cet autre mythe, le constitutionnalisme. Et le Portugal demeure une légende ou un récit épique — le mythe constitutionnel vient l'aider à redécouvrir un passé paradisiaque et lui promet l'illusion d'une nouvelle grandeur. Enfin, le Portugal mythique de D. Jean IV (qui à l'époque a été plusieurs fois identifié avec le roi Sébastien revenu), est déjà le mythe du pays qui réclame la constitution... et son mythe. Le mythe est un abîme profond de l'âme humaine. *Mythos Mythum invocat*.

B. EXAMEN CRITIQUE SUR LA PORTÉE DE LA RESTAURATION PORTUGAISE

1. *Les faits révolutionnaires ne révèlent pas toujours une pensée révolutionnaire.*

Comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, l'apparence extérieure de la Restauration portugaise pourrait nous faire conclure à l'existence d'un constitutionnalisme portugais, disons avant-la-lettre. L'expulsion des espagnols et du roi espagnol, légitime par titre (de succession), l'assassinat du secrétaire, Miguel de Vasconcellos, significativement jeté par la veranda du Palais du gouvernement aux caprices de la haine populaire, la guerre péninsulaire subséquente... — ces événements et beaucoup d'autres nous donnent la dimension, la température d'un climat plus chaud, plus hétérodoxe, plus « révolutionnaire ». On pourrait dire, ainsi, que les succès de la restauration portugaise se rapprocheraient de plus en plus de la rupture, de la violence et de la « fête » ⁽⁴⁾ des autres révolutions

⁽⁴⁾ V.g. Mona OZOUF, *La fête révolutionnaire, 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1980; Idem, « A festa: sob a Revolução Francesa », in Jacques Le GOFF/PIERRE NORA, *Fazer História*, trad. port., Lisbonne, Bertrand, 1987, III vol., p. 277 et suiv..

traditionnellement considérées comme pionnières du constitutionnalisme moderne — l'anglaise, l'américaine et la française, la révolution « par excellence ».

Il est vrai qu'on assiste à des faits inusités. Il est vrai que les principes de révérence, d'obéissance, de résignation envers le pouvoir sont mis en question. Il est vrai que l'ordre lui-même est bouleversé. Que le duc devient roi et que le roi devient étranger ⁽⁵⁾, et ennemi. Tout cela ce ne sont que de simples faits, mais qui portent naturellement avec eux des fins et des principes conducteurs. Il y a des raisons idéologiques et philosophiques qui commandent ces faits. Et si nous nous arrêtons un peu, réfléchissant sur les idées directrices de ces faits, nous aboutirons à des conclusions substantiellement plus modérés quant à la portée révolutionnaire et constitutionnelle de la Restauration. On doit ainsi s'attarder un petit peu sur la théorie ou sur la philosophie constitutionnelle de la Restauration, en la comparant avec deux autres sortes de positions théoriques sur l'organisation juridique de la chose politique — le constitutionnalisme moderne proprement dit, et la pensée constitutionnelle de la période précédente, notamment ses racines médiévales, contemporaines ou même antérieures à la fondation de la nationalité portugaise.

2. *La Restauration est un événement constitutionnel, mais elle n'est pas une révolution constitutionnaliste au sens moderne.*

La philosophie constitutionnelle de la Restauration, apparemment révolutionnaire, est en vérité légitimiste et traditionaliste.

⁽⁵⁾ On dirait que dans une fiction semblable à celle des deux corps, les Philippines pourraient éventuellement être considérés aussi comme portugais, en tant que rois du Portugal. Ils avaient des titres différents dans les deux pays, etc. Le roi portugais serait toujours portugais. Cf. António M. HESPANHA, « De como a Casa da Moeda vingou Olivares e outras estórias », in *O Independente*, n°. 175, 20 de Sept. 1991, III, p. 10, Ernst KANTOROWITZ, *Les deux corps du roi* (trad. fr. de *The King's two bodies. A study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1957), Paris, Gallimard, 1989. Bien sûr, Philippe II d'Espagne n'a pas réussi à convaincre tout le monde. Le représentant populaire aux Cortès, Febo Moniz, à plaidé pour un roi portugais. Et il avait les prétendants, D. Antoine et D. Catarina. Le premier s'est battu pour le trône par les armes et par la diplomatie.

Elle cherche, en effet, à prouver la légitimité (selon les critères traditionnels) et le caractère non révolutionnaire (niant la rupture) de la déposition de Philippe IV d'Espagne (en tant que Philippe III du Portugal) et l'acclamation de Jean IV du Portugal.

Dans cette perspective, les théoriciens portugais ⁽⁶⁾ vont utiliser dans leur argumentation, deux vecteurs convergents:

D'un coté, ils usent de l'argument successoral, en invoquant les règles pures de l'« héritage » au trône portugais, à travers une rhétorique complexe et très technique, qui s'escrime sur des branches et sur des droits de représentation. Ils cherchent l'interprétation des faits (la tradition successorale royale) et le droit ⁽⁷⁾, notamment en donnant valeur juridique de lois fondamentales aux testaments des anciens rois et au legs des Cortès antérieures.

D'un autre coté, ils élaboreront une machine de guerre doctrinale, avec une rigoureuse et claire filiation scolastique médiévale, renouvelée par l'apport, très vivant, de la scolastique hispanique. Et c'est ainsi que St. Thomas et les jusnaturalistes de la Réforme Catholique seront abondamment cités comme avocats de la cause portugaise.

Soulignons la complémentarité de ces deux ailes pour les vols théoriques de la Restauration. Si l'argumentation successorale remplace, en premier plan, l'ancien problème de la légitimité de Philippe II d'Espagne (question qui, en son temps, a occupé aussi quelques juristes français ⁽⁸⁾, en niant cette argumentation, et en

⁽⁶⁾ On peut dire que, à cette époque là, tout intellectuel lusitanien semble avoir donné sa contribution à la polémique anti-espagnole et restaurationniste, dans une singulière épreuve d'unité nationale, et d'une unanimité unique dans notre histoire). Dans le même sens, Luis Reis TORRALBA, *Ideologia Política e Teoria de Estado na Restauração*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade, 1982, II, p. 3. Cf., pour la production intellectuelle de la période, en général, Diogo Ramada CURTO, *O Discurso Político em Portugal (1600-1650)*, Lisbonne, Projecto Universidade Aberta, 1988, spéc. pp. 133 et suiv.

⁽⁷⁾ Ils se basent sur le droit factuel, le droit en vigueur, ou sur le droit mythique, le pseudo-droit, dans le cas curieux des Actes des Cortès de Lamego, factuellement inexistants, mais souvent invoqués.

⁽⁸⁾ Parmi les noms des juristes français qui se sont intéressés à la question, figure même CUJAS, *De controversia Regni Portugalliae*. Jac. Cujacii, Bibliothèque Nationale de Paris, col. Dupui, 96, f° 299, 300 v°., transcrit in Joaquim Veríssimo SERRÃO, *Os juristas de França e a Crise Dinástica Portuguesa de 1580*, Coimbra, 1958, pp. 18 et suiv.; v. aussi Soares MARTINEZ, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 184.

faisant échouer ainsi toutes les successions ultérieures (une fois que l'hypothèse de prescription acquisitive du royaume, due à l'occupation pendant 60 années, est aussi rejetée), si cela est vrai, la théorie doctrinale ne s'occupe pas du problème de la légitimité du titre. En effet, pour elle, l'illégitimité due au mauvais exercice du pouvoir est suffisante. Et ceci dans la plus parfaite et orthodoxe ligne théorique médiévale (présente déjà dans la péninsule ibérique en St. Isidore de Seville, et renouvelé par plusieurs auteurs), celle qui se peut synthétiser dans le brocard *rex eris recta facies, si non facies non eris* ⁽⁹⁾.

C. LA RESTAURATION ET LES SCOLASTIQUES

1. *Thomas d'Aquin peut-il nous aider à comprendre la Restauration portugaise?*

St. Thomas d'Aquin ⁽¹⁰⁾ est un important inspirateur de toute la philosophie politique des royaumes ibériques pendant le Moyen Âge, et même après ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Il ya une version semblable dans le *Codex Wisigotorum, Primus Titulus*: « rex eris si recte faceris... ». [Henrique da Gama BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, 2.me éd., Lisbonne, Sá da Costa, t. I, 1945, p. 159 et note 2, cite le quatrième Concile de Tolède, *apud Codex Wisigotorum, primus titulus, I: rex ejus eris si recta facis, si autem non facis non eris*] Mais c'était l'idée du temps (un temps long, d'ailleurs). *Regnum non est propter rex sed rex propter regnum* — telle est la conclusion du *De Regimine principum*, attribuée couramment à Ptolémée de Lucques. Si l'on élargit le sens de Justice (comme était le cas au Moyen-âge pré-thomiste) on pourra aussi invoquer le précédent de III Rois, 10:9: « [...] constitue te Regem ut faceres judicium et justitiam. » Le roi est constitué pour juger et pour faire la Justice. On peut déduire *a contrario*... En effet, le « Romanceiro » populaire dit: « Le roi qui ne fait pas justice ne doit pas régner » (« rei que não faz justiça não deve reinar »). Cf. Marcello CAETANO, *História do Direito Português* [1140-1495], 2.ème éd., Lisbonne, Verbo, 1985, p. 207.

⁽¹⁰⁾ Ou Aristote lu à la lumière de St. Thomas. Cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*, Lisbonne, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1990, pp. 34-36.

⁽¹¹⁾ Cf. M.A. Ferreira DEUSDADO, *A Filosofia Tomista em Portugal*, traduit, préfacé, anoté et actualisé par Pinharanda Gomes, Porto, Lello e Irmão - Editores, 1978. Les philosophes portugais Pierre d'Espagne (le Pape portugais Jean XXI, auteur de divers livres de logique dont *Summulae Logicales, Parva Logicalia, In logicam reparationes*

La réflexion politique du docteur angélique en a suscité d'autres, du genre *speculum principis*. Au Portugal, par exemple Alvaro Pais — qui n'était pas même né chez nous, semble-t-il —, évêque de la ville portugaise de Silves, a écrit le célèbre *Speculum Regum* (12). Marcello Caetano présente les deux faits un peu comme *si post hoc, ergo propter hoc* (13).

Mais si l'Angélique a été important pendant le Moyen-Âge portugais, est-ce que la pensée de St. Thomas peut nous aider à comprendre la *forma mentis* des théoriciens de 1640?

Petri Hispani, etc.) et le roi D. Duarte (auteur du livre d'essais *O Leal Conselheiro*) étaient nettement thomistes. Cf. encore Lopes PRAÇA, *História da Filosofia em Portugal*, 3.ème édit. revue par Pinharanda Gomes, Lisbonne, Guimarães Editores, 1988 (1ère en 1868), p. 85 et suiv.; Manuel Dias DUARTE, *História da Filosofia em Portugal nas suas conexões políticas e sociais*, Lisbonne, Livros Horizonte, 1987 (*a silentio*); Pinharanda GOMES, *Dicionário de Filosofia Portuguesa*, Lisbonne, Publicações Dom Quixote, 1987, article « Tomismo », p. 233. C'est ce dernier qui nous semble donner une vision plus nette de la place du thomisme dans la philosophie portugaise: « D'une manière générale, le thomisme portugais présente trois aspects: le thomisme créateur de la scolastique [...], le thomisme idéologique [...] et le thomisme structural. Par ce dernier nous comprenons cet ordre propre et constant de la pensée portugaise qui, malgré ses faiblesses éventuelles, se formule dans le canon réaliste de la logique formelle en philosophie, et dans la règle de foi en théologie, dans l'harmonisation de la foi et de la raison. [...] dans la structure existentielle de notre pensée, il y a été possible de concilier platonisme et aristotelisme, scotisme et thomisme, réalisme et idéalisme, même dans une tension permanente, à la lumière de la même vérité qui est comme elle est. » (Texte portugais: « De um modo geral, o tomismo português apresenta três aspectos: o tomismo criativo da escolástica [...] o tomismo ideológico [...] e o tomismo estrutural. Entendemos, por este último, aquela ordem própria e constante do pensamento português que, mau grado debilidades eventuais, se formula no cânone realista da lógica formal em filosofia e do cânone pístico em teologia, harmonizando fé e razão [...] na estrutura existencial do nosso pensamento tem sido possível conciliar platonismo e aristotelismo, escotismo e tomismo, realismo e idealismo, mesmo em permanente tensão, à luz da mesma verdade, que é como é. »).

(12) Álvaro PAIS, *Espelho dos Reis*, trad. port.. de l'original latin, Lisbonne, Centro de Estudos de Psicologia e de História da Filosofia, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 1955. Cf. João Morais BARBOSA, « A Teoria Política de Álvaro Pais no *Speculum Regum* », in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º. 211, Déc. 1971, p. 5-167; n. 212, Janv. 1972, pp. 5-141; n.213. Fév. 1972, p. 5-112; *Idem* (introd. et sélect.), *Álvaro Pais*, Lisbonne, Verbo, 1992.

(13) Marcello CAETANO, *História do Direito*, cité, p. 295, 296. Cependant, Álvaro Pais était franciscain, et il avait étudié avec Duns Scott. Manuel Dias DUARTE, *História da Filosofia em Portugal...*, cité, p. 27, le considère comme un mystique, anti-aristotélicien.

Souvenons-nous de quelques topiques très succints. St. Thomas ⁽¹⁴⁾, lui aussi, admet plusieurs formes de gouvernement, suivant la leçon d'Aristote ⁽¹⁵⁾. Bien qu'il considère que, dans sa corruption, le gouvernement monarchique peut devenir le pire de tous, la tyrannie ⁽¹⁶⁾, il pense cependant que, dans son état normal, il est le meilleur, à cause de l'unité du pouvoir ⁽¹⁷⁾. Et il croit que de plus grands dangers, adviennent du gouvernement de plusieurs que du gouvernement d'un seul ⁽¹⁸⁾. Il y a ainsi deux périls: qu'on craigne la royauté par peur de la tyrannie; et aussi que celle-là devienne effectivement tyrannique ⁽¹⁹⁾. Toutefois, le sens réaliste et pratique de l'Angélique lui fait défendre, comme plus adéquat, le gouvernement mixte, dans lequel les principes et les vertus de la monarchie, de l'aristocratie et de la démocratie se combinent harmonieusement: une coexistence de vertu, richesse et de liberté comme principes de gouvernement ⁽²⁰⁾.

Le pouvoir du roi est ainsi « absolu » ⁽²¹⁾, mais dans le sens

⁽¹⁴⁾ On ne discutera pas l'appartenance de quelques ouvrages ou passages disputés, notamment le *De Regimine Principum* (la dernière partie serait, comme l'on sait, de Ptolomé de Lucques). Ce n'est pas important pour notre propos. Une seule question doit être rappelée: le début du *De Regno* est monarchique et la suite défend un régime mixte. (Contre l'authenticité, outre les classiques Théophile de Cremona, Mandonnet, etc., cf. Michel VILLEY, « Thomas d'Aquin, 1225-1274. *Somme Théologique*, 12666-1273 » in F. CHATELET/O. DUHAMEL/E. PISIER, *Dictionnaire des œuvres politiques*, Paris, P.U.F., 1986, 1.ère édit., p. 813-814.

⁽¹⁵⁾ Thomas d'AQUIN, *In VII liber Politicorum*, lect. 6, § 3; Id. *Summa Theologiae* IIa IIae, qu. 50, art. 1, ad. 2.

⁽¹⁶⁾ Thomas d'AQUIN, *De Regimine Principum*, I, 6.

⁽¹⁷⁾ Thomas d'AQUIN, *Summa Theologiae*, I, qu. 103, art. 3, ad Resp.; Ia IIae, qu. 96, art. 4; IIa IIae, qu. 50, art. 1, ad. 2; Ia IIae, qu. 105, sol.; In., *Summa Contra Gentiles*, IV, 76. Cf., cependant, le scepticisme d'Alfredo PIMENTA sur la possibilité d'accord sur une politique de St. Thomas (citée et critiquée respectueusement par João AMEAL, *São Tomaz de Aquino*, 2.ème édition, revue et augmentée, Porto, Livraria Tavares Martins, 1941, p. 369, note 1 de l'antérieure). Pour résoudre les contradictions, il est vrai que l'on gagne beaucoup à considérer comme apocryphe le *De Regimine Principum*, d'ailleurs contradictoire en lui-même.

⁽¹⁸⁾ Thomas d'AQUIN, *De Regimine Principum*, I, 5.

⁽¹⁹⁾ Thomas d'AQUIN, *De Regimine Principum*, I, 4.

⁽²⁰⁾ Thomas d'AQUIN, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, qu. 105, art.1, ad Resp..

⁽²¹⁾ Thomas d'AQUIN, *in I lib. Politicorum*, lect. 1 § 3; lect. 10 § 3, et surtout *In III lib. Politicorum*, lect. 15, § 1. Et aussi: il n'y a pas le devoir d'obéissance envers le

souple. Car le roi doit être *superexcellens in virtute* (22). Et la monarchie sera participée. Le modèle de St. Thomas est biblique: c'est le gouvernement de Moïse et des soixante douze anciens élus par le peuple (23) (exemple de régime mixte, d'ailleurs).

Le récit que nous venons de faire n'est pas simple. Les notes de bas de page le nuancent beaucoup. Il semble y avoir beaucoup d'images politiques de St. Thomas (comme, d'ailleurs, il y aura effectivement au long des siècles des disciples, des thomistes absolument adversaires) (24). Un monarchiste, ou un défenseur du régime mixte, à la limite un démocrate? Un théoricien de l'absolutisme, du despotisme éclairé? Un constitutionnaliste, ou un défenseur des droits de l'homme?... Ce n'est pas du tout la même chose (25).

prince injuste: Id., *Summa Theologiae*, IIa-IIae, qu. 104, art.5 et 6, ad 3. Possibilité de sédition contre les tyrans: *Ibid.*, IIa IIae, qu. 42, art. 2, 3 et ad 3.

(22) Thomas d'AQUIN, *In III lib. Politicorum*, lect. 16, § 4 (déclaration par la positive — le roi est excellent); Thomas d'AQUIN, *In VIII lib. Ethicorum*, lect. 10, § 2 (déclaration par la négative — le roi qui n'est pas excellent ne peut pas être vraiment dit roi).

(23) Thomas d'AQUIN, *Summa Theologiae*, Ia-IIae, qu. 105, art.I, ad Resp.

(24) Sur les thomistes et le thomisme, cf. Michel VILLEY, *Thomas d'Aquin...*, cité, spéc. pp. 816-817; id., *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 6 et 265; et aussi Idem, « De la laïcité du droit selon Saint Thomas », in *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, nouvelle édit., Paris, Dalloz, 1962, p. 203 et suiv.; Id, *Précis de Philosophie du Droit*, I, 3.ème édit, Paris, Dalloz, 1982, p. 117 et suiv.; Id, *Questions de St. Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Paris, P.U.F., 1987, p. 74 et suiv., et *passim*. Sur la position de Villey, notre « Direito e Universidade. Do pensamento jur'dico-pedagógico em Michel Villey », in *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. XXVI, Navarra, (1992-sorti 1990), p. 105 et suiv. Reproduit dans *Pensar o Direito*, I, Coimbra, Almedina, 1990, p. 107 et suiv.

(25) Il y a des auteurs qui essaient une syntèse et une compatibilité de positions, par l'approche des contraires. João AMEAL, *São Tomaz de Aquino*, cité, *passim*, souligne l'aspect monarchique; par exemple, le classique Etienne GILSON, *Le Thomisme. Introduction à la philosophie de saint Thomas d'Aquin*, 6.ème édition revue, 5.ème tirage, Paris. Librairie Philosophique J. Vrin, 1986, p. 400 et suiv., nous semble souligner le meilleur gouvernement selon St. Thomas commé étant une monarchie avec régime mixte. Donc, l'élément « régime mixte » se renforce. En tout cas, ces efforts de synthèse sont importants car, renforçant l'un ou l'autre aspect, ils nous mènent à la considération de la pensée politique du Docteur Commun comme dominée par deux topiques: la monarchie et le gouvernement mixte. Et même la monarchie est toujours souple, rien de semblable à l'absolutisme dit de droit divin qui a été mythifié après comme fausse théorie

2. *L'idéologie de la Restauration et la pensée de Thomas d'Aquin.*

Toutefois, cette apparente indécision ou contradiction chez l'Aquinat le lie aussi aux positions des théoriciens de la Restauration portugaise.

Ils ne sont pas dogmatiques quant au régime. Si Jean, duc de Bragance, accepte d'être roi, très bien. Sinon, ils pensent à son frère, et même à la république. Et si quelques auteurs sont plus monarchistes, d'autres annoncent Montesquieu et la théorie des climats, en faisant dériver l'organisation politique de ces données géophysiques (26).

Une fois qu'ils se décident pour la royauté, ils sont très nets quant aux obligations du prince, et à la possibilité de tyrannicide (et, mieux, de déposition du tyran) (27). Cela sans aucune limitation de la liberté du monarque (28), souverain à l'intérieur et à l'extérieur,

medievale et fausse doctrine thomiste du pouvoir. En effet, dit GILSON, *Le Thomisme*, cité, p. 403-404. « On voit par là combien la monarchie de saint Thomas diffère de ce que l'on a depuis désigné par ce nom. D'abord ce n'est pas une monarchie absolue et Saint Thomas a même expressément réfuté la thèse qui voudrait que le roi fût monarque absolu de droit divin [...]. Bien loin d'établir de droit divin la monarchie absolue, Dieu annonçait plutôt l'usurpation des rois, qui s'arrogent un droit inique, parce qu'ils dégénèrent en tyrans et pillent leurs sujets » (*Sum. Theo.*, Ia IIae, 105, 1, ad 2m et ad 3 m) ». Ce passage nous montre clairement le mythe-idée force du roi-tyran, présent chez St. Thomas et rappelé dans notre Restauration.

(26) Cesar de MENESES, *Suma Política*, II, 1; Carvalho de PARADA, *Arte de Reinar*, Liv. I, disc. I, fl. 3.

(27) Francisco Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação do Sereníssimo Rey de Portugal Dom João o IV*. [La couverture dit aussi: Tratado analytico diuidido em três partes. Ordenado, e divulgado em nome do mesmo Reyno, em justificação de sua acção. Dirigido ao Summo Pontifice da Igreja Catholica, Reys, Príncipes, Respublicas, e Senhores soberanos da Christandade. Composto pello Doutor..., Portuguez, Cathedrático jubilado em Canones na Universidade de Coimbra, Arcediago de Villanova de Cerveira, na Igreja Primacial de Braga. A custa dos tres Estados do Reyno. Em Lisboa. Na Officina de Lourenço de Anveres, Anno 1644], p. 40: [...] s'il est licite au royaume et au peuple de tuer le roi tyran [...] il est encore plus juste et licite au royaume et la république de pouvoir, d'un commun accord et volonté, se délivrer de la domination d'un roi qui fût tyran [...]. (Texte portugais: « [...] se he licito ao Reyno, e pouo, matar ao Rei tyrano [...] Muito mais certo e lícito será poder o Reyno, e República, por comum plácito, e consentimento, eximir-se do domínio do Rei, que for tirano [...] ».

(28) Freitas AFRICANO, *Primores Politicos*, VII, fls. 2627, justifie aussi la monarchie par le mythe de l'unité, condition de la liberté. Le roi avait déjà été considéré comme

comme le voulait déjà Jean Bodin ⁽²⁹⁾. Les théoriciens de la restauration n'acceptent même pas que ce soit au Pape, et à lui seul, à avoir le droit de déposer les tyrans ⁽³⁰⁾. Cela appartient au peuple. Le Pape pourrait le faire, au cas où la démarche populaire n'aurait pas eu de succès ⁽³¹⁾.

La pensée de St. Thomas (même avec ses nuances ⁽³²⁾) est récupérée dans l'ouvrage qui constitue le récit mythique, fondateur de la communauté, la *Justa Aclamação* ⁽³³⁾. Certes, l'auteur

souverain par l'auteur (fl. 4), indépendant et sans supérieur. Mais il avait dit aussi (fl.5): « [...] On ne dit pas Roi en Portugal, mais Roi du Portugal, parce que le roi a été élu, et subordonné au Royaume, et pas le Royaume au Roi ». (Texte portugais: « Não se diz de Portugal Rei, senão Rei de Portugal, porque o Rei foi eleito, e subordinado para o Reino, e não o Reino para o Rei », *apud* TORGAL, cité, II, cité pp. 37-39.

⁽²⁹⁾ Jean BODIN, *Les six livres de la république*.

⁽³⁰⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, I Partie, titre de cette partie: « Que le royaume de Portugal a le pouvoir légitime pour acclamer roi, qui a droit de l'être, et pou priver [de le royauté] celui qui ne l'a pas, et soit intrus, sans être nécessaire aucune autorité ou sentence du Souverain Pontife, ni d'aucune autre personne ». Texte portugais: « Que o Reyno de Portugal tem legítimo poder para acclamar Rey, a quem tiuer legítimo direito para o ser; e priuar o que o não tiuer, e for intruzo; sem ser necessária autoridade, ou sentença do Summo Pontífice, nem de outra pessoa algua ».

⁽³¹⁾ On est face à un nouvel élément d'union avec la pensée de St. Thomas qui, vrai fondateur de la science politique et du droit, est essentiellement laïque (*boc sensu*), et cherche à séparer les tributs de César de ceux de Dieu. Michel VILLEY, « Thomas d'Aquin... », p. 814; Id., *Précis de Philosophie du Droit, I. Définitions et fins du Droit*, 3.ème édit., Paris, Dalloz, 1982, p. 117 et suiv., et notre « El Derecho y la Razón en Sto. Tomás de Aquino. Para una relectura jusfilosófica ». Communication au Congrès de Philosophie Médiévale, 1990, Zaragoza, Sociedad de Filosofia Medieval, 1992. Une autre version: « Contributo epistemológico-jurídico de S. Tomás de Aquino (Límites da Razão e Limites do Direito) », in *Pensar o Direito*, II, Coimbra, Almedina, 1991, p. 389 et suiv.

⁽³²⁾ Même du point de vue expositif. Il est vrai que le texte de Gouveia est très lourd, et beaucoup plus dogmatique que dialectique. Cependant, on dirait qu'il est le fruit tardif d'une tradition thomiste. Les opinions des autorités dialoguent et sont vivantes dans la *Somme*. Ici c'est l'affirmation des thèses, dans les titres comme dans quelques chapitres de *De Regimine Principum* (à propos: GOUVEIA met en doute la paternité de cet ouvrage — v. Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 27; serait-ce à cause de ses éléments excessivement monarchistes?). Ce n'est pas si « thomistique » (*boc sensu*). Mais la dialectique n'est pas absente. Gouveia expose aussi des arguments « *sed contra* » et fait son « *respondeo* ». Quelquefois la structure des chapitres, qui commence par une thèse, se transforme presque dans une « *quaestio* » par sa structure.

⁽³³⁾ Le livre qui sera excommunié comme mythe, comme mensonge par le

n'épargne pas les citations. Il cite tout. Le texte est même, en quelque sorte, une somme de citations. En cela, on reconnaît l'influence de Francisco Suarez et de son école: qui aura, d'ailleurs, une magnifique fortune, surtout dans le Nord de l'Europe...⁽³⁴⁾

Nous connaissons déjà la première thèse, qui vaut pour toute la première partie: le royaume a le pouvoir, par soi-même, d'acclamer et de renvoyer le roi. Les paragraphes de cette partie constituent des thèses de justification de cette idée-là:

« § I. [...] le pouvoir royal des rois est dans les peuples et dans les républiques, ils l'ont immédiatement reçu de celles-ci. »⁽³⁵⁾

« § II. [...] même si les peuples ont transmis le pouvoir aux rois, il leur resta habituellement, et ils peuvent le réassumer, quand il leur est nécessaire pour leur conservation. »⁽³⁶⁾

« § III [...] les royaumes et les peuples peuvent renvoyer les rois intrus et tyrans, leur déniaient l'obéissance, et en se soumettant à qui aura le légitime droit de régner sur eux. »⁽³⁷⁾

« § IV [...] les royaumes, même catholiques, ne dépendent normalement pas du Souverain Pontife, sauf en certains cas, pour pouvoir renvoyer les rois tyrans et intrus et pour acclamer ceux qui furent légitimes. »⁽³⁸⁾

despote Pombal. Remarquons comme les fonctions des mythes se peuvent opposer. En tant que récit fondateur, la *Justa Aclamação* est positive pour les restaurateurs. En tant que discours de légitimation (les récits fondateurs le son toujours), elle va contre les intérêts de Pombal. Le texte pourrait, même, devenir un drapeau de lutte pour les libertés. Alors Pombal le condamne, comme mythe, comme mensonge.

⁽³⁴⁾ Cf. sur des aspects de la méthode de Suarez et de la seconde scolastique, Michel VILLEY, *La formation de la Pensée juridique moderne. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, nouvelle édition corrigée, Paris, Montchrestien, 1975, 1375, p. 368 et suiv., máx. 374-375. Sur SUAREZ au Portugal, v.g., Paulo Durão ALVES, S.J., *A Filosofia Política de Suárez*, Porto, Tavares Martins, 1949.

⁽³⁵⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 20. Texte portugais: « Que o poder Regio dos Reis está nos Povos, e Respublicas, e dellas o receberao immediatamente ».

⁽³⁶⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 32. Texte portugais: « Que ainda que os poucos transferissem o poder nos Reis, lhes ficou habitualmente, e o podem reassumir, quando lhes for necessário para a sua conservação ».

⁽³⁷⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 36. Texte portugais: « Que podem os Reynos, e povos priuar aos Reys intruzos, e tyrannos, negandolhes a obediencia, sobmettendosse a quem teuer legítimo direito de reynar nelles ».

⁽³⁸⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 44. Texte portugais: « Que os Reynos posto que sejam Catholicos, não tem regularmente, senão so em certos casos dependencia do Summo Pontífice, para priuarem os Reys tyrannos e intruzos, e aclamarem aos que forem legítimos ».

La dernière thèse de la première partie est déjà casuistique, comme le seront celles de la deuxième et de la troisième. Il s'agit de défendre la *Juste acclamation* de Jean IV. Alors, la deuxième partie ⁽³⁹⁾ justifie la déposition et l'acclamation. Dans la troisième partie ⁽⁴⁰⁾, l'Auteur va exposer les critiques à l'acclamation et les contester. Ainsi la thèse du § V est la synthèse de toute l'ouvrage, du point de vue de son but concret:

« § V. [...] le royaume du Portugal a eu le pouvoir légitime de déposséder le roi catholique de Castille de ce même royaume et de le restituer au très serein roi D. Jean IV » ⁽⁴¹⁾.

Essayons de comparer ces idées à celles de St. Thomas. Ne nous fions point aux commentateurs, car ils jugent *pro domo sua*, et soulignent essentiellement ce qui chez l'Ange de l'Ecole leur convient ⁽⁴²⁾. Voilà quelques passages qui nous semblent significatifs de ce que St. Thomas a effectivement dit:

« Rappelons-nous que la loi vise premièrement et à titre de principe l'ordre au bien commun [sic]. Ordonner quelque chose au bien commun revient au peuple tout entier ou à quelq'un qui représente le peuple. C'est

⁽³⁹⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 73 et suiv.

⁽⁴⁰⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 393 et suiv.

⁽⁴¹⁾ Velasco GOUVEIA, *Justa Aclamação...*, cité, p. 61. Texte portugais: « Que o Reyno de Portugal teue legítimo poder para priuar da posse do mesmo Reyno a el Rey Catholico de Castella, e restituillo ao Serenissimo Rey Dom João o IV ».

⁽⁴²⁾ Malgré leur probité intellectuelle, quelques auteurs font de St. Thomas ou un monarchiste, ou un démocrate. Et même on peut faire de lui un constitutionnaliste, défenseur d'une « monarchie constitutionnelle ». Cette dernière version nous semble mythiquement intéressante. Elle sort certainement du mythe (de l'absolutisme figé) du Moyen-âge. Alors, tout ce qui dépasse cette rigidité semble n'être plus dans l'orbite de la pensée médiévale, mais va se placer dans la nouvelle vague constitutionnaliste. Même si on reconnaît l'anachronisme et si on met des guillemets. Pour cette dernière version, Jean-Marie AUBERT, note 2 à la IIae, qu. 105, in Thomas d'AQUIN, *Somme Theologique*, traduction française, Paris, Cerf, 1984, vol. II, p. 701. Mais l'auteur considère aussi que St. Thomas défend la sacralité royale et le sacre du souverain. Ce serait une sorte de contrepoids? (Sur la question du sacre, cf., cependant, Michel VILLEY, « *Saint Thomas...* », cité, p. 814). Un exemple, bien que souple, du mythe d'un St. Thomas dogmatique, simplement monarchique, ecclésiastique, etc: Raymond G. GETTELL, *História das Ideias Políticas*, trad. port., Lisbonne, Inquérito, 1936, spéc. p. 137-138. Un autre exemple, qui parle même de « despotisme des Lumières » [« despotismo iluminado »] pour qualifier l'œuvre de St. Thomas: Umberto CERRONI, *O Pensamento Político, das origens aos nossos dias*, trad. port. Estampa, Lisbonne, 1974, spéc. p. 118

pourquoi le pouvoir de légiférer appartient à la multitude toute entière ou bien à un personnage officiel qui a la charge de toute la multitude » (43).

Et aussi:

« S'il s'agit d'une société libre capable de faire elle-même sa loi, il faut compter davantage sur le consentement unanime du peuple pour faire observer une disposition rendue manifeste par la coutume, que sur l'autorité du chef qui n'a le pouvoir de faire des lois qu'au titre de représentant de la multitude [...] » (44).

Sur le plan de la représentation et sur le plan de la législation, il y a, dans ces textes, une évidente suggestion qui va dans le sens du paragraphe du juriste portugais. Mais il y a même des textes plus nets. Il est vrai qu'un pouvoir propre du peuple n'est pas évident dans un passage comme celui-ci:

« Les princes de la Terre sont institués par Dieu non pas pour qu'ils cherchent leur propre profit mais pourqu'ils poursuivent l'utilité commune du peuple. » (45)

Si le « démophilisme » est présent, le démocratisme n'est pas si évident. Et quand St. Thomas cite Osée (8 : 4):

« Ils ont fait des rois sans moi, ils ont établi des chefs à mon insu. » (46)

Il ne semble pas que Dieu, qui est Celui qui parle, soit très content de l'exercice de cette « souveraineté populaire » avant-la-lettre.

De même l'Ange de l'École n'était pas très ami des révolutions. Il pensait que les tyrannies en dérivent souvent (47).

Il serait osé d'affirmer en deux lignes la solution de la polémique

(43) Thomas d'AQUIN, *Somme Théologique*, traduction française, Paris, Cerf, 1984, vol. II, p. 572 : Ia IIae, qu. 90, a. 3, *Respondeo*.

(44) Thomas d'AQUIN, *Somme Théologique*, traduction citée, vol. II, p. 612: Ia IIae, qu. 97, a. 3, sol. 3.

(45) Thomas d'AQUIN, *De Regimine Judaeorum*, In « Sexto quaerebatis ». Texte latin: « *Principes terrarum sunt a Deo instituti non quidem ut propria lucra quaerant, sed ut communem populi utilitatem procurent* ».

(46) Thomas d'AQUIN, *Somme Theologique*, traduction citée, vol. II, p. 703: Ia IIae, qu. 105, a. 1, sol. 3.

(47) Thomas d'AQUIN, *De Regimine Principum*, I, 6.

autour des idées politiques de St. Thomas. Mais, pour notre propos, ce qui importe est ce qui suit. Il semble que la pure légitimité des peuples à remplacer le souverain par un autre de leur choix, basée sur la tyrannie du premier, et une quelconque légitimité du second (qui est ce qui est en cause dans la restauration), n'est pas exactement dans la pensée toujours modérée de St. Thomas.

Cependant, il y a dans son ouvrage des éléments qui ne sont point étrangers à la problématique de la restauration. St. Thomas se pose quelques problèmes connexes. Si on ne peut pas justifier la restauration avec le legs thomiste, il nous semble que l'œuvre en question suffit comme point de départ, d'inspiration. Il est une sorte de *Tessera*.

En somme, St. Thomas est surtout important parce qu'il est la présence d'une conscience critique face à une théorie pragmatique de nos rois, qui soulignait essentiellement le *omnis potestas a Deo* ⁽⁴⁸⁾, oubliant *l'addendum* final: *per populum* ⁽⁴⁹⁾. Il y avait chez nous une autre tradition que celle accueillie dans le titre de nos rois, « par la grâce de Dieu... ».

Il est aussi évident que les développements du thomisme, notamment la seconde scolastique, sont très importants. La théorie du tyrannicide est directement invoquée, par exemple.

3. *Les apports de la seconde scolastique.*

La philosophie thomiste a été la base de la pensée de la restauration. Mais deux thèses s'affrontent dans l'historiographie

⁽⁴⁸⁾ L'idée que tout le pouvoir vient de Dieu (*Non est potestas nisi a Deo*), est comme l'ont saït, de St. Paul, Rom. 13:1. Ce sera St. Jean Chrysostome celui qui distinguera entre un pouvoir *in abstracto* et un pouvoir *in concreto* (exercé réellement). Sur ce pouvoir concret, il y a eu toujours des questions. A partir du XI.e siècle, les juristes (les glossateurs) ont commencé à défendre l'origine populaire du pouvoir concret. St. Thomas ira canoniser l'idée. Cf. Joaquim Pedro MARTINS, « A doutrina da soberania popular segundo as Côrtes de 1641 e os teóricos da restauração », tiré à part des *Mémoires*, Classe de Lettres, Lisbonne, Academia das Ciências de Lisboa, t. III, 1937.

⁽⁴⁹⁾ Des exemples de justification du pouvoir divin des rois, in Marcello CAETANO, *História do Direito*, cité, p. 298-299.

contemporaine. Deux thèses qui ont donné lieu à une des plus intéressantes polémiques juridiques et politiques de ce siècle ⁽⁵⁰⁾.

Le Professeur Luís Cabral de Moncada considèrerait que la Restauration, a été, effectivement, la récupération théorique de notre pensée politique traditionnelle ⁽⁵¹⁾.

D'autres auteurs l'ont contredit. C'est le cas de Vitorino Nemésio et d'António Sérgio.

Après la polémique, qui a connu des moments aigus ⁽⁵²⁾, Mário Soares faisait son bilan:

« Contrairement à ce qui prétend le prof. Cabral de Moncada, dans une étude suggestive, mais, selon nous, insuffisamment fondée, 1640 n'a pas été la restauration de notre pensée politique traditionnelle. [La date] représente seulement le triomphe éphémère de l'idée de l'origine populaire du pouvoir — triomphe qu'on doit expliquer, puisqu'il s'agit d'un courant de pensée qui, malgré ses racines dans le passé national, est en contradiction avec le sens de la propre histoire des événements et des idées qui lui sont immédiatement antérieurs et ultérieurs » ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cf. Jaime Nogueira PINTO, « Polémicas de António Sérgio », in *As Grandes Polémicas Portuguesas*, II, Lisbonne, Verbo, 1967, p. 435 et suiv.

⁽⁵¹⁾ Luis Cabral de MONCADA, « 1640: Restauração do Pensamento político português », *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. X, Coimbra, 1928, in ex *in Estudos de História do Direito*, I, Coimbra Acta Universitatis Coninbrigensis, 1948.

⁽⁵²⁾ António QUADROS, probablement à cause de cette question (et d'autres — par exemple, celle du « saudosismo », une espèce très particulière de nostalgie, en portugais) a parlé à propos de Sérgio (dans la vision de Cortesão) de polémisme *de bâton à la main* (« polemismo caceteiro »). Cf. António QUADROS, *Poesia e Filosofia do Mito Sebastianista*, II, Lisbonne, Guimarães, 1983, p. 36 et suiv. L'aristocrate Cabral de MONCADA, qui avait été traité péjorativement de « professeur de droit » [António SÉRGIO, « Explicações a um catedrático de direito sobre a doutrina ética dos meus "Ensaio" », in *Seara Nova*, Julho de 1925, in ex *in Obras Completas. Ensaio*, Lisbonne, Sá da Costa, 1974, t. VII, p. 147 et suiv.] a cependant fermé la question avec un hommage à « l'illustre écrivain, essayiste et penseur António Sérgio ». Cf. L. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e de Estado*, II, *Doutrina e Crítica*, Coimbra Editora, 1965, pp. 258-259, n. 1.

⁽⁵³⁾ Mário SOARES, « A Justificação Jurídica da restauração e a teoria da origem popular do poder político », tiré à part de *Jornal do Fôro*, année 18, Lisbonne, 1954. Texte portugais: « Contrariamente ao que pretende o prof. Cabral de Moncada, num estudo sugestivo mas, quanto a nós, insuficientemente fundamentado, 1640 não foi a restauração do nosso pensamento político tradicional. Representa apenas e tão somente o "triumfo efêmero da ideia da origem popular do poder" — triunfo que cumpre explicar, visto ser o de uma corrente de pensamento que, embora com raízes no passado nacional, está em contradição com o sentido da própria história dos acontecimentos e ideias que lhe são imediatamente anteriores e posteriores ».

Après, c'est Cabral de Moncada lui-même, qui, avec un recul de quarante ans, met un point final au débat, qui avait entretemps dérivé vers le problème philosophique de l'être (*sein*) et du devoir-être (*sollen*) en politique, en droit et en philosophie pure. La thèse de Moncada, plus mûrie encore, ne touche pas directement notre question, mais elle est très importante. Il critique l'idéalisme critique kantien et celui de Sérgio, et il considère que être et devoir être entretiennent des relations, et sont interdépendants. La leçon de la réalité est vitale pour l'effectuation de la théorie, notamment de l'idéologie (ainsi se manifeste son anti-utopisme). Mais les faits sont aussi les faits culturels (nous ajouterions: les mythes sont des faits) (54).

Dans cette conclusion, Moncada ne dit pas un seul mot sur la question de la Restauration, qui avait tout commencé.

Il nous semble que l'apport de la deuxième scolastique a été un important complément à St. Thomas dans la pensée de la restauration. Notamment à l'apport plus radical (ou plus explicite, plus direct) de Suarez et du docteur Navarrais (55). Nous croyons que cet apport s'intègre pleinement dans la ligne antérieure. Mário Soares considère aussi que ces deux synthèses doctrinales — sont liées et se rapprochent (56).

La présence de Suarez dans les auteurs de la restauration est détectable. D'ailleurs, Suarez est un scolastique, un thomiste. Comme disait Bossuet, repris par nos grands philosophes et historiens du droit, Merêa et Moncada (57), « en lui on voit toute l'école ».

Cette petite phrase a une signification très importante. Suarez représente au XVIe siècle tout le passé et aussi tout le futur de la scolastique d'inspiration thomiste. Au point même de mener ses

(54) L. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, II, loc. cit.

(55) Nous parlons, évidemment, de Martin de AZPILCUETA, d'origine navarraise, docteur canoniste de Toulouse (1514) et professeur à Coimbra (1538-1555). Cf. João Francisco Aires de CAMPOS, *A origem do poder real e as cortes de 1641*, « Anais da Academia Portuguesa de História », Lisbonne, t. IV, qui fait une synopse de la pensée politique de St. Thomas comparée avec celle de Suarez.

(56) Mário SOARES, *A Justificação Jurídica...*, cité, p. 25.

(57) Paulo MERA, *Suarez jurista*, Coimbra, 1917, p. 87; Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, cité, p. 131. Cf. sur Suarez des mêmes auteurs, Paulo MERA, *Suarez, Grócio, Hobbes*, Coimbra, 1941; Cabral de MONCADA, *O vivo e o morto em Suarez jurista*, Coimbra, 1949.

thèses là où elles se renversent. Nous croyons, en effet, que le volontarisme et le légalisme de ce docteur d'Évora et professeur de Coimbra ⁽⁵⁸⁾ ont contribué au bouleversement de la théorie du droit par les Lumières ⁽⁵⁹⁾.

De même, sa théorie politique, fondée sur celle de St. Thomas, peut se considérer dans la zone d'ombre entre l'orthodoxie et le démocratisme ultérieur. Il est intéressant de noter que Suarez, selon Moncada, répondait au besoin, que l'Église de l'époque avait, de

« [...] combattre par tous les moyens [...] la doctrine, [...] triomphante dans les pays protestants et en voie de triompher aussi dans la catholique et gallicane France, du dit "droit divin des rois" » ⁽⁶⁰⁾.

Cela est important. En réalité c'est le mythe du thomisme comme défenseur de ce « droit divin des rois » qui est en question. Cependant, Moncada souligne ⁽⁶¹⁾ (et Mário Soares le rappelle ⁽⁶²⁾) la contradiction de la théorie et de la pratique chez Suarez. En Espagne, il était partisan de la monarchie absolue. Est-ce que sa « démocratie » serait un produit d'exportation et une subtile machine de guerre pour dissoudre les ennemis de sa patrie? Ou seulement l'habituelle incapacité d'action politique des théoriciens?

En tout cas, Suarez affirme, comme les hommes de 1640, une certaine contractualité du pouvoir, et un *pactum subjectionis* qui, cependant, permettrait, en certaines conditions, même le tyrannicide en cas de tyrannie *quoad administrationem* (et bien sûr, aussi à cause de la tyrannie *quoad titulum*).

⁽⁵⁸⁾ Comme on le sait, il était de Grenade, mais il a obtenu le doctorat à Évora, à l'Université de la Compagnie de Jésus, au sud du Portugal, et il a publié son célèbre *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, à Coimbra, en 1612.

⁽⁵⁹⁾ Dans le même sens de Michel VILLEY, *La formation de la Pensée juridique...*, cité, pp. 393-394.

⁽⁶⁰⁾ L. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, cité, p. 132. (Texte portugais... « [...] combater por todos os meios [...] a doutrina [...] triunfante nos países protestantes e prestes a triunfar também na católica e galicana França, do chamado "direito divino dos reis" »).

⁽⁶¹⁾ L. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, cité, p. 150.

⁽⁶²⁾ Mário SOARES, *A Justificação Jurídica...*, cité, p. 29, n. 59.

L'harmonie des thèses est évidente. Deux thèses de Suarez nous suffisent:

« [...] ce pouvoir est par nature immédiatement dans la communauté; ainsi, pour qu'il commence à être justement en une personne comme [est le cas d'un] prince suprême, il faut qu'il lui soit donné par le consentement de la communauté. » ⁽⁶³⁾

Ou encore:

« [...] le roi ne peut pas être privé de ce pouvoir, parce qu'il a acquis un domaine sur elle, sauf s'il penche vers la tyrannie, par laquelle le royaume peut faire guerre juste contre lui. » ⁽⁶⁴⁾

Ce n'est pas par hasard que la *Justa Aclamação* cite fréquemment et en des points importants Suarez et ses pairs de la scolastique ibérique.

L'influence de Suarez dans la théorie de la restauration contribue à lui donner un sens double. Pré-moderne, traditionnel, en tant que thomiste; mais déjà moderne et Pré-Lumières, parce que Suarez, sans le vouloir, annonce sa négation. Il est ainsi très normal de trouver de si différentes interprétations des faits de 1640: les uns, voient seulement une face du *doctor eximius*, regardant le passé; les autres, voient ce Janus bifront regardant aussi un droit et une théorie politique modernes.

4. *Originalité et influence dans la Restauration. Le « mythe thomiste » et le « mythe médiéval » dans la théorisation ultérieure de la Restauration.*

Si on considère comme vraies les assertions précédentes, on devra naturellement conclure qu'il n'y a aucune véritable originalité

⁽⁶³⁾ Francisco SUAREZ, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, III, 4, 2 (texte cast.: « [...] esta potestad está por naturaleza inmediatamente en la comunidad; luego, para que comience a estar justamente en alguna persona como en supremo príncipe, es necesario que se le de por consentimiento de la comunidad »).

⁽⁶⁴⁾ Francisco SUAREZ, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, III, 4, 5. (Texte cast. [...] no puede ser el rey privado de aquella potestad, porque adquirió verdadero dominio de ella, a no ser que se incline a la tiranía, por la cual puede el reino hacer guerra justa contra él »).

dans la philosophie constitutionnelle de la Restauration, laquelle a été conçue et exposée pour des fins absolument et exclusivement pragmatiques — la justification du nouvel ordre et du nouveau roi.

Il est curieux qu'on puisse mettre ainsi les choses, les faits, parce que précisément une des explications de l'entreprise théorique de John Locke, et de ses deux *Traité du gouvernement civil*, lui est semblable: d'une certaine manière, le philosophe empiriste anglais n'aurait pas voulu autre chose que « raconter aux enfants et expliquer au peuple » l'heureuse histoire de l'avènement des Princes d'Orange, Marie et Guillaume.

Mais, quand même, on dirait que le legs théorique de la révolution anglaise a été beaucoup plus riche que celui de la restauration portugaise. Car celle-ci n'a jamais engendré ni Hobbes ni Locke, tous les deux pères-fondateurs de fécondes et relativement originales postérités de penseurs et particulièrement de penseurs juristes.

En somme: si Francisco Velasco Gouveia, ou ses confrères « doctrinaires » nous ont laissé de gros volumes de dialectique justificative de la cause de l'indépendance nationale portugaise, ils n'ont jamais été capables de léguer à la postérité une théorie originale. Ou peut-être, comme nous l'avons déjà pressenti, le problème n'était-il pas pour eux de dire quelque chose de nouveau, il n'était point question d'innover ⁽⁶⁵⁾. Il s'agissait, tout au contraire, d'utiliser les vieux et fiables arguments de la tradition, pour justifier un fait nouveau. Du point de vue rhétorique, ce serait, peut-être, une mauvaise tactique que les théoriciens portugais soient plus audacieux, utilisant d'autres armes que celles conventionnellement acceptées. Les arguments nouveaux pouvaient mettre leur cause en danger. Les pouvoirs non-révolutionnaires se méfient toujours des nouveautés, et le simple nom de Jean IV suffisait déjà comme innovation.

Mais ce n'est pas fondamentalement une question tactique. La

(65) Comme l'originalité n'était pas probablement pour Hobbes ou Locke le problème fondamental — « tout commencement est involontaire », dit le poète Fernando PESSOA, « O Conde D. Henrique », dans son livre *Mensagem*. Et la plupart des théories sont inspirées par le besoin de résoudre des problèmes concrets. Surtout des théories politiques.

formation thomiste des protagonistes théoriques de la Restauration portugaise leur fournissait l'argumentation nécessaire. Ils n'avaient pas besoin d'innover.

Alors, pourquoi notre question se pose-t-elle?

Si on considère une certaine bibliographie, nous sommes devant le mythe du thomisme absolutiste, adversaire du peuple. Nous sommes face au mythe du moyen-âge ténébreux, politiquement réactionnaire. Ce sont, paradoxalement, deux formes de l'oubli ou du mépris dont parleront les constitutionnalistes, eux aussi normalement pleins d'arrière-pensées et préjugés face au moyen-âge.

Mais comme on a oublié ou méprisé l'importance théorique du moyen-âge et spécialement celle du Docteur Angélique, on a pensé que les révolutions anti-tyranniques découvraient quelque chose. Elles ne faisaient que redécouvrir.

D. L'ANCIEN ET LE NOUVEAU DANS LA RESTAURATION PORTUGAISE ET DANS LE CONSTITUTIONNALISME

1. *Les diverses historiographies et les références historiques* ⁽⁶⁶⁾. *Quelques questions épistémologiques et leurs conséquences pour l'étude du constitutionnalisme moderne.*

On pourrait seulement accorder à la restauration portugaise une certaine « nouveauté chronologique », c'est à dire une précédence temporelle face à l'éclosion des révolutions constitutionnelles typiques que l'Histoire Universelle a acceptée comme précurseurs et modèles. Cependant, pour comparer deux choses il faut que ces choses-là soient comparables. Il ne suffit pas d'avoir le même instrument de mesure. Ici le problème est — tout simplement — qu'une révolution est une révolution, et qu'une restauration n'est qu'une restauration. Il ne s'agit point d'une question de mots, il ne s'agit de la portée profonde des événements en présence. Cet aspect à part — d'ailleurs essentiel — il n'est pas difficile d'être d'accord sur le plan purement temporel. Bien-sûr, la restauration de 1640 est

⁽⁶⁶⁾ Plus radicalement (subjectivement) encore que dans le sens de notre texte est Pierre CHAUNU *et alii*, *Essais d'Ego histoire*, Paris, Gallimard, 1987.

antérieure (ou, du moins, contemporaine) aux premières agitations politiques d'allure constitutionnelle avant-la-lettre, pendant l'âge moderne.

Mais il y a quelques problèmes de théorie et de méthodologie de l'histoire, voire d'épistémologie, qui se mêlent à la considération de notre problème. Il n'est pas question de faits purs, mais des faits dans un discours, de faits avec des idées, des idées qui modifient à leur façon les faits, une fois qu'elles les organisent, les groupent, leur donnent un sens.

Nous croyons que la sélection historique existe. Il y a un choix ⁽⁶⁷⁾ des succès, un choix des lieux, un choix des époques. L'historien-type, l'historien-moyen ne connaît pas beaucoup la pré-Histoire (il mélange souvent les dates, et il a d'ailleurs de bonnes raisons pour le faire), ni l'histoire africaine, hindoue ou australienne. Il est surtout euro-américain. Il s'agit, bien-sûr, d'un portrait-robot. Mais les statistiques le confirmeraient sans doute. Les données ont changé un peu dans ces dernières décades, mais pas beaucoup.

Alors, que va-t-il se passer dans l'histoire du droit? Exactement la même chose. Les historiens du droit, même les africains, les hindous, les australiens consomment dans une large mesure les produits historiques des historiens de l'Europe et de l'Amérique. Notamment sur les régions et sur les époques que ceux-ci préfèrent. Et, même dans l'Europe, un centre irradiateur de la connaissance, il y a clairement des époques et des pays privilégiés.

Ces considérations influent sur notre sujet. Parce que — comme le professeur chilien Bernardino Bravo Lira l'a déjà observé, bien que d'une façon plus nuancée —, dans les questions de Constitution et d'Histoire des Constitutions, on assiste (comme dans d'autres secteurs, nous l'avons vu) à des préférences dans les études qui impliquent nécessairement une déformation du réel. La lutte pour la liberté des peuples ou pour l'organisation de la Cité (et ce sont-là deux façons déjà très différentes de poser le problème) est très majoritairement observée du point de vue des nations euro-améri-

(67) Et ce choix dérive, à notre avis, soit de l'insertion dans un courant historiographique (ce qui dépend des coordonnées historiques et géographiques environnantes), soit de l'histoire personnelle de l'historien. Cf. Pierre CHAUNU *et alii*, *Ensaio de Ego-História*, cit..

caines triomphantes pendant les trois ou quatre derniers siècles. Et c'est une coïncidence presque symbolique que les révolutions constitutionnelles canoniquement considérées soient l'anglaise, l'américaine et la française. Ces événements se sont passés dans les pays qui sont au centre de la production historiographique mondiale ⁽⁶⁸⁾. Il est encore important d'ajouter l'axe temporel: ces révolutions-là sont parmi les événements d'une portée disons libérale (du moins au commencement) produits dans ces pays-là, les plus proches chronologiquement de nous. Et encore plus: ils nous sont proches d'une proximité sentimentale, et — osons le mot convenable — mythique. C'est l'empathie entre la contemporanéité de tous les présents, après ces moments « glorieux » du XVIIe et surtout XVIIIe siècles, et cette époque mythique qui garantit la survivance de l'identification — très fréquente dans les manuels ⁽⁶⁹⁾ — entre constitutionnalisme et le mouvement constitutionnel de l'âge moderne. Nous vivons encore les rêves (transfigurés, quelquefois, mais toujours les mêmes) de nos aïeux des Lumières et c'est pour cela que les Lumières sont presque la seule clarté permise dans les ténèbres du reste de l'histoire ⁽⁷⁰⁾. Et si l'histoire générale, de la culture, des mentalités, etc., essaie un peu de défaire les préjugés (ténébreux) de la primauté intellectuelle pure et simple du XVIIIe siècle sur toutes les autres époques, si la réhabilitation du Moyen-Age est en cours ⁽⁷¹⁾, on doit reconnaître que beaucoup de maîtres-

⁽⁶⁸⁾ Quant à l'absence de l'Allemagne, il est vrai que la langue allemande est beaucoup moins connue et répandue dans le monde que l'anglaise ou la française et — à la limite — on n'invente pas les révolutions, ce n'est pas si facile que cela.

⁽⁶⁹⁾ Une exception surprenante fait reculer le constitutionnalisme aux temps bibliques: Karl LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, trad. cast., 3.ème réimp., Barcelona, Ariel, 1983, p. 154.

⁽⁷⁰⁾ Les Lumières, la Renaissance et un âge classique mythifié seraient les moments de clarté. Les autres, ceux des ténèbres — barbares et médiévales, baroques et même romantiques. L'opposition lumières/ténèbres a des connotations bien mythiques. Elles symbolisent le bien et le mal en maintes mythologies religieuses. Pour les Lumières, cf. notre « Luz e Trevas no século das Luzes », in *Portugueses*, n. 12/13, Lisbonne, 1990, pp. 48 et suiv.

⁽⁷¹⁾ Grâce par exemple aux études, presque populaires déjà, d'une Régine Pernoud. V.g. Régine PERNOUD, *O Mito da Idade Média*, trad. port., Lisbonne, Europa-América, 1978; Idem, *Luz sobre a Idade Média*, trad. port., Lisbonne, Europa-América, 1984.

penseurs restent idéologiquement cristallisés, et que la démythification va tarder à se faire entendre dans *l'agora* des lieux-communs, la Télévision. D'ailleurs, les choses sont beaucoup plus difficiles dans l'histoire de la pensée politique et juridique. Si on voit la question sur le plan politique, on constate vite combien de préjugés et d'arrière-pensées se sont mêlés à ces études-là et comment l'hétérodoxie pourrait devenir fatale pour beaucoup de milieux. Quant au plan juridique, bien qu'il ne soit pas indemne de préjugés, il nous semble que le plus important obstacle repose sur deux aspects différents, mais qui agissent, dans la pratique, de façon confluente.

Le premier est la relative rareté (quantitative et non pas seulement qualitative) des études, des chercheurs, des centres. L'absence des moyens penche normalement la recherche vers le plus immédiat, le plus actuel. Et il est vrai que c'est le constitutionnalisme caractérisé *supra* qui a eu, dès le début jusqu'à nos jours, la plus grande fortune. Les constitutionnalismes antérieurs et périphériques n'ont pas attiré l'attention. Au contraire, ils auraient importé le constitutionnalisme canonique. C'est un aspect de fait. Mais il y en a un autre.

2. *L'argumentation doctrinale de la Restauration portugaise n'est pas nouvelle et elle n'est pas constitutionnaliste (au sens moderne). D'ailleurs le constitutionnalisme même n'est qu'une version moderne et mythique de vieilles aspirations et une autre façon de protéger (ou de donner l'illusion de protéger) des droits et des sécurités plus anciens. Un apport d'une historiographie peu connue.*

Le second aspect est moins neutre. En résumé: le choix du constitutionnalisme moderne comme « Le Constitutionnalisme » correspond à une option doctrinale pour la façon de penser la *Polis* et d'assurer la « liberté » inhérente à ce même constitutionnalisme (72). Avec l'évidente exclusion de toutes les alternatives possibles.

(72) C'est un cercle fermé. Le discours construit son propre objet. Cf. J. GREIMAS, *Sémiotique et Sciences Sociales*, Paris, Seuil, 1976.

Le constitutionnalisme se fonde sur une triple mythologie, qui est connue des spécialistes, mais qui continue à stupéfier l'homme commun: il repose sur le texte d'une constitution (texte sacré, nouvelle bible laïque), sur la séparation des pouvoirs (substitut de la Trinité), et sur les Droits de l'Homme ⁽⁷³⁾ (espèce de grâce permanente et paradis retrouvé sur la Terre). Voilà le projet utopique de la cité constitutionnelle, servi par la triade mythique du constitutionnalisme moderne, désormais identifié au Constitutionnalisme *tout court*.

Et quelles seraient les alternatives? Bernardino Bravo ⁽⁷⁴⁾, par exemple, considère l'existence presque inconnue — même dans les pays d'origine — d'une façon originale de protéger les droits en Espagne, au Portugal, et en Amérique Latine ⁽⁷⁵⁾.

En effet, on peut y trouver une toute autre perspective de la *Polis* (cette fois-ci, une perspective non utopique, qui ne prétend pas définir *a priori* et géométriquement la société politique). On est souvent devant des « droits » qui ne sont ni les droits subjectifs ni les droits de l'Homme. Il s'agirait de droits de « sécurité personnelle » et de « droits-choses », quelquefois dits même « privilèges ». On y pourrait reconnaître une application parfaite au Droit Public (et

⁽⁷³⁾ V.g. Michel VILLEY, *Le Droit et les Droits de l'Homme*, cité.

⁽⁷⁴⁾ Bernardino BRAVO LIRA est un des plus profonds et enthousiastes défenseurs de l'idée. Mais il y en a d'autres. Le « Congreso Internacional "Proteccion Juridica de las Personas en la Historia del Viejo y del Nuevo Mundo" », organisé par le Depto. de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Santiago, 2-6 septembre de 1991), a réuni une cinquantaine de chercheurs de l'Amérique Latine, d'Espagne, du Portugal et d'Italie, lesquels, d'une façon générale, ont contribué par leurs communications à des apports significatifs à cette thèse.

⁽⁷⁵⁾ D'autres auteurs, sans parler de cette spécificité protectrice, considèrent, toutefois, que les libertés et les garanties juridiques n'ont pas été inventées par les déclarations de droits. Et qu'à l'époque moderne (ils ne parlent pas du moyen-âge) il y avait une mentalité protectrice des personnes dans les responsables au pouvoir. Francisco Ribeiro da SILVA, « Instituições de Protecção Cívica na Época Moderna », in *Revista de Ciências Históricas*, Universidade Portucalense, Porto, 1988, vol. VIII, pp. 245-251, résume ainsi la question (texte français original): « Quoique la théorisation des droits e des garanties individuelles n'eût pas d'existence formelle, le roi répondait à l'époque, de la droiture de l'application de la Justice, ainsi que de la protection des plus faibles en face des prépotences des plus forts. C'est pourquoi on voit surgir des institutions dont le rôle principal a été celui d'assurer une certaine protection aux vassaux [...] » [p. 245].

spécifiquement au Droit Constitutionnel) de la vision réaliste classique du droit, selon laquelle le droit est essentiellement et premièrement une chose ⁽⁷⁶⁾, qui appartient à quelqu'un (à une personne concrète) et non un pur désir (ou prétention) de tous ou de quelques-uns.

La mauvaise interprétation d'une théorie comme celle de M. Bravo pourrait être récupérée en termes « d'idéologie dominante » ou d'« ethnocentrisme » euro-américains.

Or, ce n'est pas exactement le cas. L'idéologie étant une fausse conscience ⁽⁷⁷⁾, elle doit toujours être une fausse conscience connue et voulue. Or ce qui se passe est plus exactement (et utilisant une expression moins connotée) un cas de défocalisation, historique et géographique, comme nous l'avons vu. Historiquement, la proximité (psycho-historique) d'un événement produit l'oubli d'un autre, plus ancien; et on prend le nuage du récent pour la *Junon* de l'originel. Géographiquement, c'est toujours le problème des centres de diffusion culturelle...

3. *A la recherche du sens des formes de protection juridique, constitutionnalistes et autres.*

Au fond, la préoccupation ultime de la triade mythique constitutionnelle est la limitation du pouvoir. « Tout pouvoir est corrompateur et le pouvoir absolu l'est absolument » est une phrase attribuée à plusieurs politiciens et hommes d'État et, par cela même, elle a une valeur emblématique. Du même coup, il faut que le pouvoir arrête

⁽⁷⁶⁾ Cf. *v.g.*, Michel VILLEY, « Le droit dans les choses », in Paul AMSELEK/Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P.U.F., Paris, 1989, p. 11 et suiv.; Javier HERVADA, « Le droit dans le réalisme juridique classique », in *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, P.U.F., Paris, n. 10, 1989, p. 31 et suiv. Un certain renouvellement du réalisme classique romain a été entrepris par St. Isidore de Seville, dans ses *Etymologies*, Livre V; et ce renouvellement a été aussi pratiquement construit par les conciles auxquels l'évêque a présidé ou inspiré. Cf. notre *Para uma história constitucional do Direito Português*, p. 93 et suivs. Il s'agit d'un sage mélange du romanisme, du christianisme et du « génie » ibérique. L'œuvre de St. Martin de Dume (Braga) est aussi importante.

⁽⁷⁷⁾ Sur la question de l'idéologie, cf., notre *Sociedade e Direito*, Porto, Rés, s.d., p. 307 et suiv.; 385 et suiv.

le pouvoir. C'est le message du gouvernement mixte des Grecs, c'est la prétendue innovation du chapitre sur la prétendue Constitution d'Angleterre de Montesquieu à l'*Esprit des Lois* (78).

On n'invente pas beaucoup. La limitation constitutionnelle en question est une limitation extrinsèque et formelle, qui succède à une autre, intrinsèque et substantielle, déjà imposée à la conscience du Roi ou du seigneur médiéval — obéissance à la religion, à la morale, aux lois fondamentales du royaume, attachée à la défense de la « paix et de la justice » (comme dans le serment des Rois français).

Bien que seulement contraint par l'exogène (à la limite par cette coercibilité que les juristes modernes ont transformé en *quid specificum* du droit), il s'agit encore d'une limitation du pouvoir. Mais il est vrai que cette question est parallèle à celle de la force relative des divers ordres sociaux normatifs: Qui est plus puissant, voire imposant — le droit, la politesse, la morale, la religion? (79)

Beaucoup de juristes modernes croient que le droit est l'ordre normatif le plus fort, parce qu'il est armé d'une épée nue (80). Or la vérité est parfois, ou aussi, l'inverse — le soufflet d'une blanche main fait plus souffrir et plus craindre. La conscience des gouvernants est le gendarme le plus efficace contre la subversion toujours possible des lois. L'objectivation législative contribue seule apparemment à une plus grande sécurité juridique. Le droit est égal pour tous. Mais

(78) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, XI, 6.

(79) Cf., v.g., GOODHART, *English Law and Moral Law*, London, Stevan & Sons, 1953. V. aussi les écrits de Pound. Commentaire à leurs positions dans notre *Problemas Fundamentais de Direito*, Porto, Rés, s/d, p. 145-146. Cf. aussi notre *Direito*, Porto, Asa, 1990, p. 22 et suiv.

(80) Pas toujours. Bien que les palais de justice optent fréquemment pour avoir des statues qui sont l'expression plastique de l'Hymne à la Justice de Ronsard, la déesse romaine Iustitia n'avait point d'épée. Et il est chaque fois plus incertain qu'elle portait un bandeau... Cf. Sebastião CRUZ, *Ius, Derectum. Directum*, Coimbra, éd. de l'Auteur, p. 28 et suiv.; Mário Bigotte CHORÃO, *Introdução ao Direito*, I. *O Conceito de Direito*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 27 et suiv. et nos études *Introdução à Teoria do Direito*, Porto, Rés, s/d, p. 103 et suiv.; *La Balance, le glaive et le bandeau*, tiré à part de « Archives de Philosophie du Droit », Paris, 1995 *Arqueologias Jurídicas*, Porto, Lello, 1996, p. 163 et suiv.; *Die Symbole des Rechts. Versuch einer Synthese*, Stuttgart, Franz Steiner, tiré-à-part de « Archiv für Rechts und Sozialphilosophie », 80, 1994, 1, 1, p. 85 et suiv.. Plus récemment, nos conférences à Naples et à Trieste (sous presse), *Dalla simbologia giuridica a una filosofia simbolica giuridico-politica*, et *Le Glaive et la Loi, pour une relecture juridico-politique de la symbolique du Droit*.

« il ya quelques-uns de plus égaux que d'autres », comme résumait George Orwell. Le droit est *objectum justitiae* ⁽⁸¹⁾, il ne vise que l'externalité des biens et des conduites ⁽⁸²⁾. Or, mise à part l'hypocrisie, hommage que le vice rend à la vertu, on sait bien comment, en respectant les formes, il est possible de corrompre le fond.

En tous cas, la séparation des pouvoirs, le texte constitutionnel plus ou moins rigide au sommet de la pyramide normative, et les droits fondamentaux, aujourd'hui éclatés en Droits de l'Homme, plus ou moins démagogiques ⁽⁸³⁾, malgré toute leur faiblesse, tendent à limiter le pouvoir et à permettre la pleine floraison de la liberté des citoyens. Au moins dans une interprétation favorable. Parce qu'il y en a une autre, du discours de légitimation d'un *statu quo* politique sans issue, parce que la démocratie fonctionne comme alibi: nul n'est injuste envers soi-même, disait Rousseau ⁽⁸⁴⁾. Et, bien sûr, avoir tous les droits, c'est n'en avoir aucun; limiter tout le gouvernement correspond à être anti-politique, anti-Etat, etc. ⁽⁸⁵⁾

Il est clair maintenant que cette technique — qui est mythique, qui est un discours des origines, simultanément une idée force et une illusion, et qui a des conséquences mythiques et utopiques (*v.g.* la construction, au moins idéale, d'une « cité du soleil » pleine de bonheur, etc. — rêve qui devient impossible, et par conséquent frustrant) — se substitue aux procédures plus liées aux choses, aux réalités, au *tien* et au *mien*, qui sont la première et fondamentale expérience du droit pour chacun de nous ⁽⁸⁶⁾. Procédures qui

⁽⁸¹⁾ Thomas d'AQUIN, *Summa Theologiae*, IIa, IIae, p. 57. a 1.

⁽⁸²⁾ Michel VILLEY, *Précis de Philosophie du Droit*, I, 3.éd., Paris, Dalloz, 1982, p. 982, p. 66-67; pp. 72-73, et *passim*.

⁽⁸³⁾ Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F. 1983, *passim*.

⁽⁸⁴⁾ Rousseau reprend sur ce point ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, mais il donne à ce propos une dimension complètement nouvelle: celle d'un monde politique figé. En gros: si la volonté générale le veut, nul ne peut s'opposer... Et « sa » volonté générale est, comme il est notoire dans son *Contrat Social*, une « réalité » très complexe.

⁽⁸⁵⁾ Sur le caractère « anti-politique » (c'est-à-dire, seulement contrôleur de l'État) de l'Etat de droit bourgeois, basé sur la liberté individuelle (droits) et sur la séparation de pouvoirs, Carl SCHMITT, « Der buergerliche Rechtsstaat », in *Abenland*, 3, 1928, pp. 201-203.

⁽⁸⁶⁾ Cf. notre *Introdução à Teoria do Direito*, cité, p. 29 et suiv.

remplissaient peut-être plus radicalement et complètement la fonction protectrice des individus face aux abus du pouvoir.

Et voilà que nous arrivons, petit à petit, à des conclusions, ou à des soupçons, peut-être éclairants. La version hispanique proposée par Bernardino Bravo, pourquoi ne subirait-elle pas aussi les préjugés de lieu ou de temps? Il est possible que la défocalisation soit généralisée et pas confinée à la théorie disons dominante. Alors, il pourrait arriver que, dans *l'animus* de la nouveauté et d'une certaine polémique, les défenseurs de l'originalité ibérique et ibéroaméricaine puissent oublier les aspects communs à d'autres expériences et modalités. Il serait naturel d'opposer les droits abstraits aux droits concrets, les révolutions utopistes aux acquisitions réalistes, le modèle hispanique au modèle constitutionnel dit aujourd'hui classique.

La dialectique maintenant en question oppose fondamentalement des époques et des mentalités bien diverses. Elle compare des choses peu comparables. Une approximation temporelle pourrait éventuellement souligner les traits communs. Par exemple, si on voyait ensemble la Constitution matérielle de la France et des Espagnes au Moyen-Âge ⁽⁸⁷⁾. On pourrait en avoir d'autres exemples. On voit bien que la *Magna Carta* de Jean sans Terre n'a pas la même nature que la Constitution des États-Unis. Et prononcerait-on une énorme hérésie en affirmant que le premier texte se rapproche beaucoup plus de la méthode ibérique de protection face à la tyrannie que le deuxième?

4. *Constitutionnalisme, Lumières, religiosité culturelle et laïcisation.* *Une note.*

Maintenant, il est important de savoir en quelle mesure la philosophie constitutionnelle de la Restauration se rapproche plus du réalisme médiéval que du rationalisme (idéaliste) moderne. Ce qui se passe c'est que le rationalisme constitutionnaliste ayant (dans l'hypothèse favorable) *grosso modo* le même idéal lointain d'un pouvoir limité par une bonne société, c'est à dire, ayant un objectif

⁽⁸⁷⁾ Bien sûr: si on constate des similitudes, alors le problème serait celui d'opter entre une genèse parallèle ou une influence. Cf. Georges DUMÉZIL, *Mythes et Dieux des Indo-Européens*, Paris, Flammarion, 1992 (post.), máx. p. 20.

utopique en quelque sorte semblable au bien commun du réalisme scolastique, sort d'une argumentation et d'une ambiance culturelle diverse, très diverse. On dirait qu'il a des racines mythiques très différentes, du moins dans ces *medias res* où les idées sont les plus vigoureuses, inspiratrices et actives. Les révolutions constitutionnelles typiques vont allumer leur rhétorique et leur mythe aux Lumières.

Nous parlons, bien entendu, strictement des révolutions américaine et française. Et pourquoi seulement de ces deux-là, si l'anglaise y est souvent mêlée? C'est un point fondamental de notre question: la révolution anglaise n'est pas constitutionnelle dans le sens moderne. C'est le préjugé « chronocentrique » susdit qui l'a approprié. Le présent aime toujours avoir des ancêtres notables. Il n'est ici qu'une récupération du passé. La révolution en cause est à mi-chemin, et il n'est pas certain qu'elle soit un vrai et complet précurseur des autres, bien que les autres la puissent citer: nous choisissons toujours nos « influences ». Une seule preuve — l'inexistence d'une « constitution » écrite produite par cette révolution. Et il sera superflu de démontrer comment notre inspirateur principal, les Lumières, n'a eu aucune influence sur la révolution anglaise — puisque elles sont clairement ultérieures. Toutefois, il n'est pas absurde que, à la longue, soit possible que l'influencé influe sur l'influent: et, dans un certain sens, que les épigones créent l'original. D'un point de vue gnoseologique, ou de « réception », du moins.

Mais revenons aux Lumières. Toute la polémique constitutionnelle, révolutionnaire e réactionnaire même, est devote des Lumières. En exil, l'émigration française échappée à la guillotine souspirait encore le bon vieux temps de Montesquieu et Rousseau. Tocqueville a démontré magnifiquement comment « l'idéologie » des Lumières et même les idées les plus révolutionnaires et fatales se cachaient dans les palais et se propageaient dans les salons, dominant le discours et l'imaginaire de tous les côtés de la barricade pendant la Révolution Française (88).

(88) Alexis de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, édité par J. P. Mayer, Paris, Gallimard, 1967, et notre « Alexis de Tocqueville » in *Sociedade e Direito*, cité, p. 145 et suiv.

Toutefois l'achétype juspolitique et culturel de ce que nous avons, par commodité d'exposition, appelé de modèle ibérique, soit dans sa version médiévale, soit dans sa version contre-réformiste, cet archétype est toujours de filiation scolastique⁽⁸⁹⁾. Cette matrice oblige (parmi d'autres) au recours aux *loci* bibliques, patristiques et stylistiques propres à ce genre de littérature.

Cela n'empêche pas, d'ailleurs, que la modernité non catholique ait fait abondamment usage de ce *corpus* religieux ou religieusement inspiré. Grotius, Hobbes, Locke et tant d'autres constituent un enviable dépôt d'imagerie des Ecritures. Mais il ne sont pas encore les Lumières. Celles-ci auront une toute autre ambiance, bien que, dans la mesure où elles essaient de sortir du cercle fondamental de la problématique théologique — la plus fondamentale de toutes, peut-être la seule de toutes, si nous faisons les nécessaires réductions et adaptations (comme même Proudhon, peu suspect, l'a reconnu) — elles tombent d'autant plus dans la théologie. Bien sûr, il s'agit désormais d'une théologie masquée, involontaire, inaperçue. *Chassez le naturel...*

Et voici une bonne partie du problème: le constitutionnalisme moderne, le constitutionnalisme *tout court*, n'est qu'un produit d'une redécouverte relativement tardive, laquelle fait suite à une période d'interrègne amnésique, l'Absolutisme sous la forme du despotisme éclairé. Partant de l'ambiance totalitaire (*hoc sensu*⁽⁹⁰⁾) d'un tel despotisme, et sans avoir les moyens de dépasser cette origine, réelle et indéniable, le constitutionnalisme moderne finit par se fonder sur les mêmes philosophes qui ont été le dernier cri des salons et des cours de ces rois-savants, débordants de Lumières. Naturellement, la philosophie qui sert de base au constitutionnalisme a comme dénominateur commun le même idéal de bonté et beauté sans les ténèbres de l'ordre idéologique établi, lesquelles sont

(89) Cela malgré le laïcisme juspolitique de St. Thomas, peut-être même pas tellement bien compris par la scolastique espagnole, en commençant par Suarez. V. les ouvrages de M. Villey, G. Graneris, etc.

(90) Sur le totalitarisme d'un absolutisme à la Hobbes, cf. René CAPITANT, *Hobbes et l'État Totalitaire*. A propos d'un livre récent [J. VIALATOUX, *La cité de Hobbes - Théorie de l'État totalitaire (essai sur la conception naturaliste de la civilisation)*, Paris-Lyon, 1935], conférence à l'Université de Strasbourg; Paulo MEREIA, *Suárez, Grócio, Hobbes*, Coimbra, 1941, p. 102.

identifiées à une Eglise obscurantiste, principal appareil idéologique de l'Etat ⁽⁹¹⁾ contre le progrès, le bonheur, etc. Tous les mythes et des contre-mythes.

L'Eglise et ses vieux dogmes et doctrines sont démolis par le dilettantisme bien-pensant et intellectualiste des Lumières despotiques. Toutefois, les Lumières de cette première époque n'ayant pas engendré une alternative autre que la pose, la polémique et la grandiloquence verbale — en très beau style, d'ailleurs —, se bornant à l'antithèse qui n'envisage point une synthèse de dépassement, le constitutionnalisme s'est vu obligé de laciser le fonds religieux traditionnel. Et c'est probablement de ce manque d'originalité que dérive la transposition mythique déjà avancée: le Pouvoir est le Dieu un et trine de Montesquieu. La Constitution est la *Torah* sacrée, et maudit sera celui qui y change une virgule, ou un seul « j »: la Déclaration des Droits de l'Homme est, dans cette très nouvelle loi, le Décalogue, la manne du désert, changé en paradis terrestre. Mais il y a encore des variations possibles, toutes symboliques.

Le constitutionnalisme est un phénomène nouveau parce qu'il a oublié le passé (bien que quelquefois il se présente, dans des textes constitutionnels, comme pur rétablissement d'un mythique âge d'or perdu). Il a aussi masqué le passé à travers la laïcisation mythificatrice, *v.g.*, présente dans la *triade* citée.

5. *La Restauration portugaise par rapport aux révolutions constitutionnalistes classiques. Une interprétation.*

Dans le système théorique que nous venons d'exposer, la Restauration portugaise finit par se rapprocher beaucoup de la révolution anglaise. Précisément dans la mesure où elle anticiperait même quelques événements et arguments. En effet, la restauration évoque et rappelle les vieux principes très anciens, selon lesquels le pouvoir vient au roi par le peuple, lequel conserve le pouvoir de déposer le monarque en cas de tyrannie dans l'exercice du pouvoir.

⁽⁹¹⁾ Au sens que lui donne un Louis ALTHUSSER, *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat*, Le Pensée, trad. port. par Joaquim José de Moura Ramos, *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*, Lisbonne, Presença, 1974.

Mais la Restauration ne le dit pas comme nouveauté, ne prétend pas faire doctrine, ni créer une nouvelle constitution. Non. Elle se borne à déclarer, à proclamer et à appliquer à un cas concret une très vieille théorie, des solutions en quelque sorte tenues comme naturelles. La Restauration ne veut pas faire un nouveau Portugal, la révolution anglaise ne songe pas à refaire l'Angleterre. Elles ne se prétendent pas des exemples pour le monde. L'Utopie en est absente.

Il est indéniable que le Portugal restauré n'est pas le même que le Portugal des Découvertes et des Conquêtes, définitivement mort avec Luis de Camoës (décédé l'année même de l'union avec l'Espagne), un Portugal qui gisait déjà moribond avec D. Sébastien dans les sables d'Alcácer-Quibir. Mais ce n'est pas la superstructure constitutionnelle qui est en cause dans ce changement profond. C'est l'esprit national, ce sont les hommes. L'époque portugaise est passée. Aucune nation n'est plus la même dans la décadence. Le Portugal décadent a, quand-même une espérance — messianique ⁽⁹²⁾.

Soulignons, toutefois, que les mutations dans l'âme nationale peuvent affecter et affectent décidément la constitution réelle, mais pas nécessairement la constitution formelle d'un pays. On se demande parfois si le Portugal restauré n'est pas, lui, une utopie — celle de faire naître à nouveau ce qui était déjà fini: le pays des templiers, des caravelles. La question ainsi posée, on doit reconnaître une certaine force à l'argument. Le messianisme sébastianiste, le mythe du Vème Empire, n'ont ils pas fonctionné comme vecteurs de cette utopie, le Portugal restauré? Utopie réalisable, enfin. Utopie inachevée ou échouée, selon les préférences, puisque si l'indépendance politique formelle a été reconquise, les rêves d'un nouvel empire et d'une nouvelle grandeur n'ont eu que d'éphémères *concrétisations* ⁽⁹³⁾.

Si on voit la constitution comme la conformation axiologique et

⁽⁹²⁾ Cf. Julien FREUND, *La décadence*, Paris, Sirey, 1984, máx. p. 379 et suiv.

⁽⁹³⁾ Quant à l'indépendance politique mythique, avec des symboles extérieurs de souveraineté — gouvernement propre, symboles nationaux, etc. — l'utopie s'est réalisée. Mais quant à une effective autonomie elle n'a existé, presque jamais, à partir du moment de l'union avec l'Espagne. Surtout après la mort de Philippe II d'Espagne, 1er du Portugal.

sociologique d'un peuple ⁽⁹⁴⁾, alors, la Restauration s'est fondée déjà sur une autre constitution portugaise. On ne dira pas que 1640 en a créée une nouvelle; ainsi conçue, la constitution est une espèce de droit naturel général de génération spontanée, évolutif et variable, comme le comprenaient Stammler et Renard. Mais si par constitution on comprend, en un sens plus précis et restreint, le seul statut juridique de la chose politique, notamment les règles d'accès et d'exercice du pouvoir politique, alors il est clair que rien n'a changé. Sauf, peut-être, la fixation de la doctrine (attribuée déjà aux actes apocryphes des inexistantes « Cortès de Lamego ») de l'exclusion des étrangers du trône portugais. Et voici un mythe restaurationniste évident — celui des Cortès d'un vénérable passé (à l'aube de la nationalité même) qui auraient prescrit ce qui convenait à leur moment présent. Curieuse procédure: la conscience juridique et politique générale tenait pour correcte cette exclusion. Mais elle n'osait pas invoquer une quelconque « volonté générale » avant-la-lettre. Elle ne risquait pas de dire ce qu'elle voulait ou pensait être le juste. Elle se cachait derrière l'autorité ancestrale d'un mythe-illusion qui s'est fait le drapeau de la lutte contre ce qui est devenu l'envahisseur et l'usurpateur. Et, pour compléter la triade de la signification interne du Mythe selon Raoul Girardet ⁽⁹⁵⁾, il faut ajouter que ces Cortès-là n'avaient pas produit autre chose que les lois fondamentales de la succession. C'est-à-dire, le récit des origines du Royaume, la généalogie hypothétique des rois... On constate qu'ici le mythe marche à côté de la tradition, pendant que, dans le constitutionnalisme moderne, il la transfigure au point de la bouleverser complètement.

En somme, et encore une fois, la philosophie constitutionnelle de la Restauration portugaise n'est pas, en vérité, un constitutionnalisme. Quoique D. Jean IV ait promis une nouvelle législation fondamentale, il a été le premier à confirmer les *Ordenações* des

⁽⁹⁴⁾ Cette idée de constitution a des relations très étroites avec le concept historique-universel de constitution (développé par Lassalle et après commenté par Renner, Heller, et, au Portugal, par Marnoco e Sousa, Rogério Ehrhardt Soares et Gomes Canotilho, entre autres), avec la *politeia* d'Aristote, et avec l'idée de constitution comme *lex fundamentalis*, du moyen-âge.

⁽⁹⁵⁾ Raoul GIRARDET, *Mythes et mythologies politiques*, Paris, Seuil, 1986, p. 12 et suiv.

Philippe, et la législation promise n'est jamais arrivé pendant son gouvernement. Le souci de l'ordre a même maintenu à leurs places presque tous les anciens responsables, à tous les niveaux, et à l'exception de quelques conspirateurs qui voulaient le retour à la domination espagnole, tout le monde a été épargné, et confirmé. Après l'acclamation et les fêtes de la restauration, tout a retrouvé le cours normal de l'existence. On voulait le *statu quo ante*, et non pas un contrat social entre le peuple et le souverain. C'est ainsi que les gouvernements ultérieurs suivront naturellement la ligne historique générale de l'absolutisme, qui culminera avec le Marquis de Pombal, l'utopiste des Lumières qui a été propulsé à un pouvoir presque total par le séisme de Lisbonne de 1755.

Une conclusion s'impose: Ce qui détermine la différence essentielle entre la restauration portugaise et le constitutionnalisme moderne, surtout français, c'est un « saut qualitatif », une différence radicale d'attitude, un autre héritage culturel et politique, qui tranche la question. La frontière qui sépare la Révolution Anglaise de la Déclaration des Droits de l'Homme ou de la Constitution des Etats Unis d'Amérique est bien sûr tout ce qui entre sous le nom de Lumières, et c'est notamment *L'esprit des Lois* et sa fortune, *Le contrat social* et ses premiers fruits.

Enfin, ce qui fait toute la différence c'est — dans le paradoxe des concepts —, une autre vision du mythe et de l'utopie.

Ce qui les portugais et les anglais ont vu dans leurs « révolutions » était le mythe d'un temps sans usurpation, sans tyrannie. C'est l'âge d'or dont ils veulent le retour, c'est retrouver le paradis perdu. Il s'agit d'un mouvement penché sur le passé, ou sur la nature stable et primordiale de l'homme, corrompue par l'histoire. Ce mythe de l'âge d'or était au Portugal et en Angleterre représenté même par des textes « constitutionnels » — les actes des Cortès de Lamego et la *Magna Charta* ⁽⁹⁶⁾.

(96) Mais il semble que la mythification de ces textes fondateurs est ultérieure, est un fait de la modernité. Quant aux Cortès de Lamego, cela est évident, car le texte a été forgé. Quant à la *Magna Carta*, bien que le texte ait été confirmé six fois par Henri III, trois par Edouard I, quatorze par Edouard III, six par Richard Richard II, six par Henri IV et une fois encore par Henri V et Henri VI, la plus grande mythification vient des textes ultérieurs, où elle est invoquée: à commencer par la *Petition of Right*, du 7 Juin 1628. Au XVIII.e siècle, la comparaison avec la Bible est présente même dans le discours

Ce que les américains et les français ont vu dans leur révolution, a commencé par être la même chose, puis s'est bientôt transformé en quelque chose de bien différent. Après le premier moment restaurationniste (et cela était le vrai message de Montesquieu, compris seulement depuis que Louis Althusser ⁽⁹⁷⁾ a vulgarisé la thèse de Eisenmann ⁽⁹⁸⁾), l'époque utopiste est venue. L'objectif change dans sa qualité — il s'agira désormais de bâtir la cité idéale. L'histoire se dirige ainsi vers un futur achronique, puisque d'un total bonheur.

Quand on rédige une déclaration de droits, on peut encore se limiter à déclarer ce qui est ou était: c'est une façon de redevenir. Il est possible de faire une formalisation de quelque chose déjà donnée. Quoique cette présupposition soit bien naïve. Cette simple formalisation du *statu quo* est à notre avis radicalement différente de la rédaction d'une Constitution. Parce que cela comporte toujours quelque chose de programmatique ⁽⁹⁹⁾. Et sans aucun doute elle sera utopie en marche, option pour un lieu qui n'a pas encore eu lieu. L'option constitutionnelle pour la république, en des temps monarchiques, et, bien sûr, toute la mystique de la Terreur, après (et pendant) la proclamation des droits ne seraient que des exemples.

Le cas américain semble encore plus net que le français. L'indépendance, la création *ex novo* d'une cité idéale, est la plus évidente preuve de la nouvelle utopie de l'Amérique constitutionnelle. La constitution des Etats Unis est la seconde Hégire des *pilgrim fathers*, un nouveau voyage du *Mayflower* pour arriver au port du salut du pur et paradisiaque Nouveau Monde.

On peut dire, tout compris, que la philosophie constitutionnelle

de l'état de la nation (de Lorde Chatan, 22/1/1770). Cf. Jorge MIRANDA, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisbonne, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1980, p. 13 et suiv.; J. C. HOLT, *Magna Carta and Medieval Government*, London/Ronceverte, Hambleton Press, 1985, spéc. p. 289 et suiv.

⁽⁹⁷⁾ Louis ALTHUSSER, *Montesquieu, a Política e a História*, 2.ème édit. port., Lisbonne, Editorial Presença, 1977. (Trad. port. de *Montesquieu, la Politique et l'Histoire*, Paris P.U.F.).

⁽⁹⁸⁾ Charles EISENMANN, « L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs » in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, pp. 190 et suiv.; *Idem*, « La Pensée constitutionnelle de Montesquieu », in *Recueil Sirey*, Paris, Sirey, p.133 et suiv.

⁽⁹⁹⁾ Cf. J.J. Gomes CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

de la restauration portugaise ne se lie pas génétiquement au constitutionnalisme moderne. Cependant, le constitutionnalisme moderne est issu du tronc commun des vieilles aspirations (mythico-utopiques), aspirations de liberté, de sécurité, de propriété, enfin, de libre épanouissement de la personnalité.

Nous pensons que tout devient beaucoup plus clair si on accepte que la révolution anglaise est quelque chose de pré-constitutionnel, comme nous l'avons dit. Et soulignons que ce caractère pré-constitutionnel implique, à la rigueur, non pas la non-constitutionnalité, mais, au contraire, la dernière floraison historique des mutations politiques d'inspiration doctrinale médiévale. Locke parle de beaucoup de choses modernes, et la première sera la séparation des pouvoirs. Mais le Rubicon n'a pas encore été franchi. S'il y a une raison de parler d'une modération anglaise (si mythique et mythifiée) ⁽¹⁰⁰⁾, ce ne sera pas dû à l'absence de sang dans les turbulences d'*un peuple qui ose tuer son propre roi*. Mais au fait d'une évolution qui a réussi à aboutir à un régime constitutionnel sans une constitution codifiée et sans une vraie révolution constitutionnelle.

La restauration portugaise aura le même attachement au passé, à la tradition. C'est ainsi qu'au Portugal il a dû y avoir une révolution constitutionnelle *proprio sensu* (1820). Comme, entre temps, une vraie révolution constitutionnelle n'a pas eu lieu, il est évident que celle de 1640 ne l'a pas été du tout.

Il faut ajouter encore que la rupture portugaise avait déjà des antécédents médiévaux qui ne pouvaient jamais être considérés comme des précurseurs du constitutionnalisme moderne, vu l'anachronisme. Il s'agit de la déposition de D. Sancho II, et de la crise de 1383-85, dans laquelle, symétriquement aux événements de 1640 (mais sans l'inter règne d'une usurpation) un roi de Castille apparemment mieux légitimé pour la succession sera l'objet d'une prétention en faveur d'un prétendant portugais avec l'appui populaire et des juristes nationaux, auxquels on doit le respectif discours légitimateur ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. notre *Mito e Constitucionalismo*, cité, p. 141 et suiv.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. F. P. de Almeida LANGHANS, « As Cortes de Coimbra de 1385 na História do Direito Público Português », in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 40, Janv. 1954,

Si, en vérité, la restauration ne présente pas des nouveautés théoriques, elle a naturellement quelque originalité dans la présentation argumentative. Mais, bien sûr, celle-ci est une dérivation de la situation particulière en question. Encore une fois, cela n'est pas une originalité proprement dite...

p. 489 et suiv.; L. SUAREZ FERNANDEZ, « La crisis de 1383: el punto de vista castellano », in *Jornadas Luso-espanholas de História Medieval*, Porto, 1986, p. 59 et suiv.

UGO PETRONIO

LA NOZIONE DI *CODE CIVIL*
FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE
(CON UN CENNO ALLA SUA PRETESA “COMPLETEZZA”)

1. «Indipendentemente da ogni considerazione del suo contenuto normativo sostanziale, la vera novità ed originalità del *Code Napoléon* sta nel valore giuridico formale della codificazione, compiuta in attuazione di nuovi principi teorici, che la differenziano nettamente da tutte le precedenti compilazioni o consolidazioni legislative, determinando una radicale trasformazione del sistema delle fonti del diritto, e con essa l'inizio di una nuova età nella storia della nostra civiltà giuridica » (1).

Guido Astuti ha delineato con queste parole, e in modo estremamente incisivo, quella che gli sembrava la novità giuridica di fondo del codice, in un saggio famoso che resta, a distanza di anni, un punto di partenza obbligato per ogni studio di storia delle codificazioni.

Ed ha spiegato, poi, che questa novità del *Code* consisteva, soprattutto, nel fondare « un ordinamento totalmente legislativo » incentrato sul « sistema del diritto codificato, costituito da un solo testo legale, contenente un complesso normativo unitario, sistematicamente ordinato e suddiviso in articoli, in cui materiali vecchi e nuovi, di diversa derivazione e natura, erano insieme rifusi ed uniformemente presentati con formule concise e precise, come parti organiche di un unico corpo » (2).

(1) G. ASTUTI, *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, ora in *Id., Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, II, p. 728.

(2) ASTUTI, *op. cit.*, p. 728.

In questo modo, Astuti si ricollegava a una nozione tradizionale e consolidata di codice, che circolava largamente ancora a metà degli anni cinquanta: quella del codice « caratterizzato dalla pretesa di costituire un ordinamento giuridico “nuovo”, “completo” e “definitivo” che racchiude nelle sue formule le soluzioni per tutti i casi possibili », secondo una formula famosa di Ascarelli, ripresa e citata da tanti ⁽³⁾.

E che continua, non ostante quanto si vedrà più avanti, a circolare ancora oggi, quasi fosse l'unico possibile modo di essere del codice, la sua essenza stessa: « al codice noi associamo istintivamente *l'idea della completezza*: può essere concepita diversamente e può quindi essere raggiunta battendo strade diverse. Ma senza di essa il codice sarebbe come un deserto senza sabbia » ⁽⁴⁾.

In realtà, il ragionamento fatto da Astuti, e da altri con lui è vero — ma con opportune precisazioni — proprio sul piano giuridico formale, cioè a voler ragionare in termini puramente giuridici, come si potrebbe ragionare adesso sul codice civile dei francesi, o come avrebbe potuto ragionarvi — ma non lo ha fatto! — un giurista francese degli anni successivi alla sua entrata in vigore.

Ma forse non è altrettanto vero dal punto di vista storico, e quindi va verificato, calando quel testo nella politica, nella cultura, nella ideologia, se si vuole, di quegli anni, e tenendo presente la tradizione consolidata con la quale, allora, i giuristi dovevano fare i conti: e con la quale si debbono fare i conti ancora oggi, per capire davvero il senso di quella codificazione di allora, distinguendo le cause e le aspirazioni dagli effetti.

Oggi, poi, la scienza civilistica più avvertita è più consapevole di un tempo della relatività storica della nozione di codice, e dei suoi pretesi aspetti di “completezza” e di “esaustività”: come ha scritto Luigi Mengoni, la completezza come connotato del codice è stata una ideologia tipica dell'Ottocento, una ideologia, cioè, che « ipotizzava la codificazione come *opus* normativo in sè concluso,

⁽³⁾ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 48 s.; e v. tra gli altri, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1961⁹, par. 7, I, p. 69.

⁽⁴⁾ P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 5.

capace di comprendere tutti i possibili casi giuridici trasformandoli in propri costrutti teoretici » (5).

In questa prospettiva, pertanto, dissacrata la pretesa completezza del codice che viene ridimensionata ad ideologia, il ruolo del codice in questi anni più recenti è diventato un altro, ed esso sopravvive « traendo vitalità da un'idea diversa », con « la funzione, più strettamente tecnica, di costituire un nucleo sistematico di concetti adeguati all'elaborazione selettiva delle informazioni su nuovi casi giuridicamente rilevanti e al controllo di coerenza delle decisioni con la razionalità complessiva dell'ordinamento ».

Per conseguenza, ha continuato Mengoni, « il codice non è una tavola combinatoria da cui si possono dedurre tutti i casi futuri, ma è un principio di selezione strutturale dei conflitti mano a mano che si presentano e uno strumento di organizzazione delle relative decisioni nell'unità del sistema giuridico » (6).

Questo rovesciamento di ruolo e di funzione è avvenuto, in buona misura, per il rinnovato dilagare della legislazione che nasce esternamente al codice, « in un mondo caratterizzato da dinamismi in via di continua accentuazione e in un quadro normativo che, lungi dal garantire la stabilità delle discipline, tende a fenomeni di elefantiasi nel rincorrersi di leggi “speciali”, sollecitate dai più vari interessi emergenti nelle rapidissime trasformazioni in corso nelle società moderne » (7).

In un contesto siffatto sono venute mutando la posizione e la nozione stessa del codice, perché non è più vero quello che un tempo si pensava che fosse vero: « originariamente — prendendo in considerazione il “grande” codice, quello “dei francesi” del 1804 — il rapporto tra codice e sistema si è presentato non già come di “centralità” del primo rispetto al secondo, bensì addirittura di *identificazione* » (8).

(5) L. MENGONI, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, Giuffrè, 1994, II, p. 752.

(6) L. MENGONI, *I cinquant'anni*, cit., pp. 752 s.

(7) P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1994, p. 234.

(8) P. SCHLESINGER, *Codice*, cit., p. 232.

Da qui, allora, una sventagliata di problemi e di risposte anche di tipo diverso: per alcuni, una crisi della codificazione come forma superata di legislazione ⁽⁹⁾ e per altri, addirittura la spinta verso una decisa « decodificazione » ⁽¹⁰⁾, come propria di un'età nella quale non ci sarebbe nemmeno più spazio per il codice.

E così, in Italia è forte la tentazione di considerare conclusa l'esperienza della codificazione, e di avviarsi in modo deciso verso la « decodificazione », tanto che — si è scritto — quando si parla di codice è « naturale che nel discorso si insinui il dubbio polemico circa l'attualità della stessa “forma” codice » ⁽¹¹⁾: e questo avviene mentre in altri paesi, come in Francia, ci sono forti spinte, invece, verso una riscoperta della codificazione e si parla addirittura di « ricodificazione » ⁽¹²⁾ e si pensa a una codificazione globale del diritto vigente per il fatidico anno 2.000, nella prospettiva di realizzare un diritto razionale ed accessibile in ogni sua branca ⁽¹³⁾.

Ma, come ha osservato in modo efficace Pietro Rescigno, pur riconoscendo che « il legislatore su molte materie, ed anche su materie che formalmente appartengono ai codici, interviene episodicamente ed in maniera frammentaria ... Parlare di decodificazione significa scoprire un dato innegabile del nostro sistema politico e sociale, ma esprime altresì l'idea di assecondarlo, nel senso di suggerire al legislatore un disimpegno dal codice... » ⁽¹⁴⁾.

Da questa constatazione si ritorna ad una domanda che viene formulata con insistenza dalla scienza giuridica contemporanea: « porsi l'interrogativo ... se la codificazione sia una forma superata o “fuori moda” ... di legiferare, significa non solo ripensare le ragioni del codice alle origini, e del codice visto come corpo organico dotato di coerenza sistematica (caratteri che non si addicono al legislatore

⁽⁹⁾ R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civile*, I, 1983, pp. 117 ss.

⁽¹⁰⁾ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁽¹¹⁾ P. RESCIGNO, *Il codice civile del 1942 oggi: visto dalla scienza giuridica*, in *Il codice civile. Convegno*, cit., p. 111.

⁽¹²⁾ PH. RÉMY, *La recodification civile*, in *Droits*, 26, 1998, pp. 3-18.

⁽¹³⁾ G. BRAIBANT, *Utilité et difficultés de la codification*, in *Droits*, 24, 1996, p. 61.

⁽¹⁴⁾ P. RESCIGNO, *Il “compleanno” del codice civile*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, Giuffrè, 1994, p. 19.

occasionale del nostro tempo); vuol dire chiedersi se e quale senso esso conservi nella società in cui viviamo » (15).

Queste pagine non pretendono di dare una risposta a domande così complesse, e così calate nel profondo della scienza e addirittura della coscienza giuridica della nostra epoca; esse, invece, si propongono, più limitatamente, di ricostruire, come è proprio di chi si occupa di storia giuridica, alcuni aspetti delle vicende — politiche, culturali e giuridiche — che hanno portato alla formazione del *Code civil* e che hanno contribuito a far nascere la convinzione della sua completezza: che sembra, almeno alle origini del codice, un “mito” piuttosto che una realtà storicamente percepibile, per diventare poi, in tempi più vicini a noi, addirittura una “ideologia” come ha scritto Mengoni.

Con un avvertimento preliminare: chi scrive non riesce a convincersi che non vi sia altra strada che « un disimpegno dal codice », e che il legislatore e la scienza giuridica debbano assecondare le spinte centrifughe che portano lontano dal codice, lasciando alla legislazione speciale il compito di regolare, di volta in volta, i conflitti che emergono, pronti a cercare una regola nuova ogni volta che se ne presenti la necessità.

Chi scrive si ostina a sperare, forse a credere (magari « quia absurdum »), che il legislatore e la scienza giuridica possano cercare ancora di governare queste spinte, e di comporle in un complesso armonico, nel tentativo di trovare soluzioni non episodiche e quindi non legate alle contingenze della politica e degli interessi settoriali.

Ma questo significa, allora, credere ancora che si possa cercare, o che si possa costruire, un criterio comune per regolare i conflitti che sono inevitabili, e pensare ancora a una società che possa essere organizzata secondo regole comuni: significa, in fondo, riaffermare un principio di razionalità che serva a mettere ordine nelle cose di questo mondo, che tendono sempre di più a presentarsi come non razionali e non razionalizzabili.

Quale sia questo criterio di razionalità non è facile dirlo, e la sua ricerca spetta all’impegno di molti, o di tutti; ma forse chi si occupa di storia giuridica può ricordare che, quando si è messo in cantiere il codice e lo si è fabbricato, questo criterio è stato cercato e trovato

(15) P. RESCIGNO, *Il “compleanno”*, cit., p. 19.

non tanto nella volontà assoluta del principe legislatore, ma in una potestà legislatrice che si ricollegava, nei contenuti, a « quanto di più profondo e di più consolidato forma il tipo di vita di una comunità », a quel complesso di « valori che ... segnano nel loro insieme i tratti culturali irripetibili di una determinata società » (16).

In questo modo, un codice non sarebbe più soltanto l'espressione, come alcuni hanno ipotizzato, di « un bisogno di assicurazione dell'operatore, lieto di potersi ancorare ad un riferimento affidabile » (17).

E non sarebbe nemmeno, come si è scritto in Francia recuperando per il codice un termine raffinato di Charles Baudelaire, uno *spleen*, come una malattia morbida, quasi una paralisi, del giurista che non sa fare a meno del codice (18): esso diventerebbe, di nuovo, un complesso coerente ed organico di valori che può giovare ancora ad orientare gli uomini in mezzo al turbinio delle cose, e a ricollegare alcune società giuridicamente organizzate con il profondo della propria storia.

2. La prospettiva nella quale si sono mossi i codificatori francesi non è stata quella di realizzare un codice completo, come si è detto più tardi, e quindi esaustivo, ma un codice che desse alla Francia un diritto « uniforme » per tutte le diverse province; e anche dopo la codificazione, i rapporti tra il codice e i diritti particolari in vigore sono stati più complessi di quanto si ritiene correntemente.

Quando si parla della completezza e della esaustività del codice, si chiama in causa, di regola, l'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII, n. 3667 (21 marzo 1804) (19).

Questa legge ha promulgato il codice civile e nello stesso tempo con l'art. 7 ha, o avrebbe, sovvertito il tradizionale sistema delle fonti

(16) A. FALZEA, *Presentazione del Convegno*, in *Il codice civile. Convegno*, cit., p. 18.

(17) P. SCHLESINGER, *Codice*, cit., p. 234.

(18) PH. RÉMY, *La recodification*, cit., p. 3; per lo « spleen » v. CH. BAUDELAIRE, *I fiori del male* [*Les fleurs du mal*], a cura di L. de Nardis, Milano 1965⁴, e per il significato della parola R. SABATEUR, *Histoire de la poésie française. La poésie du XIXe siècle*. II. *Naissance de la poésie moderne*, Paris 1977, 107 ss.

(19) In *Bulletin des lois de la République française*, 3e série, t. IX, n. 354, pp. 696-99.

del diritto e, come si afferma correntemente, ha abrogato il diritto in vigore fino ad allora, compreso il diritto comune; per questo si afferma, anche, che quello del 1804 sia un modello — in realtà, il modello — di codice, perché esso ha eliminato i diritti particolari ed è, appunto, completo ed esaustivo, o autointegrato, come ha scritto soprattutto Tarello (20).

In realtà, proprio i modi in cui si sono formati il codice del 1804 e la legge 30 ventoso anno XII con il suo art. 7 contribuiscono a dimostrare che la nozione di codice non è stata affatto immutabile, e che quando si parlava di codice, ancora in quegli anni di lavoro su quel testo normativo che è stato chiamato codice, si intendeva qualcosa di tutto diverso da quello che si è inteso più tardi.

Come è noto, il codice civile dei francesi è il risultato di 36 leggi differenti, approvate separatamente l'una dall'altra e poi riunite insieme dall'art. 1 della l. 30 ventoso anno XII, in un ordine diverso da quello cronologico di approvazione, ma con la numerazione progressiva degli articoli: ancora dopo la promulgazione del *code civil*, ci sono edizioni, come quella torinese bilingue del 1806, che denunciano, già nel titolo, questo processo di aggregazione: *Code Napoléon, ou recueil complet des toutes les lois composant le code civil* (21).

Secondo l'art. 5 la numerazione degli articoli doveva essere unica e secondo l'art. 6 la numerazione unica degli articoli non impediva che ciascuna legge avesse esecuzione dal giorno della sua promulgazione.

Infine, l'art. 7 ha disposto che, a partire dal giorno in cui entravano in vigore queste leggi, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti cessavano di avere forza di legge generale o speciale nelle materie che formavano oggetto delle dette leggi che componevano il codice (22).

Pertanto, il testo del codice era già pronto, e su di esso si era lavorato, tra vicende alterne, almeno dal 1790, quando si è redatto il testo dell'art. 7 e quando si è discusso intorno ad esso.

(20) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

(21) Turin, chez Dominique Orgeas, an XIV (1806); Torino, presso Domenico Orgeas, anno XIV (1806).

(22) L. 30 ventoso anno XII, in *Bulletin des lois*, cit., pp. 698 s.

Già questo dovrebbe significare, e lo confermano tutti i lavori preparatori di quegli anni, che quando è stato deciso di redigere il testo normativo che si doveva chiamare codice, come allora era consueto, non è stato posto il problema di cosa fosse un codice, e ancor meno è stato posto il problema dei rapporti di questo nuovo testo normativo con il complesso del diritto vigente; invece, questo problema è stato affrontato solo dopo la redazione del codice, al momento della sua promulgazione.

Si partiva, quindi, da una nozione consolidata, o consueta, di codice: che potrebbe essere quella di leggi semplici, chiare e conformi alla costituzione, come troviamo nei verbali della seduta del 5 luglio 1790, che ha deciso che « les lois civiles seraient revues et réformées par les législateurs, et qu'il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution »⁽²³⁾; o di « code de lois civiles communes à tout le royaume », come troviamo nella costituzione del 1791, che ha fatto assurgere la codificazione del diritto al rango di principio costituzionale inserito addirittura nel titolo primo delle disposizioni fondamentali garantite dalla costituzione⁽²⁴⁾; o, ancora, di testo uniforme di leggi, come si trova nell'art. 85 della Costituzione del 24 giugno 1793, che apriva un titolo meno impegnativo e solenne, quello sulla giustizia, con l'affermazione che « le code des lois civiles et criminelles est uniforme par toute la république »⁽²⁵⁾.

Si è arrivati così, di rivolgimento in rivolgimento, e passando per vari progetti tutti ben noti, alla legge 19 brumaio anno VIII (10 novembre 1799), n. 3413, che, proprio il giorno dopo il colpo di stato che ha portato Napoleone al potere, ha sancito, lapidariamente, che non c'era più Direttorio, ha compiuto una epurazione nella rappresentanza nazionale, ha creato una Commissione consolare esecutiva provvisoria con i pieni poteri direttoriali, ha previsto la costituzione di due Commissioni espresse rispettivamente dal

⁽²³⁾ P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827 (rist. an. Osnabrück, Otto Zeller, 1968), I, p. XXXVI.

⁽²⁴⁾ *Constitution de 1791*, ad es. in *Les Codes français*, Paris, au Bureau du Journal du Palais, 1843, I, p. 2; e in A. SAITTA, *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, Torino, Einaudi, 1952, p. 69.

⁽²⁵⁾ *Constitution de 1793*, art. 85, in *Les Codes français*, cit., I, p. 8; e in SAITTA, *Costituenti*, cit., p. 126.

Consiglio dei cinquecento e dal Consiglio degli anziani — il corpo legislativo secondo la costituzione ancora vigente dell'anno III — e le ha incaricate, tra l'altro, « de préparer un code civile » (26).

Ancora una volta, la redazione del codice era considerata tra gli atti fondamentali del nuovo regime, ma questa volta non sembrava necessario precisare in che cosa dovesse consistere il codice: almeno un indizio, se non addirittura la prova, che dopo tante affermazioni solenni e tanti progetti ormai si sapeva in che cosa consistesse fare un codice.

Torniamo, allora, alle discussioni dei giorni 17 e 19 ventoso anno XII (8 e 10 marzo 1804), quando è stato preparato, discusso e approvato l'art. 7, che basterà richiamare nei loro tratti essenziali, perché sono già state rese note (27).

In quella occasione Maleville ha sostenuto che si dovevano abrogare soltanto le norme contrarie al codice, e lasciare in vigore le altre, perché abrogando tutte le fonti per non dare ai giudici altra regola che il codice, ci si sarebbe abbandonati al loro arbitrio per una infinità di questioni.

D'altra parte, però, continuava Maleville, se si fossero lasciate in vigore, insieme, codice e leggi, non si sarebbe fatto altro che aggiungere il codice alla immensa legislazione da cui si era oppressi (28).

Lo stesso Cambacérés, che si occupava di codificazione da oltre un decennio, era contrario ad un'abrogazione in blocco dei diritti previgenti, perché era impossibile che il codice contenesse la soluzione di tutti i casi che si potevano presentare; pertanto, non si dovevano privare i tribunali del vantaggio di fondare le proprie decisioni su altre autorità (29).

In questo modo, alcuni dei legislatori mostravano di essere ben lontani dal credere — e Cambacérés lo ha riconosciuto espressamente — che il testo del codice, per come era, potesse essere completo ed esaustivo, e mostravano di credere, invece, che in esso

(26) *Loi du 19 Brumaire, an VIII, n. 3413*, art. XIV, in *Bulletin des lois*, cit., 2e série, p. IX, n. 323, p. 5.

(27) U. PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, in questi *Quaderni*, 13 (1984), pp. 712 ss.

(28) PETRONIO, *Una categoria*, cit., p. 712, e J.G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827-1832, I, pp. 102 ss.

(29) PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, p. 712 e LOCRÉ, *La législation*, cit., I, p. 103.

ci fossero inevitabilmente delle lacune, che potevano essere colmate ricorrendo opportunamente ad autorità o a principi esterni al codice.

Ma se era così, il loro obiettivo di legislatori non era quello di porre fine al particolarismo giuridico, determinando, come ha scritto Astuti, «una radicale trasformazione del sistema delle fonti del diritto»: ma era, evidentemente, un altro.

Nello stesso tempo, però, alcuni di questi legislatori — e Maleville lo ha detto molto chiaramente — erano sollecitati dall'esigenza bruciante di risolvere due problemi pressanti e tradizionali nella politica del diritto e nella cultura giuridica del Settecento illuminista, che chiariscono quale fosse il loro obiettivo quando volevano codificare: eliminare l'arbitrio dei giudici, fornendo loro un numero adeguato di regole di valutazione che li imbrigliasse nel loro lavoro, e che li costringesse ad esercitare il loro potere in stretta aderenza al dettato normativo; semplificare il groviglio della legislazione in vigore, creando un sistema di legislazione uniforme in tutta la Francia.

Così, contro le posizioni di chi voleva conservare in vigore, seppure in parte, il diritto dell'*ancien régime* si è levata la voce di Bigot Prémeneu, che si è espresso decisamente a favore di un'abrogazione totale, in base all'argomento che, a lasciare in vigore le leggi previgenti, sarebbero nate controversie anche sui casi disciplinati dal codice civile, e le sue disposizioni sarebbero diventate meno decisive⁽³⁰⁾.

Inoltre, Bigot Prémeneu ha sostenuto anche — riprendendo l'obiettivo della costituzione del 1791 di creare leggi civili, comuni a tutto il Regno — che se non si abrogavano i diritti previgenti la Francia avrebbe conservato la divisione tradizionale tra paesi in cui vigeva il diritto scritto e paesi in cui vigeva il diritto consuetudinario, e così sarebbe fallito il disegno di unificazione legislativa che aveva ispirato la codificazione fin dall'inizio⁽³¹⁾.

Così, in base a queste considerazioni di carattere tecnico, e ad

⁽³⁰⁾ PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, pp. 712 s. e LOCRÉ, *La législation*, cit., I, p. 108.

⁽³¹⁾ PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, p. 713 e LOCRÉ, *La législation*, cit., I, pp. 108 s.

altri argomenti relativi al giudizio di cassazione che stavano particolarmente a cuore a un magistrato come Bigot Prémeneu, sempre sensibile ai problemi concreti dell'amministrazione della giustizia, si è giunti ad un compromesso, al quale ha aderito anche Cambacères, che all'inizio del dibattito aveva sostenuto, invece, che si dovevano conservare le leggi già in vigore e che poi si è dichiarato disposto ad accettare che la violazione delle leggi antiche non avrebbe consentito la cassazione delle sentenze, purché d'altro canto non si rifiutasse ai giudici di poterle prendere come guida; e l'articolo è stato adottato « dans ce sens » ⁽³²⁾, che non era espressamente abrogativo, almeno nelle sue motivazioni.

Se le vicende del dibattito sull'art. 7 della legge 30 ventoso suggeriscono, o dimostrano, che per gli stessi compilatori del codice civile dei francesi — quello che poi doveva diventare il modello di codice proprio per la sua completezza e per la sua esaustività — fare un codice non significava affatto, o non significava ancora, fare un testo normativo necessariamente completo ed esaustivo, questo medesimo dibattito fa emergere anche, in positivo, che cosa doveva essere, in quegli anni, un codice.

Ed è stato Portalis, che anche in questo caso ha avuto un ruolo di protagonista, sia per l'autorità di cui godeva sia per la capacità di sintetizzare al meglio i termini del problema, che ha saputo spiegare fino in fondo lo scopo e la funzione del codice, o meglio, di quel codice che era nato in Francia in quegli anni, sotto la spinta di quelle esigenze storiche, politiche e culturali che avevano portato, sin dal 1790, a progettare di redigere un codice.

Egli si è schierato sulle posizioni di coloro che avevano posto al centro della discussione l'esigenza prioritaria di arrivare ad una vera unificazione giuridica della Francia, dandole una legislazione uniforme.

In quest'ottica, l'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII rappresentava, secondo lui, la disposizione più essenziale del progetto di legge che doveva promulgare il codice civile, perché a fondamento del codice stava « l'idée d'une législation uniforme » ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, p. 713 e LOCRIÉ, *La législation*, cit., I, p. 109.

⁽³³⁾ J.E. PORTALIS, *Exposé de motifs fait par M. Portalis, dans la séance du 28 ventose an XII [19 marzo 1804] du Corps Législatif, en présentant le projet de la loi du 30,*

Per arrivare a questa conclusione, Portalis ha ripercorso a grandi linee la storia dei popoli, ispirandosi ai moduli culturali propri dell'illuminismo e del giusnaturalismo.

Se i popoli semplici si erano potuti accontentare di qualche regola generale e di qualche usanza, con lo sviluppo della civiltà non era più stato così, perché leggi differenti ingeneravano solo difficoltà e confusione tra i popoli che vivevano sotto lo stesso governo.

E nemmeno si poteva continuare nell'assurdo che vi fossero persone che dipendevano dalla medesima autorità e che tuttavia non erano soggette al medesimo diritto, diventando così estranee le une alle altre.

In questo modo, continuava Portalis, se non c'era unità giuridica i popoli finivano per non avere nemmeno più una patria comune, mentre questa comunanza di patria la potevano trovare solo riunificando il proprio diritto: finalmente una legislazione uniforme faceva scomparire tutte queste assurdità e questi pericoli, e l'ordine civile veniva a cementare l'ordine politico: « Nous ne sommes plus provençaux, bretons, alsaciens, mais français »⁽³⁴⁾.

Il tema di fondo di questo esercizio di alta oratoria, che non era affatto inconsueto per Portalis, era quello, tutto politico o almeno politico e giuridico insieme, dell'unificazione legislativa dello Stato: un tema, questo, che in Francia aveva ispirato già le prime costituzioni rivoluzionarie che avevano posto tra i principi fondamentali il valore di un « code de lois civiles communes à tout le royaume ».

E non è un caso che, negli anni sessanta dell'Ottocento, a distanza di vari decenni ma in un contesto politico non diverso, in Italia si sia scritto di codice proprio nei termini — in realtà, solo in quei termini — in cui se ne era scritto nella Francia che si dava un codice unitario.

In quegli anni intorno al 1860, le poche volte che ci si imbatte in una qualche discussione che si sia soffermata a considerare che cosa fosse un codice, e a che cosa dovesse servire in Italia, si trova

relative à la réunion des lois civiles en un seul corps; sous le titre de Code Civil des Français, in PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, pp. 713 s e in LOCRÉ, *La législation*, cit., I, p. 339 e pp. 344-45.

⁽³⁴⁾ PORTALIS, *Exposé*, cit., in PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, p. 714 e LOCRÉ, *La législation*, cit., I, p. 339, pp. 344 s. e p. 348.

l'affermazione che era necessario unificare fino in fondo il paese e quindi formare nuovi codici con « una legge eguale per tutto lo Stato »⁽³⁵⁾ o con un « corpo omogeneo di leggi da servire per la nuova unità nazionale »⁽³⁶⁾, per evitare, nel nuovo Stato unitario, di « sanzionare in suo nome e nel tempo stesso massime opposte, di cui una soltanto può essere vera e giusta ... »⁽³⁷⁾.

Nel grande discorso di Portalis c'è ancora un altro aspetto che merita di essere ricordato, ed quello di aver presentato ai francesi il loro codice come il documento che « nous rappelle ce que nous étions et nous fait apprécier ce que nous sommes »⁽³⁸⁾.

In questo modo, il codice civile si collocava, anche, su un piano tutto diverso da una semplice, seppure importante, riforma tecnica del sistema delle fonti — che non era nemmeno stata la prospettiva nella quale si era mosso il legislatore — e invece si radicava nei sentimenti dei francesi e si faceva parte del loro essere: anche per questa sua capacità evocativa e per il valore di testimonianza di « quanto di più profondo e di più consolidato forma il tipo di vita di una comunità », di « valori che provengono quasi immutati da un remoto passato e segnano nel loro insieme i tratti culturali irripetibili di una determinata società »⁽³⁹⁾, il codice è stato capace, come si è scritto in Francia in questi anni recenti, di stare là « *avec nos souvenirs* », di non essere solamente un sistema, ma anche una storia, di farsi « un “lien de mémoire” ... “une symbolique inoubliable” »⁽⁴⁰⁾.

Le fonti che documentano la discussione sull'art. 7 dimostrano, o almeno suggeriscono, che la nozione di codice che hanno avuto i redattori del codice civile dei francesi era ben diversa dalla nozione

⁽³⁵⁾ G. NIPOTI, *Della codificazione delle leggi. Dissertazione inaugurale*, Pavia 1863, pp. 7 s.

⁽³⁶⁾ F. TEDESCHI, *Il presente e l'avvenire nell'opera legislativa della codificazione d'Italia. Prelezione al corso pareggiato di diritto civile letta nella r. università di Torino in novembre 1888*, in *Giur. it.*, XII (1888-1889), estr. Torino, 1889, p. 9.

⁽³⁷⁾ F. AMBROSOLI, *Sulla nuova codificazione nei regii Stati. Osservazioni*, Pavia 1860, p. 6.

⁽³⁸⁾ PORTALIS, *Exposé*, cit., in PETRONIO, *Una categoria*, cit., I, p. 717 e in LOCRÉ, *La législation*, cit., I, p. 339.

⁽³⁹⁾ FALZEA, *Presentazione*, cit., p. 18.

⁽⁴⁰⁾ Per queste metafore e le loro fonti v. PH. RÉMY, *La recodification*, cit., p. 5.

di codice che si è formata poi, ideologicamente, nell'Ottocento, quando si è ipostatizzato il codice civile come esso era dopo che la codificazione era stata compiuta, ed erano stati abrogati i diritti previgenti: ma si era trattato, come si è visto, di un'abrogazione che non era scaturita affatto, come Minerva armata dalla testa di Giove, da una nozione bella e fatta di codice come completo ed esaustivo per il solo fatto di essere un codice, ma dall'esigenza di dare alla Francia un diritto uniforme.

Questa uniformità del diritto — la « *législation uniforme* » di Portalis — sono l'obiettivo ed il valore sui quali si è fondata a lungo la codificazione francese, almeno nel modo in cui il codice è stato letto e studiato da quei giuristi che si sono sforzati di interpretarlo.

Si può trarre, a questo punto, una prima conclusione: la concezione moderna di codice — che non è nemmeno più tanto attuale nella scienza giuridica contemporanea — non giova a farci comprendere quale sia stata la concezione di coloro che hanno messo mano, tra Settecento ed Ottocento, alla realizzazione dei codici, perché questa concezione moderna è sostanzialmente estranea ai valori, ai problemi, agli sforzi e alla mentalità di quell'epoca.

E bisogna distinguere, come forse non si è fatto abbastanza, tra gli obiettivi che la codificazione si è prefissa, calati in una tradizione consolidata di riforme politiche e di pensiero giuridico, e gli effetti che essa ha, o può avere, prodotto.

Questa tradizione non solo ha ispirato a lungo i diversi codificatori del Settecento fino a quelli napoleonici, ma è stata, ancora a lungo, dura a morire.

Per rendersene conto, si deve guardare all'atteggiamento che ha assunto la scienza giuridica francese dopo la formazione dei codici.

3. Di fronte ad un'opera che fosse così radicalmente innovativa ci si dovrebbe aspettare che i commenti, teorici e pratici, fondati sui diritti previgenti uscissero rapidamente di circolazione, per essere sostituiti da quelli nuovi.

E che senso poteva avere, in un contesto di rinnovamento radicale della legislazione, conservare opere, soprattutto pratiche, tutte legate alla tradizione del diritto romano e dei diritti consuetudinari francesi, o addirittura ristamparle?

Invece, subito dopo la promulgazione del *code civil*, tra il 1804

e il 1807, è uscito un *Nouveau Ferrière ou Dictionnaire de droit et de pratique, civil, commercial, criminel, et judiciaire*, curato dal D'Agar, che riprendeva, ribattezzandolo in termini moderni, quel *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutume et de pratique* di Claude-Joseph De Ferrière, che aveva già avuto almeno 11 edizioni durante l'*ancien régime* ⁽⁴¹⁾: un fenomeno che può trovare giustificazioni di mercato editoriale, ma che, proprio per il suo collegamento con il mercato, non sarebbe spiegabile se non ci fosse stata la possibilità — o addirittura la certezza — che il mercato lo avrebbe assorbito, in una prospettiva più di continuità con il passato che di rottura, e con innegabili ricadute sul rafforzamento di questa continuità.

L'anno immediatamente precedente la promulgazione del codice, nel 1803, in Francia cominciava ad apparire di nuovo, dopo le precedenti edizioni del 1780 e del 1782, l'*Analyse raisonnée du droit français* di Pierre Louis Claude Gin, che si sarebbe conclusa nel 1805 ⁽⁴²⁾.

E in quest'ultimo anno, il 1805, l'opera è apparsa anche in Italia, per una fortunata "Biblioteca di giurisprudenza italiana" dello stampatore Sonzogno, tradotta e annotata da Tommaso Nani, che affermava, nella sua premessa, che « un nuovo Codice non può essere meglio dilucidato che con richiamarlo a quelle fonti a cui ben molti degli stabiliti principii furono attinti » ⁽⁴³⁾.

L'*Analyse* del Gin era un'opera di sapore antico, costruita com'era sui materiali raccolti anni prima dal Doulcet il quale « aveva

(41) CL.-JO., DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutume et de pratique*, Paris 1740², e poi CH. H. D'AGAR, *Le nouveau Ferrière, ou Dictionnaire de droit et de pratique, civil, commercial, criminel, et judiciaire*, Paris 1804-1805; e v. anche J.B. DELAPORTE, *Nouveau Ferrière. Dictionnaire de droit et de pratique judiciaire civile, contenant l'explication des termes usités dans la pratique, soit anciens, soit nouveaux*, Paris 1807.

(42) P.L.C. GIN, *Analyse raisonnée du droit français par la comparaison des dispositions des loix romaines et de celles de la coutume de Paris, suivant l'ordre des loix civiles de Domat; avec un texte de la Coutume de Paris. Ouvrage projeté par feu M. Doulcet, et exécuté sur l'esquisse que ce célèbre jurisconsulte en a tracée, par M. Gin*, Paris 1780, Paris 1782², e poi Paris 1803-1805.

(43) P.L.C. GIN, *Analisi ragionata del diritto civile francese col confronto delle leggi romane, di quelle che si usavano in Francia e del nuovo codice francese*, Milano 1805-1809, dalla quale cito.

disegnato il più vasto piano che dopo Cuiacio nessun giureconsulto abbia mai concepito»; questi, però, non era riuscito a condurla a termine per la sua cattiva salute, e così aveva dovuto restringerla il « gran piano » riducendolo in pratica « sul testo della costumanza di Parigi, decomponendone gli articoli per trarne i principi generali che vi sono rinchiusi o che ne derivano » (44).

Questi materiali erano stati rielaborati dal Gin mettendoli in ordine « sopra ciascun titolo del codice » premettendovi, al bisogno, dei preamboli: e tutta l'opera è intessuta di riferimenti che vanno dal codice civile al diritto romano e al diritto consuetudinario francese (45).

Ma il caso certamente più significativo è rappresentato dall'opera di Philippe Antoine Merlin, un personaggio che è stato sulla scena politica e amministrativa francese dal 1790 in poi fino a diventare Ministro della giustizia durante il Direttorio, Consigliere di Stato a vita e Procuratore generale imperiale presso la Corte di Cassazione.

Il suo famoso *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* è stato pubblicato in Francia sin dal 1807, ha avuto varie edizioni successive, una traduzione italiana in più edizioni (46) e una diffusione larghissima anche per altri tramite indiretti, come certe opere enciclopediche pubblicate in Italia che si sono ispirate alle “voci” di Merlin, talvolta fino addirittura a tradurle (47).

Ma quest'opera fortunata di Merlin non era niente affatto

(44) GIN, *Analisi*, cit. I, p. 22.

(45) GIN, *Analisi*, cit. I, pp. 51 ss.

(46) PH.A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris 1807-1809, e poi almeno Paris 1812-1825 e Paris 1827-1828 Bruxelles 1825 ss; PH.A. MERLIN, *Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e quistioni di diritto*, versione italiana di una società di avvocati eseguita nello studio dell'avvocato Filippo Carrillo, da lui diretta ed accresciuta, Napoli 1824 ss., e poi, come *Dizionario universale ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto*, versione italiana di una società di avvocati sotto la direzione dell'avvocato Filippo Carrillo, Venezia 1834.

(47) G.A. REGIS, *Dizionario legale teorico-pratico ossia corso di giurisprudenza civile e criminale. In cui per ordine alfabetico si rinvencono tutti i vocaboli di tale scienza, i principii del jus romano, gli articoli delle regie costituzioni, le sentenze e decisioni*, Torino 1816-1824; F. FORAMITI, *Enciclopedia legale, ovvero lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, marittimo, feudale, penale, pubblico interno, e delle genti*, Venezia 1838-1840.

originale, perché il suo autore aveva acquistato i diritti di un altro famoso Repertorio dell'*ancien régime* — il *Répertoire de jurisprudence* di Guyot ⁽⁴⁸⁾ — e lo aveva attualizzato in qualche modo: ma, come è stato scritto da Jean-Louis Halpérin, nel *Répertoire* di Merlin il diritto del codice civile non tiene che una piccola parte in rapporto al diritto romano, al diritto consuetudinario e alle decisioni della Corte di cassazione ⁽⁴⁹⁾.

Di questo modo di procedere si può dare un esempio concreto e molto significativo, perché riguarda la nozione stessa di codice, che resta identica in Guyot e in Merlin: nella traduzione italiana, «raccolte delle leggi, tanto se siansi riunite dall'autorità pubblica del legislatore, quanto dal solo zelo di alcuni giureconsulti particolari» ⁽⁵⁰⁾.

L'origine di queste raccolte era colta nel fatto che «queste leggi promulgate secondo le circostanze, accumulate col tempo, sparse ne' depositi o su i pubblici monumenti, divennero difficili a conoscersi, e presentarono contrarietà soventi incapaci di conciliazione. Si opinò doverle mettere insieme in una sola raccolta e formarne un tutto. Quindi sursero i codici» ⁽⁵¹⁾.

Inoltre, sempre Merlin — in realtà, Guyot-Merlin — ha tracciato, riprendendola ovviamente da altri, la storia di tante raccolte che, nel tempo, si erano fregiate del nome di codice e così ha contribuito a diffondere la convinzione che esistevano codici delle leggi romane, codici delle leggi ecclesiastiche, e tanti codici, o progetti di codice, delle leggi francesi: ovviamente, si può tralasciarne l'elenco, che è ben noto ⁽⁵²⁾.

In questo modo, la convinzione diffusa era che di codici ce ne fossero stati tanti, nel passato remoto come in quello prossimo come,

⁽⁴⁸⁾ P.-J.-G. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris 1775-1783, e poi Paris 1784-1785².

⁽⁴⁹⁾ J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 58.

⁽⁵⁰⁾ GUYOT, *Répertoire*, cit., III, p. 611; MERLIN, *Répertoire*, cit., ed. Bruxelles 1825, IV, p. 425; MERLIN, *Dizionario*, cit. ed. Venezia 1834, II, p. 1048; e v. ancora REGIS, *Dizionario*, cit., II, p. 270, e FORAMITI, *Enciclopedia*, cit., p. 358.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²⁾ GUYOT, *Répertoire*, cit., III, pp. 611-628; MERLIN, *Répertoire*, cit., IV, pp. 425-437; MERLIN, *Dizionario*, cit., II, pp. 1048-1059.

addirittura, negli anni immediatamente precedenti. E infatti Merlin ha scritto anche — e questo è il solo vero aggiornamento della “voce” rispetto alla redazione di Guyot — che « fra le innumerevoli leggi, che dopo il 1789 sonosi emanate dalle nostre assemblee nazionali, ve ne hanno molte che portano il nome di *codice* » e tra queste ha ricordato il codice penale del 25 settembre 1791, il codice ipotecario del 9 messidoro anno III (27 giugno 1795), il codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV (25 ottobre 1795).

Poi, di seguito a questi codici del periodo rivoluzionario, egli ha citato i codici napoleonici, in una continuità ininterrotta tra codici di antico regime, codici rivoluzionari e codici nuovi ⁽⁵³⁾.

In sostanza, c'era stata una quantità di testi normativi che si erano chiamati tutti quanti codici — alcuni addirittura in via ufficiale, come quelli rivoluzionari appena ricordati — e per gli autori del tempo tutti questi testi non presentavano differenze sostanziali tra loro, in quanto erano, tutti, grandi raccolte di leggi; ed erano stati, tutti quanti, capaci di coesistere con i diritti previgenti.

Come si è visto, questa nozione tutta tradizionale di codice è stata ripresa, in Italia, da altri Repertori o da altre Enciclopedie giuridiche, che prima l'hanno registrata, e poi l'hanno fatta circolare.

4. Queste stesse idee sono continuate a circolare largamente anche in Francia, e ancora a metà ottocento un avvocato e giurista di buon successo, anche come scrittore, Frédéric Mourlon, ha definito il codice civile francese proprio in base al modo in cui si era formato con la legge 30 ventoso, come la collezione di 36 leggi che, dopo essere state successivamente decretate e promulgate sotto il vigore della costituzione dell'anno VIII, sono state riunite metodicamente dallo stesso legislatore in un solo corpo destinato a formare il diritto privato e ordinario ⁽⁵⁴⁾.

Nel medesimo tempo, il punto sul quale si è insistito, a proposito del *code civil*, è stato quello sul quale aveva insistito già Portalis, l'uniformità del diritto, che era considerata, ad esempio da Proudhon, un vantaggio inestimabile per la Francia ⁽⁵⁵⁾; questa convin-

⁽⁵³⁾ MERLIN, *Répertoire*, cit., IV, p. 437; MERLIN, *Dizionario*, cit., II, p. 1060.

⁽⁵⁴⁾ F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, Paris 1877², p. 29.

⁽⁵⁵⁾ A. PROUDHON, *Cours de droit français*, Dijon 1810, p. XII.

zione è circolata un po' dappertutto nella cosiddetta "Scuola dell'esegesi" — ad esempio, in Delvincourt, in Mazerat, in Marcadé⁽⁵⁶⁾ — e in un'altra opera importante destinata alla pratica, il *Journal du Palais*, che ha osservato che, prima della rivoluzione, la Francia non era sottoposta all'impero di una legislazione civile uniforme, anche se si era provato a più riprese a fare una codificazione, che era riuscita solo nel 1804 componendo insieme il diritto scritto e il diritto consuetudinario⁽⁵⁷⁾.

Più in generale, si può dire che i giuristi della "Scuola dell'esegesi" si sono chiesti solo marginalmente che cosa fosse un codice, e che in tanti di loro non si è accennato nemmeno alla nuova uniformità del diritto⁽⁵⁸⁾, nello sforzo quasi esclusivo di spiegare il testo normativo così come era obbligatorio per legge.

Infatti, questa scuola giuridica che è stata vitale in Francia almeno per tutta la prima metà dell'Ottocento, ha avuto come propria caratteristica quella di studiare e di insegnare il diritto « con la tecnica del commento articolo per articolo »⁽⁵⁹⁾, finendo, più tardi, per raccogliere critiche che si sono appuntate soprattutto sull'appiattimento pressoché totale sul dettato normativo.

In realtà, la "Scuola" è stata fortemente condizionata nei propri orientamenti e la scelta del metodo non è stata dovuta solo a motivazioni scientifiche, che testimonierebbero della scarsa capacità di elaborazione teorica da parte di quei giuristi.

Infatti, la legge 22 ventoso anno XII, n. 3678 (13 marzo 1804) sulle scuole di diritto aveva disposto che si sarebbe insegnato il

⁽⁵⁶⁾ C.E. DELVINCOURT, *Corso di codice civile*, nuova traduzione, Napoli 1828, I, p. 34; A. MAZERAT, *Questions sur le code civil avec leurs solutions*, Paris 1835, p. 1; V. MARCADÉ, *Spiegazione teorico-pratica del codice Napoleone*, prima versione italiana sulla 5ª ed ultima edizione di Parigi, Palermo 1856, I, 20.

⁽⁵⁷⁾ *Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845*, III (Paris, au bureau du Journal du Palais, 1846), v. *code civil*, nn. 2-23, pp. 563-564.

⁽⁵⁸⁾ V. tra i principali, CH. B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code, nouvelle édition*, Bruxelles 1845-52; A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, nuova versione italiana, Napoli 1841, I; J. CH. F. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Bruxelles et Paris, 1845-1876.

⁽⁵⁹⁾ G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, ora in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, p. 71; HALPERIN, *Histoire*, cit., pp. 45 ss.

diritto civile francese, nell'ordine stabilito dal *code civil*, il diritto naturale e il diritto delle genti, e il diritto romano nei suoi rapporti con il diritto francese ⁽⁶⁰⁾; pertanto, era stato il legislatore ad imporre una tecnica di insegnamento, per dare al codice un ruolo preminente rispetto alla scienza giuridica, e questa tecnica aveva finito per condizionare l'approccio scientifico.

Ma questa esigenza non nasceva per caso, e trovava alle proprie spalle, di nuovo, la preoccupazione che aveva indotto ad introdurre l'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII: evitare, come aveva sostenuto Maleville, di abbandonarsi all'arbitrio dei giudici per una infinità di questioni, e di lasciare che si riproducesse l'intrico normativo del quale il codice aveva cercato di venire a capo; ed evitare, come aveva sostenuto Cambacères, di privare i tribunali del vantaggio di fondare le proprie decisioni su altre autorità, diverse dal *Code*; che era anch'esso un modo per fondare le decisioni su criteri certi e sperimentati.

Al silenzio di molti giuristi della "Scuola dell'esegesi" fa riscontro, invece, la ricostruzione attenta e completa di tutte le vicende che hanno portato alla formazione dei codici che è stata fatta da François Laurent, un giurista belga che culturalmente è stato legato alla tradizione della "Scuola" ma che politicamente è stato anche critico nei confronti di Napoleone e ha cercato di recuperare i meriti della Francia rivoluzionaria.

Laurent aveva letto, forse più di altri, i lavori preparatori del codice francese, e ne ha ripreso e diffuso le idee di fondo, soprattutto quelle di Portalis che le aveva sintetizzate nei suoi vari interventi.

Secondo Laurent — e in queste parole c'era già una prima eco diretta di Portalis — fra tutti i progetti che erano stati presentati per migliorare le cose umane, l'idea di una legislazione uniforme era stata una di quelle che avevano soprattutto occupato in modo particolare le assemblee deliberanti ⁽⁶¹⁾.

Infatti, l'antico regime, malgrado il potere assoluto dei sovrani, era stato un regime di diversità, e in quei tempi non c'era unità tra

⁽⁶⁰⁾ Art. II, in *Bullettin des lois*, cit., 3e série, IX, n. 355, p. 701.

⁽⁶¹⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxelles-Paris, 1878³, I, p. 8; e v. Portalis, citato sopra, n. 34.

i territori, a formare un solo Stato, e nemmeno tra gli uomini, per la loro distinzione in ceti diversi, che li faceva titolari di statuti soggettivi diversi, sicché il diritto non poteva essere unico. Ma, affermava Laurent, il diritto è l'espressione della società: quando la diversità regna negli spiriti, regna anche nelle leggi ⁽⁶²⁾.

In realtà, solo le raccolte di consuetudini erano come dei codici locali, ma questo valeva, appunto, solo a livello locale, ed era vero quanto aveva affermato Portalis, che la diversità delle *coutumes* formava, in uno stesso Stato, cento Stati differenti, e che la legge, dappertutto in contrasto con se stessa, divideva i cittadini anziché unirli, mentre l'unità nazionale richiedeva un diritto nazionale ⁽⁶³⁾: a questo proposito un altro giurista aveva ricordato la battuta arguta di Voltaire, che chi viaggiava in Francia cambiava diritto tanto quanto cambiava cavallo ⁽⁶⁴⁾.

La stessa legislazione rivoluzionaria — il cosiddetto *droit intermédiaire* — non era riuscita a porre rimedio a questa confusione, ma anzi l'aveva aumentata, e questa è un'altra considerazione che ricorre in tanti e tanti autori: le leggi settoriali che erano state prodotte dalle assemblee legislative non potevano stabilire l'armonia tra la legislazione privata e la legislazione politica: ne risultava un vero caos. Non c'era che un mezzo per porre rimedio al male, ed era codificare il diritto ⁽⁶⁵⁾.

Per queste ragioni si era arrivati ai diversi progetti di codice che avevano trovato anche il consenso della magistratura, che aveva applaudito un progetto che doveva portare l'unità e la chiarezza in mezzo alla diversità infinita della giurisprudenza. Essa aveva applaudito soprattutto i saggi principi che avevano guidato la commissione: rispetto per il diritto antico, in tutto ciò che era compatibile con i

(62) LAURENT, *Principes*, cit., I, pp. 9 s.

(63) LAURENT, *Principes*, cit., I, p. 13 e p. 18; cfr. PORTALIS, *Second exposé de motifs du titre préliminaire, fait par M. Portalis, orateur du gouvernement, dans la séance du Corps Législatif du 4 ventose an XII* (23 febbraio 1803), in LOCRÉ, *La législation*, cit., I, p. 568.

(64) MOURLON, *Répétitions*, cit., I, p. 22; per la citazione di Voltaire, v. FR.-M. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, v. *coutume*, ed. Paris 1821, III (= *Oeuvres complètes*, XL), p. 335.

(65) LAURENT, *Principes*, cit., I, p. 19; per un'affermazione analoga v. MARCADÉ, *Spiegazione*, cit., I, p. 18.

nuovi costumi ⁽⁶⁶⁾: con l'uso, significativo e quasi emblematico, di due termini — “unité” e “clarté” — che rappresentavano sia la tradizione illuministica e i valori sui quali si fondava il nuovo codice, sia la scelta del legislatore di comporre insieme antico e nuovo.

Da questi spunti, che hanno dovuto tenere conto, anche per problemi di reperibilità pratica di certi testi, solo di alcuni tra i tanti giuristi che hanno commentato il codice civile dei francesi, emerge che, proprio come era avvenuto durante i lavori preparatori, il dibattito non si è mai incentrato su una nozione astratta di codice, e tanto meno sui caratteri che doveva avere il codice in quanto tale — di completezza, di esaustività, di novità, o altro che fosse.

Invece, l'aspetto significativo e caratteristico che è stato colto nel nuovo codice dei francesi è stata la sua capacità di unificare il diritto della Francia, e quindi l'unico connotato che emerge in queste discussioni è quello del codice come legislazione uniforme; il resto è rimasto estraneo alla cultura, alla mentalità, alle riflessioni di coloro che hanno studiato, spiegato e commentato il codice, come era rimasto estraneo a coloro che lo avevano scritto e dibattuto.

Così, ancora verso fine secolo si insegnava, ormai fuori degli schemi della “Scuola dell'esegesi” e nella forma tecnica del trattato, che in Francia era mancato un diritto uniforme, che c'erano state solo alcune ordinanze — quelle che aveva elencato Merlin — che si potevano « veramente considerare quali i primi codici della Francia e che hanno servito ... di modello ai nostri codici moderni » ⁽⁶⁷⁾ e che il codice non era altro che « la raccolta del diritto privato teorico e generale ... quantunque vi siano talune regole di diritto privato speciale, di cui il codice di commercio contiene la parte più importante » ⁽⁶⁸⁾.

5. Dalle pagine di Laurent è emerso anche un altro aspetto, quello dei contenuti del codice, che contribuisce a dimostrare che il codice civile del 1804 non è stato, e non è stato ritenuto, un codice

⁽⁶⁶⁾ LAURENT, *Principes*, cit., I, p. 25.

⁽⁶⁷⁾ G. BAUDRY-LACANTINERIE - M. HOUQUES-FOURCADE, *Delle persone*, in G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, I, Milano s.d., p. 42 n. 47.

⁽⁶⁸⁾ BAUDRY-LACANTINERIE - HOUQUES-FOURCADE, *Delle persone*, cit., I, p. 55, n. 59.

che si fondasse, programmaticamente, su esigenze di rinnovamento integrale del diritto.

Per questo, bisogna guardare al codice innanzi tutto dal punto di vista dei materiali giuridici che vi erano confluiti, come ha fatto un famoso professore ad Heidelberg, Karl Zachariae, che ha contribuito a diffondere il prestigio e l'autorevolezza del *code civil* con un suo *Corso* che poi è stato ripreso e continuato da Charles Aubry e Frédéric Charles Rau, e anche da un altro giurista tedesco, Karl Crome, e che ha avuto molte traduzioni italiane ⁽⁶⁹⁾.

Secondo Zachariae si poteva osservare, in linea generale, che le diverse fonti del diritto previgente erano « state completate, modificate e coordinate fra loro in modo da formare un tutto armonico » ⁽⁷⁰⁾, ma senza un rinnovamento radicale; in questo modo il diritto consuetudinario francese avrebbe avuto la prevalenza su quello romano.

Invece, altri autori, come Proudhon, hanno insistito sul fatto che il codice non era stato concepito con uno spirito di novazione ⁽⁷¹⁾; ed altri ancora hanno ricordato un discorso famoso di Portalis, che aveva affermato che i redattori non si erano limitati a compilare, scegliere, rivedere, ma avevano avuto un compito più difficile e più grande: come ha scritto Taulier, essi erano stati chiamati a legare, con una transizione senza scosse, il presente al passato, a conciliare tutti gli interessi senza sacrificare alcun diritto, a comporre mirabilmente insieme opinioni e usi opposti ⁽⁷²⁾.

Del resto, l'obiettivo del codice come era stato quello proclamato da Portalis — sempre lui! — in un altro celebre discorso, quello del 24 termidoro anno VIII (12 agosto 1800), era stato quello di ispirarsi alla saggezza del diritto romano, quando c'era; di rinunciare solo alle consuetudini che erano ormai superate nel loro valore

⁽⁶⁹⁾ C.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese...* tradotto dal tedesco sulla 5^a edizione (1839), Napoli 1867; K.S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da Carlo Crome ... traduzione con note del prof. Ludovico Barassi, I, Milano 1907. Su Zachariae, TARELLO, *Scuola*, cit., pp. 75 s.; HALPERIN, *Histoire*, cit., pp. 65 ss.; già prima, J. CHARMONT-A. CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil*, in *Le Code Civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Arthur Rousseau, 1904, I, pp. 155 ss.

⁽⁷⁰⁾ ZACHARIAE, *Corso*, cit., I, p. 8.

⁽⁷¹⁾ PROUDHON, *Cours*, cit., p. XII.

⁽⁷²⁾ J.F. TAULIER, *Théorie raisonnée du code civil*, Paris s.d. [ma 1840], I, p. 94.

più profondo; di conservare quello che si poteva delle ultime ordinanze reali; di rispettare le leggi pubblicate dalle assemblee nazionali in materia civile, quando erano legate a grandi cambiamenti nell'ordine politico: di innovare, quindi, ma tenendo presente che « il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover » (73).

In sostanza, aveva proseguito Portalis in un altro bel pezzo di oratoria solenne che merita di essere riportato, si era trattato di operare come « une transaction » tra il diritto romano e il diritto consuetudinario — una metafora che sarebbe stata ripresa da altri — perché — sono le sue parole — è utile conservare tutto ciò che non è necessario distruggere: le leggi debbono rispettare le abitudini, quando queste non sono dei vizi. Troppo spesso si ragiona come se il genere umano finisse e cominciasse ogni momento, senza alcuna comunicazione tra una generazione e quella che la sostituisce. Le generazioni, succedendosi l'una con l'altra, si mescolano, si intrecciano, e si confondono. Un legislatore separerebbe le sue istituzioni da tutto ciò che può radicarle sulla terra, se non rispettasse con cura i rapporti naturali che legano sempre, più o meno, il presente al passato, e l'avvenire al presente, e che fanno sì che un popolo non cessi mai, in qualche modo, di assomigliare a se stesso. Noi abbiamo amato troppo, in questi tempi moderni, i cambiamenti e le riforme: se, in fatto di istituzioni e di leggi, i secoli dell'ignoranza sono il teatro degli abusi, i secoli della filosofia e dei lumi troppo spesso non sono altro che il teatro degli eccessi (74).

Così, nel nuovo clima politico del consolato nel quale parlava Portalis, il codice era lo strumento, dal punto di vista dei contenuti, per prendere le distanze da quelli che ormai erano “gli eccessi”, non

(73) PORTALIS, *Discours préliminaire du projet de Code Civil de la Commission*, in LOCRÉ, *La Législation*, cit., I, n. 33, p. 271; e v. anche i nn. 30-32, pp. 270 s.

(74) PORTALIS, *Discours*, cit., in LOCRÉ, *La Législation*, cit., I, n. 34, pp. 271 s.; la metafora della transazione è stata ripresa ed enfatizzata dal tribuno Albisson nel suo discorso del 28 ventoso anno XII (19 marzo 1804, proprio presentando gli articoli sulle transazioni: « Tel est, mes collègues, le projet de loi sur les *Transactions*. Mais comment prononcer ce mot dans cette tribune sans que la pensée se reporte avec une vive satisfaction sur l'achèvement très prochain de notre Code Civil, qui est lui-même la plus grande, la plus utile, la plus solennelle transaction dont aucune nation ait jamais donné le spectacle à la terre? »: in LOCRÉ, *La Législation*, cit., XV, n. 15, p. 437.

solo politici, ma anche giuridici, della rivoluzione, ed esso rivendicava a sè un ruolo di ricomposizione dell'equilibrio "naturale" della società, e si faceva ponte, come poi è stato detto, tra il passato e il presente.

Questa stessa posizione si ritrova, più tardi, in altri autori che hanno criticato i primi progetti della rivoluzione perché erano stati ispirati dall'idea inattuabile di edificare un diritto completamente nuovo sulle rovine dell'antico ⁽⁷⁵⁾, mentre era ben certo che il codice non era affatto un diritto tutto nuovo.

Ma questo rinnovamento totale, come era stato impossibile allora, sembrava ancora più impossibile a fine Ottocento, in un momento nel quale si era ormai diffuso anche nella scienza giuridica francese uno storicismo più sicuro, che portava a vedere nel diritto il risultato di un processo di evoluzione storica legata all'evoluzione complessiva della società: « Dedurre da formule astratte, ciò che non può essere che il prodotto della evoluzione più o meno lenta della vita sociale, domandare a un sistema filosofico ciò che non deve essere che il portato dei fatti e della realtà, separare bruscamente una società da tutto ciò che fu, per secoli, la sua stessa esistenza, quale impossibilità! Malgrado tutta la loro arditezza, i legislatori della rivoluzione non poterono violentare la storia, e il passato fu più forte di loro » ⁽⁷⁶⁾.

In conclusione, il codice civile non è stato, e nemmeno è stato considerato dai suoi autori e dai suoi commentatori, un codice che abbia cercato di rompere con il passato dal punto di vista dei materiali giuridici usati ed ha ripreso principi, istituti e soluzioni tecniche dal diritto consuetudinario come dal diritto romano, ma rifondendoli e riplasmandoli insieme, in una architettura nuova, che per un verso metteva in mostra i materiali tradizionali usati e per un altro verso li inseriva in un contesto diverso, partecipando allo stesso tempo di tradizione e di rinnovamento.

6. Infine, dal punto di vista dei rapporti tra il codice del 1804 e le altre fonti, e quindi dal punto di vista della pretesa autointegrazione del codice, bisogna ripartire dall'abrogazione del diritto pre-

⁽⁷⁵⁾ BAUDRY-LACANTINERIE - HOUQUES-FOURCADE, *Delle persone*, cit., I, p. 58, n. 62.

⁽⁷⁶⁾ BAUDRY-LACANTINERIE - HOUQUES-FOURCADE, *Delle persone*, cit., I, p. 58, n. 62.

vigente che sarebbe stata realizzata dall'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII, e dal procedimento di formazione del codice.

Il codice francese è stato approvato per stralci successivi, con 36 leggi diverse, che sono state riunite insieme, in un ordine che non coincideva con quello di promulgazione; l'art. 6 ha disposto che la riunione di queste 36 leggi nel codice non impediva che ciascuna legge avesse esecuzione dal giorno della sua promulgazione particolare, e l'art. 7 ha abrogato le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti nelle materie che formavano oggetto delle dette leggi che componevano il codice⁽⁷⁷⁾.

Questo modo di procedere suggerisce alcune considerazioni, così come ha aperto, già in passato, alcuni problemi.

Le diverse parti del codice sono entrate in vigore in tempi diversi, ma l'abrogazione del diritto romano, di quello consuetudinario e delle altre fonti elencate nell'art. 7 è avvenuta, anche se con effetto retroattivo, solo con la promulgazione della legge 30 ventoso che conteneva, appunto, l'art. 7.

Per i giuristi che hanno commentato questo aspetto singolare della formazione del codice era sicuro che la riunione delle leggi adottate separatamente non impediva che ciascuna legge fosse obbligatoria a partire dalla sua pubblicazione⁽⁷⁸⁾.

Ma allora c'è stato un certo arco di tempo — in sostanza, dal 14 ventoso XI (5 marzo 1803) al 30 ventoso anno XII (21 marzo 1804) — nel quale le singole parti del nuovo diritto codificato sono state in vigore senza che fosse abrogato esplicitamente il diritto previgente, come è poi avvenuto con l'art. 7, anche se con effetto retroattivo.

Certo, il nuovo diritto aveva abrogato, tacitamente, il diritto vecchio, ma la portata di questa abrogazione tacita era ben diversa dalla portata dell'abrogazione espressa disposta dalla legge 30 ventoso: infatti, nel primo caso erano state abrogate, tacitamente, solo le norme incompatibili con quelle nuove; nel secondo caso, invece, è stato abrogato in blocco — o sarebbe stato abrogato in blocco — tutto il diritto previgente.

Per conseguenza, singole parti di quello che poi è diventato il

⁽⁷⁷⁾ V. sopra, n. 22.

⁽⁷⁸⁾ LAURENT, *Principes*, cit., I, p. 28; già prima, DELVIN COURT, *Corso*, I, p. 39, MARCADÉ, *Spiegazione*, I, p. 20.

codice civile dei francesi sono coesistite con la legislazione previgente, e questo è piuttosto lontano dall'idea di costruire il codice come testo normativo autointegrato proprio perché codice.

Ma proprio dopo la legge 30 ventoso si è discusso vivacemente se l'art. 7 avesse abrogato davvero tutto il diritto previgente, o se l'abrogazione non fosse stata soltanto parziale.

Infatti, alcuni hanno ipotizzato che il codice avesse abrogato il diritto antico solo nelle materie che avevano trovato nel codice la loro disciplina completa, e che invece fossero rimaste in vigore le norme del diritto antico quando il codice non aveva disciplinato compiutamente la materia.

Questa tesi conservatrice, o almeno conservativa del passato, forse è nata dal tentativo convinto di recuperare le posizioni che erano state difese, ma senza successo, da Maleville e da Cambacères quando si era discusso dell'art. 7 e dell'abrogazione del diritto vigente, o forse da una tendenza moderata che portava a circoscrivere quanto più possibile le innovazioni della nuova codificazione.

Essa è stata prospettata, ad esempio, dal *Journal du Palais*, che dopo aver ricordato la posizione di Zachariae favorevole ad una abrogazione totale di tutto il diritto previgente, ha sostenuto, invece, che questa abrogazione doveva essere « renfermée dans de sages limites ».

Così tutte le volte che i codici non contenessero che alcune disposizioni staccate, sparse, su certe materie, si sarebbero potute invocare le leggi anteriori relative allo stesso oggetto, mentre la tesi opposta avrebbe avuto come risultato quello di rendere la legislazione insufficiente su molti punti ⁽⁷⁹⁾: che era, come sempre, espressione del timore, già emerso a proposito dell'art. 7, che non si ponesse un freno adeguato al potere eccessivo dei giudici, che si fondava proprio sulla mancanza di regole certe.

Per altri, invece, l'abrogazione non poteva che essere totale, e questa è stata la posizione soprattutto di Zachariae e di Laurent.

Zachariae ha scritto che tutte le leggi (*lato sensu*) che avevano per oggetto il diritto civile, erano state abrogate in un modo assoluto, cioè non solo nelle disposizioni incompatibili con le antiche che la nuova legislazione conteneva, ma anche perché le materie che

⁽⁷⁹⁾ *Journal du Palais. Répertoire*, cit., v. *Lois*, sect. 4e, n. 410, IX, p. 204.

formavano oggetto delle leggi anteriori erano regolate dal codice civile, con la sola eccezione di un eventuale richiamo espresso al diritto antico.

Pertanto, il diritto romano era confinato ormai nel ruolo di ragione scritta e non si poteva fondare un mezzo di cassazione sulla violazione o sulla falsa applicazione di una legge romana, che era il timore che era stato manifestato da Bigot Préameneu e che lo aveva spinto a schierarsi per l'abrogazione espressa del diritto romano; inoltre, le leggi antiche che non riguardavano il diritto civile o che riguardavano alcune « specialità » di questo diritto non regolato dal codice civile (*jus civile speciale*) erano state abrogate solo per incompatibilità con il codice ⁽⁸⁰⁾.

In questo modo, però, pur affermando il principio di una abrogazione generale del diritto previgente, si recuperava la distinzione tra diritto generale e diritto speciale, si riapriva la strada a quelle sottigliezze che il codificatore aveva cercato di eliminare e si offriva la possibilità di considerare ancora in vigore una parte del diritto vecchio, se esso non era in contraddizione aperta con il codice: e la giurisprudenza proponeva, qua e là, esempi di leggi che potevano essere rimaste in vigore ⁽⁸¹⁾.

Per parte sua, Laurent ha affermato che la legge 30 ventoso andava ben oltre l'abrogazione tacita: bastava che una materia formasse oggetto del codice civile, perché tutto il diritto anteriore concernente questa materia fosse abrogato. Questo aveva portato all'abrogazione pressoché totale del diritto anteriore all'89. In effetti, proseguiva Laurent, tutte le materie del diritto privato erano trattate dal codice di Napoleone, con le sole eccezioni dell'enfiteusi e della superficie ⁽⁸²⁾.

In realtà, non tutti erano d'accordo sul fatto che fosse rimasto in vigore il diritto previgente in materia di enfiteusi ⁽⁸³⁾, ma questa che affiorava era solo la punta di *iceberg*, e la completezza del codice si frantumava di nuovo in mille rivoli: secondo Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade, il problema delicato era quello di determinare il

(80) ZACHARIAE, *Corso*, cit., I, pp. 7 s., § 14.

(81) ZACHARIAE, *Corso*, cit., I, p. 7, § 14.

(82) LAURENT, *Principes*, cit., I, p. 37, n. 25.

(83) BAUDRY-LACANTINERIE - HOUQUES-FOURCADE, *Delle persone*, cit., I, p. 66, n. 70.

senso esatto del termine “materie” usato dall’art. 7, e di dire se una difficoltà non risolta dal codice appartenesse o meno a una “materia”, sulla quale il codice aveva statuito: in altri termini, se fosse o meno una “materia” distinta.

Ma allora era giocoforza riconoscere che, poste in questi termini, tutte queste questioni non potevano evidentemente formare oggetto di una soluzione generale e dovevano essere studiate una ad una ⁽⁸⁴⁾.

Inoltre — e questo era l’altro profilo che era stato messo in luce dalla giurisprudenza, come, ad esempio, dal *Journal du Palais* — si doveva vedere se il codice avesse disciplinato in modo completo la “materia”, mentre secondo le tesi radicali di Zachariae e di Laurent questo non sarebbe stato necessario, perché bastava che si rientrasse in una “materia” disciplinata dal codice.

In questo modo, ad esempio, si riconosceva che le leggi previgenti in materia di testamenti e di donazioni erano state abrogate anche per i casi non previsti dal codice, e che era la legislazione nuova a dover servire di base alla decisione da adottare, in quanto il codice conteneva la disciplina completa della “materia” ⁽⁸⁵⁾.

Posto in questi termini, il problema dell’abrogazione non si limitava al solo diritto civile, ma trabordava in quello penale o in quello processuale, che erano stati codificati anch’essi: e anche qui si applicava, in giurisprudenza, il criterio della completezza della disciplina dettata dal codice, affermando ad esempio che erano rimaste in vigore le leggi previgenti in materia di delitti disciplinati dalla legge di polizia rurale ⁽⁸⁶⁾.

In questo modo, però, si ponevano i presupposti per recuperare, caso per caso o materia per materia, il diritto previgente, che non era un diritto uniforme per la divisione tra aree di diritto scritto e aree di diritto consuetudinario, e quindi per ricreare quella situazione di mancata unificazione giuridica della Francia che il codice aveva cercato di superare.

⁽⁸⁴⁾ BAUDRY-LACANTINIERE - HOUQUES-FOURCADE, *Delle persone*, cit., I, p. 66, n. 70.

⁽⁸⁵⁾ Corte di Nîmes 21 febbraio 1821, in *Recueil général des lois et des arrêts, avec notes et commentaires ... rédigé sur l’ancien recueil général des lois et des arrêts, fondé par M. Sirey, revu et complété par L.-M. Devilleneuve et A.A. Carette*, 1re série, VI, 1819-1821, Paris 1842, II, p. 364; e v. anche ivi, II, pp. 208 s.

⁽⁸⁶⁾ Cass. 19 febbraio 1813, in *Journal du Palais*, XI (1813), p. 152.

7. Accanto a questo problema di fondo, in quegli anni ne è stato prospettato ancora un altro, più limitato nella portata, ma anch'esso molto significativo dal punto di vista teorico: quello della eventuale abrogazione del cosiddetto *droit intermédiaire*, cioè delle leggi che erano state pubblicate da giugno 1789 sino alla promulgazione del codice civile e che «talmente modificarono il diritto antico, senza abrogarlo interamente, che si riguardano come formanti un diritto a parte»⁽⁸⁷⁾.

Infatti, la formula di abrogazione contenuta nell'art. 7 non menzionava questo diritto intermedio, che inoltre era considerato un diritto «a parte».

Da qui il problema se la legge 30 ventoso anno XII avesse abrogato anche il *droit intermédiaire*; se lo era posto, tra gli altri, Mazerat proprio nella prima delle sue celebrate *Questions sur le code civil avec leurs solutions*, che poi sono state inserite a corredo pratico di altre opere esegetiche, come quella di Demante⁽⁸⁸⁾.

La risposta non era scontata; infatti, secondo Mazerat l'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII aveva abrogato espressamente solo la legislazione anteriore al 1789, ma sarebbe stato sbagliato credere che non avesse avuto la medesima sorte anche la legislazione successiva al 1789 fino alla pubblicazione delle leggi componenti il codice civile.

Infatti, continuava Mazerat, lo scopo dominante era, a quel tempo, quello di raggiungere l'unità in fatto di legislazione — sempre quella! — e per questo bisognava distruggere in massa le consuetudini, i regolamenti, etc. Al contrario, nella legislazione intermedia si sarebbero dovute fare troppe distinzioni, e per questo si era preferito non decidere nulla al riguardo; così si poteva dire che in quest'ultima era stato abrogato solo quello che si trovava in opposizione al codice⁽⁸⁹⁾.

Questa soluzione è stata condivisa anche da Laurent, sia perché il *droit intermédiaire* non era menzionato tra le fonti abrogate

(87) MARCADÉ, *Spiegazione*, cit., I, p. 18.

(88) A. MAZERAT, *Questions*, cit., p. 1, n. 1; e v. anche A.M. DEMANTE, *Programma del corso di dritto civile francese*, edizione di Bruxelles del 1838 accresciuta delle soluzioni date alle quistioni del Demante per A. Mazerat, Napoli 1845, I, pp. 12 s., n. 40.

(89) MAZERAT, *Questions*, cit., p. 1, n. 1; DEMANTE, *Programma*, cit., pp. 12 s., n. 40).

espressamente sia, e soprattutto, perché era la diversità del diritto antico quella a cui il legislatore aveva voluto mettere fine; egli doveva pertanto limitarsi ad abrogare il diritto anteriore all'89. Quanto alle leggi intermedie, esse formavano un diritto generale; non era necessario abrogarle in massa: bastavano i principi generali sull'abrogazione tacita. Con la conseguenza che esse non erano state abrogate se non erano contrarie ad una disposizione del codice ⁽⁹⁰⁾.

8. Da un primo esame delle vicende storiche che hanno portato, in Francia, alla formazione del codice civile dei francesi del 1804, della dottrina giuridica francese che si è formata sul codice per buona parte dell'Ottocento e dei rapporti tra il codice nuovo e il diritto previgente emergono un ruolo, uno scopo e una nozione di codice che sono piuttosto diversi da quelli che circolano normalmente: di testo « caratterizzato dalla pretesa di costituire un ordinamento giuridico “nuovo”, “completo” e “definitivo” che racchiude nelle sue formule le soluzioni per tutti i casi possibili » ⁽⁹¹⁾.

È una nozione che attribuiva al codice un obiettivo primario, quello di realizzare in Francia una legislazione uniforme superando la divisione tradizionale tra paesi di diritto scritto e diritto consuetudinario e superando anche, per conseguenza, la diversità degli orientamenti della giurisprudenza; e che concepiva il codice come una raccolta di leggi, formata utilizzando, in gran parte, materiali normativi previgenti.

È, inoltre, una nozione di codice come fonte che cercava di sostituirsi al diritto allora in vigore avendo di mira alcune esigenze pratiche — di nuovo, l'uniformità e la certezza del diritto, e poi la limitazione dello strapotere dei giudici — e che però, in questo suo sforzo, si trovava a dover fare i conti con la tendenza, che è diventata sempre più forte, a recuperare la sopravvivenza del diritto previgente attraverso lo strumento tecnico dei rapporti tra diritto generale e diritto speciale.

Probabilmente, il legislatore ha pensato davvero di disboscare un mondo giuridico intricato oltre misura, e di portare ordine e

⁽⁹⁰⁾ LAURENT, *Principes*, cit., I, p. 39, n. 27.

⁽⁹¹⁾ V. sopra, n. 3.

semplicità là dove c'era disordine e complessità, e di sostituire al diritto tradizionale, « gotico » per alcuni e « barocco » per altri, l'« ordine classico e razionalizzante » proprio di un mondo nuovo costruito secondo la semplicità razionale della natura ⁽⁹²⁾.

Per questo, i codificatori hanno cercato di togliere via, con l'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, con una formula abrogativa espressa di portata larghissima.

Questo può aver fatto pensare, più tardi, che il codice nuovo fosse, quindi, un codice programmaticamente completo e autointegrato, e che il diritto previgente fosse stato davvero abrogato in blocco.

In realtà, nell'epoca in cui il codice è nato, è cresciuto e si è fatto adulto solo alcuni hanno condiviso questa posizione, e la tesi che si è accreditata progressivamente è stata quella di una abrogazione più cauta, « renfermée dans de sages limites » ⁽⁹³⁾, in modo che tutte le volte che i codici non contenessero che alcune disposizioni staccate, sparse, su certe materie, si potessero invocare le leggi anteriori relative allo stesso oggetto, con la preoccupazione, o con il pretesto, di evitare di rendere la nuova legislazione insufficiente su molti punti.

In conclusione, forse è stato solo nelle generose illusioni dell'Illuminismo, che si è potuto scrivere, e credere: « Nature and Nature's Laws lay hid in Night. / God said, *Let Newton be!* / and All was *Light* » ⁽⁹⁴⁾.

Più tardi, quando alla certezza di sorti progressive si è sostituita, nella convinzione profonda di tutti, la consapevolezza della relatività dei risultati e della loro ricerca faticosa nel flusso di un divenire continuo, un codice sembra partecipare, allo stesso tempo, di tradi-

⁽⁹²⁾ Per la metafora della legislazione d'*ancien régime* come edificio gotico v. P. VERRI, *Pensieri sullo stato politico del milanese nel 1790*, in P. VERRI, *Scritti vari*, a cura di G. Carcano, Firenze 1854, II, pt. II, p. 35; per quella del disordine barocco, v. Gé. TMSIT, *La codification, transcription ou transgression de la loi?* in *Droits*, 24, 1996, p. 84.

⁽⁹³⁾ V. sopra, n. 79.

⁽⁹⁴⁾ A. POPE, *Epitaph. Intended for sir Isaac Newton, in Westminster-Abbey*, in A. POPE, *The Twickenham Edition of the Poems of Alexander Pope*, VI. *Minor Poems*, London-New Haven, 1964, p. 317.

zione e di rinnovamento: perché, come ha scritto Guy Braibant, la stessa codificazione che riforma non è mai una riforma globale del diritto e la codificazione che dà forma nuova rimodella il diritto, e quindi non è una semplice compilazione ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ G. BRAIBANT, *Utilité*, cit., p. 63.

MASSIMO LA TORRE

LA LOTTA DEL « NUOVO » DIRITTO
CONTRO IL « VECCHIO »
GEORG JELLINEK PENSATORE DELLA MODERNITÀ (*)

« Die Kausalität ist die Gerechtigkeit der Weltgeschichte »
(G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften*, Vol. 1, p. 175).

I.

Georg Jellinek è preso in una profonda contraddizione in ragione della filosofia o, direi meglio, delle filosofie della storia che fanno come da sfondo alla sua concezione generale del diritto ⁽¹⁾. Per un verso è lo storicismo culturalista, l'insegnamento di Savigny,

(*) Una versione precente di questo scritto è stata presentata come relazione al seminario su « Georg Jellinek Vordenker einer moderner Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts? » organizzato dalla Facoltà giuridica della *Technische Universität Dresden*, Dresda, 16-19 settembre 1998.

⁽¹⁾ Georg Jellinek è di certo il più « filosofo » tra i « classici » della scienza giuspubblicistica germanica, sia per l'educazione ricevuta (è dottore prima in filosofia e poi in giurisprudenza) sia per il corso della sua carriera accademica (la sua prima « Habilitation » è in filosofia del diritto) sia per gli interessi di ricerca e il generale atteggiamento metodologico (in merito, si legga W. WINDELBAND, *Zum Geleit*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 1, Häring, Berlin, 1911, pp. VII-VIII). Per notizie biografiche su questo autore tanto rilevante per la dottrina pubblicistica dell'Europa continentale e tuttavia ancora troppo poco studiato, vedi C. JELLINEK, *Georg Jellinek. Sein Leben*, in *Neue Österreichische Biographie*, Vol. 7, 1931, p. 136 ss.; M.J. SATTLER, *Georg Jellinek (1851-1911). Ein Leben für das öffentliche Recht*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, a cura di H. Heinrichs et al., Beck, München, 1993, ed ora da ultimo K. KEMPTER, *Die Jellineks 1820-1955. Eine familienbiographische Studie zum deutschjüdischen Bildungsbürgertum*, Droste, Düsseldorf, 1998. Per una bibliografia degli scritti di questo studioso, la più completa rimane ancora quella del figlio W. JELLINEK, *Georg Jellineks Werke. Verzeichnis*, in *Archiv für öffentliches Recht*, Vol. 27, 1911, p. 606 ss.

quello che si riflette nelle sue pagine. È la storia interna d'un popolo quella che determina il suo sistema giuridico, al pari di ciò che succede per la lingua. È una lenta intima evoluzione che ha luogo nei recessi più profondi dell'anima del popolo, delle sue condotte e dei suoi costumi, ciò che ha poi espressione nel diritto sistematizzato della scienza giuridica. Non arbitrio, ma crescita spontanea. « Aus dem ganzen Zustand eines Volkes wächst sein Recht, seine Sprache, seine Sitte, seine Verfassung hervor. Nicht menschliche Willkür bestimmt die Bildungen, welche diese Ergebnisse des gesamten Volkslebens zeigen. Sie entwickeln sich nach den ihnen einwohnenden Gesetzen, sie sind notwendig und frei zugleich, frei in dem Sinne, daß sie nicht von außen kommen, sondern der höheren Natur des Volkes entspringen » (2).

D'altro lato Jellinek ha della storia una visione ben più tragica e tempestosa. La storia è anche scontro di poteri statali, guerra, vittoria e sconfitta, ed è qui che la storia propriamente si manifesta, come « tribunale del mondo » (3) e la causalità si rivela la giustizia della storia universale. In questo scontro di forze spesso titaniche — cui solo le anime belle possono credere di sfuggire, e rispetto a cui non v'è peccato maggiore dell'indifferenza e della neutralità — il diritto è sancito dalla violenza e questa ha qui il sigillo del verdetto finale, è anche giustizia. Il diritto in tali vicende può dunque sembrare opera d'arbitrio umano, ma è invece nuovamente prodotto di un destino sovraumano. « Es sind eben nicht nur die einer Kulturgemeinschaft, welche wir Volk nennen, entstammenden Lebensäußerungen, die dessen Rechtsgeschichte bestimmen. Von außen kommende historische Tatsachen können die Rechtsordnungen in gewaltigster Weise ändern und fortbilden. Von Anschmiegen und Anpassen an die Anschauungen und Überlieferungen der Rechtsgenossen ist da häufig nicht die Rede. Bevor allmähliches Gewöhnen an den plötzlich geänderten Zustand eintritt, empfinden die von ihm Betroffenen die neue Ordnung oft als schwere Schick-

(2) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, prolusione prorettorale tenuta il 22 Novembre 1907, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 1, cit., p. 392.

(3) Si legga anche G. JELLINEK, *Die Zukunft des Krieges*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 2, Häring, Berlin, 1911, p. 534.

salsfüfung, als bitteres Unrecht, das ihnen mit der täuschenden Maske des Rechtes entgegentritt » (4).

È questa seconda lettura della storia, influenzata da Comte e con echi del darwinismo imperante nella seconda metà dell'Ottocento (5), quella che predomina nel pensiero del professore di Heidelberg. Il conflitto è il motore della vita sociale, non solo nei rapporti tra comunità ma anche e forse soprattutto all'interno di queste. Vi è inoltre in quest'atteggiamento teorico una reminiscenza romantica, un ché di fatalista, l'idea che vi sono forze nel mondo che possono irrompere improvvisamente e travolgere individui e società. La tragedia è sempre imminente, e tragico è il destino di chi non si avvede del pericolo insito nell'esistenza e nella condizione umana. « Tiefe Tragik waltet im Leben derer, die es nicht fassen können, das Gesetze nicht nur nach der bestehenden Ordnung sich ändern, sondern daß auch aus ungeahnter Ferne hereinbrechende Fluten sie hinwegspülen können, als wären sie nie gewesen » (6). Dunque, la lotta si riproduce a tutti i livelli dell'esistenza; le società umane non ne sono esenti. Esse sono tutt'altro che silenziose idilliche comunità. Il conflitto, il trambusto, il salto, la rottura, la rivoluzione fanno parte della loro natura, al pari della crescita spontanea e costante, dell'armonia, della ricerca dell'unità e della concordia.

Potremmo anche dire che i due concetti di storia impiegati da Jellinek nel corso di tutta la sua ricerca siano rispettivamente quello di Hegel (7) e di Kant: il primo rivolto contro la ragione degli individui (superata sempre da quella tragica degli eventi), il secondo tale da arricchire le capacità di apprendimento dei singoli soggetti e essenzialmente ottimistica. Tra kantismo e hegelismo ondeggia il

(4) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 394.

(5) Sul darwinismo assunto come supporto delle scienze sociali, vedi G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, ristampa anastatica della I ed. (Wien, 1878), Georg Olms, Hildesheim, 1967, p. 39.

(6) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 394. Altrove si fa cenno della « tiefe Ironie, welche das Walten der unerforschlichen, die Menschenschicksale lenkenden Mächte begleitet » (G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 2, cit., p. 20).

(7) Ma Jellinek è in generale critico severo (non senza toni caustici) della filosofia hegeliana: si legga G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, cit., pp. 5-6.

Nostro ⁽⁸⁾ quando, dinanzi al compito di giustificare e proporre un concetto di Stato, da un lato ne fa una specie di unità normativa di carattere gnoseologico e d'altro verso oggettivizza, proietta nella realtà materiale, un tale costrutto gnoseologico, facendone un ente empirico nel mondo sensibile. E tanto forte è quest'operazione di oggettivizzazione che la stessa storicità dell'oggetto risulta come impallidita. Lo Stato, associazione di scopo, corporazione, assurge a categoria storica del politico. La presenza del dominio incondizionato basta per darci una forma di Stato. « Herrschen heißt [...] die Fähigkeit haben, seinen Willen gegen anderen Willen unbedingt durchsetzen zu können. Diese Macht unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen anderen Willen hat aber nur der Staat » ⁽⁹⁾. Suggestivamente — nonostante i ripetuti riferimenti alla tesi del « riconoscimento » come fonte di validità del diritto — per Jellinek è *Herrschaft* ciò che per Max Weber — l'amico — sarà *Macht* ⁽¹⁰⁾, in uno sforzo ancora maggiore di empirizzazione e anche per certi versi di razionalizzazione del potere politico. Nella sua definizione Jellinek espunge dalla nozione di potere politico ogni riferimento alla legittimità ⁽¹¹⁾. È come se egli, negando ogni necessità di giustificazione valorativa per lo Stato, volesse separare una volta per tutte la spada temporale da quella spirituale.

Anche nella prolusione del 1907 il conflitto è visto essenzialmente come il confronto decisivo, una « lotta a morte » invero, tra

⁽⁸⁾ Vedi G. JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, cit., p. 46, nota 2, dove si afferma anche la mancanza di collegamento, se non proprio l'incompatibilità, della filosofia della storia di Kant con la sua teoria morale, l'una ovviamente finalistica, l'altra rigidamente deontologica.

⁽⁹⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, III ed., VII ristampa, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960, p. 180.

⁽¹⁰⁾ « Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht » (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, V ed. a cura di J. Winckelmann, Mohr, Tübingen, 1985, p. 28).

⁽¹¹⁾ Cfr. G. HUBINGER, *Staatstheorie und Politik als Wissenschaft im Kaiserreich: Georg Jellinek, Otto Hintze, Max Weber*, in *Politik, Philosophie, Praxis. Festschrift für Wilhelm Hennis zum 65. Geburtstag*, a cura di H. Maier et al., Klett-Cotta, Stuttgart, 1988, p. 149: « Jellinek macht also nicht die für Webers Legitimationstheorie zentrale Unterscheidung zwischen Macht und Herrschaft, sein Staatstheorie ist Machttheorie und Anerkennungstheorie zugleich ».

« potere senza diritto » e « diritto senza potere ». « Auch in den gewaltigen Staatsumwälzungen der neueren Zeit stand nicht Recht gegen Recht, sondern rechtlose Macht gegen machtlose Recht »⁽¹²⁾. E questo si risolve inevitabilmente con la vittoria del primo sul secondo, e così facendo il potere acquisisce quel diritto che fino ad allora non aveva. Non si tratta di diritto contro diritto, perché ciò in parte presupporrebbe già superato il conflitto, bensì di un diritto declinante perché progressivamente privo di potere e di un potere ascendente perché sempre più forte e dunque come tale desideroso di attribuirsi piena legittimità (che solo può ricevere dalla sanzione del diritto). Nondimeno le due parti del conflitto si fronteggiano ciascuna portatrice di una specifica « idea del diritto », un conflitto questo tra l'altro che diviene particolarmente tragico allorché si svolge dentro la coscienza di un singolo soggetto⁽¹³⁾.

In ogni caso, sia per ciò che riguarda il diritto declinante o per ciò che concerne il potere ascendente, è il potere, la forza materiale, in ultima istanza la spada — potremmo dire con un'immagine plastica —, ciò che decide. Il diritto si piegherà al vincitore e gli tributerà le sue insegne. Così — si può ricordare — Jellinek nella *Allgemeine Staatslehre* ritorna significativamente sulla figura dell'« usurpatore »⁽¹⁴⁾: è questo un po' il caso estremo dell'esperienza giuridica e di tutta la teoria del diritto, lo Stato eccezionale contro il quale si misura la forza normativa delle regole e la capacità esplicativa della scienza giuridica. Ebbene, l'usurpatore, se gli arride il successo, si fa legislatore legittimo. Per Jellinek non può esservi alcun dubbio in merito. È la cosiddetta forza normativa del fattuale, da lui ripetutamente messa in gioco.

È possibile nondimeno — continua Jellinek — che si diano conflitti giuridici all'interno di una medesima comunità, come una lotta cioè tra due diritti entrambi parimenti validi e supportati da un potere fattuale. Dentro uno stesso ordinamento possono dunque darsi istituti, valori e principi tra loro confliggenti. Questi però sono

(12) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 395.

(13) Si legga G. JELLINEK, *Die Idee des Rechts im Drama in ihrer historischen Entwicklung*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 1, p. 208 ss.

(14) Vedi G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 340.

condannati nuovamente ad una specie di lotta a morte. Ciò perché tra i principi ultimi — secondo il Nostro — non può darsi un temperamento normativo. I principi sono qui intesi come degli « assoluti », pretese generali e pervasive che non possono conciliarsi semanticamente ed argomentativamente con altre pretese generali e pervasive. Tutt'al più si potrà trovare tra loro un *modus vivendi*, un compromesso, frutto per così dire di negoziazioni, mai un vero e proprio accordo fondato su ragioni comuni. Jellinek è di certo uno degli ispiratori delle tesi weberiane del « politeismo dei valori », e della loro impossibilità d'intendersi. La concezione metatetica del giurista viennese è un misto di emotivismo e di prescrittivismismo, là dove le posizioni morali sfuggono ad ogni giustificazione oggettiva o intersoggettiva. Sui valori non si può argomentare, ci si deve limitare — come dirà poi Alf Ross — a battere i pugni sul tavolo. « Im Kampfe der Geister gibt es auch kein gegenseitiges Überzeugen. Die Literatur jener Kämpfe scheint nur für die eigenen Parteigenossen bestimmt zu sein. Die Gegner werden niemals überzeugt, nur die eigenen Anhänger in ihrem Glauben bestärkt, eine Erscheinung, die ja auch auf anderen Gebieten auftritt, in denen unversöhnliche Gegensätze walten. So glaubt jede der kämpfenden Parteien ihr gutes Recht gegenüber der anderen zu verteidigen oder durchzusetzen, ohne daß ein menschlicher Richter vorhanden wäre, dessen Urteil sich beide Streitparteien freiwillig unterwerfen würden » (15).

Così Jellinek si trova ancora una volta obbligato a prendere le distanze dallo storicismo evoluzionistico che fa dipendere la giustizia di un principio dalla sequela temporale in cui questo si manifesta. Ciò che viene dopo non è più giusto ed ha la meglio necessariamente su ciò che è venuto prima. « Auf dem Gebiet der Ideen und Prinzipien aber entscheidet nicht die zeitliche Aufeinanderfolge, sondern der innere Wert den endlichen Sieg » (16). Un argomento simile il Nostro usa contro la concezione marxiana del materialismo storico. Si nota innanzitutto l'incoerenza di una prospettiva per cui uno stesso evento o stato di cose, lo Stato ad esempio, va giustificato e riconosciuto come legittimo rispetto al passato e invece condannato e rigettato in una prospettiva futura. In realtà — si afferma —

(15) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 396.

(16) *Ivi*, pp. 396-397.

lo storicismo non fa altro che rendere impossibile una genuina presa di posizione etica. « Denn wenn die Geschichte von einer von allen individuellen Entschlüssen unabhängigen, jenseits von Gut und Böse stehenden ehernen Notwendigkeit durchwaltet ist, dann setzt sich das Notwendige von selbst durch und bedarf keiner Anerkennung von seiten des Individuums » (17). Senza dire poi che per Jellinek, dato che « nessun fenomeno sociale è semplicemente il rappresentante di un genere » (18), nella storia è impossibile tracciare o rinvenire delle leggi generali. Nella sfera dell'azione umana le predizioni sono soggette a continue smentite.

II.

1. Nella prolusione prorettorale del 1907, il suo scritto più programmatico, Jellinek segnala tre principali ragioni di conflitto all'interno stesso dell'ordinamento giuridico. Ovviamente egli sta parlando del *Reich* guglielmino e si riferisce a temi ben concreti della politica di quello Stato. Tuttavia, il suo elenco non è privo di ambizioni più generali. Si tratta — sembra di intuire — di conflitti che vanno oltre persino il contesto della Costituzione del *Reich* ed hanno un valore epocale, investendo il destino dell'intera cultura giuridica moderna.

Il primo conflitto menzionato è quello tra l'ordine secolare del legislatore laico e quello teologico-spirituale della Chiesa — e quando qui si dice chiesa è a quella cattolica che si fa principale e quasi esclusivo riferimento. Jellinek ripercorre il processo che ha dato origine allo Stato moderno: questo infatti nasce dalla lotta contro la Chiesa e dall'emancipazione del diritto dalle pretese universali di questa. All'inizio vige la dottrina delle due spade, fondata su un passaggio dell'evangelista Luca (19) e formulata esplicitamente in una famosa epistola di papa Gelasio all'imperatore Anastasio. « Zwei swert — leggiamo ad esempio nel *Sachsenspiegel* (I, 1) — liz got in ertriche zu beschermene die kristenheit. Dem

(17) G. JELLINEK, *Allegemeine Staatslehre*, cit., p. 229.

(18) *Ivi*, p. 30.

(19) Cfr. G. JELLINEK, *Adam in der Staatslehre*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 2, Haring, Berlin, 1911, p. 27.

pabiste daz geistliche, deme koninge daz wertliche ». Per lungo tempo l'equilibrio tra le due spade, quella temporale dello Stato e quella spirituale della Chiesa, è stato instabile, in ragione del fatto che la Chiesa pretendeva, se non di detenere essa anche il potere temporale, di subordinare questo alla sua autorità spirituale. E — ricorda Jellinek — nemmeno il più altezzoso e superbo dei monarchi osò mai affermare durante tutto il Medioevo che lo Stato potesse sottomettere alla propria giurisdizione il potere spirituale. Con l'emergenza dello Stato moderno la situazione cambia in maniera radicale. Ciò perché lo Stato si configura ora come il detentore di una *plenitudo potestatis* che non tollera concorrenti. « Der Staat der neuen Zeit mißt sich das ausschließliche Recht zu, die äußeren menschlichen Lebensverhältnisse zu regeln, jedem Einzelne, wie jedem Verbands seine rechtliche Stellung in der Gemeinschaft anzuweisen, ohne dieses Recht mit irgendeiner Macht zu teilen »⁽²⁰⁾.

Alla dottrina delle due spade succede una dottrina della spada unica, una *Einschwertertheorie*. Ovviamente la chiesa (quella cattolica) non può accettare questa unicità della spada. E non lo può non solo per ragioni proprie alla dinamica dell'istituzione, ma anche in quanto questa (la chiesa) rappresenta una concezione del diritto diametralmente opposta a quella di cui è portatore lo Stato moderno. È la contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo, tra un diritto proveniente dalla divinità e un diritto « umano troppo umano », il primo immodificabile, eterno ed universale, il secondo cangievole, provvisorio, relativo a certi agglomerati sociali storicamente dati. Non si pensi tuttavia che il diritto naturale sia più « comprensivo » come dottrina di un atteggiamento laico e giuspositivista. Alla fine di conti, il diritto naturale provvede gli uomini con regole di determinazione elevata solo in certe materie (quelle in particolare che toccano i campi dogmatizzati dalla religione rivelata), ma lascia amplissimo spazio al « braccio secolare » di comportarsi come meglio crede in ambiti che invece per una sensibilità moderna richiedono un'accurata definizione e comunque rimandano ad un problema di legittimità e giustificazione. Così per esempio molto giusnaturalismo di estrazione religiosa (antico, moderno e contemporaneo) è abbastanza indifferente alla forma di governo; fa lo stesso

(20) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 400.

che questa sia il potere dell'uno, dei pochi, o dei molti, anche se talvolta non nasconde la sua preferenza per il governo dell'Uno. Gli è indifferente dunque la questione su cui si appunta spasmodicamente l'attenzione della teoria politica moderna: quella della necessità e della struttura del potere politico. Paradossalmente il riferimento alla fissità dell'ordine naturale tende ad eliminare l'urgenza della legittimità dell'istituzione politica *come tale*.

Il conflitto deriva — scrive Jellinek — dal fatto che il diritto della Chiesa è assunto come d'origine divina, dunque come intangibile da parte del legislatore umano ed accessibile semmai ad interventi decisi dagli organi della Chiesa medesima, istituzione essa stessa divina. La Chiesa cioè « ruht auf dem Gedanken, daß ihr Recht göttlichen Ursprungs sei, und daß göttliches Recht durch menschliche Satzung nicht geändert werden könne, ja daß auch sie allein berufen sei, die wandelbaren menschlichen Bestandteile ihrer Rechtsordnung abzuändern » (21). Così per esempio — continua Jellinek — Pio IX, nell'allocuzione del 22 maggio 1868 doveva dichiarare *leges abominabiles* e dunque invalide e nulle le misure del governo austriaco prese in deroga delle disposizioni del concordato e nell'enciclica del 5 febbraio 1875 lo stesso papa si pronunciava contro le leggi del *Kulturkampf* come emanate in violazione della costituzione divina. Una soluzione teorica e pacifica del conflitto non è però in vista. A questo punto Jellinek fa un'osservazione che è di grande interesse.

Per risolvere il conflitto tra autorità spirituale e autorità temporale non è neppure sufficiente rifarsi alle teorie che tendono a fare del diritto vigente il diritto giusto, in primo luogo tra queste lo storicismo col suo appello al *Volksgeist*. Ciò perché per un verso anche il diritto della Chiesa può rifarsi ad una tale fonte; non v'è dubbio che almeno entro certi àmbiti il diritto canonico sia diritto vigente. Per altro verso tuttavia il fatto che il diritto canonico sia vigente e l'edificio della Chiesa possa rivendicare una storicità incomparabile con quella di nessuno Stato, tale vigenza nondimeno non ci dice ancora nulla né della giustizia o legittimità o giustizia del diritto canonico né dello statuto normativo della dottrina religiosa e morale di cui la Chiesa è la rappresentante e portatrice. Perché la

(21) *Ibidem*.

Chiesa potesse soddisfare veramente le pretese normative ch'essa stessa solleva, essa dovrebbe poter essere in grado di dimostrare che è essa la portavoce della *vera religio*. Ma di ciò — dice Jellinek — può convincerci solo la congiunzione di dogma e fede, e non v'è prova razionale. La Chiesa non è dunque in grado di giustificare la sua pretesa legislatrice universale. « Doch verhält es sich genau so mit allen anderen Theorien bis zu der neuesten herunter, die uns den Weg weisen will, im geltenden Rechte das richtige zu finden. Um die hier aufgeworfene Frage zu lösen, müßte sie zunächst den widerspruchlos überzeugenden Beweis liefern, welches denn die richtige Religion und die richtige Kirche sei » (22).

Nel conflitto tra diritto umano e diritto divino, tra Stato e Chiesa, non ci resta dunque che prendere posizione. Chi si pone dalla parte della Chiesa deve però provarci d'essere in possesso della vera religione, della qualità di unto del Signore. Per chi abbraccia la prospettiva dello Stato la prova invece è assai meno onerosa, e può limitarsi a dimostrazioni meno ambiziose ma di certo assai meno controfattuali e dunque dotate di maggiore evidenza. Ci si può rimettere alla forza normativa dei fatti, giacché non si avanzano pretese di correttezza atemporale ed universale. Dunque, se si assume la prospettiva dello Stato, com'è più plausibile e più prudente, allora quella della Chiesa rimane esclusa e va rigettata. Lo Stato può certo accettare che le sue leggi siano ragionevoli e giustificate da argomenti morali; l'umanità del diritto non implica necessariamente la sua arbitrarietà. Ciò che invece non può accettare è che qualche altro ente gli disputi la competenza della *Grundnorm* cui devono farsi risalire le regole vigenti. Il monopolio della produzione normativa non può essergli sottratto senza abdicare alla stessa forma Stato. « Die Änderung eines bestehenden Rechtszustandes soll sicherlich nicht regelloser Willkür entspringen, sondern nur aus triftigen Gründen vorgenommen werden, aber irgendeine außer- oder gar überhalb des Staates stehende Macht, die ihm unübersteigliche Schranken für die innere Ordnung seiner Verhältnisse setzen könnte, ist für die Auffassung des Staates von seiner Zuständigkeit nicht vorhanden » (23). Dietro l'affermazione della centralità dello

(22) *Ivi*, p. 403.

(23) *Ivi*, p. 404.

Stato non vibra però solo un motivo statolatrico; vi è qualcosa di più forte: si rivendicano anche i meriti della ragione contro le pretese del dogma, si distinguono le prerogative della divinità e i diritti della cittadinanza. Non si è troppo distanti da quanto Voltaire dice nel suo *Éloge historique de la raison*: « Nous ne citerons plus jamais les deux puissances, parce qu'il ne peut en exister qu'une: celle du roi ou de la loi dans une monarchie; celle de la nation dans une république. La puissance divine est d'une nature si différente et si supérieure qu'elle ne doit pas être compromise par un mélange profane avec les lois humaines » (24).

2. Analogico per certi versi al conflitto tra Stato e Chiesa è quello tra Stato moderno e Stato feudale. Anche qui si confrontano due concezioni radicalmente opposte del diritto e della società umana. Per l'uno, per la visione feudale, la tradizione ha la meglio sulla riflessività e l'accordo delle volontà; per l'altro accade proprio l'opposto. In particolare per lo Stato feudale la struttura sociale e la composizione dei diritti è indipendente e precedente all'ordine convenzionale dello Stato, ancorata com'è ai costumi ed agli usi. « Der Lehnsstaat beruht auf dem Gedanken, das die Eigentumsordnung vorund überstaatlich sei » (25). D'altra parte il diritto e lo Stato feudale sono il risultato di una serie composita di rapporti e relazioni particolari di tipo quasi-contrattuale, nelle quali non vige tanto l'obbedienza (che come principio si afferma invece all'interno dell'ordinamento canonico) quanto la « fedeltà ». « Der Lehnsstaat kennt im Verhältnis der einander übergeordneten Gewalten nur den altgermanischen Gedanken der Treue, nicht den des Gehorsams » (26). Si delineano dunque tre caratteri principali dell'ordinamento feudale: è *tradizionale*, e dunque non convenzionale, « oggettivo » per così dire, non « intersoggettivo », perché radica nell'antichità dei suoi ordini che gli conferiscono legittimità. È un ordine « proprietario », nel senso che il diritto pubblico è quasi

(24) VOLTAIRE, *Éloge historique de la raison prononcé dans une académie de province par M...*, in VOLTAIRE, *L'Ingénue et autres contes*, Bookking International, Paris, 1993, p. 265.

(25) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 404.

(26) *Ivi*, p. 405.

del tutto schiacciato su quello privato e i rapporti politici sono concepiti alla stregua di rapporti di proprietà, di *relazioni patrimoniali*. « Die Ordnung des Lehnstaat ist Sachherrschaft » — dice Jellinek ⁽²⁷⁾. Infine è un ordine *limitato*, in quanto le sue competenze sono il risultato di accordi, contratti, privilegi e controprivilegi, i quali impediscono l'emergere di un organo dotato di pieni poteri di produzione normativa. « Das Verhältnis zwischen König und Lehnsträger ist [...] als ein vertragsmässiges und daher als ein begrenztes zu denken » ⁽²⁸⁾.

Accanto all'ordine feudale sopravvive tuttavia il ricordo e l'idea di un potere temporale, quello dell'Imperatore romano, al quale i sudditi devono incondizionata obbedienza a prescindere da ogni tradizione, privilegio, uso o accordo previo. È la *maiestas* che timidamente viene riproposta grazie anche al recupero tardomedievale del diritto romano. Il detentore della *maiestas* se ne riconosce titolare originario, mentre i suoi vassalli la concepiscono come l'esercizio di un diritto che è fondamentalmente il loro e che dunque essi gli possono revocare, e che il sovrano esercita in loro vece, per loro mandato e nel loro interesse. Si hanno qui tutti gli elementi di un nuovo conflitto epocale. Ed è la lenta ma inarrestabile espropriazione dei diritti feudali in favore di un centro unico di sovranità ciò che permette ed accompagna la nascita dello Stato moderno. Questo processo può anche essere concepito come la lotta di due opposti sistemi giuridici. « In diesem Prozeß stehen sich aber nicht nur zwei Machtfaktoren, sondern zwei entgegengesetzte, miteinander unvereinbare Rechtssysteme gegenüber. Wenn die Fürsten es als ihr gutes Recht betrachten, die Vorrechte und Privilegien der Stände zu beschränken und aufzuheben, so empfinden es die hiervon Betroffenen nicht als eine unbequeme rechtliche Tatsache, sondern als bitteres Unrecht, denn jede Enteignung als gegen den Willen des bisher Berechtigten vorgenommene Rechtsentziehung widerspricht durchaus dem ganzen Vorstellungskreise, in dem ihr bisheriges Recht groß geworden war » ⁽²⁹⁾. (Sia qui notato *en passant* come Jellinek connetta l'esistenza di un sistema giuridico al sentimento

⁽²⁷⁾ *Ibidem*.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²⁹⁾ *Ivi*, p. 406.

d'essere « nel proprio diritto » e dunque ad una rivendicazione di giustezza o correttezza se non proprio di giustizia).

Ma un tale processo di espropriazione ⁽³⁰⁾ è lento e lungo e rimane in parte ancora incompiuto. In Francia è solo con l'evento traumatico della rivoluzione dell'89 che si porta a compimento l'opera avviata dal monarca assoluto. Ed in Germania — scrive Jellinek — resti dell'ordinamento feudale sono ancora ben presenti. A questo proposito egli menziona l'organizzazione dell'esercito tedesco in cui gli ufficiali giurano fedeltà all'Imperatore con formule che risalgono al passato dei rapporti di vassallaggio, mentre — com'è noto — una norma costituzionale impediva loro di sottoporsi a un giuramento di fedeltà alla costituzione medesima. Accenna anche alla struttura costituzionale del *Reich*, in cui il potere dell'aristocrazia terriera prussiana, gli Junker, permaneva ancora rilevante. « Von der auch heute noch in deutlichster Sichtbarkeit hervortretenden Fortdauer der alten sozialen Schichtung in den östlichen Teilen des Reiches und ihrer politischen Bedeutung haben wir an dieser Stelle nicht zu reden » ⁽³¹⁾. Ora, questa situazione confligge con la nozione stessa di Stato moderno. Questo non tollera limiti sia pure tradizionali alla sua sovranità. Ovvero, se limiti vi sono, questi sono sempre contingenti e frutto di autolimitazione. « Faktische Beschränkungen der souveränen Staatsmacht sind zwar möglich, zu rechtlichen können sie aber nur durch deren eigenen Willen erhoben werden » ⁽³²⁾. Ciò che conta è che essi possano essere travolti. La sovranità ha così un ché di controfattuale. « Souveränität bedeutet ja nicht notwendig tatsächliche Änderung des überkommenen Rechtes, sondern nur rechtliche Möglichkeit, es jederzeit zu ändern » ⁽³³⁾. Va comunque sottolineato che nella definizione appena menzionata la sovranità ci appare come il potere di *mutare* il diritto posto, di riformularlo in senso anche opposto a quello vigente al

⁽³⁰⁾ Cfr. M. WEBER, *Politik als Beruf*, in M. WEBER, *Gesammelte Politische Schriften*, a cura di J. Winckelmann, V ed., Mohr, Tübingen, 1988, p. 510: « Überall kommt die Entwicklung des modernen Staates dadurch in Fluß, daß von seiten der Fürsten die *Enteignung* der neben ihm stehenden selbständigen "privaten" Träger von Verwaltungsmacht [...] in die Wege geleitet wird » (corsivo mio).

⁽³¹⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 409.

⁽³²⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 481-482.

⁽³³⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 410.

momento della modifica, non però di *violare* il diritto, non l'attribuzione della decisione *contra legem* — così come invece è detto in maniera esplicita qualche decennio dopo da Hermann Heller ⁽³⁴⁾ ed è invero sottinteso qui e là nella dottrina dello Stato dello stesso Jellinek.

Si farebbe però torto allo studioso austriaco se gli si attribuisse un concetto vuoto di sovranità. « Die Selbstherrlichkeit des Staats ist die Macht — scrive in *Die rechtliche natur der Staatenverträge* che è del 1880 —, dem eignen Willen Vorschriften zu geben, die Fähigkeit, für sich Recht zu erzeugen » ⁽³⁵⁾. Il suo è un tentativo coraggioso e concettualmente raffinato: si tratta di trasporre la nozione kantiana di autonomia individuale a dei soggetti collettivi, a delle « corporazioni ». Così come nella prospettiva kantiana il soggetto è libero in quanto si dà quelle leggi che gli sono dettate dalla ragione, del pari lo Stato è sovrano in quanto per agire si sottopone a delle leggi di carattere procedurale. Il torto di Jellinek è quello piuttosto di non aver sviluppato il lato per l'appunto procedurale ed intersoggettivo della nozione di autolimitazione e di averne fatto un concetto quasi organicistico, ontologizzante. Non è ben chiaro allora quali siano i criteri — oltre la presenza dei famosi « organi » — perché si dia limitazione e dunque anche « auto-limitazione » dei poteri statali. Jellinek incorre insomma nel medesimo errore di Kant: quello di offrire al suo concetto di autonomia solo una fondazione monologica, di maniera che l'autolimitazione (sia questa della libertà dell'individuo nel caso di Kant o della sovranità « corporativa » nel caso di Jellinek) è affare puramente soggettivo.

Nella prospettiva del Nostro, difatti, la sovranità risulta limitata soprattutto perché il suo titolare *si pensa* o *si vuole* (e non tanto perché *si costruisce*) limitato, cioè in virtù d'un fatto meramente soggettivo che non ha alcuna rilevanza concettuale né proiezione normativa. (E ciò avviene fondamentalmente perché il soggetto Stato è da lui concepito come un ente dotato di una pregnante e

⁽³⁴⁾ Vedi per esempio H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, a cura di Ch. Müller, Vol. 2, II ed., Mohr, Tübingen, 1992, p. 132.

⁽³⁵⁾ G. JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Hölder, Wien, 1880, p. 18.

densa dignità ontologica). Di modo che il sovrano può bene cambiare attitudine rispetto ai limiti da lui prima accettati e dunque travolgerli. Né può vincolare coloro che gli succederanno nella carica a continuare ad osservare quei limiti che lui solo *di fatto* rispetta.

Se fosse altrimenti, se la sovranità fosse *materialmente limitata*, allora — egli teme — dovrebbe reintrodursi l'antico principio di legittimità per ciò che concerne i rapporti politici. Ma poiché questi ultimi nello Stato moderno sono il risultato dell'espropriazione di antichi privilegi, in tal caso il sovrano non potrebbe evitare l'accusa d'essere nient'altro che un usurpatore. Una volta che l'antico *Reich*, il sacro Romano Impero, è travolto dalle armate napoleoniche, non vi sono più soggetti subordinati solo a questo e indipendenti dai rispettivi Stati; non vi sono più famiglie, né ceti, né dinastie, il cui diritto sia autonomo o speciale rispetto a quello generale dello Stato. « Die Mitglieder der Dynastien sind daher der Staatsgewalt unterworfen » ⁽³⁶⁾. Il rigetto delle pretese giuridico-politiche dell'aristocrazia feudale e degli ambienti monarchici legittimistici ancora forti in Germania all'inizio del secolo non potrebbe essere più netto. Ora, l'argomento che è alla base di tale rigetto è lo stesso che lo spinge alla difesa di una concezione *formale* (ma insufficientemente procedurale) della sovranità.

Il diritto pubblico generale ha la meglio sulle regole dinastiche delle varie case reali, sì che una modifica sostanziale di queste ultime può darsi solo attraverso un processo di revisione costituzionale. Jellinek qui aveva presente in particolare alcuni problemi giuridici sorti per la successione dinastica interna a qualche staterello del secondo *Reich*, allorché si era negato al diritto costituzionale la competenza a regolare e risolvere il conflitto senza l'assenso della famiglia reale coinvolta. Tutto ciò però contraddice il diritto « nuovo » di cui significativamente uno degli antesignani in territorio tedesco — dice Jellinek — è stato il cancelliere Bismarck. Questi infatti aveva riconosciuto che il principio legittimistico non poteva fornire una base giustificativa al nuovo *Reich*. Lo Stato moderno, e il secondo *Reich* vuole essere tale, non può sfuggire allo spirito del tempo che offre agli ordini politici eminentemente una legittimità

(36) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 411.

rivoluzionaria. « Das, was wir modernen Staat nennen, ist für den Bismarck der Bundestagzeit illegitimen Ursprungs, das heißt, [...] im Gegensatz zu dem durch außerstaatliches Recht beschränkten Feudalstaat entstanden, wird aber deshalb von ihm nicht minder anerkannt »⁽³⁷⁾. (Suggestivamente quest'argomento sarà ripetuto da Hermann Heller nel primo dopoguerra per dare legittimazione storica ad una interpretazione democratica radicale della Repubblica di Weimar). Lo Stato prussiano si è annesso i territori di Hannover, Kurhessen, e Nassau in aperta violazione dei diritti dinastici dei principi che vi avevano regnato per secoli. Per non parlare della guerra con la monarchia danese e la sottrazione fattale subire dello Schleswig-Holstein. Sono allora i partigiani del legittimismo, che improvvisamente si riaffacciano sulla scena politica, disposti a portare alle estreme conseguenze la loro posizione? Sono pronti ad accettare « daß die ganze Stabilierung der Souveränität, auf der der moderne Staat ruht, vom Standpunkte der alten feudalen Ordnung Usurpation und Unrecht war »⁽³⁸⁾? La modernità insomma — è questo il succo del discorso — è risoluzione della questione della *legittimità* in quella della *legalità* e trova la sua manifestazione più tipica nell'istituzione dello *Stato*⁽³⁹⁾.

Ora, però, questa rivendicazione della centralità dello Stato nell'opera di Jellinek ha — non può dimenticarsi — un carattere ambiguo. Non è tanto o non solo la proposta di uno spazio

⁽³⁷⁾ *Ivi*, p. 412.

⁽³⁸⁾ *Ivi*, p. 413.

⁽³⁹⁾ È anche vero che, già al tempo in cui Jellinek scrive, una simile configurazione della modernità non è più una novità. Al lettore italiano per esempio poteva tra l'altro ricordare l'interpretazione che del pensiero di Machiavelli dava Francesco De Sanctis, il critico letterario più influente dell'Italia post-risorgimentale. Sono tre — per De Sanctis — i motivi conduttori della riflessione politica del segretario fiorentino: la secolarizzazione della vita civile (e la corrispondente critica delle pretese imperialistiche della Chiesa), la civilizzazione dei rapporti sociali (cui sono ritenuti ostili ed estranei i cosiddetti « gentiluomini », baroni, feudatari ed altri potenti che si sottraggono al diritto comune), la centralizzazione della sfera politica (con la conseguente sfiducia nelle antiche istituzioni comunali cui invece si contrappone l'astro nascente dello Stato): vedi F. DE SANCTIS, *Machiavelli*, in F. DE SANCTIS, *Saggi critici*, a cura di L. Russo, Vol. 2, Laterza, Bari, 1965, p. 349 ss. Tutto ciò si sarebbe trovato — diceva De Sanctis — in Machiavelli; ed è certo che costituisce la lettura della storia moderna fatta dal critico letterario. Tutto ciò si trova del pari — e significativamente — nell'opera di Jellinek.

« politico, non metafisico », neutrale dunque e tollerante rispetto alle varie dottrine morali « comprensive », vale a dire una rivendicazione della « laicità » della vita pubblica. Non è nemmeno solo l'affermazione della certezza del diritto che si risolve in un principio d'uguaglianza formale per cui tutti sono ugualmente soggetti alla legge e i rapporti tra i soggetti sono pertanto prevedibili, e di conseguenza sono esclusi i privilegi e le aree d'immunità feudali e corporative. Non è nemmeno tanto una comprensione della politica come sfera convenzionale di « pubblicità », rispetto alla « naturalità » e opacità di àmbiti pretesamente naturali ma « privati » come la famiglia, la dinastia o il feudo. A tutto ciò deve aggiungersi la percezione prevalente e — mi si consenta — prepotente della sfera pubblica come àmbito di sottomissione o subordinazione ad un'autorità tendenzialmente onnipotente, come risulta tra l'altro dalla sua dottrina dei diritti pubblici soggettivi imperniata non su un'originaria e fondamentale pretesa di autonomia bensì su uno *status* di inferiorità e dipendenza rispetto allo Stato, lo *status subjectionis* ⁽⁴⁰⁾. Vi è in Jellinek un elemento quasi statolatrico; vi è una sorta di idolatria della legge, unica vera « sostanza » del fenomeno giuridico, della quale i diritti soggettivi pubblici e privati continuano ad essere riflessi, appendici, « accidenti ». Come è stato notato, non vi sono diritti fondamentali nella dottrina costituzionale di Jellinek; qui « die Freiheitsrechte sind vom Gesetzgeber unbeschränkt gestaltbar » ⁽⁴¹⁾.

L'ideale politico dello studioso viennese è ben lontano da quello del Professor Unrat, riuscita raffigurazione letteraria dell'ideologia borghese dominante nella Germania guglielmina. Unrat — ci racconta Heinrich Mann —, mettendo in guardia « vor der unseligen Sucht des modernen Geistes », entusiasticamente acclamava « eine einflußreiche Kirche, einen handfesten Säbel, strikten Gehorsam und starre Sitten » ⁽⁴²⁾. L'ideale di Unrat sembra anzi essere proprio quello che per Jellinek rappresenta lo spirito del « vecchio diritto ».

⁽⁴⁰⁾ Mi permetto di rinviare in merito al mio *Disavventure del diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1996, capitolo III.

⁽⁴¹⁾ M.J. SÄTTLER, *Georg Jellinek (1851-1911). Ein Leben für das öffentliche Recht*, cit., p. 357.

⁽⁴²⁾ H. MANN, *Professor Unrat*, Rowohlt, Hamburg, 1994, p. 33.

E tuttavia, nonostante le tante differenze, l'atteggiamento di Jellinek ha qualche punto in comune con quello dell'anziano Unrat: la centralità dello Stato, la concezione gerarchica delle relazioni politiche, il sospetto per l'individuo (che nel caso di Jellinek viene reso compatibile col liberalismo grazie alla reinterpretazione di questo in termini comunitaristici ed all'introduzione di un nuovo referente legittimante, la nazione).

Va ricordato a questo proposito che nella sua prima opera presentata (ma invano) all'Università di Vienna per ottenere l'abilitazione alla docenza della filosofia del diritto (*Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, I ed., Vienna 1878) il giovane Jellinek difendeva una metatetica vagamente comunitaristica, sostenendo che là si ha dover essere ed obbligazione etica dove sono in gioco le condizioni d'esistenza e di sviluppo della collettività. In quest'opera prima si criticavano le distinzioni troppo nette di diritto e morale, attribuite alla « concezione atomistica della società così come questa è stata prodotta dall'epoca illuministica in Francia ed Inghilterra. In questa concezione la società non è qualcosa di necessario per natura, bensì poggia sulla libera volontà dei singoli » (43). L'*ethos* individuale — si afferma — va derivato da quello collettivo (44). E la giustizia è pensata platonicamente come ciò che mantiene l'equilibrio delle parti che compongono un organismo (45).

Il comunitarismo, la visione dell'individuo come membro integrato di un « tutto », è anche all'origine dell'ottimismo jellinekiano: « Wer sich immer als Teil des Ganzen fühlt, das Ich nicht zum Mittelpunkt und Träger der Welt macht, der begreift das Uebel nur als Bedingung, als Moment des Guten, und sieht dieses im Universum zum vollkommenen Ausdruckgelangen » (46). Il comunitarismo in Jellinek è infine anche epistemologico, in quanto si afferma che per giungere ad una conoscenza del fenomeno sociale questo non può essere concepito come il risultato contingente e instabile del-

(43) G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, cit., pp. 44-45.

(44) Vedi *ivi*, p. 49.

(45) Vedi *ivi*, p. 130.

(46) G. JELLINEK, *Die Weltanschauungen Leibniz' und Schopenhauers. Ihre Gründe und ihre Berechtigung. Eine Studie über Optimismus und Pessimismus*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 1, cit., p. 37.

l'arbitrio individuale ⁽⁴⁷⁾ e l'individuo dev'essere considerato « nicht mehr als Ich, sondern nur noch als Atom » ⁽⁴⁸⁾, come un atomo di un corpo da cui riceve vita e senso. La società per esser oggetto di studio deve costituire una « sostanza » in sé, uno specifico ambito della realtà; strategia metodologica questa del tutto analoga a quella adottata dalla linea Gerber-Laband per affermare l'autonomia della scienza giuridica pubblicistica. La quale assume dunque uno spiccato carattere ideologico-giustificatorio, in quanto per darsi deve presupporre un ambito « giuridico » ed uno « statale » come dati oggettivi, dunque sottratti alle considerazioni dei loro fondamenti normativi.

3. Riflesso in parte del conflitto tra ordinamento feudale e ordinamento statale è il terzo punto attorno al quale, secondo Jellinek, si sviluppa con forza la lotta del diritto « nuovo » contro il « vecchio »: la contesa o meglio la tensione, « ein anderer hartnäckiger Kampf » ⁽⁴⁹⁾, tra principio monarchico e costituzionalismo, anche questo di grande attualità nella Germania guglielmina in cui egli si trova ad operare con orgoglio non scevro di disprezzo per la marmaglia di Vienna, il « Gesindel in Wien ». Ciò ch'egli sembra volere superare è la struttura dualistica ⁽⁵⁰⁾ del *II Reich*, la cui costituzione è attraversata dal conflitto tra i poteri del parlamento e quelli di un esecutivo responsabile solo verso il monarca cui spettano ancora una somma di poteri relevantissimi. Qui — lo si può già intuire — giungiamo al cuore della teoria del diritto e dello Stato del giurista austriaco e della sua concezione della modernità.

Laddove il costituzionalismo si è introdotto non in contrapposizione ma in armonia con una signoria monarchica niente affatto contestata nei suoi principi, c'è la tendenza — osserva Jellinek — a considerare il monarca ancora come la fonte ultima del diritto costituzionale, che così si costituisce mediante un atto di rinuncia, di

⁽⁴⁷⁾ Vedi G. JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, cit., pp. 27-28.

⁽⁴⁸⁾ *Ivi*, pp. 11-12.

⁽⁴⁹⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 416.

⁽⁵⁰⁾ Per la caratterizzazione del *Reich* guglielmino come sistema *dualistico*, cfr. J. ESTEVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1988, capitolo I.

modestia e di riserbo — per così dire — del re rispetto alle sue originarie assolute prerogative. Se è così però, non si vede — scrive il Nostro — perché il monarca dovrebbe considerarsi vincolato alle costituzioni concepite come una concessione graziosa ch'egli fa ai sudditi. « Wenn der König tatsächlich die Substanz der ganzen Staatsgewalt besitzt, dann ist nicht einzusehen, warum er für alle Zeiten gebunden sein sollte, deren Ausübung mit anderen zu teilen »⁽⁵¹⁾. La natura dello Stato costituzionale si può dunque difficilmente spiegare attraverso una teoria che mantenga al monarca una posizione di preminenza nel sistema delle attribuzioni di competenza. La stessa dottrina del diritto costituzionale e lo statuto epistemologico della scienza giuridica ne risultano pregiudicati. « Mit der Formel vom König als Quell und Inhaber aller Staatsgewalt, die in viele deutsche Verfassungen übergegangen ist und vom Deutschen Bund als unverrückbare Norm für die Stellung der deutschen Monarchen, zu den Kammern erklärt wurde, ist eine wirklich wissenschaftliche Erklärung des Verfassungsstaates unmöglich »⁽⁵²⁾.

Il principio monarchico potrà fondare e spiegare lo Stato assoluto; lo Stato costituzionale, come ordinamento durevole e stabile, mutevole secondo soltanto le sue proprie regole, ha bisogno di qualcosa di ben diverso. È il principio « corporativo », l'idea di persona giuridica, quella che si presta piuttosto a fornire il fondamento necessario allo Stato costituzionale. È un ulteriore processo di « espropriazione » ciò che qui ha luogo: l'espropriatore viene a sua volta espropriato. Il monarca assoluto, impossessatosi con la forza delle potestà feudali, deve ora cedere i suoi privilegi alla « volontà generale », ovvero alla « corporazione » statale⁽⁵³⁾.

È la tradizione inaugurata con Gerber e poi seguita da Laband che qui viene rivendicata. Ciò con un'ulteriore specificazione, che è all'origine della dottrina dello Stato di Jellinek: che « persona giuridica » è concetto diverso da quello di « organismo ». « Wer den

⁽⁵¹⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., pp. 416-417.

⁽⁵²⁾ *Ivi*, p. 416.

⁽⁵³⁾ G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 2, cit., pp. 20-21.

Begriff der Persönlichkeit nicht klar erfasst und ihn mit dem des Organismus verhüllt, kann auch zu keiner Klarheit im öffentlichen Rechte kommen» — aveva detto vent'anni prima ⁽⁵⁴⁾. Dunque Jellinek è ben lontano dal « germanismo » romantico e organicista alla Gierke. In verità il concetto di « organismo » è quello che permette inizialmente di fare il salto dalla teoria personalistica ad una concezione oggettivistica dello Stato ed a prefigurare questo come « persona ». Gerber è un organicista, e anche in Jellinek, quando deve spiegarci la realtà storico-sociale dello Stato, affiora prepotente questo passato. Tuttavia la sua mossa teorica è distinta dall'organicismo, ché in quest'ultimo egli individua tracce del diritto « vecchio » e del *Lebnsstaat*. Che lo Stato sia persona giuridica non significa nient'altro ch'esso è un punto di ascrizione di competenze. La sua specificità è che tale punto è il recettore di tutti i rapporti di subordinazione, e come tale quello al quale si deve guardare per determinare il momento iniziale della catena di competenze normative. La materialità del contesto in cui lo Stato pure deve operare è così evaporata consentendo a quest'ultimo piena libertà di movimento ed estrema riflessività.

Vi è addirittura un che di nichilista in questa mossa teorica: lo Stato moderno che è il frutto dell'espropriazione monarchica dei poteri « proprietari » feudali viene a sua volta espropriato e convertito in qualcosa che è talmente astratto da risultare una specie di « nulla giuridico » che si riempie di contenuti solo attraverso i suoi organi ⁽⁵⁵⁾. Lo Stato dunque è una zona di realtà riempita da nient'altro che da norme, istituti giuridici e delegazioni di competenze. Ciò ha importanti conseguenze pratiche. Nello Stato inteso come persona giuridica qualsiasi autorità, sia pure la più elevata, non è null'altro che un « organo », un'emanazione normativa dell'ordinamento giuridico, e dunque da questo riceve le sue funzioni, le sue attribuzioni, e la sua legittimità. « Ihrem Grundgedanken zufolge kann die dem staatlichen Gemeinwesen eignende Macht immer nur diesem selbst zukommen, jeder Einzelne, mag er noch so hoch

⁽⁵⁴⁾ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Mohr, Freiburg i. B., 1887, p. 195.

⁽⁵⁵⁾ Vedi G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 560.

gestellt sein, ist in seinem öffentlich-rechtlichen Funktionen nur für das staatliche Ganze da und hat nur die Macht, die ihm gemäß der staatlichen Ordnung zukommt »⁽⁵⁶⁾. D'altra parte senza gli « organi » lo Stato come persona che possa esercitare un potere di volontà cessa di esistere. L'« organo » non è un « rappresentante »: dietro il rappresentante v'è un rappresentato, una comunità, dietro l'organo non v'è nulla, poiché l'ordinamento ha vita solo in questo. « Hinter dem Vertreter steht daher ein anderer, hinter dem Organ nichts »⁽⁵⁷⁾. Qui dunque il monarca non è che il primo servitore dello Stato. E non si può essere allo stesso tempo padrone e servitore. « Entweder Herr oder Diener, entweder über oder im Staate stehend, beides zugleich ist nicht möglich »⁽⁵⁸⁾.

Resta comunque il fatto — e ciò rende sommamente ambigua la teoria dello Stato come personalità giuridica — che in questa prospettiva il monarca è il primo servitore di un padrone... che non esiste. Mentre in alcuni scritti precedenti l'ente di cui re (e popolo) sono organi è identificato nello Stato come oggetto dotato di intensa esistenza extranormativa e di una specifica funzione metafisica, quella di servire la storia (« Auch das Volk ist der Diener der geschichtlichen Ideen, die der Staat zu verwirklichen bestimmt ist »)⁽⁵⁹⁾, nella prolusione prorettorale lo statalismo si attenua ed il liberalismo sembra avere la meglio sulla celebrazione della nazione. Mentre fino a qualche anno prima si diceva con compiacimento: « dem souveränen König sukzediert die souveräne Nation »⁽⁶⁰⁾, ora la sovranità sembra essere concepita nient'altro che come un attributo specifico dell'ordinamento giuridico. È dubbio però se questa prospettiva costituisca un superamento solo ideologico del « duali-

⁽⁵⁶⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 418.

⁽⁵⁷⁾ G. JELLINEK, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, II ed. rivista ed ampliata, Mohr, Tübingen, 1919, p. 30.

⁽⁵⁸⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 418.

⁽⁵⁹⁾ G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, cit., p. 22. Si legga anche G. JELLINEK, *Staat und Gemeinde*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 2, cit., p. 360: « Date Caesari quod Caesaris! Dieses gewaltige Wort tönt heute überall allen entgegen. Und wer es nicht vernehmen will, der sündigt gegen den heiligen Geist der Geschichte, der der Menschheit vorgezeichnet hat, im Staate ihre große Lebensaufgabe zu erfüllen ».

⁽⁶⁰⁾ G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, cit., p. 20.

simo » del *Reich* guglielmino, giustificandone comunque la vigenza istituzionale, o non sia piuttosto il tentativo d'una e vera e propria — per quanto timida — giuridicizzazione (come parlamentarizzazione) dell'intero àmbito dei poteri statali. È probabile che il modello di Jellinek sia qui quello stesso lodato da Voltaire: « un gouvernement unique, dans lequel on a conservé tout ce que la monarchie a d'utile, et tout ce qu'une république a de nécessaire » ⁽⁶¹⁾.

A questo punto l'attitudine di Jellinek assume un esplicito tono polemico. È contro la cosiddetta *Herrschertheorie*, la « teoria assolutista », rappresentata da studiosi come Conrad Bornhak e Max von Seydel, che si appunta la sua argomentazione. Non altrimenti aveva fatto nell'opera in cui più si riconosceva, il *System der öffentlichen subjektiven Rechte* ⁽⁶²⁾.

La *Herrschertheorie* — non va dimenticato — aveva ripreso vigore nel primo decennio di questo secolo, compiacente com'era verso le fisime autoritarie e le arie da re assoluto impennacchiato del giovane Kaiser, Guglielmo II. Ora, la *Herrschertheorie* cozza frontalmente con i principi del costituzionalismo e dello Stato liberale. Se il potere dello Stato è il potere di un signore, di un sovrano in carne ed ossa, di un re dal quale promana ogni diritto, quali garanzie abbiamo per quella autolimitazione che è alla base oltreché dello Stato liberale della stessa nozione di Stato moderno? L'autolimitazione può darsi solo da parte di una creatura che è per natura limitata perché fatta di regole. Solo se il potere è un potere di regole può tale potere dirsi regolato e dunque autolimitato. « Steht der Monarch über dem Staate oder ist er gar der Staat selbst, dann ist nicht abzusehen, wessen Recht der Monarch überhaupt verletzen kann, wenn er eine Verfassung einseitig aufhebt, und die ganze Frage des Verfassungsbruches wird damit von der Rechtswissenschaft in die Ethik verwiesen » ⁽⁶³⁾. L'argomento ricorda quello meno astratto ma simile di Locke. Lo Stato essendo quella organizzazione sociale in cui nessuno può essere allo stesso

⁽⁶¹⁾ VOLTAIRE, *Éloge historique de la raison prononcé dans une académie de province par M...*, cit., p. 264.

⁽⁶²⁾ Vedi G. JELLINEK, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, cit., p. 26 ss.

⁽⁶³⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 420.

tempo giudice e parte di necessità non può ammettere un *princeps legibus solutus* ⁽⁶⁴⁾.

Solo se il sovrano è fatto di istituzioni e di regole, può trasformarsi la violazione di norme costituzionali da evento solo moralmente rilevante in fatto giuridico. La costituzionalizzazione dello Stato passa attraverso la sua ricostruzione concettuale come macchina eminentemente giuridica. Ciò invero è il compito precipuo della scienza giuridica, la quale dalla *Herrschertheorie* verrebbe resa impossibile, perché le sarebbe derubato il suo oggetto. Tra scienza giuridica e Stato moderno (autolimitato) vi è dunque un rapporto strettissimo: solo un tale tipo di Stato può studiarsi come fatto giuridico, come serie di relazioni giuridiche. Altrimenti si ricade o negli *specula principis* o nella pura *ratio regni*.

Nello sfondo della *Herrschertheorie* Jellinek vede profilarsi minacciosa una dottrina del colpo di stato. « An Heißspornen, die Staatsstreichen das Wort reden, um wirkliche oder vermeintliche Übel im Staatsleben zu heilen, fehlt zwar auch heute nicht » ⁽⁶⁵⁾. (Qui v'è qualcosa di chiaroveggente nelle parole del giurista austriaco). E conclude con una nota malinconica, che si farà purtroppo un ventennio più tardi di stridente tragicità. Come che sia, a giustificare l'ingiustizia e i colpi di mano d'un signore che si crede superiore a tutto e tutti, e si arroga ogni diritto, non mancheranno i giuristi disposti a dare un manto di legalità alla sua opera. « Setzen wir aber theoretisch den Fall, daß sich wieder einmal der Herr und König über den ersten Diener des Staates dauernd erheben wollte: an Staatsrechtslehrern, die derartiges zu rechtfertigen bereit wären, wurde es sicherlich nicht fehlen! » ⁽⁶⁶⁾.

Il tono del discorso di Jellinek è ottimistico. L'ottimismo è già tutto nel riferimento al « nuovo » come positivo, come risolutivo, come il meglio, se non proprio come l'ottimo. Tuttavia, come si è visto, non mancano presagi inquietanti, la percezione di un non troppo lontano rumore di sciabole, l'indicazione di certe tentazioni autoritarie sempre più forti. Va ricordato a questo proposito che in una conferenza pronunciata a Vienna e pubblicata solo un anno

⁽⁶⁴⁾ Si legga J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, 7, xc.

⁽⁶⁵⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 421.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

prima, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, uno scritto che fa degnamente il paio con la prolusione del 1907, Jellinek concludeva con la segnalazione delle crescenti difficoltà del sistema parlamentare ⁽⁶⁷⁾. Nella conferenza viennese — che è probabilmente l'espressione più matura della dottrina costituzionalistica dell'autore — Jellinek tematizzava già la crisi dei parlamenti e più in generale dello Stato liberale e vedeva ergersi di fronte queste due forze potenti, forze in un certo senso « naturali » se non « elementari »: da un lato le masse (e le loro organizzazioni, in special modo i partiti) e d'altro lato gli esecutivi e figure portatrici d'autorità carismatica. E l'alleanza e la congiunzione di queste due forze appuntava verso il declino generalizzato dello Stato liberale. « In der großen und unleugbaren Tatsache, welche uns die so gewaltig vorwärtsstürmende Geschichte der Gegenwart lehrt, daß über die Parlamente, über diese in so vielen Staaten künstlichen Schöpfungen der neuesten Zeit hinweg, die beiden einzigen unzörsterbaren natürlichen Mächte des Staates: Regierung und Volk, einander unmittelbar gegenüberzustehen beginnen, liegt der gewaltigste Verfassungswechsel der neueren Geschichte verborgen » ⁽⁶⁸⁾. Né può dimenticarsi che in un altro scritto, una precedente conferenza viennese pubblicata nel 1898, *Das Recht der Minoritäten*, l'autore aveva ammonito sui rischi crescenti della democrazia plebiscitaria. « Die Dämme, welche heute einem übermächtigen Majoritätswillen noch entgegenstehen — scriveva in quell'occasione —, werden vielleicht niedergerissen werden. Dann wird aber eine grosse Krise für die civilisirte Menschheit gekommen sein » ⁽⁶⁹⁾. Può ritenersi allora che Jellinek non sia solo un pensatore della modernità intesa questa come movimento che accompagna le vicende dello Stato liberale e della democrazia; egli è anche un pensatore della *crisi* della modernità. O meglio e più esattamente vi è in lui la consapevolezza che la modernità sta assumendo forme politiche di cui la fiducia illumini-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Menno Hertzberger, Amsterdam, 1938, p. 209: « Jellinek konstatierte schon früh die fortschreitende Erhebung der Exekutive über die Parlamente, trotzdem die letzteren doch gerade dazu geschaffen waren, diese Erhebung zu verhindern ».

⁽⁶⁸⁾ G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Häring, Berlin, 1906, p. 80.

⁽⁶⁹⁾ G. JELLINEK, *Das Recht der Minoritäten*, Hölder, Wien, 1898, p. 43.

stica nelle virtù della ragione individuale (e individualistica) e nelle sorti progressive della storia non potrà più rendere conto.

III.

Vi è ancora un ultimo punto in cui si gioca per Jellinek la lotta tra i due diritti, il « vecchio » e il « nuovo ». La lotta tra questi — ammette il Nostro — si fa *politica*. Invano si è sforzata la dogmatica giuspubblicistica di costruire un ambito concettuale neutrale e sottratto al mutamento sociale e politico. Anche in quella disciplina possono riconoscersi i partiti, le fazioni, le posizioni ideologiche: qui per esempio i federalisti, lì i centralisti; da questa parte i difensori del sistema parlamentare, dall'altra i sostenitori della forma di governo monarchica. E soprattutto i tempi della dogmatica sono quegli stessi della fondazione dello Stato unitario, nei quali ancora si fa sentire l'influenza del generoso liberalismo cosmopolita della prima metà del secolo. Ora però — l'intervento di Jellinek, come si è detto, è del 1907 — tira tutta un'altra aria. « Wir stehen heute mitten in der Neu-Romantik » — avrebbe scritto un anno dopo Leonard Nelson (70). Lo *Zeitgeist* è girato in una direzione — sottolinea il Nostro — che non promette nulla di buono per la generosità liberale. La descrizione ch'egli ci dà di questo « spirito del tempo », nuovo perché temporalmente recente ma avverso al diritto « nuovo », è quasi visionaria e certo premonitrice: alcuni dei fantasmi di Weimar sono evocati con chiaroveggente precisione. Sembra addirittura che Jellinek si riferisca a dottrine come il decisionismo di Schmitt che sono ancora tutte lì da venire. (Nel 1907 Carl Schmitt non ha ancora terminato gli studi giuridici).

Innanzitutto si assiste ad una ventata irrazionalistica. È Schopenhauer non Leibniz il filosofo del tempo. E di certo Jellinek è più vicino a Leibniz, ad una visione consolatoria delle vicende umane, che a Schopenhauer (71) per cui i fatti storici rappresentano un

(70) L. NELSON, *Was ist liberal?* (1908), in L. NELSON, *Gesammelte Werke in neun Bänden*, a cura di P. Bernays et al., Vol. 9, Felix Meiner, Hamburg, 1972, p. 16.

(71) Si legga G. JELLINEK, *Die Weltanschauungen Leibniz' und Schopenhauers. Ihre Gründe und ihre Berechtigung. Eine Studie über Optimismus und Pessimismus*, cit., p. 3 ss., e cfr. H. SINZHEIMER, *op. cit.*, p. 322: « Jellinek bekennt sich zu Leibniz ».

sogno confuso dell'umanità o — a voler spiegarli — come degli ammassi di nuvole in cui ci si affatica invano a scorgere figure e immagini. La storia così è sempre e comunque prodotto di un punto di vista esterno ai fatti, ordine posto da un osservatore secondo criteri del tutto convenzionali e riconducibili interamente alle sue credenze e decisioni. « La storia dunque non è scienza, ma un accozzamento di fatti arbitrarii, dove ci può essere coordinazione, non subordinazione » (72).

Ora, l'irrazionalismo spinge verso la crisi del modello neutrale, *wertfrei*, di scienza giuridica inaugurato dalla linea Gerber-Laband e di cui Jellinek è stato il più raffinato teorizzatore: la *Rechtswissenschaft ohne Recht* poi smontata da Leonard Nelson o anche — se si vuole — la *neokantische Rechtsphilosophie* attaccata con furore teutonico da Erich Kaufmann. Si riaffaccia alla ribalta un'idea materiale di diritto e soprattutto la politica: è il concetto di « politico » che vuole la rivincita sul « giuridico », la nozione di potere che vuole riaffermare la sua precedenza su quella di Stato. Sono la razionalità carismatica e quella tradizionale congiunte che si scagliano contro la razionalità giuridica formale. « Es wird mit löblicher, staatsertreuer Gesinnung geradezu gepunkt, die Mühe des Beweises durch Begeisterung oder kritiklose Geringschätzung der abweichenden Ansicht ersetzt oder auch jede Diskussion durch gesperrten Druck, der keine Widerrede duldet, niedergeschlagen. Die alte politische Behandlung des Staatsrechts ist heute, mit juristischen Mäntelchen notdürftig bekleidet, wiedergekehrt » (73). Insomma, la crisi del giuspositivismo e del formalismo giuridico così tante volte e tanto spregiudicatamente e stridentemente evocata nel decennio di Weimar è già preannunciata da chi sarà poi uno degli obiettivi polemici della dottrina antipositivista: lo stesso Jellinek.

Ma la crisi del giuspositivismo — dice il Nostro — è più un ritorno al « vecchio » che un'ulteriore apertura al « nuovo ». Vengono evocati i numi tutelari di antiche tradizioni, e accade così « daß die Geister entschwundener Rechtssysteme wieder hervor-

(72) F. DE SANCTIS, *Schopenhauer e Leopardi. Dialogo tra A e D*, in F. DE SANCTIS, *Saggi critici*, a cura di L. Russo, Vol. 2, cit., p. 176.

(73) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 423.

tauchen » (74). È una sorta di « preraffaellismo » politico — dice — ciò che così si delinea all'orizzonte. Su un punto però Jellinek non è ostile alla critica dei « preraffaelliti », ed è sulla questione della *Wertfreiheit*, sulla impossibilità dunque di accostarsi ad un oggetto di studio senza una serie di presupposti normativi e ideologici. Ciò era stato in parte già detto in precedenza, nella sua summa, la *Allgemeine Staatslehre*, quando affermava — prendendo esplicitamente le distanze da Paul Laband — che la determinazione della forma Stato è fattibile « nur unter Würdigung der konkreten politischen Kräfte » (75) e che i principi del diritto pubblico si prendono gioco (« spotten ») il trattamento puramente logico raccomandato da Laband. L'idea della chiusura del sistema giuridico era bollata come un dogma decisamente « falso » (76).

Ciò significava che accanto alla scienza specificamente giuridica risultava necessaria una scienza sociale dello Stato, la quale però non doveva invadere il campo dello studio giuridico. « Für das Staatsrecht gilt aber nur die juristische Methode » (77). Nello scritto del 1907 sembra invece che la stessa scienza giuridica abbia bisogno di riferimenti extragiuridici interni al proprio metodo. « Wer vermöchte sich der Erfassung menschlicher Institutionen nach irgendeiner Richtung hin zuzuwenden — scrive qui —, wenn er ihnen nicht irgendwelche Werte zuzuschreiben vermag! » (78). Ciò vale per qualunque specie di conoscenza: una scienza senza presupposti, una « voraussetzungslose Wissenschaft », — diceva Jellinek nel 1882, nella sua prima monografia « dogmatica » *Die Lehre von den Staatenverbindungen* —, è un'impresa senza senso. Per la ricerca scientifica (di qualunque tipo) sono necessari dei principi primi, i quali hanno un ineliminabile carattere morale e politico. E questi non si possono giustificare: ad essi si può solo aderire, per essi si può soltanto parteggiare. « Für die letzten Grundlagen unseres Forschens ist hier wie überall kein zweifelfreies Wissen, sondern nur ein

(74) *Ibidem*.

(75) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 16. Vedi anche G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, ristampa anastatica della I ed. (Wien, 1882), Scientia Verlag, Aalen, 1969, pp. 9-10.

(76) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 353.

(77) *Ivi*, p. 51.

(78) G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 425.

Bekanntnis möglich »⁽⁷⁹⁾. Ogni fede è legittima, purché sia sincera ed intima. E tuttavia la scelta dei principi metodologici non può essere del tutto consegnata alla decisione soggettiva ed alla irrazionalità (per quanto « autentica ») della *Bekanntnis*.

Vi è un principio fondamentale di coerenza che va rispettato e che fa sì che il singolo campo di ricerca deve potere provare i suoi criteri metodologici in accordo con il livello della conoscenza scientifica raggiunto negli altri campi di studio. Chi vagheggia il Medioevo in politica, ovvero il ritorno al sovrano per grazia divina, oppure lo Stato cetuale, o ancora il signore onnipotente e responsabile solo dinanzi a se stesso e alla storia, deve essere in grado di porre in accordo simili tesi con il complesso delle scienze, con l'empirismo moderno, con la sperimentazione fisica, con una visione non più geocentrica dell'universo, con ciò che in quegli stessi anni qualcuno definisce la « morte di Dio ». « Wer die Geister des Mittelalters auf staatlichem Gebiete wieder erwecken will, der muß nachweisen können, daß sie überall auferstehen »⁽⁸⁰⁾. Jellinek enuncia qui un'idea che ha a che fare con la nozione di paradigma resa famosa molti anni dopo da Thomas Kuhn. Il valore epistemologico di una teoria si giudica dalla funzione che questa gioca all'interno del quadro più generale delle conoscenze assunte come giustificate in una certa fase storica. « So kann nur aus dem ganzen Wissen einer Zeit heraus der Maßstab gefunden werden, an dem Wert und Unwert politischer Prinzipien zu messen ist, die der Entscheidung des Kampfes zwischen altem und neuem Recht zugrunde zu legen ist »⁽⁸¹⁾.

Ora, il punto ulteriore nel quale si confrontano il « vecchio » e il « nuovo », e specialmente quello in cui si confronteranno nel futuro, è identificato — nuovamente con chiarezza — nella questione del diritto internazionale. Ci sono troppi « Superklugen » — come li chiama —, dei « super-furbi », un'autoincoronata *élite* di geni della politica, che guardano storto all'emergenza di questo nuovo diritto sovranazionale e sovrastatale. Per chi identifica la politica *tout court* con la « ragione di Stato », e questa poi con una

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁸¹⁾ *Ivi*, p. 426.

razionalità meramente strategica per cui l'altro è come un oggetto da strumentalizzare per i propri fini, le relazioni internazionali sono azioni di guerra più o meno dichiarate e il diritto che volesse regolarle pacificamente e civilizzarle è esso stesso strumento di guerra d'una parte, oppure « wishful thinking », parto di utopisti privi di senso della realtà, o anche e peggio attentato sovversivo agli interessi nazionali.

Certo, Jellinek non aveva mai condiviso lo scetticismo sul diritto internazionale (quando non era semplice avversione verso questo) di tanti suoi colleghi, nonostante una sua non celata romantica ammirazione della guerra come « fürchtbare und doch segenvolle Erscheinung »⁽⁸²⁾. Tra l'altro in questo atteggiamento di seria e favorevole considerazione del diritto internazionale egli era anche aiutato dalla sua concezione non sanzionistica delle norme giuridiche presentata in *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*⁽⁸³⁾. In *Die Lehre von den Staatenverbindungen* aveva già denunciato il vicolo cieco in cui vanno ad infilarsi tutte quelle teorie che affermano una concezione non giuridica (non autolimitantesi) della sovranità. Per queste teorie ogni rapporto tra Stati non poteva essere giuridicizzato e il diritto internazionale diveniva una specie di chimera. « Autarkie und Souveränität des Staates — die letztere in dem Sinne einer unverpflichtbaren Gewalt aufgefasst — lassen zwischen Staaten Verbindungen, die rechtlichen Charakter tragen, nicht zu, ja sie widersprechen dem Wesen des Staates »⁽⁸⁴⁾. Ciò nonostante, nonostante le teorie « realistiche » o « assolutistiche » della sovranità, resta il fatto che limitazioni giuridiche tra Stati si danno e che il singolo Stato come tale, ente autarchico, sufficiente a se stesso, ed isolato in quanto compiutamente autonomo, non è che un'astrazione.

Innanzitutto lo è perché l'ente sovrano di cui parla la dottrina giuridica è solo un costrutto ipotetico, che vale per altro solo rispetto ai rapporti *volontari* e *consapevoli* tra soggetti. Sfugge ad esso l'immenso territorio dell'incosciente e involontario: « Die Rechts-

(82) G. JELLINEK, *Die Zukunft des Krieges*, cit., p. 541.

(83) Vedi G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, cit., p. 51.

(84) G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, cit., p. 92.

lehre behauptet, dass der souveräne Staat jeder anderen organisierten Gewalt überlegen, keiner untertan sei. Aber den gewaltigen Mächten des sozialen Lebens, die nicht in der Form bewusster Willensmacht wirken, ist der Herrscher selbstuntertan » (85). Nella sfera giuridica poi — e nel contesto in cui Jellinek scrive, intriso di nazionalismo, è questa un'affermazione quasi rivoluzionaria — gli Stati sono membri di una comunità di Stati e questa giustifica pienamente la giuridicità del diritto internazionale. « Man muss zugeben, dass jener selbstgenügsame und durch keinen Willen verpflichtbare Staat ein Abstractum ist, dass der concrete Staat stets als Mitglied der *Staatengemeinschaft ist* » (86).

Non dev'essere dimenticato a questo proposito che nella *Allgemeine Staatslehre* si assume l'operatività di un'opinione pubblica internazionale, la quale offrirebbe una giustificazione aggiuntiva al diritto internazionale. Dopo aver sottolineato che l'opinione pubblica è rilevante per la vita dello Stato nazionale non solo da un punto di vista politico ma anche da una prospettiva squisitamente giuridica, poiché è tale opinione spesso la garanzia fondamentale dell'osservanza delle norme costituzionali, Jellinek aggiunge ch'essa non è meno rilevante per il diritto internazionale giacché travalica già i confini dello Stato nazionale (87): un'affermazione di sapore kantiano, quasi una ripetizione della tesi secondo cui ormai — come scrive Kant — « die Rechtsverletzung an *einem* Platz der Erde an *allen* gefühlt wird » (88).

Nella prolusione del 1907, il documento che più ci dice della fase matura del suo pensiero, l'atteggiamento di Jellinek si fa ancora più deciso, in quanto tematizza le resistenze verso il diritto internazionale come « vecchie » e le omologa a quelle contro il costituzionalismo e la laicità e universalità dello Stato di diritto. Lo sviluppo di sempre maggiori relazioni tra Stati è descritto come un fatto che porta con sé la necessità di sempre maggiori collegamenti giuridici tra Stati. Il quarto conflitto tra « vecchio » e « nuovo » è dunque

(85) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 125.

(86) *Ivi*, p. 93. Sottolineatura nel testo.

(87) Vedi *ivi*, p. 103.

(88) I. KANT, *Zum Ewigen Frieden*, in I. KANT, *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, a cura di K. Vorländer, Meiner, Hamburg, 1959, p. 139 (sottolineatura nel testo).

quello della tensione tra diritto statale e diritto internazionale. E quanto più progressi fa il diritto internazionale tanto meno latente ed esplosivo si fa il conflitto. « Zwischen Staats- und Völkerrecht sind schon in der Gegenwart Konflikte möglich und tatsächlich vorhanden. Mit dem Fortschritte des Rechts der Staatengemeinschaft werden sich diese Konflikte vermutlich immer mehr steigern »⁽⁸⁹⁾.

C'è tuttavia una speranza che questo conflitto non si faccia distruttivo e sfoci in guerra aperta? Per questo vi è solo una strada — dice Jellinek —: che uno dei due contendenti rinunci alla propria supremazia, che uno dei due diritti cioè venga conglobato nell'altro. I conflitti tra i due sistemi non sono necessari né inevitabilmente perpetui: « sie werden nur dadurch lösbar, daß sich das Recht der einen Ordnung dem anderen fügt. Solchen Widerstreit auszugleichen ist nicht unsere Aufgabe, sondern bleibt der Nachwelt überlassen »⁽⁹⁰⁾.

Vi è in queste parole conclusive quasi una premonizione della fine prossima (che arriverà quattro anni dopo, nel gennaio 1911). Ed invero tutto il tono della prolusione è quello di un testamento politico-giuridico. In esso si lasciano — come si è visto — quattro legati, tutti fundamentalmente connessi al progetto riformatore dell'illuminismo giuridico. Il primo è la soluzione del conflitto tra diritto naturale e diritto positivo: la neutralizzazione assiologica dello Stato, la sua « astinenza » ideologica. In questa prospettiva lo Stato si deve mantenere estraneo e impermeabile ad ogni influenza ideologica e religiosa esterna, laico. Il secondo legato è quello della liberalizzazione del diritto, ricostruito vieppiù come norma formale e universalizzabile, legge uguale per tutti, l'annuncio che — come diceva ancora Voltaire — « les lois vont être uniformes »⁽⁹¹⁾. È questa la soluzione del contrasto tra diritti patrimoniali e diritti politici, o — come può dirsi anche — tra diritto privato e diritto pubblico. Il terzo legato è la giuridicizzazione dello Stato come ente puramente normativo, persona giuridica: la definitiva soluzione del

⁽⁸⁹⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 426.

⁽⁹⁰⁾ *Ivi*, pp. 426-427.

⁽⁹¹⁾ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 264.

« contrasto tra rex e regnum » ⁽⁹²⁾, in altri termini della contrapposizione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo. Infine l'ultimo legato è solo accennato; è quello dell'integrazione del diritto nazionale in un diritto sovranazionale di rango superiore: la soluzione del conflitto tra diritto nazionale e diritto internazionale.

Anche se non ne aveva consapevolezza, né mai ne avrebbe avuto, allorché scriveva quelle pagine il professore di Heidelberg era in procinto di trovare un esecutore testamentario d'eccellenza. Questi riceverà ciascuno dei quattro legati e li amministrerà con acutezza (anche se forse non sempre con prudenza), e li arricchirà rendendoli più robusti e — mi si consenta — più radicali. Per questo i quattro dualismi segnalati e parzialmente risolti da Jellinek costituiranno la ragione di un'ulteriore spinta verso la purificazione, l'omogeneizzazione, e l'unificazione del diritto.

Ebbene, l'esecutore testamentario di Georg Jellinek ha un solo nome: si chiama Hans Kelsen.

(92) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 790.

BERNARDINO BRAVO LIRA

ENTRE DOS CONSTITUCIONES,
HISTÓRICA Y ESCRITA. SCHEINKONSTITUTIONALISMUS
EN ESPAÑA, PORTUGAL E HISPANOAMÉRICA

*Homenaje a
Francisco Tomas y Valiente*

Hay temas que afloran tardíamente. Uno de ellos es la relación entre constitución histórica y constituciones escritas en los países de derecho castellano y portugués. Si bien allí los textos constitucionales representan una novedad, importada del extranjero, principalmente de Francia o de los Estados Unidos, en ninguna parte del mundo se han producido tantos como en España, Portugal e Hispanoamérica. En total hasta ahora las constituciones escritas pasan holgadamente de doscientas. Su misma proliferación es señal de su falta de permanencia y, en definitiva, de eficacia.

Estamos aquí ante una dimensión ignorada o, al menos hasta ahora si estudiar, del constitucionalismo. En el mundo hispánico no ha resultado fácil aclimatar las constituciones escritas. Más que de un desajuste entre ellas y las instituciones propias, se trata de un conflicto entre los ideales de una minoría ilustrada, que promueve la elaboración de esos textos, y el sentir dominante en el país. El entusiasmo de esa minoría por redactar constituciones no altera el rechazo del constitucionalismo, como algo extraño y sin sentido, por la parte más numerosa y sensata de la población. Uno de los pocos autores que ha reparado en el carácter, en cierto modo visceral de esta incompatibilidad es Clavero, quien no vacila en hacer suya y aplicar a España e Hispanoamérica la expresión « transplantes y rechazos constitucionales ». Sin embargo, comenta más bien desconcertado « se tiene así a la vista, por una parte, la

evidencia de un fracaso y, por otra, el testimonio de un empecinamiento » (1).

En realidad, hasta ahora son pocos los que reconocen este rechazo como tal, es decir, como una suerte de reacción biológica ante un cuerpo extraño. Al parecer no se quiere mirar las cosas de frente. Se teme reconocer el hecho. Se prefiere confiar en que el tiempo lo arreglará todo, hará cuadrar la realidad institucional con los textos constitucionales. Se habla en este sentido de una incapacidad pasajera de estos países para amoldarse al constitucionalismo que practican otros, a los que, consciente o inconscientemente, se considera como superiores, más adelantados y, por tanto, como modelos.

Más de un siglo transcurrió así desde que se promulgaron a uno y otro lado del Atlántico las primeras constituciones escritas, en Venezuela en 1811 y en España en 1812, antes de que en 1925 el mexicano Esquivel Obregón abordara por primera vez el juego recíproco entre tales documentos y la constitución histórica (2).

A estas alturas, el ímpetu productor de constituciones escritas había perdido mucho de su empuje. Todavía entre 1926 y 1996 se dictaron 64, pero estos textos muestran una tendencia cada vez más marcada a amoldarse a la constitución histórica en materias fundamentales. Mientras Hispanoamérica optó decididamente por un retorno a la monarquía en desmedro del parlamento, Portugal y España, después de un intento de adoptar también un camino propio, terminaron por plegarse a la tendencia parlamentaria pre-valectante en Europa (3).

A la vista de esta divergencia se ha avivado últimamente el interés por la relación entre las dos constituciones en estos países.

(1) Bartolomé CLAVERO, *Ley del código: Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 23, Florencia 1994.

(2) Toribio ESQUIVEL OBREGÓN, *La Constitución de Nueva España y la primera constitución de México independiente*, México 1925; Ráfael DIEGO FERNANDEZ, *Toribio Esquivel Obregón. Tiempo, vida y obras*, en *Revista de investigaciones jurídicas* 11, México 1987.

(3) Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica. 1811-1991. Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México 1992, donde ofrece cuadros sinópticos de las constituciones dictadas en los países hispánicos desde 1811 hasta 1991.

Testimonio de ello son, primero en América los trabajos de mexicano O'Gorman y del chileno Góngora, y luego en Europa, los más recientes de Annino y de Guerra (4). Dentro de esta línea se sitúa uno de los últimos estudios de Tomás y Valiente, aparecido poco antes de su muerte, junto con otro de Santos Corona, sobre la constitución de Cádiz (5).

Allí de preguntó el malogrado catedrático por los antecedentes históricos de dicho texto. Por nuestra parte, queremos ofrecer aquí, a modo de complemento, dentro de los límites forzosamente reducidos del presente trabajo, una aproximación dinámica al juego entre las dos constituciones, es decir, tal como en el hecho, históricamente, se ha desenvuelto desde 1811 hasta ahora. Sin duda la realidad excede toda descripción. No obstante vale la pena intentar una aproximación a un tema apasionante.

El tema: país real y país legal.

Con la promulgación de las primeras constituciones escritas a fines del siglo XVIII la larga historia del Estado de derecho en Europa y en Hispanoamérica entró en una nueva fase que, en cierto modo, se prolonga hasta nuestros días. Si su formación había transcurrido hasta entonces bajo el signo del Derecho Común y, por tanto, del casuismo, la analogía y la diferenciación (6), a partir de

(4) Edmundo O'GORMAN, *La supervivencia política novohispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, Mexico 1969; Mario GÓNGORA DEL CAMPO, « Reflexiones sobre la tradición y el tradicionalismo en la historia de Chile », en *Revista Universitaria* 2, Santiago 1979, AHORA en EL MISMO, *Civilización de masas y esperanza y otros ensayos*, Santiago 1987; Antonio ANNINO, « Der zweite Disput Vom Naturrecht zu einer Verfassungsgeschichte Hispano-Amerikas », en Hans THOMAS (ed.), *Amerika, Eine Hoffnung. Zwei Visionen*, Colonia 1991. EL MISMO, « Nuevas perspectivas para una vieja pregunta » en EL MISMO y Raymond BUVE (ed.), *El liberalismo en México*, Muenster-Hamburgo 1993. EL MISMO, « Soberanía en lucha », en EL MISMO y otros, *De los imperios a las naciones: Iberoamérica*, Zaragoza 1984. Francois-Xavier GUERRA, *Modernidad e independencia. Ensayo sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid 1992.

(5) Francisco TOMAS y VALIENTE, « Génesis de la constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales una sola constitución », en *Anuario de Historia del Derecho Español* 65, Madrid 1965; Santos CORONAS GONZÁLEZ, « Las leyes fundamentales del antiguo régimen, notas sobre la constitución histórica española », *ibid.*

(6) Bernardino BRAVO LIRA, « Derecho Común en Ultramar. Autores y obras

ahora prevalece una tendencia distinta. Bajo el signo de la Ilustración y del racionalismo jurídico se inicia una etapa de transformaciones, promovidas desde arriba por los gobernantes y la minoría ilustrada. Su tónica es la regulación uniforme de las actividades de la población, la codificación del derecho (7) y, en último término, en una estatalización de las condiciones generales de vida (8).

En Europa continental y en América hispánica esta acción

jurídicas de la época de Iberoamérica y Filipinas «, en *Ius Commune*, 1988, ahora en EL MISMO, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago 1989; Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992.

(7) Para la codificación Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga 1952, trad. castellana Madrid 1957; Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 tomos aparecidos (en 6 vols.), Munich 1973-1982. En Hispanoamérica, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en Argentina 1810-1870*, Buenos Aires 1977; Alejandro BRITO GUZMÁN, *Andrés Bello, codificador*, 2 vols., Santiago 1982; Bernardino BRAVO LIRA, «Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana», en *REHJ* 9, 1984; EL MISMO, «La codificación en Chile 1811-1907, dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana», en *REHT* 12, 1987; EL MISMO, «La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del Derecho Común», en *RCHHD* 15, 1989; Dietrich NELLE, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuches von Andrés Bello. Ein Beitrag zum lateinamerikanischen Zivilrecht*, Frankfurt 1988. Últimamente, sobre la influencia del code civil, António dos Santos JUSTO, «Código de Napoleao e o direito ibero-americano», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 71, Coimbra 1995; Carlos RAMOS NUÑES, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima 1997.

(8) Últimamente en los estudios sobre la formación del Estado se pone el acento en la estatalización, que no debe confundirse con el estatismo. Werner NAEF, *Der geschichtliche Aufbau des modernen Staates* (1930), ahora en EL MISMO, *Staat und Staatsgedanke*, Berna 1938, trad. castellana 1947; EL MISMO, «Früformen des modernen Staates in Spätmittelalter», en *Historische Zeitschrift* 17, 1951; José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, 2 vols., Madrid 1972, esp. 1, p. 215; Manuel GARCÍA-PELAYO, *Hacia el surgimiento histórico del Estado Moderno*, en EL MISMO, *Idea de la política y otros escritos*, Madrid 1983; Wolfgang MAYER, «Zur Entstehung des modernen Staatsbegriffs», en *AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN UND LITERATUR, Abhandlungen des Geistes und Sozialwissenschaftlichen Klasse* 9, Maguncia 1968, explica la trilogía poder-territorio-población, propia del Estado moderno, como resultado de la estatalización del cuerpo político. Gerhard OESTREICH, *Strukturprobleme des europäischen Absolutismus* (1969), ahora en EL MISMO, *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlín 1979; Heinz SCHILLING, «Stadt und Frühmoderne Territorialstaat. Stadtrepublikanismus versus Fürstensouveränität» en Michael STOLLEIS (ed.), *Verfassungs- und Rechtsgeschichtliche Probleme in Frühneuzeitlichen Stadt*, Colonia-Viena 1991, p. 95.

modernizadora del gobierno y de la minoría dirigente no pudo menos que chocar con el sentir y los hábitos imperantes. Se produjo así una disociación entre el país legal de la constitución y el país real de las instituciones. Cabe compararla a una falla geológica entre dos estratos institucionales distintos: una placa antigua y arraigada, formada por instituciones básicas del Estado — como son en Hispanoamérica el Presidente, la Judicatura, las Fuerzas Armadas y la Administración — y otra placa más reciente y superpuesta a la anterior, formada por instituciones complementarias de gobierno, como el parlamento y los partidos políticos ⁽⁹⁾.

Según es de suponer, tales condiciones, no pudieron menos que repercutir en un desgaste de las instituciones y, por ende, un sensible deterioro del Estado de derecho.

Estado de la cuestión.

La bibliografía sobre el tema es muy incompleta. El Estado de los siglos XIX y XX y sus problemas institucionales están en gran medida por estudiar. Contamos con unas cuantas historias constitucionales, algunas tan apreciables como la de Gil Fortoul para Venezuela ⁽¹⁰⁾. Hechas por países, por textos y, en general, de espaldas al trasfondo institucional dentro del cual nacen y mueren esos textos, estas obras ofrecen un panorama aproximativo, más bien impresionista.

Se centran en el análisis del articulado de las constituciones, cuya vigencia efectiva y duración, por lo demás, son en la mayor parte de los casos efímeras. Precisamente por ser tan numerosas en cada país, los autores suelen contentarse con estudiar sólo uno de ellos, del que, sin querer, tratan como si fuese un compartimento estanco.

⁽⁹⁾ Bernardino BRAVO LIRA, «El Estado constitucional en España, Portugal e Hispanoamérica 1811-1991. Inicios, fase liberal parlamentaria y crisis actual», en *Fides*, Oporto 1992. Para cuadros sinópticos de las constituciones distadas desde 1811 hasta 1991, El mismo, nota 3.

⁽¹⁰⁾ José GIL FORTOUL, *Historia constitucional de Venezuela*, Berlín 1905, cito, 3 vols., Caracas, 1967².

Prácticamente no hay visiones más amplias que abarquen, a la vez, a los países en conjunto y la época de las constituciones escritas en su totalidad ⁽¹¹⁾. En tales condiciones, apenas extraña que no se haya intentado conectar la historia del Estado en el Nuevo Mundo con la del mismo en Europa, relación que, en el caso de Hispanoamérica, se remonta a sus orígenes mismos en el siglo XVI ⁽¹²⁾.

Al respecto la investigación esta en los inicios. De ahí que, todavía no contemos con exposiciones de conjunto para el área castellano portuguesa, como las que desde hace tiempo existen para los países del área austríaca y alemana.

A falta de ellas, persisten visiones un tanto efectistas, que trasuntan un explicable desconcierto ante el espectáculo, sin duda caótico a primera vista, de la historia institucional de estos países en los siglos XIX y XX. Se habla, por ejemplo, de anarquía hispanoamericana ⁽¹³⁾. Aparte de que la España de los pronunciamientos en el siglo XIX y el Portugal de la república hasta Salazar ofrecen ejemplos bien convincentes de ella, esta expresión no parece ser más que un rótulo convencional para designar algo que no se entra a explicar.

Otros creen despachar la cuestión con consignas al gusto estadounidense: *lucha mortal entre democracia y dictadura* ⁽¹⁴⁾. Pero las cosas no son tan simples. Las dictaduras civiles o castrenses podrán hacer un excelente o un pésimo gobierno, pero son todo menos un régimen. Constituyen una intervención excepcional. Como tales son

⁽¹¹⁾ Raúl CERECEDA, *Las instituciones políticas de América Latina*, Bogotá 1961; Villar DE LA TORRE, Ernesto y García LAGUARDIA, Mario JORGE, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México 1976, pese al título trata sólo de México y Centroamérica; Bernardino BRAVO LIRA, «Etapas del Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa 1811-1980», en *REHJ* 5, 1980; EL MISMO, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago 1986, 1993².

⁽¹²⁾ Una aproximación, Bernardino BRAVO LIRA, «La monarquía moderna en Europa y América», en EL MISMO, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica, Siglos XVI a XX*, Valparaíso 1989.

⁽¹³⁾ Cecil JANE, *Liberty and despotism in Spanish America*, Nueva York 1929, trad. castellana Madrid 1931, Buenos Aires 1947; Julio YCAZA TIGERINO, *Sociología de la política hispanoamericana*, Madrid 1950; Jacques LAMBERT, *Amérique Latine. Structures sociales et institutions politiques*, Paris 1963, trad. castellana Barcelona 1966.

⁽¹⁴⁾ Robert Jackson ALEXANDER, *A primer of economic development*, Nueva York 1963, trad. castellana, Barcelona 1963.

transitorias. Tienen el tiempo contado. Están sujetas inexorablemente a una cuenta regresiva (15). Las democracias, en cambio, si logran asentarse, pueden durar indefinidamente. Si de hecho no ocurre así, es porque se autodestruyen. Con gran facilidad son presa de la corrupción y sucumben por sí solas frente a sus enemigos de dentro o de fuera. Así sus derrumbes son incontables desde las democracias griegas hasta la soviética (16). Un contrapunto entre dos cosas tan dispares como democracia y dictadura, más que explicar nada, complica todavía más la cuestión.

Planteamiento.

En otra obra hemos intentado mostrar cuánto de caricaturesco hay en esas brillantes generalizaciones (17). Es cierto que, junto con las constituciones escritas, contrajeron los países hispánicos el mal francés, de mudar una y otra vez de constitución, de régimen político y de gobiernos. También es cierto que en algunos casos extremaron la nota. En lugar de prevalecer la tendencia a hacer primar las propias instituciones sobre las constituciones, es decir el *Scheinkonstitutionalismus* (18), como sucedió tempranamente en Europa Central, España, Portugal e Hispanoamérica parecieran com-

(15) Por todos, Jacques BAINVILLE, *Les dictateurs*, Paris 1935, trad. castellana, Santiago 1936, con un apartado especial sobre las dictaduras en Hispanoamérica.

(16) Jean-Francois REVEL, *Comment les démocrates finissent*, Paris 1983.

(17) Bernardino BRAVO LIRA, nota 3.

(18) Acerca del Scheinkonstitutionalismus, Hans HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechtes: zwischen Hierarchie und Demokratie*, Heidelberg 1980², trad. castellana, Madrid 1981, esp. p. 194; Henrich von SRBIK RITTER, *Deutsche Einheit. Idee und Wirklichkeit von Heiligen Reich bis Koenigsgrätz*, 4 vols., 1935-1941, 3, p. 99; Ernst-Wolfgang BOECKENFOERDE, *Der Verfassungstyp der deutsche konstitutionelle Monarchie in 19. Jahrhundert*, Stuttgart 1977, pp. 70-90; Ernst-Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 vols., Stuttgart-Berlín-Colonia 1991, 1, pp. 89-91 y 120; 4, pp. 131 ss y 332. Para Austria, 3, pp. 381-382. En Prusia, Günter GRUENTHAL, «Grundlage konstitutioneller Regiment in Preussen 1848-1867», en Gerhard A. RITTER (ed.) *Regierung, Bürokratie und Parlament in Preussen und Deutschland von 1848 bis zum Gegenwart*, Bonn 1983, pp. 42 ss.; Dietmar WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Munich 1991, 1992; Bernardino BRAVO LIRA, «Portales y el Scheinkonstitutionalismus en Hispanoamérica», en *Ciudad de los Cesares* 31, Santiago 1993; EL MISMO, *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica Chile 1760-1860: de Carlos III a Portales y Montt*, Santiago 1994.

placerse en lo contrario. Intentaron una y otra vez dar primacía al país legal sobre el real. Por este camino, la frecuencia de los cambios de constituciones y de gobiernos hasta ahora parece no tener límite.

Pero un mundo tan complejo como el hispánico encierra contrastes inesperados. Desde luego no todos los países han tenido, al modo de Francia desde 1791, una seguidilla de constituciones y regímenes. Más aún, en algunos, la suerte del Estado constitucional recuerda, en cambio, a la de los Estados de Europa Central en lugar de Francia. Así lo advirtió ya en 1927 Alberto Edwards en el caso de Chile (19). Lo mismo vale para el imperio de Brasil.

Sin embargo, tal vez lo más relevante es otra cosa. Tantos gobiernos y tantas constituciones transitorios, apenas si dejaron una huella y el país real se las arregló para sobrevivir por sí mismo, lo mejor que pudo. En este sentido el Estado constitucional tiene a menudo más de fachada que de otra cosa.

Tal vez, aquí está la mayor limitación de la actual bibliografía. Apenas presta atención a la relación, no exenta de tensiones, entre la constitución escrita y las instituciones propias de cada país, lo que se ha llamado su constitución histórica (20). En la medida en que el examen de las constituciones escritas se hace a la luz del trasfondo institucional de cada país — su mentalidad, prácticas, instituciones y demás — se pasa de un mera historia constitucional a una historia institucional. Entonces resaltan ciertas constantes, comunes a los distintos países en toda esta época.

Todo ello obliga a plantear en otros términos el estudio del Estado constitucional en el mundo hispánico: a partir de constantes, tales como inestabilidad política, reacción ambivalente frente al constitucionalismo, rechazo casi biológico de la modernización y su secuela, esa sostenida disociación entre país real y país legal.

(19) Alberto EDWARDS, *La fronda aristocrática. Historia política de Chile*, Santiago 1928.

(20) Obregón ESQUIVEL OBREGÓN, nota 2. DIEGO FERNÁNDEZ, nota 2. La investigación reciente presta atención a la relación entre constitución histórica y constitución escrita que se sobrepone a ella. Gaspar ARIÑO ORTIZ, «Derechos del rey y derechos del pueblo», en *Actas del II Symposium de historia de la administración*, Madrid 1971; GÓNGORA DEL CAMPO, nota 4. ANINNO, nota 4. GUERRA, nota 4. BRAVO LIRA, nota 18, EL MISMO, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Santiago 1996.

Contrapunto ideales - horrores.

La conciencia de este desajuste se remonta a los comienzos del constitucionalismo. Nada más elocuente que el lenguaje de la época.

En 1823 el brasileño José Bonifacio de Andrada e Silva denunciaba lo que él llamaba el componente *metafísico*, es decir, quimérico del constitucionalismo en América española, Francia, España y Portugal: « ¡Qué cuadro nos presenta desgraciada América! — decía en la Asamblea Constituyente —. Hace catorce años que se desgarran pueblos que, habiendo salido de un gobierno monárquico, pretenden establecer una libertad licenciosa y, después de haber nadado en sangre, no son más que víctimas del desorden, de la pobreza y de la miseria » (21). Lo mismo — añadía — había sucedido antes en Francia y últimamente ocurría en España y Portugal.

Se trata, en el fondo, del carácter ilusorio de los ideales del constitucionalismo que, al ser llevados a la práctica, los vuelve mortíferos. « ¿No hemos visto tantas veces en Europa — prosigue — que hombres alucinados por principios metafísicos y sin conocimiento de la naturaleza humana, quisieron crear poderes imposibles de sustentar? Vimos los horrores de Francia; sus constituciones apenas hechas y luego destruidas y, por fin, a un Borbón, a quien los franceses habían excluido del trono y hasta execrado, traerles la paz y la concordia. En España, donde el pueblo se levantó, no para pedir una constitución, sino para defenderse del ejército francés que pretendía dominarla, también los hipócritas y los libertinos se aprovecharon de las circunstancias, en cuanto el pueblo corría a atacar a los invasores, para redactar una constitución que nadie les encomendaba. ¿Y qué sucedió? Entró Fernando VII de repente, y siguieron días de horror; se levantó partido de las bayonetas diciéndose defensor de la voluntad del pueblo y desde esa época está la infeliz España nadando en sangre » (22).

(21) José Bonifacio ANDRADA SILVA, « Discurso a la Asamblea Constituyente », 5 de mayo de 1823, en *Anais da Assembleia Constituinte de 1823* 1, p. 53.

(22) Id.

Contrapunto derechos abstractos - bienes concretos.

Pero, tal vez, el principal desencuentro entre los ideales y promesas del constitucionalismo y las exigencias y pretensiones de los hispanoeuropeos e hispanoamericanos es el que apuntaba Bello en 1836. Bajo términos semejantes — libertades y libertad — se designan nociones opuestas, si no contrarias. Las libertades, *more hispánico*, son eminentemente personales y tan múltiples como las formas de disponer de sí mismo y de lo propio. La libertad — al modo racionalista — es eminentemente cívica o política y la misma para todos, pues no pasa de ciertas formas de disponer de la cosa pública, es decir, de participar o intervenir en el gobierno, por ejemplo, mediante sufragio activo o pasivo.

Al respecto, Bello contrapone hombre a ciudadano. « Hemos sido hombres — dice — aunque no hubiésemos sido ciudadanos. Hemos tenido vidas que defender, propiedades que guardar, aunque hallamos carecido del derecho de elegir nuestros representantes » (23). Esto es lo que, en verdad, cuenta para los hispanos: bienes concretos. Al lado de ellos, los derechos del constitucionalismo parecen globos de aire, que se elevan tanto más alto cuanto más insustanciales. « Los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política que de la de sus derechos civiles: los fueros que las habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes que los que aseguran su persona y sus propiedades ».

En una palabra, al hispano le interesa disponer de lo propio, que no se metan en lo suyo — *suum* —; no ir a meterse él en lo ajeno, en lo público, en lo común y, en definitiva, en cosas de otro. No tiene mayor sentido cívico, en cuanto interés por participar en el gobierno, por mandar fuera de su casa y menos a gente extraña. En cambio, tiene vivísimo sentido de disposición de sí y de lo propio. No acepta que a él lo mande nadie. Ni que en sus cosas se metan otros.

De ahí que para él no tenga mayor atractivo ser admitido a votar

(23) Andrés BELLO, « Responsabilidad de los jueces », en *El Araucano* 305, Santiago, Julio 1836, ahora en EL MISMO, *Obras Completas*, 15 vols., Santiago 1881-1893, p. 191.

o a ser elegido cada cierto tiempo y, menos, por candidatos que otros le imponen. Sus intereses son muy diferentes. « No puede ser de otra manera — continúa Bello —. Los primeros (los derechos políticos) son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco cuando los negocios que deciden de nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención ». Como estos bienes concretos son los que cuentan, « raro es el hombre, tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de los derechos políticos, que concede el código fundamental del Estado, al cuidado y conservación de sus intereses, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva del derecho a sufragio que cuando se le despoja violentamente de sus bienes » (24).

Constitución escrita y no escrita.

Enfrentado a una mentalidad de aristas tan acusadas y de raíces tan hondas, el trabajo de los redactores de constituciones no podía menos que complicarse. Una somera revisión de los textos muestra que, en general, se orientó en dos direcciones fundamentales: regular de nuevo, conforme a los ideales del constitucionalismo, las instituciones vigentes, a veces desde siglos — como la Presidencia, la Judicatura, el Ejército y la Iglesia — y, en segundo término, introducir en medio de estas instituciones otras, a veces del todo desconocidas, como por ejemplo el parlamento o el sufragio.

En la práctica antepusieron a los elementos importados — garantías individuales y división de poderes — otro propio: el reconocimiento oficial de la Iglesia. Este era un punto generalmente indiscutido dentro de la minoría dirigente, identificada con los ideales de la Ilustración católica y nacional, más bien que con los de la irreligiosa y cosmopolita, de la revolución francesa. Aún así, el estatuto constitucional de la Iglesia dentro del Estado y más todavía, el respeto efectivo de ella, se convirtieron al poco andar, en uno de los asuntos más explosivos. De hecho, casi toda, si no toda la política hispana e hispanoamericana del siglo XIX gira en torno a estas cuestiones. Las luchas entre conservadores y liberales, sean facciones

(24) Id.

sean partidos, tiene un fuerte componente religioso, entendiendo por tal, la disputa por el papel y el *status* de la Iglesia en el Estado constitucional ⁽²⁵⁾.

Distinto es el caso de las garantías. De lejos parecían atractivas, pero de cerca resultaban decepcionantes. Prometían a todos los mismos derechos, pero abstractos e inasibles. En cuanto tales, no admitían comparación alguna con la protección judicial a las personas, en términos amplios, diferenciados y operantes, tal como se conocía en estos países.

Según sabemos, dicho amparo recaía sobre los bienes concretos y tangibles de cada uno — lo suyo — que se solía compendiar esa trilogía honra — vida — hacienda, a que hemos visto remitirse una y otra vez en los textos de Bello transcritos más arriba. La diferencia entre derechos y bienes no es menuda, toda vez que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo y no a todos lo mismo. Lo cual, dicho sea de paso, no podría ser sino la injusticia máxima, *summa iniuria*.

Parlamento y regulación de la gestión gubernativa.

La división de poderes, como hizo ver Pedro I, fue el gran escollo del constitucionalismo por una razón elemental: en nombre de la libertad, se despojaba al gobierno de los medios para mantener el orden ⁽²⁶⁾. Aparte de eso resultó doblemente reñida con el Estado de derecho, tal como existía en estos países. Ante todo, relegó a la Judicatura a un papel subalterno. La calificó de poder y con ello, en la práctica, la convirtió en una especie de servicio público, confinado a ocuparse de asuntos civiles y criminales. Enseguida despojó a los ciudadanos de la protección judicial frente a abusos gubernativos. Su reemplazo por la intervención eventual de un parlamento, en nombre de la legalidad, fue a todas luces insuficiente, cuando no

⁽²⁵⁾ Hay una rica bibliografía, pero faltan visiones de conjunto. BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones*, nota 6. Ver ANINNO GUERRA, *Introducción*, nota 4.

⁽²⁶⁾ Cfr. PEDRO I, *Discurso inaugural de la Asamblea Constituyente*, 3 de mayo de 1823, en *Anais*, nota 21, 1, p. 41. Octavio Tarquino DE SOUSA, *A mentalidade da constituinte (3 mai a 13 novembro 1823)*, Río de Janeiro 1931. Franco, Alfonso ARINOS DE MELO, « El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX », en UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, 2 vols., México 1957, pp. 275 ss., esp. p. 293 ss.

ilusorio. En primer término, porque, como se ha dicho, los parlamentos tienen, por lo general, una vida intermitente en estos países. En segundo lugar, porque, a diferencia del juez, los parlamentarios se ocupan en otras cosas que en amparar a los ciudadanos frente al gobierno de turno. No es lo mismo para el afectado reclamar protección a un juez, mediante un recurso, que ir a pedirla a unos parlamentarios.

Pero lo que resultó todavía más extraño fue el parlamento mismo, como institución encargada de regular que la gestión gubernativa se mantuviera dentro del marco de la legalidad. Fuera de que legislar era parte y muy principal del gobierno, según lo recuerda, por ejemplo Juan Egaña en 1813 y Camilo Henríquez en 1822 ⁽²⁷⁾, la legalidad de los actos del gobierno, en estos países se exigía por vía judicial.

En Europa cabía buscar al parlamento constitucional antecedentes en las asambleas estamentales, como lo hicieron los españoles y portugueses ⁽²⁸⁾. Pero en Hispanoamérica, donde nunca las hubo ni por asomo, esto era trabajo perdido ⁽²⁹⁾. Los parlamentos carecían del menor asidero, tanto histórico como legendario. En definitiva, según apuntó Lamar Schwyer « las asambleas constituyentes pretendieron dar un corte al proceso evolutivo. Suprimieron con unas

⁽²⁷⁾ Juan EGAÑA, *Proyecto de una constitución para el Estado de Chile* (1811), Santiago 1813. Contiene un *Proyecto de declaración de los derechos del pueblo de Chile...* en 7 artículos (pp. 1-7) y un proyecto de constitución, que comprende 254 artículos y un apéndice, los cuales corren entre las p. 9 y 93. A ello se agregan unas breves notas que ilustran los artículos de la constitución en p. 95 a 130, y los índices. Henríquez. Camilo, Sesión de 17 de agosto de 1822, en *SCL* 6, p. 77.

⁽²⁸⁾ Karl BOSL (ed.), *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der Ständischen Repräsentation*, Berlín 1977, con trabajos de varios autores; Francisco MARTÍNEZ MARIA, *Teoría de las Cortes*, 2 vols., Madrid 1813; Manuel COLMEIRO, *De la constitución y del gobierno de los reinos de Castilla y León*, Madrid 1855, 1873²; Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona 1928; Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Madrid 1955; P. CRUZ y otros, *Orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica*, Sevilla 1994; José Manuel CUENCA TORIBIO, *Parlamentarismo y antiparlamentarismo en España*, Madrid 1995. Últimamente TOMÁS y VALIENTE, nota 5.

⁽²⁹⁾ Guillermo LOHMAN VILLENA, « Las cortes en Indias », en *AHDE* 18, Madrid 1948; Manuel GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, « Las cortes de Española en 1518 », en *Anales de la Universidad Hispalense* 15, 2 Sevilla 1954; José MIRANDA, *Los ideales y las instituciones políticas mexicanas. Primera Parte, 1521-1820*, México 1978.

pocas declaraciones de principios cuatro siglos de experiencia social »⁽³⁰⁾. Así, sucedió que, mientras las constituciones escritas no consiguieron dar vida al parlamento, las instituciones propias mostraron un vigor con que los constitucionalistas no contaban.

Para colmo, las novedades del constitucionalismo representaban para estos países más bien pérdidas que ganancias. Se hablaba de progreso. Pero, en la práctica, comportaban un deterioro del Estado de derecho, sensible especialmente a través de inestabilidad de los gobiernos e inseguridad de los gobernados.

Lucha por el Estado constitucional.

Lo decisivo, en todo caso, fue que con la dualidad de constituciones, no escrita y escrita, la dinámica institucional se resintió por un siglo largo. Dejó de discurrir por vías normales, porque ellas desaparecieron. Las transformaciones del Estado se volvieron conflictivas. Dieron origen a disputas, revueltas, golpes de Estado, en fin, guerras civiles, todo lo que se suele englobar bajo el nombre de *anarquía hispanoamericana*. Esta confrontación entre las dos constituciones, a ratos violenta, ha sido desgastadora para ambas. Mientras la no escrita se deterioró, la escrita, que a menudo no pasó de ser papel mojado, se desprestigió.

En suma, la trayectoria del Estado constitucional en el mundo hispánico está hecha más de fracasos que de realizaciones. En atención a ello, la actual investigación comienza a centrarse en la lucha por ese modelo político, más bien que en sus resultados⁽³¹⁾.

Por este camino, las cosas se aclaran bastante. Porque se las toma como son. Ante todo se distinguen dos momentos en el constitucionalismo, uno de auge y otro de reflujo, separados por la crisis del Estado constitucional en Europa y en el mundo a partir de la década de 1920⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Alberto LAMAR SCHWEYER, *Biología de la democracia*, La Habana 1927, pp. 109-110.

⁽³¹⁾ Este enfoque preside una serie de trabajos publicados desde 1980, BRAVO LIRA, nota 9, especialmente *El Estado constitucional en Iberoamérica 1811-1991*, nota 3.

⁽³²⁾ Bernardino BRAVO LIRA, « El renacer monocrático », en *Revista de Derecho* 184, Concepción 1989-1990.

El primer constitucionalismo corresponde a la época en que estos modelos parecen indiscutidos allende los Pirineos. Entonces, constitucionalistas y constituyentes en el mundo hispánico se sentían seguros y no cejaron en su empeño de implantarlos en sus países, a costa de las propias instituciones.

Las cosas cambiaron junto con la crisis del Estado constitucional. A partir de entonces, se perfila, de este lado de los Pirineos, lo que cabe llamar un segundo constitucionalismo. A diferencia del anterior, su nota dominante es la tendencia a que las constituciones escritas se dejen moldear por las instituciones que conforman la constitución histórica. Lo que abre camino a la dinámica institucional propia de cada país. La cara más visible de este vuelco es el renacer monocrático aún en curso ⁽³³⁾. Parlamentos y partidos se batían en retirada ante el avance del gobernante unipersonal, al estilo de los antiguos presidentes indianos. Ahora todos los artículos de las constituciones se hacen pocos para reconocer y legalizar este renacer monocrático ⁽³⁴⁾.

En la medida en que, bajo este signo, la Judicatura, las Fuerzas Armadas y la Administración vuelven a asentarse y en que rebrotan, bajo nuevas formas, las organizaciones intermedias, puede hablarse de una victoria de la constitución no escrita.

Hispanoamérica y el ocaso de la Modernidad racionalista.

Este vuelco no es una tendencia aislada. Forma parte de una reafirmación de la propia identidad cultural en Hispanoamérica. Quienes mejor lo han entendido han sido centroeuropeos, como Frankl, quien en 1949 decía: « Esta lucha de Hispanoamérica es una lucha por el redescubrimiento de los cimientos de su ser, cimientos graníticos e inmovibles, por cierto, pero cubiertos por la arena

⁽³³⁾ Id.

⁽³⁴⁾ Diego VALADES, *La dictadura constitucional en América Latina*, México 1974; UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México 1977, con aportes de diversos autores. Héctor GROS ESPIELL, « El predominio del ejecutivo en América Latina », *ibid.* BRAVO LIRA, nota 32.

movediza de ideas e instituciones de origen extraño y sin posible arraigamiento en aquellos cimientos auténticos » (35).

Medio siglo después, el alemán Steger no puede menos que comprobar que Hispanoamérica presenta una identidad cultural demasiado acusada y potente, como para dejarse moldear o remoldear por el racionalismo moderno. La señala como el hoyo negro donde tales importaciones europeas desaparecen sin dejar huella (36). Decididamente el Nuevo Mundo es un mundo nuevo, no un apéndice del Viejo. El historiador de las instituciones no puede prescindir de este hecho. Es inútil esperar que Hispanoamérica se deje enterrar junto con las formas agonizantes del racionalismo que, tras la caída de la Unión Soviética, caen también unas tras otras en Europa.

El mejor índice de este flujo y reflujo del constitucionalismo parece ser la suerte que bajo él corre el Estado de derecho. Al respecto cabe compendiar su accidentada vida en tres etapas, que corresponden al auge, apogeo y ocaso del Estado constitucional en estos países. Esquemáticamente, puede hablarse de una etapa del parlamento, otra de los partidos políticos y una de renacer monocrático.

La primera se abre con la promulgación de las más tempranas constituciones escritas entre 1811 y 1825 y se prolonga hasta la consolidación de partidos políticos. En esta fase el objetivo primordial de la lucha por el Estado constitucional parece ser implantar un parlamento que regule la gestión del gobierno. Demás está repetir que tales intentos casi siempre terminan mal. El parlamento no llega a regularizar sus sesiones y el Estado administrativo se desajusta. Todos sus elementos, Gobierno, Judicatura, Fuerzas Armadas, Iglesia, acusan un sensible desgaste. La protección judicial de los gobernados frente al gobierno se vuelve ilusoria. En suma, es una época de rápido deterioro del Estado de derecho.

La segunda fase se abre hacia 1850 con la formación y consolidación de partidos políticos, distintos de las facciones o bandos del temprano constitucionalismo. Transcurre bajo el signo de su acción,

(35) Id.

(36) VÍCTOR FRANKL, *Espíritu y camino de Hispanoamérica*, vol. I (único aparecido), Bogotá 1953, nota 17, p. 252.

que, como ellos mismos, es extraconstitucional. En consecuencia, los partidos imprimen una nueva dinámica a la vida institucional, por encima de los textos. Surgidos en el curso de la etapa anterior, no tardaron en hacerse dueños del parlamento y, desde allí, promovieron una serie de transformaciones del Estado. La tónica de esta etapa, está dada precisamente por los esfuerzos por regularizar la marcha de un parlamento, convertido en instrumento de los partidos, e implantar así alguna forma de gobierno de partido. Expresión de ello es el deslizamiento del Estado administrativo de derecho hacia uno legalista.

Por último la tercera fase abarca desde la década de 1920 en adelante. En ella parecen invertirse las tornas. Renace la monocracia y pasa a ser el factor clave ⁽³⁷⁾. El parlamento y los partidos pierden significación, en tanto que se recuperan las instituciones matrices del Estado de derecho: Administración, Judicatura y Fuerzas Armadas. En algunos países como México, Argentina y Chile se restablece, en parte, la protección judicial de los gobernados. Todo lo cual es indicio de una cierta recuperación del Estado de derecho y tal vez, también, de que se acerca a su fin la crisis en que, con altibajos, se debate desde las primeras constituciones escritas.

De esta suerte, al cabo de un siglo, la crisis parece encaminarse hacia una resolución. Tardíamente Hispanoamérica se inclina a reconocer una razonable primacía al país real sobre el país legal, es decir, hacia constituciones formales de fachada, del estilo de ese *Scheinkonstitutionalismus* que en el siglo pasado permitió asentar el Estado constitucional en Brasil, en Chile y en Europa Central.

(37) Hanns-Albert STEGER, « América Latina » en *Encuentros* 1, Caracas 1987.

PAOLO GROSSI

ITINERARI DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

Saldezze e incrinature nelle « parti generali »
di Chironi, Coviello e Ferrara

1. Il laboratorio civilistico italiano di fine Ottocento. — 2. Fondazioni giusnaturalistiche, formalismo e statalismo: l'antinomia del diritto civile italiano moderno. — 3. La civilistica italiana e la redazione di una « parte generale » del diritto civile. — 4. Anno 1900: il « Trattato di diritto civile italiano » di Lando Landucci. — 5. Anno 1904. Il « Trattato » di Gian Pietro Chironi: lo specchio di un personaggio ambiguo. — 6. I lavori preparatorii del « Manuale » di Nicola Coviello: la formazione culturale del giovane civilista. — 7. Anno 1910: la « parte generale » del « Manuale » covielliano. — 8. Lungo l'itinerario scientifico di Francesco Ferrara. — 9. Anno 1921: le « dottrine generali » del « Trattato » ferrariano.

1. L'ultimo ventennio del secolo scorso significa per lo storico della scienza privatistica italiana — lo si sa bene — l'avvio di uno straordinario laboratorio in cui si dà vita alle sperimentazioni più ardite e dirompenti. Esigenze sistematizzanti e dogmatizzanti, positivismo filosofico, suggestioni evoluzionistiche, tensioni solidaristiche mettono scompiglio nel quieto recinto della « ragion civile », un recinto che, in Italia, le salde e non spregevoli chiusure della prima codificazione unitaria potevano far pensare protetto ed immune.

È la grande corsa di quell'ultimo ventennio, è il rapido concatenarsi di sviluppo economico e tecnologico, di lotte sociali, di circolazione intensa di idee nuove provenienti da Oltralpe, a coinvolgere la tranquilla provincia dei nostri civilisti e a costringere almeno i più sensibili e anche i più impressionabili fra loro a riflettere sul mestiere e sul ruolo del giurista e a portare la discussione fin dentro quel sistema delle fonti del diritto, che l'ordine giuridico borghese aveva costituito in sacrario intangibile dal momento in cui il nuovo Principe vi aveva identificato il cemento della costituzione politica e la fondazione prima di tutto l'ordine socio-politico.

Sarà, in quel ventennio, un affiorare vario e difforme di testimonianze di fragilità e di forza, di improvvisazioni tenui come foglie al vento e di solide acquisizioni di coscienza critica, di caducità impotenti e di riflessioni destinate a incidere. Certamente, accanto a uomini modesti vittime di facili entusiasmi, affiorano i nomi rispettabili di Enrico Cimbali e di Gianturco, di Chironi e Filomusi Guelfi, di Gabba e di Simoncelli, dei commercialisti Vivante e Sraffa. Figure varie e diverse, di varia validità e di varia robustezza intellettuale, di varie radici culturali e varia ideologia di fondo e varie scelte tecniche ⁽¹⁾. Certamente non adepti della novella ideologia marxiana e marxista, e pertanto non portatori d'un verbo rivoluzionario ⁽²⁾, molti fra essi sono ispirati a nulla più che a un vago solidarismo umanitario, ma tutti — questo sì — segnati, chi più chi meno, dall'esigenza di un ripensamento critico, di porsi domande più grosse e più conturbanti di quelle correnti tra la maggioranza silenziosa soddisfattissima di continuare l'opera propria all'ombra protettiva della codificazione.

Ho parlato ⁽³⁾ di civilistica neoterica, con qualificazione certamente inappagante ma che ha il solo merito di far leva sull'atteggiamento innovativo rispetto al piatto esegetismo precedente. Il che è poco, il che è storiograficamente troppo poco, ma è anche la piattaforma comune che unisce l'evoluzionista Cimbali, il solidarista Gianturco, il savigniano Simoncelli: tutti percorsi da un atteggiamento critico verso l'assolutismo giuridico che è sostanzialmente nuovo nell'animo dei civilisti, tutti percorsi — e anche vivificati — da incrinature più o meno vistose nelle loro certezze assolutistiche.

⁽¹⁾ Un quadro sintetico di questo complesso paesaggio letterario è stato da me tracciato in: « *La scienza del diritto privato* » - *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893/1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 15 ss.

⁽²⁾ A mio sapere, l'unico tra i giuristi più noti che professò in Italia una convinta adesione alla metodologia e all'analisi marxiane è uno storico occasionalmente prestato ai civilisti, il giovane Giuseppe Salvioli, che, nella sua accesa prolusione palermitana del 1890 dedicata ai difetti sociali del Codice civile, mostra chiaramente di far suo il canone interpretativo della lotta di classe. Già il titolo era espressivo: « I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie ». Sulla prolusione salvioliana cfr. i nostri cenni in: « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 58 ss..

⁽³⁾ Già nell'ormai lontano saggio su *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976/77), t. I, p. 312 ss..

Saranno i messaggi squassanti che vengono lanciati in Germania nel primo maturarsi di idee giusliberistiche; saranno le espressioni di disagio che cominciano a scoppiettare in Francia anche verso la maestà del Codice Napoleone; sarà il misurarsi realistico con la società italiana che cresce velocemente ben al di là dei sentieri indicati dal Codice del 1865; è chiaro che certezze e convinzioni prima indiscusse sono ora sottoposte al vaglio di dubbii corrosivi, aprendo ipotesi di lavoro prima impensabili e, soprattutto, dando consapevolezza scientifica alla sonnolenta tecnica della vecchia civilistica.

Non si possono tacere le ingenuità e le improvvisazioni culturali di cui questa civilistica neoterica è gremita, ma non si può nemmeno tacere l'indubbio arricchimento che la più ampia disponibilità di strumenti culturali conferisce al laboratorio civilistico.

2. Quello della civilistica neoterica è un capitolo che si apre e che, a fine secolo, tende a chiudersi o almeno a deformarsi. Si tratta di un seme lanciato, che non alligna immediatamente ma che darà i suoi frutti nei tempi lunghi. Nei tempi brevi, cioè negli anni del primo Novecento, quel seme non era in grado di fruttificare, giacché il terreno era divenuto incapace di portarlo a germinazione. E qui conviene attardarci su qualche considerazione generale intorno allo sviluppo del diritto privato nel secolo XIX, che ci permette di capire le ragioni di una chiusura e di un seme non raccolto.

Quello sviluppo è marcato, nell'Europa continentale, dalla presenza ingombrante di due coaguli storici, apparentemente di segno opposto ma sostanzialmente accomunati da una medesima matrice e da una identica ideologia giuridica; il riferimento è al generale movimento codificatore presente in tanti paesi, cioè al movimento consolidatorio del diritto — anche e soprattutto del diritto privato — in un testo autorevole, e alla Pandettistica, vivacissima nell'area germanica.

La matrice è — per l'uno e per l'altra — giusnaturalistica, anche se, nel primo, v'è l'affidamento tutto nuovo al Principe, al detentore del potere politico, di leggere la natura delle cose e tradurla in atti della sua volontà sovrana (le leggi), nella seconda si continua col vecchio affidamento alla scienza giuridica del còmpito prevalente del divenire dell'ordinamento.

Le uguali matrici giusnaturalistiche si colgono soprattutto nel

concepire in chiave metastorica figure e rapporti: un soggetto di diritto civile astratto, e unitario perché astratto; proprietà e contratto, cioè i due principali strumenti di azione e di autotutela di questo soggetto, concepiti nel modo più astratto possibile. Al di là di questo indubbio trasferimento di un bagaglio giusnaturalistico per la costruzione e l'irrobustimento del diritto borghese, sta la grande antinomia di cui sono prova sia la codificazione che l'analisi pandettistica del diritto privato: il rifiuto di ogni richiamo formale al diritto naturale come a ogni metafisica giuridica; il nuovo diritto borghese si risolve soltanto nello *ius* storicamente posto dai vari enti politici sovrani, anche se continua ad essere pensato e analizzato con schemi sostanzialmente giusnaturalistici e secondo l'ideario del più puro giusnaturalismo.

È un gioco sottile di affidamenti allo Stato e, nello stesso tempo, di diffidenze verso lo Stato questo della costruzione del moderno diritto borghese, una costruzione venata nel profondo da una intima e insanabile antinomia: con quel risultato macroscopico, che è davanti agli occhi di ogni osservatore spoglio di apologismi e che è lo *abstrakte Privatrecht* disegnato dalla riflessione pandettistica ma che è lo stesso contenuto negli articoli dei Codici borghesi, un insieme di schemi categoriali non inquinati da immiserimenti e particolarizzazioni di indole economica politica sociale. Statalismo e formalismo avviavano quella convivenza che è uno dei tratti distintivi del diritto civile moderno.

Per la nostra civilistica neoterica, quando nel corso dell'ottavo decennio del secolo cominciò a non poterne più della esegesi dei francesi e si volse con sicura decisione verso le fonti tedesche, la scelta fu liberante. Al vincolo essenzialmente passivo al testo normativo si sostituì, com'era nella tradizione del *deutsche gemeine Recht*, una immagine di giurista creativo, costruttore d'un sistema, inventore di raffinatissimi congegni logici. E fu per il civilista italiano il sentiero per oltrepassare il Codice e per mettersi nelle condizioni di disegnare il futuro, cioè di ordinare il futuro in schemi categoriali adeguati.

Nell'ultimo decennio del secolo l'influsso combinato della grande fiumana della riflessione pandettistica e dei progetti di Codice imperiale germanico che si andavano stampando dal 1887 e che mostravano con evidenza il fortissimo influsso degli uomini di scuola e di scienza (innanzi tutto del principe fra essi, Bernhard Windscheid) portò a due conseguenze vistose: il sapere giuridico si

formalizzò facendo della astrattezza un canone programmatico; nello stesso tempo, si esasperava il rigetto di ogni inquinamento extragiuridico in un culto rigoroso del diritto formalmente positivo. E fu sempre più frequente la identificazione fra il romanista custode ed elargitore di una dommatica purissima, e il cultore del diritto civile positivo; anzi, ancor più, il transito quasi naturale, senza improvvisazioni o forzature, da romanista a civilista. Né fa meraviglia che protagonisti del primo trentennio del Novecento siano, per l'appunto, dei romanisti, cioè dei personaggi educati sulle forti, concettualmente forti, pagine dei Pandettisti: da Brugi a Fadda, da Pacchioni ad Ascoli da Segré a Vassalli a De Ruggiero.

La dimensione liberatoria si attenuò e anche si falsò in quel singolare doppio binario su cui il giurista civilista fu costretto a procedere, un binario disarmonico nel suo mal combinarsi di dommatica pura e di statualismo rigido. Se la civilistica neoterica si era troppo spesso risolta in un'entusiastica ma incontrollata sensibilità verso i nuovi fatti economici sociali tecnici sotto la guida spesso maldestra del positivismo filosofico nei suoi eccessi naturalistici, si capisce bene come la sua vicenda fosse destinata a chiudersi, e a chiudersi nel generale rifiuto di una maggioranza certamente non più dedita a impensabili analisi esegetiche ma certamente ormai dedita a erigere pinnacoli gotici di indole logica al di sotto del grande ombrello legislativo.

3. L'intento di queste pagine è seguire da vicino le testimonianze della civilistica del primo Novecento, quella che segue immediatamente dopo il gran ribollimento degli anni Ottanta e Novanta e che rifiuta il rischio della incontrollata immersione nei fatti, che tuttavia elabora sempre più ampie e complesse e raffinate « parti generali » nell'ambito di esposizioni pensate come « Trattati » o « Manuali » di grande organicità.

Questa scelta non è innocua. Non si tratta, infatti, di commentare con grande dovizia di spazio le norme generali premesse al Codice civile del 1865, come fa distesamente Francesco Saverio Bianchi nell'ampia parte del suo « corso » civilistico dedicata ai « principii generali sulle leggi » ⁽⁴⁾, o come farà più tardi l'interna-

(4) F.S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi - Spiegazione delle disposizioni pre-*

zionalista Fiore compiendo, nell'ambito del suo « Trattato » collettaneo, l'esame autonomo « Delle disposizioni generali sulla pubblicazione applicazione ed interpretazione delle leggi » (5). La scelta di una « parte generale » non è la scelta di un oggetto da indagare, bensì di un preciso approccio metodico, di precisi contenuti da dare, di un preciso ruolo da rivendicare per il giurista.

Per lo storico i significati prevalenti sono due: è il culmine e, se si vuole, l'exasperazione di una scienza sistematizzante, giacché rappresenta la identificazione del sapere giuridico in un contesto organicamente tessuto di nozioni astratte con alla base una rete unitaria di categorie ordinanti; è il segno di un giurista, o, meglio, di un ceto di giuristi che pretende di porsi quale costruttore, costruttore di architetture, spesso di architetture ardite, addirittura di guglie gotiche e neo-gotiche. Tant'è vero che lo schema di queste « parti generali » — a cominciare da quella codificata nel BGB — si articola sempre in un ventaglio di argomenti essenziali che vanno dai concetti fondamentali, alle fonti, alla interpretazione, ai soggetti di diritto, all'oggetto, all'acquisto modificazione e perdita dei diritti (fatti giuridici, negozi, prescrizione), al loro esercizio e difesa (azione, prova).

La « parte generale » è pertanto, più di ogni altra esercitazione intellettuale, uno specchio rivelatore di particolare intensità; rivelatore soprattutto ed esaltatore in sommo grado della accennata antinomia di fondo da cui è solcato e caratterizzato il diritto privato dell'età borghese. La « parte generale », infatti, come costruzione scientifica di astratte categorie ordinanti, costringe il civilista a fare i conti con il proprio statalismo e lo crocifigge in una contraddizione insanabile. La redazione di una « parte generale » assume pertanto per lo storico del diritto la funzione altamente espressiva d'uno strumento preziosissimo di verifica, destinato a mettere alla prova, e a dura prova, le interiori coerenze del giurista, a scoprire con particolare clarità le incrinature nascoste, o le effettive saldezze. Tutto, in questo specchio dalla straordinaria franchezza confessoria, si esalta con una particolare evidenza.

messe al Codice civile italiano sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, Torino, Ute, 1888.

(5) Napoli, Marghieri, 1908².

Cimentarsi nel disegno di una siffatta « parte generale » da premettere alla trattazione istituzionale, però in guisa da farne — come si diceva — non una premessa da giustapporre esterna alle sezioni speciali, bensì un momento interno insostituibile per la comprensione del sistema giuridico nella sua globalità, è un impegno abbastanza risalente nella civilistica neoterica italiana, almeno da quando le nostre scuole han cominciato a rifiutare le scelte analitiche ed empiriche dei francesi e ad attingere al sapere altamente teorizzante e altamente sistematico dei tedeschi.

Nel filone di pensiero germanico l'esigenza a disegnare schemi categoriali il più possibile universali proveniva da lontano ⁽⁶⁾, aveva trovato la più compiuta realizzazione in quel gran modello di straordinaria suggestione che è lo stesso « Sistema del diritto romano attuale » di Savigny ⁽⁷⁾, ricevendo tuttavia applicazione anche nell'ambito dei diritti nazionali come provano gli esperimenti ottocenteschi dell'Unger per il diritto austriaco ⁽⁸⁾, del Dernburg per quello prussiano ⁽⁹⁾, del Wächter per quello del Württemberg ⁽¹⁰⁾, o la significativa costruzione operata nel '92 dal Crome sul diritto più rinserrato in una codificazione intesa come chiusissima, quello francese ⁽¹¹⁾.

Da noi, pur esclusivamente finalizzati a una funzione didattica, sia le « Istituzioni » di Gian Pietro Chironi ⁽¹²⁾ (la cui prima edizione

⁽⁶⁾ Una guida sicura e culturalmente provvedutissima è offerta da P. CAPPELLINI, *Systema iuris - I - Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, passim ma soprattutto p. 152 ss.

⁽⁷⁾ Che si tratti di un modello lo dimostra la splendida traduzione che gli dedica il romanista-principe in Italia, e cioè Vittorio Scialoja.

⁽⁸⁾ In quello che è il più organico sistema civilistico costruito sull'ABGB: Josef UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1871, ss..

⁽⁹⁾ Heinrich DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*, Halle, Buchhandl. d. Waisenhausen, 1894.

⁽¹⁰⁾ Karl Georg von WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, 2, *Allgemeine Lehren*, Stuttgart, Metzler, 1842.

⁽¹¹⁾ Altro modello relevantissimo questo *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, Mannheim, Bensheimer, 1892, di Carl CROME, come è dimostrato dalla eccellente traduzione italiana di due notevoli giuristi, Alfredo Ascoli e Federico Cammeo.

⁽¹²⁾ G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, volume I, Torino, Bocca, 1888.

risale al 1888), sia il « Compendio » di Paolo Emilio Bensa⁽¹³⁾, del 1897, accolgono consapevolmente⁽¹⁴⁾ l'approccio metodologico; e lo accolgono le due trattazioni sistematiche, che rappresentano i tentativi scientificamente più ambiziosi degli anni Ottanta, il « Sistema » di Enrico Lai⁽¹⁵⁾ e il « Sistema » di Gianturco⁽¹⁶⁾, ambedue risalenti all'85.

Sono — queste — due opere, tutto sommato, modeste sul piano speculativo, anche se talora eccessivamente enfaticamente, la prima sull'onda del forzoso recupero di una personalità semi-ignota, la seconda sull'onda di una apologetica filo-gianturchiana che dal Reame ha pervaso acriticamente fino ad oggi.

Il tentativo del Lai, apertamente filosofeggiante nel suo chiaro impianto giusnaturalistico, è appena uno spezzone preliminare di discorso non arrivando oltre la nozione di legge. È scoperta l'insoddisfazione per le comuni trattazioni civilistiche troppo indifferenti alla individuazione d'una fondazione unitaria che garantisca l'unità effettiva del sistema giuridico⁽¹⁷⁾.

(13) P.E. BENSA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano-Introduzione e parte generale*, Torino, Ute, 1897.

(14) Consapevolezza dichiarata con estrema franchezza in Bensa, che scrive negli ultimi anni del secolo: « parvemi opportuno premettere un'ampia parte generale, che radunasse e coordinasse le figure comuni a tutto il campo del diritto civile » (*Compendio*, cit., p. 2). Il quale aggiunge: « come modello per la costruzione di questa parte generale... stimai di scegliere il sistema comunemente seguito... da quei grandi e profondi generalizzatori che sono gli odierni giuristi germanici », citando adesivamente la « felice esposizione secondo i metodi tedeschi della parte generale di un diritto civile analogo al nostro fatta da Crome » (*ibidem*, p. 3).

(15) Enrico LAI, *Sistema del diritto civile italiano-Parte generale* - volume I, Cagliari, tip. Timon, 1885. Sul Lai, figura appartata di giurista sardo, dalla vita assai breve (1842-1892), poco più di una scheda offre Francesco LODDO CANEPA, *I giuristi sardi del secolo XIX*, Cagliari, tip. Soc. Ed. Italiana, 1938 (estratto da *Augustea*, numero unico del 28 ottobre 1937), p. 53. Loddo Canepa scrive *Lai*, ma sul frontespizio del « Sistema » è invece segnato *Lai*.

(16) Emanuele GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, ora in *Opere giuridiche*-vol. secondo, Roma, Libreria dello Stato, 1947. La prima edizione è del 1885, pubblicata sotto il titolo « Istituzioni di diritto civile italiano »; resta pressoché inalterata fino all'ultima edizione curata dall'Autore, la terza del 1907.

(17) Nelle opere che trattano del diritto civile italiano è soprattutto la percezione dei *principii* che difetta; o, se non difetta, non risale mai al « principio più generale, da cui essi tutti insieme derivano » (LAI, *Sistema*, cit., pp. 4-5). È vivissima in Lai l'esigenza

Ben più complesso il « Sistema » gianturchiano: anche questa un'opera incompiuta — sorte che si palesa e si paleserà comune a tutti i disegni civilistici di maggiore lena — ma che può distendersi in una ampia prefazione, in una introduzione altrettanto ampia e in una « parte generale » perfettamente conclusa. Il « Sistema » appare a mezzo di quegli anni Ottanta che sono il momento di emersione di tante sollecitazioni nuove, e le registra con fedeltà quasi anticipando i motivi che troveranno pienezza di voce nella prolusione napoletana del 1891 ⁽¹⁸⁾: grossi dubbii sulla « immortalità delle leggi » ⁽¹⁹⁾, rifiuto dello « stupido feticismo » verso il legislatore ⁽²⁰⁾, sentito solidarismo che chiede allo Stato di non « restringersi all'umile compito di tutelare la giustizia e la sicurezza (Rechtsstaat) » ma il « promuovere e aiutare la coltura e la prosperità economica delle diverse classi e assumere vigorosamente la protezione dei deboli » ⁽²¹⁾. Il tutto condito con sano empirismo ma anche con una indubbia povertà speculativa.

Sono altre le « parti generali » che, in questa sede, ci interessano. Se era doverosa una menzione per Lai e per Gianturco, motivazioni valide ci portano invece verso un momento ulteriore e verso altre manifestazioni di questo assillo costante al disegno di fondazioni universali.

Il momento è quello sopra descritto di un massiccio riflusso dominato dal connubio fra statalismo e formalismo. Le ventate iconoclastiche si sono ormai spente; il nuovo secolo si è inaugurato, in Italia, con la redazione di un manifesto di rara intensità, munito di grossa forza incisiva in grazia della forza speculativa di cui è portatore; intendiam dire la traduzione che delle « Pandette » di Windscheid fanno Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e il corredo dovizioso di « note » con cui la arricchiscono. Umili, umilissime note, poste in calce al testo windscheidiano e collegate sparsamente

di una assoluta *reductio ad unum*: « le questioni vengono decise con la scorta di principii subordinati, dei quali è impossibile stabilire i limiti precisi, se non si fanno risalire ai principii più generali, e questi all'unico principio di cui tutti gli altri non sono che conseguenze più o meno immediate » (*ibidem*, p. 5).

⁽¹⁸⁾ *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli, Piero, 1891, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Libreria dello Stato, 1947.

⁽¹⁹⁾ GIANTURCO, *Sistema*, cit., p. 12.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, p. 37 nota 40.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 17.

ad esso, senza una organicità sistematica, senza la spocchia di una parvenza autonoma, come tutte le note di questo mondo, ma che, per la superba preparazione degli autori e per il loro spessore intellettuale, portavano alla cultura civilistica italiana, discussi sviscerati confrontati con le conclusioni della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza, i più rilevanti problemi teorici sollevati in cento anni di raffinata e forse estenuante analisi pandettistica.

La traduzione annotata di Windscheid appare, nella sua completezza, nel 1902, ed è, senza che lo pretenda, quasi la stesura di un manifesto programmatico: il pandettismo civilistico ha ormai in Italia una fondazione di rara solidità e può fungere da punto di avvio di tutto un ulteriore svolgimento.

In questo clima si collocano le tre « parti generali », cui vogliamo dare attenzione, tutte e tre — a diverso titolo — significativissime: quella di Gian Pietro Chironi del 1904 ⁽²²⁾, quella di Nicola Coviello del 1910 ⁽²³⁾, quella di Francesco Ferrara del 1921 ⁽²⁴⁾. Si tratta, come ben sa ogni giurista, di opere monche: avrebbero dovuto costituire il primo volume di un complesso « Trattato » di diritto civile italiano, ma a quel primo volume si arrestano.

Sono, a mio avviso, gli esperimenti più cospicui che si abbiano sul tema nella letteratura giuridica italiana dei primi decenni del Novecento, sia per l'impianto costruttivo, sia per la solida personalità dei tre autori, ed hanno per lo storico l'oggettivo privilegio di apparire in tre momenti cruciali, diversi ma parimente cruciali e storicamente espressivi, e voci di tre personaggi ciascuno dei quali

⁽²²⁾ *Trattato di diritto civile italiano* - volume I - parte generale, Torino, Bocca, 1904. L'opera è formalmente co-firmata da un allievo di Chironi, Luigi Abello, modesto studioso noto ai civilisti italiani per una grossa indagine sistematica sulla locazione. Che il volume sia soprattutto chironiano è dimostrato da tante scelte che vi si fanno ed è confermato dalla prefazione che reca la sola firma di Chironi.

⁽²³⁾ *Manuale di diritto civile italiano* - volume primo (Parte generale), Milano, Soc. Ed. Libr., 1910.

⁽²⁴⁾ *Trattato di diritto civile italiano* - vol. I. - *Dottrine generali* - Parte I - *Il diritto* - I soggetti - *Le cose*, Roma, Athenaeum, 1921. Su di un piano diverso da quello di una costruzione scientifica, che domina i trattati di Chironi, Coviello e Ferrara, ci sembra invece la quantitativamente grossa opera di Nicola STOLFI, *Diritto civile* - volume primo - *Parte generale* - I - *Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, Torino, Utet, 1919, opera assai recettizia e con intenti — tutto sommato — pratici.

serba un timbro peculiarissimo e perciò anche un messaggio che merita registrare.

Il volume di Chironi è pubblicato subito dopo l'affievolirsi della grande fiammata innovativa, ed è redatto da un giurista che su quel fuoco non aveva mancato di gettare qualche legno (vedremo se verde o secco).

Il volume di Nicola Coviello esce a caldo immediatamente dopo le proclamazioni solenni del verbo ereticale giusliberistico e i primi entusiasmi italiani e le traduzioni che quel verbo avevano capillarmente diffuso anche (e, forse, direi: soprattutto) fra i pratici.

Il « Trattato » di Ferrara vede la luce nel difficile momento in cui molte delle ferite della guerra mondiale sono ancora aperte per il pianeta del diritto, e le coscienze dei giuristi più vigili — perdute le certezze della « Welt von Gestern » — sono e rimangono inquiete; quando — con profondo turbamento dei più — comincia a circolare l'annuncio pluralistico lanciato non da un fantasioso filosofo del diritto ma dal più autorevole giuspubblicista italiano, Santi Romano.

Tre momenti diversi, ma tre momenti di prova, tre momenti di verifica per la capacità di resistenza del sapere giuridico nelle sue non più riposate certezze. Si capisce perfettamente l'interesse per lo storico dell'assolutismo giuridico italiano di sostare a cogliere bene le tre voci inserendole nell'itinerario di quello.

In questo esame, per i nostri fini, saggeremo le voci interrogandole su alcuni temi rivelatori: la nozione di legge, il rapporto legge-consuetudine e il problema della produzione del giuridico; il problema sempre scabroso nel diritto borghese della interpretazione-applicazione e l'altro — che vi è strettamente connesso — della portata e del ruolo dei « principii generali di diritto » menzionati — con formula tanto aperta quanto ambigua — nell'art. 3 delle preleggi; il tema scabrosissimo, agli occhi del moderno legalismo, dell'equità in rapporto al diritto positivo.

Interrogativi che toccano le radici stesse dell'ideario assolutistico e che, nelle risposte dei civilisti, sono in grado di svelarci quelle che, nella intitolazione del saggio, ho chiamato saldezze e incrinature sul cammino dell'assolutismo giuridico, ormai consolidato ma anche provato dal mutamento ineludibile — e mutamento molteplice — che circola nelle vene del nuovo secolo.

4. Abbiamo parlato di Chironi, di Nicola Coviello, di Ferrara, ma un conoscitore attento della nostra letteratura civilistica potrebbe ricordarci che il nuovo secolo si apre, in Italia, con un altro ampio « Trattato di diritto civile italiano », quello di Lando Landucci, che ostenta al suo inizio le consuete « prenozioni d'indole generale » (25).

Il « Trattato » c'è, ha quel titolo e serba grande attenzione alla « parte generale », ma non può essere messo sullo stesso piano delle tre opere su cui vogliamo distesamente sostare. E non perché il Landucci sia un romanista, giacché smentiremmo quello che si è detto qualche rigo prima sulla fusione e confusione, in quegli anni, fra romanista e civilista; se mai, perché Lando Landucci fu per tutta la sua esistenza un romanista mediocre, un mediocre compilatore. La ragione è però più densa.

Se si guarda bene, il « Trattato » landucciano si inserisce all'interno di un « Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano », ed è un centone che lega assieme la traduzione italiana della quarta edizione del « Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae » di Aubry e Rau (26), una grossa carrellata storica e la trattazione più propriamente positiva, cioè di diritto civile italiano.

E ciò non senza motivo, anzi con un motivo ben dichiarato che fa onore al Landucci e che è senz'altro pieno di interesse per lo storico. Diamo distesamente la parola al nostro romanista: « Il tempo d'un lavoro, per dir così, fuso in tutti gli svariati elementi di formazione del nostro diritto, *forse non è giunto ancora*; manca un'adeguata copia di ricerche condotte con metodo buono, di diritto romano, senza dubbio e del tutto di diritto comune, né esistono sufficienti... esposizioni di singoli istituti civili, necessari a preparare l'orditura della tela completa ... Il trattato generale non è che l'edificio creato con i materiali raccolti, è una universitas intellet-

(25) L. LANDUCCI, *Trattato di diritto civile italiano*, in *Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano* - vol. I, Torino, Ute, 1900. Le « prenozioni d'indole generale » sono a p. 11 ss..

(26) Com'è noto, la prima edizione del « Corso » di Aubry e Rau (1839-41) è pressoché una traduzione dello Zachariae; l'opera assume un suo volto con la seconda (1848-50) e ancor più con la terza (1856-63) e con la quarta (1869-79) tradotta dal Landucci.

tuale, la sintesi del pensiero di generazioni e di scuole ... Ma la preparazione non essendo bastevole, non rimaneva che ricorrere ad un *modo estrinseco*, ad un ripiego, quale lo consente il momento in cui siamo. Cotesto mezzo oggi più conveniente ci è parso quello di coordinare, sia estrinsecamente raccogliendoli in una sola vasta opera, sia intrinsecamente con la rispondenza delle idee e della discussione, tre opere l'una di diritto civile storico, vale a dire della sua formazione dalla Roma antica fino a noi, la seconda di diritto civile francese e la terza di diritto civile italiano, condotte e disposte in modo che le prime due sieno di preparazione alla terza » (27).

Le due brevi corsivazioni sono nostre, e valgono a sottolineare un discorso franco e onesto, all'insegna di una grande umiltà. Nell'anno di grazia 1900, il buon Landucci non se la sente di redigere quella « universitas intellettuale » che è l'autentico trattato generale civilistico; probabilmente « la sintesi del pensiero di generazioni e di scuole » era possibile, ma occorreva ala per raccogliere e dominare e ridurre a unità il gran materiale ammucchiato soprattutto nei forzieri delle Università austro-tedesche ma anche italiane e francesi.

La scelta del Landucci è di procacciarsi un sostegno esterno, e lo trova nel « corso » di Aubry e Rau, il meno esegetico dei grandi « corsi » civilistici francesi perché costruito pressoché interamente sui pilastri germanici forniti dallo Zachariae. Il risultato sa di vecchio, malgrado la data di stampa segnata sul frontespizio e tutta proiettata nel nuovo secolo; ne scaturisce soprattutto una creatura ibrida che, nascendo decrepita, non può che restare nel suo cantuccio umbratile e cedere il passo alle opere autenticamente alla stregua coi tempi.

Poiché, per amor di completezza, se ne è parlato, non sarà disutile cogliervi la mentalità e l'ideario del romanista Landucci pienamente immerso, malgrado qualche sfumatura, nel clima dell'assolutismo giuridico.

Si registra il carattere legislativo del diritto con una secca subordinazione di ogni altra fonte alla legge positiva (28); si coglie lucidamente (e si accoglie) il carattere formale e cioè accontentutistico

(27) LANDUCCI, *Trattato*, cit., prefazione, p. LXXVIII.

(28) « Essa prevale a qualunque altra forma od estrinsecazione del diritto » (*ibidem*, p. 29).

di legge ⁽²⁹⁾ e ci si arresta di fronte al principio costituzionale della divisione dei poteri e alle sue conseguenze inchiodanti ⁽³⁰⁾.

Il proprio mestiere di storico del diritto e la familiarità con Savigny lo porterebbero ad intensificare il ruolo della consuetudine ⁽³¹⁾, ma vince l'impostazione rigidamente legalistica con questa ipocrita contorsione logica, che è un portento di discorso argomentativo: [il legislatore] « è formato per essere interprete della coscienza popolare per mezzo delle sue leggi. Ma ove la legge abbia provveduto cessano d'aver vigore le consuetudini precedenti; alla volontà presunta del legislatore deve prevalere quella espressa; e la coscienza popolare alla sua volta non potrebbe pretendere di sovrapporsi a quell'organo che essa medesima creò per interpretarle e formularle il diritto » ⁽³²⁾; discorso dalla disperante apoditticità e che reclamerebbe — per salvarsi — la dimostrazione del postulato da cui tutto discende (che però resta un postulato, e cioè una dignità geometrica indimostrata; intendo dire il legislatore come interprete della coscienza popolare).

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, p. 29: « perché si abbia una legge basta esistano i caratteri estrinseci ricordati nella definizione ». E in una preziosa nota (nota 2, p. 28) precisa: « Vogliamo dire che la legge ha insita in sé la sua efficacia; è legge anche se immorale o incostituzionale nell'essenza... la legge, considerata nell'ordine del diritto positivo, e ciò volevamo dire, è tale soltanto per due caratteri esteriori: la competenza del legislatore e la regolarità delle sue forme ». Non si poteva meglio condensare il messaggio fondamentale dell'assolutismo giuridico!

⁽³⁰⁾ Un esempio: « la giurisprudenza... potrebbe astrattamente ammettersi tra le fonti del diritto... ma il principio costituzionale odierno della divisione dei poteri legislativo e giudiziario vi si oppone » (*ibidem*, p. 46). Parlando di desuetudine — che egli tenderebbe ad ammettere sia pur eccezionalmente — non può non riconoscere l'eccessiva rigidità del panlegalismo dello Stato italiano: « L'art. 5 delle disposizioni al nostro Codice... è conseguenza dell'esagerazione di due principii storici, l'odio al passato (che, avversando la desuetudine, finiva col rinnegare il suo scopo) e la divisione dei poteri, e della pratica anche più rigorosa fattane in Francia » (*ibidem*, p. 288). Diagnosi puntuale, da cui non si è però in grado di trarre alcuna conseguenza operativa. L'art. 5 delle disposizioni preliminari al Codice civile unitario del 1865 serrava il monopolio legislativo sancendo la possibilità di abrogazione d'una legge solo « da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore ».

⁽³¹⁾ « Quantunque il nostro modo di vedere sia il più ampio rispetto agli altri trattatisti, anche con esso il valore della consuetudine ai nostri giorni trovasi ristretto ai più modesti confini » (*ibidem*, p. 212).

⁽³²⁾ *Ibidem*, pp. 42-43.

La stessa desuetudine è, sulla scorta di quanto avviene nel diritto pubblico, timidamente ammessa ⁽³³⁾, ma la si giustifica legalisticamente come la supplenza di un vuoto creatosi perché « la legge non esiste più » ⁽³⁴⁾.

I principii generali di diritto, smentendo qualche apertura fatta in direzione della scienza e, ovviamente, essendo il Landucci un romanista ligo, della « sapienza romana » ⁽³⁵⁾, sono per lui — in definitiva — quelli « risultanti dalla legislazione positiva di quel determinato popolo cui debbono essere applicati a colmare le lacune delle leggi » ⁽³⁶⁾.

L'interpretazione è ricerca della mente del legislatore e non della legge ⁽³⁷⁾: precisazione che mostra la distanza fra il nostro autore e i tentativi di oggettivare la legge facendone un prodotto aperto e disponibile agli eventi futuri situati sul suo cammino ⁽³⁸⁾; del resto, il nome di Josef Kohler, corifeo di questa tendenza corrosiva delle certezze assolutistiche, è segnato per esprimere un netto dissenso ⁽³⁹⁾.

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 288.

⁽³⁴⁾ Ecco un'altra perla: « anche la desuetudine, ammettendo che possa abrogare la legge, non esclude questa regola [cioè della abrogazione puramente legislativa]: infatti, se essa esiste e vale, la legge non esiste più. Ma se esistesse, prevarrebbe a qualunque consuetudine, come a qualsiasi altra fonte positiva del diritto... né v'è petizione di principio » (*ibidem*, p. 29, n. 4). L'unico commento da fare si incentra soprattutto sull'ultima frase: *excusatio non petita*... !

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, p. 47.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, p. 695, nota 14. Ma si vedano anche le conferme di p. 696 e 697: « i fatti legislativi del diritto positivo sono i singoli articoli delle leggi considerati in sé e ne' loro mutui rapporti: essi debbono essere la base, il substrato della induzione per determinare i principii generali di diritto. In questo modo soltanto essi, al pari della normale interpretazione delle leggi, al pari dell'analogia, rappresenteranno la mente del legislatore ». E il cerchio inesorabilmente si chiude.

⁽³⁷⁾ « la legge è il pensiero del legislatore... noi amiamo meglio parlare di pensiero e di volontà del legislatore che di pensiero e volontà della legge » (*ibidem*, p. 707).

⁽³⁸⁾ Com'era stato, in Italia, quello — ben conosciuto dal Landucci — di Vincenzo Simoncelli, un civilista che, nella sua prelezione camerte del 1889 (*Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938) aveva colto l'interpretazione come rivolta « a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si ritrova in potenza » (p. 424).

⁽³⁹⁾ I dissensi da Kohler e da quella visione che avrebbe poi dato vita al

L'equità è relegata nel mondo dei fatti, fuori delle mura della cittadella giuridica ⁽⁴⁰⁾, e, secondo l'insegnamento di un funesto e onnicitato saggio di Vittorio Scialoja ⁽⁴¹⁾, è vietata all'interprete-applicatore e affidata unicamente al legislatore ⁽⁴²⁾.

5. Nell'anno di apertura del secolo il romanista Landucci non se la sente di camminare con le proprie gambe e confessa la esigenza di munirsi d'una stampella, di aver bisogno d'un appoggio esterno ed estrinseco. E il frutto più fresco del secolo nuovo nasce con il volto segnato e raggrinzito in parecchie rughe deformanti.

Quattro anni dopo, ben diversa è la reazione di Gian Pietro Chironi. Il civilista sardo è nella pienezza della sua maturità di uomo e di studioso; pressoché quarantenne, è da ben cinque lustri professore di diritto civile prima a Siena e poi a Torino, ed ha il privilegio di aver vissuto in prima persona il ribollimento italiano degli anni Ottanta con una immersione diretta in quello che allora appariva il bagno salutare nel positivismo filosofico e nelle salienti scienze novissime sociologiche e antropologiche.

Chironi è un personaggio senza dubbio insoddisfatto della riduzione del mestiere di civilista a sempre più vuoti esercizi esegetici, e senza dubbio intellettualmente curioso. Avverte che il problema da aggredire frontalmente è quello del metodo, giacché il rischio grave per la dottrina giuridica è la perdita della scientificità

movimento giusliberista sono ripetuti (v. p. 630, nota 5 e soprattutto p. 707, nota 10: « la teoria sostenuta con tanto calore dal Kohler ed alla quale ci dichiarammo già contrarii, per l'Italia contrasta anche con la legge positiva », anche se il saggio programmatico di Kohler « Über die Interpretation der Gesetzen », del 1886, è costantemente citato.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 213 ss., dove si respinge la tesi di un possibile coincidenza fra equità e principii generali del diritto (che era stata pur sostenuta), per essere questi di carattere squisitamente giuridico.

⁽⁴¹⁾ Il saggio dello Scialoja: *Del diritto positivo e dell'equità*, che è, all'origine, il discorso per l'inaugurazione degli studii nell'Università di Camerino nel 1879 (vedilo ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, vol. III, Roma, Anon. Rom. Ed., 1932), costituisce una delle ipoteche più pesanti nella storia della civilistica italiana moderna e contemporanea. Costantemente e passivamente citato e recepito in grazia della carismaticità del suo autore ha rappresentato il più grosso contributo alla incomprensione e distorsione della nozione di equità. Ma di ciò parleremo distesamente più oltre.

⁽⁴²⁾ « Aver riguardo all'equità è ufficio del legislatore » (*ibidem*, p. 213).

del proprio conoscere. In questa ansia sincera di più sicure fondazioni scientifiche è il tratto distintivo del suo volto.

Lo dimostrano limpidamente i capisaldi del suo itinerario di studioso: la prolusione senese del 1882 è significativamente dedicata a « Il diritto civile nella sua ultima evoluzione »⁽⁴³⁾, e, sempre in quello stesso anno, si cimenta in un discorso su « Il darwinismo nel diritto »⁽⁴⁴⁾ che si colloca alla perfezione nel clima acceso dei giuristi novissimi. Nell'84, pubblicando il suo ampio studio monografico sulla colpa contrattuale, primo volume di un'opera destinata a indagare l'intero spazio della colpa civile, egli non può rinunciare a farlo precedere da una prefazione assai distesa che assume — già nel progetto dell'autore — il carattere di autonomo discorso sul metodo: « Il « metodo » nello studio del diritto civile — a proposito di un lavoro sulla colpa »⁽⁴⁵⁾. Ancora: nell'85 sceglie un tema di frontiera per la prolusione al corso civilistico nella Facoltà di Giurisprudenza di Torino, sua sede definitiva dove insegnerà per più di trenta anni: « Sociologia e diritto civile »⁽⁴⁶⁾, e nel '90 continua il suo dialogo con gli *homines novi* e si misura coi loro orizzonti culturali redigendo una densa introduzione all'*opus magnum* di un filosofo del diritto, Giuseppe D'Aguanno, convinto adepto del positivismo filosofico⁽⁴⁷⁾. Nel '98, chiamato dal suo Rettore al compito onorevolissimo di pronunciare il discorso ufficiale per la solenne apertura degli studi universitari, insiste su quel dialogo riprendendo il tema dei rapporti fra individualismo moderno e funzione sociale del diritto⁽⁴⁸⁾, tema cavalcatissimo dai civilisti neoterici e, come vedremo, caro al Nostro anche se per lui fonte di più di un turbamento.

(43) Che può ora leggersi in: G. CHIRONI, *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, Bocca, 1914.

(44) *Il darwinismo nel diritto*, Siena, tip. Lazzeri, 1882, (Discorso pronunciato per la commemorazione di Carlo Darwin tenuta nella R. Università di Siena).

(45) È la prefazione al notissimo volume: *La colpa nel diritto civile odierno*-Parte I-*Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1884.

(46) Torino, Bocca, 1886.

(47) Si tratta del volume: *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali*, Torino, Bocca, 1890.

(48) *L'individualismo e la funzione sociale del diritto*, leggibile ora in *Studi e questioni di diritto civile*, cit., vol. I.

Il lettore che ha scorso con un minimo di attenzione il ventaglio di titoli e di argomenti sarebbe autorizzato a una ferma conclusione, e cioè a immergere pienamente Chironi nel bagno movimentato degli uomini nuovi accanto a Cimbali e a Vadalà-Papale. L'opera di Chironi non autorizza invece conclusioni così ferme, e rivela allo storico più di un'ambiguità.

Il personaggio — lo dicevamo più sopra — è certamente sensibile ed attratto verso la grande animazione degli anni Ottanta, e v'è in lui la convinzione che il civilista non può continuare a sonnecchiare ma che deve — al contrario — tenere bene aperti gli occhi sul mondo in rapida mutazione. Il problema sta tutto sugli strumenti di questo risveglio, sulla misura in cui cogliere i rapporti fra presente e passato, fra tradizione e novità, fra Codice e fatti sociali novissimi. Ed è proprio qui che emerge la ambiguità di Chironi.

Alla sensibilità non fa da contrappunto il coraggio (quel coraggio — per esempio, di un Cimbali — che per taluno è nulla più che temerarietà e incontrollato entusiasmo). Il vero, assillante problema di Chironi è di rifondazione scientifica: avere una « scienza del diritto civile » che sia epistemologicamente valida ⁽⁴⁹⁾, avere una « teoria del diritto civile » che superi la bassa corte delle semplici tecniche e attinga all'universale che è la dimensione di ogni analisi scientifica ⁽⁵⁰⁾. Ben vengano la sociologia, l'antropologia, la storia, ma per affinare e integrare, non per sovvertire.

Che il suo progetto sia ben diverso da quello di un Cimbali, e che la sua nuova fase — per citare l'intitolazione famosa dell'evangelio cimbaliano — sia diversamente impastata e impostata, basterebbe a dimostrarlo questa semplice constatazione: fin dalla remota prolusione senese dell'82 egli addita quale fine primario del civilista la costruzione di una 'parte generale' « che è il lavoro più serio e più difficile cui possa un giurista accingersi » ⁽⁵¹⁾, ma in questa ardua edificazione il giurista non può correre a briglia sciolta in una prateria sconfinata di fatti sociali dove rischia di perdersi o di perdere la propria identità; gli occorrono degli ancoraggi.

⁽⁴⁹⁾ CHIRONI, *Colpa contrattuale*, ed. 1884, pref. p. X.

⁽⁵⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵¹⁾ *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, cit., p. 47.

Il più sicuro è la tradizione giuridica occidentale dove campeggia dominante la grande ombra protettiva del diritto romano ⁽⁵²⁾; posizione ben distante da Cimbali, che non aveva esitato — dissacratore di una memoria indiscussa e venerata — a mandare Gaio in soffitta ⁽⁵³⁾. E lo dimostra la fatica più grossa del Chironi civilista, la ricostruzione della nozione di colpa civile, che lo impegna in venti anni di costante lavoro di costruzione e di affinamento e di ripensamento: mentre è chiaro come il dibattito giuridico europeo tra gli anni Settanta e Ottanta « evidenziasse a pieno la crisi delle linee tradizionali della responsabilità civile che pareva lacerarsi all'inseguimento di una realtà sociale sempre meno ricomponibile entro un quadro unitario », l'impegno del Nostro resta quello « di impedire lo sgretolamento dei principii civilistici e di ribadire la loro permanente validità pur nella mutata situazione » ⁽⁵⁴⁾.

Questo contrappunto fra apertura al nuovo e ancoraggio al vecchio, fra disponibilità e serramento, quali dimensioni confliggenti ma conviventi in uno stesso personaggio, sono un tratto costante che ritroviamo intatto quando nel 1904 Gian Pietro Chironi realizza finalmente il progetto — carezzato, come abbiám visto, fin dalla giovanile prolusione di Siena — di redazione della « parte generale » di un proprio « Trattato di diritto civile italiano ».

Due punti vengono ripetuti e pertanto ostinatamente sottolineati nella interessante prefazione che Chironi sottoscrive con firma solitaria, due punti che fanno di singolarità nella pagina introduttiva di un trattato di diritto civile positivo: il mutamento, che coinvolge l'intero ordine giuridico; la transizione — e quindi l'incertezza — in cui si situa, in quel primo crinale del Novecento, il civilista e il suo lavoro.

Primo punto: coscienza che si è avviato, fra i due secoli, un grosso mutamento, di cui sarebbe folle per il civilista non prendere

⁽⁵²⁾ Si veda quanto abbiamo avuto occasione di rilevare in: « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 32-33.

⁽⁵³⁾ Il riferimento è a un passo de: *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1884), Torino, Ute, 1895³, p. 6.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 226-27.

atto ⁽⁵⁵⁾. Si è incrinata la fissità di vecchie categorie ordinarie che erano state poste alla base della costituzione giuridica borghese, a cominciare dalla bipartizione ulpiana tra pubblico e privato che l'individualismo moderno aveva riesumato e applicato per proprie finalità ⁽⁵⁶⁾. Si è anche alterato l'equilibrio fra dimensione individuale e dimensione sociale con una presenza sempre più ingombrante di quest'ultima ⁽⁵⁷⁾.

Secondo punto: coscienza che il mutamento non è terminato e che continua l'asestamento di un mondo giuridico scricchiolante nelle certezze che erano appena ieri apparse come eterne o almeno proiettate in tempi lunghissimi ⁽⁵⁸⁾. E il giurista ha la percezione non gradevole, scomodissima ma provvidamente realistica, di essere seduto su un terreno di transizione; percezione sgradevole e scomoda soprattutto quando egli si accinge a disegnare una « parte generale » cioè un sistema scientificamente costruito, depurato dalle molte scorie di istituti e situazioni particolari.

Conseguenza di questo realismo impietoso non è la serrata delle porte nel tentativo di compiere un ultimo anche se vano esorcismo, bensì « un criterio pur nuovo d'interpretazione, e per esso una funzione nuova dell'interprete » ⁽⁵⁹⁾, « il quale nell'adattamento che deve far della legge al mezzo, non può che risentirsi di molte incertezze derivanti dal momento di transizione in cui lavora ed alla cui risoluzione il contributo suo, se saggio e misurato, efficacemente concorre » ⁽⁶⁰⁾.

E il lettore attento e disponibile di tutto il nuovo di cui sono state e sono portatrici le pagine della nuova scienza non ha esitazione a concludere che siamo di fronte a una testimonianza di grande probità intellettuale, tanto più che essa è scritta a chiare note — ed è quel che più importa — già nelle righe programmatiche della stessa prefazione: « di questo momento, nel quale nuove concezioni dottrinali compaiono, per cui il contenuto della legge è reso da finezza

⁽⁵⁵⁾ « Se non il diritto e l'entità vera sua, il modo di concepire gli elementi s'è mutato, o si vien mutando » (CHIRONI-ABELLO, *Trattato*, cit., prefazione, pp. III-IV).

⁽⁵⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵⁷⁾ « Novità... nel valore attribuito all'elemento sociale » (Prefazione, p. IV).

⁽⁵⁸⁾ Prefazione, pp. V-VI.

⁽⁵⁹⁾ Prefazione, p. IV.

⁽⁶⁰⁾ Prefazione, p. V.

d'analisi più completo, o l'azione n'è fatta più agile, e nuova considerazione e nuova misura si reclama all'elemento sociale, ch'è già nella norma, onde l'interprete con l'opera sua la compie nel fine e non la muta; di questo momento, in cui il nuovo s'innesta all'antico per poi confondersi in unità naturale di vita, il lavoro che or si pubblica avrà talune delle incertezze che sono inerenti ad ogni periodo di transizione » (61).

Emerge senza dubbio la consapevolezza che l'interprete non può più soddisfarsi del proprio ruolo di esegeta, perché è la transizione, il mutamento, che lo impedisce; l'esegeta ha infatti bisogno di una stabilità di assetti e di valori bene espressa in un testo sostanzialmente immobile, e perciò idoneo ad essere chiosato e anche degno d'aver su di sé la sosta attenta d'un osservatore.

Nel periodo di transizione, in cui il testo legislativo, necessariamente vecchio e invecchiato, è sottoposto alla nascosta ma inesorabile erosione del mutamento socio-economico, il giurista, il civilista, ha da essere interprete, il suo strumento ha da essere l'interpretazione; la cui essenza « non è solo la ricostruzione del pensiero del legislatore ma ancora è veramente *dichiarazione del contenuto del diritto* » e la cui finalità prima è « porre esattamente il significato della legge » (62). Frase ambigua, particolarmente in relazione a quelle poche parole che l'autore stesso scrive corsive nella sua pagina per metterle in evidenza; parole in cui non credo di leggere troppo, se vi scorgo il richiamo a un qualcosa che sta al di là della legge e, pertanto, a una concezione ontica del diritto.

Un po' di chiarimento può venire dallo svolgimento ulteriore del discorso chironiano, quando, agli occhi dell'interprete, si propone « la disposizione legislativa come lo stato attuale dell'evoluzione compiuta dal principio giuridico che la informa » (63) e quando si affida alla scienza il compito di « formare la *convinzione giuridica* sul contenuto della legge, intesa nella ragion sua speciale ed

(61) Prefazione, pp. V-VI.

(62) « L'essenza dell'interpretazione, che non è solo ricostruzione del pensiero del legislatore ma ancora è veramente *dichiarazione del contenuto del diritto* ed è perciò costituita dal complesso delle ricerche atte a porre esattamente il significato della legge » (*Trattato*, cit., p. 56).

(63) *Trattato*, cit., p. 63.

in coordinazione a tutto il diritto considerato nella sua struttura organica » (64).

Qui è forte una duplice eco: delle curiosità giovanili verso Darwin e Spencer, delle riflessioni tedesche che avevano messo tanto scompiglio nella tradizionale teoria dell'interpretazione di stampo esegetico (65). E persiste un respiro culturalmente aperto nella nozione di « legge » offerta da Chironi che è di stampo squisitamente sociologico (66), e nella convinzione che soltanto il « giurista sociologo », cioè colui che abbia nel suo arco parecchie frecce in più della semplice strumentazione tecnica, possa corrispondere appieno alla sua missione interpretativa (67).

Il tema delicato dei « principii generali di diritto » invocati dall'art. 3 delle preleggi ne è una ulteriore dimostrazione: essi sono « il motivo ed il fondamento giuridico della legge », e sarà soprattutto compito della scienza la loro enucleazione; saranno infatti, da un lato, lo « studio filosofico del diritto », dall'altro, « le tradizioni legislative », « il diritto romano », « la conoscenza esatta delle ragioni economico-sociali cui la legge volle provvedere » (68) a individuarli (69).

Si può credere al tentativo di creare una frattura nel monolito legislativo? Siamo allo stesso livello incisivo di un Saleilles e di uno Géný, che operano sottilmente all'interno di un diritto codificato, e riescono a incrinarlo senza distruggerlo? Egli non cita affatto i due civilisti francesi, anche se è già apparso da cinque anni il gran libro di Géný (70) e addirittura sul primo fascicolo di una Rivista che il

(64) *Trattato*, cit., pp. 68-69.

(65) Ed infatti campeggiano, tra le poche citazioni premesse al capitolo, l'articolo di Kohler sulla interpretazione delle leggi (dell'86) e il saggio di Bülow (dell'85) su « Gesetz und Richteramt » (*Trattato*, cit., p. 55, nota I).

(66) Per esempio, dove si enuncia che « legge » è « la norma sociale imposta dalla società costituita a sé ed ai singoli associati » e dove si cita AMMON, *Der Darwinismus gegen die Sozialdemokratie*, Hamburg, 1891 (*Trattato*, cit., p. 6).

(67) Al « giurista-sociologo » fa espresso riferimento Chironi, affidandogli il compito di dare un contenuto ai cosiddetti « principii generali di diritto » (*Trattato*, cit., p. 52).

(68) *Trattato*, cit., p. 52.

(69) « Solo il giurista-sociologo può adunque scorgere nella maggior nettezza loro questi principii di diritto » (*loc. ult. cit.*).

(70) È infatti del 1899 la stampa della prima edizione di « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », preceduta da una eloquente prefazione di Raymond Saleilles.

Nostro doveva aver letto attentamente, la neo-nata « Revue trimestrielle de droit civil », il saggio programmatico di Saleilles consolidante una nuova metodologia interpretativa ⁽⁷¹⁾. Non li cita, perché non li ama; e non li ama perché Saleilles e Géný, diversamente, arrivano, con grossa coerenza, a disegnare una teoria dell'interpretazione che è profondamente corrosiva delle saldezze del sistema legislativo positivo ⁽⁷²⁾.

Chironi preferisce citare i tedeschi, che operano fino al 1900 in un terreno di diritto non codificato, perché li trova meno dissacranti, perché vi vede degli esempi meno pericolosi. Infatti, malgrado le premesse di cui si è parlato or ora, malgrado i condimenti culturali, Chironi tutto vuol fare meno che mettere a repentaglio con esperimenti troppo arrischiati il sistema di certezze del diritto italiano: che è un sistema costituzionale, che ha alla sua base il principio costituzionale della divisione dei poteri ⁽⁷³⁾. Ed è proprio sull'altare di questo principio che si immolano come vittime sacrificali le colte aperture segnate di quando in quando nelle proprie pagine.

Su quell'altare viene presto immolata la consuetudine come fonte di diritto. Qualche apertura in favore della ammissibilità di una consuetudine anche *contra legem* c'era pur stata nella dottrina italiana, soprattutto nella più risalente ⁽⁷⁴⁾, e abbiam visto che cautissime disponibilità le dimostra anche il Landucci nel suo « Trattato ». Nel primo decennio del secolo la visione dei civilisti si

⁽⁷¹⁾ *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I, (1902), articolo in cui Saleilles consolidava tutta una serie di intuizioni enunciate, passo passo, durante l'ultimo decennio del secolo XIX. Si aggiunga che, proprio in quel primo volume della nuova Rivista civilistica francese, si poteva leggere il saggio di Adhémar Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*.

⁽⁷²⁾ Mi sia consentito rinviare a quanto ho scritto in: *Ripensare Géný in Rivista di diritto civile*, XXXVIII (1992), e *Assolutismo giuridico e diritto privato-Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles in Rivista di diritto civile*, XXXIX (1993) saggi contenuti ora nel volume collettaneo in corso di pubblicazione: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽⁷³⁾ Per un chiaro esempio, cfr. *Trattato*, cit., pp. 49-50, dove è limpido il riferimento al « sistema costituzionale » e al principio di divisione dei poteri per devitalizzare la consuetudine come fonte di diritto.

⁽⁷⁴⁾ Vedi le indicazioni offerte da Francesco DEGNI, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, vol. IV, Napoli, Piero, 1906, p. 213 ss.

fa più stretta, e si fa più stretto il nesso fra assetto costituzionale dello Stato e teoria delle fonti ⁽⁷⁵⁾.

Un esempio clamoroso e disarmante è quello di Francesco Degni che, due anni dopo il « Trattato » chironiano, dedica al rapporto consuetudine/legge un saggio autonomo: non vi è soltanto respinta la collocazione della consuetudine nel novero delle fonti perché ciò « contraddirebbe al nostro sistema costituzionale che, *necessariamente*, ha dovuto dare la prevalenza alla legge scritta, considerando questa come l'unica fonte del diritto positivo » ⁽⁷⁶⁾, ma si respinge anche l'accusa, frequente nei novatori, di onnipotenza legislativa, giacché essa è bellamente smentita dallo scopo e anche dal limite dell'attività del legislatore moderno, e cioè « la dichiarazione del diritto. E siccome questo egli non lo crea, ma lo trova già formato nella coscienza popolare, è chiaro che, *necessariamente*, a tale coscienza deve informarsi » ⁽⁷⁷⁾.

Un brevissimo commento: abbiamo corsivato noi i due eloquenti avverbii « necessariamente » adottati dal Degni: il monopolio legislativo non si discute, è una necessità ineluttabile, ed è indiscutibile anche la qualità del legislatore come lettore della natura delle cose e interprete del bene comune. Le idealizzazioni illuministiche continuano intatte nell'avvio del nuovo secolo e, se mi è consentito,

⁽⁷⁵⁾ È significativo, per esempio, il diverso atteggiamento del Saredo, che, rispetto alle opinioni espresse nel « Trattato delle leggi », del 1871, esprime concezioni assai più restrittive nella « voce » « Abrogazione delle leggi » nel « Digesto italiano », voce che è del 1899 (il rilievo è del DEGNI, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, cit., p. 213).

⁽⁷⁶⁾ DEGNI, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁽⁷⁷⁾ Vale la pena di riportare l'intero passo del Degni, che è un capolavoro di inconsapevolezza culturale: « La c.d. *onnipotenza legislativa* non è che una parvenza, una falsa idea del liberalismo dottrinario. Il legislatore moderno, nell'esempio della sua alta funzione, non ha un potere illimitato, ma trova il suo limite, non prestabilito, ma non, perciò, meno efficace, nello scopo medesimo che si propone: la dichiarazione del diritto. E siccome questo egli non lo crea, ma lo trova già formato nella coscienza popolare, è chiaro che, necessariamente, a tale coscienza deve informarsi ». Si noti che il Degni è autore di un volume in tema di interpretazione, dove invece dà prova di un sostanziale equilibrio nel registrare teorie ermeneutiche affacciate variamente in Europa, con una sua adesione alla teoria che egli chiama storico-evolutiva, cioè a un ideario non proprio collimante con la dommatica dell'assolutismo giuridico (cfr. F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909² (la prima edizione — 1906 — non fu messa in commercio), p. 224.

continua intatta a far presa la favolistica settecentesca sui rapporti fra legge e volontà generale.

Chironi non arriva a scrivere una pagina della stessa fattura del modesto Degni, ma certamente anche in lui la gerarchia delle fonti, « la legge che sempre prevale »⁽⁷⁸⁾, la constatazione che nel nostro diritto pubblico il potere legislativo non ha limiti »⁽⁷⁹⁾, hanno il sapore di dogmi indiscutibili perché intimamente connessi con la struttura più riposta dello Stato. In questa visione, non è soltanto la consuetudine *contra legem* ad essere espunta, ma — sostanzialmente — anche quella *praeter legem*⁽⁸⁰⁾.

Altro tema intessuto di chiusure e di sordità è quello dell'equità, ma si deve pur riconoscere che si tratta del tema forse meno tollerabile per il legalismo positivisticò del diritto borghese. Qui il grande mentore — vi abbiamo già accennato — è Vittorio Scialoja — studioso che, come storico del diritto, ha pur notevoli meriti — con quel suo intervento del 1879 che resta pietra angolare per tutto lo svolgimento del diritto civile italiano fino ad oggi. Soltanto oggi — o appena ieri — rileviamo con soddisfazione come i civilisti più immersi nel divenire plastico del nostro presente o, se vogliamo, più proiettati nel futuro prossimo stiano operando una revisione del tema dell'equità liberandosi finalmente di tutto quel cumulo di pre-giudizi e di fraintendimenti di cui è, per esempio, gremito il saggio tanto apologizzato di Scialoja⁽⁸¹⁾; che è datatissimo, giacché è nulla più che lo specchio fedele delle prevenzioni di un positivismo legalistico esasperato.

Mette conto che ci si attardi un poco nella lettura delle pagine scialojane, anche perché in tal modo si mette a fuoco quella che è

⁽⁷⁸⁾ *Trattato*, cit., pp. 49-50.

⁽⁷⁹⁾ *Trattato*, cit., p. 45.

⁽⁸⁰⁾ Diciamo « sostanzialmente », perché le regole consuetudinarie anche « in tale ipotesi trovano la ragion di loro forza obbligatoria nel tacito consenso o tacita approvazione data dal legislatore ad una determinata regola accettata generalmente e costantemente da tutti come legalmente obbligatoria ». E « sol quando sian conformi allo spirito della legge e del sistema giuridico vigente ». E si aggiunge: « non la consuetudine è qui per sé fonte di diritto, ma i principî generali » (*Trattato*, cit., p. 51).

⁽⁸¹⁾ Esemplare il saggio ispirato a rara lucidità e consapevolezza di Giuseppe TUCCI, *L'equità del Codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contratto e impresa*, a. 1998, n. 2.

una delle fonti ispiratrici del pensiero civilistico italiano e anche di Chironi. Il primo dato saliente che balza agli occhi è l'equità contrapposta al diritto, la prima in opposizione del secondo; conclusione che è frutto di alcuni principii fermi che il giovane Scialoja snocciola candidamente l'uno dopo l'altro: « essenza del diritto è la coazione », « il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato », limitazione del raggio d'azione del giurista al « puro diritto positivo », le aule dei tribunali come regno esclusivo della legge, ossequio al volere dello Stato « qualunque esso sia », tutto ciò come espressione « dell'amore della patria » (82).

Testo del più genuino assolutismo giuridico di marca post-risorgimentale e dove, nel legame mieloso fra legalismo ed amor di patria, ricorda quei testi civilistici dell'età borghese (un esempio, ai limiti del ridicolo, è nell'esegeta Proudhon) in cui si legava indissolubilmente il diritto di proprietà individuale alle virtù del buon padre di famiglia, all'amore coniugale e paterno. In questa visione, l'equità è una forza eversiva, è il regno dell'arbitrario e del soggettivo; è potere, in ogni caso, da riservarsi al legislatore in cui l'arbitrio è semplicemente espressione di volontà sovrana; e, quale succo di tutto un simile atteggiamento, ecco la massima scialojana che tutto assomma: « aequitas legislatori, jus iudici magis convenit », capovolgimento di un'antica sapienza (83), che — dopo Scialoja — tutti i giuristi italiani si sentiranno in dovere di recitare ripetitivamente come un monotono rosario.

Non fa meraviglia se Chironi ci prospetta l'equità come « il prodotto di un concetto soggettivo », « prodotto diretto del naturale sentimento della giustizia, della moralità ch'è tutto personale e soggettivo » (84); pertanto « opera del legislatore » (85), il quale — unico — può operare, come fa alcune volte nello stesso Codice civile

(82) SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., rispettivamente pp. 3, 6, 23.

(83) « Un antico detto suona: jus legislatori, aequitas iudici magis convenit »; io crederei più vicino al vero il contrario: « aequitas legislatori, jus iudici magis convenit » (*ibidem*, p. 15).

(84) *Trattato*, cit., p. 53.

(85) « intendere come il sentimento di naturale e generale giustizia, dando a questo concetto nome di equità, debba coordinarsi alla funzione sociale della legge, alla struttura tecnica dell'ordinamento che la fissa, è opera del legislatore » (*ibidem*, p. 54).

unitario, ad essa il rinvio ⁽⁸⁶⁾. Invece, « applicare il diritto... è opera del giudice » ⁽⁸⁷⁾.

6. La « parte generale » del « Manuale di diritto civile italiano » di Nicola Coviello vede la luce nel 1910. Il suo autore aveva quarantatré anni ed arrivava alla redazione del suo *opus magnum* dopo una lunga e vigile militanza negli studi civilistici. Sarà prezioso uno sguardo non frettoloso sulla sua formazione di giurista per cogliere appieno la cifra non facile del suo « Manuale ». Cerchiamo di fissarne con distensione i tratti cruciali.

È allievo di Gianturco, e dal maestro assorbe precise istanze solidaristiche e un marcato antindividualismo ⁽⁸⁸⁾ che lo porteranno — lo vedremo — a scelte precise ridondanti anche sul piano strettamente tecnico-giuridico.

Si nutre di una buona conoscenza romanistica ⁽⁸⁹⁾, ma non si sente, al riguardo, di condividere né la acritica supina accettazione di un verbo rivelato come presso molti fanatici sostenitori, né lo sdegnoso rifiuto di un prodotto storico ritenuto da alcuni altrettanto fanatici detrattori ormai inutilizzabile ⁽⁹⁰⁾. Su questo punto, il nostro civilista, se tiene a prendere le distanze, è da quei « romanisti archeologi », da quegli « amatori della cosiddetta purità del diritto

⁽⁸⁶⁾ « L'equità è fonte di diritto solo in quanto la legge positiva ad essa espressamente e specificatamente si riferisce » (*ibidem*, p. 53).

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 54.

⁽⁸⁸⁾ Se ne veda una traccia precisa nello studio giovanile *Dell'equità nei contratti*, in *Studi napoletani*, II (1895), dove affronta un tema gianturchiano e dove si fa espresso riferimento « a quella libertà individuale ch'è il vizio radicale del nostro sistema legislativo, come già con nobili parole ebbe a lamentare il prof. Gianturco » (p. 239). Il Gianturco aveva espresso le sue « nobili parole » nella prolusione napoletana *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, cit., p. 262 ss..

⁽⁸⁹⁾ Nei suoi studi su istituti particolari del diritto civile positivo, egli ritiene sempre di avviare il discorso con una approfondita ricognizione della elaborazione romana, che mostra di padroneggiare in modo provetto.

⁽⁹⁰⁾ Così, nel suo saggio *Dell'equità nei contratti*, cit., p. 239, non esita a censurare « lo spirito egoistico di quel diritto ». Altrove (*La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIII (1897), p. 188) constata senza compiacimento ma anche senza sdegno che, a fine secolo XIX, « perfino l'autorità finora sacra e venerata del diritto romano è profondamente scossa », e se la prende (ivi, p. 201) col « pedantesco attaccamento al Diritto romano », mentre è palese « l'insufficienza del principio romano » (ivi, p. 202).

romano », in pratica dai giureconsulti umanisti francesi del Cinquecento ⁽⁹¹⁾, mentre simpatizza intellettualmente con la grande e misconosciuta giurisprudenza dell'età di mezzo, con quegli pseudo-romanisti che, ai suoi occhi, grandeggiano per l'adattamento del diritto antico alle esigenze della società medievale ⁽⁹²⁾: storicismo raro a reperirsi in testa a un civilista, particolarmente in un periodo in cui la costruzione di uno *abstrakte Privatrecht* portava a valorizzare le purezze del sistema gaiano.

Legge i tedeschi, se ne nutre, li utilizza abbondantemente come dimostrano le citazioni letterarie attinte in prevalenza dall'area austro-germanica, però non ha esitazione a stigmatizzare quei « valorosi giuristi ma troppo amatori d'inutili sottigliezze metafisiche », « que' giuristi tedeschi, i quali invaghiti di qualche concetto filosofico, non si fanno scrupolo di ammetterne anche le conseguenze più assurde per solo amore di esso » ⁽⁹³⁾, arrivando — in questa sua diffidenza verso un sapere troppo astratto — a qualche palese incomprendimento, come quando rifiuta spicciatamente perché « concetto metafisico » ⁽⁹⁴⁾ la nozione unificante di « patrimonio » elaborata dai pandettisti come unità distinta e separata dai singoli elementi componenti, che, per esempio, Fadda e Bensa avevano invece cercato di corroborare presso i civilisti italiani nelle loro annotazioni a Windscheid ⁽⁹⁵⁾. La filosofia del diritto cara a lui, giurista meridionale coi piedi ben piantati sulla

⁽⁹¹⁾ « Vennero i romanisti archeologi, gli amatori della cosiddetta purità del Diritto romano, e combatterono quell'opinione giusta e santa, sol perché contraria a quella legislazione ch'essi si ostinavano a credere la *ratio scripta*... E disgraziatamente il codice francese e il nostro vollero dar ragione ai romanisti puri » (*Dell'equità nei contratti*, cit., p. 239).

⁽⁹²⁾ « La giurisprudenza [nel diritto intermedio] ... non essendo costretta da regole fisse e rigide poté spaziare largamente nel campo della giustizia naturale. Così pur mostrandosi ossequenti al Diritto romano i Dottori lo trasformarono cercando di adattarlo alle nuove esigenze... il loro torto perdonabile del resto si fu quello di volersi poggiare sul Diritto romano » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁹³⁾ *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, in *Archivio giuridico*, LVI e LVII (1896), la prima citazione è dal vol. LVI, p. 290, la seconda dal vol. LVII, p. 103. Nella recensione, che egli fa del libro di Eugène Gaudemet « Etude sur le transport de dettes à titre particulier » (Paris, Rousseau, 1898), parla delle « astruse e indecifrabili teorie di alcuni scrittori tedeschi » (cfr. *Archivio giuridico*, LXII (1899), p. 184).

⁽⁹⁴⁾ *Manuale*, cit., p. 238 ss. (soprattutto pp. 239-240).

⁽⁹⁵⁾ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. di C. Fadda e P.E. Bensa, vol. I, P. I, Torino, Ute, 1902, *Note dei traduttori*, pp. 666 ss. Qualche incomprendimento è

terra, è piuttosto quella storicistica di Vico temperata dalla razionalità sistematizzante di San Tommaso così legata al reale del cosmo e della storia e al suo ordine intimo ⁽⁹⁶⁾.

Se, da un lato, diffida delle metafisicherie dei tedeschi, pari diffidenza rivolge alle punte più avanzate dei neoterici, a coloro che si erano troppo innamorati degli organicismi positivistici consentendo l'invasione incontrollata dell'ideario e del vocabolario dei naturalisti, a coloro « i quali privi d'una seria e profonda coltura giuridica credono d'aver fatto gran cosa se riescono a trovar modo di dire roba da chiodi del diritto romano, e di tutta la tradizione giuridica, e servendosi di frasi ampollose e vuote rubate al dizionario dei fisiologi, de' biologi o de' chimici, declamando con rettorica da gazzetta, tutt'altro che fine ed elegante, si spacciano i restauratori del Diritto, gli scopritori di nuovi orizzonti » ⁽⁹⁷⁾. Coviello urla: « avrei a disdegno d'essere annoverato tra costoro » ⁽⁹⁸⁾.

Nello stesso tempo, si può con pari sicurezza dire che egli rifiuta la veste troppo stretta dell'esegesi e il feticismo per la legge scritta ⁽⁹⁹⁾.

Ma chi è allora costui? Qual'è la sua collocazione culturale in quell'ultimo decennio del secolo così gremito per il civilista italiano di novità rilevanti e nel quale, a partire dal '92 data di apparizione di un saggio in tema di superficie, cominciano ad apparire suoi corposi interventi?

Ne potremo — io credo — cogliere la misura essenziale, se si sottolinea in lui come carattere primario un profondo equilibrio, che lo porta a diffidare di ogni estremismo ⁽¹⁰⁰⁾. Sotto un profilo è da avvicinarsi ai neoterici: è viva in lui la coscienza delle grosse trasfor-

riscontrabile anche nella sua analisi della nozione di persona giuridica, sempre a proposito delle speculazioni raffinate dei pandettisti.

⁽⁹⁶⁾ Vedi il tributo che egli rivolge a Vico e a Tommaso d'Aquino in uno dei suoi saggi giovanili, il già da noi citato *Dell'equità nei contratti*, p. 236. È curiosa la sua rivisitazione dell'Aquiniano come « quell'aquila di filosofo napoletano » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁹⁷⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 189.

⁽⁹⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁹⁹⁾ « D'altra parte, non posso nemmeno schierarmi tra coloro... i quali s'ostinano a credere che non debba toccarsi in alcun modo il codice civile, pel quale professano una specie di feticismo » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁰⁰⁾ Non a torto — in quello che è, forse, il necrologio più puntuale — parlava per lui di « un certo equilibrio mentale » Alfredo ASCOLI, *Nicola Coviello*, in *Rivista di diritto civile*, V (1913), p. 500.

mazioni che avvengono in Italia per la società e per il diritto in quel fertile torno di anni. Certamente Nicola Coviello ha occhi ben aperti per quanto avviene al di fuori della finestra del suo laboratorio, ed avverte una sensibilità viva e forte per l'officina socio-economica, una sensibilità che l'attaccamento alla tradizione giuridica e alle certezze legalistiche del diritto statuale non poteva che moderare assai.

Il risultato? Bandiamo le ciarle e verifichiamo questi atteggiamenti del giurista dall'interno del suo laboratorio, cioè esaminando il civilista all'opera sul tessuto dei varii istituti. Dei varii interventi covielliani nel decennio, lasciando da parte il saggio abbastanza occasionale sulla superficie ⁽¹⁰¹⁾ e il grosso lavoro più tardo sulla trascrizione in cui il civilista vuol mostrare di possedere pienamente i ferri del mestiere anche tecnico-esegetico ⁽¹⁰²⁾, riserverei attenzione per tre saggi a mio avviso assai illuminanti, tutti e tre già da noi utilizzati: quello sull'equità nei contratti (del '95), quello sulla successione particolare nel debito (del '96), quello sulla responsabilità senza colpa (del '97).

Il motivo di una siffatta selezione sta tutto nell'oggetto scelto dal civilista per il suo intervento, che è — in tutti e tre i casi — un oggetto né neutro né insignificante, ma anzi estremamente rivelatore.

Intanto, una prima notazione: si tratta di tre temi « caldissimi » nell'ultimo decennio dell'Ottocento, temi in cui la scienza giuridica di tre paesi a tradizione romanistica (e due, già da tempo, a regime codificato), Francia Austria Germania, si misura nel divario e nella frizione fra ipoteche tecnico-culturali romane e testi legislativi (da un lato), esigenze nuove del traffico economico-giuridico e dello stesso assetto sociale (dall'altro). Temi, quindi, dibattutissimi: si pensi, per la Francia, alla incalzante serie di interventi di Saleilles su una nuova nozione di responsabilità civile e sulla ammissibilità di un « transport de dettes » sotto l'impero del Codice Napoleone ⁽¹⁰³⁾.

Che il giovane Coviello voglia affrontarli tutti e tre (quello della responsabilità addirittura nella occasione solenne della sua prolu-

⁽¹⁰¹⁾ Occasionale perché aveva costituito l'oggetto della sua lezione di libera docenza. Si tratta del saggio *Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo*, in *Archivio giuridico*, XLIX (1892).

⁽¹⁰²⁾ *Della trascrizione*, Napoli, Marghieri, vol. I 1897, vol. II 1899.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. quanto abbiamo avuto occasione di rilevare in *Assolutismo giuridico e diritto privato-Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit..

sione catanese) è segno della sensibilità e disponibilità a cui si accennava sopra. Bisogna ora vedere come egli ne discuta, e a quali conclusioni arrivi. In questo senso, essi saranno particolarmente rivelatori, speculari cioè di un preciso atteggiamento culturale.

a) Ponendosi il problema dell'equità nei contratti, Coviello si inseriva consapevolmente in quel solidarismo dei civilisti neoterici, che aveva trovato nella Napoli degli anni Novanta un terreno straordinariamente fertile, di cui era stato espressione e modello il suo stesso maestro Gianturco con la prolusione del '91, di cui si poneva buon testimone nel campo commercialistico un coetaneo ed amico di Nicola, Francesco Perrone ⁽¹⁰⁴⁾, autore — nel '94 — di un'ampia riflessione su « L'idea sociale nel diritto commerciale » ⁽¹⁰⁵⁾.

Emergeva un problema di fondo, e problema scottante: la difesa del contraente più debole all'interno dei vari assetti contrattuali, giacché equità « denota uguaglianza delle prestazioni » ⁽¹⁰⁶⁾. Il saggio si snoda su due binari e si porta dietro sino alla fine una antinomia irrisolta. Un primo binario: contemplazione delle rilevanti situazioni di iniquità ed esigenza di un intervento del giudice per armonizzare equilibri contrattuali completamente alterati a favore di una parte. Gli esempi più evidenti sono offerti dal contratto di lavoro ⁽¹⁰⁷⁾ e dalla locazione di fondi rustici ⁽¹⁰⁸⁾. Secondo binario: constatazione — ma anche approvazione — di un dato insuperabile: che il giudice non ha, nell'ordinamento positivo italiano, poteri

⁽¹⁰⁴⁾ Francesco Perrone (1868-1923), avvocato, professore incaricato di Diritto commerciale nell'Ateneo napoletano, si dette in seguito alla carriera politica divenendo deputato al Parlamento e Sottosegretario di Stato nel primo e nel secondo ministero Nitti.

⁽¹⁰⁵⁾ Napoli, Piero, 1894. È notevole che, proprio nell'anno del saggio di Coviello, appariva un grosso volume commercialistico d'impianto solidaristico, quello di Alfredo TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale*-vol. I-*L'unità del diritto privato e la sua ricostruzione a base sociologica*, Torino, Bocca, 1895.

⁽¹⁰⁶⁾ *Dell'equità nei contratti*, cit., p. 235.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽¹⁰⁸⁾ « Non è ammessa la lesione per la locazione di fondi: eppure sarebbe così necessaria per sollevare le misere condizioni dei poveri agricoltori costretti per necessità della vita a pagare un fitto che non lascia talvolta compensarsi delle spese di coltura » (*ibidem*, p. 238).

correttivi ma unicamente applicativi ⁽¹⁰⁹⁾ e che il Codice civile ammette la lesione soltanto per la divisione e per la vendita di immobili ⁽¹¹⁰⁾. Mentori citati adesivamente e non posti in discussione, il solito Scialoja col suo famigerato saggio sull'equità e i primi fascicoli già circolanti delle note di Fadda e Bensa al Windscheid ⁽¹¹¹⁾.

La conclusione è amarognola: «bisogna pur dirlo con rammarico e sconforto di quanti amano la giustizia... nel nostro codice l'equità contrattuale è una espressione rettorica, una reminiscenza platonica», anzi «molte disposizioni della legge nostra... non solo permettono, ma sanzionano espressamente... una manifesta 'iniquità'» ⁽¹¹²⁾.

Che si limita a fare il buon Coviello? A redigere un inventario impietoso corroborato da richiami alle diagnosi classiste di Menger e di Salvio ⁽¹¹³⁾, a comparare — *per oppositum* — la realtà italiana codificata con quanto aveva potuto fare la scienza del diritto comune, la quale «non essendo costretta da regole fisse e rigide poté spaziare largamente nel campo della giustizia naturale» ⁽¹¹⁴⁾, a prendere atto con soddisfazione e speranza di quel «largo campo all'applicazione dell'equità contrattuale» aperto dalla legge speciale istitutiva dei collegii probivirali ⁽¹¹⁵⁾.

In sostanza, dopo tante lacrimazioni, ad esprimere un voto, e nulla più ⁽¹¹⁶⁾.

b) Affrontando, nel '96, il tema della successione particolare

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem*, p. 234.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 234, n. 7.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 239, nn. 31 e 32.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 239.

⁽¹¹⁵⁾ È noto che, in base alla L. 15 giugno 1893, n. 295, possono essere istituiti, nei luoghi dove esistono imprese industriali, dei collegii di probiviri per la conciliazione della controversie fra imprenditori e operai in relazione all'esercizio delle stesse imprese e in dipendenza dei rapporti di operaio o apprendista, nonché per la definizione in via giudiziaria di controversie di analogo contenuto purché non eccedenti il valore di lire duecento. La legge ebbe, a caldo, l'immediato commento di un civilista del valore di Vittorio POLACCO, *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minori*, in *Monitore dei Tribunali*, XXXIV (1893).

⁽¹¹⁶⁾ E con un voto per il mutamento legislativo il saggio si chiude (p. 240).

nel debito, Coviello si cimentava con uno dei quei problemi spinosissimi sul piano storico-dogmatico, perché qui pesava gravemente una concezione del rapporto obbligatorio come vincolo personalissimo, quasi sanguigno, fra creditore e debitore, che era stata (o si pretendeva che fosse stata) dei romani e da loro trasmessa a tutta la tradizione occidentale.

Ci interessa, per il nostro angolo d'osservazione, sottolineare un primo punto: v'è richiesta della società moderna e della pratica degli affari per una circolazione agile e spedita fra i soggetti (tutti i soggetti, anche il debitore) del rapporto obbligatorio. A una siffatta richiesta Coviello è sensibilissimo, segno che il personaggio è ben inserito nel suo tempo e non è sordo a registrarne tutte le voci ed istanze.

E poi, un secondo punto: come il nostro civilista riesca a superare quello che pareva un insuperabile scoglio storico-dogmatico e come si confronti con altre soluzioni che allo stesso fine erano state apparecchiate in ambiente di diritto codificato, prima fra tutte quella varata da Saleilles nella Francia del *Code Napoléon*.

La tesi di Saleilles è limpida: è vero che i romani ebbero una concezione assolutamente personale del vincolo obbligatorio ed è vero che essa è recepita nel *Code civil*, ma, trattandosi di un principio, di una diagnosi teorica, dal momento che non è compito del legislatore di creare teorie, la scienza giuridica — nel suo continuo adeguamento concettuale — può e deve elasticizzare la regola codificata. È la messa in opera dello *assouplissement* della apparentemente rigida norma legislativa propugnata — com'è ben noto — dal civilista francese ⁽¹¹⁷⁾.

Questa tesi è inaccettabile nella sua sostanziale disinvoltura per il più legalista Coviello, che polemizza duramente: « Egli [Saleilles] in sostanza dice che un principio è cosa di dottrina e quindi è sempre permesso accogliere un principio novo, quando le sue conseguenze non sono contrarie all'ordine pubblico... or noi osserviamo che non si può parlare di principio dottrinario, quando questo venga accolto dalla legge e produca delle conseguenze giuridiche... Gli elementi o le condizioni che la legge richiede come essenziali per un dato istituto giuridico, non possono disconoscersi dalla volontà de' pri-

⁽¹¹⁷⁾ GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., p. 394.

vati... Talché se la legge ha concepito l'obbligazione come essenzialmente collegata al debitore primitivo, non può dalle parti sostituirsi un nuovo debitore senza distruggere l'antica obbligazione ⁽¹¹⁸⁾... Sicché l'unica cosa che si può dire con esattezza si è che l'elemento della persistenza della persona del debitore non è nel concetto legale di obbligazione » ⁽¹¹⁹⁾.

Al civilista nostro il coraggio di Saleilles appare come temerarietà. Condivisibile è invece Unger che, riprendendola dai tedeschi, inserisce nel diritto austriaco la *Schuldübernahme*, con una operazione tecnica che è corretta nel vuoto lasciato dal silenzio dell'ABGB ⁽¹²⁰⁾.

La strada che, premuto dalle esigenze della pratica giuridica, percorre Coviello è altra; se vogliamo, arrischiatissima sul piano storico-giuridico, ma tranquillizzante perché rispettosissima della legalità borghese: ed è quella di sostenere, con una minuziosa analisi storica, che gli stessi romani ebbero una nozione di rapporto obbligatorio come perfettamente trasmissibile ⁽¹²¹⁾, e che questa nozione « aperta » è accolta nella codificazione unitaria italiana; che, pertanto, se sussistono alcune obbligazioni sorrette da uno specifico carattere personale quali la società, il mandato, la locazione d'opera, « in generale in tutte le altre non v'ha l'*intuitus personae* » ⁽¹²²⁾.

Si può cioè corrispondere all'esigenza della circolazione economica di fine Ottocento, perché la legge lo consente, e soltanto perché la legge lo consente.

c) Il giovane civilista, che « tiene fisso l'occhio a' nuovi e crescenti bisogni sociali, e contempla ansioso e rattristato un dissidio stridente tra la vita e il diritto, tra le pratiche esigenze e la rigida immobilità de' principî legislativi » ⁽¹²³⁾, è anche quello che sente il bisogno di proludere su un tema certamente assai più incandescente

⁽¹¹⁸⁾ *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, cit., p. 192 (del vol. LVII).

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 193.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 192.

⁽¹²¹⁾ Secondo Coviello, se i romani non arrivarono mai a elaborare una nozione di successione particolare nel debito, non fu a causa di un ostativo concetto di rapporto obbligatorio, ma piuttosto per inadeguatezza di strumenti tecnici, per la persistenza di vecchie forme inadeguate ai bisogni d'una società progredita, per la tenacità di conservazione di istituti giuridici decrepiti (*ibidem*, p. 103).

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, pp. 186-87.

⁽¹²³⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 188.

della successione particolare nel debito, un tema — quest'ultimo — che nascondeva perfettamente sotto uno spesso velame tecnico le sue valenze economico-sociali.

Il delicato problema di una « responsabilità senza colpa » — oggetto della prolusione catanese — si era infatti già intrecciato in Italia con tutta una fitta serie di questioni sociali della massima attualità, la più grossa delle quali e la più fittamente discussa era quella degli infortunii sul lavoro. Nei maturi anni Ottanta aveva avuto la buona sorte di due robusti ripensamenti: da parte di Chironi si era convintamente ribadita la fondazione romana e romanistica della colpa ⁽¹²⁴⁾, mentre Giacomo Venezian, in modo tormentato, aveva lanciato una grossa pietra contro il feticcio della colpevolezza sostenendo che l'ipotesi di una responsabilità senza colpa non risultava contraria ai principii del Codice civile unitario ⁽¹²⁵⁾. E la scelta di Coviello?

Il piglio è decisamente battagliero e farebbe pensare a una vivace adesione alla tesi novatrice di Venezian: « mi accingo a combattere uno dei principî del codice nostro, principio tradizionale e rispettato altamente da tutti, come inconcusso, cioè che non v'è responsabilità civile senza colpa » ⁽¹²⁶⁾. Ma non è così. Quello che si combatte con decisione è « la confusione de' concetti di pena e di risarcimento di danni » ⁽¹²⁷⁾, giacché è proprio in quella confusione che si annida l'equivoco generante il principio onnivalente di colpevolezza: « se

⁽¹²⁴⁾ Basti rinviare al cenno fatto più sopra parlando di Chironi (cfr. p. 187). Si può ora aggiungere che questa difesa pervicace del principio tradizionale esiliò non poco Chironi dai dibattiti più vivi del tempo e anche dalle indubbie conquiste di quei dibattiti. Un esempio è offerto dalla responsabilità per i danni prodotti da industrie insalubri e pericolose, negata da Chironi perché trattavasi dell'esercizio d'un proprio diritto da parte dell'imprenditore.

⁽¹²⁵⁾ Nel saggio: *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (leggibile ora in G. VENEZIAN, *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma Athenaeum, 1919), un saggio dalla vita tormentata: è, all'origine, la tesi di laurea discussa a Bologna nel 1882, circola — dalla metà degli anni Ottanta — in un piccolo numero di copie ed è edito soltanto nella postuma raccolta delle opere. Malgrado tutto, ebbe circolazione fra gli studiosi e fece molto discutere i civilisti, fra cui Coviello nel saggio di cui qui si discute. Sulle vicende del saggio di Venezian v. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., soprattutto p. 269 e p. 273.

⁽¹²⁶⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 189.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*, p. 191.

l'obbligo del risarcimento de' danni fu basato esclusivamente sulla colpa, e' fu perché quest'obbligo venne riguardato come pena » (128).

Anche in questo caso l'analisi storico-giuridica è liberante, poiché mostra con chiarezza le radici falsanti del principio; e il giovane Coviello, com'è suo costume, vi si diffonde lamentando da parte del giurista (anche moderno) un « pedantesco attaccamento al diritto romano » (129).

La conclusione è tuttavia mediatrice: l'assolutezza del principio di colpevolezza è infranto mentre uno del tutto nuovo ed opposto si affaccia, ma Coviello non si sente « di doverlo accogliere a braccia aperte, come fanno gli amatori di novità » (130); egli è piuttosto convinto « che accanto alla responsabilità per colpa possa stare quella senza colpa, non in rapporto di subordinazione come d'eccezione a regola, ma coordinate tra loro » (131). Il Codice viene rispettato e si fa voti per una sua integrazione e modificazione.

7. I tre saggi, che abbiamo sommariamente analizzato, appartengono agli anni di fine-secolo, e di quegli anni e dei dibattiti di quegli anni sono il veritiero riflesso, non fosse altro per i temi scottanti che assumono ad oggetto. Se vi abbiamo sostato, è perché essi sono anche lo specchio fedele del giurista Coviello nel momento della sua definizione culturale e servono a rappresentare bene — se non proprio le antinomie — almeno le complessità del suo atteggiamento, tutto articolato in sensibilità verso il mutamento sociale e disponibilità a tenervi dietro, ma anche in attaccamento alla legalità come valore del diritto civile moderno.

Essi fungono per noi come estremi — chiamiamoli così — lavori preparatorii del futuro « Manuale » del 1910, strumenti di comprensione per le scelte del « Manuale » e per la sua corretta collocazione lungo l'itinerario — che stiamo percorrendo — dell'assolutismo giuridico nella coscienza della civilistica italiana.

Dal 1897 — data del saggio sulla responsabilità senza colpa — al 1910 corrono ben tredici anni. Mentre Coviello si dedica a lavori

(128) *Ibidem*, p. 193.

(129) *Ibidem*, p. 201.

(130) *Ibidem*, p. 203.

(131) *Ibidem*, p. 206.

più sistematizzanti o a temi di diritto ecclesiastico ⁽¹³²⁾, il laboratorio civilistico europeo continua a ribollire di spunti innovativi e di occasioni di riflessione. Tracciamone un fugace inventario riassuntivo con riguardo particolare alla situazione italiana.

Nel '99 esce a Parigi, con una entusiastica prefazione di Saleilles, la prima delle grosse opere metodologiche di François Gény « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », che ha in Italia riscontri e influssi immediati. Nel 1901 un battagliero giudice del Tribunale di Campobasso, Raffaele Majetti, traduce in italiano il *corpus* delle sentenze del « bon juge Magnaud », il Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry, figura emblematica in Francia del giudice d'equità, del giudice che si infischia del vincolo di legalità ⁽¹³³⁾. Nel 1903 appaiono i primi fascicoli della « Revue trimestrielle de droit civil » con gli scritti metodologici di Raymond Saleilles e di Adhémar Esmein assai polemici sulla dommatica dell'assolutismo giuridico; in quello stesso anno appare pure il manifesto giusliberistico di Eugen Ehrlich « Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft » ⁽¹³⁴⁾. Nel 1904, il centenario del *Code civil*, al di là delle solennità cerimoniali e delle inevitabili agiografie esteriori, si risolve in un sostanziale elogio della scienza e soprattutto della giurisprudenza francesi che avevano consentito, durante il secolo XIX, al diritto francese di restare alla stregua dei tempi malgrado il Codice; in seno alle celebrazioni, Saleilles teneva un famoso discorso sottilmente erosivo su « Le Code civil et la méthode historique » ⁽¹³⁵⁾. Nel 1906 viene lanciato da Heidelberg lo squillo di tromba del più maturo e anche del più accanito e risoluto giusliberismo con la pubblicazione del libello dissacrante di Gnaeus Flavius ⁽¹³⁶⁾; squillo di tromba prontamente raccolto in Italia da alcuni

(132) Fino al '99 è impegnatissimo nella grossa sistemazione dell'istituto della trascrizione. Poi, si intensifica lo scavo in quella che è la seconda dimensione scientifica covielliana, segnalata da una numerosa serie di contributi ecclesiasticistici che costellano l'intero decennio.

(133) *Le sentenze del presidente Magnaud riunite e commentate da E. Leyret*, trad. di R. Majetti, S. Maria Capua Vetere, Cavotta, 1901.

(134) Leipzig, 1903.

(135) *Le Code civil-1804/1904-Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 107 ss..

(136) GNAEUS FLAVIUS [Hermann KANTOROWICZ], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906.

infiammati sostenitori e diffuso grazie alla traduzione che lo stesso giudice Majetti compie del *pamphlet* kantorowicziano nel 1908 ⁽¹³⁷⁾. Sempre nel 1908 il dibattito si fa acceso con le voci autorevoli, equilibratamente dissenzienti, di Leonardo Coviello, il fratello di Nicola e al par di lui civilista ⁽¹³⁸⁾, e di Vittorio Polacco, quest'ultimo con un articolo ostile a incontrollate eversioni ma venato di sensatissime aperture ⁽¹³⁹⁾.

Insomma, il « Manuale » appare nel momento finale di un decennio folto di eventi per un civilista dall'udito fine; e che di udito fine Coviello fosse fornito abbiamo avuto la prova ripercorrendo gli anni della sua formazione. La « parte generale » — purtroppo, la morte avvenuta nel 1913 interrompe l'itinerario di sviluppo del lavoro — ha quindi, agli occhi dello storico, una eloquenza tutta sua per lo spartiacque aperto e complesso in cui si situa.

E aperta, complessa, anche contraddittoria (ma le contraddizioni sono spesso il segno di personaggi ben immersi nella storia) è la risposta che Nicola Coviello ci dà raccogliendo e registrando fedelmente nelle proprie pagine certezze e incertezze, speranze e timori che si erano venuti assommando in lui nei precedenti fecondi venti anni.

Un primo rilievo: Coviello non è rigidamente statalista; perché ci sia diritto « basta una comunione qualsiasi di vita, una società qualunque »; lo Stato « non è necessario all'esistenza del diritto, ma solo alla tutela più efficace di esso » ⁽¹⁴⁰⁾. È però diritto solo il prodotto positivo d'una società che vive nella storia ⁽¹⁴¹⁾, e si respinge ogni ipotesi di diritto naturale, un concetto che per il nostro « non solo è troppo vago e indeterminato, ma è erroneo e

⁽¹³⁷⁾ H.U. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius), *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Sandron, 1908 (rist. Bologna, Forni, 1988, con introduzione di F. Roselli).

⁽¹³⁸⁾ *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, in *La Corte d'Appello*, IV (1908).

⁽¹³⁹⁾ È il discorso *Le cabale del mondo legale*, letto nella adunanza del 24 maggio 1908 presso l'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, ora in V. POLACCO, *Opere minori - Parte I - Problemi di legislazione*, Modena, Università, 1928. Per una valutazione del denso discorso polacchiano, mi permetto rinviare a quanto ne scrivevo in: *Il coraggio della moderazione - Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989).

⁽¹⁴⁰⁾ *Manuale*, cit. p. 5.

⁽¹⁴¹⁾ « Diritto equivale a diritto positivo: e d'altra parte il cosiddetto diritto naturale, ideale, razionale, filosofico non merita punto il nome di diritto » (*ibidem*, p. 8).

fonte precipua di errori » (142). Lo stesso richiamo alla « natura delle cose » gli appare insussistente (143).

È di notevolissimo interesse la consapevole riflessione sulla nozione di interpretazione. Infatti, posto che « l'interpretazione consiste nel ricercare e determinare il senso della legge », Coviello si pone immediatamente una domanda che denuncia le varie e abbondanti letture fatte dal cólto civilista: che significa parlare di senso della legge? Si tratta di un sinonimo per volontà del legislatore, o piuttosto di « volontà della legge considerata oggettivamente, come un ente a sé, dotato di forza propria » (144)?

Chi ha pratica dello sviluppo delle teorie ermeneutiche fra Ottocento e Novecento non mancherà di risentire qui un'eco precisa; e così nella risposta rimarchevole che Coviello ne dà: « non gli effetti soggettivamente voluti sono il contenuto della legge, ma tutti e solo quelli che la norma voluta è capace di produrre messa in relazione con tutte le altre norme vigenti e nel contatto della vita pratica, la quale col moto continuo che l'affatica può dare a una norma di legge un effetto nuovo e diverso da quello che gli autori di essa pensarono, perché erano ben lontani, per la stessa impossibilità oggettiva, di prevedere i futuri rapporti sociali, e quindi la portata e gli effetti della norma da loro stabilita, il che chiamasi *l'inconscio* nell'opera legislativa » (145).

Non credo che si forzi neppur minimamente l'intendimento che sorregge questo testo, se vi si ravvisa il rifiuto di una interpretazione come operazione puramente logica, se vi si rileva uno spostamento di attenzione del civilista dal momento taumaturgico di creazione della norma a quello successivo della vita della norma nel tempo e nello spazio, e cioè dell'incontro coi fatti sociali, dell'ordinamento che di essi si fa inserendoli nella rete formale offerta dalla legge.

La legge ha una sua « capacità » (io ho volutamente sottolineato con la corsivazione, nella pagina covielliana, l'aggettivo capace), ma il vocabolo sembra usato nella accezione del linguaggio comune, e cioè nel suo significato di capienza, di possibilità di contenimento; e

(142) *Ibidem*, p. 7.

(143) *Ibidem*, p. 8.

(144) *Ibidem*, p. 65.

(145) *Ibidem*, pp. 66-67.

la legge appare assai simile alla nozione che ne hanno i novatori come di realtà disponibile ad appropriarsi dei fatti futuri. Posizione che non si mostra distante da quel metodo storico-evolutivo — come lo chiama il Degni ⁽¹⁴⁶⁾ — che può essere assunto a piattaforma comune di molte e varie teoriche ermeneutiche innovatrici.

In questo angolo d'osservazione, valorizzante cioè i fatti sociali, o, per così dire, la storia futura della norma, un qualche sussidio può darlo il ricorso alla « storia passata », alla tradizione e al diritto romano (ma senza sopravvalutarlo ⁽¹⁴⁷⁾), mentre si ha una valutazione profondamente riduttiva verso il ricorso ai cosiddetti lavori preparatorii; e ciò in assoluta coerenza: se la volontà che interessa l'interprete è solo quella « oggettivata nella legge, la quale produce tutte quelle conseguenze di cui è capace, ancorché realmente non previste e non prevedibili dagli autori di essa », i lavori preparatorii della legge hanno la stessa — e ridotta — importanza « che ha qualsiasi precedente storico » ⁽¹⁴⁸⁾.

Accanto a queste percezioni, che fanno di Nicola Coviello un figlio vigilante del proprio tempo, affiorano nel « Manuale » considerazioni e conclusioni di segno diverso se non opposto. È rilevante che, nell'economia della « parte generale », un intero paragrafo, il §.30, con cui si chiude il capitolo sulla « Applicazione del diritto », parli espressamente ed autonomamente « De' nuovi metodi d'interpretazione », con riferimento dichiarato a Gény, Saleilles, Van der Eicken, Kantorowicz, e alle reazioni di Polacco e del fratello Leonardo.

Qui, nel confronto diretto coi novatori, la legge riprende — in buona parte — a incombere, la legge come struttura conclusa, come volontà compiuta; e se con lucida diagnosi si rileva — stigmatizzando — un legislatore che ha preteso il monopolio della

⁽¹⁴⁶⁾ DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 217 ss..

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 73. È interessante — e non è la prima volta che lo notiamo — che per Coviello il diritto romano è colto, nel suo valore interpretativo, « specialmente come lo concepirono i giureconsulti e pratici del medioevo ». Atteggiamento raro, in un momento in cui continuano ancora giudizi antistorici di marca postumanistica verso i grandi dottori del *mos italicus*, e accomuna, su questo punto, il Nostro al costante lavoro di riscoperta e di apprezzamento compiuto da Biagio Brugi su un piano squisitamente storiografico.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 74.

produzione giuridica, si giustifica e si accetta pronamente la passività del povero interprete-applicatore, il quale non ha che da subire una situazione più grossa di lui ⁽¹⁴⁹⁾.

Una situazione, che è costituzionale e che ha il suo pilastro primo e portante nel « principio di diritto pubblico della divisione dei poteri », in base al quale non possono essere che espunti dal novero delle fonti la giurisprudenza pratica ⁽¹⁵⁰⁾, la dottrina ⁽¹⁵¹⁾ e, con quella che mi pare una risposta alla estrosità di Vivante ⁽¹⁵²⁾, la natura delle cose (o natura dei fatti) ⁽¹⁵³⁾.

Affrontando su questo punto le nuove prospettive metodologiche di Saleilles e di Esmein su un nuovo ruolo da affidare alla giurisprudenza, quel ruolo che la stessa giurisprudenza si è preso durante il secolo XIX adeguando forme e comandi giuridici al mutamento sociale, Coviello ha una sola, ferma, indiscutibile risposta: si è trattato semplicemente di un « abuso di potere » ⁽¹⁵⁴⁾.

E il bilancio si fa magro: la consuetudine (unica altra fonte ammessa accanto alla legge) ⁽¹⁵⁵⁾ non lascia il suo ruolo assolutamente ancillare; l'equità resta un potere esclusivo del legislatore, pertanto vietatissima al giudice ⁽¹⁵⁶⁾; i principii generali di diritto si

⁽¹⁴⁹⁾ « Se è un male avere la legge come unica fonte del diritto, è un male che non si deve imputare al metodo seguito dagli interpreti, ma al legislatore, il quale circoscrive in ristretti confini l'attività dell'interprete... Si potrà desiderare... la riforma della legge, ma finché questa è così, ogni altro metodo d'interpretazione che esorbiti da que' confini, non costituisce che un'aperta violazione d'un precetto legislativo fondamentale » (*ibidem*, p. 92).

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 35.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 36.

⁽¹⁵²⁾ Il commercialista Cesare Vivante aveva, in una pagina famosissima del suo « Trattato di diritto commerciale », inserito la « natura dei fatti » nel novero delle fonti formali di diritto.

⁽¹⁵³⁾ *Ibidem*, p. 37.

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 36.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 35.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 10: « il giudice non può, sotto il pretesto « *summum ius, summa iniuria* » non applicare la norma giuridica, ancorché sia evidente che questa non convenga al caso specifico. Altrimenti egli usurperebbe la funzione del legislatore, attribuendosi una facoltà che aveva il pretore romano, ma è negata, data l'attuale distinzione de' poteri dello Stato, al giudice moderno, il quale deve attenersi piuttosto alla massima: « *dura lex, sed lex* » ».

raggrinziscono nei « principi fondamentali della stessa legislazione positiva » ⁽¹⁵⁷⁾.

Anche il metodo logico d'interpretazione sembra riavere il sopravvento, pur se Coviello non manca di attenuare la scelta con parecchie cautele: « il metodo logico applicato al diritto non si deve adoperare nello stesso modo che nelle discipline matematiche; perché... non solo della logica meramente personale ed astratta, ma del sistema legislativo, della tradizione storica e soprattutto dell'esigenza di fatto bisogna tener conto nell'interpretazione » ⁽¹⁵⁸⁾.

E la conclusione è, tutto sommato, deludente: « finché la legge non conferisca al giudice il potere del pretore romano... l'unico sistema possibile d'interpretazione sarà quello detto logico, perché rettammente applicato non lascia campo all'arbitrio individuale, o ne lascia molto meno degli altri » ⁽¹⁵⁹⁾.

Il tema dell'arbitrio ci riporta all'indietro: qui l'eco non è del ribollimento dei primi anni del secolo, ma delle polemiche illuministiche contro il tardo diritto comune, lo strapotere dei giudici e dottori, l'incertezza di un ordine giuridico alluvionale e caotico; qui è l'eco delle pagine di Muratori e di Beccaria contro la giurisprudenza teorica e pratica quale portatrice normale di arbitrio. E le aperture sul senso della legge, che avevan legittimamente fatto pensare a un Coviello in atteggiamento critico sulle pseudo-certezze dell'assolutismo giuridico, si assottigliano. All'interprete si consente di « fare applicazioni nuove, quali sono richieste dalle nuove esigenze, di una norma preesistente, mantenendole inalterato il suo senso primitivo, ancorché di tali applicazioni il legislatore non avesse punto coscienza » ⁽¹⁶⁰⁾.

Ed è un passo indietro rispetto alla convinzione espressa più sopra sul « senso della legge »; o piuttosto è un ripiombare nel pantano di un'ambiguità, dal quale il buon Coviello sembra non potersi liberare. Quell'anno 1910 è ancora un anno difficile, che mette in croce il civilista di un paese a diritto codificato. Ora, si possono comprendere appieno, in mezzo a tanti timori e speranze, in mezzo a un pullulare

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 89.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*, pp. 92-93.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 94.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 93, nota I.

di oscillazioni, quelle qualificazioni autobiografiche contenute nella prolusione catanese del '97 quando egli si tratteggia e si propone agli uditori come uno che « contempla ansioso e rattristato un dissidio stridente... tra le pratiche esigenze e la rigida immobilità de' principî legislativi »⁽¹⁶¹⁾. Ansie e tristezza di un povero civilista crocifisso, che non riesce a schiodarsi dal legno del suo supplizio.

8. È Francesco Ferrara il civilista italiano che, dopo Chironi e Coviello, si misura non in un « manuale » istituzionale⁽¹⁶²⁾, ma in un « Trattato » di diritto civile pensato come ambiziosissima costruzione teorica, tanto ambiziosa da prevedere un primo volume interamente dedicato al disegno sistematico delle « dottrine generali ». Di questo volume appare nel '21 la prima parte, che ha ad oggetto soltanto « Il diritto-I soggetti-Le cose » e che, malgrado il limite tematico, viene distesa dall'autore in ben ottocentoottantacinque pagine. Una quantità che è speculare di un discorso scientifico estremamente articolato.

Abbiam già detto del significativo ma complesso crocevia in cui il volume ferrariano si situa, appena dopo la bufera della grande guerra (bufera anche per i giuristi), appena dopo la pubblicazione dell'opuscolo provocante di Santi Romano. E complessa è la pagina del nostro civilista; aggiungerei anche: di non facile decifrazione, proprio perché tormentata, sensibile alle molte suggestioni che un giurista sveglio e coltissimo non poteva non subire in quei primi anni venti del secolo, perciò ricca ma anche costellata di perplessità e — perché no? — di incoerenze e di aporie.

Senza dubbio alcuno, pagina viva e vivace e altamente rivelatrice, se si compie lo sforzo di vincere le oscurità espressive e di metter da parte le troppe improprietà linguistiche e le irritanti sciatterie stilistiche, difetti tutti che pongono il testo ferrariano a una levatura formale minima nel pur basso livello generale della scrittura dei giuristi⁽¹⁶³⁾.

(161) Vedi il testo di Coviello da noi citato più sopra a p. 202.

(162) Tra il 1910 e il 1915 si consolidava, nel giro di due edizioni, la veste di quello che sarà — probabilmente — il « manuale » istituzionale di diritto civile più riuscito sotto l'impero del Codice del 1865, quello del romanista-civilista Roberto De Ruggiero.

(163) Ebbe ragione di segnalare « sciatterie » e « strafalcioni » in una stroncatura

Per capire meglio e sciogliere i molti nodi del « Trattato », non sarà inopportuno percorrere lo stesso sentiero di accesso già discusso per Coviello, chiedendo all'itinerario precedente del giurista in formazione qualche decisivo chiarimento.

Una prima notazione concerne le sue robuste fondazioni culturali oltre che tecniche, sollecitate probabilmente nell'apprendistato alla scuola di Giacomo Venezian, né ci riferiamo alle usuali conoscenze romanistiche e pandettistiche comuni a ogni civilista italiano di buon mestiere, ma alla dominanza di quel patrimonio generalmente evitato, di difficile lettura, di difficile approccio intellettuale, rappresentato dalle strabocchevoli sistemazioni dei dottori medievali e post-medievali. Ferrara non si limita a maneggiarle con maestria, ma le utilizza come supporto prezioso nelle sue indagini di diritto positivo ⁽¹⁶⁴⁾.

Alcune di queste sono infatti incentrate su temi vitalissimi che, dopo le raffinate ma estenuanti discussioni pandettistiche, nel silenzio o quasi della legislazione italiana, abbisognavano di uno scavo ulteriore per ricavare quel disegno nuovo, quelle nuove invenzioni, di cui c'era richiesta nella pratica quotidiana. Penso, in questo momento, ai due capolavori di Ferrara, l'indagine giovanile « Della simulazione dei negozi giuridici », risalente — nella prima veste — al 1900 ⁽¹⁶⁵⁾, e la matura riflessione sulla « Teoria delle persone giuridiche », che è del '15 ⁽¹⁶⁶⁾. Temi su cui il legislatore tace (o dice pochissimo) e nei quali sono necessariamente impegnati non solo il

del « Trattato », che pur ci appare troppo ingenerosa, il pubblicista Manfredi SOTTO PINTOR, *La filosofia del diritto e il diritto pubblico in un trattato di diritto civile (nota critica)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I (1921), p. 68 ss.. A detta di un encomiastico commemoratore, il diretto allievo e successore nella cattedra pisana Giovan Battista FUNAIOLI, *L'opera e la personalità scientifica di Francesco Ferrara*, in *Archivio giuridico*, CXXIX (1943), p. 138, si dovette prevalentemente a questo « attacco malizioso » se l'autore, deluso, non proseguì nell'impegnativa opera intrapresa. Certo è che Ferrara prese sul serio le critiche mossegli da Siotto Pintor e, punto nel vivo, replicò sulla stessa Rivista (*ibidem*, p. 133 ss.) con la vivace risposta: *IncurSIONI d'un privatista in campi proibiti*.

⁽¹⁶⁴⁾ Lo sottolinea anche FUNAIOLI nella commemorazione sopramenzionata (p. 137).

⁽¹⁶⁵⁾ Acireale, Donzugo, 1900. In questa prima edizione il Ferrara pubblica, riveduta, la dissertazione di laurea discussa a Messina con Giacomo Venezian.

⁽¹⁶⁶⁾ Napoli-Torino, Marghieri/Ute, 1915.

sapere tecnico dello stregone giurista, ma altresì intuizione, fantasia, cultura.

È la contemplazione di un Ferrara in cammino su questi scoscesi e accidentati sentieri scientifici a svelarci parecchio sulla sua personalità di studioso perennemente conteso da due sentimenti di segno opposto, e cioè coraggio e cautela. Certamente, innanzi tutto, coraggio, e un coraggio preliminare: quello di scegliere temi — quali la simulazione e la persona giuridica — dove, per il giurista, il compito non si identificava davvero in chiarificazioni esegetiche o in esercizi di pura logica, ma in ardue costruzioni fuori dei comodi ripari di un testo normativo. Ed è proprio in queste operazioni costruttive che il nostro, conoscitore perfetto delle guglie gotiche dei pandettisti, sente però il bisogno di affondare lo sguardo nelle apparentemente remote analisi casistiche del *mos italicus* e — soprattutto per la persona giuridica — nelle elaborazioni ardite del diritto canonico: il suo discorso, se non poteva avere una sicura base normativa, doveva essere fornito di una sicura base culturale.

Su questa fondazione svetta un edificio che è tutta creazione intellettuale, in cui Ferrara non esita a *costruire*, certo che il travaglio di un giurista si incarna — come avevan dimostrato, e anche troppo, i suoi prediletti pandettisti — in una *juristische Konstruktion* ⁽¹⁶⁷⁾; ed è precisamente questa creazione che colloca almeno i due grandi libri di Ferrara ben fuori delle tante cianfrusaglie giuridiche italiane del primo Novecento, facendone dei modelli durevoli e immuni dalle caducità connesse alle innovazioni legislative (quelle innovazioni che condannano al macero tanta letteratura di mediocri operai).

Coraggio, dunque, e forza speculativa, e coscienza di svolgere un ruolo promotivo ed attivo. Ma la situazione psicologica è assai più complicata, giacché quel coraggio, quella forza, quella coscienza sono anche accompagnati dallo sgomento di operare in solitudine e di non poter appoggiare la propria elaborazione su un dettato legislativo.

Così, nell'indagine sulla simulazione, rifiutate le vecchie teoriche impernate e sclerotizzate nella dialettica *Wort-Wille* giacché in esse « è strappata ogni connessione del negozio co' rapporti della vi-

⁽¹⁶⁷⁾ Su questo impegno per il giurista di costruire insisterà nel « Trattato », e lo vedremo (cfr. più avanti p. 227).

ta »⁽¹⁶⁸⁾, imboccata invece con convinzione la strada valorizzante « la diversa funzione che esercita la volontà nelle diverse specie di negozi »⁽¹⁶⁹⁾ e scelta, con altrettanta convinzione, « la soluzione che meglio equilibra gli interessi delle parti », e cioè « la teoria della responsabilità »⁽¹⁷⁰⁾, a fronte di tanta intellettuale sicurezza, affiora intorpidente l'esigenza di verificare se « tale teoria si giustifica dal lato legale » ed emerge netto il problema di come tutta la costruzione si possa conciliare col Codice⁽¹⁷¹⁾. Cioè, l'intero procedimento costruttivo rischia di essere vanificato da un preciso rigurgito legalistico.

Un siffatto atteggiamento emerge ancor di più in seno alle pagine sulla persona giuridica, forse le più sorrette da una consapevole e ammirevole ingegneria teoretica, forse anche le più libere perché — al di là di quel pochissimo offerto dall'art. 2 del Codice⁽¹⁷²⁾ — il giurista non aveva che da cavalcare a briglia sciolta — come fa — nel territorio aperto della storia e della comparazione; ed è un atteggiamento stonato, se lo misuriamo con l'ideale altissimo, che sorregge e dirige il civilista, di arrivare a una concezione unitaria e unificante di tutte le molteplici persone giuridiche espresse dalla pratica sociale⁽¹⁷³⁾. Ed è stonato lo sgomento di chi constata che « in un campo così incerto e pieno di pericoli manca il soccorso del diritto positivo », che « la privazione di punti d'appoggio rende l'indagine assai dubbia e oscillante »⁽¹⁷⁴⁾.

Il coraggioso viaggiatore, che non ha timore di inoltrarsi nei lontani e così diversi pianeti del diritto comune, del diritto canonico,

⁽¹⁶⁸⁾ *Della simulazione dei negozi giuridici*, p. 18 (citiamo dalla quarta edizione del 1913).

⁽¹⁶⁹⁾ « Entrambe le teorie sono manchevoli nel non apprezzare in genere la diversa funzione che esercita la volontà nelle diverse specie di negozi: negozi rivolti ad uno scambio di prestazioni, ad un mezzo di commercio, e negozi in cui più particolarmente si esplica l'individualità dell'agente, come negozi di famiglia, mortis causa, ecc. (*ibidem*, p. 19).

⁽¹⁷⁰⁾ « Quando la divergenza dipende da dolo o colpa del dichiarante, non ha valore e la dichiarazione resta giuridicamente efficace » (*ibidem*, p. 20).

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 24.

⁽¹⁷²⁾ Che, come si sa, offre una sommaria elencazione dei « corpi morali legalmente riconosciuti ».

⁽¹⁷³⁾ *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 3.

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 4.

del *common law*, avverte la mancanza di un supporto legislativo, e non sa reprimere un sentimento di disagio, lui abituato a percorrere da solo i sentieri di ricerca su fonti difficilissime.

Incoerenza di chi, nel momento stesso in cui esprime la persuasione di « fare opera più che d'interpretazione, d'elaborazione del diritto », esprime anche l'auspicio sincero di pervenire a « una messe di risultati che possa il legislatore utilizzare, in un regolamento della materia che ci auguriamo prossimo » (175).

Un simile contraddittorio atteggiamento, che abbiamo rilevato tra le pieghe delle pagine del Ferrara *costruttore*, è segnalato con eloquenza da un saggio metodologico risalente al 1911. Il giusliberismo ha da poco urlato anche in Italia i suoi messaggi più irritanti, e le reazioni non si sono fatte attendere. I civilisti più presenti non possono non scendere nella lizza: il romanista-civilista Giovanni Pacchioni lo farà in modo intensamente adesivo (176), lo fa il nostro Ferrara restando nel solco sicuro della tradizione civilistica ma scrivendo, nello stesso tempo, una pagina tormentata, sensibile, dal segno visibilmente ma significativamente aporetico.

È una pagina non occasionale, non caduca, perché dieci anni di poi intere parti saranno trascritte nello stesso « Trattato »; ha cioè un forte valore interpretativo per lo storico d'una biografia intellettuale, e merita una sosta attenta da parte nostra. Si tratta di un saggio notissimo, il cui oggetto è frontalmente manifestato nella stessa intitolazione: « Potere del legislatore e funzione del giudice » (177).

Qualche tempo fa, scrivendo di Vittorio Polacco, io ebbi a qualificare il saggio come una requisitoria contro il giusliberismo e come la testimonianza della « sorda impermeabilità di Francesco Ferrara » (178). Oggi, rilèttolo attentamente e inseritolo all'interno dell'itinerario ferrariano, quel giudizio mi sembra peccare di eccessività.

(175) *Ibidem*, p. 3.

(176) Con un saggio che egli pubblica — e non è un caso — sulla Rivista di Cesare Vivante, un vero laboratorio di esperimenti innovativi in quei primi decenni del secolo. Cfr. G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1912, I, p. 40 ss..

(177) Pubblicato originariamente sulla neo-nata « Rivista di diritto civile » e leggibile ora in: *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. I.

(178) *Il coraggio della moderazione*, cit., p. 24.

Sicuramente, la posizione di Ferrara non è quella di Pacchioni, ed è invece dominata da grossa diffidenza verso questo « insano movimento »⁽¹⁷⁹⁾, verso « questi novatori », verso un « elastico ed incerto diritto giudiziario »⁽¹⁸⁰⁾, ma è venata anche di disponibilità. In altre parole, è espressione di un Ferrara in qualche modo « permeabile » a tutto il gran bollire della pentola scientifica europea, che egli registra nelle proprie pagine con sensibilità. Forse, è la compattezza del messaggio e dell'immagine che ne soffre, ma è questa una croce comune anche per Chironi e per Coviello come per ogni studioso che vive intensamente ben immerso nel divenire culturale.

Molti dei punti fermi distesamente svolti nelle « dottrine generali » del « Trattato » sono qui fissati. Tutto il campo della interpretazione/applicazione e dei poteri del giudice nei confronti della legge è condizionato dallo sfondo costituzionale: semplicemente « è una questione di diritto pubblico interno »⁽¹⁸¹⁾, che vincola il civilista, il puro dommatico, il filosofo del diritto che la pensassero diversamente; il dato indiscutibile che « il nostro sistema positivo riposa ancora sul principio enunciato da Montesquieu »⁽¹⁸²⁾ tronca — per così dire — la testa al toro. « Il giudice è incondizionatamente vincolato alla legge »⁽¹⁸³⁾, e del giusliberismo si mettono in evidenza i « falsi presupposti su cui questa teoria poggia... falso concetto della legge e della sua interpretazione »⁽¹⁸⁴⁾. Il giudice « qualche volta si troverà anche in tragici momenti di dover... applicar leggi *cattive*, ma il suo dovere d'ufficio è questo »⁽¹⁸⁵⁾. Né si parli di un soccorso dal diritto naturale o dall'equità: i principii generali segnati nell'art. 3 delle preleggi altro non sono che deduzioni dal sistema positivo⁽¹⁸⁶⁾.

Accanto a queste chiusure legalistiche, che sembrano non offrire spiragli, ci sono però anche tracce della dialettica che ha scosso e turbato i civilisti. Non v'è dubbio: « legislatore è lo Stato » e la legge

⁽¹⁷⁹⁾ *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit. p. 11.

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 3.

⁽¹⁸¹⁾ *Ibidem*, p. 23.

⁽¹⁸²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁸³⁾ *Ibidem*, p. 15.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 25.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibidem*, p. 30.

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibidem*, pp. 23-24.

è « volontà dello Stato »⁽¹⁸⁷⁾, ma è anche « una forza sempre vivente » che « parla in ogni momento »⁽¹⁸⁸⁾ e per la quale l'interprete « non è incondizionatamente vincolato a ricercare quale ragione indusse il legislatore d'allora, ma qual è il suo fondamento razionale oggi, ed alla stregua di esso decidere »⁽¹⁸⁹⁾. L'interprete non è investito di « semplici operazioni logiche » ma di « complessi apprezzamenti di interessi », perché la sua *interpretatio* « mirando all'applicazione pratica del diritto è di natura essenzialmente *teleologica* »⁽¹⁹⁰⁾ e « v'è anche un compito — arriva a puntualizzare Ferrara — che io credo la giurisprudenza possa fornire, ed è la cosiddetta interpretazione evolutiva »⁽¹⁹¹⁾.

Segni di permeabilità — per tornare all'espressione da me usata —, e tracce del dibattito ermeneutico europeo ed italiano, ma spiragli appena accennati, che tendono a richiudersi, quasi che il civilista avesse timore che i modesti pertugi aperti nella diga ne potessero ledere lentamente le fondazioni e provocarne il crollo.

E dalla posizione appena affermata subito ci si arretra: l'apprezzamento degli interessi da parte del giudice non può spaziare nel mondo dei fatti ma unicamente « entro l'ambito legale »⁽¹⁹²⁾, e in tema di interpretazione evolutiva « bisogna andar cauti, e soprattutto bisogna intendersi »⁽¹⁹³⁾, « non sempre è possibile, anzi il più delle volte quest'attività è preclusa »⁽¹⁹⁴⁾, restando aperta nella sola ipotesi di disposizioni dubbie ed oscure⁽¹⁹⁵⁾ e nello spazio offerto dalle lacune sparse⁽¹⁹⁶⁾.

Qui, grazie all'analogia e ai principii generali « il lavoro intellet-

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 16.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibidem*, p. 19.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 19.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 26.

⁽¹⁹²⁾ *Ibidem*, p. 19.

⁽¹⁹³⁾ *Ibidem*, p. 26.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽¹⁹⁵⁾ Si possono dare « talvolta delle parole elastiche che prestano un ausilio inaspettato per regolare tutta una nuova serie di rapporti ». E fa un esempio autobiografico: « io stesso sulle orme del Simoncelli, dalla frase « causa estranea » dell'art. 1235 ho tratto tutta la teoria della responsabilità contrattuale per fatto altrui, che sembrava ignota » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 28.

tuale spaziando ampiamente e liberamente acquista *quasi* un carattere creativo. Ma creazione del diritto non è » (197). E si propone, per non ingenerare equivoci rischiosi, una metafora eloquentissima: si tratterà sempre e comunque di « un *germoglio* non un innesto nel diritto positivo » (198). Il germoglio è infatti soltanto sviluppo di ciò che c'è; l'innesto è un impensabile inserimento dall'esterno nel chiuso del sistema legislativo positivo e legittimerebbe l'idea impensabile, ereticale, di un contributo creativo del giurista.

Come si può vedere, ci siamo volutamente limitati a una lista di brevi citazioni, dando soprattutto a Ferrara la parola. Sono in tal modo offerte le premesse per capire il messaggio complesso del « Trattato » e delle sue « dottrine generali ».

9. Se ci si chiedesse di indicare, pur avviluppata in una trama complessa, la cifra riposta ma essenziale di questo messaggio, non avrei esitazione nel rispondere che consiste in un pervicace, profondo, convinto statalismo.

Per Ferrara lo Stato è una entità provvidenziale, frutto di civiltà giuridica progredita, valore irrinunciabile. Come costante del pensiero ferrariano, è illuminante sull'orientamento del « Trattato » ma anche sugli itinerari futuri del nostro civilista; spiega la sua incapacità di comprendere la posizione di Santi Romano (e lo vedremo tra un momento) e anche l'apparente grossolano filo-fascismo degli anni Quaranta.

Per quanto attiene a quest'ultimo punto, mi riferisco alla prolusione napoletana del 1940 esplicitamente dedicata al « Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti » (199). Qui balza agli occhi, in primo luogo, il plauso per quella evoluzione che ha reso « sempre più intima la cooperazione e penetrazione tra ordinamento giuridico e potere dei governanti », e il diritto « strettamente connesso con la politica » e quindi nella condizione di subire « le finalità e tendenze dello Stato » (200). E colpisce la analisi asettica e la presa d'atto indifferente, spietatamente indifferente, del

(197) *Loc. ult. cit.*

(198) *Ibidem*, p. 29.

(199) Ora in: *Scritti giuridici*, cit., vol. I.

(200) *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, cit., pp. 123-24.

R.D. 17 novembre 1938, n. 1728, recante vergognosi provvedimenti per la difesa della razza ⁽²⁰¹⁾. Come colpisce, nella sua relazione al Convegno pisano sui principii generali, la sua soddisfazione nel contemplare la « supremazia assoluta dell'autorità dello Stato » ⁽²⁰²⁾ e il suo totale affidamento in esso anche per la protezione dei diritti della persona ⁽²⁰³⁾. Ci sarà probabilmente stata una simpatetica adesione al regime (come per la più gran parte dei giuristi italiani), ma sicuramente v'è al fondo lo statalismo ferrariano, uno statalismo viscerale cui non riusciva ripugnante il braccio greve del potere sulla società civile.

Ma torniamo al « Trattato », e veniamo alla cattiva digestione che Ferrara fa del pluralismo romaniano. All'interno della pagina prolissa ma oscura in cui Ferrara prende di petto le proposte di Romano (e lo fa immediatamente ⁽²⁰⁴⁾, quasi con urgenza, come se dovesse sgombrare il passo da un fastidioso impedimento), mi sembra che si possa afferrare questa conclusione ferma: il diritto non ha una sua onticità, non è cioè una realtà primigenia, non può essere còlto all'origine del sociale; è invece una tardiva manifestazione del sociale, quando questo — evolvendosi e maturandosi — è divenuto Stato; il diritto presuppone infatti lo Stato, da cui trae la sua legittimazione prima ⁽²⁰⁵⁾.

Tutto il tentativo romaniano che, puntando sull'aspetto organizzativo più che su quello normativo, scàrdina la dimensione giuridica da quella del potere politico legandola invece all'indistinto sociale, è completamente incompresa se non fraintesa da Ferrara; il quale si rigira tra le mani il termine-concetto di « istituzione », percepisce con chiarezza che Romano la intende « come unità elementare sociale » ⁽²⁰⁶⁾, ma prontamente la respinge giacché in questa veste gli appare usurpatrice di quella cellula veramente originaria e matrice che è lo Stato.

⁽²⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 111

⁽²⁰²⁾ *I principî generali dell'ordinamento giuridico* (1941), ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 127.

⁽²⁰³⁾ *Ibidem*, p. 128.

⁽²⁰⁴⁾ Nella lunga nota n. 2 di pag. 2 del cap. I, e anche nella nota 1 di pag. 3. Il discorso sarà ripreso nella lunga nota n. 1 di pag. 13.

⁽²⁰⁵⁾ È quanto ricavo dalla già citata n. 2 di pag. 2.

⁽²⁰⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

Interpretando infatti secondo i suoi canoni metodologici l'idea-rio romaniano, Ferrara arriva sorprendentemente a identificare istituzione e Stato, capovolgendo e privando di significato il discorso coraggioso contenuto ne « L'ordinamento giuridico »: il quale resta un contributo incomprensibile agli occhi dell'intenso statalismo ferrariano e al quale il massimo tributo che si può dare è di « scritto elegante e suggestivo » (207), ossia un tributo di mera cortesia formale.

E ci appare ovvio che sia così, non appena ci addentriamo nella costruzione delle « dottrine generali ». Ci sia consentito, per attingere chiarezza, il solito breve florilegio ferrariano: mettendo da parte senza una perplessità il richiamo insistente alla dimensione organizzativa (e, anzi, quasi trattandolo con scherno), per lui « il diritto è un *complesso* di norme » e « la norma è emanazione d'un'autorità che comanda, è espressione della volontà dello Stato » (208); è un comando che deve poter arrivare alla coercizione, poiché « un comando che non abbia la forza di imporsi... è un comando vano, non è comando » (209); « il diritto sorge, quando la protezione della sfera individuale è monopolizzata da un potere sovrano che sovrasta ai singoli », « nesso congenito ed indissolubile... fra diritto e Stato. Il diritto esigendo un apparato di coazione suppone un potere politico che disponga di tale forza », « tale gruppo sociale munito di podestà è lo Stato », « il diritto è un *prodotto* statale » (210); « il diritto è forza » (211); « è monopolio dello Stato » (212).

Ferrara è ben pago di questo legame strettissimo, anzi di un tal monopolio: è infatti questo il sensatissimo strumento che impedisce di arrivare agli insensatissimi approdi del pluralismo romaniano, approdi (lui cita espressamente una società rivoluzionaria e una associazione a delinquere) che il Nostro rifiuta come aberranti risultati di un esercizio logico astratto ed astruso (213).

(207) *Ibidem*, p. 2, n. 2.

(208) *Ibidem*, p. 5.

(209) *Ibidem*, p. 7.

(210) *Ibidem*, p. 11.

(211) *Ibidem*, p. 15.

(212) *Ibidem*, p. 100.

(213) « Senza il termine di riferimento dello Stato è impossibile individuare l'ordinamento *giuridico*, [la punteggiatura sbagliata è sua] da ogni altro ordinamento di

La sua chiusura è però pesantissima di conseguenze obbiettivamente negative, soprattutto se si pensa che furono scritte nel 1921 o giù di lì. Legame con lo Stato significa legame con questo o quel regime politico, significa particolarizzazione del diritto e suo immersione a proiezione di quel potere, di quella ideologia politica, di quel governo transeunte con tutto il carico di sedimenti storici; significa territorializzazione rigida all'interno del mosaico politico, con una rinuncia definitiva al progetto di un ordine giuridico universale com'era pure il non ultimo messaggio del diritto romano e del diritto comune tanto amati, ammirati, studiati da Francesco Ferrara. Secondo il suo grossolano disegno dei vari e diversi diritti statuali, « formalmente ognuno sta a sé: perché il diritto è forza, e la forza non può invadere la sfera d'un altro Stato ». E, alla fine, un vecchio proverbio popolare adattato disinvoltamente a fornire un fondamento di buonsenso al frazionismo giuridico: « Paese che vai, diritto che trovi » ⁽²¹⁴⁾.

Conseguenze negative anche su di un piano più propriamente tecnico.

Se il diritto è inscindibilmente connesso alla forza e alla capacità di coazione dello Stato, non si può che essere scettici sulla giuridicità dell'ordinamento internazionale. Il suo recupero, che era uno dei frutti più cospicui dell'analisi romaniana, viene vanificato dalla conclusione riduttiva che « il diritto internazionale è *un diritto nel divenire* » ⁽²¹⁵⁾. E non può che essere così nell'ottica ferrariana.

Uguualmente accade, sul piano delle fonti del diritto interno, per quanto attiene alla consuetudine: la quale « è un fenomeno pregiu-

fatto o pattizio di gruppi sociali, e si è costretti ad ammettere che una società rivoluzionaria od un'associazione a delinquere isolatamente prese valgano come ordinamenti giuridici, siano pure antitetici allo Stato » (*ibidem*, p. 13, nota 1).

⁽²¹⁴⁾ Vale la pena di riportare l'intero passo di Ferrara, perché efficacemente espressivo: « il diritto essendo un prodotto statale, ha una zona d'efficacia corrispondente alla opera di potere dello Stato. E poiché lo Stato domina su un popolo delimitato entro un certo territorio, e quindi la sua podestà ha un limite territoriale, così pure il diritto ha una sfera d'efficacia territoriale. Al di là dei confini dello Stato domina il diritto d'un altro popolo. Certo questi diritti nei paesi civili hanno dei principî comuni, dei punti d'incontro e di somiglianza nel loro contenuto, ma formalmente ognuno sta a sé: perché il diritto è forza, e la forza non può invadere la sfera d'un altro Stato. Paese che vai, diritto che trovi » (*ibidem*, pp. 14-15).

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 10.

ridico... non è ancora diritto... lo diventa, quando... dalla spontanea osservanza si passa all'imposizione dell'obbedienza. Ma a ciò è necessario il braccio dello Stato »⁽²¹⁶⁾. L'esito è anche qui obbligato: « la consuetudine non diventa diritto consuetudinario, se non per statualizzazione »⁽²¹⁷⁾ ».

A questo si aggiungono altre scontatissime conclusioni: posto che il diritto è comando d'un'autorità positiva, nessuna cittadinanza può essere riconosciuta entro il pianeta giuridico a quell'insieme di aspirazioni e di ideali che da taluno si ha il torto di chiamare diritto naturale⁽²¹⁸⁾; i principii generali di cui all'art. 3 delle preleggi non possono esorbitare dal terreno della legislazione vigente⁽²¹⁹⁾; l'equità, intesa come un qualcosa di « passionale », come « un fattore mobile e soggettivo », « che perciò importa fatalmente il pericolo dell'arbitrario »⁽²²⁰⁾, « non ha valore giuridico correttivo o suppletivo alle norme: essa si rivolge al legislatore, non al giudice »⁽²²¹⁾.

In questo ridottissimo palcoscenico sembra presente un solo attore chiamato a recitare monologhi: è la volontà dello Stato incarnata nella legge; e la legge è l'atto normativo supremo così come è stato elaborato nella ormai biscolore tradizione illuministica e post-illuministica, « ha valore formale, che prescinde dal suo oggetto »⁽²²²⁾, cioè non ha i condizionamenti di carattere contenutistico proprii alla tradizione post-medievale ma si afferma per i suoi caratteri formali, per essere voce del potere legislativo, voce dei titolari di quel potere, in un quadro costituzionale che divide i poteri e assegna la produzione giuridica solamente ad uno di essi⁽²²³⁾. In questa produzione, anche se continua a far presa la favola illuministica della corrispondenza tra legge e volontà generale⁽²²⁴⁾, l'arbi-

⁽²¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 135.

⁽²¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 136.

⁽²¹⁸⁾ « Non è diritto, perché il diritto è norma che s'impone e può farsi coattivamente valere » (*ibidem*, pp. 34-35).

⁽²¹⁹⁾ « Devesi trattare di principî di diritto, e cioè di diritto positivo, di norme della legislazione vigente » (*ibidem*, p. 228).

⁽²²⁰⁾ *Ibidem*, p. 43.

⁽²²¹⁾ *Ibidem*, p. 44.

⁽²²²⁾ *Ibidem*, p. 100.

⁽²²³⁾ *Passim*. Per due affermazioni nette v. p. 151 e p. 237.

⁽²²⁴⁾ *Ibidem*, p. 15, dove si insiste sulla « corrispondenza fra la legge e la vita » e

trio, l'arbitrio del legislatore, pur se non auspicato, è dato per scontato, come insegna con disinvolto realismo il solito indiscusso mentore delle certezze borghesi ⁽²²⁵⁾; oltre che non evitabile, è un arbitrio accettabile, considerato che il legislatore sovrasta le passioni dei mortali dal suo olimpo superno; temibile resta l'arbitrio del giudice o del dottore, ambedue personaggi immersi nelle passioni particolari e da esse dominati.

Questa è l'indubbia piattaforma di valori su cui Ferrara edifica la sua costruzione. Il discorso può arrestarsi qui? Tutto discende liquidamente dalle premesse segnate in maniera ferrea? Non è così, e l'itinerario scientifico precedente lo faceva del resto presagire.

Si può infatti dire che le incoerenze e le irrisolte antinomie del saggio del 1911 mantengono tutta la loro allarmante presenza nel 1921: accanto e al di sopra delle convinzioni, che fanno di Ferrara un personaggio ben inserito nell'ideologia borghese del diritto, si sovrappone una curiosità intellettuale, un bagaglio culturale, una osservazione pacata e acuta del proprio tempo, che producono vistose incrinature o che, malamente sovrapponendosi, provocano almeno vistose disarmonie.

La prima circostanza, che scuote e fa vacillare tutte le dommatiche formalistiche, è anche qui l'evidenza non smentibile di un ordine giuridico in rapidissimo mutamento; « ferrovie », « elettricità », « grandi imprese a basi capitalistiche », « nuovi mezzi di scambi, nuove forme di titoli e valori, altri tipi di contratto » sono gli esempi probanti che costellano una pagina vivissima del « Trattato » ⁽²²⁶⁾. E Ferrara soggiunge nel suo discutibilissimo stile: « insomma tutto un mondo nuovo, a cui deve appropriarsi anche un mondo nuovo giuridico » ⁽²²⁷⁾.

E qui comincia a manifestarsi l'incrinatura: se è vero che la legge

si disegna la legge come « la forma giuridica più adatta che si confaccia all'altra », cioè alla vita.

⁽²²⁵⁾ Il riferimento è a Vittorio Scialoja, che scrive nel 1909 uno di quegli interventi che, per l'enorme prestigio del suo autore e per la rispondenza del contenuto al più profondo ideario giuridico borghese, segna il divenire stesso della dottrina italiana: *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, Roma, Anon. Rom. Edit., 1932, p. 37 ss..

⁽²²⁶⁾ *Trattato*, p. 16.

⁽²²⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

è volontà e comando, potrà l'interprete/applicatore dare efficacia a una norma risalente a più di cinquanta anni prima (il Codice civile, per l'appunto), senza porsi qualche domanda imbarazzante? La più imbarazzante è proprio quella che il Nostro si poneva già nel saggio dell'11: volontà storica del legislatore, che è volontà sepolta in quel tanto lontano e tanto diverso 1865, o volontà attuale della legge?

Come nel saggio del 1911, la risposta c'è ma è impacciata: l'interprete non è un puro logico e « l'interpretazione non è dichiarazione del senso storico che il legislatore materialmente collegò al principio, ma del senso che è immanente e vivente in esso »⁽²²⁸⁾; « il legislatore è un'astrazione »⁽²²⁹⁾ e « il comando della legge ha un valore autonomo che... può portare a conseguenze inattese ed impreviste dagli stessi legislatori »⁽²³⁰⁾.

Occorre infatti ben distinguere la *occasio legis* dalla *ratio legis*: questa « può col tempo mutare »⁽²³¹⁾, perché « è una forza vivente mobile »⁽²³²⁾. E si parla senza mezzi termini di interpretazione evolutiva⁽²³³⁾, dell'ufficio dell'interprete di « sviluppare il contenuto delle disposizioni »⁽²³⁴⁾, di un loro « contenuto virtuale che è compito dell'interprete di estrarre e di svolgere »⁽²³⁵⁾, arrivando a scrivere la frase grossa sulla impossibilità « che la pienezza della vita pratica si lasci carcerare entro le strette maglie degli articoli di un Codice »⁽²³⁶⁾.

È l'unico modo per tener dietro al cambiamento socio-economico, ma è anche il modo per insinuare nelle strutture ben cementate dell'edificio giuridico rischiose potenzialità erosive. E ne è ben cosciente Ferrara, che tutto vuole meno che questo risultato. E il discorso si fa necessariamente ambiguo, intimamente aporetico. E la

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 211.

⁽²²⁹⁾ *Loc. ult. cit.* Conseguenzialmente, nell'ottica coerente di Ferrara « tutto ciò basta per screditare sufficientemente i lavori preparatorii » (*ibidem*, p. 218) quale strumento di corretta interpretazione.

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*, p. 210.

⁽²³¹⁾ *Ibidem*, p. 215.

⁽²³²⁾ *Ibidem*, p. 216.

⁽²³³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²³⁴⁾ *Ibidem*, p. 223.

⁽²³⁵⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²³⁶⁾ *Ibidem*, pp. 225-26.

contraddizione è il segno che marca a fondo anche questo notevole prodotto della civilistica italiana, dimostrando che scrittore e scrittura sono ben immersi nel proprio tempo storico.

Vediamo di tirar le fila del nostro discorso. Non vi può esser dubbio sulla larga cultura di Ferrara, la quale — proprio perché è a largo spettro — possiede, di per sé, una carica obbiettivamente critica per il suo detentore; una cultura che si è riccamente nutrita anche delle letterature ereticali austro-tedesca e francese. Se si fa attenzione, son proprio le pagine del « Trattato » ad esser costellate di riferimenti a pensatori dall'ortodossia assai discutibile: Adickes, Bülow, Kohler, Schlossmann, Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Stampe, Wurzel, Saleilles, Gény sono letti e meditati e rispettati nel loro messaggio. Ed è proprio nel « Trattato » che un intero paragrafo è dedicato a « La scuola del diritto libero ed i nuovi metodi d'interpretazione »⁽²³⁷⁾. Né v'ha dubbio che c'è comprensione per una riflessione giuridica tutta protesa (questo non era davvero smentibile) a raggiungere il fine sacrosanto della corrispondenza tra forme giuridiche e realtà sociale⁽²³⁸⁾. Né v'ha dubbio che, per Ferrara, su di un piano puramente scientifico, « *a priori* non v'è niente d'illogico e d'impossibile di affidare al giudice una cooperazione attiva nella produzione del diritto, come ci mostrano gli esempi del pretore romano e delle corti di equità inglesi »⁽²³⁹⁾.

Lo impedisce invece — e recisamente — il sistema costituzionale borghese, per cui « la questione del diritto libero deve discutersi in base al sistema nostro di diritto pubblico »⁽²⁴⁰⁾. Ed è qui che mise-

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*, p. 232 ss.

⁽²³⁸⁾ Si ponga mente a quella pagina del volume *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 280, dove Ferrara cita con simpatia il saggio di Esmein del 1903 (sul primo numero della neo-nata « Revue trimestrielle de droit civil ») circa il ruolo attivo della giurisprudenza e contempla soddisfatto un fenomeno tipico del proprio tempo, tempo di diritto codificato, in cui « la norma astratta giuridica è stata svolta, piegata, adattata, divenendo norma reale e positiva ». Del resto, proprio nel *Trattato* (p. 237), pur nel dissenso di fondo, non esita a riconoscere che « la scuola del diritto libero ha però prodotto un benefico rinnovamento nell'indirizzo interpretativo, un nuovo soffio vitale, perché, mentre ha gettato a piene mani il discredito sul metodo logico, sull'abuso dei teoremi e delle costruzioni, ha additato che la decisione deve essere ispirata alla natura reale dei rapporti e alle esigenze sociali ».

⁽²³⁹⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽²⁴⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

ramente finiscono tutte le raffinate diatribe sulla teoria della interpretazione e sul ruolo dell'interprete. Finiscono, perché Ferrara, ben immedesimato nel ruolo che al giurista assegna l'ideologia borghese, non si sogna di cavalcare tigri rivoluzionarie e perché quell'ideologia, costruita sul caposaldo stabile, stabilissimo, dello Stato e della sua legge (pur se sorda e immobile) non gli dispiace affatto.

L'incoerenza è inevitabile, come è inevitabile il cozzo fra coscienza del mutamento sociale ed esigenze di regole fondamentali autoritarie, rigide ed astratte. E si ripetono nel « Trattato » lo stesso frasario e quasi le stesse parole adoperate con visibile impaccio nel saggio di dieci anni prima. Se è vero che « il diritto come prodotto sociale si svolge ed elabora nel crogiuolo della coscienza popolare », è anche vero che « diviene diritto solo quello che il legislatore vuole »⁽²⁴¹⁾, mentre l'interpretazione evolutiva, strumento prezioso e rischioso insieme, è il più delle volte preclusa al giudice⁽²⁴²⁾ e, in ogni caso, « è sempre una pura applicazione del diritto »⁽²⁴³⁾, deve sempre consistere in una semplice applicazione.

In ogni caso, in ogni modo, assolutamente, un principio non può esser messo in discussione: che l'interprete — sia esso giudice o scienziato — *non* crea diritto, ma si limita a scoprire e sviluppare un qualcosa che c'è e che lui non ha contribuito a produrre. Qui sta il limite invalicabile scritto a lettere d'oro nella costituzione materiale, se non anche in quella formale, del diritto borghese; e qui sta il vero limite di ogni teorizzazione. Un limite che lo stesso Ferrara non è disposto a valicare.

Proprio per questo, quale *transazione* fra le opposte tendenze, fra giusliberismo sfrenato e ottuso legalismo, gli può essere congeniale⁽²⁴⁴⁾ quella via di mezzo scelta e propugnata da Saleilles: l'interprete può *assouplir* la legge, ma deve sempre farlo nel quadro — nel *cadre* — offerto dalla legge stessa. La legge può anche essere

⁽²⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 15.

⁽²⁴²⁾ *Ibidem*, p. 239. Il frasario è lo stesso impiegato nel saggio del 1911 (cfr. più sopra a p. 217).

⁽²⁴³⁾ *Ibidem*, p. 238.

⁽²⁴⁴⁾ Egli stesso (*ibidem*, p. 238) la definisce « reazione e transazione di opposte tendenze », dandovi una aperta adesione: « questo metodo è certamente vero e secondo noi costituisce non una deviazione, ma un'esatta intelligenza del metodo tradizionale » (*loc. ult. cit.*).

svuotata dal di dentro, ma deve restare intatta come cornice formale, come limite formale di legittimazione del discorso, di ogni discorso dell'interprete. Il principio costituzionale della divisione dei poteri è salvo, anche se è stato sostanzialmente aggirato.

Entro questi confini deve svolgersi l'attività del giurista, entro questi confini egli può e deve farsi costruttore ⁽²⁴⁵⁾ come lo vuole Ferrara, disegnatore di concetti generali, ordinatore di una severa sistematica ⁽²⁴⁶⁾, secondo le consegne fissate con lucidità nella puchtiana prefazione del « Trattato » ⁽²⁴⁷⁾. Entro questi confini sarà benvenuto anche un certo grado di fantasia del giurista ⁽²⁴⁸⁾.

⁽²⁴⁵⁾ « La costruzione dottrinale deve coincidere esattamente ed interamente col diritto positivo » (*ibidem*, p. 243).

⁽²⁴⁶⁾ « Il diritto è pure una scienza, e come ogni scienza suppone che la sua materia sia trasformata in concetti e che questi concetti siano composti ad unità sistematica » (*ibidem*, p. 240). Di « severa sistematica » parla nella prefazione, p. VI.

⁽²⁴⁷⁾ Si legga l'elogio che egli fa di una teorizzazione generale e la condanna della « insana idea che i concetti generali siano sterili dogmi », giacché « niente è più fecondo di conseguenze pratiche che un principio teorico che in forma sintetica racchiude in grembo potenzialmente una serie infinita di applicazioni » (pref. pp. V-VI).

⁽²⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 246. In altro punto, dimostrando la lacerazione interna sofferta da Ferrara, egli aveva invece sottolineato — tutto preso dal timore illuministico dell'arbitrio dell'interprete — « il pericolo anche più grave che l'interprete appassionandosi ad una tesi, lavori di fantasia » (*ibidem*, p. 206).

Figure dell'esperienza

MARIO SBRICCOLI

« VIDI COMMUNITER OBSERVARI ». L'EMERSIONE DI
UN ORDINE PENALE PUBBLICO NELLE CITTÀ
ITALIANE DEL SECOLO XIII (*)

1. I prodromi dottrinali del diritto penale pubblico. — 2. Le ragioni tecniche e politiche delle nuove 'consuetudines'. — 3. Istituzioni proattive e metamorfosi dell'accusa. — 4. La 'Compulsio ad accusandum' e le ragioni della pena pubblica. — 5. Inquisitio, transazioni e pena: i poteri del giudice diventano doveri. — 6. *Offendit rem publicam civitatis*. Il formato penale dell'accusa.

1. *I prodromi dottrinali del diritto penale pubblico.*

Nelle città comunali del basso medio evo italiano il penale conosce una precoce 'pubblicizzazione' ⁽¹⁾ che mostra i suoi primi segni —

(*) Questo scritto nasce da qualche riflessione svolta nel corso di un Seminario dedicato ad alcuni profili del rapporto tra diritto comune e poteri politici, tenutosi a Barcellona nel maggio del 1997, per iniziativa di Aquilino Iglesia Ferreirós. Il problema che esso affronta è di grande rilievo per la storia del diritto penale, sull'intera scala europea, ma le fonti sulle quali riposa il mio ragionamento sono ben circoscritte, e principalmente riferibili alla Perugia della seconda metà del duecento, come mostrerò tra breve. In più, sono fonti sulle quali si è già tante volte riflettuto — anche se non abbastanza dal punto di vista che ho scelto io — da parte degli autori che le hanno portate alla luce, pubblicate e collocate nel contesto della scienza giuridica, della legislazione e dell'attività giudiziaria, e non soltanto per quel torno di tempo e in relazione a quell'area. Ciò dicendo voglio indicare i limiti (in tutti i sensi del termine) di questo piccolo contributo: le riflessioni che vi svolgo potrebbero essere utilmente approfondite, ampliate e verificate su altre aree, oltre che ulteriormente comprovate con altra dottrina, altra legislazione, altri esempi processuali. Tutte cose che sto cercando di fare dentro un lavoro di respiro più grande: spero di farne conoscere presto i risultati.

Aggiungo che in esso ho voluto mantenere lo stile discorsivo dell'intervento da cui nasce, per sottolineare le sue intenzioni interlocutorie e per conservare il carattere problematico ed aperto delle indicazioni che contiene.

⁽¹⁾ Precoce rispetto alle omologhe esperienze del resto dell'Europa (penso in

nella pratica, e non solo nell'elaborazione teorica dei giuristi ⁽²⁾ — verso la metà del secolo XIII. Dicendo 'pubblicizzazione', intendo riferirmi all'ingresso (attivo) del soggetto pubblico nella dinamica sostanzialmente 'privatistica' che caratterizzava in quella fase — e avrebbe continuato a condizionare per molto tempo ancora — le pratiche di giustizia penale all'interno delle città. L'azione penale ed il processo che ne consegue, assunti qui come spie della 'natura' dell'ordinamento punitivo, vedono l'apparizione di un attore ulteriore

particolare alle aree francese e tedesca), dove processi simili prendono piede a partire almeno da un secolo dopo. Un produttivo Convegno dedicato alla *Emergence of Public Criminal Law*, tenuto a Würzburg nella primavera del 1995, per iniziativa dell'Institut für deutsche und bayerische Rechtsgeschichte, e per l'ideazione e l'impulso di Dietmar Willoweit, ha mostrato come l'esperienza cittadina (Italia e Fiandre) ha reso precoce lo sviluppo di un processo ad iniziativa ed a conduzione d'autorità e d'ufficio. Rischioso, ma plausibile, dire 'azione pubblica', sbagliato pensare a momenti di avvio di una qualsiasi *State Law*. Sulla dimensione europea del fenomeno e sulle sue possibili scansioni cronologiche e strutturali, si può vedere la sintesi di X. ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d'office: l'action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in *Bulletin de l'International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, 18, 1993, p. 58-92. Per l'esperienza delle città fiamminghe, avviata già nel corso del XII secolo, su presupposti risalenti all'organizzazione carolingia (*Placita generalia*, nel corso dei quali un ufficiale procede all'*inquisitio sui crimina publica*), va fatto riferimento a R. VAN CAENEGEM, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIde tot de XIVde eeuw*, Brussel, 1956.

⁽²⁾ Tra le fonti dottrinali assumo principalmente il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino, scritto, come è noto mentre Alberto era giudice a Perugia tra il 1286 e il 1287, e poi rivisto, corretto e completato a Siena (1299) e di nuovo a Perugia (1300). Il *Tractatus* è stato pubblicato da H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin u. Leipzig, 1926 [Avverto che le tre lunghe citazioni che ne farò nel testo non riproducono esattamente la sequenza gandiniana, ma sono il risultato di una più serrata messa in successione delle opinioni da lui distesamente espresse su quei particolari punti]. Quanto alla pratica, farò principale riferimento a due casi giudiziari recentemente portati alla luce: a) quello di Maffucio Benvegnati (1258) pubblicato e discusso da M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo*, Perugia, 1991, p. 89 ss. b) quello di Giacomuccio Dati (1287) pubblicato da O. MARINELLI MARCACCI, *Liber inquisitionum del Capitano del Popolo di Perugia* (a.1287), in « *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Perugia* », 1975, pp. 34-44, e acutamente discusso da S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa (ovvero: Il caso Giacomuccio e poche note introduttive)*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Atti del Convegno (Perugia 20-21 aprile 1990), a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, pp. 33-49.

rispetto ai due tradizionali (la vittima, o il suo *entourage* ⁽³⁾ da un lato/l'autore, con il suo, dall'altro), il quale assume una parte che apparirà sempre più rilevante. Una parte, sottolineo, di attore importante ma non unico: un protagonista di peso, ma non sempre preponderante, che deve guadagnarsi il suo ruolo. Aggiungo che questo processo di pubblicizzazione ha solo limitatamente a che fare con quello che possiamo indicare, per convenzione, come *l'avvento (progressivo) dell'inquisitorio* ⁽⁴⁾. In ogni caso, si tratta di una componente che trova il modo di rendersi compatibile con la struttura accusatoria dell'azione; ed anche là dove impone la possibilità (o il dovere — *l'officium* — per il giudice) di procedere per un crimine prescindendo dalla volontà o dall'assenso della vittima, non esce, se non potenzialmente, o soltanto in parte, dalla logica dell'*accusatio*.

Del resto, anticipando una classificazione 'possibile', sulla quale tornerò, mi pare di dover dire che quelli che noi percepiamo, o tendiamo a *vedere*, come due modelli processuali distinti — l'accusatorio, l'inquisitorio — non appaiono tuttavia come *modus procedendi* perfettamente sceverati. Si tratta di maniere processuali diversificate sotto tre distinti profili, tali tuttavia da poter essere reintrecciate tra loro nell'effettivo svolgimento del processo.

Il primo di quei tre profili è quello tradizionalmente individuato come primariamente distintivo, e sta nella qualificazione dell'azione: a) *accusatio*, mossa dalla vittima, che darà forma ad un processo accusatorio; b) *cognitio iudicis*, avviata d'ufficio e portata avanti *per inquisitionem*. Si tratta di una distinzione capace di darci criteri e parametri che aiutano a capire, ma da essa nascono inevitabilmente due *Idealtypen* ai quali non è agevole far corrispondere i processi com'erano.

⁽³⁾ Per comodità, designerò come *vittima* e come *autore* le due parti in causa, senza tenere conto del fatto che la vittima, nel caso dell'omicidio, non è evidentemente in grado di agire in nessun senso e modo. Il termine si riferirà allora agli aventi causa, ai parenti, agli amici, o ai partigiani del morto: l'*entourage*, come dicevo sopra.

⁽⁴⁾ Gli studi di cui disponiamo ci dicono che l'inquisitorio — il quale prima che un tipo processuale, è un modo di raccogliere prove — si insinua nel processo penale a partire grosso modo dal XIII secolo, vi si installa considerevolmente alla fine di quel secolo, e poi guadagna progressivamente terreno fino a determinare una forma processuale autonoma e compiuta che dominerà la scena — senza mai, tuttavia, occuparla in modo esclusivo — dal tardo cinquecento in poi.

Il secondo riguarda la rispettiva indicazione delle due forme processuali. Da un lato, il procedimento accusatorio 'puro' (quello formalizzato, che lascia interdetto lo storico non familiarizzato con il metodo delle *positiones*), destinato alle violenze minori ⁽⁵⁾, sembra ordinato a risolvere (o a differire) conflitti che, avendo ad oggetto un circoscritto interesse, sono adeguati ad un tipo processuale penale modellato su quello stesso *ordo* che era stato pensato per le liti civili ⁽⁶⁾. Dall'altro, il procedimento che si vale del giudice promotore, fiancheggiatore o suscitatore, si afferma progressivamente come il processo dell'alto e medio criminale e, insieme, come *instrumentum iurisdictionis*, oltre che come mezzo per dirimere

⁽⁵⁾ Come documentato di recente da M. VALLERANI, *I processi accusatori a Bologna fra due e trecento*, in *Società e storia*, n.78, 1997, spc p. 756 ss., con riguardo a Bologna, tra 1280 e 1330, le accuse all'origine di processi svolti col metodo delle *positiones*, vertono costantemente su alcuni limitati comportamenti che sembrano consistere, per intenderci, in aggressioni (*insulta*) con o senza effusione di sangue (queste ultime prive a volte di natura fisica), furti (che abbracciano le possibili fattispecie di illecita appropriazione di cose), e forme disparate (ma anche incerte) di attentato alla proprietà immobiliare, configurabili come usurpazioni, invasioni, turbative violente del possesso, danneggiamenti. Dalla ricostruzione di Vallerani appare inoltre che spesso il profilo penalistico dell'*iniuria* oggetto di accusa viene messo in ombra dalle ragioni ad essa sottostanti, non sempre inerenti all'episodio che viene denunciato. Talora l'apparenza penale è sovrastata da un fine puramente rivendicativo di cose o di diritti, talaltra artificiosamente prodotta dalla logica di risalenti contrasti tra individui o clan familiari. Il senso che emerge dalla puntuale ricerca di Vallerani, mi dice che il procedimento *per accusationem*, prevalentemente orientato su profili di danno, costretto dai suoi lacci 'privatistici' a svolgere una funzione penale secondaria, snervato dalla frequente pretestuosità del suo impiego, appare segnato — al di là dei numeri che ce lo mostrano praticato — da visibili tratti di accessorietà, già nello scorcio del XIII secolo.

⁽⁶⁾ L'autorità pubblica si limita a fornire il quadrato, le regole, l'arbitro, e promette l'esecutività del risultato. Peraltro, in un meccanismo processuale che era stato pensato prima di tutto per le vertenze civili, il danno che nasce da reato (dalla *vis*, o dall'*iniquitas*) finisce per fare aggio sul reato stesso: si chiede risarcimento prima che pena. Con ciò, il comportamento lesivo viene assorbito nel formato civilistico, allo stesso modo in cui il procedimento *mere criminalis* tenderà ad assegnare formato penale ad ogni specie di violazione, fosse pure quella improduttiva di danno che consiste nella semplice disobbedienza. Così stando le cose è difficile dire se la giustizia comunale si presenti effettivamente come 'reattiva', quando la forma processuale presa in considerazione è quella dell'*ordo* fondato sulle *solemnitates*, sulle carte, e strutturato per *positiones* (M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 752).

conflitti che abbiano ad oggetto, accanto all'utilità del privato, anche una qualche rilevante forma di *interesse civitatis*.

Il terzo, *totus iuridicus*, se posso esprimermi così, sta nella dialettica tra il modello romanistico, autorevole e stratificato, gelosamente custodito da *notarii* e *curiales* che bene sanno praticarlo, ed il modello costruito passo dopo passo dagli *iudices Potestatum*, che si muovono tra pratica e testi, riuscendo a mettere lo schema processuale romano (in sostanza quello dello *iudicium publicum* classico), contro *regulae*, *rationes* e principi, anch'essi presenti nel *Corpus iuris*, fino ad arrivare ad un *genere terzo* che sa di diritto romano ma altro non è che il processo nuovo, necessario alle città nella cruciale fase di maturazione a cavallo tra XIII e XIV secolo. L'esperienza affida alla scienza la propria edificazione, così che un nuovo schema ordinante, convalidato dall'autorità delle fonti e reso effettivo dalla rispondenza agli scopi, fonda un diverso processo che si affina col tempo, adattando insieme continuità ed innovazione, secondo la logica dell'*interpretatio* medievale (7).

Già a partire dal dodicesimo secolo la dottrina aveva avviato l'elaborazione delle pre-condizioni teoriche della svolta duecentesca (8), sviluppando premesse che erano presenti nel diritto romano, ed in particolare nella disciplina dei *pacta de crimine*, che è dato rilevare in C.2.4.18 (9), ed in altri luoghi del Codex (10). La questione si era

(7) Uso categorie concettuali e parole che si possono leggere in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, spc p. 151 ss.

(8) Alcuni degli elementi salienti di quella riflessione dottrinale sono stati rilevati e analizzati da A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, in « *Studia Gratiana* », XX, 1976, [*Mélanges Fransen*], II, pp. 269-288; lo stesso autore, con lo scritto *Delitto e pace privata nel diritto lombardo: prime note*, in « *Diritto comune e diritti locali nella storia d'Europa* », Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979), Milano, 1980, pp. 557-578, ha poi riaffrontato la stessa questione nella legislazione statutaria di area lombarda tra XIII e XIV secolo, spingendo la sua verifica fino alle Nuove Costituzioni del 1541. Una letteratura più ampia viene ricordata nella sintesi che di queste vicende dottrinali ha realizzato E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano, 1989, p. 3 ss.

(9) "Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem".

(10) Appunti in A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., pp. 275-76.

incentrata intorno al valore che avrebbe dovuto avere per i terzi, giudice compreso, la transazione intervenuta tra la vittima e l'autore. Si ragionava, cioè, sulla possibilità che un altro offeso potesse pretendere di trattare anche lui con l'offensore dopo che questi aveva ottenuto la *pax* dalla prima vittima. È in questa dimensione, credo, che va considerato l'ingresso dell'attore pubblico nella dinamica della transazione in materia penale, con le conseguenze che tale ingresso ebbe nella trasformazione progressiva dello strumento penale in direzione della sua pubblicizzazione, e nell'evoluzione della *pax* verso l'identificazione della 'pax publica, seu civitatis' come fine primario, e condizione di legittimità, delle *paces* stipulate dai privati. L'attore pubblico si inserisce in un rito che è ancora privatamente introdotto, perché l'offesa è ancora sostanzialmente avvertita come la fonte di un danno che dà poteri di rivalsa, o diritto di ritorsione, in primo luogo, se non soltanto, a chi lo subisce. In termini processuali, il principio secondo cui « l'impulso spettava a colui cui pure spettava la sanzione »⁽¹¹⁾, impone all'attore pubblico di trovare una convincente giustificazione per la sua intromissione in quella dinamica: egli deve individuare un profilo di danno che lo legittimi, ma muovere anche verso una forma rituale che gli consenta di chiudere il processo *con la pena*, cosa che non si adatta al formato giuridico della transazione. Il nodo della questione è tutto in questo tornante che ha, come sappiamo, una motivazione politica molto forte, fatta di preoccupazione per l'efficacia della legge e per la credibilità del potere politico, di interesse per la *concordia civium* e di timori per l'ordine pubblico. Non a caso questa è una di quelle questioni che venne decisa dalla prassi, sulla spinta di esigenze pratiche e di necessità politiche, e soltanto in seguito fu, per così dire, razionalizzata dalla dottrina.

Si può infatti dire che la discussione che i giuristi condussero nel corso del XII ed all'inizio del XIII secolo, ricostruita con precisione da Padoa Schioppa⁽¹²⁾, valutata nel suo insieme, non offre una chiave interpretativa certa in ordine alla direzione dell'evoluzione dottrinale. Guglielmo da Cabriano e Pillio da Medicina, Azzone e

⁽¹¹⁾ S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 41, in relazione allo Statuto perugino del 1279. Ma il principio può essere considerato generale, in quella fase.

⁽¹²⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., p. 277 ss.

poi Accursio, Alberto Galeotti, Odofredo, Guido da Suzzara, si attestano sull'una o sull'altra posizione (affermando o negando che la transazione chiuda la questione rispetto ai terzi o inibisca il ruolo del giudice) in forza di ragionamenti che si ispirano di volta in volta a principi equitativi, a profili di ragionevolezza, oppure alla logica o alla finalizzazione dell'istituto. Non sembra che la questione principale — quella che avrebbe condotto alla pubblicizzazione del penale attraverso una sostanziale fungibilità dell'azione privata con quella pubblica, accompagnata da una progressiva riduzione della transazione penale all'ambito del risarcimento del danno — sia adeguatamente presente nella loro discussione. È forse nelle impostazioni di Jacopo d'Arena e della scuola di Orléans⁽¹³⁾ che si possono cogliere impliciti che lasciano pensare ad una coscienza iniziale del problema di fondo. Anche se bisogna dire che in Jacques de Revigny ed in Pierre de Belleperche la prospettiva di una corretta interpretazione romanistica dei testi, pur svolta alla luce di un qualche privilegiamento della *ratio iuris publici*, fa aggio su altre possibili sollecitazioni: in particolare, non c'è da aspettarsi da essi preoccupazioni dettate dalla realtà politica delle città, quale si stava manifestando in Italia in quella seconda metà del XIII secolo.

Tra i primi che sembrano indicare in un criterio di interesse pubblico la necessità di dare al giudice penale lo spazio necessario all'imposizione della pena, al di là dell'accordo intervenuto tra colpevole e vittima, troviamo Martino Sillimani (“Quia publica utilitas hoc requirit”) e Dino del Mugello (“publice utile est ne maleficia remaneant impunita”) (14). L'argomento tratto da D.9.2.51.2 (15), o da C.9.47.14 (16), risuonerà molto spesso nel

(13) A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., p. 284 ss. In una relazione tenuta nel Colloquium di Würzburg ricordato sopra, A. GOURON, *The Emergence of Public Criminal Law as a Science in Twelfth-Century France*, ha documentato le tracce dottrinali che precedono in area francese le opere di Revigny e Belleperche: con la nota maestria ha dato conto di testi e di ipotesi attributive, tenendo però in ombra la loro contestualizzazione politica.

(14) Cfr. G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, 1972, pp. 100-101.

(15) “...cum neque impunita maleficia esse oporteat”.

(16) “...ne ad maleficia temere quisquam prosiliat”.

ragionamento dei giuristi, segnando uno dei criteri politici preminenti ⁽¹⁷⁾ del processo di pubblicizzazione del penale.

2. *Le ragioni tecniche e politiche delle nuove 'consuetudines'.*

La frammentaria e per certi versi timida progressione dottrinale verrà sopravanzata, ed in qualche modo vanificata, dalle necessità della pratica. Il sistema a 'giustizia comunitaria' esige una forma processuale più penetrante, e mezzi che consentano di esprimere a pieno l'insopprimibile dialettica tra poteri pubblici e interessi (e poteri) privati. È così che, di fatto, e con progressione che nella seconda metà del XIII secolo copre tutta l'area dell'esperienza comunale, i governi podestarili instaurano prassi innovative, contrarie allo *ius civile*, ma immediatamente legittimate *per interpretationem* e convalidate dall'effettività.

La testimonianza è offerta da Alberto da Gandino, in quello che è probabilmente il passo più famoso e citato di tutta la storia del processo penale di diritto comune, a dimostrazione del grandissimo interesse che suscita negli storici del diritto ogni allusione che il giurista fa alla sua esperienza, a ciò che avveniva intorno a lui, ai fatti com'erano: interesse degli storici, verrebbe da dire, per chiunque li aiuti a guardare nella storia. Scrive dunque Alberto, probabilmente nella sua fase perugina (1286-87), che

hodie de iure civili iudices Potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo [...] Et ita servant iudices de consuetudine, ut notat Dominus Guido, et ut vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile ⁽¹⁸⁾

⁽¹⁷⁾ Sul valore della *publica utilitas* come primario argomento pragmatico chi volesse potrebbe vedere M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969, p. 445 ss., ed anche ID., *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. PADOA SCHIOPPA (ed.), *Legislation and Justice*, Oxford, 1997, pp. 44-46.

⁽¹⁸⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 39. Del *Tractatus* di Alberto da Gandino ripeto quel che molte volte si è detto, e che sta scritto nel Proemio dell'opera: avviato all'origine come un *Libellus* (opera indirizzata alla prassi forense), si presenta in sostanza come la riproposizione di una serie di *quaestiones* discusse principalmente da Odofredo e da Guido da Suzzara, che era stato

Ut vidi communiter observari, dunque, e secondo la riflessione che su questa stessa affermata *consuetudo* aveva già fatto Guido da Suzzara⁽¹⁹⁾. La figura dell'accusatore *ex officio*⁽²⁰⁾, che ha poi anche il potere di *inquirere generaliter aut specialiter*⁽²¹⁾, si distende su *quodlibet maleficiū* e finisce per imporsi stabilmente. Questa pratica (che costituisce in buona sostanza, prima ancora che una compiuta forma processuale, un'efficace maniera di acquisire le prove attraverso il penetrante uso di poteri pubblici) si affermava nei fatti, *de consuetudine*, procurandosi spazi in un *ordo iustitiae* che essa stessa rimaneggiava, motivandosi *per argumenta*: non in ottemperanza allo *ius* ed ai suoi dettati, ma appoggiandosi in funzione puramente giustificativa a principi e valori desumibili da massime qua e là presenti tra Digesto e Codice.

Una pratica nata dalla forza delle cose, convalidata *per stilum*, dilatata dalla logica del precedente, legittimata *rethorice*, e spesso fatta slittare tra le regole statutarie che le conferiscono un conclusivo formato normativo.

I due più verosimili punti di avvio dell'affiorante nuova *commu-*

suo maestro, integrate da brani tratti dall'opera di Guglielmo Durante, Jacopo d'Arena o Dino del Mugello e inframezzate di numerose altre questioni provenienti da giuristi impregnati di « *usus cottidianus* », divisi tra cattedra e foro, come Lambertino Ramponi o Riccardo Malombra, Tommaso di Piperata, Francesco d'Accursio, Federico delle Scale. Un'opera pensata per la pratica, che dà conto della pratica, risultando perciò particolarmente rivelatrice. Ne forniscono, allo stato delle conoscenze, le coordinate testuali e storiografiche, E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 11 ss. e D. QUAGLIONI, voce *Gandino Alberto*, di imminente pubblicazione nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, che grazie alla cortesia del suo autore ho qui dattiloscritta.

⁽¹⁹⁾ Se il rinvio concerne effettivamente Guido da Suzzara, e non l'assai meno probabile Guglielmo Durante, l'allusione è, secondo Kantorowicz, alle *Supleciones* a C.4.2, pr. e C.9.42.2 (sulle *Supleciones* di Guido, che furono in sostanza corsi tenuti in forma di *Quaestiones*, si veda F. MARTINO, *Ricerche sull'opera di Guido da Suzzara. Le 'Supleciones'*, Catania, 1981).

⁽²⁰⁾ L'accusa *ex officio*, distinta da quella *privata*, dà luogo ad un tipo di azione che appare più ampia di quella che individuiamo come *azione pubblica*. Quest'ultima sembra doversi riferire a forme di potere strutturate, *quae sapiunt reipublicae*, mentre l'azione di ufficio può competere anche a poteri che non sono a rigore pubblici, come quelli corporativi, signoriali o ecclesiastici (cfr. X. ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d'office*, cit., p. 59).

⁽²¹⁾ Potere descritto nei suoi contenuti e nei suoi limiti da Alberto da Gandino nel luogo citato qui sopra del *Tractatus de maleficiis*.

nis observantia sembrano stare, da un lato, nella torsione a cui la forza delle cose sottopone l'istituto dell'accusa privata; dall'altro, nella maturazione istituzionale del conflitto politico in atto nelle città, e nelle necessità strategiche che finivano per orientarlo.

L'accusa privata sembra mostrare un andamento dal quale può dedursi che essa costituisse talora un mezzo per costringere il colpevole ad accettare una transazione (22). È probabilmente questo il motivo di tanti processi che iniziano con un'*accusatio* per poi perdersi, restando sospesi nelle carte, senza che se ne possa conoscere l'esito. Quando poi l'autore fosse sconosciuto, come dirò ancora più avanti, non c'è da aspettarsi accusa di sorta, perché in quel contesto processuale, e nella logica (romanistica) dell'*accusatio*, un'azione contro ignoti appare del tutto inconsequente. Se poi capita che qualcuno denunci un fatto criminoso di cui è stato vittima, dicendo di non avere sospetti — ma in realtà tacendo quel che sa — la ragione andrà probabilmente cercata nell'intenzione di dare un avvertimento, senza sopportare spese e correre rischi. Questo perché la via penale, per il privato, è oltretutto costosa (bisogna anticipare spese, pagare avvocati e mallevadori, persuadere testimoni, ottenere fideiussioni (23)) e sembra non poter essere

(22) Questa ipotesi è stata formulata da tempo, anche da chi scrive, per la sua forte verosimiglianza, poi variamente documentata, infine pacificamente dimostrata. È quanto insegna da ultimo il caso del processo per l'uccisione di Maffucio Benvegnati (Perugia, 1258), documentato in M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., p. 89 ss. Probabilmente è anche in questa prospettiva che bisogna valutare la presenza delle infinite *solemnitates*, garanzie, fideiussioni, depositi cautelari, *iurairanda de calunnia*, testi e termini, che punteggiavano l'ordinario rito processuale, forse messi anche a scongiurare un uso strumentale, o francamente ostile, dello strumento giudiziario: che non divenisse, per così dire, la prosecuzione delle *colluctationes civium* con altri mezzi.

(23) Conferme in M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., *passim*, ma spc pp. 765 ss., 769 ss., che coglie bene il senso di legittimazione comunitaria del soggetto processuale che quegli obblighi comportavano. Da tutto il saggio di V. emerge con evidenza, ed assai opportunamente, questa dimensione di 'penale legato alle logiche di comunità' sul quale sarà bene riflettere meglio e di più, in futuro, da parte degli storici del diritto e degli altri storici che lavorano sulla giustizia tra medio evo ed età moderna. Credo che scavare bene nella duplice logica del 'penale protetto' destinato ai membri delle comunità, e di quello spicciativo e non trattabile riservato ai *sans aveu*, servirà a capire meglio quella giustizia ed a reinterpretare vicende, anche dottrinali, oggi fraintese o, se mi spiego, 'illeggibili'. Quelle *solemnitates* intendevano anche scongiurare un uso

(utilmente) praticata che tra soggetti di rango paritario, o prossimo: non contro *inopes* dai quali non si può sperare di recuperare nulla, ma nemmeno contro *potentiores*, dei quali sarebbe difficile venire a capo, perché la partita è lunga, rischiosa e costosa, ed in essa sembrano contare molto di più le risorse che non le ragioni: risorse economiche ma anche sociali, gente a disposizione, *entourages* numerosi e solleciti, un alto grado di integrazione nella comunità cittadina. Perché è certo che il penale ad azione privata ⁽²⁴⁾ finisce

strumentale, o francamente ostile, dello strumento giudiziario: che non divenisse, per così dire, la prosecuzione dei *bella civium* con altri mezzi. Sulla dialettica tra composizione e vendetta, e sulla loro integrazione nel sistema di giustizia comunale, ha fatto opportune osservazioni A. ZORZI, « *Ius era in armis* ». *Faide e conflitti tra pratiche sociali e pratiche di governo*, 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, 1994, spc. p. 614 ss.

⁽²⁴⁾ Quando dico penale ad azione privata, intendo riferirmi ovviamente al processo che chiamiamo accusatorio, fortemente corredato di formalità e riti, adatto a chi nella città aveva relazioni, credito e qualche influenza, svolto per *positiones* e poco produttivo dal punto di vista della politica giudiziaria del comune. Era un processo, quello, che veniva direttamente dalle fonti romane, dalle scuole, dalla logica notarile. Non si era formato nell'esperienza cittadina, e non si era costruito sui fatti e sulle necessità, misurandosi sulla figura costituzionale, in costante evoluzione, del comune. Tanto che l'aspetto di esso che più colpisce per la sua rilevanza sociale e politica, e che si rivela capace di ricondurci alla dinamica reale della vita cittadina vera, non attiene ad esso in quanto tale, ma all'uso strumentale che talora, o spesso, se ne faceva. Il fatto poi di essere, strutturalmente, lo stesso processo che si praticava per le liti civili, ha contribuito a tenere in ombra la funzione giustizia (penale) propria della *governance* cittadina, più a lungo di quanto forse sarebbe stato bene. È così che gli *iudices potestatum*, e cioè il potere podestarile, valorizzano l'*altra* forma processuale, quella che dà (o permette) l'iniziativa al giudice e consente efficaci mezzi di indagine per l'acquisizione delle prove. Quello sì, è uno strumento di gestione della giustizia penale e, nella stessa misura, di governo della città, specie se combinato — come sempre più spesso accadeva nei regimi podestarili — con l'attribuzione di *arbitria* di ogni genere, che autorizzavano i giudici ad *inquirere* ben oltre le regole e le prassi. Non meraviglia, quindi, che deliberazioni di consigli bolognesi, suscitate dagli avversari dei diversi Podestà, tentassero di impedire, interrompere, vanificare, le *inquisitiones* di quei giudici (M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 787). Da quelle deliberazioni (primi decenni del Trecento) pare a me di vedere che i Podestà andavano indebolendosi, ma che il loro ruolo giudiziario era rilevante, forse addirittura sovradimensionato rispetto alle loro stesse forze. E infatti, i Podestà passeranno, insieme al loro comune, mentre il processo che avevano contribuito a costruire coi loro giudici e i loro giuristi, resterà e si rafforzerà nelle mani di quelli che li sostituiranno nel governo delle città, o di ciò che le città

inevitabilmente per essere padroneggiato dal criterio 'economico' (la logica delle convenienze, non solo materiali, ovviamente) che fa dell'azione il risultato di un calcolo. E il calcolo mette al primo posto — nel conto del dare e dell'avere, del negoziare o dell'arrischiarsi — la taglia dell'avversario, perché da essa si può prevedere se ci sarà alla fine qualche conveniente contropartita alle spese ed ai repentagli (25).

Quanto al conflitto politico che interessava le città, avviate in quella fase verso forme di governo sempre più caratterizzate da poteri personali inclini a metodi dispotici, si può certamente collocarlo, *entre autres choses*, all'origine del fenomeno (26), ma non si deve pensare che esso ne esaurisca le ragioni. Il procedimento accusatorio classico, infatti, lasciato alla sola determinazione dell'offeso, senza possibilità per il potere pubblico di sollecitare efficacemente l'azione privata o di agire in sua sostituzione all'occorrenza, era capace di creare inconvenienti che andavano ben al di là dell'interesse che le nascenti signorie 'tiranniche' potevano avere per un processo penale indubbiamente più governabile e penetrante. In aggiunta a ciò che poco sopra si è detto, basterà pensare al caso di un crimine in cui la vittima non fosse oggettivamente in grado di accusare qualcuno, per mancanza di ogni possibile sospetto, o all'ipotesi — certo non rara — di una vittima intimidita, oppure *sans aveu* (27), priva cioè di quell'*entourage* che avrebbe dovuto prendere le sue parti nel procedimento di accusa. Od a qualcuno che è stato

diventeranno tra XIV e XV secolo. E non farei troppo conto sulle quantità d'archivio per mettere in dubbio una realtà che è, se non altro, dimostrata dal suo inesorabile approdo. Senza, con questo, invocare la qualità politica dei fenomeni per opporla ai numeri dei registri, cosa che pure sarebbe possibile, e facile. Il fatto è che quando Alberto da Gandino, uno che c'era e capiva, mi dice che i giudici dei Podestà inquisivano su tutto, e che lui l'ha visto fare come cosa ordinaria in giro per tutta l'Italia, mi torna il dubbio che le quantità d'archivio, talora, si limitino a darci il conto, ahimé, di ciò che ci resta.

(25) Un convincente modello sulle condizioni di litigiosità nei regimi antichi, utilmente applicabile anche all'esperienza cittadina basso medievale, mille volte ripercorso dalla storiografia della giustizia criminale, anche se non sempre richiamato, è stato messo a punto venticinque anni fa da Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc*, Paris, 1974.

(26) E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale II., Il basso medio evo*, Roma, 1995, pp. 276-77.

(27) Sembra questo il caso, per esempio, di una donna di nome Cecilia uccisa da

vittima proprio dei suoi, e che non ha perciò chi agisca per lui per avere giustizia⁽²⁸⁾. Si pensi alle difficoltà che il privato accusatore, in una società che sempre di più si complicava, avrebbe potuto incontrare nella raccolta delle prove, se non aiutato da ‘fasi inquisitorie’ condotte dal giudice, per mezzo di poteri pubblici provvisti di *vis*, rivolte a verificare le sue accuse. Si pensi infine al corteo di conseguenze, in termini di *pax publica*, di giustizia vulnerata, di *ludibrium legum*, che sempre più avrebbe recato con sé un sistema processuale posto alla mercé dei rapporti di forza tra i cittadini e destinato quindi a farsi strumento di prevaricazione, ovvero a perdere progressivamente valore od utilità.

Il sistema istituzionale cittadino e le oligarchie egemoni sopportano sempre di meno la presenza di questi inconvenienti, e non solo perché essi producono una criticabile giustizia. Non sfuggono le loro ripercussioni negative sull’ordine pubblico interno, né viene sottovalutato l’effetto di disseminazione dei poteri che quel tipo processuale porta con sé. Perché la mobilitazione di tante energie tecniche, economiche e notabili, intorno ad ogni singola accusa penale, va nel senso di mantenere ed incrementare poteri disparati e dispersi, di tenere in subordine la funzione giurisdizionale pubblica e di mantenere incistati forti poteri sociali nel sistema di potere politico sempre più integrato che si andava costruendo.

Che il nodo fosse nella titolarità dell’azione e che solo agendo sul processo si sarebbero potuti evitare quegli inconvenienti, aprendo allo stesso tempo opportunità di tipo politico, è dimostrato dal fatto che per conseguire un effetto di pubblicizzazione del penale non si aziona la leva del diritto sostanziale ma si sceglie la via del processo: non più solo *crimina publica* (per i quali *cuilibet competit accusatio*) ma azione intrapresa dal giudice *ex officio suo*⁽²⁹⁾, o meglio — come dicevo sopra — una possibilità di ingresso

Giacopuccio Dati nel 1287 a Passignano, vicino Perugia, di cui tornerò a parlare più avanti.

(28) Per questo, e per altri casi, considerati speciali in ragione di un’opportunità che appare di volta in volta politica o di mera ragionevolezza, “*officio iudicis per inquisitionem proceditur*” (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 3 ss.).

(29) Salva sempre, quando il giudice *intraprende* l’azione *sine accusatione alicuius*,

per il potere pubblico in un processo che pur conserva molti tratti della sua fisionomia originaria: ogni volta che vengono individuate buone ragioni 'pubbliche' da salvaguardare, il giudice potrà dire la sua, entrare nella partita, sostituirsi alla parte debole, inerte o assente, uscire se necessario per rientrare all'occorrenza; oppure cominciare lui prima di ogni altro, o avocare a sé l'intera funzione (accusa e inchiesta) se l'utile pubblico glielo suggerisce, conservando sempre e comunque il diritto di infliggere la pena.

3. *Istituzioni proattive e metamorfosi dell'accusa.*

L'escogitazione teorica, o se si vuole la via tecnica, o la base logica, per cui si arriva alla piena legittimazione del nuovo *dovere* per il giudice ("est officium iudicis", "iudex ex officio suo" ⁽³⁰⁾), sta nella scissione dell'interesse ad agire in due distinti versanti: uno che resta nella sfera della vittima, l'altro che si installa nella sfera del *commune civitatis*. Con la affermazione di un presupposto di mera creazione politica, sul quale tornerò anche più avanti, secondo il

la presenza di una qualche *notitia criminis*, di una *diffamatio* (nel senso in cui la designa Alberto nel *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 38), o almeno di *suspiciones* provenienti da *aliquot indicia*. « Advertendum autem est — scriverà ben più tardi ANGELO GAMBIGLIONI, *De maleficiis*, Lugduni, 1532, rubr. *Quod fama publica*, n. 4 — quod oportet quod diffamatio sive indicia praecedant, sine indicibus autem et sine suspicionibus praecedentibus et diffamatione, in criminali non potest ad aliquem actum iudex procedere, vel capturae, vel arrestationis personae, vel tormentorum, vel inquisitionis formationem ». Dottrina di origine canonistica risalente e comune, già dichiarata prima che da Alberto da Gandino, almeno dall'Ostiense, e dopo di lui ripetuta, tra gli altri, da Giovanni d'Andrea e da Antonio da Budrio.

⁽³⁰⁾ *Mero officio, arbitrio, autoritate, potestate, atque bailia*, è la sequenza terminologica con la quale Angelo Gambiglioni ci mostra l'approdo di questa dottrina che si avvia con Alberto da Gandino. Anzi, Angelo — riferendosi alle prassi arbitrarie del suo primo Quattrocento — aggiunge che quelle parole (sono *verba importantia arbitrium*: vedine il valore in M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998, p. 78 ss.), come anche le espressioni *de necessitate, et utilitate, et cum ministerio* « sunt multum utilia apponi in inquisitione: nam per talia verba apposita in inquisitione non est necesse quod praecedat diffamatio » (ANGELO GAMBIGLIONI, *De maleficiis*, cit., rubr. *Mero officio*, n. 1).

quale “omnis delinquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit”⁽³¹⁾.

Questa dimensione pubblica del penale coesiste — prima conflittualmente, poi pacificamente, prima da posizioni minori, poi su base nettamente egemone — con procedure di giustizia ‘a conduzione privata’, impiegate sulla transazione e sulle paci, rese in un certo modo, a loro volta, pubbliche, dal fatto di essere (almeno in prima fase) incoraggiate dalle autorità politiche e — se si può dire — ‘costituzionalizzate’ (perché riconosciute e disciplinate) dagli statuti⁽³²⁾.

L’evoluzione che ne deriva ha effetti anche sul versante *sostanziale* dell’apparato penale. Il sistema dell’incriminazione viene progressivamente investito dalla pubblicizzazione dell’interesse a reagire ad un numero crescente di reati che a loro volta — in riferimento alla classica distinzione romanistica tra *crimina* e *delicta* — sempre più si pubblicizzano.

La *pena*, intesa quale segno per eccellenza della pubblicizzazione del sistema — pegno del *bonum commune* — cresce progressivamente di peso, importanza e frequenza, lungo tutto il XIII secolo (bandi⁽³³⁾ e confische, sopra tutto), connettendosi a due ulteriori fenomeni, anch’essi riconducibili all’emergenza politica che caratterizza le città in crisi di legalità e di autorità:

a) il primo è rappresentato dalla *proattività* degli apparati di giustizia, che sempre meno si limitano a *reagire* a ciò che succede e sempre più *agiscono* per garantire ordine pubblico e *pax civitatis*. Che il potere pubblico *prenda l’iniziativa* nelle questioni che riguardano la legge e l’ordine appare sempre più naturale, perché sempre più la cosa sembra necessaria, e sempre più sarà ritenuta doverosa. Si realizza nella mentalità comune quella coincidenza tra l’interesse

(31) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 194.

(32) Per tutti, A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel diritto lombardo*, cit., e M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., spc p. 99 ss.

(33) “Eiectio a bono publico” avrebbe definito la *bannitio* Franciscus a Lignamine, padovano, sulla scorta di Nicola Materelli “...quia per bannitionem separatur bannitus a bono publico [...] ita ut gaudere non debeat auxilio et honoribus reipublicae” (*Consilium* 45, nn. 7-10, in *Consiliorum seu responsorum in causis criminalibus* [...] tomus secundus, ed. G.B. Zilletti, Venetiis, 1571).

della città ed il dovere dei suoi governanti che costituirà uno dei fondamenti 'contrattuali' del potere signorile e la condizione legittimante della progressiva *absolutio* di quel potere ⁽³⁴⁾: chi assicura beni supremi come la giustizia e l'ordine deve essere meno che si può condizionato, invischiato, sindacato. Ed è in questa crescente inclinazione verso un'attitudine proattiva della giustizia penale che va probabilmente collocata la funzione espansiva assegnata alla *fama* ⁽³⁵⁾, come occasione di dare impulso all'azione repressiva.

b) il secondo sta nella commistione di pratiche riconducibili all'*accusatio* ed all'*inquisitio* nell'attività *ex officio* delle magistrature penali, che pur si lascia fiancheggiare dal 'sistema della transazione'. Ne nasce un processo di fatto, progressivamente modificato da *consuetudines* che paiono piuttosto *usus curiae*, condizionate dagli statuti, ma a loro volta capaci di condizionare gli statuti, perché producono sentenze che spesso scivolano nel *corpus* delle norme cittadine, trasformando in regole stabili alcune cruciali decisioni giudiziarie. *Accusatio* ed *inquisitio* non sono infatti due maniere alternative di impostare il processo, tali da connotare separatamente due forme processuali opposte (l'accusatorio e l'inquisitorio, secondo una fraseologia spicciativa, e ormai fuorviante), ma sembrano corrispondere a stati del procedimento, o a sue fasi ⁽³⁶⁾, che diversamente si combinano in adesione alla dinamica propria di ciascun caso processuale.

La procedura che ne consegue ci si presenta mista: qualificata in

⁽³⁴⁾ Il riferimento va all'ordine di idee stabilito nelle ormai classiche riflessioni di G. CHITOLINI, *La crisi delle libertà comunali e le origini dello Stato territoriale*, in « Rivista Storica Italiana », LXXXII, 1970, pp. 99-120, ripubblicato in ID., *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino, 1979, pp. 3-35.

⁽³⁵⁾ “denunciante fama, potete leggere nel canone 8 del Quarto Concilio Lateranense — scrive S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 48 —, che è pure la decretale X. 5, 1, 24.....”. Sulla nozione di *fama* in questo torno di tempo ha scritto F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, 1985, pp. 58-65, il quale però, nell'esaminare lo *Speculum* di Guglielmo Durante ed il *Tractatus de maleficiis* di Alberto di Gandino, si sofferma sul valore della *fama* come 'attributo' e sul suo peso in ambito probatorio, sfiorando appena il suo possibile ruolo di *origo inquisitionis*.

⁽³⁶⁾ Così, a partire dai capitoli 463, 298, 327 dello Statuto di Perugia del 1279, S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., pp. 41-42.

modo crescente dall'espansione della funzione inquirente ⁽³⁷⁾, ma tuttavia condizionata dal comportamento anche extraprocessuale delle parti implicate. La commistione viene dai fatti. In dottrina, Guido da Suzzara, Guglielmo Durante, Martino da Fano, Alberto da Gandino o Dino del Mugello ⁽³⁸⁾ insistono, come era giusto ed inevitabile, a considerare l'*accusatio* come la forma regolare per impiantare un normale processo (penale) *de iure civili*; e considerano l'eventualità di *cognoscere per inquisitionem* come uno *speciale*, soggetto a condizioni, eventuale, e circoscritto ad ipotesi tassative. Di lì si entrerà nella logica dell'*arbitrium* che potrà essere concesso al giudice in deroga all'*ordo iuris* ⁽³⁹⁾. Mentre è nell'effettività delle pratiche, quelle *de facto* e quelle che nascono dall'emersione (interpretativa) di nuovi versanti dell'*accusatio*, che si fa strada in concreto il processo 'misto'.

La pratica vuol dire il giudice, che vuol dire l'autorità politica. È quindi la figura del giudice (proattivo, ma condizionato nell'azione; che tende a rendersi protagonista primario, ma fa fatica a sciogliersi da prassi che vengono da un'altra tradizione) a presentarsi, negli ultimi decenni del secolo, come figura cruciale della pubblicizzazione del penale.

Molto passa per la trasformazione dell'*accusatio*. Da atto tipico dell'offeso che muove l'azione giudiziaria, l'*accusatio* tende a farsi l'equivalente di un atto processuale qualificato, realizzabile da soggetti diversi, che si può inquadrare nel metodo della *positio* ⁽⁴⁰⁾: è

⁽³⁷⁾ O, se vogliamo, dal correlativo arretramento del modello accusatorio 'puro', come attestato nella pratica: cfr. P. FIORELLI, *Accusa e sistema accusatorio*, in « Enciclopedia del diritto », Milano, 1958, I, p. 333.

⁽³⁸⁾ I nomi mi vengono dal *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino: o perché ricordati in adesione o per rinvio da Alberto che scrive, o perché la *quaestio* relativa porta la sigla di uno di loro.

⁽³⁹⁾ Su questo aspetto si vedano le pertinenti osservazioni di M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., spc p. 280 ss.

⁽⁴⁰⁾ « Positiones succedunt in locum probationum » dicevano comunemente i giuristi che se ne occuparono tra XII e XIV secolo (se ne veda un lungo elenco in U. NICOLINI, *Martino da Fano e i trattati « De positionibus » a lui attribuiti* (1935), ora con questo titolo in *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, 1983, pp. 54-56). Come è noto, la loro logica stava nell'affermazione (in forma di *positio*) di un fatto, di una *qualitas*, di una *ratio* o di un motivo, alla quale affermazione l'altra parte avrebbe replicato, considerandosi contestate le *positiones* condotte in negativa; confessate, e con ciò

accusatio quella della vittima che chiede giustizia per sé, così come corrisponde al formato dell'*accusatio* il passo del giudice che muove a fare giustizia in nome della *civitas* offesa dall'atto criminale, quando la vittima non lo fa, o quando non è previsto ⁽⁴¹⁾, o non è necessario ⁽⁴²⁾, che lo faccia; vi equivale la *denunciatio* ⁽⁴³⁾, e vi equivale ogni genere di *notitia criminis* 'vestita', per così dire, con una richiesta di sanzione o risarcimento; come anche la risposta (*contra positio*) dell'accusato che adduca, in termini, provocazioni o scusanti, alla quale si può paragonare l'*exceptio*, che pure dà vita ad un procedimento *sui generis* ⁽⁴⁴⁾; vi corrispondono quelle azioni di allertamento della giustizia pubblica che il penale più maturo avrebbe distinto in querele, denunce, delazioni, indicazioni o re-ferti ⁽⁴⁵⁾; e dal momento che potrebbe costituire legittimo argo-

acquisite, quelle ammesse o passate sotto silenzio. La sequenza e l'intreccio di *intentiones*, *interrogationes*, *questiones* e *depositiones testium*, trasportate in *criminalibus*, risponde a questo nucleo fondamentale del processo formalizzato.

⁽⁴¹⁾ E sono i casi in cui si procede senz'altro *per inquisitionem*. Vedili più avanti.

⁽⁴²⁾ Ed è il caso del *crimen notorium*, per il quale — se alcune condizioni concorrono — “nec requiritur actor vel denunciator, nec datur libellus, nec lis contestatur, nec iuratur de calumnia vel de veritate dicenda, nec requiruntur testes nec aliqua probatio: *immo tunc ordinem iudiciorum non servare est secundum ordinem iuris procedere*”. Il diritto prima di tutto, e con il diritto le sue *rationes*, la logica delle cose, la ragionevolezza: criteri che ispirano la pratica e che le danno il potere di procedere *extra ordinem* oppure, aderendo all'*observantia*, come si è visto, di battere strade *quamvis contra ius civile*: ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficio cognoscitur, quando crimen est notorium*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 100 ss. Il brano citato è a p. 103.

⁽⁴³⁾ Nel caso della *denunciatio* si può anche determinare una separazione tra chi si pone all'origine dell'azione e chi poi sostiene l'accusa in corso di giudizio. Di regola, ad una *denunciatio* fa seguito un'*inquisitio* (GUILLAUME DURAND, *Speculum iudiciale*, Lugduni, 1539, *De inquisitione*, proemio), onde la possibilità che il processo vada avanti senza che chi l'ha fatto partire venga « sottoposto ai vincoli ed agli oneri previsti nel modello della *accusatio* » (M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 284).

⁽⁴⁴⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per exceptionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 48-51. Il procedimento *per exceptionem* parte da forme di *reaccusatio* nei confronti dell'accusatore, ricusazione o confutazione di testi, contestazione di prove false o sospette e serve principalmente a rintuzzare accuse o mezzi di accusa, al fine di evitare la pena.

⁽⁴⁵⁾ La dottrina più tarda converrà, grosso modo, sul fatto che *querelante* è

mento per surrogare *publice* un avente diritto inerte, anche la *fama*, corredata di precisazioni e cautele ⁽⁴⁶⁾, è assunta come una forma di implicita o corale *accusatio*, capace di mettere in moto il giudice. Tutte queste forme che l'accusa può assumere legittimano un processo mosso dal giudice ed avviato con un' *inquisitio generalis*, per un numero crescente di reati; ferma restando la classica possibilità che l'*accusatio* mantenga la sua figura tradizionale, sia mossa *regulariter et cum libello inscriptionis* ⁽⁴⁷⁾ da un privato, conducendo così all'apertura di un processo *secundum ius civile*, che però potrebbe anch'esso conoscere, nel prosieguo, fasi di inchiesta decise o guidate dal potere pubblico.

Ben si vede come il giudice muti il suo ruolo in ragione dello slittamento di senso e di funzione che investe l'*accusatio*. Dall'ufficio di arbitro, terzo e passivo, che gli toccava nel vecchio *actus trium personarum*, egli passa a quello di *parte*, conservando però le prerogative del giudice, che ha con sé *ab origine* i due non piccoli poteri di condurre e di decidere: può così aggiungere ai suoi compiti quello di 'concorrere' con le parti nell'apertura del processo, nella sua prosecuzione, nella sua chiusura.

Sono i primi passi di un non breve cammino. Sul lungo periodo, la metamorfosi dell'*accusatio* ed il giudice che si fa anche parte,

l'offeso che accusa per ottenere riparazione; *denunziante* è il privato mosso da desiderio di giustizia, che però non starà in giudizio come accusatore; *delatore* è chi denuncia per conseguire il vantaggio promesso dall'autorità pubblica; *indice* è il complice che rivela in capo ai correi per ottenere impunità; *referente* è chi porta al giudice notizie di reato perché investito, in qualità di *officialis*, di compiti e doveri di sorveglianza.

⁽⁴⁶⁾ « Iure canonico — precisa Alberto — de quolibet maleficio inquiritur et cognoscitur si iam interveniant omnia, que sequuntur, et non aliter regulariter. In primis enim est necessarium, quod ille, contra quem inquiritur, sit infamatus de illo crimine, id est sit publica vox et fama, quod sit culpabilis. Secundo, quod ille sit subditus, de quo est illa talis infamia. Tertio, quod ad aures iudicis pervenerit illa talis infamia. Quarto, quod non semel tantum, sed pluries. Quinto, quod non pervenerit a malevolis, sed a providis et discretis. Sexto, quod non causa malitie, sed zelo iustitie talis infamia de aliquo predicetur » (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 38).

⁽⁴⁷⁾ Secondo il dominio dei formulari, che traducono in forme stereotipate fattispecie e circostanze. Esempi bolognesi dell'influenza dei formulari e della logica delle registrazioni nella documentazione processuale in M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 752 ss.

innescheranno un processo del tutto diverso dall'originario, conducendo ad effetti di trasfigurazione che, guardati con occhio attento, appariranno francamente paradossali (48).

4. *La 'Compulsio ad accusandum' e le ragioni della pena pubblica.*

Le opportunità offerte alla pubblicizzazione del penale dall'evoluzione dell'*accusatio*, avviata su base interpretativa e sostenuta con argomenti politici, pragmatici, ma anche tecnici, si incorporano ad uno zoccolo normativo che prevedeva già una serie di casi in cui il giudice avrebbe dovuto procedere *de iure, ex officio*, e quel che più conta *per inquisitionem*. Nella esposizione di Alberto da Gandino, si tratta dei casi, ai quali ho già avuto modo di accennare, elencati in modo che sembra tassativo, al punto 3 della rubrica *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, e poi ripetuti al punto 3 della rubrica *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitio-*

(48) Come ho già avuto modo di scrivere ad altro proposito (M. SBRICCOLI, *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 C. Paravicini Bagliani, Palermo, 1991, p. 23), la frattura del monopolio privato dell'accusa che in quella fase si realizza, ridurrà progressivamente le 'tre persone' del rito originario a due soltanto: il giudice (che assumerà anche la parte dell'accusatore) e l'accusato. Il peso della vittima, prima determinante ai fini dell'azione e della conduzione del processo, diminuisce progressivamente a vantaggio di quello dell'accusa, che agisce teoricamente (anche) in suo nome, ma che muovendo da un interesse collettivo astratto e di pura produzione politica, finirà per riferirsi sempre più a se stessa. L'accusa, come sappiamo, dilaterà enormemente il suo ruolo. Assumerà crescenti poteri di indagine privilegiati ed armati, disegnerà un gioco processuale fatto su misura per sé, dilaterà fino al possibile l'asimmetria del processo e, al momento della decisione, smetterà i panni della 'parte' per vestire quelli del giudice. Tutto questo non bastando, la garanzia del risultato verrà cercata incrementando l'uso della tortura come mezzo di 'invenzione' della prova. La pratica della tortura, possiamo aggiungere, ridurrà ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Costretto violentemente, l'imputato si farà accusatore di se stesso, finendo per assumere il punto di vista dell'inquirente, che sarà anche il suo giudice. Il remoto *actus trium personarum*, interamente tramutato, si convertirà in quel caso nell'azione unitaria di una forza sola. Quel che resterà dell'accusato che accusa se stesso, scrivevo, è soltanto il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, per farlo soccombere e perderlo.

nem (49). Ciò che si è detto, scrive il giurista di Crema (50), a proposito del fatto che non si può condannare qualcuno se nessuno lo accusa, e che in assenza di un'accusa non si può procedere alla *criminis cognitio*, non vale in qualche caso speciale. Sono i casi in cui bisogna agire *officio iudicis, per inquisitionem* (51).

Tuttavia, anche al di fuori di quei casi, aggiunge Alberto, può succedere che il giudice si veda necessitato ad aggirare in qualche maniera la sua impossibilità di agire *ex iure*, al fine di compensare l'inerzia non ammissibile dell'*entourage* della vittima. Pur non disponendo di reali poteri di sostituzione, egli può infatti realizzare una diversa e materiale sintesi tra il procedimento *ex accusatione* e quello che nascerebbe dalla sua propria iniziativa d'ufficio: un nuovo livello di quella che abbiamo indicato, più sopra, come una commistione di pratiche riconducibili all'*accusatio* ed all'*inquisitio* nell'attività *ex officio* delle magistrature penali. Si tratta di "compellere ad accusandum".

Scriva dunque Alberto:

Sed pone quod Titius interfecit aliquem; heredes illius mortui timebant hunc Titium accusare propter eius potentiam.

Modo queritur numquid Potestas possit compellere illos heredes, quod accusent istum Titium, cum hoc sit, quod Potestas de illo maleficio non possit inquirere ex eo, quod hic casus non est de casibus in quibus possit inquirere.

Videtur quod possit:

(49) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 3-5 e p. 36.

(50) Albertus de Gandino de Crema, si designa il nostro nel proemio del *Tractatus de maleficiis*. È singolare che J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, pp. 107, 143, 163, lo muti di patria, indicandolo come Albert de Gand.

(51) *Ament meminisse periti*. Sono testi noti, più volte citati e discussi. Io richiamo qui l'elenco di questi casi speciali, così come viene ripetuto due volte, in due luoghi diversi, da Alberto da Gandino, e come è stato di recente ricompilato da E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 18: "quando dominus a familia sit occisus/quando accusator corruptus petit abolitionem/quando generaliter inquiretur contra malos homines/in crimine lenocinii/in crimine suspecti tutoris/in crimine sacrilegii/in falso teste/pro carta falsa/in calumnie crimine/quando aliqua sunt subtracta de hereditate adita cum beneficio inventarii/pro rebus naufragio amissis/quando malefactor confitetur de sociis, et tunc inquiretur contra eos/in crimine lese maiestatis / in notorio crimine/in crimine apostatarum/in crimine hereseos/in bonis damnatorum indagandis/in omni falso/quando infamatus deficit in probatione (a tali casi vanno aggiunti quelli accennati in D., 26, 3, 5, in D., 27, 9, 5, in D., 50, 70, 2, 1, e in Nov., 17, 8)".

Quia expedit rei publicae ne maleficia remaneant sine pena;

Item quia iudex debet curare ut provincia quam regit malis hominibus sit purgata;

Item propter tumultum et scandalum evitandum, alias conceditur quod alias non concederetur;

Item quia si istud homicidium non puniretur, esset res mali exempli;

Solutio: dic quod iudex bene faciet, si predictos heredes accusare compellat, quamvis hoc non sit bene lege expressum; et si timeatur de potentia dicti Titii, faciet Potestas eum dare bonam securitatem de non offendendo illum accusatorem ⁽⁵²⁾.

“Quamvis hoc non sit bene lege expressum”. Sta qui, soprattutto, la ragione tecnica della opposizione che all’idea di *compellere ad accusandum* fanno avvocati e giuristi, anche di fama, che si rendono conto del carattere dirompente di una simile facoltà concessa al giudice. Nella casistica portata alla luce da Vallerani ⁽⁵³⁾ troviamo un *consilium* di Bonagrazia Pascipovero e Antolino de’ Mazzolini, giuristi non mediocri, che negano che il giudice possa procedere *invito, vel non instante accusatore* (si tratta di un profilo che risolleverò più avanti), né *compellere accusatorem in accusatione procedere*, « cum nemo invitus agere vel accusare cogatur ». Come si vede, il richiamo è al diritto romano classico, ed al principio in forza del quale non si dà procedimento *nemine accusationem promovente*, ragion per cui il processo non può andare avanti, né orientarsi verso nuove direzioni o persone, se l’accusa originaria non viene coltivata o se essa non viene rinnovata quanto alle risultanze emergenti. I due sapientes negano anche la legittimazione del giudice, aggiungendo « non obstante arbitrio, si quidem habet dominus potestas, vel dictus iudex in dicto negotio ». La contestazione del potere *ex arbitrio* assume la valenza di un disconoscimento di *iurisdictio*, posto che l’*arbitrium procedendi* in ipotesi concesso (delegato) al giudice, viene trasferito “ad inferiores magistratus et iudices”, provenendo da coloro che “habent iurisdictionem et administrationem iure proprio”, in quanto “superiorem non recognoscentes” ⁽⁵⁴⁾. Il *consi-*

⁽⁵²⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 5.

⁽⁵³⁾ M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., pp. 775-76, nt.74.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 302 ss.

lium trae argomento “tam de iure communi quam ex forma statutorum et ordinamentorum comunis Bononie”, ma si pone in evidente controtendenza rispetto alla dottrina che sta facendosi dominante.

Come ho già avuto modo di dire, l'operazione di progressiva pubblicizzazione del penale si svolge per vie interpretative, e procede per successive approssimazioni della pratica, corroborate talora dalla recezione negli statuti delle città di principi affermati nelle sentenze, risultanti magari da *declarationes* di leggi che “non si esprimono bene”. È significativo, peraltro, che Alberto da Gandino, nel passo ricordato qui sopra, raccolga alcuni dei suoi *argumenta* dalla lettera o dallo spirito di quei *casus speciales* per i quali il giudice deve procedere *per inquisitionem*: una volta di più si vede come l'emersione del penale pubblico si realizzi sul terreno processuale, rafforzando il potere di iniziativa del giudice, dilatando il senso e la casistica stessa dell'*accusatio*, o escogitando inediti istituti del genere “compulsio ad accusandum”, che consentono di rimanere dentro *l'ordo iudiciarius* consueto, salvano lo schema accusatorio, ma sono il puro risultato della proattività politica del giudice.

I motivi dichiarati, infatti, hanno forma giuridica, trovano tutti un solido ancoraggio nelle fonti romane, ma il loro valore è puramente politico, come è politica l'origine della loro forza argomentativa. Così è per la necessità che chi governa liberi la città dai malfattori, per l'importanza accordata all'esigenza di evitare tumulti e scandali ⁽⁵⁵⁾, per l'oggettiva istigazione a mettersi sulla via dell'illegalità che verrebbe data ai male intenzionati. Quanto poi all'interesse del *commune civitatis* a che i crimini non restino impuniti — sul quale si insiste invariabilmente da quasi un secolo — credo si possa dire che siamo in presenza del principale vettore argomentativo della *egemonia della pena* nel campo della gestione dei conflitti che mettono a rischio l'ordine pubblico o la *concordia civium*. La pena (pubblica) deve infatti farsi strada in un sistema di 'giustizia'

⁽⁵⁵⁾ *Scandalum*, in questo contesto, altro non è che l'indignazione per l'impunità dell'omicida, lo sdegno morale davanti ad un caso di evidente ingiustizia, con il temuto seguito di *ludibrium legis* da parte dei malfattori e di sfiducia degli onesti nell'autorità, nella giustizia e nelle leggi.

per così dire diffusa e articolata, che non passa se non occasionalmente per il Palazzo e che fin dall'origine del Comune è stata sostanzialmente praticata al di fuori delle logiche e delle procedure pubbliche.

In un quadro caratterizzato dallo scontro tra interessi di privati e famiglie, o tra utile 'generale' ed 'altri' utili, la giustizia è stata parimenti realizzata dalla *vendetta* o dalla *rappresaglia*, dalla *transazione* o dalla *pace*, e solo in ultima istanza, o in mancanza d'altro, dalla *pena*. Anzi, nella logica tipica di una *face to face society*, quale certamente era la società cittadina di cui ci stiamo occupando, quelle soluzioni sono state variamente strumentalizzate all'interno delle strategie di soddisfazione di vittime e autori, giocate in sequenza, usate come componenti di disegni più vasti. Capita spesso che le vittime conoscano gli autori, che tutti sappiano come stanno le cose e come i fatti sono andati, e che siano i rapporti di potere a stabilire il segno e l'esito della giustizia che si realizza. È così che la *soddisfazione*, fatidico punto nodale dell'intera storia della giustizia penale, va ad occupare il centro della scena: può essere morale, economica, virtuale; può venire da una vendetta o da un risarcimento, da una rappresaglia o da una umiliazione del colpevole, da una mediazione altrui o, paradossalmente, dalla coscienza di una assoluta impotenza, inflitta da una irresistibile intimidazione.

Come ho già avuto modo di ricordare, il ricorso alla giustizia pubblica può essere, in questa dinamica, una forma di pressione per conseguire condizioni migliori nelle trattative, un passaggio temporaneo dentro un negoziato più ampio (perché nella procedura pubblica si può entrare, starci per un po', e poi uscire), una specie di avvertimento per avere *altrimenti* soddisfazione, o l'estrema ratio per chi non ha possibilità di battere altre strade. È da questa realtà che la pena pubblica deve risalire: prima per guadagnarsi uno spazio in mezzo agli altri mezzi di soddisfazione, poi per prevalere su di essi, infine per farli scomparire restando la sola padrona del campo. È la storia del penale. La lunga e tormentata storia, lungi ancora dall'essersi conclusa, della fuoruscita dalla vendetta e dell'affrancamento dalla *soddisfazione*, sulla via delle regole, della garanzia, della giustizia efficace e imparziale.

5. *Inquisitio, transazioni e pena: i poteri del giudice diventano doveri.*

Quando Alberto da Gandino scrive il suo *Tractatus*, tra il 1286 ed il 1287, era giudice a Perugia. Gli statuti che applicava obbligavano già da tempo il Podestà, e quindi il suo *iudex*, ad *inquirere*, pur in assenza di accuse o denunce, per delitti che *de iure civili* sarebbero stati riservati all'iniziativa dei legittimati ad accusare. Così è infatti, nello statuto del 1279, che dà facoltà a Podestà e Capitano di « *facere inquisitionem secretam de omnibus maleficiis unde sanguis exiret* » ⁽⁵⁶⁾, e così è per altre funzioni collegate al mantenimento dell'ordine pubblico ed al *bonum statum* della città. Allo stesso modo, una serie di obblighi di denuncia che riguardano alcuni di coloro che svolgono pubbliche funzioni, ed anche i privati titolari di speciali licenze ⁽⁵⁷⁾, finiscono per configurare ulteriori occasioni di avvio di procedimenti *cum inquisitione*, su terreni tradizionalmente confidati alla decisione delle parti lese.

Come si vede, la *consuetudo* che Alberto scriveva di aver visto osservare, in forza della quale gli *iudices Potestatum* svolgevano indagini *de quolibet maleficio ex officio suo*, era partita così da lontano ed era stata così pacificamente praticata, da avere già avuto modo di consolidarsi, passando seppure *pro parte* negli Statuti perugini, entrati in vigore alquanto anni prima del suo arrivo in città.

Ma la commistione di accusa e inquisizione *dentro lo stesso giudizio*, aveva avuto a Perugia almeno un'altra ed ancora più risalente occasione di manifestarsi, a dimostrazione del rilievo che la figura del giudice aveva assunto già alla metà del secolo, nel quadro di quella valorizzazione politica della funzione giustizia che avrebbe consentito l'emersione di un sistema penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII.

Nella notte 10 gennaio 1258 cinque persone avevano aggredito, davanti a casa sua, Maffucio Benvegnati ⁽⁵⁸⁾. Il ferito denuncia

⁽⁵⁶⁾ *Statuto del Comune di Perugia del 1279*, edito da S. Caprioli, Perugia, 1996, Cap. 283, *Item dicimus*, p. 284.

⁽⁵⁷⁾ S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 43.

⁽⁵⁸⁾ Il caso di Maffucio Benvegnati, come ho già ricordato, è stato pubblicato e discusso, con l'aggiunta di schemi riassuntivi, da M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., pp. 89 ss, 127 ss.

immediatamente i suoi aggressori, facendone i nomi, e descrivendo i fatti, e *chiede al giudice di fare un'inquisizione*. Si tratta di un ferimento, di quelli che a Bologna, ancora anni dopo sarebbero stati designati come *insulta cum effusione sanguinis* e confidati, a quanto pare, alla burocratica, lenta ed inconcludente procedura dell'accusatorio: libello, *intentiones*, termini, fideiussioni, testimoni da produrre e garantire, allegazioni, difese, *positiones*: esito dispendioso e tuttavia lontano ed incerto.

Già nel 1258, invece, a Perugia ⁽⁵⁹⁾, si consente al giudice, su esplicita richiesta della parte offesa (ma nel prosieguo del giudizio egli farà a meno di richieste o autorizzazioni), di agire con poteri suoi e di prendere in mano il processo, senza limitarsi ad arbitrare soltanto.

Il giudice fa ricerche, interroga gli accusati, sente testimoni, mette insieme informazioni che Maffucio non possedeva. Mentre il giudice indaga, però, tra i parenti di Maffucio e l'*entourage* degli accusati, a giudicare dal comportamento degli interessati, *sembra sia nata una trattativa*. Sale dunque da questo caso, come si intuisce, un ulteriore problema teorico, di quelli che Alberto da Gandino solleva nel suo *Tractatus* quando si tratterà di comporre in punto di teoria e di argomentazione giuridica, l'interesse dei privati con l'interesse pubblico. Vedremo più avanti la sua risposta, ma fin d'ora ci accorgiamo, nel concreto di un caso reale, che una doppia partita si ingaggia dentro lo stesso perimetro dell'*actio iustitiae* (e non bisogna dimenticare che anche la transazione, o la tacitazione della vittima, sono maniere riconosciute di giustizia accettata). Da una parte, dunque, il giudice indaga, attento a quello che fanno gli

⁽⁵⁹⁾ Dalle ricerche perugine di Vallerani apprendiamo (p. 116) che in quella città vanno *ad inquisitionem* fattispecie di furto, casi di *insultum sine sanguine*, ed anche non specificate *inadempienze* che sarebbe forse difficile ricomprendere tra gli ordinari *maleficia*. Il processo iniziava dunque da un'accusa o magari da una denuncia (per Perugia: S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 42), per poi conoscere fasi governate dal giudice che indagava di suo, guidava, faceva avanzare o arrestava il procedimento, irrogava pene. Il fatto che il processo a prassi integrate fosse già così praticato nella Perugia del medio e tardo duecento, suggerisce l'opportunità di una riconsiderazione del valore e del peso dell'accusatorio classico nel sistema giustizia complessivo, in quella fase, ed a scala italiana. Specie poi in situazioni come quella bolognese per la quale l'indagine è stata spinta fin dentro il XIV.

interessati e pronto ad assecondare la parte lesa con provvedimenti che la facilitino, compreso quello di sospendere i suoi atti perché essa possa conseguire la sua soddisfazione; dall'altra, due gruppi familiari entrano in trattativa, ma devono fare i conti con la variabile giudiziaria pubblica che complica le cose e condiziona il loro comportamento, avendo l'aria, bisogna dire, di parteggiare per gli offesi: il che, se posso dire, mostra come quei giudici usassero tutta la tastiera di quella giustizia assai articolata, per arrivare comunque al risultato sperato, che era quello che gli offesi ottenessero la riparazione che cercavano. Poco dopo quegli anni avrebbero preteso, anche e senz'altro, la pena pubblica per gli offensori.

Il 13 gennaio Maffucio muore. Suo padre rinnova l'accusa (stavolta per omicidio) solo per tre dei cinque aggressori, lasciandoci pensare che gli altri due lo abbiano in qualche modo compensato o, perché no, che lui li considerasse incolpevoli (verranno assolti). I tre accusati (Burgolo Donadei, Filipucio Uguccioni, Bencivegna Bonagiunta) sono rapidamente interrogati e lasciati andare sotto cauzione fideiussoria.

Nelle more, quel giudice fa, per così dire, politica. Diffida i fratelli di Maffucio dal compiere atti di ritorsione sugli accusati, per evitare disordini, e mostrando di ritenere che mentre una trattativa può affiancare un'*inquisitio*, la vendetta non ha nessuno spazio per convivere con la giustizia pubblica. Infligge una pena pecuniaria agli accusati che non si sono presentati a palazzo per rispondere del ferimento, mostrando di aver compreso il senso profondo dell'*inquisitio*, che sta nel fatto che il giudice assume le redini processuali togliendole alle parti. È così che il processo sposta il suo *focus* e che il sistema di giustizia si pubblicizza.

Nel frattempo vanno verosimilmente avanti le trattative, che conoscono probabilmente fasi di rottura, e quindi di scontro. Il 21 gennaio i fideiussori dei tre vengono accusati di aver insidiato di notte Benvegnate, il padre di Maffucio, ed un certo Ufreduccio: negano, ed in pratica controaccusano alludendo al fatto che Ufreduccio si appresterebbe a rendere (falsa) testimonianza contro di essi. Gli imputati vengono di nuovo citati, poi intimati di presentarsi entro un tempo certo. Burgolo e Bencivegna si rendono contumaci (si sono nascosti in città, o forse hanno lasciato Perugia) e vengono di nuovo condannati a pagare una somma considerevole.

Noi che conosciamo l'esito finale della vicenda, possiamo leggere i fatti alla luce del loro approdo. È del tutto verosimile che aggressioni notturne e contumacia, falsi testi fatti balenare e multe irrogate dal giudice, siano elementi di trattativa drammatizzati dalla presenza di un'*inquisitio* aperta. Quello che vediamo è un processo che è nei fatti complesso e allargato, con un proscenio ed un dietro le quinte, con atti palesi che potremmo anche interpretare come la risposta dissimulata a mosse che non ci sono note, e con atti occulti che probabilmente rispondono ai palesi o tentano di prefigurarli e prevenirli.

Filipucio, uno dei tre, dissocia il suo destino da quello degli altri due. Si presenta in giudizio, non ammette alcuna sua responsabilità, si rimette al giudizio quale che sarà e si impegna col Podestà a stare in casa senza uscirne. La sua posizione resta incerta. Si direbbe che abbia trovato un accordo con i Benvegnati e che il giudice lo tenga in sospenso: non lo punisce perché (ipotizzo) ha pagato, ma non lo lascia andare finché non ha risolto l'intero caso (la posizione di Burgolo e Bencivegna), dal momento che dimettendo Filipucio, che era stato visto commettere il delitto da testimoni attendibili, si rischierebbe di compromettere l'esito dell'*inquisitio* in capo agli altri due.

La pressione continua. Il 12 febbraio vengono condannati al pagamento della fideiussione i garanti dei contumaci Burgolo e Bencivegna e finalmente Benvegnate, il padre di Maffucio, decide di passare al quarto e supremo livello probatorio del processo penale perugino ⁽⁶⁰⁾, chiamando Filipucio (l'unico accusato sotto mano) a *sostenere con lui la 'pugna'*, il duello giudiziario previsto dagli statuti di Perugia per risolvere i casi che non sembrano altrimenti risolvibili. La mossa sembra conseguire lo scopo. Un paio di mesi dopo, il 5 aprile del 1258, Benvegnate si presenta nel Pallacium Communis e

⁽⁶⁰⁾ Il primo è la confessione, il secondo la *convictio per testes*, il terzo è il giuramento dell'accusato (ma l'avversario lo può vanificare dicendo 'quod sit periurus'), il quarto è la *pugna*. Prevista al cap. 283 degli Statuti perugini (quindi c'era ancora vent'anni dopo, nel 1279, e sarebbe restata per molto tempo ancora), la *pugna* è concepita (anche) come mezzo di estrema difesa per l'accusato che neghi, che non sia travolto dalle testimonianze, che abbia giurato la sua innocenza. La decidono Podestà e Capitano, per mezzo del loro giudice, e non si dà ricorso al Consiglio per deliberazioni speciali. Si svolge 'per pugilem', ed il suo esito è la sentenza (« Si vero constabit aliquem per suam confessionem, vel per testes *aut per pugnam*, fecisse homicidium, substineat penam [...] de maleficio homicidii »).

dichiara al giudice che Filipucio non ha colpe, che la *pugna* non si farà, che *rinuncia ad ogni pretesa*. Il processo torna per un momento alla sua dinamica ‘accusatoria’ ed il giudice, visto che l’accusa rinuncia, lo *chiude definitivamente*.

Gli insegnamenti che vengono da questo caso esemplare per rilievo del crimine, comportamento (e rango) delle parti, condotta del giudice e questioni tecniche sollevate, sono molti e significativi. Avendolo già commentato man mano che ne riassumevo l’andamento, posso isolare due questioni. Una, a mio giudizio risolta, è quella dell’esercizio di un processo ‘nuovo’, che parte con un’*accusatio*, ma non è accusatorio, prosegue con *inquisitiones*, ma a fatica si direbbe ‘inquisitorio’, tiene conto di quanto avviene ‘là fuori’, senza perdere la sua presa sul fatto e sui protagonisti, si chiude — diremmo oggi — con un’archiviazione, che però nasconde una (adeguata?) soddisfazione per la vittima del delitto ed una ‘penalità’, probabilmente pecuniaria, per i colpevoli di esso. Una sentenza impropria, si direbbe, affidata a rapporti di forza che il giudizio pubblico ha contribuito a far gravitare a vantaggio di chi chiedeva giustizia.

L’altra questione resta aperta, ed è quella che sta nelle seguenti domande: ma se le parti si accordano, il giudice deve prenderne atto fino al punto di chiudere ed archiviare? La soddisfazione della vittima, comunque raggiunta, è veramente il solo scopo di un sistema di giustizia ormai assunto interamente dal *commune civitatis*? Un clamoroso caso di omicidio, dentro una realtà di conflitti cittadini che mettono a continuo rischio la *pax* dell’intera città, è veramente e soltanto affare dei privati che l’hanno commesso e subito?

6. *Offendit rem publicam civitatis. Il formato penale dell’accusa.*

Torniamo dunque ad Alberto da Gandino. Nei trent’anni che lo separano, mentre scrive, dal caso di Maffucio Benvegnati, le cose si sono notevolmente evolute, e non solo a Perugia. Sono stati anni di scontri politici assai aspri in molte realtà cittadine italiane: anni in cui l’ordine penale è venuto assumendo una sua necessaria centralità, come inevitabilmente accade ogni volta che il conflitto investe le istituzioni e le regole vengono di conseguenza riformate, o sottoposte a torsioni, e, nel vivo dei contrasti, piegate a misura di quelle. È così — se posso generalizzare — che le città hanno preso più viva coscienza

del rilievo della giustizia e dei loro compiti nell'assicurarla (o delle loro possibilità di metterla a frutto), i giudici hanno adottato pratiche ed imposto 'consuetudines', i giuristi hanno affinato argomenti.

Sed pone homicidam habuisse ab heredibus pacem occisi. Numquid per Potestatem poterit puniri, non obstante pace predicta?

Et videtur quod sic:

Quia ius acquisitum, communi pactione privatorum nec tolli nec mutari potest;

Item quia maleficia non debent impunita manere;

[...] secundum opiniones communiter aliorum [*contra opinionem Guidonis de Suzaria*] dic quod sive super illo crimine possit transigi sive non, quod illa transactio sive pax non impediatur condemnationem super eo faciendam per potestatem, sive sit statutum sive non, et ita de consuetudine observatur, et hoc illa ratione *quia omnis delinquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit* [l. locatio, § quod illicite, ff. de publicanis et vectigalibus et commissis ⁽⁶¹⁾].

Unde remittendo quis iniuriam suam non propterea remittitur iniuria communis et publica. Et ita sentit dominus Dynus [de Muxello] et determinavit Bononie [*metà del secolo XIII*].

Dic quod iniuria non tollitur quantum ad ius, quod est acquisitum communi, ut patet ex iuribus supra proxime notatis. Hoc est quando pro iniuria *agitur criminaliter*, quod fieri potest. Nam eo casu pena, quae debet imponi, applicanda est fisco.

Si autem civiliter agitur, tunc dissimulatione iniuria tollitur, nisi statim dixisset illam iniuriam ad animum revocasse. Nam eo casu non tollitur nuda voluntate, sed verbis expressis vel pacto ⁽⁶²⁾.

Il testo di Alberto è il punto di approdo di un lungo processo articolato che realizza una sintesi tra: i principi del diritto romano, le attività giudiziarie di Podestà e Capitani che governano le città, le norme statutarie, spesso formate — specie nel penale casistico — dallo slittamento nello statuto di dispositivi e motivazioni di sentenze pronunciate per casi esemplari o tecnicamente cruciali.

Un valore primario nelle strategie politiche della città resta quello della concordia, tanto più quanto più il potere fa riferimento alle famiglie egemoni. Il bene politico corrispondente è l'ordine pubblico, che riposa sulla pace tra le famiglie, le fazioni, i singoli cittadini. Ma accanto al bene del 'transigere', strumento della *pax*, sta il bene della giustizia, strumento del buon ordine cittadino: i

⁽⁶¹⁾ Trascritto con errori da H.Kantorowicz.

⁽⁶²⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 193-95.

crimini non restino impuniti, e non si impedisca al giudice di compiere l'opera sua.

Il ragionamento di Alberto, che valorizza la *pax* sotto il profilo della sua valenza risarcitoria (è bene che ci siano le paci, non solo per la città, ma anche perché alle vittime venga ristorato il danno subito), si snoda lungo un percorso che passa innanzitutto per alcuni principi riferibili alla logica del diritto civile. Si tratta dell'autonomia delle parti, e dei diritti di ciascuna di esse.

La premessa maggiore che mi pare di cogliere è quella di presumere senz'altro che la città sia parte in causa *in omni delicto*, perché anch'essa offesa dal *delinquens*, e che l'offesa subita crei in capo ad essa uno *ius acquisitum*, che non può esserle tolto, né può essere diminuito dalla *communis pactio* di altre parti implicate nello stesso negozio. L'autonomia di quelle parti va rispettata (*paciscant pro bono civitatis*), ma anche quella del *res publica civitatis* è un'autonomia da salvaguardare. Poi (e qui sta la premessa minore ma, se posso aggiungere, la massima finezza inventiva), una volta assicurato alla città il diritto di conseguire una *sua* soddisfazione, con un repentino spostamento di piano Alberto mette la *respublica civitatis* nella condizione di esigere una riparazione che essa stessa imporrà, affidandola ai suoi giudici, per mezzo del suo *iudicium*, dentro il suo sistema penale e con le sue leggi, attraverso la *condemnatio*: perché la *satisfactio* pretesa dalla città consiste nella irrogazione della pena. Quella stessa *civitas* che rivendica diritti secondo i principi dello *ius privatorum*, poi ne esige una sorta di *self enforcement* in termini di *ius publicum*.

Il giudice, dunque, non si arresterà in presenza di un accordo intervenuto tra l'uccisore e gli eredi del morto⁽⁶³⁾. La loro *pax* rileva soltanto tra di essi. Una parte (privata) è stata soddisfatta, in quanto la riconciliazione ha probabilmente dato origine ad un risarcimento o a qualche altra forma di soddisfazione per l'*entourage* della vittima:

(63) Già Dino del Mugello in una delle *Additiones super Digesto Novo*, l. *Hoc edicto*, § *Inde, De operis novi nuntiatione*, edita da G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 101, s'era pronunciato in questo senso con un « dico ergo quod remissio adversarii non impedit quin iudex procedat [...] quatenus enim ex pacto leditur ius publicum nullum est ».

questa è una buona cosa, in termini di giustizia e di pacifico stato della *civitas* (64).

Si pone però, in presenza di *transactio sive pax*, l'esigenza di far proseguire il giudizio, e la *ratio* di tale prosecuzione, dice Alberto, sta nel fatto che esiste un'altra parte lesa (pubblica) che aspetta di essere soddisfatta. Se il crimine di cui si tratta è di quelli 'intransigibili', la questione si fa piana: il giudice potrà senza ostacoli arrivare a pronunciare la *condemnatio*. Se invece quel crimine sopporta la *transactio*, e questa è intervenuta, e se di seguito a ciò "homicida habuit ab heredibus pacem occisi", allora statuto o non statuto, *de consuetudine observatur* che il giudice arrivi lo stesso ad emettere la sua condanna: vuoi per un principio generale, che è insieme morale, giuridico e politico, il quale vieta di lasciare impuniti i delitti; vuoi per la ragione che anche la *civitas* ha il diritto di conseguire la sua peculiare soddisfazione, essendo anch'essa parte lesa: e ciò perché tutti coloro che commettono un reato, oltre che le loro dirette vittime, offendono anche la *respublica civitatis* della città in cui delinquono.

A ben guardare, dunque, la pubblicizzazione del sistema penale, passata per l'azione *ex officio*, valorizzata dal potenziamento della funzione di acquisizione delle prove (*de omni crimine*) da parte degli *iudices Potestatum*, ha il suo fondante punto di appoggio nella 'personificazione', per così dire, della *respublica civitatis* e nella sua identificazione come parte offesa in occasione di un delitto.

La considerazione della *civitas* come soggetto giuridico, e quindi come titolare di diritti, provvista persino di una sua tipica forma 'maiestatica', non era nuova, ed era tutto sommato ovvia. Persuasivo, quindi, il ragionamento che la configurasse, all'occasione, come possibile parte lesa. Più complicato il compito di farla passare come *parte lesa in occasione di un delitto*, quando la parte lesa era visibilmente un'altra, e cioè la vittima in concreto. Perché il delitto esiste, ed ha senso, solo in presenza di un nesso materiale tra autore e vittima, ovvero di una lesione *ingiusta*, nascente da un'*iniuria*, nel quadro di un comportamento offensivo messo in atto da un soggetto

(64) « Nam pax est ad bonum et lenitatem » (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 193).

per determinare danno (con dolo) a carico di un altro, dentro una logica di causalità. Inserire in questa dinamica la *respublica civitatis* alla stregua di seconda parte offesa, quando la cosa non aveva alcuna materiale evidenza, implicava un formidabile sforzo di astrazione (65). Implicava, in buona sostanza, la dislocazione del penale su di un piano più alto, svincolandolo dal mero ruolo paraprivatistico tutto orientato sul danno e sul suo risarcimento, per assegnargli un vero compito ordinamentale. Un ordine penale pubblico in cui un diritto di punire si affiancasse ai diritti di rivalsa propri del privato: ripristinando con ciò la funzione classica dell'ordinamento punitivo, che è prima di tutto quella di *clipeus reipublicae*, come recitava il Codex, e solo in conseguenza di ciò, quella di *ultor uniuscuiusque civis*.

La dottrina lavorerà per ben più di un secolo ancora intorno all'emancipazione della dimensione penale dell'ordine giuridico, appoggiandosi alla prassi e sublimandola in teoria giuridica, attraverso un uso argomentativo di valori e principi (66). Il modello della persecuzione penale dell'alto criminale (crimini di infedeltà politica, latrocinii, crimini nefandi) scolorerà in basso, estendendo la legittimazione a colpire *criminaliter* anche ad altre numerose infrazioni olim transigibili, e ciò su di un duplice presupposto: la *disobbedienza*, risultato di una *infidelitas* che provoca l'offesa alla città, e la *turbativa dell'ordine* che comunque deriva dal delitto, sentito e definito come 'discordia civium'.

(65) Di 'astrazione formidabile' parlò, appunto Ludovico Zdekauer, a proposito del Comune di Siena, che nel *Liber census et liber memorialis offensarum* (il cosiddetto "Memoriale delle offese", del 1223-24) si rappresenta come *persona offesa* dalla inosservanza del *Constitutum senense de facto bladi*, da parte di alcune comunità del suo contado (ricordato in M. ASCHERI, *Statuti, legislazione e sovranità: il caso di Siena*, in G. CHITTOLINI, D. WILLOWEIT (a cura di), *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna, 1991, p. 151). Ma nel caso senese, l'offeso era proprio il Comune, e non "il Comune, in quanto era stato offeso qualcun altro".

(66) In questa direzione, e dentro questa metodica, starà ancora, per esempio, il *Tractatus de maleficiis* di Angelo Gambiglioni, pubblicato per la prima volta nel 1438. Solo la superiore dottrina penalistica cinquecentesca (Ippolito Marsili, prima di tutto, ma anche Claro, e poi il grande Deciani) riuscirà, grazie alla pienezza conseguita da un pensiero penalistico ormai maturo ed anche accademicamente legittimato, a rovesciare il rapporto con la prassi. Nel senso che dopo essersene nutrita per accreditarsi e crescere, la nutrirà a sua volta per conferire ad essa ordine e legittimazione.

Tutto su questo punto si costruisce, e su di un altro come dirò si appoggia, il caso giudiziario originato dal ferimento, seguito da morte, di una *domina Cecilia* abitante a Passignano, sul lago Trasimeno, avvenuto nell'aprile del 1287 ⁽⁶⁷⁾. L'omicida è Giacopuccio Dati che ha commesso il fatto di notte, con un coltello vietato ('magno, acuto, fraudoloso et malitioso') nella stessa casa dell'uccisa. Questione ordinaria, come tante. Se non che il Capitano del Popolo di Perugia apre un'*inquisitio* ('nemine accusante, nisi fama') contro Giacopuccio « ... et item contra communem et homines [...] dicte ville [...] pro eo quod non ceperunt dictum Iacopotium homicidam et [...] pro eo quod eum non duxerunt et non dederunt Potestati vel Capitaneo vel eorum iudicibus, secundum quod facere debent et tenentur secundum formam statutorum [...] communis et populi Perusii ».

C'è un'inosservanza degli statuti perugini ⁽⁶⁸⁾: disobbedienza, dunque, ed infedeltà, ma anche disordine e ostacolo alla giustizia. Questo è il punto di costruzione del processo alla comunità di Passignano che non ha catturato Giacopuccio, non l'ha neanche denunciato, ha lasciato trascorrere tempo e si è fatta sostituire dalla *fama* del fatto, giunta comunque a Perugia, seppure troppo tardi.

Il punto di appoggio è in tutta evidenza un altro: mentre Alberto da Gandino scrive (e qui il torno di tempo è proprio lo stesso) che ormai tutti i giudici dei podestà, di fatto e per prassi, 'de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo', a Perugia si era già stabilito da tempo un obbligo di denunciare e far perseguire (e quindi, per il giudice, di procedere) la cui violazione costituisce

⁽⁶⁷⁾ Il caso Giacopuccio, come ho già ricordato, è stato pubblicato da O. MARINELLI MARCACCI, *Liber inquisitionum del Capitano del Popolo di Perugia*, cit., pp. 34-44, e finemente commentato, sia pure sotto profili diversi (ma connessi) da quelli da me evocati nel presente passaggio del mio ragionamento, da S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., spc p. 38 ss.

⁽⁶⁸⁾ Il Cap. 327 dello *Statuto del Comune di Perugia del 1279*, cit., pp. 310-11, minaccia pene pecuniarie a quel « castrum vel villa, ubi factum fuerit homicidium, si non ceperint homicidam ». Più precisamente dice che « Si aliquis fuerit occisus in aliquo castro vel villa comitatus et districtus Perusii, homines illius castri vel ville, ubi factum fuit maleficum homicidii seu homicidium, teneantur capere homicidam vel homicidas, et ducere et dare potestati et capitaneo vel eorum iudicibus [...] Item homines castri vel ville teneantur predicta maleficia potestati et capitaneo denunciare, ad quartum vel intra quartum diem postquam maleficum fuerit commissum ».

reato o, diciamo meglio, comporta irrogazione di pena *applicanda fisco*. Si trattava di un omicidio, un reato dunque soggetto ordinariamente al procedimento *per accusationem*. Nell'inerzia degli interessati, o in loro assenza — si poteva dire — avrebbe potuto *concorrere* l'iniziativa pubblica, sempre per la nota ragione per cui non è bene che i delitti restino senza punizione. Invece lo statuto *obbliga* alla *sola* iniziativa pubblica, non fa parola di *accusationes* da parte dei *proximi* della vittima, impone *sub poena* di attivare la giustizia perugina, che consisterà nell'*inquisitio* di un giudice al quale l'autore deve essere consegnato. Qui, nella Perugia della seconda metà del secolo XIII, quanto agli omicidi ed agli altri *maleficia* ⁽⁶⁹⁾, le questioni della duplice via di accesso al processo penale, della scelta tra accusa e inchiesta, del potere del giudice o di quello della parte offesa, sembrano risolte ad esclusivo vantaggio di un iter inquisitorio necessario, impedendo o non favorendo il quale si cade nell'omissione punita di atti dovuti. La *respublica civitatis* qui ha preso forma concreta: non si tratta più di un'astrazione difficile da cogliere, ma di una realtà che sembra del tutto acquisita: i *maleficia* offendono la *civitas*, ed è per questo che i cittadini sono tenuti nei termini in cui lo statuto li obbliga.

Ma torniamo ad Alberto da Gandino ed alle sue riflessioni sulla *transactio* e sulla pena, sull'offesa alla vittima e su quella rivolta alla comunità. Il passo di Paolo ⁽⁷⁰⁾ sul quale Alberto appoggia i suoi sillogismi, sembra reggere bene l'*argumentum*. La coppia concettuale rappresentata nella *utilitas privatorum* da un lato, e nel *vigor publicae disciplinae* dall'altro, è più che sufficiente a sostenere l'esistenza di un soggetto offeso duplice e, quindi, la duplicità della

(69) Lo stesso Cap. 327 citato qui sopra, in fine, determina che « Si aliquod maleficium factum fuerit in civitate seu districtu Perusii, teneantur homines vicinantie vel contrate vel parochie, seu castri vel ville, concurrere ad rumorem et dare operam bona fide ad iuvandum offensos *et capiendo malefactores* ». Si tratta principalmente di un obbligo di soccorso, ma vi si insinua un principio di azione pubblica necessaria (il *malefactor captus* andrà consegnato ai giudici del Podestà o del Capitano), per tutti i *maleficia* che si commettersero a Perugia o nel suo contado.

(70) D.39.4.9.5: Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis iniuriam exolvitur. Per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.

soddisfazione che si invoca. Si inserisce dunque qui, nella commistione di una doppia e diversa domanda di 'risarcimento', l'ultima questione teorica insinuata nel complesso ragionamento di Alberto da Gandino: quella che riguarda il formato giuridico dell'accusa.

Se l'argomento della città offesa serviva a giustificare la necessità di procedere, da parte del giudice, anche in presenza di una transazione e di una *pax*, in ragione della necessità di pervenire alla pena per risarcire l'offesa subita dalla *respublica civitatis*, il duplice formato giuridico dell'azione serve a ribadire l'idea che quella *respublica* è attore legittimato ogni volta che si tratti di agire *ad vindictam publicam*. Rispetto ad una *iniuria* si può infatti agire *civiliter aut criminaliter*. Se si agisce *civiliter* si mantiene interamente la padronanza dell'azione promossa, che può essere revocata *dissimulatione* (cioè, nella *quaestio* gandiniana, tenendo un comportamento remissorio, che fa presumere obliterata l'offesa, in ragione di *acta subsequentia*), ovvero *verbis, vel pacto*.

La *quaestio* era posta nei termini: « Sed quid, si tibi feci iniuriam et postea bibisti et comedisti mecum? »⁽⁷¹⁾: se l'azione mossa dall'offeso in ordine a quell'*iniuria*, avesse assunto un formato civile, il suo comportamento susseguente avrebbe avuto il valore di una remissione *nuda voluntate*, perché il fatto di 'bibere et comedere' era di per sé in grado di rappresentare insieme perdono e rinuncia a qualsiasi rivalsa. Solo una dichiarata riserva in contrario avrebbe potuto lasciare in capo alla vittima il diritto di agire per un risarcimento 'in sede civile'.

Ma se l'azione avesse assunto un formato penale (cioè se l'offeso si fosse mosso *criminaliter, quod fieri potest*), allora si sarebbe implicata la funzione pubblica, perché nella logica criminale — fatti salvi gli aspetti risarcitori — quel che l'attore domanda è una pena, e la pena, *quae debet imponi, applicanda est fisco*. Il soggetto pubblico, così coinvolto, acquisisce un diritto non gestibile da altri che da lui, e certo non più avocabile (*non tollitur*) da parte di chi ha pur messo in moto il procedimento.

Due profili, dunque, uno a padronanza privata, l'altro a gestione

⁽⁷¹⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 194-95.

pubblica, entrambi finalizzati secondo una logica razionale e plausibile, che si completano in un disegno che mira ad armonizzare i fini passando attraverso una divisione dei compiti. Dall'interno di un interesse privato e particolare, emerge un profilo immateriale (oggi potremmo dire simbolico) che va a costituire la base del *publice interest* e del dovere pubblico — *l'officium* — che ne deriva. La violazione di diritto si separa dalla lesione del bene ed il bene leso si divarica secondo due distinte logiche che danno vita a due differenti aspetti: quello *materiale*, concretamente apprezzabile, che appartiene alla vittima, e che deve essere compensato; quello *immateriale*, politico, che appartiene alla *communitas* — o alla *civitas* — e che deve essere retribuito con la pena. Un'astrazione, come si vede. Il che accade ogni volta che il giuridico opera un salto di qualità, o si pone ad una decisiva svolta nella storia del suo progredire sulla via dell'adesione alle esigenze nuove delle società che crescono complicandosi. Un'astrazione risolve un problema politico nato dalla complessità, e lo fa 'costituendo' la base, ovvero il presupposto, della soluzione, in modo tale che essa — la soluzione — non potrà essere che giuridica.

Con un atto di mera creazione politica viene presupposta la *res publica civitatis* in quanto soggetto portatore di interessi che possono essere 'penalmente' lesi — il che vuol dire in larga misura 'astrattamente' lesi: *idest* in conseguenza di un mero atto di disobbedienza agli ordinamenti — e quindi puniti. Cosa che realizza, come ho già detto, un'ulteriore astrazione: quella di far riposare *nella pena per il reo* il risarcimento per la città.

Due equilibri vengono così ristabiliti in ordine a due offese. È il formato penale dell'accusa che consente di raggiungere questo risultato, fondando l'idea che seppure l'offesa riguarda un soggetto particolare, il potere-dovere di rispondere concerne la potestà pubblica, l'unica che possa/debba farsi carico di entrambi i profili dell'offesa, partendo dalla *violazione*, assunta come presupposto della lesione. Il formato penale al quale deve conformarsi l'accusa produce un rovesciamento del rapporto tra la violazione e il danno: bisogna ora riconoscere la violazione per riparare il danno, invece che verificare il danno (se c'è, se è stato indennizzato, composto, riparato, soddisfatto, oppure no) per poi procedere a punire la violazione.

La soluzione fisiologica di un conflitto da crimine sembra proprio la coesistenza di una *composizione* (con risarcimento) e di una pena pubblica: lo schema, in nuce, del moderno diritto penale e della logica del processo moderno.

BARTOLOMÉ CLAVERO

LES DOMAINES DE LA PROPRIÉTÉ, 1789-1814:
PROPIEDADES Y PROPIEDAD
EN EL LABORATORIO REVOLUCIONARIO

Dominium id est proprietas.

Dicho tradicional en base a los DIGESTA, 41, 1, 13.

Le droit de propriété ne peut exister que sur les choses. Tout pouvoir qu'un homme exerce sur d'autres hommes, au préjudice de leurs droits naturels, est une usurpation.

Guy-Jean-Baptiste TARGET, *Droits de l'Homme*, 1789, art. 18.

Considérant qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel que le législateur a entendu (que) les nationalisations (...) procéderaient (...) de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 16 enero 1982, cons. II.7.

1. AVANT LA RÉVOLUTION, LA PROPIEDAD COMO DOMINIO. — 1.I. Garantía de propiedades como reconocimiento de dominios. — 1.II. Propiedad de dominio como crédito. — 2. DANS LA RÉVOLUTION, LA PROPIEDAD COMO LIBERTAD. — 2.I. La propiedad como ley de libertad de las cosas. — 2.I.1. Agosto 1789/Septiembre 1791. — 2.I.2. Tras 1791 y resultado. — 2.II. La propiedad como constitución y código de libertad de las personas. — 2.II.1. Constitución entre garantía de propiedades y libertad de personas. — 2.II.2. Código entre libertad de personas y libertad de cosas. — 3. APRES LA RÉVOLUTION, EL DOMINIO DE LA PROPIEDAD. — 3.I. Constitución solapada: *la Loi et le Droit*. — 3.II. Definición imposible: *Code Napoléon*, 544. — 3.III. Retorno en falso: *Domaine de propriété*. — 3.IV. Final y principio: *Proprietas id est dominium*. — 4. PUNTO Y SEGUIDO, LÍNEA QUEBRADA. — 4.I. Historiografía y jurisprudencia. — 4.II. Propiedad y revolución. — 4.III. Libertad y propiedad.

Dudo que el derecho de propiedad, no digo la propiedad en bruto si tal cosa tuviera existencia, sea cuestión esencial de toda revolución, pero de lo que no me cabe la menor sospecha es de que no lo fuera de aquella que ha sido paradigmática para una historia contemporánea de raíz europea y radio más que europeo, para la

historia generada y presidida por la revolución francesa o por sus resultados. La propiedad como derecho es cuestión clave para ella y para sus secuaces, para las revoluciones que la toman o la siguen en el orden civil como modelo. Salvo esto, que no es ningún descubrimiento, se producen y abundan incertidumbres y perplejidades, comenzándose por el extremo primario del significado y la significación, la relevancia y el sentido, los alcances y las acepciones, de la palabra misma, *propriété*. Es signo todavía cifrado ⁽¹⁾.

Como tal, como cifra de todo un paradigma, voy a abordar el asunto de *la propriété* en la revolución francesa. No me ocupa en sí ahora la historia de Francia ni trayectoria otra ninguna, sino el prototipo francés y tampoco ningún otro modelo. Al objeto de un examen, análisis y diagnóstico, a tal propósito facultativo, me basta un material limitado y reunido ⁽²⁾. Pueden ser suficientes las manifestaciones normativas de declaraciones, constituciones, legislación y códigos. Guardo a mano y a la vista la bibliografía propia de materia tan jurídica y no, salvo incidentes, historiografía otra ninguna ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Debo la iniciativa de este trabajo a Salustiano DE DIOS y Javier INFANTE, quienes nos han congregado en la Universidad de Salamanca los días 3 a 6 de junio de 1998 para ocuparnos de *La historia de la propiedad en España (siglos XV-XX)*. De buen grado me hago cargo de la revolución española en lo que toca a tal derecho, el de propiedad, pero me quedo, al experimentar la carencia, en lo que debiera haber sido una mera nota aclaratoria de vocabulario francés en razón de una influencia notoriamente más que lingüística. Están previstas actas en las que se publicará una versión reducida con moraleja española. Mi trabajo extenso se lo ofrezco a Paolo GROSSI celebrando su investidura estos mismos días, el 26 de mayo, por la Universidad de Sevilla como doctor honorífico, pues maestro efectivo ya lo era y sigue siendo.

⁽²⁾ Principalmente, J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vols. 1-30, 1788-1830, París 1824-1831, más dos vols. de *Table générale, analytique et raisonnée des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, etc., depuis 1788 jusques et y compris 1830*, París 1834-1838; y P.A. FENET (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París 1827 (facsimil 1968). A falta de un acceso más directo a unas fuentes normativas y sin más contraste que una historiografía que le otorga también su confianza, no problematizo la solvencia de estas colecciones en la reproducción de materiales y en su selección, pues lo de completo en el caso de J.B. DUVERGIER sólo se refiere al registro y en el de P.A. FENET depende del alcance más o menos inmediato y continuo que se conceda al concepto entonces primerizo y siempre elástico de *trabajos preparatorios*.

⁽³⁾ Básicamente, como clásicos aún valiosos e incluso todavía insuperados como cuadro general el uno y como exposición específica el otro, Philippe SAGNAC, *La*

Resulta método cuya virtud habrá de acreditar el trabajo mismo. El pastel se prueba consumiéndolo; el experimento, ejecutándolo. Así es que procedo sin más preámbulo. El texto se ocupa de síntomas e indicios, de constataciones y reflexiones, mientras que las notas se hacen cargo de apoyos y cotejos, de operativos y perspectivas. Sólo en unas relativas conclusiones, en un *Punto y seguido*, punto no final, con esto último tan poco académico de unas expectativas cometo la debilidad de elevarlo a texto.

De entrada sólo anuncio objeto como objetivo. Trato del derecho formal y no de la propiedad material, del derecho a modo y no de la propiedad en bruto, porque la relación entre hombres y cosas, entre humanidad y naturaleza, es cultural. Pese en la materia propietaria hoy sobre todo, mas no tan sólo, a una historiografía económica sin sensibilidad para esta dimensión humana, media siempre la cultura y una cultura además varía en el pasado como en la actualidad. De tiempo pretérito voy a procurar que nos ocupemos, lo cual no tiene por qué implicar que vayamos a situarnos y permanecer de espaldas al presente. La misma historiografía, la propia representación actual y no pasada de la historia, nos atraerá continuamente a nuestro tiempo incluso aunque nos resistamos. Nos resistiremos cuanto podamos, pero ya también adelante que será inútilmente. Al final se producirá la capitulación. Por tratar no sólo la historiografía, sino también y ante todo la historia, por mirar entonces una cultura de ayer, por esto precisamente, vendremos a chocar con la de hoy, con aquella a la que pertenecemos ⁽⁴⁾.

législation civile et la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale, París 1898 (facsimil 1971), y Marcel GARAUD, *Histoire Générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804)*, París 1953-1978, vol. 2, 1959, *La Révolution et la propriété foncière*. La bibliografía ulterior que habrá de comparecer no siempre podrá justificar mi aprecio por unas antiguallas, puesto que no faltará ni siquiera la que, tratando de la *révolution* y todo, las ignore. En cuanto a los incidentes, serán los previsibles, los que tocan a la significación de la revolución para el derecho en general, no sólo el de propiedad, y al valor o disvalor de la historia, o mejor de la historiografía, para la ciencia jurídica, o mejor para la jurisprudencia. Con ellos, por mayores, concluiré en el *Punto y seguido*.

⁽⁴⁾ En la constancia antropológica y el procesamiento operativo de la diferencia cultural para materia de propiedad con choque del presente radica a mi entender la singularidad e importancia de la obra de Paolo GROSSI a nuestro respecto. Porque hasta el momento no haya prestado visita al laboratorio revolucionario, lo cual veremos que podrá pesar, no debe dejar aquí de interesar incluso neurálgicamente, como también

Me interesa en suma, pretendo que nos interese en definitiva, el derecho de propiedad y punto, un punto que abarca mucho, el punto de una revolución nada menos. Va a ocuparnos la propiedad como criatura suya, como cría del sistema institucional y del paradigma de mentalidad generados y cimentados por la revolución francesa, revolución constituyente y conformadora a la larga no sólo para el caso de Francia. Con ella se produce y de ella procede notoriamente un orden arraigado y una cultura irradiante por un ancho espacio y durante un largo tiempo mediando relaciones entre cosas y hombres, entre naturaleza y humanidad, o de humanidad consigo misma. Si la criatura es de sangre o sólo de leche, si la revolución es madre de parto o ama de cría, cosas tales habrán de verse. Dispongámonos a asistir a todo un suceso que alcanza nada menos que a la antropología, a la dimensión de cultura más constituyente de humanidad.

1. *AVANT LA RÉVOLUTION*, LA PROPIEDAD COMO DOMINIO

Desde un momento prácticamente primero de las manifestaciones institucionales e instituyentes de la revolución francesa hace comparecencia significada nuestra cuestión propietaria. La manifestación es constitucional y constituyente, de tal carácter y de tal calibre. La propiedad figura en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, declaración de « droits naturels, inaliénables et sacrés » según anuncio de su encabezamiento, y comparece la misma además por partida aparentemente doble. Lo hace en primer lugar mediante un registro algo discreto, pero que la deja cualificada como derecho por crédito obligado de la naturaleza y para deuda indisponible del ordenamiento. Ocurre en el artículo segundo: « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la

espero que constatemus. Para noticia introductoria, B. CLAVERO, *Las cosas del dominio* (Lección de Paolo Grossi), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 623-632. Para expresión de reservas de partida de cara a una historiografía que concibe y trata el derecho más en bruto o menos a modo, no sólo la económica o social, sino también y en especial la propia jurídica, P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padua 1968, pp. 3-16: *Chiarimenti preliminari*.

propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Y comparece también a primera vista de modo menos discreto, con artículo propio y más aparente, bien que como añadido de última hora y algo fuera de lugar, por no decir que como apósito extravagante. Explicaré desde luego por qué añadido esto. No constituye ningún secreto ⁽⁵⁾.

En sus primeros dieciseis artículos el conjunto de esta declaración constituyente y constitucional guarda cierta lógica. Es notorio que consiste en un protocolo de libertades con garantía de algunas públicas y el famoso broche de cierre de la definición misma de constitución, el artículo decimosexto: « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution », con dicho primerísimo requisito de una garantía de derechos entre los que ya puede entenderse que figura la propiedad. Mas a esto se le añade en el último momento lo que entonces resulta el artículo decimoséptimo y final, un remache también garantista: « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Puede sonar bien extraño si ya lo anuncio, pero ahí cabe que tengamos, bajo el nombre constitucional de propiedad, un derecho feudal de dominio, esta concreta extravagancia en el seno de una declaración de derechos. Es lo que conviene comenzar escudriñando si queremos acabar aclarándonos. A ello vamos.

1.I. *Garantía de propiedades como reconocimiento de dominios.*

Siendo la propiedad, *la propriété*, derecho inviolable y sagrado, *droit inviolable et sacré*, he aquí lo que hoy vemos que se dice, pero no lo que ayer, en su momento, podía verse que se decía. En cualquier edición actual, prácticamente en cualquiera, de la Declaración de Derechos de 1789, eso es lo que consta, « la propriété étant un droit inviolable et sacré », pero no es tal cosa lo que constaba en

(5) Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París 1988, además de edición y documentación, estudio más interesante a nuestro asunto, en lo que mis conocimientos alcanzan, entre la variedad cundida con el trance de la celebración del bicentenario de la revolución.

las primeras ediciones ni, sobre todo, lo que se registraba en la versión que originalmente se aprobara, pues la condición de derecho y la cualificación de inviolabilidad y sacralidad, lo uno tanto como lo otro, se predicaba entonces no de la propiedad en singular, sino de las propiedades en plural: « Les propriétés étant un droit inviolable et sacré... », siendo *les propriétés* un derecho inviolable y sagrado. ¿Resulta lo mismo? Enseguida veremos. Es en 1791, con la *Constitution*, con la primera de la revolución, Constitución que incorpora la Declaración, cuando se fija, con el singular, el texto actual, el que ha vuelto a tener y hoy tiene valor constitucional en Francia con referencia así errónea a 1789. Pero esto, el caso francés, ya digo que aquí no nos ocupa. Lo que nos importa es el paradigma que está comenzado a formarse con la revolución francesa ⁽⁶⁾.

La misma Constitución de 1791 complementa la Declaración, la de 1789 que así retoca y adopta, con un título primero de *Dispositions fondamentales* entre las que, abundándose en el reconocimiento de « droits naturels et civils », se agrega a nuestros efectos, los del artículo decimoséptimo original de 1789: « La constitution garantit l'inviolabilité des propriétés, ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice » ⁽⁷⁾. He aquí la pluralidad de nuevo. Entra por el balcón tras arrojarsele por la puerta. Si resultara que no es lo

⁽⁶⁾ Se tienen ahora también a través de internet ediciones en forma electrónica con sus mayores posibilidades de manejo del texto. Mas encuentro que está por esta vía no sólo asentándose igualmente el singular de *propriété* atribuido a 1789, sino que incluso, entre las mismas entradas que dentro de la relativa inseguridad tanto de responsabilidad como de permanencia en este medio de la red me parecen más acreditables de las variadas que localizo y ninguna con el uso del plural, está deslizándose algún otro descuido: « La propriété est un droit inviolable et sacré... », con el cambio del giro verbal, comienza en la dirección <http://www.adminet.com/ddhc.txt> el artículo 17 de la edición de la *Déclaration* con fecha de dicho año; para la versión más canónica, con nuestro término ya no ha de decirse que siempre en singular, como también la datación, indefectiblemente, de 1789, <http://legifrance.gouv.fr/citoyen/D1700.htm>, o <http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>, direcciones ambas oficiales; y con buscador propio y estadillo de frecuencias confirmatorio de la aparente doble aparición de *propriété* en dicho año, <http://cedric.cnam.fr/cgi-bin/ABU/go?ddhc3>. La modificación en 1791 de número y así, como vamos a ver, de significado la comprobaremos, igual que su vigencia actual, sin falta y hasta con creces.

⁽⁷⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, p. 44, Declaración 26 agosto 1789, remitiendo a 1791, esto

mismo el plural que el singular, si en el primero cupiera que se encerrase dominio feudal como ya he insinuado, pero lo que aún no he mostrado, esto todavía podría entenderse comprendido en la propia Declaración de Derechos, en la singularidad ahora de su artículo decimoséptimo. Aquí tendríamos lo que de entrada puede desde luego extrañar en el terreno constitucional. Ahí, como enseguida veremos, lo tenemos.

La propiedad queda reconocida cual especie de derecho tanto constituyente como constituido, *droit naturel et civil*, mas de un modo así plural en un contexto expropiatorio que puede precisamente problematizarla. Tenemos un *droit naturel, inaliénable et sacré*, un *droit inviolable et sacré*, pero no sabemos con certeza qué derecho, si la *propriété* o las *propriétés*, pues la duda estriba en el significado sustantivo de la misma pluralidad. Ya veremos. De momento, el mismo juego de números entre singular y plural en la primera Declaración de Derechos de la revolución francesa ha tendido a perderse a favor de la singularidad por el uso de editarse en lo sucesivo como parte de la Constitución de 1791 o de recuperarse ulteriormente a partir de ella cual pieza independiente, por caso tanto de escrutinio historiográfico como de vigencia actual (8). Rescatemos ahora, por apreciar su sentido, el original, la pluralidad.

es, vol. 3, pp. 275-292, texto definitivo, Constitución 3/14 septiembre 1791, en particular 275-277.

(8) S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, p. 21, nota: « Nous publions ici le texte de la Déclaration tel qu'il figure dans l'édition qu'en donne le *Journal officiel* de la constitution de 1958. Ce texte est celui de 1791 et non de 1789 », con el cotejo en pp. 266-271. Marcel GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, París 1989, presenta en contraportadilla una reproducción fotográfica de ejemplar de 1789 con el plural, editando acto seguido, pp. I-II, la versión con el singular, la usual también por lo del detalle de la inadvertencia. Pero el dato ya está procesado: Christine FAURÉ (ed.), *Les déclarations de droits de l'homme de 1789*, París 1988 (hay trad. al castellano, México 1995), pp. 11-13 y 25-26, edita el texto original y advierte la variante. Poseo una reproducción de edición tan ortodoxa y barata como para contener el singular y la fecha también clara, la de 1791 precisamente. En la foto de respeto de M. GAUCHET, que resulta legible, observo otra discrepancia en nuestro artículo decimoséptimo: no reza « nécessité publique, légalement constatée », sino « nécessité légalement constatée », lo que quizá, rebajando garantía, no deba despacharse sin más como errata de entonces. Por vía de publicación desde 1789 no ha de descartarse que cupiera mayor variedad de versiones

Aunque al adoptarse la decisión en 1791 no dejó de pretenderse que el asunto era meramente ortográfico, por demostrarse respeto hacia una Declaración que ya estaba promulgada y se quería, por constituyente, intangible, el cambio del plural al singular no fue entonces cuestión por completo pacífica, pudiendo sospecharse que entre una y otra forma, entre las propiedades y la propiedad, se estuviera dirimiendo un problema y quizá esencial, tal vez nuestra cuestión clave, cuestión entre dominio de tracto feudal y facultad de principio constitucional. ¿Tánta importancia podía encerrar el número si vemos que se mantiene sin alteración sustancial lo que parece más decisivo, la condición de derecho para la propiedad con sus cualificaciones de sacralidad e inviolabilidad, de naturalidad y civilidad, con unos adjetivos que así inequívocamente indican el reconocimiento constituyente de unos principios debidos? ¿El singular de propiedad y el plural de propiedades no parecen entonces tener un sentido de mero giro gramatical entre la abstracción del concepto, el singular, y la materialidad de los objetos, el plural? Pues pudiera ser que no. La cosa no resultaba tan fácil ⁽⁹⁾.

No lo era según todos los síntomas. Entre el plural y el singular podía estar dirimiéndose algo no poco esencial y bien patente entonces, aun tendiendo a disimularse por la parte constitucional. Un par de meses antes de la Declaración de Derechos, la ceremonia definitivamente inaugural de la reunión convocada como estados generales en trance ya de devenir asamblea nacional y así constituyente, el momento tan señalado de tal foro, es ocasión para las siguientes palabras en boca del monarca interesantes al propósito: « Toutes les propriétés, sans exception, seront constamment respec-

que así encarezcan ahora el documento. No sé si para el mercado, pero desde luego que para la historiografía, se requiere aquí una filología que suele tanto aplicarse a tiempos remotos más imposibles como ignorarse para los próximos más factibles, para los que, rijan o no todavía unos textos, importan también y en mayor medida al grueso y común de la ciudadanía por razones además más serias que las mercantiles y más graves que las científicas.

⁽⁹⁾ Marc SUEL, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. L'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 90, 1974, pp. 1295-1318, identificando el asunto y afrontando la cuestión en la línea sustancialmente que ahora sigo, intentando por mi parte añadir no datos, sino matices.

tées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriété les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux, et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aux terres et aux fiefs, ou appartenant aux personnes ». Su majestad francesa podía con estas expresiones entender que el plural de propiedades no se refería a la pluralidad de bienes, a tal materialidad, sino al extremo más formal de la diversidad intrínseca del mismo derecho propietario por cuanto que abarcaba no sólo facultad sobre las cosas, sino también y ante todo jerarquía entre personas o entre estados o *status*, y así utilidades y honores feudales y señoriales anexos a los bienes mismos, adscritos entonces a la tierra ⁽¹⁰⁾.

Si no tuvo éxito, como bien se sabe, el dictado político de su majestad francesa a los constituyentes de antaño, concedámosle el consuelo póstumo de que lo tenga la lección histórica que nos está dictando a los estudiosos y estudiosas de hogaño. Nos está diciendo que, antes de la revolución, no había propiedad, sino, si acaso, *propiedades*, una pluralidad entonces especialmente significativa. El historiador o la historiadora actual, al menos los del derecho, saben que en la cultura europea preconstitucional, en una cultura prerrevolucionaria constituyente de ordenamiento, regía efectivamente, no un derecho de propiedad sobre las cosas, sino unos derechos concurrentes por división jerarquizada de dominios respecto a ellas, pudiendo esencialmente distinguirse un *dominium directum*, dominio directo o superior, dominio *derecho* o propio, y un *dominium utile*, dominio útil o inferior, dominio impropio, pero ambos así dominios, ambos derechos dominicales en cosa propia con toda la panoplia de garantía y defensa que la clasificación de dominio implicaba. *Dominium* era el término significativo, y no *proprietas*, que también de tiempo existía. Propiedad significaba mera pertenencia, una idea de atribución que podía venir a reforzar, pero no a especificar ni cualificar, el dominio, ya el directo o superior, ya también el útil o inferior. Y *proprietas* podía particularmente predicarse de la parte más precisada al efecto, la que no entrañaba

⁽¹⁰⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 28-33, *Discours y Déclaration des intentions*, 23 junio 1789, declaración, intención duodécima.

tenencia física, la del dominio dicho directo, el principal originalmente ⁽¹¹⁾.

La imagen que nos ofrecen las palabras del monarca francés en 1789 no es exactamente la dicha. Las mismas no remiten el número plural a la división binaria del dominio. No usan este lenguaje, pero reflejan la composición de un modo quizá incluso más gráfico. Dejemos también advertido esto de que no se hace alusión a una pluralidad de propiedades en la forma de división de dominios para entrar luego en la lectura de disposiciones revolucionarias sin confundirnos con las expresiones propietarias. No hay que esperar siempre unos significantes técnicos para encontrarnos con los significados ciertos. *Dominium directum* y *dominium utile* constituían categorías que, por clasificar y cualificar, sintetizaban una amplia variedad de rendimientos y aprovechamientos. No otra cosa ocurría desde luego con *domaine direct* y *domaine utile*, dominio directo y dominio útil igualmente ⁽¹²⁾.

De momento se nos habla en unos términos que resultan todavía más plurales. Habría pluralidad cualitativa de propiedades o dere-

⁽¹¹⁾ Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. 1, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Munich 1985 (hay trad. al castellano, Madrid 1997, de Antonio PÉREZ MARTÍN, con adiciones prescindibles), pp. 291-299: *Eigentum: Terminologie und Definition, Rechtsschutz*. Respecto a la ubicación tradicional de *proprietas* en el campo semántico del *dominium*, base tópica principal que ya importa a supuesto de dominio sin tenencia física se ofrecía por el texto de referencia de mi primera cita de cabecera: « Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi acquiritur etiam ignoranti », con la interpolación tras el segundo *mibi* de « id est proprietas », esto es pertenencia mía, o de « et proprietas », esto, la tenencia putativa, además del dominio. Y no se descarte que durante la historia plurisecular del tópico, en la cual no creo que aquí sea preciso introducirse, la sintaxis también llegara a alterarse de modo que el dicho viniera a figurar más literalmente en citas del *Corpus Iuris Civilis*, del propio texto medieval y moderno: *dominium id est proprietas*. Veremos que no falta todavía hoy historiografía que le endosa la expresión limpiamente no sólo a *Digesta*, libro 41, tít. 1, *De acquirendo rerum dominio*, ley 13 citada, a la compilación bizantina, sino incluso al material jurisprudencial de origen, a tiempos romanos que se dicen clásicos. La misma lectura medieval más autoritativa también para tiempos modernos, la *glossa ordinaria*, ya había de comenzar con cualificaciones, del *dominium* como *plenum* y de la *proprietas* como *nuda*, desactivándose la ecuación, si tal fuera: *ACCURSI Glossa in Digestum Novum*, Venecia 1487 (facsimil 1968), f. 60r.

⁽¹²⁾ Marcel MARION, *Dictionnaire des Institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, París 1923 (facsimil 1979), pp. 181-183: voz *Domaine*, con expresiones que citaré.

chos dominicales ofreciéndose por parte del monarca cierto recordatorio e ilustración de los de carácter superior por poner el acento en su protección: « Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriété les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux, et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aux terres et aux fiefs, ou appartenant aux personnes », donde ni siquiera *utiles* indica dominio útil, sino rendimiento tangible del directo. El diezmo eclesiástico encabezaría la serie de rentas y censos feudales y señoriales constitutivos de propiedad en el sentido estricto de derecho dominical. Sería todo esto el espacio del dominio directo o dominio en efecto propiamente dicho para la mentalidad prerrevolucionaria o cultura preconstitucional. Todo ello se encerraría en las expresiones susodichas de su majestad. Su concepto de las propiedades, que hoy nos puede parecer tan sesgado como inconsistente, no sería entonces ni caprichoso ni improvisado. No resulta un mero recurso defensivo de última hora ante los barruntos de una revolución. Contaba con toda una mentalidad a sus espaldas, con toda una cultura todavía activa a sus alturas. Era orden vigente respecto al que va a plantearse y cobrar sentido el mismo derecho revolucionario ⁽¹³⁾.

Como cultura y cultura viva de larga, larguísima, duración, puede hoy hablarse para tiempos pretéritos, vísperas de la revolución inclusive, de toda una antropología dominical perfectamente ajena a la que el derecho de propiedad entraña ⁽¹⁴⁾. Las relaciones entre la sociedad y la naturaleza no se habrían planteado ni producido durante siglos en los términos de apropiación y disposición que han llegado a parecer naturales, pasada la revolución, a nuestras alturas constitucionales. A nuestros efectos históricos, porque se calificasen como dominios unos estados superiores por percepción de rentas e impuestos, por estas utilidades, y porque los mismos se

⁽¹³⁾ M. GARAU, *La Révolution et la propriété foncière*, arranca precisamente de la constancia y exposición del orden dominical prerrevolucionario para pasar a ofrecer la que todavía constituye la mejor entrada a la materia entre los años decisivos de 1789 a 1804, bien que incompleta sobre todo porque el capítulo hipotecario quedó pendiente para un volumen sobre el derecho de obligaciones que nunca apareciera.

⁽¹⁴⁾ P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milán 1992, como colección mayor de sus obras sobre la propiedad y con sus referencias a otras propias.

considerasen directos o derechos, no se cancelaba la posibilidad de concurrencia de otros derechos dominicales, de unos derechos incluso por relación de utilidad práctica y trabajo efectivo con la tierra. *Derecho* y *directo* eran etimológicamente una misma palabra. Con ella se calificaba un dominio superior sin descalificarse el inferior (15).

Porque se hubiese ya acuñado desde antiguo el término de *proprietas* e incluso el de *propriarius* con la secuela de sus equivalentes romances y porque de ellos pudiera venir haciéndose uso en el capítulo dominical, por ello no se formaba ni imponía una antropología de la apropiación y disposición de las cosas por los hombres, de las cosas separadamente por los hombres individualizadamente. El término técnico seguía siendo el de *dominio* y éste resultaba compatible para relaciones muy diversificadas, mas todas virtualmente dominicales, entre los unos y las otras, los hombres y las cosas, entre la humanidad y la naturaleza. En tiempos históricos, ni *propriété* ni *propriétaire*, ni propiedad ni propietario, ni significaban ni podían significar ni derecho de propiedad ni titular del mismo (16).

Tenemos así todo un trasfondo bastante más complejo que el de la simple divisibilidad y compatibilidad entre dominios directo o propio y útil o impropio y esto no sólo porque cupieran ulteriores multiplicaciones. Tenemos todo un escenario histórico de dominios sobre dominios traduciendo al terreno propietario la propia diversidad y jerarquía entre estados o *status* de la sociedad prerrevolucionaria o sistema preconstitucional. La propiedad no se reducía a un despliegue plural de propiedades. Era más o, mejor, algo distinto.

(15) P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Nápoles 1963, no dejando de interesar a Francia, en cuya particular historiografía viene en cambio pesando una imagen del paisaje agrario con propiedades de perfiles más cuantitativos por superficie mayor o menor que cualitativos por dominio superior o inferior. Ambas perspectivas, las dos, ya quedaron registradas en sendas voces de M. MARION, *Dictionnaire des Institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, pp. 461-462, voz *Propriété*, y la voz *Domaine* citada.

(16) P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, pp. 385-437: *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà "moderna")* (1985), que versa sobre vísperas francesas bastante además falseadas por la mirada impenitentemente anacrónica de la historiografía al uso inclusive, confrontándola, la de especialidad y no sólo la francesa.

Constituía dominio y pluralidad de dominios, dominio social que podía materializarse en dominios propietarios, por no decir la redundancia todavía, pues no luego como veremos, de dominicales. No en vano la palabra *dominio* cubría, sin acepciones figuradas, una gama dilatada de sentidos entre el poder político y el uso propietario, atravesando con todo ello y reproduciendo en definitiva la dominación social. Por encima de los dominios directo y útil, se concebía también como forma dominical, como dominio que podía llamarse eminente, *dominium eminens*, el propio poder político, otro *status*, en la medida en que incidía sobre los restantes por la vía que fuera, ya más regularmente fiscal, ya eventualmente expropiatoria. La propiedad en fin era dominio en sentido técnico que difícilmente hoy concebimos y en alcance social que peor podemos ahora figurarnos. Hagamos el intento al menos de situarnos ⁽¹⁷⁾.

En vísperas de la revolución, cuando el monarca pronuncia sus palabras, por mucho que ya se hablase de propiedad y de propietario y por bastante también que éstos términos se estuviesen aplicando no sólo a dominios directos, sino igualmente a los útiles no feudales ni señoriales, no existían ni lo uno ni el otro, ni el derecho ni el título que luego entendemos por tales expresiones propietarias con toda su respectiva panoplia de presupuestos adjudicatorios y efectos dispositivos. En Francia, antes de 1789, el mismo dominio útil, el más inmediato a la cosa, es uno entre otros concurrentes, uno de los derechos dominicales en plural que impedían la propia concepción y más aún la existencia del derecho de propiedad en singular. Este dominio inferior no constituía, como suele luego entenderse, tal título, el propietario, sólo que todavía gravado con cargas feudales y señoriales calificadas como dominio directo por tracto jurisprudencial y a la espera la propiedad por lo tanto de la liberación revolucionaria ⁽¹⁸⁾. No era ni siquiera esto, propiedad demediada de integridad pendiente. La revolución resultará que no

⁽¹⁷⁾ M. GARAUD, *Histoire Générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804)*, vol. 1, *La Révolution et l'égalité civile*, París 1953, para la premisa social igualmente jurídica, y vol. 2 citado, *La Révolution et la propriété foncière*, pp. 15-150, para la traducción dominical.

⁽¹⁸⁾ Es punto de partida que no precisa especial ilustración pues rige todavía en general los planteamientos de la historiografía, como en particular regía los de Marcel GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, con lo que, teniéndose la propiedad en sí

libera ni reintegra, sino que gesta y produce tal derecho propietario en singular. Comprobaremos sobradamente que será madre de parto y no sólo ama de cría.

De momento subrayemos que no había tal derecho de propiedad, ni libre ni gravado, ni integral ni mediado, antes de la revolución. Había dominio y además plural. Dominio, derecho dominical en cosa propia, podía ser cualquier renta de larga duración y así, por ejemplo, el diezmo, el primer caso de propiedad precisamente mencionado por las palabras citadas del desgraciado monarca. Hoy tendemos a verlo, no como renta y menos dominical, sino como impuesto sin implicación de dominio, pero los mismos impuestos de la monarquía u otros públicos, si no eran temporales y así dadivosos, si no dependían de concesión periódica, podían concebirse como dominicales, como manifestación rediticia del dominio dicho emittente, otro dominio. En el otro extremo, el mero arrendamiento o cesión locatoria, si era de un largo tiempo para el que bastaban pocos años, dividía dominios generándolo útil (19).

No estamos nunca ante lenguaje figurado, sino siempre ante construcción jurídica. Cualquier utilidad impuesta establemente sobre la tierra, sobre el dominio técnicamente útil de la misma, podía constituir derecho específicamente dominical sin detrimento de la condición equivalente de otros aprovechamientos. Lo propio puede decirse de cualquier poder sobre la misma cosa. Ya impuestos que hoy entendemos como públicos, ya rentas que hoy conceptuamos como privadas, constituían dominios de derecho civil, de un *ius civile* común, dominios perfectamente concurrentes y por sí no impositivos no sólo de *dominium* directo o superior, sino tampoco

por existente, nuestra estricta cuestión de la aparición revolucionaria que vamos a contemplar no resulta en rigor ni siquiera concebible.

(19) P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, pp. 267-301: *La « locatio ad longum tempus » e il suo profilo funzionale*, para un extremo; B. CLAVERO, *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid 1986, pp. 53-105: *Hispanus Fiscus, Persona Ficta. Concepción del sujeto político en la época barroca*, para visión del otro tampoco ajena al caso francés, por participarse de derecho al compartirse cultura jurídica de alcance normativo; y para el complemento o más bien la base que constituye entonces, también en Francia, la práctica dadivosa, permítaseme también remisión propia: B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991.

de *dominium* útil o inferior, también éste dominio. Era un orden constituido, antes y más que por determinación legislativa o genéricamente preceptiva, mediante construcción doctrinal y práctica consuetudinaria de valor normativo ellas mismas ⁽²⁰⁾. La una, la jurisprudencia, configuraba a la otra, la costumbre, aplicándole para el caso las categorías del dominio dividido disociadas en grado más que binario.

1.II. *Propiedad de dominio como crédito.*

No vamos a necesitar aquí asomarnos a la extrema variedad de unas prácticas consuetudinarias de participación dominical bien vivas en unas vísperas revolucionarias. Tampoco será preciso que nos extendamos en la consideración desglosada de las categorías jurisprudenciales más contadas que les ofrecían cauce y proporcionaban cobertura. Miremos solamente un concepto, tan sólo una muestra. Y sigamos aprediendo de nuestro monarca. Ya que en sus palabras podía significarse el diezmo como constitutivo de dominio en un primer puesto, consideremos en particular, aun sin entrar nunca en particularidades, la condición dominical de la renta dicha decimal. El artículo decimoséptimo y último de la Declaración de Derechos, con su plural de propiedades, podría comprender y amparar este derecho de dominio. Ahí lo tenemos.

(20) B. CLAVERO, *Tantas personas como estados*, pp. 27-52: *Historia y antropología. Hallazgo y recobro del derecho moderno*, para el escenario de un *ius civile* como *ius commune* de vigencia no sólo ni principalmente medieval, sino también y fundamentalmente moderna, hasta las revoluciones mismas, francesa inclusive. Aparte el adjetivo mismo de intermedio que por Francia se emplea para derecho revolucionario, *droit intermédiaire*, entiendo que tal extensión precedente de un *diritto intermedio* resulta de aplicación bastante más amplia que la italiana: Piero FIORELLI, Mauro BANDINI y P. GROSSI (eds.), *Bibliografía del diritto agrario intermedio*, vol. 1, *Gli Studi*, Milán 1962, p. 5, y con voces en índice de materias, sea dicho de paso, como *dominio diviso* o, según precisamente alguna entrada, *domaine divisé*. Sé que hago la advertencia cronológica conforme con la obra monográfica, pero disconforme con la demarcación última del propio Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, con traducción española de Francisco TOMÁS Y VALIENTE y Clara ÁLVAREZ, 1996, introducción por lo demás preciosa a la antropología histórica donde se comprende el dominio dividido: Jesús VALLEJO, *El vértigo de los mil años*, en *Revista de Libros*, 13, 1998, pp. 11-13. Sabido el alcance de un *ius commune* prerrevolucionario, no deja a mi entender todo ello de constituir bibliografía correspondiente a nuestra materia francesa.

Unos días antes de que se propusiera y acordara dicho artículo final, unos días también después de que se planteara y comenzara a discutirse en la asamblea constituyente la liquidación del diezmo, un famoso abad, famoso precisamente por constitucional, se ocupa del asunto ⁽²¹⁾. Emprende la defensa de la propiedad, de una propiedad que, para vindicar unos dominios eclesiásticos, conceptúa como sagrada e inviolable antes así de que lo haga nuestro mismo artículo, el decimoséptimo de la Declaración de 1789. Defiende la propiedad como derecho expresamente constitucional entendiendo que alcanza a tal pluralidad. La extensión a los dominios de una iglesia, la católica, sería cosa que hubiera de resultar no sólo factible, sino también, a su entender, obligada. El argumento se concreta muy particularmente al supuesto del diezmo eclesiástico, el cual para nuestro abad, para el abad francés y constitucional, también sería propiedad, derecho exactamente dominical.

Niega nuestro abad que el diezmo fuera un ingreso fiscal de naturaleza no dominical, un impuesto así, con la revolución, constitucionalmente disponible y en consecuencia cancelable por parte de la Nación en el sentido del Estado, por decisión entonces de la asamblea nacional. Afirma categóricamente que el diezmo es propiedad, derecho dominical, y por lo tanto inviolable salvo expropiación formal mediante ley previa e indemnización no menos precedente. Mas lo que estaba considerándose para los diezmos de titularidad eclesiástica por parte de la asamblea era la eliminación más simple, aun previéndose sustitución de ingreso todavía por determinar con posibilidad transitoria de prórroga. Para la desaparición de diezmos enfeudados o de titularidad laica se consideraba en cambio el requisito de capitalización y redención por parte de los obligados, esta especie de expropiación privada con congrua indemnización. No le parece mal esto último al abad. Aboga porque tal sistema de amortización de diezmos se aplique también al eclesiástico. Podría declararse igualmente redimible y así subsistente hasta

⁽²¹⁾ *Opinion de l'abbé Sieyes sur la rédaction de l'arrêté du 4 août relatif aux dîmes*, en sus *Observations sommaires sur les biens ecclésiastiques*, Burdeos 1789, pp. 22-36, que no veo directamente en original, sino en traducción de Giovanna TROISI SPAGNOLI: Joseph-Emmanuel SIEYES, *Opere e testimonianze politiche*, I, *Scritti editi*, Milán 1993, vol. 1, pp. 423-431, y cuya visión me sugiere S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pp. 191-197.

que la redención se produjera caso por caso. Sería requerimiento exigido por su condición de propiedad. El derecho dominical quedaría a salvo por tal especie privada de expropiación con indemnización mediante disposición de ley.

A las palabras del monarca podía así hacerseles también honor por parte constitucionalista. O tal parece. Pues no dejemos de observar la transformación que comienza a producirse y a darse por hecha al venirse a un terreno constitucional. ¿La propiedad del diezmo que intenta vindicar el abad es el mismo derecho que pretendía garantizar el monarca? Advirtamos que, entre las palabras del uno y las del otro, están viniendo a admitirse no sólo una perspectiva de liquidación futura del diezmo, sino también un efecto de transformación inmediata del mismo en cuanto que derecho.

Por mucho que el requerimiento de la redención se presente como una exigencia del derecho de propiedad, de una concepción dominical de diezmo, dicha posibilidad no deja de producir un cambio interno que implica su cancelación misma como tal título de carácter propietario. Si la renta puede redimirse, su dominio desaparece desde ya, esto es, sin necesidad de que la redención se efectúe. Si ésta cabe, sólo porque quepa, la carga se convierte en un gravamen censual o crediticio, en una especie a lo más de censo consignado o crédito hipotecario, con la eventualidad entonces de que el dominio gravado sea el que resulte en solitario propiedad. El otro derecho, el de crédito, sólo cabe que se conceptúe como propietario desde la posición prerrevolucionaria de las propiedades en plural y como tal entonces irredimible, no crediticio. Pero el abad constitucional le mantiene al derecho de crédito la calificación de propiedad. A la vista está que puede hacerlo.

Las medidas revolucionarias que contemplan tal posibilidad de redención de rentas o cargas distintas al diezmo eclesiástico no dejan de reflejar dicha transformación de un dominio en crédito y la consiguiente de otro dominio, el gravado, en propiedad, en su derecho ya singular ⁽²²⁾. No habría sido excepción el mismo diezmo eclesiástico de no haberse comenzado a liquidar de forma comparativamente más resuelta. No hacía falta la supresión expresa y

(22) M. GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, pp. 189, 196, 202-204 y 219-223, respecto a medidas a las que luego acudiremos.

expeditiva de dominios feudales y similares para que de las propiedades se pasara a la propiedad. También manteniéndose como gravámenes crediticios podía producirse el efecto de tránsito entre la pluralidad y la singularidad, entre los dominios y la propiedad.

Pero es también en el momento y contexto de las palabras del abad, y no en las del monarca, cuando se propone y acuerda el artículo decimoséptimo y último de la Declaración de Derechos con la intención no del todo solapada de cubrir con el plural de propiedades los derechos dominicales amenazados cual el propio diezmo. La propuesta parece que se hizo con el término en singular, como si se tratara de una simple especificación de la referencia a la propiedad del artículo segundo, pero acordándose enseguida la pluralidad de propiedades para que no cupiera duda respecto a su alcance. Cuando en 1791 se recorre el camino de vuelta, la asamblea ya sabemos que pretende, aun con alguna protesta, limitarse a corregir un error de gramática o errata de imprenta. En el transcurso de un par de años, el plural puede estar en efecto comenzando a perder sentido, sólo esto, pues la propia Constitución también sabemos que rescata todavía la expresión de pluralidad ⁽²³⁾. Redimibles, cuando no suprimidas, unas rentas que habían constituido dominio, el giro de propiedades podía estar ya abocándose, no más todavía, a una pérdida de entidad, a la reducción al plural material del singular formal de propiedad sin más.

Mas no podía aún decirse que esto fuera el caso de 1789 o ni siquiera de 1791, de estas primeras fechas revolucionarias y constitucionales. Conviene que lo retengamos antes de que pasemos a la lectura de disposiciones de la revolución. Entrándose en ella, propiedad podrá significar aún dominio, uno de los dominios inclusive los superiores, como propiedades podrá más difícilmente constituir el plural de propiedad, de la propiedad en singular, de este determinado derecho. La cultura dominical en su sentido tradicional todavía estaba viva y con ella en vigor el derecho correspondiente.

La misma postura de nuestro abad, por muy incoherente que

⁽²³⁾ M. SUEL, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, pp. 1305-1308; S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pp. 268-270. Están también citados los correspondientes artículos constitucionales, de Declaración y de Constitución, a los que igualmente volveremos.

hoy nos parezca al empeñarse en calificar como propiedad lo que ya podía resultar un crédito, no dejaba de tener su consistencia. Es su perspectiva la que importa y no la nuestra. Nuestros mismos conceptos puede que no predominaran todavía o que incluso, como el de la propiedad sin ir más lejos, aún no estuvieran bien formados ni establecidos. Nuestro abad operaba, podía aún hacerlo, con el trasfondo vivo de una cultura de calificaciones dominicales para posiciones rediticias y de unos efectos institucionales que ahora se perdían y ante cuya misma pérdida intentaba salvarse un capital económico, la redención del caso. Para el diezmo, nuestro abad constitucional expresaba lo que el artículo final de la primera Declaración de Derechos querría enseguida significar para todo el conjunto de rentas constituyentes hasta entonces y todavía de dominios. Hace referencia a los derechos dominicales existentes de dicho pronunciamiento último y no al derecho propietario por existir del artículo segundo. Por mucho que se siga queriendo entender otra cosa ⁽²⁴⁾, dichos pasajes de la Declaración no se referían definitivamente al mismo objeto, a un mismo derecho.

Tal es el sentido originario de tal artículo final de la Declaración de Derechos de 1789, el alcance genuino de su pluralidad de propiedades, de sus propiedades en plural. No significan ya los dominios plurales preconstitucionales, pero tampoco todavía el

(24) Puede bastar un ejemplo: Jean MORANGE, *La Déclaration et le droit de propriété*, en *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 8, *La Déclaration de 1789*, 1988, pp. 102-110, advirtiendo, p. 103, n. 5, la presencia del plural para privarle de importancia con la presunción de que el término de propiedad ya tendría por sí mismo en 1789 un sentido más inequívoco, para lo cual se apoya en Jean-Louis MESTRE, *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété*, en *Recueil Dalloz-Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation*, 1984, *Chroniques I*, pp. 1-8, con base a su vez en sus propias indagaciones históricas acerca de la expropiación y con conclusión en nuestro punto que ni siquiera hace advertencia de la pluralidad; p. 6, col. 1: el artículo 17 « vise incontestablement à préserver la propriété privée contre la puissance publique ». Lo cual, la presunción de un concepto tan inequívoco de *propiedad privada* a la altura de 1789, por lo que viene realmente requerido es por la vigencia actual en Francia de la Declaración (Constitución de 1958: « Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789... », con el entendimiento de que así cobra vigor), y lo cual, tal presunción, tanto para 1789 como también, si se aplica la remisión a este otro momento del texto, para 1791, tendremos ocasión sobrada de comprobar hasta qué punto sencillamente no se sostiene.

derecho de propiedad constitucional o derecho de propiedad sin más, el derecho que como libertad propugna el artículo segundo de la misma Declaración, un derecho todavía inexistente ⁽²⁵⁾. Entraba en juego para cancelar precisamente lo que al final se reconocía y garantizaba. En su forma originaria, es un pronunciamiento el del artículo decimoséptimo que puede decirse incluso extravagante en la economía de libertades y garantías de la Declaración porque intentaba precisamente amparar, bajo el término de propiedad, unos rendimientos feudales y similares, pero sin que ello necesariamente implicase, aun cabiendo también que lo hiciera, un reconocimiento de dominios tales ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Baste también para la imagen contraria de preexistencia un ejemplo: Germain SICARD, *Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en Geneviève KOUBI (ed.), *Propriété et Révolution*, París 1990, pp. 17-26, no restándole tampoco representatividad su alarde de no recurrir a las obras no sólo de Paolo GROSSI, sino ni siquiera de Marcel GARAUD. *Il dominio e le cose* del primero ya venía editándose por entregas de artículos y *La Révolution et la propriété foncière* del segundo no deja de ocuparse de unas vísperas, como ya he señalado. Mas para sus presunciones tampoco es que le falte historiografía, particularmente unas manualísticas de derecho romano y de *histoire du droit privé français* y la más monográfica sobre expropiación de J.L. MESTRE, de la que puede tenerse presentación por su *Introduction historique au droit administratif français*, París 1985. Y precisamente no es tampoco que ayude la obstinación historiográfica en el encuadramiento *francés* de lo que de entrada desborda fronteras de tal índole.

⁽²⁶⁾ Frente a la misma lectura ingenua, por intemporal, e interesada, por actual, del susodicho artículo 17 como si fuera simple especificación, a efectos de expropiación, del reconocimiento del derecho de propiedad realizado por el artículo segundo, Marc SUEL identificó *l'énigme* del juego de plural y singular entre *la grammaire et le pouvoir* haciendo ver el contexto de la abolición feudal que le confiere sentido a la contra virtualmente de la Declaración misma. A su vez, Stéphane RIALS ha abundado en noticias para reabrir interrogantes; *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, p. 270: « L'énigme de l'article 17 n'est pas absolument levée », pero derivando él mismo hacia un entendimiento menos o nada feudal, p. 344: « L'affirmation du caractère sacré de la propriété (art. 17) s'enracine dans une vaste mouvement d'exaltation croissante d'un droit dont on sait maintenant qu'il fut la matrice des droits subjectifs modernes ». Últimamente incide Luigi LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milán 1995, pp. 26-29 y 249-250, considerando con buen criterio que la ambigüedad no se agota entre 1789 y 1791, lo cual comprobaremos que podría extenderse incluso hasta hoy. Se cierne por Francia el bochorno de que su Declaración de Derechos, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 y de ahora, reconozca, pero desampare, derecho de propiedad, porque a lo que ofreciera originalmente garantía fuese nada menos que a dominios de tiempos feudales

Entre el monarca y el abad, hay pluralidad y pluralidades, no todas las mismas. En medio de una revolución, el propio plural de propiedades no siempre significa lo mismo. Del singular y los singulares ya veremos. De momento digamos que, por mucho que la historiografía, nosotros los historiadores e historiadoras, nos empeñemos en ver propiedad, el derecho, a la llegada de la revolución, si no antes, no por eso la hay. Una historia se ha cegado para las calificaciones dominicales de imposiciones e ingresos pretéritos sobre la tierra convirtiendo en propietarios a otros dominios concurrentes y entonces inferiores. Una vez que la propiedad en singular se produzca por la revolución, el derecho se proyectará indefectible e impenitentemente sobre el vocablo que no lo significaba con anterioridad a la misma ni siempre tampoco durante ella.

La historiografía, una historiografía que contribuye a la cancelación de una cultura histórica diversa y que así para lo que se ciega es para con la diversidad misma, reconocerá con facilidad y tratará con empeño el derecho de propiedad respecto a tiempos en los que no existía y para los que así, proyectándose, se crea. A lo que concurre con ello la historiografía misma no es a un conocimiento de pasado, sino a un ordenamiento de presente, al mismo derecho contemporáneo pues contribuye a su inculturación. Es un efecto clónico por neutralizar, un círculo vicioso al que encontrar salida. Habrá que tomarse distancias de la propia historiografía. Porque sea guía, no ha de ser intérprete. Conviene abordar la historia desde, por y para el derecho mismo a fin de recobrar conciencia de su entidad cobrándola de la diversidad (27). Mas no haya tampoco un cuidado paralizante. Aquí nos curamos en salud. Nos ocupamos de entrada de la producción histórica mientras que la reproducción historiográfica tan sólo de momento nos preocupa.

y encima más a los superiores que a los inferiores. Sobre esto más actual tendremos que volver.

(27) Albina CANDIAN, Antonio GAMBARO y Barbara POZZO, *Property - Propriété - Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padua 1992, para nuestro capítulo, pp. 225-255: *Tra declamazioni e realtà alla ricerca del significato della parola "propriété"*, de A. CANDIAN. Mas aquí ya digo que no entro en comparación entre modelos de diferencias historiográficas más marcadas cuanto más común el fondo histórico: B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid 1997.

2. *DANS LA RÉVOLUTION*, LA PROPIEDAD COMO LIBERTAD

Por virtud de la revolución, tenemos una disparidad inicial entre las propiedades como dominios y la propiedad como libertad, entre plural y singular. El contraste es incluso interno de unas primeras Declaraciones de Derechos, las de 1789 y, pues no es exactamente la misma, de 1791, resultando contrapuestos su artículo decimoséptimo, aun finalmente con el singular, y el segundo, el uno con la garantía de los dominios y este otro con la compañía de la libertad para la propiedad como categorías ambas de rango no sólo constitucional, sino también constituyente, como derechos de este carácter y alcance. La libertad cimienta y con ella, como libertad, la propiedad; como libertad quizá individual, la propiedad particular. Mas por la misma Declaración constituyente y constitucional se reconoce el dominio. Se reconocen, como propiedades, los dominios.

No es ningún secreto ni descubrimiento así ninguno el desencaje entre uno y otro artículo de la Declaración de Derechos de 1789, el segundo de libertad y el decimoséptimo de dominio. Para su comprensión y explicación se buscan hoy implicaciones aparentemente, por actuales, mayores ⁽²⁸⁾, pero atengámonos nosotros a la significación principal en su contexto histórico que hace texto normativo, a la importancia que se produce en el terreno dominical propio y no en otro. Atendamos ante todo la novedad del planteamiento de la propiedad como libertad cuya misma contraposición al dominio ya estamos comprobando problemática. Podrá serlo hasta el punto de que ella misma, en el momento de la verdad de las disposiciones revolucionarias, resulte libertad de las cosas antes que de las personas y con ello todavía cabe que devenga finalmente dominio, un dominio nuevo. Mas no nos anticipemos. Acudamos al repaso de dichas disposiciones ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ G. KOUBI, *De l'article 2 à l'article 17 de la Déclaration de 1789: la brèche dans le discours révolutionnaire*, en ella misma (ed.), *Propriété et Révolution*, pp. 65-84, planteándola en términos de derecho natural versus institución civil, libertad individual e independencia personal versus intervención social y poder político.

⁽²⁹⁾ Además naturalmente de *La Révolution et la propriété foncière* de Marcel GARAUD, con un útil índice de disposiciones pese a erratas, me valgo como guía de Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code Civil*, París 1992, que viene a ofrecer una especie de crónica más sintética, secuencial e integrada del *droit privé français* entre 1789

2.I. *La propiedad como ley de libertad de las cosas.*

Procedamos al examen. De partida nos situamos en 1789, el año de la revolución. Las palabras del monarca son del veintitrés de junio; las de abad, del diez de agosto. Entre unas y otras, el cuatro de este mismo mes de estío se han producido sendos acuerdos, por la mañana, de declarar derechos de libertad y, por la noche, de abolir los de índole feudal. Durante el resto de este agosto se debaten y concretan los términos de la abolición y el texto de la declaración. Entre los días seis y once se producen los acuerdos respecto a la suerte y forma de desaparición o decadencia de derechos feudales y similares, inclusive el diezmo. Entre las jornadas del veinte al veintiseis se acuerda la Declaración de Derechos. Este día 26 se resuelve darla por concluida con el único añadido que se admite de nuestro artículo decimoséptimo.

El día seis de agosto del año de autos así se inicia la serie de determinaciones que, afectando a los dominios, interesan a la propiedad. No creo que hayan de importarnos aquí sus previsiones al pormenor, sino sus efectos al pormayor, unos efectos de cancelación de los unos, los dominios en plural, y producción de la otra, la propiedad en singular, la cual propiedad, el derecho, ya nos consta que no lo hay antes de la revolución por mucho que luego y hasta hoy pueda darse por preexistente, cuando no por intemporal prácticamente. Mas sabemos que ahora no nos ocupamos de la historiografía, con sus representaciones satisfechas, sino de la historia, con sus evidencias problemáticas, o que sí estamos con la una, es tan sólo por lo otro.

Intentemos, dentro de lo que me es factible, ver lo menos indirectamente, sin mediación historiográfica obligada, el efecto susodicho de producción de la propiedad como derecho en singular a través de la formulación y plasmación, sin necesidad de entrar en aplicación o frustración, de una serie suficiente, tampoco hace falta

a 1804, más completa también que la intentada a similares efectos en B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1991, pp. 61-128: *Codificación civil, revolución constitucional* (1989), en especial pp. 88-97, con lo cual, y con pp. 159-231: *Propiedad como libertad: declaración primera de derecho* (1990), puedo ahorrarme ahora referencias y contrastes, por activa o por pasiva, de material menos provechoso, salvo desconocimiento o inadvertencia mías, a nuestros actuales propósitos.

que exhaustiva, de las normas que pudieran por entonces interesarle. Comencemos por las ordinarias o más bien extraordinarias, por la legislación de la revolución, por la larga serie de decretos de alcance revolucionario y así constituyente ⁽³⁰⁾. Vayamos por pasos. Ya contemplaremos también luego material normativo más reconocidamente constitucional y alguno otro legislativo no menos importante por más postrero.

2.I.1. Agosto 1789/Septiembre 1791.

« L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal, et décrète que, dans le droits et devoirs tant féodaux que censuels », los que representan o implican « servitude personnelle » quedan abolidos y el resto se declara redimible. Sobre el diezmo, con la distinción en su caso entre eclesiásticos y laicos, ya hemos dicho. Es la posición de partida en 1789. De esta manera, todos los derechos feudales y censuales, todos los aprovechamientos y rentas que podían venir constituyendo dominio por jerarquía social, los feudales, o mediante operación económica, los censuales, ya desaparecen como derecho propiamente dominical. Ya pasan a constituir créditos, apareciendo como propietario, « propriétaire », el titular del dominio beneficiado. Pero esto no es impedimento para que la misma medida pueda hacer referencia « aux propriétés et à la liberté » correspondientes englobando también, como propiedades y como libertad, las posiciones de dicho carácter ya en rigor rentista. No se aprecia un discernimiento de términos por los efectos calificadores y descalificadores de unas novedades. Y no puede achacarse a descuido técnico cuando el mismo uso encierra sentido. La deficiencia sería nuestra si, por no apercibirnos, proyectáramos conceptos. La pluralidad en la propiedad ya sabemos que se significaba entonces por sí misma. El plural de *propriétés* era todavía el de los dominios sin

⁽³⁰⁾ Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, París 1991, pp. 40-87, para la cualificación legislativa en cuya problemática aquí no creo necesario entrar. No registraré, por consiguiente, fechas de promulgación que pudieron realmente diferirse sobre todo en tiempos iniciales. Tampoco haré en su momento indicación del calendario revolucionario. La misma edición de J.B. DUVERGIER no deja de ir marcando las correspondencias.

necesidad de hacerse uso de esta otra denominación ni de su distinciones internas entre directos y útiles. Mas ahí están con el signo todos ellos propietario y la marca algunos de ellos ya no tan propietaria ⁽³¹⁾.

Ante la efervescencia revolucionaria, la Asamblea Nacional se propone no sólo la abolición de una feudalidad, sino también la protección de una propiedad y de unos propietarios. La revolución es de entrada tan abolitoria de dominios como defensora de propiedades, de unas propiedades entre las que podían tener todavía cabida los propios derechos dominicales. Defiende « les biens et les personnes », « les propriétés les plus sacrées », anteponiendo así en sus manifestaciones vindicativas las cosas a las personas y entendiendo de este modo las propiedades en el sentido material de unos bienes antes que en el formal de unos derechos. « Les biens ecclésiastique sont à la disposition de la nation », sin otra especificación inicial tampoco de derechos, ni feudales ni censuales, ni dominicales ni propietarios, con identificación también tan sólo material. Mas la materialidad misma cubre derechos, unos derechos entonces plurales y diversificados ⁽³²⁾.

El mantenimiento como cargas redimibles de derechos feudales y censuales que no implicaran dominio servil requiere especificaciones formales, viniendo ahora a declararse su carácter no propietario: « Toutes distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultant du régime féodal, sont abolies; quant à ceux des droits utiles qui subsisteront jusqu'à rachat, ils sont entièrement assimilés aux simples rentes et charges foncières ». Así se dice. No hay lenguaje nuevo de propiedad en singular. Tampoco se recurre al tradicional de dominios en plural. La misma calificación de *utiles* se refiere, como anteriormente en las palabras del monarca, a rentas o aprovechamientos de dominio directo y no al dominio técnicamente útil que con todo esto, con abolición y posibilidad de redención, está pudiendo comenzar a convertirse en propiedad. Pero este término

⁽³¹⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 39-41, decreto 4/11 agosto 1789, registrando por mi parte las fechas de acuerdo por la asamblea que son además las usuales entonces y ahora.

⁽³²⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 42-43 y 68-69, decretos 10/14 agosto; 13/18 y 14/27 noviembre 1789.

ya digo que tampoco se le aplica como exclusivo para hacerse manifiesto el efecto. La acepción sigue siendo la plural de unos y otros dominios, salvo los abolidos, como propiedad entre propiedades. « La propriété est conservée », puede decirse respecto a derechos caducos por redimibles. « Les propriétaires des droits féodaux et censuels non supprimés sans indemnité pourront exercer les actions, contraintes, exécutions, privilèges et préférences », cabe añadir. Hay « propriétaires du fiefs » en el sentido no sólo de las heredades o bienes materiales, sino también de derechos sobre ellos, igualmente tratándose sus beneficiarios como propietarios, « propriétaires des droits », aun habiéndoseles ya declarado acreedores si acaso hipotecarios. Puede así también asomar la jerarquía tradicional entre « propriétaire inférieur » y « propriétaire supérieur » (33).

Más circunscrita que la noción de propiedad, así todavía multiplicada, aparece la expresión de dominio, *domaine*. Tiende a ceñirse en acepción inicialmente material a propiedades nacionales en el sentido de estatales, « les biens domaniaux » o « domaines » sin necesidad de la calificación pública para entenderseles el carácter. Los bienes eclesiásticos « à la disposition de la nation » mantienen su identidad propia mientras va determinándose su destino mediante intervención municipal. Los propios bienes municipales o los comunales tampoco comparecen dentro de la categoría domanial o dominical pública. Pero puede haber asimilaciones por sentidos más extensivos: « Par domaines nationaux, on entend deux espèces de biens, les biens du domaine proprement dits, et les biens ci-devant ecclésiastiques ». Los bienes comunales pueden por su parte considerarse « espèce de propriétés publiques ». Sobre tierras baldías, se declara un compás de espera. *Dominio* de todo ello resulta que es ahora esencialmente el nacional o estatal en el mismo campo de la propiedad, « propriété » él mismo. Si no se identifica así por completo, es porque todavía se distingue un dominio propietario, « domaine » de « propriétés », de la monarquía. Como expresiones más materiales que formales, significando bienes, los « domaines nationaux » pueden contraponerse a las « propriétés particulières ».

(33) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 135-144 y 190-196, decretos 15/28 marzo y 3/9-mayo 1790.

res » (34). De modo más incidental o mucho menos significativo de momento, será como también, según veremos, podrá aplicarse el término de dominio a propiedades particulares.

A las municipalidades se les ofrece la posibilidad de adquisición de bienes de dominio nacional para que puedan a su vez dividirlos entre los vecinos formando así « propriétaires ». Los bienes vendidos serán enteramente libres, esto es, especificándose, « francs de toutes rentes, redevances ou prestations foncières, comme aussi de tous droits de mutation, tels que quint et requint, lods et ventes, reliefs, et généralement de tous les droits seigneuriaux ou fonciers, soit fixes, soit casuels », francos tantos de derechos señoriales como de rentas territoriales, ya periódicas por utilización o aprovechamiento de la tierra, ya eventuales por transmisión, disposición o tráfico. Libertad o liberación de los bienes se vincula estrechamente a la emancipación efectiva de los propietarios. Respecto a las tierras, « pourront néanmoins les acquéreurs accélérer leur libération par des paimens plus considérables et plus rapprochés, ou même se libérer entièrement, à quelque échéance qui ce soit » (35).

Por consecuencia de la cancelación feudal y señorial, hay bienes que ya no pueden ser objeto de propiedad particular o de derecho de propiedad que, por contraponerse a dominio público, puede decirse sin más: « Le régime féodal et la justice seigneuriale étant abolis, nul ne pourra dorénavant, à l'un ou à l'autre de ces deux titres, prétendre aucun droit de propriété ni de voirie sur les chemins publics, rues et places de villages, bourgs ou villes ». En otros espacios, los más, y a efectos económicos, si se consideraba que no presentan implicaciones serviles y mientras que no fueran objeto

(34) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 144-147, 177-179, 200, 206-207, 265, 274-279, 328-353, decretos 17/24, 18/26 y 20/26 marzo; 20/22 abril; 9 mayo/16 septiembre; 15/16 y 17/27 mayo; 28 junio/10 julio, y 9/25 julio; instrucción, 12/20 agosto 1790, capítulo V, *Aliénation des domaines nationaux*, para la definición del dominio extensiva a bienes en trance de nacionalización, y el VI, *Agriculture et commerce*, para la extensión a los comunales, abundándose en todo ello y amplificándose por medidas ulteriores, en particular y más inmediatamente, a nuestros efectos definitivos, decretos 28 octubre/5 noviembre y 22 noviembre/1 diciembre 1790, vol. 1, pp. 486-500, y vol. 2, pp. 35-39.

(35) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 201-205, decreto 14/17 mayo 1790.

de capitalización y redención, feudo y señorío persisten. Están a extinguir, pero no extinguidos. Sus beneficiarios pueden ser « les ci-devant seigneurs de fiefs » o « les ci-devant propriétaires de fiefs »; sus derechos, « les rentes ci-devant seigneuriales » o « les cens et rédevances ci-devant seigneuriales », titulares presentes y rentas vivas con calificación feudal o señorial perdida, feudos o señoríos anteriores manteniendo todavía una entidad, la económica de percepción de rentas y posibilidad de capitalización. Mientras que no se ultimen las redenciones, hay « propriétaires des rentes » como existen « propriétaires des fonds » o « du sol ». Ambos, el acreedor de la renta como el titular del fundo, tienen « droit de propriété ». La resistencia a los créditos « ci-devant » feudales, señoriales o censuales, a los derechos antes dominicales, implica atentar contra « les droits sacrés de la propriété ». Derechos propietarios serían siempre y en tanto que no se redimiesen ⁽³⁶⁾.

Entre las disposiciones que llevamos contempladas, entre 1789 y 1791, también se encuentra alguna que otra definición lateral o calificación incidental del derecho de propiedad. Así, para el progreso de la agricultura se entiende que ha de lograrse « l'indépendance de la propriété » mediante la eliminación de cargas no sólo señoriales, sino también comunales. Para habilitación del dominio público, se le equipara con la propiedad particular a unos efectos dispositivos: « La faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la nation ». Así también propietario por excelencia se considera quien dispone materialmente de la tierra: « Le revenu net d'une terre est ce qui reste à son propriétaire, déduction faite, sur le produit brut, des frais de culture, semences, récolte et entretien » ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 297; 304-305 y 309; vol. 2, pp. 34, 39-61, 122-129, 357-365 y 365-369; vol. 3, p. 7, decretos 19/23 julio; 26 julio/15 agosto; 3/5 agosto; 14/19 noviembre; 23 noviembre/1 diciembre, y 18/29 diciembre 1790; 13/20 y 14/27 abril, y 7/10 junio 1791, abundándose bastante en tal tipo de expresiones « ci-devant » para algo así persistente.

⁽³⁷⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 1, pp. 328-353; vol. 2, pp. 35-39 y 39-61, instrucción y decretos citados, 12/20 agosto 1790, cap. VI, *Agriculture et commerce*; 22 noviembre/1 diciembre, y 23 noviembre/1 diciembre 1790.

Llegan pronunciamientos más directos y genéricos a mediados de 1791: « Le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent: ainsi, toute propriété territoriale ne peut être sujète envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi; et envers la nation, qu'aux contributions publiques établies par le Corps Législatif, et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et valable indemnité. Les propriétaires sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres, de conserver à leur gré leurs récoltes, et de disposer de toutes les productions de leurs propriétés dans l'intérieur du royaume et au-dehors, sans préjudicier aux droits d'autrui, et en se conformant aux lois ». De la propia tierra, como de la persona, se predica la libertad, una libertad que se identifica con la disposición propietaria dentro del marco de la ley, de una ley que a su vez ha de responder al compromiso del reconocimiento ajustándose a principios y guardando formas en especial por lo que toca a la imposición fiscal y la eventualidad expropiatoria ⁽³⁸⁾.

La disposición propietaria se proclama al mismo tiempo en lo que pueda interesar al trabajo como objeto de contrato. Sólo podrá convenirse con la propiedad y no entre sí: « Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non de serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la declaration des droits de l'homme, et de nul effet ». Son principios de constitucionalidad de la libertad propietaria e inconstitucionalidad refleja, por liberación de la propiedad, de la autonomía laboral, de este otro ejercicio de libertad, declarados con carácter general que no dejarán además de aplicarse expresamente, por si duda cupiera, al trabajo rural ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 3, pp. 6 y 430-442, decretos 5/12 junio y 28 septiembre/3 octubre 1791, reiterando el segundo con variantes que indicaré.

⁽³⁹⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et*

Al propio tiempo siguen conceptuándose como « droits sacrés et inviolable de la propriétés » los de origen feudal, señorial o censual a extinguir y pendientes de redención. Su protección y su percibo contribuyen a rendir « à la propriété l'hommage » debido. Los « ci-devant seigneurs » siguen apareciendo no sólo como acreedores, sino incluso como propietarios tras dichas mismas proclamaciones de la libertad de las cosas y de las personas. Uno y otro derecho igualmente de propiedad estarían relacionados hasta el punto de que el ataque a la anteriormente señorial, a un dominio incorporal, podría acabar afectando a la actualmente propietaria, a un dominio territorial: « Ainsi, plus de prétexte aux injustes refus de paiement; et il faut que celui qui fera un semblable refus, s'attende à passer dans tous les esprits pour rebelle à la loi, pour usurpateur de la propriété d'autrui, pour mauvais citoyen, pour l'ennemi de tous; il faut, par conséquent, qu'il s'attende à voir se réunir contre lui toutes les classes de propriétaires, justement fondées à craindre que le contre-coup de l'atteinte portée à la propriété des domaines incorporels, ne vienne un jour ou l'autre frapper celle des domaines fonciers » (40). *Dominio* se dice del anterior señorío y de la actual propiedad con alcance menos significativo que lo visto para el público y también menos comprometido de lo que veremos más tarde para el propio derecho de propiedad.

Seguirá la primera Constitución expulsando por la puerta de la Declaración de Derechos el plural de propiedades y colando por la ventana de sus Disposiciones Fundamentales la misma pluralidad que podía amparar « ci-devant » derecho feudales, señoriales y censuales como tales propiedades a efectos de requerimiento indemnizatorio, según tenemos visto. Seguirá también al mismo tiempo un primer código penal, tipificando delitos en primer lugar « contre la propriété publique » y en segundo, dentro del título de los que se cometen « contre les particuliers », « contre les propriétés » así en plural y sin mayor especificación conceptual (41).

Avis du Conseil d'État, vol. 3, pp. 15-26 y 430-442, decretos 14/15 junio, la famosa ley Le Chapelier que suele llamarse, y 28 septiembre/3 octubre 1791, recién citado este otro y al que volveré concretando.

(40) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 3, pp. 27-33, decreto 15/19 junio 1791.

(41) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 3, pp. 275- 277 y 403-419, Constitución citada 3/14 septiembre, y Código Penal, 25 septiembre/3 octubre 1791.

Hay también al propio tiempo una especie de código rural que comienza por conceptos, repitiendo de forma prácticamente literal los ya citados de libertad del territorio francés y de los propietarios franceses, por este orden. La propia disposición refleja que tales mismos principios alcanzan para la tierra un valor relativo por subsistencia de derechos tanto señoriales como comunales. Mas en algo de importancia se concretan que interesa al derecho de propiedad: « Le droit de clore et de déclore ses héritages, résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté a aucun propriétaire. L'Assemblée nationale abroge toutes lois et costumes qui peuvent contrarier ce droit ». Aquí es también donde figura la aplicación de la disposición propietaria al trabajo rural: « Les moissonneurs, les domestiques et ouvriers de la campagne, ne pourront se liquer entre eux pour faire hausser et déterminer le prix des gages ou les salaires ». Y siguen previsiones policiales y penales para protegerse la propiedad agraria, una propiedad que así y con todo va cobrando un sentido de libertad más o antes de las cosas que de las personas ⁽⁴²⁾.

2.I.2. *Tras 1791 y resultado.*

A mediados de 1792 se declaran abolidos derechos antes redimibles, reduciéndose bastante el ámbito de este recurso de la redención y abriéndose con ello la posibilidad de una identificación menos equívoca de la propiedad en singular que viene proclamán-

⁽⁴²⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 3, pp. 430-442, decreto ya citado 28 septiembre/3 octubre 1791, el derecho de clausura o cercado en sección IV, artículo 4; la disposición propietaria de cara al trabajo, secc. VII, título II, art. 20; los principios, arts. primero y segundo, en los que detecto un par de variantes con respecto a su formulación inicial ya citada de decreto de 5/12 junio, « préalable indemnité » en vez de « valable indemnité » y « sans préjudicier au droit d'autrui » en lugar de « aux droits d'autrui », la primera desde luego intencionada por la precedencia de la indemnización que el cambio de adjetivo especifica y que ya se contenía en la Declaración de Derechos y ha sido reiterado, entre un decreto y el otro, por la Constitución. La segunda variante puede ser más fácilmente errata editorial, pero ya he advertido que en esto no entro porque no tengo a mano modo y no por moda bien que inveterada, no por sumarme al proverbial descuido filológico de la historiografía constitucional o en general contemporánea.

dose como derecho constitucional desde cerca de tres años antes, desde el artículo segundo de la Declaración de 1789 ⁽⁴³⁾. El efecto tampoco es que sea inmediato. Vamos estando fuera de cuentas, pero el parto no acaba de consumarse ni el cordón umbilical de seccionarse. Unas previsiones de división o participación de bienes comunales y nacionalizados no solamente hablan de « propriété » para la que se recibe directa y plenamente, sino también de « propriétaires » para quienes obtienen las tierras en arrendamientos, bien que perpetuos y ahora redimibles, cancelada ya, con la posibilidad de redención, la división de dominios y cabiendo que el antiguo útil se haga efectiva y definitivamente con la propiedad ⁽⁴⁴⁾.

Las mismas previsiones de redención ahora más amplias para el resto supérstite traen un nuevo aliento de motivación: « L'Assemblée nationale, considérant que l'affranchissement des propriétés, en assurant l'indépendance absolue des citoyens, peut seule leur procurer la jouissance pleine et entière de la liberté que la constitution » está ofreciéndoles y que tal liberación de cosas para libertad de personas « n'est pas moins impérieusement commandé par l'intérêt précieux de l'agriculture, dont une multitude de droits onéreux arrêtent depuis trop long-temps les progrès », procede a un anuncio e intento de « affranchissement général » o « libération » de las tierras y, con ello, de los « propriétaires », facilitándose las redenciones todavía pendientes y prohibiéndose cualquier forma de reintroducción en el futuro, incluida expresamente la convencional o contractual, de cargas semejantes a las tradicionales. « Propriétaires » también se denominan todavía, aunque más incidentalmente ahora, los acreedores de tales rentas. No sólo hay « propriétaires de fonds grevés », sino también « propriétaires de ces droits », de las mismas cargas que aún son derechos, unos derechos crediticios ⁽⁴⁵⁾.

« L'Assemblée nationale, considérant que le régime féodal est

⁽⁴³⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 4, pp. 256-257, decreto 18 junio/6 julio 1792.

⁽⁴⁴⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 4, p. 361, vol. 5, pp. 403-411, decretos 14 agosto 1792, dos éstos, y 10/11 junio 1793.

⁽⁴⁵⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 4, pp. 401-405, vol. 5, pp. 377-378, decretos 20 agosto 1792, y 26 mayo/1 junio 1793.

aboli, que néanmoins, il subsiste dans ses effets et que rien n'est plus instant que de faire disparaître du territoire français ces décombres de la servitude, qui couvrent et dévorent les propriétés », prosigue con una tarea aboloria todavía circunstanciada, mas para la que ahora se comienza sentando un principio: « Toute propriété foncière est réputée franche et libre de tous droits, tant féodaux que censuels ». La presunción atribuye la libertad a la cosa misma, a la propiedad en su sentido material ⁽⁴⁶⁾. También se procede a defender la integridad de las propiedades como de las personas, « la sùretés des personnes et des propriétés », no anteponiéndose siempre las primeras. Llegará a establecerse la pena de muerte para quienes fomenten ideas de asignación de propiedad o reparto de propiedades sin título en derecho anterior conforme a las disposiciones de la revolución: « La Convention nationale décrète la peine de mort contre quiconque proposera une loi agraire, ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles ». Y la defensa tampoco será tan incondicional: « Les propriétés des patriotes sont inviolables et sacrées. Les biens de personnes reconnues ennemies de la révolution, seront séquestrés au profit de la République ». Es en sentido material como, de paso discriminatorio, se considera inviolable y sagrada la propiedad ⁽⁴⁷⁾.

A mediados de 1793, una abolición ya es prácticamente general. Se declaran suprimidos, sin requerimiento de redención, sin la indemnización privada, « toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes et casuels ». Sólo habrán de subsistir y caber « les rentes ou prestations purement foncières » o rentas propiamente tales, bien que inclusive las perpetuas de origen, éstas redimibles. « La Convention nationale décrète qu'aucun Français ne pourra percevoir des droits féodaux et des redevances de servitude, en quelque lieu de la terre que ce puisse être, sous peine de

⁽⁴⁶⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 4, pp. 417-420 y 440-445, decretos 25/28 agosto, y 28 agosto/14 septiembre 1792.

⁽⁴⁷⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 4, pp. 470-471, vol. 5, pp. 105-107 y 252, vol. 7, p. 101, vol. 8, pp. 473-474, decretos 3 septiembre, 17 diciembre 1792, y 18/22 marzo (el de la pena de muerte), 1793, y 26 febrero 1794, más el código penal y policial de 1795, libro I, *De la police*, título III, *Des gardes-champêtres et des gardes-forestiers*.

dégradation civique ». Se declaran nulos « tous jugemens sur les procès intentés relativement aux droits féodaux ou censuels, fixes et casuels, abolis sans indemnité ». Y se pone insistencia en lo principal: « Toute redevance de la plus légère marque de féodalité est supprimée sans indemnité » (48).

La propiedad liberada puede hacerse valer en medida superior. Lo testimonia el régimen hipotecario. Se plantea de forma que la tierra pueda servir de garantía para disposición de capital no sólo ajeno, sino también propio. Sobre la propiedad territorial libre, « la propriété des biens territoriaux étant dans le commerce ou pouvant être aliénés », cabe por parte del propietario « l'hypothèque sur soi-même », esto es, la emisión por registro de cédulas hipotecarias constitutivas de valores de cambio o títulos de intercambio por medio de endoso hasta un montante de las tres cuartas partes de la estimación de la propiedad. « Tout propriétaire » tendría « la faculté de prendre hypothèque sur lui-même », evitándose así para la disposición de capital el coste de la obtención y contraprestación del ajeno. No es el régimen hipotecario definitivo, pero su mismo planteamiento normativo resulta bien revelador de la determinación creciente de la propiedad (49).

Podríamos esperar tras todo ello el esclarecimiento concluyente del derecho de propiedad en singular, pero no acaba de llegar por estas normas ordinarias o en verdad extraordinarias. Producido el parto, a la criatura le falta o al menos le falla todavía el nombre que le preste identidad. Sigue habiendo « propriétaires de rentes foncières », de las rentas tradicionales que pudieran considerarse puramente territoriales y que estuvieran aún sin redimir, aunque la tendencia marcada ya es la de reducirlos también terminológicamente a la condición de acreedores, « créanciers en rentes constituées en perpétuel », una « classe de rentiers » (50). El panorama se

(48) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 6, pp. 24-29, 186-187 y 324, vol. 7, p. 216, decretos 17 julio, 7 septiembre, 30 octubre, 1793, y 18 mayo 1794.

(49) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 8, pp. 189-219, y vol. 11, pp. 16-29 y 29-35, decreto 27 junio 1795, con la autohipoteca; sin ella, ley 1 noviembre 1798.

(50) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 7, pp. 217-218, vol. 8, p. 127, vol. 11, p. 36, decretos 21 mayo 1794, y 30 abril 1795; ley, 2 noviembre 1798.

despeja para la propiedad, pero su definición como derecho no va a venir por las disposiciones que le han abierto el camino. Tendremos que retornar a la Constitución y acudir al Código para contemplar el intento definitorio como base y también en base de todo lo visto. La gestación y el alumbramiento han sido cometido de la legislación revolucionaria de a pie, pero la identificación y el amamantamiento requerirán otros empeños de la revolución misma.

Ya no hay más replanteamientos ni virajes. La criatura existe. Sus trazos están dados. Todavía podrán suscitarse cuestiones relativas a « suppression des redevances ci-devant seigneuriales » o similares, pero ya no afectan neurálgicamente a la propiedad. Es derecho que queda establecido y no va a alterarse. « Est d'avis (le Conseil d'Etat) que tous prestations, de quelque nature qu'elles puissent être, établies par des titres constitutifs de redevances seigneuriales et droits féodaux supprimés » están en definitiva así, suprimidas, « et que l'ont ne pourrait admettre les demandes en paiement de ces prestations, sans changer la législation »⁽⁵¹⁾, cambio que no parece augurarse y que en todo caso no advendrá. De abrigarse todavía alguna expectativa de mayor consideración por el antiguo dominio directo que en buena parte ni siquiera ha sido indemnizado, la pugna ya definitivamente deriva hacia este terreno compensatorio. Hay todavía problemas de liquidación que interesan a la interpretación de las medidas revolucionarias, pero ya no cabe definitivamente que alcancen a poner en cuestión su efecto de ablación masiva de derechos dominicales⁽⁵²⁾. Con todo, el derecho de propiedad ya existe y parece bastar con ello. Ya veremos cómo las Constituciones se pronunciarán finalmente en este sentido.

No parece importar definitivamente mucho dónde recaiga la propiedad. Lo importante es que exista y sea libre, que se haya liberado de cargas y goce de libertad ella misma. La tierra ha llegado

(51) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 14, pp. 118-119, dictamen del Consejo de Estado, 19 febrero 1803, con algún otro en semejante línea ya posterior a 1804, al *Code Napoléon* todavía aquí por ver.

(52) Anne-Marie PATAULT, *Un conflit entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État: l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 56, 1978, pp. 427-444.

al extremo de plantearse la liberación como valor económico mediante la autohipoteca. Es todo un signo, aun no llevándose a la práctica⁽⁵³⁾. Lo esencial es el resultado. Resulta de todo el proceso el derecho de propiedad mediante expropiación del dominio directo e impropiedad del útil. Esto es el medio y aquello el fin. Expropiaciones e impropiedades sirven para creación de la propiedad, para la producción de este derecho.

El resultado perseguido a lo largo del proceso revolucionario, según sus propias manifestaciones, es el de que la propiedad se erija sobre las ruinas de las propiedades, esto era los dominios, con base en alguno, y que lo haga como facultad de disposición y tráfico de las cosas o de ejercicio de una libertad referida a ellas mismas antes incluso que a las propias personas. Con tal misma conexión entre dominio y propiedad que comienzan por compartir denominación, *la propriété* parece principio y fin de la revolución francesa. Hemos visto que por defender incluso meramente su predicamento hubo disposición a recurrirse a la pena de muerte. Aunque suela identificársele justamente por lo contrario, existe en este proceso revolucionario una constante de defensa de las propiedades materiales no se sabe bien si por socorrerse la propiedad formal, la propiedad como libertad, cuando la integridad incluso teórica de las cosas llega a situarse por encima de la vida humana: « La Convention nationale décrète la peine de mort contre quiconque proposera une loi agraire », esto es, programa de adjudicaciones sin causa ninguna de título anterior⁽⁵⁴⁾.

Ahí tenemos la duda. Se trata de que los bienes sean « francs de toutes rentes, redevances ou prestations » que supongan carga dominical, dígase feudal, señorial o censual. El objetivo marcado es

⁽⁵³⁾ Margarita SERNA, *La formación histórica del régimen hipotecario francés o mixto*, pp. 1000-1008, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 634, 1996, pp. 943-1022.

⁽⁵⁴⁾ Jean-Pierre HIRSCH, *Terror and Property*, en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. 4, Keith Michael BAKER (ed.), *The Terror*, Oxford 1994, pp. 211-222, por lo de constatación de la constante pese incluso al terror. La cita ya es repetida: pertenece al decreto de 18/22-marzo, 1793. Y puede ser también emblemático, salvo para el ejecutado, que el primer empleo de la guillotina fuera por delito contra la propiedad: Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA y Pierre LENOËL, *Au nome de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, París 1989, p. 154.

« l'affranchissement des propriétés » o su « liberation ». Las mismas propiedades habrán de ser « libres comme les personnes ». Este nexo con la libertad personal que más puede caracterizar nunca se pierde, pero hemos visto llegar a prevalecer el empeño de liberación de las cosas. Claro queda cuando se interfiere la libertad de personas sin propiedad, la de quienes tienen que recurrir a la enajenación de su propio trabajo. Prevalece entonces, como libertad de la propiedad, la libertad del propietario. Resulta el criterio para un discernimiento.

La libertad parece que hubiera de ser de la propiedad por ella misma y que con esto, a efectos de liberación, bastase. *Liberation du sol* o emancipación de la propia tierra es expresión generada entonces y usual todavía en la historiografía para identificación del objetivo revolucionario ⁽⁵⁵⁾. Vemos que la idea se formula netamente por la legislación revolucionaria y veremos que comparece en términos no menos categóricos por el proceso codificador. Lo importante parece en efecto que fuera sin más la propiedad particular, una propiedad ella misma libre.

Tanto daría en definitiva de qué dominio procediera o a qué sector social viniese. A los efectos propios de la revolución estricta, tanto podría dar que la libertad de la propiedad recayese en una parte o en otra entre los dominios previos concurrentes. Si alguna iglesia podría aparecer ya de entrada como incapaz de hacerse cargo de la libertad propietaria, sería por su régimen interno y no por otra causa, no por causa de dominio directo ⁽⁵⁶⁾. Y lo propio podía

⁽⁵⁵⁾ *La liberation du sol* es epígrafe general de sección en la *La Révolution et la propriété foncière* de Marcel GARAUD. Abriendo camino, consagró el uso P. SAGNAC, *La législation civile et la Révolution française*, pp. 85-153: *Abolition de l'ancien régime foncier: la libération du sol*. Al cabo del siglo resulta expresión notoriamente tópica en la historiografía de esta revolución y, traducida, en las sendas de sus secuaces. Y no hace falta que se adopte como epígrafe para que la idea ofrezca entrada: A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, París 1989, p. 162: « En l'abolissant (le système féodo-seigneurial) les lois révolutionnaires affirment (...) le principe nouveau de la liberté et de l'exclusivisme de la propriété foncière », libertad exclusiva de la propiedad misma al parecer.

⁽⁵⁶⁾ B. CLAVERO, « *Fiscus Ecclesiasticus* »: *cuestión del derecho canónico ante la desamortización*, en F. TOMAS Y VALIENTE y otros, *Desamortización y Hacienda Pública*, Madrid 1986, vol. 2, pp. 613-628, y *Amortizatio. Ilusión de la palabra*, en estos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 17, 1988, pp. 319-358, interesando a Francia por cuanto hay de comunidad eclesiástica.

ocurrir con otras entidades más o menos públicas incapaces por entonces de libertad propietaria. El intento de habilitación que hemos visto del dominio público se plantea a unos efectos de expropiación más propiamente dominical, de apropiación de dominios anteriores. El derecho libre de propiedad particular o no pública es entonces un efecto revolucionario en sí, un efecto independiente del dominio histórico o del sector social que se alzara con el botín. Mediante legislación de la revolución, la propiedad puede traer título, pero no causa, de dominio anterior. También hemos visto el repudio por parte de la misma revolución, con la previsión dicha de la pena de muerte, de planteamientos revolucionarios que llegan a la ruptura completa del tracto con los dominios anteriores.

Nuestra monarca y, a su modo, nuestro abad testimoniaban la presencia propietaria de los mismos dominios superiores de cara a la revolución. Particularmente las palabras del primero podían mostrar que no estaba excluido a tal efecto de propiedad el dominio directo o superior, dominio propio, de unos derechos feudales, señoriales y censuales. Hubo visos. En vísperas revolucionarias, seguían siendo perfectamente dominicales. Para nuestro caso francés, resulta el dominio útil o inferior, dominio impropio, el que, por las vías complementarias de abolición y redención, deviene generalmente propiedad, pero esto, aparte de no estar predeterminado, no hay por qué identificarlo con la revolución misma. Su empeño más efectivo se pone en la libertad de las cosas, en su disponibilidad para el tráfico, y no en la de las personas, en su emancipación por sí mismas. En virtud de esto el planteamiento tampoco es partenogenético. Se guarda un tracto con dominio anterior, transformándose en propiedad, pero siendo indiferente a este efecto propietario de cuál derecho dominical se tratara en concreto.

La propiedad como derecho en singular está pujando fuertemente en la revolución francesa, pero le cuesta asomar cabeza frente y por encima de derechos dominicales, de todos ellos ⁽⁵⁷⁾. Nunca

⁽⁵⁷⁾ Jacques POUMARÈDE, *De la difficulté de penser la propriété (1789-1793)*, en G. KOUBI (ed.), *Propriété et Révolution*, pp. 27-42, más que nada por la expresividad del título frente a presunciones ya vistas, pues su *dificultad de pensar la propiedad* en tales años ciertamente trabajosos para el concepto se sitúa en el terreno a mi entender menos histórico que ya he indicado para este libro colectivo en relación a las páginas de su

despreciemos su presencia si queremos comenzar por enterarnos de esta revolución como luego de otras. La pluralidad tradicional de los dominios se traduce en pluralidad actual de propiedades con respaldo incluso constitucional. Las cargas dominicales siguen conceptuándose como derechos propietarios a lo largo del proceso revolucionario a pesar de que pierden en rigor desde un arranque dicho carácter, incluso las subsistentes, por pasar a ser redimibles. Por esto sólo ya sabemos que el dominio estricto se cancela. Pero unos usos terminológicos acusan unas resistencias jurídicas que no sólo son inercias lingüísticas. El propio lenguaje es indicio de la fuerza mantenida por las calificaciones propietarias para posiciones ya problemáticas como propiedad nueva y más como dominio antiguo o más también como derecho dominical viejo o joven. Unas dificultades eran efectivas porque la revolución de la propiedad no quería romper el tracto con el dominio y porque eran varios y estaban encontrados los dominios mismos.

El dominio que deviene propiedad en el caso de la revolución francesa es en líneas generales el útil, pero para la revolución sin más bastaba con que un dominio se hiciera propiedad. Aquella revolución, haciéndose paradigma, será también modalidad, debiéndose distinguir. El otro supuesto, el de la transformación por regla general del dominio directo en propiedad, hubiera sido desde luego otro caso, pero de revolución también al cabo, la variación revolucionaria que podrá darse por otras latitudes sin alteración sustancial por ello del paradigma jurídico de fondo. En unas vísperas, ningún dominio era propiedad en espera de liberación, esta imagen que la revolución francesa crea y proyecta sobre el dominio inferior con el respaldo y refuerzo añadido y no poco decisivo de la historiografía. Mas aquí ya sabemos que jugamos con la apreciable ventaja de ocuparnos en lo que cabe directamente de la historia y no de su reproducción.

2.II. *La propiedad como constitución y código de libertad de las personas.*

Normativamente, una legislación hace la revolución, pero,

coordinadora, Geneviève KOUBI. Con el peso siempre de la vigencia actual de la Declaración de 1789, estamos constatando que es tónica bastante generalizada.

siendo ésta de signo constitucional, no la preside. Desde sus primeras manifestaciones, mediante la Declaración de Derechos en 1789, está anunciándose una presidencia efectivamente tal, la primacía de la Constitución. También desde temprano está abogándose por una codificación de la que ya hemos tenido una entrega pionera, la penal, en 1791, al mismo tiempo prácticamente que la primera Constitución. Habrá más de un código y el importante a nuestros efectos de propiedad habrá de ser el civil, el Código por excelencia, el cual no llega hasta 1804, pero que está planteándose y debatiéndose desde momentos también relativamente tempranos.

Por vía constitucional y por la codificada podrá venir el esclarecimiento de la categoría del derecho de propiedad en singular que una legislación, la larga serie de los decretos revolucionarios, no acaba de depararnos. Tenemos no sólo parto, sino también rito, un rito de reconocimiento y conformación. Conviene que también lo tratemos. Abordemos el sacramento constitucionalista y codificador sin perder de vista la secuencia recién contemplada del trabajo neófito de las disposiciones a pie de obra⁽⁵⁸⁾. Veamos unas Constituciones, unos proyectos de código y el mismo Código definitivo, el *Code Napoléon* de 1804. El comienzo ya lo conocemos incluso en sus contradicciones de partida entre aparentes y aparatosas por lo que toca a Constitución.

2.II.1. *Constitución entre garantía de propiedades y libertad de personas.*

La Declaración de Derechos de 1789 comienza, con su artículo

(58) Tratamiento constitucionalmente diferenciado del asunto de la propiedad dentro del contexto de la legislación revolucionaria no lo ofrece *La Révolution et la propriété foncière* de Marcel GARAUD, como tampoco ahora *L'impossible Code Civil* de Jean-Louis HALPÉRIN. Y en la historiografía constitucional francesa impera un entendimiento político del objeto que posterga la materia civil generalmente y en relación a la misma posición que eventualmente ocupara dentro de las propias Constituciones: François FURET y Ran HALÉVI, *La Monarchie Républicaine. La Constitution de 1791*, París 1996, por no decir la serie en curso de *Histoire des Constitutions de la France* a la que pertenece. Desde el dorso de la moneda, brinda entrada L. LACCHE, *L'espropriazione per pubblica utilità*, pp. 21-47 y 243-273, la primeras también en *L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire*, en Roberto MARTUCCI (ed.), *Constitution et révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe, 1776-1815*, Manduria 1995, pp. 509-535.

segundo, por proclamar como *droit naturel, inaliénable et sacré*, como *droit naturel et imprescriptible*, el derecho de *propriété* de forma inmediata al de *liberté*, al de una libertad así parece que personal o individual. La misma Declaración sobradamente ya también sabemos que concluye, con su artículo decimoséptimo, considerando *droit inviolable et sacré* el de *les propriétés*, el de unas propiedades que así en plural constituían dominios adversos a la libertad, a una categoría individual de libertad. La Constitución de 1791 incorpora tal Declaración pareciendo que procede a una corrección de conceptos con encaje de piezas, pues sustituye el plural de propiedades por el singular de propiedad, pero la pluralidad entra en la misma Constitución por unas Disposiciones Fundamentales que registran *l'inviolabilité des propriétés*, la inviolabilidad de los dominios, como *droit naturel et civil*, derecho constituyente y constituido. El principio no puede ser en efecto más contradictorio ⁽⁵⁹⁾.

Contradicción constitucional existe en 1789, como en 1791 se produce un intento fallido de arreglarla. *Propriétés* ya sabemos de sobra que no es entonces el plural de *propriété*. En el mismo número ya puede haber no cantidad, sino cifra, signo cifrado y por descifrar. Lo hemos visto. Por la pluralidad, por ella misma, se significa dominios, unos dominios no sólo variados, sino también y sobre todo jerarquizados, unas realidades así en efecto de dominio en todos los sentidos de la palabra. Las normas constitucionales, la Declaración como la Constitución, recurren al uso plural por mantener unos derechos dominicales, los directos o superiores, o al menos para salvar unos valores económicos. Y el paso al uso del singular en este primer contexto constitucional no bastaba para significarse derecho de propiedad con cancelación de los dominios. El reconocimiento de los mismos en su pluralidad se hacía en concreto, como hemos visto, bajo unas previsiones indemnizatorias que traslucían un horizonte revolucionario no tanto todavía de abolición, como de capitalización y redención, intentándose garan-

⁽⁵⁹⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 3, pp. 275- 277, para Declaración 26 agosto 1789, con la corrección, y *Dispositions fondamentales* de Constitución 3/14 septiembre 1791, todo esto citado por extenso desde un comienzo.

tizar esto último. Con ello, no eran en realidad ya dominios, sino créditos, pero la denominación constitucional de propiedad intentaba reforzar la posición incluso con la palabra nueva declarada en singular por consideración expresa de libertad. La contradicción era múltiple, intencionada y no ha de descartarse que operativa porque finalmente fracasase. Todo esto está visto.

Una nueva Constitución llega en 1793 con alguna novedad de planteamientos ⁽⁶⁰⁾. Nos interesan éstos por sí solos, sin necesidad ya sabemos de entrar en cuestiones de eficacia. Encabeza una *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* también nueva que anuncia « droits naturels », « droits sacrés et inalienables ». El inicio de su articulado es similar al de 1789, con cierto desglose y algún acento más comunitario que relega la propiedad dentro en todo caso de la misma posición constitucional: « (Art. 1) Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles. (Art. 2) Cest droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété ». Un apartado final *De la garantie des droits* proclama lo propio reduciendo a la ciudadanía francesa la titularidad efectiva de los derechos: « (Art. 122) La constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété... ». Por medio, en otros artículos de la Declaración de Derechos, han venido especificaciones que nos interesan.

La nueva Declaración realmente especifica: « (Art. 16) Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen, de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie. (Art. 17) Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens. (Art. 18) Tout homme peut engager ses services, son temps; mais il ne peut se vendre ni être vendu: sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne connaît point de domesticité; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie. (Art. 19) Nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété, sans son consentement, si ce n'est lorsque la

⁽⁶⁰⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 5, pp. 435-441, Constitución 25 junio 1793, en particular pp. 435-437 y 441.

nécessité publique légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. (Art. 20) Nulle contribution ne peut être établie que pour l'utilité générale. Tous les citoyens ont droit de concourir à l'établissement des contributions, d'en surveiller l'emploi, et de s'en faire rendre compte. (Art. 21) Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

El reajuste de entrada de la ubicación de la propiedad dentro de la categoría de derechos constitucionales, anteponiéndose ahora como hemos visto no sólo libertad, sino también igualdad y seguridad, tiene su traducción y alcance. En lo que ante todo ahora nos interesa, he aquí que se define constitucionalmente la propiedad en singular como derecho, derecho « de jouir et de disposer à son gré (du citoyen) de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie ». También la garantía de utilidad pública e indemnización particular respecto a eventuales expropiaciones, ley mediante, se consigna para la propiedad en singular. Entre el derecho propietario extendido al trabajo, tanto a su acceso como a su producto, y la garantía constitucional aplicada sin uso del plural, tenemos aquí una propiedad de las cosas que puede vincularse a libertad de las personas.

Ya no estamos en 1791 y menos en 1789, cuando todavía era incierto el destino final de unos dominios o al menos de sus valores económicos, aquello que estorbaba la misma formulación y más aún la implantación de la propiedad en singular. Ahora se ignoran unas pluralidades y con ello unos dominios. Y no sólo se trataba de dominios sobre dominios, los directos sobre los útiles. Las mismas disposiciones que habían intentado adoptar el concepto de la propiedad en singular, como aquella especie ya vista de código rural de 1791, situaban expresamente al trabajo en una posición de dependencia propietaria que ahora también constitucionalmente se cancela de la forma más expresa. Por virtud del mismo derecho de propiedad extendido al producto del propio trabajo, no del ajeno, y por la posición constitucionalmente equivalente que entonces resulta entre propiedades, actual la una, la propiedad misma, y virtual el otro, el trabajo propio, no cabe tal dependencia. Se declara la cancelación constitucional tanto de la conversión del trabajo en

propriété aliénable como de su prestación en posición o relación de *domesticité* o subordinación.

Desaparece con todas estas implicaciones el plural constitucionalmente, pero ya sabemos que dista de hacerlo realmente. Unas normas más ordinarias no pueden adoptar el concepto tan inequívoco de la propiedad en singular de cara a las secuelas de los dominios y no se muestran tan dispuestas a hacerlo tampoco respecto al trabajo. Sin necesidad de salirnos del campo normativo en el que nos venimos moviendo, hemos tenido evidencias suficientes sobre todo en lo relativo a la resistencia de un término de propiedad aplicado a crédito derivado de antiguo dominio. Y no hemos encontrado indicio alguno de que la equiparación constitucional entre propiedad y trabajo por la inclusión de éste en el mismo concepto propietario haya intentado adoptarse por otras normas. Mas el testimonio de la Constitución de 1793 ahí también lo tenemos. Se trata de planteamientos que pueden estar pujando desde el mismo comienzo de la revolución, pero que sólo ahora han alcanzado expresión normativa de orden constitucional ⁽⁶¹⁾.

Nueva Constitución adviene, con novedades a nuestro propósito, en 1795 ⁽⁶²⁾. Encabeza ahora una *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*. Los derechos siguen interesando desde un inicio: « (Art. 1) Les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété », siguiendo definiciones, con la nuestra: « (Art. 5) La propriété est le droit de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie », mas sin que venga ahora concreción constitucional de

⁽⁶¹⁾ Quiero decir que no ha dejado de haber proyectos en tal línea sustancial, pero sin lograr ni siquiera ser adoptados formalmente como tales: S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pp. 608-612, o también C. FAURÉ, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, pp. 123-126, para ejemplo no desdeñable, por pertenecer a constituyente significado, el de Monsieur TARGET, *Projet de Déclaration des Droits de l'Homme en Société*, París 1789, de donde viene mi cita segunda de cabecera. Y no discuto calificaciones o descalificaciones decimonónicas y actuales entre liberalismo o individualismo y socialismo o colectivismo finalmente tan habituales en la historiografía respectiva, pues me parecen, en sus términos de alternativas, desorientadoras, no digo, pues no entro aunque habré de acabar irremediabilmente en ello, que desorientadas.

⁽⁶²⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 8, pp. 277-298, Constitución 22 agosto 1795, particularmente pp. 277-278 y 297.

ese nexo intrínseco entre propiedad y apropiación del producto del propio trabajo. Entre los deberes también figuran pronunciamientos que pueden más vagamente interesar a derecho de propiedad aun concluyendo en garantías: « (Art. 8) C'est sur le maintien des propriétés que reposent la culture des terres, toutes les productions, tout moyen de travail, et tout l'ordre social. (Art. 9) Tout citoyen doit ses services à la patrie et au maintien de la liberté, de la égalité et de la propriété, toutes les fois que la loi l'appelle à les défendre ».

La garantía más comprometida que importa a expropiación, pero dejándose ahora caer la exigencia de que sea previa la indemnización, figura entre unas disposiciones finales nada transitorias, *Dispositions générales*: « (Art. 358) La Constitution garantit l'inviolabilité de toutes les propriétés, ou la juste indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice ». Y he aquí la sorpresa de que vuelve el plural de propiedades incluso enfatizado, *toutes les propriétés*, en el mismo contexto que sirviera desde 1789 como búnquer constitucional de los dominios, pero quizá no debemos sorprendernos. Puede significar otra cosa.

Viene el plural de propiedades tras otro pronunciamiento de la misma Constitución que también se refiere a propiedad, a un tipo ahora nuevo: « (Art. 357) La loi doit pourvoir à la récompense des inventeurs ou au maintien de la propriété exclusive de leurs découvreurs ou de leurs productions ». Sigue menos inmediatamente a otro reconocimiento análogo que se ha efectuado fuera de la Constitución, el de la propiedad, la *propriété*, sobre sus producciones de « les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs »⁽⁶³⁾. Son propiedades que hoy llamaríamos especiales por su régimen más limitado⁽⁶⁴⁾. Y tal expresión plural se sitúa además en 1795, cuando los dominios y sus pretensiones propietarias a unos efectos indemnizatorios están ya quedando definitivamente deshauciados. La misma pluralidad puede ser nueva. No es la que venimos considerando y nos importa⁽⁶⁵⁾.

(63) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 6, pp. 35-37, decreto 18/24 julio 1793.

(64) Jean-Michel DUCOMTE, *La Révolution française et la propriété littéraire et artistique*, en G. KOUBI (ed.), *Propriété et Révolution*, pp. 109-126.

(65) Salvatore PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán 1964, pp. 145-309:

El concepto de derecho de propiedad en singular ya está formulado en sede constitucional, encontrándose con el compromiso, por su proximidad a la libertad, del derecho del trabajo como título y acceso igualmente propietarios. De este experimento no habrá prueba ulterior en nuestro laboratorio revolucionario. La propiedad de concepto constitucional que es atributo de personalidad y de una personalidad individual, este derecho aparente desde la Declaración de Derechos de 1789 por virtud de su artículo segundo, no del decimoséptimo, representa un verdadero compromiso por cuanto que interesa también y neurálgicamente al trabajo. Es un nudo gordiano que se corta de un tajo. Tal concepto de propiedad queda constitucionalmente por entonces en vía muerta. Otras normas constitucionales de nuestro periodo van a dejar de considerar la propiedad como derecho.

Es asunto la propiedad que de momento se evacua de las Constituciones, pero que no por ello se abandona o ni siquiera se descuida. Se confía a la codificación, al Código que llegará en 1804, el *Code Napoléon*. Viene ya considerándose en los proyectos codificatorios como ahora también veremos. Tras codificarse la propiedad, la propia Constitución podrá recuperar el asunto. Lo hará para garantizar no sólo un derecho, sino también un estado, el estado de la propiedad resultante de la revolución. La de 1814 proclamará: « Toutes les propriétés sont inviolables, sans aucun exception de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles »⁽⁶⁶⁾. El origen revolucionario de la propiedad, de *toutes*

La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera) (1952), base de arranque para la reflexión sobre unas y otras pluralidades nuevas y antiguas, también sobre la que nos importa, por parte de P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, pp. 603-665: *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, con edición exenta en castellano: *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, traducción de Ángel LÓPEZ, Madrid 1992; la edición original en Ennio CORTESI (ed.), *La proprietà e le proprietà*, Milán 1988, pp. 205-272, volumen todo él histórico. Y ya se ve la pobre inventiva de mi subtítulo, como se verá la paupérrima, plural por singular, del título. Ambos circunscriben nuestro objeto. En las nuevas *propiedades* plurales tampoco entraré, aunque también concluiré, entre punto y línea, con ellas.

⁽⁶⁶⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 19, pp. 76-88, *Charte Constitutionnelle* 4 junio 1814, art. 9; repitiéndolo literalmente la siguiente, vol. 30, pp. 181-186, y 14 agosto 1830, art. 8.

les propriétés en el sentido nuevo de *propriété*, queda constitucionalmente revalidado.

En nuestra materia de propiedad, la revolución cumplirá su ciclo en 1804, con el Código que enseguida veremos. Pero la clausura definitiva es constitucional. Se produce con dicho pronunciamiento de 1814, con su saneamiento de un resultado en el que también y ante todo se entiende comprendido el propio Código. Sobre su existencia la Constitución se plantea en nuestra materia. Aun no dejando de hacerse constar que el *Code* es ley ordinaria y así disponible, su vigencia se declara constitucionalmente de modo específico. La Constitución podrá también recuperar la declaración de garantía respecto a la expropiación: «L'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indemnité préalable», cabiendo entenderse ahora que así se ratifica el principio más o menos equivalente que veremos en el *Code*, como si éste fuese a estas alturas la norma fundamental ⁽⁶⁷⁾.

Entre 1804 y 1814 ha podido dirimirse la superposición del Código incluso a Constitución. La presidencia de la norma constitucional está perdiéndose desde que ha abandonado el compromiso

(67) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 19, p. 86-87, Carta de 1814, art. 68: « Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé », e igual también en la siguiente, vol. 30, p. 185, Carta de 1830, art. 59. Para expropiación, vol. 19, p. 80, y vol. 30, p. 182, ambas Cartas, 1814, art.10, y 1830, art. 9, con nota de referencia, en la primera ocasión, al artículo del *Code*, el 545 como veremos, y a la doctrina del Consejo de Estado correspondientes. El Código comprobaremos que mantiene la expresión de *juste et préalable indemnité*, hace uso del giro de *utilité publique* y suprime para esta utilidad el requisito de *légalement constatée*, mientras que las Constituciones ahora dicen *intérêt* con la constatación legal y sólo *préalable* para la indemnización, resultando, pese a esto, más garantistas las segundas, también con su expresión de entrada de *le sacrifice d'une propriété* tan en negativo y tan en singular, pero una práctica ha arrancado antes de 1814 en la línea del Código restando ulteriormente garantías: L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità*, pp. 49-134. Signo de que el Código puede acabar superponiéndose a Constitución, fallando esta presidencia, lo ofrece el mismo lenguaje: el término definitivamente acuñado será *utilité publique*, como el *Code* reza, y no *intérêt public*, como dicen ahora las Constituciones, ni tampoco *nécessité*, como decían durante la revolución; «nécessité légalement constatée» y no «nécessité publique, légalement constatée», ya vimos que figuraba en alguna edición de su momento de la *Déclaration* de 1789, art. 17.

con los derechos de libertad como el de la propiedad por causa de emancipación personal ⁽⁶⁸⁾. Es razón a la que responde la misma secuencia de nuestro índice, pues en otro caso habríamos tenido que concluir con Constitución, no con Código. La codificación, aunque no clausure, va a plegar y librar. El *Code*, ley formalmente ordinaria, resulta de un alcance extraordinario igual que la legislación revolucionaria e incluso puede que más. En nuestra materia será de un efecto constituyente en mayor medida que la revolución misma y en base a ella. De otra forma, sin este trasfondo, sin tal firme, hubiera sido imposible la codificación como inconcebibles sus piezas, como infactible el derecho de propiedad sin ir más lejos.

2.II.2. Código entre libertad de personas y libertad de cosas.

Entremos finalmente en la codificación, en el proceso codificador que nos conducirá al *Code Napoléon*. Contemplemos el planeamiento y realización de un sistema civil en lo que respecta estrictamente a la conformación de la propiedad. Del modo como vienen produciéndose las cosas, este derecho ha de encontrar forzosamente acomodo y presencia, posición y definición. Concepto y encaje es lo que nos interesa. Tampoco habrá necesidad de ser agotadores. Vayamos viendo lo que se significa por unos proyectos

⁽⁶⁸⁾ Resulta significativo el estilo de coleccionar el ordenamiento básico que puede asentarse bajo la Constitución de 1814: *Les Six Codes précédés de la Charte Constitutionnelle et de ses Lois Organiques, accompagnés du texte annoté des lois qui ont abrogué ou modifié plusieurs de leurs dispositions, et de l'indication de leurs articles corrélatifs, suivis des tarifs et dépens en matière civile et en matière criminelle, des lois sur le notariat, la contrainte par corps et le sacrilège, de la concordance des calendaires et du rapport des mesures et valeurs anciennes avec les nouvelles, etc.* (sic), París 1828, precediendo así la norma constitucional en el texto, pero presidiendo en el título, más claramente todavía por la tipografía, los *Seis Códigos* (*Civil, de Procédure Civile, de Commerce, Penal, d'Instruction Criminelle* y *Forestier*), todos napoleónicos, salvo el forestal, sin el cual también hay ediciones de cinco y el cual ha venido en 1827 a constituir caso de propiedad especial o de las nuevas pluralidades (art. 2: «Les particuliers exercent sur leurs bois tous les droits résultant de la propriété, sauf les restrictions qui seront spécifiées dans la présente loi»), con el presupuesto ya dado y entendido, en cuanto a la *propriété* en singular, del *Code Civil* que ahora por fin vamos a ver.

como vía de acceso y arribo al puerto de destino, el *Code*. El Código, este invento, es lo que finalmente nos importa ⁽⁶⁹⁾.

En 1793 se plantea el primer proyecto orgánico y formado de código civil con el propósito expreso general de establecer « l'empire de la liberté » y el particular, en materia de propiedad, de atenerse « à la nature des choses » y poder así precisar « les droits qui lui sont inhérens » sin tenerse que introducir por ello en filosofías « de décider si la propriété existe par les lois de la nature, ou si c'est un bienfait de la société ». En todo caso, responde a una naturaleza de las cosas que implica de por sí derecho, el derecho inherente de la propiedad misma, derecho de apropiación y disposición de los bienes. Dicho de otro modo, el derecho es de libertad y de una libertad que puede predicarse de las cosas mismas por propia naturaleza: « La libération étant de droit naturel, nous l'avons admise dans tous les cas, et nous avons estimé que les débiteurs des rentes viagères devraient avoir la faculté de les rembourser comme les débiteurs des rentes constituées ». Ha de regir así un principio general de redimibilidad de cargas por parte del propietario, la posibilidad de que éste pueda serlo siempre con plenitud, y debe entonces hacerlo porque la *libération*, la liberación de la propia tierra, se considera de *droit naturel*, facultad de naturaleza ⁽⁷⁰⁾.

En el mismo primer proyecto de 1793, en su parte articulada, podrá venir una definición de la propiedad como facultad del propietario expresamente incompatible con la división de dominios o con el dominio sin más: « La propriété d'un bien est le droit qu'a celui en qui elle réside de jouir et de disposer de ce bien. Deux personnes ne peuvent être en même temps et séparément proprié-

⁽⁶⁹⁾ Para el Código así posible, pasa a ser naturalmente nuestro principal guía *L'impossible Code Civil* de Jean-Louis HALPÉRIN. Respecto a la cesura más radical todavía que entiendo y aquí doy por entendida entre codificación *après la Révolution* y cualesquier otras ocurrencias y prácticas de códigos incluso próximas en el espacio y vecinas en el tiempo, mi trabajo ya citado a los mismos efectos liberatorios, por remisivos, sobre *Codificación civil, revolución constitucional*, primeramente editado en estos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 18, 1989, pp. 79-145.

⁽⁷⁰⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, pp. 5-9, de la presentación del proyecto, 9 agosto 1793.

taires de la totalité d'une même chose. Le domain direct ne peut être séparé du domaine utile ». Aquí aparece con toda su capacidad sintética la terminología de los dominios para expresar el objetivo que la legislación revolucionaria perseguía con ulteriores desgloses porque lo hacía entre mayores vacilaciones. Con tal última expresión, adviértase que está dándose también implícitamente por sentido el principio de identificación del antiguo dominio útil con la nueva propiedad. Es el dominio directo lo que ya no parece tener cabida en el capítulo propietario de un código civil. Las cosas no pueden compartirse dominicalmente porque han de ser disponibles en el mercado: « Tout ce qui est dans le commerce des hommes peut être vendu ». Por vía de arrendamiento también puede traficarse con el trabajo: « Le louage en général est un contrat par lequel une personne cède à une autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail, pendant un temps donné, pour un certain prix ». Este servicio laboral, si es efectivamente temporal, si no es « service a perpétuité », también resulta expresión de « la liberté naturelle des hommes ». Se le sitúa así en el campo de la libertad contractual bajo figura de arrendamiento sin efecto dominical ni propietario ⁽⁷¹⁾.

Un segundo proyecto de código tenemos en 1794. Presenta un planteamiento bien categórico: « Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société: Être maître de sa personne; Avoir des biens pour remplir ses besoins; Pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter ». La libertad propietaria, como la contractual, constituyen extensiones naturales de la libertad personal. Y la propiedad misma adquiere sentido situada entre la libertad y el contrato. En un primer término, entre la propiedad y la persona, produciendo la conexión, media el trabajo igual y siempre libre. En su virtud se tiene derecho no sólo a la propiedad de disposición directa o personal, sino a propiedades por encima de las mismas necesidades personales: « Si l'homme se suffisait à lui-même, s'il n'avait besoin que du droit de propriété personnelle, semblable à ce philosophe de l'antiquité, il porterait tout avec lui, et ne courrait pas après des biens qui lui seraient

⁽⁷¹⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, pp. 39 y 76-78.

inutiles; mais la nature l'a fait naître dans le besoin; elle a attaché son existence au travail; il lui faut des biens, il lui faut des propriétés; son industrie même est une propriété pour lui ». Y propiedad, sea de sí mismo, sea de las cosas, ha de ser disposición, expresión siempre de libertad: « L'homme, quoique propriétaire de sa personne et de ses biens, ne peut jouir pleinement du bonheur qu'il a droit d'attendre de la société, si elle ne lui accorde, ou plutôt si elle ne lui laisse le droit de disposer à son gré de cette double propriété », doble por referente a sí mismo y a las cosas ⁽⁷²⁾.

En el cuerpo articulado de este proyecto viene un concepto de propiedad como derecho del propietario que parece identificarse menos radicalmente con su libertad por haber de conformarse a ley, pero ya habrá de suponerse que esta ley es la que parte de dicha misma concepción, el propio código: « Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer conformément à la loi », pero obsérvese que se ha pasado así a definir, no *la propriété*, sino *le propriétaire*, con lo que esto implica de situarse en la posición, no de la ley, sino de la propiedad misma. Al mismo concepto de libertad puede afectarle más el hecho de que siga apareciendo el trabajo o la mano de obra no sólo como objeto comercial, sino también, implícitamente, como servicio personal o servidumbre temporal, nunca perpetua: « Les meubles, les immeubles et la main d'oeuvre sont susceptibles de louage. Nul ne peut engager ses services à perpétuité ». Como podía también manifestarse en la expresión de « services fonciers » o servidumbres rústicas, guardaban entonces todavía bastante equivalencia general dichos términos de dependencia entre cosas o entre personas, el de servicio y el de servidumbre ⁽⁷³⁾. Y el mismo arrendamiento sin efecto propietario se ve que constituye el contrato principal para la extensión de la propiedad más allá de la libertad personal. Así se aplica, como a las cosas, al trabajo. Lo que se predicaba como base de la propiedad incluso menos personal por vía de libertad, esto es, el trabajo mismo, podía resultar en el propio código, para el no propietario, camino de servidumbre, negación de

⁽⁷²⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, pp. 99-107, de la presentación del proyecto, 9 septiembre 1794.

⁽⁷³⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, pp. 116-117 y 130.

la libertad misma, forma nueva, sin dominio, de sometimiento a dominación. En este segundo proyecto de mayor aliento teórico, es más fácil entonces y luego ver lo uno, la propiedad como libertad, que no lo otro, el trabajo como servicio ⁽⁷⁴⁾.

Un tercer proyecto llega en 1796. Su planteamiento se produce en unos términos menos categoriales. Ya no se entra diciendo que el objeto del código es la libertad, la propiedad y la libre contratación, pues se dice que son « les personnes, les propriétés et les conventions », las propiedades así de entrada en el sentido material de « les choses », pero con un objetivo inmediato respecto a las mismas: « pour déterminer si elles sont susceptibles ou non d'une propriété privée, et comment le droit de propriété s'établit sur elles », con esta finalidad esencial de determinación formal del *droit de propriété* como *propriété privée*. « Quant au droit de propriété, les biens sont ou nationaux, ou communaux, ou privés », siendo los primeros los *domaines* y los últimos la *propriété*, la propiedad más propiamente dicha, propiedad privada: « Lorsque les biens ne sont ni nationaux ni communaux, ils ne peuvent être que object du droit de propriété privée; ceux à qui ils appartiennent peuvent en disposer à leur gré ». Es una libertad de la propiedad modulable inmediatamente mediante ley: « Cependant ce principe conservateur doit fléchir devant le besoin de la société entière; de là, la soumission du droit de propriété au bien général, et les motifs de quelques exceptions qui rendent ce droit plus sacré en le liant à l'intérêt commun ». Queda bien concebida la *propriété privée*, propiedad privada por particular y también por privativa, a pesar no sólo de que está cediendo el aliento teórico, sino también pese a estarse aplicando la categoría propietaria, como antes la dominical, a aprovechamientos no excluidos por el propio derecho de propiedad e incidentes así sobre cosa ajena: « Le droit de propriété est susceptible de diverses modalités (...). Ces modalités sont l'usufruit, les services fonciers, les rentes foncières », éstas inclusive. Son asimilaciones todavía de pluralidad antigua ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ J.L. HALPÉRIN, *L'impossible Code Civil*, pp. 207-208, pero también, permítaseme, aunque sin referencia al proyecto, B. CLAVERO, *Propiedad como libertad*, pp. 180-185.

⁽⁷⁵⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, pp.

El cuerpo articulado intenta dar con una fórmula que case la dialéctica entre libertad de la propiedad y ley de la sociedad: « Le propriétaire a droit de jouir et de disposer à son gré, en se conformant aux lois établies pour la nécessité commune », donde lo más significativo puede seguir siendo que se defina, no *la propriété*, sino *le propriétaire*, el sujeto de tal libertad. Es el concepto que rige aun con el acento que se ha puesto en los motivos de interés general y necesidad e interés comunes para sustentarse la presencia así añadida de la ley. El giro subjetivista también puede prestar otros favores, pues viene a servir para eludir la definición anunciada del usufructo como derecho de propiedad: « L'usufruitier a le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété ». El usufructo queda indefinido. Aun con el repaso selectivo que estamos efectuando, otros artículos ya nos pueden resultar definitivamente repetitivos: « Les meubles, les inmuebles et la main d'oeuvre sont susceptibles de louage (...). Nul ne peut engager ses services à perpétuité »⁽⁷⁶⁾. El arrendamiento sin efectos dominicales o ahora propietarios, el que retiene la propiedad, es el que nodalmente interesa. Importa igualmente que pueda aplicarse a la mano de trabajo sin secuelas tampoco de perpetuidad. Son mecanismos ya de la singularidad nueva. Está visto y apreciado. No hace falta que nosotros seamos tan reiterativos como los proyectos con constataciones ya efectuadas y consideraciones ya explicadas.

El cuadro se perfila. Va adquiriendo contornos. Sus figuras cobran forma y pueden cobrar vida. A lo que ahora nos importa, podrán seguir variaciones alrededor de unos mismos motivos. Podemos ahorrarnos el repaso de otros proyectos pues no habrá elementos nuevos. Hay un giro. Remite el planteamiento de la libertad de las personas sin que lo haga en cambio el de la libertad de las cosas. No son dimensiones finalmente vinculadas. La disociación ocurre paralelamente y en correspondencia al abandono que ya hemos visto en el mismo orden constitucional. Así llegamos al

141-161, de la presentación del proyecto, junio o julio 1796, con indicación editorial sólo de mes y año, messidor IV.

⁽⁷⁶⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1, pp. 243, 244 y 296.

código definitivo, al *Code Napoléon*, a 1804 ⁽⁷⁷⁾. Ahí tenemos no sólo la definición bien afamada de la propiedad como libertad con ley, sino también la concepción más solapada del trabajo como servicio con dependencia, ésta incluso con mayor empeño.

En el mismo apartado definitorio, en una sucesión de un trío de artículos, hace el *Code* un recorrido hasta ese punto. Se va de la propiedad al trabajo pasándose por la expropiación: « (Art. 544) La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens. (Art. 545) Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si c'est ne pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. (Art. 546) La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession ». Ahí puede entrar, por la accesión que se dice artificial, el trabajo con efecto de expropiación privada del producto mediante retribución que no guarda relación de valor con la producción misma: « (Art. 548) Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers ». Sobre la libertad de la propiedad con ley, un artículo previo ya se ha pronunciado: « (Art. 537) Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent,

(77) J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vol. 14, pp. 129-130, *Loi sur la promulgation, les effets et l'application des lois*, 5 marzo 1803, publicando así tan sólo el título preliminar y ofreciendo para el resto luego únicamente regesto, con remisión a las ediciones exentas. Vuelve a tenerse vivo el texto íntegro primero: *Code Civil des Français. Edition originale et seule officielle*, París, año XII-1804 (facsimil 1982), con registro de las fechas de publicación y promulgación por entregas desde la dicha de principios de marzo de 1803, como tampoco es raro en ediciones posteriores; la orden de edición bajo el nombre de *Code Napoléon*: J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection*, vol. 16, p. 178, ley 3 septiembre 1807; una disposición preliminar a la Constitución de 1814 que revalida, como ya hemos visto, su vigencia, ya intenta desterrar el nombre propio: *Collection*, vol. 19, pp. 7-9, decreto senatorial de aprobación de la Carta Constitucional, 6-abril, 1814, en art. 28: « Le Code des lois civiles será intitulé *Code civil des Français* ». Volverá a ser *Napoléon* mediado el siglo: J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens et Avis du Conseil d'État (...). Continuée depuis 1836, et formant un volume chaque année*, vol. 52, París 1852, p. 357, decreto 27 marzo 1852.

sous les modifications établies par les lois... ». Y también ha precedido otro artículo de liberación de las cosas respecto a rentas mediante el principio general de la redimibilidad sin posibilidad así de división propietaria entre titular del bien y quien ya es definitivamente acreedor: « (Art. 530) Toutes rentes établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans: toute stipulation contraire est nulle ». Treinta son los años en los que se fija el plazo último de prescripción de derechos ⁽⁷⁸⁾.

Hemos llegado al culmen, pero téngase paciencia, que tampoco pido mucha. No voy a ocuparme todavía de la definición finalmente codificada del derecho de propiedad por hacerlo con mayor tranquilidad luego, prometo que enseguida. Su misma importancia aconseja tratamiento aparte y no de paso. Definitivamente se cierra una pluralidad de propiedades y se abre la singularidad de propiedad. Contentémonos de momento con esta contemplación del derecho propietario en la expresión más singular de la soledad más excluyente. El *Code* singulariza realmente la propiedad. No cabe dentro de él y para ella pluralidad. La disposición, la capacidad de movilizar y realizar un valor económico por determinación privada, es lo definitorio.

Usufructo, servidumbres y similares, lo que aún hemos visto aparecer como posibles modalidades de derecho propietario en el propio proceso codificadorio, se asientan en el acomodo particular y distinto, bien que inmediato, que ya se le venía deparando, sin participación definitivamente de categoría propietaria ni siquiera definiéndose por sí mismos cuando ofrecen goce, pero nunca dis-

(78) P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 11, pp. 3-165, por lo relativo a los definitivos artículos referidos, 530, 537, 544-546 y 548, los consecutivos del trío que digo definitorio, pues no sólo lo resulta el 544, el de la definición más directa. La relación última indicada es con el art. 2262: « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

posición, de la propiedad: « (Art. 578) L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». La presentación es significativamente disyuntiva: « (Art. 543) On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou simplement des services fonciers à prétendre », como son también expresivos los calificativos reductores por simpleza que se aplican a los derechos no propietarios. Sólo se comparte un epígrafe *des modificatios des propriétés* sin otro reflejo que pudiera entenderse como variedades del derecho de propiedad ⁽⁷⁹⁾. La propiedad como derecho parece quedar por fin, a fuer de singular, sola. Luego ya digo que le daremos compañía.

Tenemos más por supuesto. El proyecto codificadorio ha venido planeando y el *Code* no deja de consagrar un contrato locatorio sin efecto propietario, el arrendamiento que no divide dominio ni lo confiere en forma ni grado alguno al arrendatario. No cabe que sea perpetuo ni para las cosas ni para las personas, pues éstas también pueden ser, por medio del trabajo, objeto. En este contexto contractual del arrendamiento, siguiéndose igualmente la línea que

⁽⁷⁹⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 11, pp. 167-243, respecto al definitivo libro II, *Des biens et des différents modifications de la propriété* (arts. 516-710), tít. III, *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation* (arts. 578-636; 30 enero 1804), precediendo tít. II, *De la propriété* (arts. 544-577; 27 enero 1804) y siguiendo tít. IV, *Des servitudes ou services foncières* (arts. 637-710; 31 enero 1804); el tít. I, *De la distinction des biens* (arts. 516-543; 8 enero 1804), no ofrece categoría propietaria compartida entre propiedad y el resto aun con la calificación éste de inmueble (art. 526: « Sont immeubles, par l'object auquel ils s'appliquent: L'usufruit de choses immobilières; Les servitudes ou services fonciers... »). El usufructo era tradicionalmente un derecho de entidad dominical bastante problemática, pero por lo que se ve todavía viva: P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, pp. 571-601: *Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca (La nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana)* (1982), advirtiendo aún contaminaciones de estratos históricos incluso en el *Code*, a lo que vendré luego; Giovanni Rossi, « *Duplex est usufructus* ». *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune*, Padua 1996, para la problemática dominical precedente. Además del epígrafe ya así definitivo del libro II *des modificatios de la propriété*, que podía entenderse como modulaciones de la propiedad y no como variedad de propiedades, la concepción vista de *modalités de propriété* en este segundo sentido estaría bien presente, pues los proyectos venían imprimiéndose: Jean-Jacques-Regie CAMBACÉRÈS, *Projet de Code Civil présenté au Conseil des Cinq-Cents, au nom de la Commission de la Classification des Lois*, París, año V-1796 (facsimil 1977), pp. 40-41.

venimos viendo, se producirá la ubicación y tratamiento de la relación laboral, acentuándose además la dependencia del trabajo respecto a la propiedad dentro de un medio de *domesticité* que, precisamente por el efecto, hemos visto intentar cancelarse por la Constitución de 1793. Era un nudo gordiano que ya sabemos cortado de un tajo. El Código lo ignora. No hay problema de libertad personal para el trabajo ajeno, para la apropiación de su producto. La propiedad resulta definitivamente más que personal. Es un derecho expansivo de apropiación sin relación con libertades individuales salvo la del propietario y sin proporción con libertad ninguna salvo la de las cosas. En fin, el Código constituye una propiedad que puede ser de otra forma dominio ⁽⁸⁰⁾.

Es una propiedad sobre las cosas que no tendrá necesidad del dominio sobre las personas, pues en lo uno ya puede contenerse e incluso consistir lo otro. La propiedad misma apodera por su relación con el trabajo no sólo propio. El trabajo resulta una función de la propiedad y no al contrario. Lo mismo puede decirse de la libertad de las personas respecto a la liberación de las cosas. Frente a la misma concepción constitucional, la primera, la libertad personal, resulta función de la segunda, la propiedad real. La dependencia doméstica o servil es un grado, no la clave ⁽⁸¹⁾. El mismo planteamiento constitucional, el que hemos visto más claramente formulado en 1793 y aún mantenido en 1795, podrá recuperarse con el tiempo sin alteración sustancial del paradigma de la propiedad. Lo esencial es lo que se dice accesorio, lo que el propio Código conceptúa como accesión, su vertiente de apropiación de producto de trabajo ajeno como elemento intrínseco de la propiedad misma. De este modo

⁽⁸⁰⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 14, pp. 217-358, por lo que toca al definitivo artículo 1781 o en general a lo que resultará libro III, *Des différents manières dont on acquiert la propriété*, tít. VIII, *Du contrat de louage*, cap. III, *Du louage d'ouvrage et d'industrie*, secc. I, *Du louage des domestiques et ouvriers*, y todo este título octavo, por no decir todo el extenso libro tercero de obligaciones y sucesiones, pero con dicho elocuentísimo epígrafe referente también a propiedad.

⁽⁸¹⁾ André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973, pp. 84-86; André CASTALDO, *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil: « Le maître est cru sur son affirmation »*, en *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 55, 1977, pp. 211-237; Jean-Michel LATTES, *Le travail: objet de propriété?*, en G. KOUBI (ed.), *Propriété et Révolution*, pp. 221-229; B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 29-32.

queda concebido paradigmáticamente tal derecho por la revolución francesa. El efecto expropiatorio de la propiedad privada no requería de la dependencia directa. Elementos tan magnéticos como el de la accesión entre cosas liberadas, pues no personas, podían bastar ⁽⁸²⁾.

A través del trabajo por sí solo, sin sustento ni recurso propietario, la propiedad resulta intrínsecamente expropiatoria. Lo es por sí misma y sólo además con ello, sin necesidad de salirnos de su terreno más estricto. Constituye la propiedad un derecho extensivo a la apropiación y disposición del producto de trabajo no sólo propio, sino también ajeno. La misma propiedad consiste en esto. La liberación de cosas puede ser sujeción de personas no como efecto imprevisto, sino como elemento constitutivo del derecho mismo. Tanto la jurisprudencia de tal derecho como la historiografía de tamaña revolución podrán sufrir la esquizofrenia de celebrar y acusar una libertad a medias. Cuando miran a aquella efémerides progenitora, madre de parto, alma mater todavía del propio sistema por lo visto y por lo que se avista, por la posición que se asume y por la impresión que se ofrece, suelen seguir enredándose entre evidencias emancipatorias que se entienden frustradas y que pudieron en realidad nacer lastradas. En la contribución historiográfica a la celebración de un bicentenario hemos tenido evidencias, ignoro si sobradas ⁽⁸³⁾. Es lastre que históricamente, no sé si todavía, se enquista en el Código y que con él se reproduce.

El motivo constitutivo de la propiedad, de una propiedad que se extiende expresamente más allá de la personal, no es en definitiva, conforme se enquista, la libertad individual. La razón constitutiva de este derecho es la sinrazón resultante del trabajo, de su expropiación doble por vía de legitimación dominical y de desposesión laboral, de atribución a la misma propiedad tanto del mérito como del producto

⁽⁸²⁾ Para testimonio también francés del nexo codificado entre la accesión y el derecho de la propiedad al producto de trabajo ajeno, B. CLAVERO, «*La propiedad considerada como capital*»: en los orígenes doctrinales del derecho actual español, pp. 524-527, en nuestros *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, 1976-1977, vol. 1, pp. 509-548.

⁽⁸³⁾ B. CLAVERO, *De un derecho, la Constitución, y de un revés, la Historia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60, 1990, pp. 607-632, practicando el innoble deporte de la autocita reincidente para sustentar ahora insinuaciones tan maliciosas sin necesidad de repetir faena tan incómoda.

del trabajo. Su razón última no es la cancelación de todo dominio, pues un dominio precisa como tracto y otro dominio produce como medio. Entre dominación antigua y dominación nueva, está la revolución, mediadora así ella misma y no extintora de dominios.

3. *APRÈS LA RÉVOLUTION*, EL DOMINIO DE LA PROPIEDAD

A la luz de los planteamientos constitucionales y a resultas de la legislación revolucionaria, si nos quedáramos en ello, pareciera que estuviéramos asistiendo a una sustitución de las propiedades en plural como dominio o dominación social por la propiedad en singular como libertad o emancipación individual. La misma liberación de las cosas se estaría planeando a efectos de franquicia de los individuos. Tal sería por lo menos el plan de partida de la revolución, plan proclamado desde un inicio por el artículo segundo de la Declaración de 1789: « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », la propiedad, tras la libertad, expresamente comprendida. Tal podría ser también la conclusión, pero resultaría a todas luces precipitada incluso respecto a dicho mismo punto de partida de la *Déclaration des Droits*. Por medio y en el contexto hay indicios clamorosos de otro signo que invitan a la matización. Y en el matiz puede estar siempre la clave.

3.I. *Constitución solapada*: la Loi et le Droit.

Tomemos para reflexionar como punto final de partida el de llegada, el *Code*. No es la única pieza, pero resulta el broche para nuestro modelo. La revolución de la propiedad ha arrancado con la Declaración de Derechos, una norma constitucional, pero ha desembocado en el Código, no exactamente en la Constitución. El cauce normativo principal ha quedado en vía muerta por la trinidad que genera entre libertad, trabajo y propiedad de carácter todo personal, por este detalle esencial. La revolución concreta que viene pujando por la liberación de las cosas antes en definitiva que de las personas no encuentra en cambio expresión propiamente constitucional. Hay un hilo ininterrumpido que va de la legislación revolu-

cionaria al Código o también de la Declaración de Derechos a la codificación, pero pasando superficialmente o sin pasar realmente por Constitución. El encaje definitivo prescinde constitutivamente de una tal presidencia, aun pudiendo eventualmente recurrir a ella como hemos visto en nuestro repaso constitucional que ocurre tras la codificación. Presidir, preside la ley y, como tal, el Código, el *Code Napoléon* que no sólo será francés. Por ahí andan los matices que pueden resultar claves.

La misma definición de la propiedad por parte del *Code* suele considerarse que encierra un valor materialmente constitucional para ayer como para hoy ⁽⁸⁴⁾, cual si hubiera sido y fuera síntesis feliz de un logro histórico sin mayor problema de derecho. Volvamos a ella, a la famosa definición codificada, a su afamado tenor literal. Merece una consideración que todavía no le hemos concedido. Tal y como acaba formulándose, *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens*, comienza por resultar problemático su propio alcance específico, esto es, no sólo definitorio, sino también y sobre todo normativo. No se sabe bien qué prevalece, si el derecho de libertad y propiedad o la providencia de ley y reglamento o de éste incluso sin más. El artículo inmediato respecto a la expropiación suprime el requerimiento legislativo. Para una primera impresión, resulta que el ordenamiento se impone al derecho y que éste deja por lo tanto de constituir libertad. Parece pasado y no futuro, el tunel y no la máquina del tiempo, un conducto hacia la historia y no un pasaje para hoy. ¿Constituye el *Code* un palimpsesto por cobrar así presencia estratos pretéritos? ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁴⁾ *Code Civil*, París 1997, ed. manual de Dalloz cuidada por Gilles GOUBEAUX, Philippe BIHR y Xavier HENRY, p. 491, aparato del art. 544, epígrafe primero: « Valeur constitutionnelle du droit de propriété », con la alegación primera de la decisión del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982 a la que pertenece mi tercera cita de encabezamiento, una ya así registrada, pero todavía por ver, como tendremos.

⁽⁸⁵⁾ P. GROSSI, *La proprietà et le propriété*, pp. 660-663, pues el laboratorio del *Code* no deja de visitarlo con la virtud del cuestionamiento. En cuanto al requisito legislativo en punto a expropiación, ya hemos visto, al referirnos a la Constitución de 1814 en relación al Código, que se recupera constitucionalmente, bien que sin mucha eficacia garantista. Por lo demás, no diré que la literatura no sólo en general sobre el

No lo creo o no pienso al menos que tal cosa ocurra en grado significativo y caracterizador. El propio giro negativo de la interposición legislativa o reglamentaria, « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé* », parece estar suponiendo un cuadro de libertad en un marco de ley y no la cancelación de la primera por la segunda. Puede esto ser signo del paradigma de un derecho propietario que, en cuanto que tal derecho en general, se entiende indisponible por parte del ordenamiento, de todo él, sea ley o reglamento o sea también Constitución. Porque, una vez que ha comenzado a ceder la concepción constitucional, no se haya mantenido *le propriétaire* como sujeto de la definición siendo ésta definitivamente de *la propriété*, no se ha perdido la perspectiva que implicaba de libertad ante ley. Esta concepción puede que no se encuentre revocada. La propia formulación del *Code* cabe que esté todavía efectuándose sobre el presupuesto revolucionario de la propiedad como derecho de libertad por causa de naturaleza. La deuda entre derechos civil y natural puede quedar entendida: « *Selon le droit naturel et la loi civile, tout bien est libre dans les mains du propriétaire légitime* », legítimo conforme a ley que a su vez se conforma con naturaleza ⁽⁸⁶⁾. Si se ha producido un giro respecto a la concepción constitucional más genuina, tal vez sea otro. La libertad ya se ve que se predica del bien mismo, como si el propietario le sirviera. De la propiedad es el derecho, un derecho de derecho natural.

La ley, la ley como norma, queda definitivamente facultada para interponerse limitando ejercicio o detrayendo cosa de la propiedad, de propiedades materiales en particular. Pero la legislación, la legislación como ordenamiento, reconoce y sirve a la propiedad como derecho, la propiedad formal en general. Queda constitucionalmente garantizada no sólo por virtud de los requerimientos de la

Code, sino también en particular sobre el 544, comenzando por la exégesis primera y acabando por la crítica última, es inagotable; no habré de decirlo para justificar que no haya hecho el esfuerzo de agotarla. Ni pretenderé que Paolo GROSSI figura *por todos* puesto que, como está advertido desde el inicio, lo que nos interesa es precisamente su singularidad.

⁽⁸⁶⁾ *Journal du Palais. Répertoire général contenant la Jurisprudence de 1791 à 1857, l'Histoire du Droit, la Législation et la Doctrine des Auteurs par une Société de Jurisconsultes et de Magistrats* (desde 1845), París 1858, vol. 10, pp. 422-432, voz *Propriété*, la cita en parágrafo 45.

expropiación pública finalmente un tanto relajados. Pero hay más en el orden constitucional mismo. Hemos visto tras el Código a la Constitución dirigiéndose a la ley para limitarla respecto a la propiedad: « la loi ne mettait aucune différence entre elles », entre *les propriétés* por razón de origen revolucionario. Es principio que puede sentarse porque ya lo representa y asegura el propio Código más incluso que la Constitución. Así, en 1814, se concluye definitivamente todo el proceso validándose y cancelándose revolución, ambas cosas. Está hecha y ha terminado. La ley ha expropiado de forma masiva dominios como el directo formalmente o como los eclesiásticos y tantos otros materialmente, pero tamañas medidas se entienden como expropiaciones no exactamente de propiedad, sino precisamente de dominio, actos así de revolución y no previsiones de sistema. Unos principios constitutivos tan amplificadores de propiedad o de disposición privada como reductores de expropiación o de intervención pública podrán finalmente imperar ⁽⁸⁷⁾.

El *Code Napoléon* registra y consagra más que inaugura ni funda una determinada concepción de la propiedad, la generada por la revolución, por su legislación. La base de partida del Código mismo es la identificación entre ley y derecho sin requerimientos constitucionales ni sustantivos ni procedimentales, lo cual resulta nada favorable a categoría ninguna de libertad. Consecuentemente con el arranque, sus primeros artículos civiles, artículos referentes a la posición de las personas, reflejan un concepto de sus derechos como resultados de la ley y a disposición de la misma ⁽⁸⁸⁾. ¿Dónde cabe ni siquiera la propiedad como derecho de libertad, ya no digo libertades todavía más personales? Bajo dicha composición, el mismo

⁽⁸⁷⁾ Mas sería interesante, pues no es usual, considerar no sólo la expropiación global de dominio directo, sino también la práctica revolucionaria de incautaciones y confiscaciones masivas, con Constituciones que están sentando el principio indemnizatorio, incluso inicialmente con el plural que implica dominios, y que al mismo tiempo pueden estar ofreciendo garantías a las adquisiciones de bienes nacionalizados no indemnizados, en lo que, por lateral a nuestros efectos, no he entrado. Monografía tan concienzuda como la de L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità*, no entiende que el asunto constituya capítulo propio; véase en nota 134, p. 47, cómo acusa la aplicación de hecho por Marcel GARAUD de una noción dilatada de expropiación.

⁽⁸⁸⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 6 completo, para el título preliminar sobre la ley, y vol. 7 también completo, para libro I, *Des personnes*, tít. I, *De la jouissance et de la privation des droits civils*.

sinograma de *derecho de propiedad* podrá perfectamente entenderse en un sentido objetivo de ordenamiento propietario y no en el sentido subjetivo de libertad propietaria. Todo esto parece así ⁽⁸⁹⁾. Pero el caso es también que, si hay un derecho que pueda escapar al encierro del Código entendiéndose como expresión de naturaleza antes que de ley, éste es la propiedad y no otro. El propio *Code*, situadas las personas bajo ley, se pone a sí mismo, como ley, al servicio de este derecho, el derecho de propiedad ⁽⁹⁰⁾. Esto no es deducción mía ni de nadie, sino proclamación de los mismos promotores y responsables del *Code Napoléon*: « Le corps entier du Code Civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent » ⁽⁹¹⁾.

Para la posición normativa del derecho de propiedad, tanto o más importante y significativo que su relación con la ley ha de ser esto otro de su situación definitiva con respecto a otros derechos, a unos de libertad. Entre 1789 y 1814, es derecho el propietario que

⁽⁸⁹⁾ B. CLAVERO, *Ley del Código: Trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en estos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 23, 1994, pp. 81-194, tratando precisamente del *Titre Préliminaire* y de su implicación respecto a derechos de libertad, con una panorámica geográfica que ahora interesa menos.

⁽⁹⁰⁾ Ya he indicado el síntoma de que el grueso del *Code Napoléon* sea Código expresamente de propiedad, pues no sólo presenta el libro II, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, sino también el libro III que constituye la parte del león y que, ocupándose de sucesiones y obligaciones, lleva como epígrafe rector *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

⁽⁹¹⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 11, p. 132. La vía anterior seguramente principal, entre más que hubo, en la difusión de materiales preparatorios primero e interpretativos después del *Code* no dejaba de reproducir ya el pasaje: Jean Guillaume LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code Civil, des Observations de Tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'état, des Observations du Tribunal, des Exposés de motifs, des Rapports et Discours, etc., etc.* (sic), París 1805-1814, vol. 7, p. 104, con la pequeña manipulación de decir ya *Code Napoléon* en vez de *Code Civil*. La cita de referencia que sienta la categoría de propiedad, como la consecuente que veremos de rechazo del dominio eminente, pertenece a texto impreso también en su momento, en 1804: Jean-Marie-Etienne PORTALIS, *Présentation au Corps Législatif et Exposé de Motifs*, que íntegro veo sólo en la reproducción de P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 11, pp. 112-153.

tiende a prevalecer y que acaba, con la codificación, presidiendo. Por pasar de la Constitución al Código civil y perder así fuelle la emancipación personal, no pierde fuerza la propiedad real, la libertad de las cosas. Ceden otras libertades, las más propiamente personales. Tras la codificación, hemos visto que la Constitución puede sentar un principio de no discriminación entre propiedades, lo que por entonces ni se les ocurre con respecto a las personas, pues no se entiende de tal modo ni con tal alcance una regla de igualdad ante la ley o cánones constitucionales similares ⁽⁹²⁾. Propiedad es el sujeto de la libertad que queda tras la revolución. La definición propia no es al final de *le propriétaire*, sino de *la propriété*, de ella misma.

No parece haber roto la codificación con un principio, por canon y por inicio, el de la *Declaration des Droits* de 1789, la cual ya había conjugado en términos semejantes la misma dialéctica entre ley y derecho: «Droits sont la liberté, la propriété (...). L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi (...). La loi est l'expression de la volonté générale». Son posiciones en las que no ha habido cambios de número ni género ninguno. Es un círculo que parece vicioso pues antepone libertad y sobreordena ley, todo a un tiempo, pero que se entiende cuadrado por responder la segunda a la primera ⁽⁹³⁾.

⁽⁹²⁾ Interesa siempre a nuestros efectos la *Histoire Générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804)* de Marcel GARAUD completa, dentro de lo incompleta, esto es, sus volúmenes disponibles que son los dos citados sobre *La Révolution et l'égalité civile* y *La Révolution et la propriété foncière* más el tercero póstumo, al cuidado de Romuald SZRAMKIEWICZ, sobre *La Révolution française et la famille*, París 1978, puesto que importa así finalmente no sólo el capítulo de la propiedad, sino también su confrontación con los de la igualdad y la familia, no menos relevante éste para la quiebra del objetivo de la emancipación personal, de la libertad de las personas que habría de ser en principio tanto premisa como resulta del derecho de propiedad. No sólo la *propriété* precisa mayor tratamiento de derecho civil de alcance constitucional, pues tal no es ni era tan sólo el público: Stéphane CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française, 1789-1799*, París 1995.

⁽⁹³⁾ J.B. DUVERGIER (ed.), *Collection des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, et Avis du Conseil d'État*, vol. 3, pp. 275-276 citadas, Constitución, 3/14 septiembre 1791, pasajes de los artículos segundo, cuarto y sexto de la *Déclaration* de 1789. Acusándose

Se entiende que responde, que ha de responder, ley a libertad, a una libertad que finalmente puede reducirse a la propiedad, al dominio suyo que así tenemos en definitiva como resultado no sólo o particularmente de la codificación, sino también y globalmente de la revolución, de una revolución que confía el derecho a la ley, el uno como libertad particular a la otra como norma general, hasta el punto de la imposible identificación mutua, de una revolución también que se plantea frente a la propiedad como dominio por mor de la propiedad como libertad, de una revolución en fin cuyo contraste genuino se produce con los dominios, pero que no se bate ni mucho menos con toda posibilidad de dominio. Resultado de todo ello es el Código, su artículo 544 y los aledaños a nuestros determinados efectos.

3.II. *Definición imposible*: Code Napoléon, 544.

¿Es el *Code* entonces un palimpsesto porque los sedimentos pretéritos pesen bajo el estrato presente permeando la misma veta revolucionaria de forma más o menos deliberada o consciente? ¿Tendríamos siempre y en todo caso que remontarnos en la historia

historiográficamente en la misma Francia la deficiencia constitucional que supone la ecuación entre derecho y ley, S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pp. 369-373: *Sortir de l'histoire par la loi*, habla de *légitimisme*. Quizá sea más, bastante más. Puede ser todo un *légiabsolutisme* para inculturación de Estado y propiedad: P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, pp. 695-748: *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (1991). Tras la afloración del bicentenario, ha penetrado mayormente en la historiografía del caso la primera idea, la del *légitimisme*, pero considerándose como rasgo caracterizador de un constitucionalismo más que como elemento desvirtuador del mismo, reservándose todavía una imagen de *légiabsolutisme* para el momento prerrevolucionario de modo que se redime de antemano la posición revolucionaria y cancelándose en todo caso la entidad antes jurisprudencial que legislativa del orden prerrevolucionario: Marcel MORABITO y Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France, 1789-1958*, París 1991, pp. 34-38 y 66-70. La misma idea, no digo el término, de *légitimisme*, con sus implicaciones precisamente críticas desde una perspectiva constitucional, no es nueva: Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París 1931, con la conexión de 1789, pp. 24-26. Muestra que la cuestión era sensible, pero sin apreciar a mi entender su problemática de alcance más netamente constitucional, Marie-Joëlle REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, París 1992.

anterior a la revolución para penetrar sus conceptos? ¿Hemos de hacerlo de una vez y dejar por fin de resistirnos? Sigue sin estar a mi entender tan claro ⁽⁹⁴⁾. Incluso si concediésemos la impregnación, podría la revolución misma, precisamente por serlo, regir al final sobre la estratigrafía toda. Prestaría estructura o daría sentido al yacimiento del Código. De esta forma, la cuestión entiendo que no se cifraría en la estratificación, acomodo y condicionamiento de unos significantes, sino en la planificación, ajuste y resultados de unos significados. No sería así materia de carácter filológico o curso diacrónico, sino de índole semántica o discurso sincrónico, con todas las particularidades propias de expresión no sólo textual de las normas jurídicas de determinación política en tiempo constitucional ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾ Por entenderse en cambio diáfano, se figura y requiere como *edición crítica*, no la que recupere todas las reproducciones materiales y no sólo las reformas oficiales, sino la más quimérica todavía que exhume todos los estratos, como si además esto, y no aquello, fuera sin mayor problema lo propio de la historiografía: Albert VIGIÉ, *De la nécessité d'une édition du Code Civil au point de vue historique*, en *Le Code Civil, 1804-1904. Livre du Centenaire*, París 1904 (facsimil 1979), vol. 1, pp. 23-43. Mas la edición crítica que a mi entender se precisa está por lo demás hecha: se encuentra en los fondos de los archivos y los anaqueles de las bibliotecas, en toda la serie de ediciones impresas o no impresas y en ningún otro lugar, tampoco en internet. La demanda habitual de *ediciones críticas* no es raro que esconda coartada de abstencionismo laboral, como que su oferta resulte atajo que altera el paisaje. Mas hay proyecto de frutos jugosos, bien que hasta el momento sintomáticamente no el anunciado. Me refiero a las obras de André-Jean ARNAUD, tanto la citada ya de *Essai d'analyse structurale* como la por citar enseguida sobre *Les origines doctrinales*, presentadas como pasos hacia dicho fin. « Il (Arnaud) projette une édition critique de type historique »: Michel VILLEY, *Preface*, p. I, a *Origines doctrinales*, pp. I-VIII. Reseñando, podía hablarse de un « progetto — mai abbastanza lodato — di una edizione storico-critica del *Code civil* »: Giovanni TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto* (eds. Riccardo GUASTINI y Giorgio REBUFFA), Bolonia 1988 (hay trad., México D.F. 1995), pp. 133-139; *Code civil e regola del gioco borghese* (1974), p. 133. Mas es justo añadir que la *Storia della cultura giuridica moderna* planteada por TARELLO, vol. 1 y único, Bolonia 1976, acudía, pero no llegó, a una consideración menos arqueológica de la *codification*. Dejé apuntes problemáticos: Paolo BECCHI, *Il maestro e i suoi allievi. Discutendo su Savigny e dintorni*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 27-2, *Per Giovanni Tarello*, 1997, pp. 293-308.

⁽⁹⁵⁾ Hay introducción de caso, de otro caso, a esta problemática básica que vengo diciendo muy descuidada: Jesús VALLEJO, *Ortografía y heterografía constitucionales* (1869), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 615-699, planteando no sólo los aspectos textuales de la manifestación normativa, sino también

Mas respecto al propio *Code*, otra cosa, prácticamente la inversa, suele insinuarse en su momento y entenderse hoy. Que el Código debe más a la historia que a la revolución, es idea repetida hasta la saciedad a partir de su misma confección. Ni siquiera la definición literal, la contenida en el artículo 544, se piensa cosa nueva. Se antoja más bien antigua. Desde su adopción se pretende que no sólo no marca contraste, sino que incluso encierra continuidad respecto a concepciones históricas: « On sent, au premier abord, la justesse de cette definition (le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les réglemens); elle rappelle celle qu'on trouve dans le droit romain, qui paraît aussi avoir été faite avec soin, *Ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris rario patitur* », añadiéndose que además, como no podía ser menos por el progeso de los tiempos, se mejora la definición romana por la del *Code* ⁽⁹⁶⁾.

La latina referida era en efecto una definición de *dominium* ciertamente histórica, aunque no tan antigua, de la cual se repetirá desde entonces y hasta la náusea que resulta prácticamente traducción la noción codificada de *propriété*. Sería trasunto y rescate. Esto suele asegurar la literatura exegética del propio *Code*, su interpretación más autorizada y autoritativa. Así se le confiere a la definición misma caché y pedigrí, desligándosele particularmente del acontecimiento revolucionario y la determinación napoleónica. De todo el cuadro codificado de la propiedad no es raro que se proclame la entidad y profundidad de unas raíces en la historia. Habría ahora reintegro y redención de un derecho antiguo con valor por sí mismo

los orales precisamente por parlamentarios, lo cual puede ser pertinente incluso para el régimen napoleónico de validez por publicación. Ni esta cuestión hipertextual ni la textual están para nuestro caso en el índice de quien más se ha centrado: J.L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, París 1996. Mas aquí ya también he advertido que confío en unas colecciones editadas respecto a cuyos materiales no conozco tratamiento semejante al que VALLEJO suscita ni tengo posibilidad por mi parte de abordarlo. Es éste un incidente principal, pero que no puedo ahora afrontar, ya no digo solventar.

⁽⁹⁶⁾ P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 11, p. 158, citándose el texto que será el art. 544 y que ya estaba formulado en la versión que resultará definitiva con una variante nada inocente, con la copulativa entre ley y reglamento en vez de la disyuntiva que permitirá afectarse a propiedad por reglamentos administrativos o de policía sin necesaria habilitación legislativa, otra expresión textual al cabo de la falta de presidencia constitucional que aquí no puedo perseguir.

y sin crédito de la revolución. Es el Código y sólo el Código el que representaría la recuperación definitiva de la categoría presuntamente prístina de propiedad tras la larga desvirtuación entonces resultante de la tradición jurídica. A lo largo del siglo, del XIX, un notorio romanismo primero de área alemana y luego prácticamente de radio europeo no sólo proyectará, sino que también construirá sobre textos antiguos las categorías de derecho propietario y sus satélites para beneficio y en provecho de la codificación contemporánea ⁽⁹⁷⁾.

Todo ello es cosa que no deja todavía de abonarse pasablemente, porque ya no se sostenga consistentemente, de parte de la historiografía, de una historiografía que no acaba de desprender la placenta para observar el ombligo. Porque venga a revisarse la imagen más complacida de la tradición extraviada y recuperada, no viene a asumirse la quiebra revolucionaria del tracto cultural y el consiguiente desamparo de la novedad contemporánea para una jurisprudencia sin raíces ahora ante una legislación con poderes. La historiografía del derecho ha prestado y presta entonces su amparo. Habiéndolo hecho por activa, basta que lo haga por pasiva. No acaba de decidirse a afrontar retos que le devuelven a la intemperie

⁽⁹⁷⁾ Baste como muestra ciertamente innecesaria una cuenta llamativa a mediados del recorrido del largo rosario que hay todavía quienes monótonamente rezan y aburridamente predicán: Barthélemy TERRAT, *Du régime de la Propriété dans le Code civil*, en *Le Code Civil, 1804-1904. Livre du Centenaire*, vol 1, pp. 327-353, en p. 337: « Notre Code a évidemment adopté la système romaine, la propriété individuelle (...). Il a pris les définitions romaines; il a admis les droits réels et les démembrements de la propriété reconnus par le droit romain: usufruit, usage, habitation, servitudes. Il a reproduit les règles romaines sur la théorie de l'accession... », donde lo que más puede seguir admirando es el *évidemment* tan cristalínamente especular. Y adviértase que el uso ya mencionado de *diritto intermedio* para el orden prerrevolucionario de siglos no encierra otra cosa que ese presunto paréntesis entre revelación romana y redención codificada, con el motivo príncipe de la propiedad, mientras que la acepción diversa de *droit intermédiaire* mira en cambio al suspenso del derecho revolucionario, con la propiedad efectiva del *Code* y la presunta del derecho romano siempre a salvo. La expresión italiana resulta más representativa de la visión decimonónica de la tradición romanista que puede todavía pesar. También ha sido en Italia donde más resueltamente se ha planteado su superación, recuperándose historia, muy particularmente por mérito de Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bolonia 1987, edición definitiva de un curso de años. En Francia no hay nada parecido. A la obra de Michel VILLEY, obra que entiendo, incluso la romanista, de diverso signo, ya me he referido.

como el de la revisión crítica de unos signos lingüísticos de alcance jurídico, comenzándose por el de la propia diferencia histórica entre unas palabras, la de dominio y la de propiedad ⁽⁹⁸⁾.

Propiedad sustituye indudable y definitivamente a dominio como término ahora, tras la revolución, más técnico, pero ambos vocablos seguirán conviviendo, como con anterioridad ya coexistían, e incluso al final acabarán por parecer completamente intercambiables. La misma sustitución más específica nunca es plena. Dominio sigue presente como término de propiedad, para la pública más usualmente, pero tampoco ahora en exclusiva: « *Domaine*, ce mot signifie, en général, *propriété* d'une chose ». Se dice como si esto fuera pacífico bajo el imperio del Código y como resultas del mismo ⁽⁹⁹⁾. Cuando se tiene en cuenta la anterior división de dominios, la misma propiedad codificada se identifica sin problemas con el útil, fundiéndose y difundiéndose el concepto ⁽¹⁰⁰⁾. Las palabras mismas de dominio y propiedad se fundirán y difundirán, como todavía veremos.

Algo un tanto inconsciente como el lenguaje acuñado puede que resulte más significativo que eso otro tan reflexivo de la definición codificada. Por mucho que entonces y sobre todo luego haya servido para subrayarse una continuidad, el concepto expresado por la codificación no deja de encerrar una significación bastante relativa. Por una parte, la definición anterior, « *ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur* », no es la prerrevolucionaria por excelencia ni por antonomasia, sino una entre varias, una que, sin ser históricamente la más representativa, viene definitivamente a signi-

⁽⁹⁸⁾ Ferdinando PICCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione « Dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur »* (1886), con una nota di lettura de Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI, Nápoles 1980; A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil française*, París 1969, pp. 179-195: *Le droit de propriété de l'article 544*.

⁽⁹⁹⁾ *Journal du Palais*, vol. 5, pp. 312-313, voz *Domaine*, cita en parágrafo primero; pp. 322-338, 340 y 341-346, voces *Domaine d'État*, *Domaine national* y *Domaine public*, la segunda remisión a las otras y a *Biens nationaux*, vol. 2, pp. 316-323.

⁽¹⁰⁰⁾ M. MARION, *Dictionnaire des Institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, voz citada *Domaine*, p. 181: « On distinguait sous l'ancien régime le domaine utile, c'est-à-dire ce que l'on entend maintenant par propriété, le droit de jouir et disposer d'une chose, et le domaine direct, qui attribuait supériorité sur un fonds plutôt que propriété ».

ficarse tras la revolución al producir ésta el derecho de propiedad y poder así crear el precedente, producto también suyo. Dada la misma pluralidad constitutiva del derecho dominical, difícilmente podía haberse producido definición formada, cualquiera que fuere, del dominio en singular.

Por otra parte, tampoco la definición codificada es que resulte la definitiva sobre la propiedad por ser finalmente la representativa. Es la del *Code* nada más, aunque también nada menos. La codificación imprime su sesgo, particularmente el de la expresión de atenuamiento del derecho a ley, comenzando por el propio Código, e incluso a reglamento, cuando la revolución precisamente ha comenzado por la posición inversa de la propiedad con antelación al ordenamiento entero por causa de naturaleza indisponible. Y esto ya sabemos que se ha mantenido por el proceso codificadorio y se encuentra presente en el mismo Código. Ahora al menos tenemos la propiedad en singular que pueda no sólo definirse, sino también proyectarse sobre el fenómeno precedente de los dominios en plural.

Queda todavía una tercera parte, quizá la más decisiva. La definición prerrevolucionaria y la codificada definen en principio cosas distintas, una *dominium* y la otra *propriété*. Son si acaso una misma definición para dos conceptos diversos, lo que ya habría de marcar diferencia y una diferencia sustancial. Una se refiere al dominio y la otra a la propiedad, lo que no debiera ser lo mismo sobre todo tras la transformación revolucionaria. Estamos tan acostumbrados a suponer que *dominium* se traduce por *propriété* que olvidamos la evidencia más palmaria de que existe distinta la palabra misma *domaine*, la traducción verdadera. Pero con todo y pese a ello parecen precisamente al final identificarse *dominium* y *proprietas*, propiedad y dominio. Por esto digo que los indicios lingüísticos de continuidad pueden ser más expresivos que el tracto mismo de la definición. Propiedad nunca acaba de sustituir plenamente a dominio. Dominio mantiene una presencia significativa en el campo de la propiedad.

Una misma definición, como la de *ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur* con todas las versiones habidas y por haber, puede significar algo distinto ya sólo por referirse a dominio o a propiedad antes o después de la revolución respectivamente. En sustancia, tendríamos para un caso algo así como « derecho de

utilidad y provecho en cosa propia conforme a la razón del derecho mismo » dentro entonces de la posible división y correspondiente jerarquía; para el otro caso, « derecho de manejo y disposición de cosa propia en el marco del ordenamiento establecido » que ya puede cancelar tales división y jerarquía internas a la propiedad por constitutivas de la misma. Por mucho que nos esmeremos en rendir sentidos, lo más difícil sería siempre expresar hoy la primera definición ya que nos falta el concepto. Pero observemos sobre todo los referentes respectivos de la formulación histórica y de la codificada.

Tenemos, por una parte, *ius* y *ratio iuris*; por la otra, *droit* y *loi* ou *réglement*; simplificando: *ius* y *ius*; *droit* y *loi*. La primera clave es efectivamente autorreferencial: la entidad del *dominium* como *ius* puede definirse en razón al *ius* mismo, a la propia posición implícita en un sistema constitutiva y jerárquicamente plural de dominios. En el Código en cambio tenemos no uno, sino dos elementos: el principal que es *droit* como derecho de libertad, derecho así subjetivo cual derecho primordial, y el secundario que resulta *loi* como ordenamiento social que también solemos identificar, conforme a la propia codificación, como *droit* o derecho, derecho entonces objetivo, derecho en un sentido sustancialmente distinto. Tenemos tras la revolución derecho como premisa de libertad y derecho como secuencia, si la guarda, de ordenamiento. Hay una misma palabra para dos cosas tan distintas y de distinción tan esencial. Es diferenciación de fondo que, faltando lo primero, el derecho primario de libertad, no se produce entre *ius* y *ius*, rompiéndose la autorreferencia, por proyectársele luego. Tampoco se llegaba a dicha diferencia de entidad porque uno, el primero en la secuencia de la definición, un *ius* como facultad, cobrase un tenor subjetivo que no sólo hubiera de responder, sino que no podría ni siquiera escapar al segundo, a un *ius* como ordenamiento ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰¹⁾ B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 12-29 y 214-219, con la conexión inglesa, pues no latina, de la distinción entre derecho como libertad, *right*, y derecho como ordenamiento, *law*, y la cuestión de que tampoco es que resulte inocente el uso doble que en cambio resulta de *droit* en el modelo francés y de la expresión equivalente en la lengua respectiva de sus diferentes secuencias una vez que también se produce el desdoblamiento entre categorías, la de derechos de libertad y la de derecho de ordenamiento. Entre *directum* y *ius* ocurre prácticamente lo mismo que entre *proprietas* y *dominium*, pues las formas romances de *droit* y *propriété*, como de *derecho* y *propiedad*

Dicho de otra forma más llana, tenemos al fin y al cabo lo que ya sabemos. Uno, el de la definición histórica, es un derecho tangible de dominio, y el otro, el del concepto codificado, un derecho virtual de libertad, dos cosas tan claramente contrapuestas admitiendo una misma definición aparente. El mismo término definido, el de dominio en un caso y el de propiedad en otro, marca de entrada la diferencia. Pero sigue esto sin estar claro de salida conforme a la definición del *Code*. La misma se abre considerando la propiedad como el *droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*, mas también se cierra con previsión de que el propietario *n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens*. En sí, no expresando ella misma el presupuesto de *droit naturel*, hay tensión o incluso contradicción sin resolución aparente. Parece una definición imposible más aún si acto seguido, como hemos visto hacer al mismo Código, se facilita la disposición política de la propiedad sin requerimiento ni siquiera legislativo. La propia definición en forma aislada viene siendo torturada desde hace ya casi dos siglos con interpretaciones encontradas sin que se llegue ni parezca que vaya a llegarse a una lectura que resulte pacífica. Por lo visto no hay forma de que casen libertad privada y poder político en sede de propiedad ⁽¹⁰²⁾.

o de *diritto* y *proprietà*, etcétera, conviven durante siglos con *ius* y *dominium* prácticamente equivaliendo, no digo que completamente por los indicios finales de implicación menos dominativa del término de propiedad y los iniciales de restricción mayor a dominio superior. Como en esta historia anterior, tampoco en la conexión inglesa que genera la bifurcación y que también resulta relevante a efectos de propiedad no creo necesario entrar para nuestro propósito actual.

⁽¹⁰²⁾ Puede volver a echarse mano de la consabida excusa de existencia de una literatura indomitable que no se ha intentado en realidad dominar. Entre lo citado, se manifiestan particularmente las aporías de haberse reducido la cuestión a dichos términos de libertad privada versus poder público, proyectándose además tanto marcha atrás sobre la revolución como en directa adelante hacia la pareja formada por liberalismo y socialismo, en Geneviève KOUBI (ed.), *Propriété et Révolution*. O véase en otro colectivo cómo, partiéndose de la constancia de propiedades en plural y además feudal, puede llegar en dicha línea a presentarse el artículo decimoséptimo de la Declaración de Derechos de 1789 cual fórmula para el establecimiento del *État de droit* mediante la garantía de la propiedad: Jean FRÉBAULT (ed.), *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, París 1991, pp. 9-20; Joseph COMBY, *L'impossible propriété absolue*, éste también en internet: <http://perso.wanadoo.fr/joseph.comby/impossible-propriete-absolue.html>.

La resolución también la hemos visto. Parece que existe y además desde un principio. Está en los matices. La ofrece un contexto, el contexto del propio texto, el mismo *Code*. La definición sólo cobra sentido coherente en el seno del Código. Se concreta sobre todo como *droit de disposer* compatible con *droits de jouir* no propietarios y extensible mediante mecanismos contractuales que no afectan a la singularidad hacia el exterior e indivisión hacia el interior de la propiedad en sí como derecho de disposición de las cosas o de juego de libertad de éstas mismas. No hay posibilidad codificada de dividir intrínsecamente el derecho propietario. Unas utilidades propietarias, como el usufructo, o unas cesiones relictivas no constituyen derecho de propiedad. Rentas irredimibles sólo pueden pactarse por un plazo máximo de treinta años, el lapso de la prescripción que sana situaciones propietarias sin derecho de propiedad invistiéndoles del mismo. No hay arrendamientos de las cosas ni servicios de las personas de carácter perpetuo para que no haya efectos de escisiones internas del derecho. Y juega la accesión artificial, este magnetismo propietario incluso de cara al trabajo ajeno. De entrada no caben pluralidades ni medias tintas.

Y el título propietario no depende ahora de la estructura social, sino que puede al contrario regirla. Representa un principio constituyente de derecho de libertad, de *droit fondamental* como se nos ha dicho por parte responsable, pero que no trae exactamente causa de emancipación personal o liberación individual. Este motivo ha estado presente en la *Révolution*, pero no opera en el *Code*. La propiedad como derecho puede ofrecer definitivamente la imagen de libertad de las cosas y no de las personas. Su misma definición como atributo del propietario se ha dejado perder. La propiedad cobra cuerpo como sujeto por sí misma de la proposición. Se define y singulariza por sus relaciones no tanto con la ley como con la libertad, como con otras libertades a las que realmente alcanza, pero reduciéndolas.

La definición del sintagma principal, *droit de jouir et de disposer des choses*, esta libertad particular, se especifica en el mismo Código no tanto por la prosecución torturada, *de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens*, no tanto sobre todo por esta posibilidad de control político o condicionamiento social, como por el corolario más

inequívoco de la accesión artificial con los contratos que pueden materializarla, como por estos expedientes reales de habilitación de la propiedad en singular cual derecho individual o privativo y alcance más que personal o libertario, como por este dominio entre privados en suma.

Ahí radica la clave de una serie de matices que se revelan como rasgos realmente caracterizadores de la propiedad. Definen más que la definición. Así es como hemos visto que la *propriété* se concebía y distinguía, se concibe y distingue, a lo largo de la revolución y con la codificación. Si queremos una definición posible, si no podemos pasarnos sin ella, lo que resulta «la propiedad es el derecho de apropiación ulterior por las propiedades dadas». Hela aquí sin faltarle ni el entrecomillado. No quería dejar de contribuir por mi parte al concurso de la multiplicación de definiciones ⁽¹⁰³⁾.

Entre las propiedades anda el juego. Las reglas las marcan ellas. No lo hacen las libertades, pero tampoco los dominios. Dominios, con su pluralidad, ya no caben, pues sólo lo hace, con su singularidad de entrada, la propiedad. Esto es lo que tenemos tras revolución y codificación. Pero seguimos también teniendo que, pese a todo, una contraposición de entrada entre dominio y propiedad, con la revolución, no acaba de sostenerse de salida, con la codificación. Tras la discontinuidad, es continuidad lo que encontramos a efectos no solamente ideológicos. Los dominios habían sido derechos que pueden decirse sin sujeto, sin un sujeto de libertad que, como propia o individual, pudiera anteponerse a las correspondientes funciones sociales, pero la propiedad que debía precisamente constituirse en dichos términos subjetivos no se establece en definitiva con la conformidad. Y tal es la imagen que ofrece o posibilidad que permite el Código. Para ella, para la propiedad, también cabrá la composición de derecho sin sujeto. Constituida realmente de este modo, reduciéndose a tal dimensión objetiva de propiedades y apropiaciones, podrá ponerla ulteriormente en cuestión la sola

⁽¹⁰³⁾ Con el enclaustramiento pertinaz en la fórmula definitoria del *Code* y derivados, no ha faltado quien convierta la cuestión histórica en problema filosófico, la definición imposible de la codificación en imposibilidad de definir la propiedad: Manuel FAIRÉN, *Notas*, pp. 421-431, anotaciones que son extensas y de carácter general, no de derecho español, a su traducción de Paul OURLIAC y Jehan DE MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, vol. 2, *Los Bienes*, Madrid 1963, de la primera edición (1961).

reposición de la libertad como derecho con sujeto, con el sujeto que sólo puede ser humano ⁽¹⁰⁴⁾.

Así es como resulta que quedaba definido el dominio de la propiedad o la propiedad como dominio, como un dominio efectivo por sí mismo en cuanto que derecho, lo que aquí y ahora nos importa. Para apreciar el efecto, para entender así la definición, conviene centrarse en el Código sin abandonar el campo normativo de las disposiciones más o menos revolucionarias. Nos mantenemos en el terreno del contexto que constituye texto. No hace falta ni corresponde que nos salgamos de nuestro laboratorio jurídico por entrar ni en otros económicos ni en el político o en alguno sociológico. Es el derecho lo que aquí y ahora nos interesa, el derecho de propiedad que también resulta dominio, con lo cual, ya para ir iniciando la conclusión, proseguimos.

3.III. *Retorno en falso*: Domaine de propriété.

El *Code Napoléon* va a gozar no sólo de una vigencia, sino también de toda una cultura, comenzando por una literatura fiel y propagandista, por la famosa exégesis que de hecho ya ha comparcido como su lectura más autorizada y autoritativa. Se ofrece cual inteligencia del texto y resulta, como toda lección, no sólo criatura, sino también creación, bien que de fidelidad en su caso probada al menos en cuanto al espíritu, pues no tanto en cuanto a la letra. La exégesis del Código, como el Código mismo, no se encierra en su literalidad. Se le va a procurar entender y explicar, presentar y aplicar, con lenguaje, igual que hemos visto que con definiciones, de tracto anterior, dotándole así también de una autoridad cultural por encima de su posición legislativa. No hay por estos lares constitucionalismo, sino codicismo, dicha exégesis. Sobre todo un derecho preside efectivamente el Código y con él la propiedad ⁽¹⁰⁵⁾.

(104) Para lo uno, la composición factible, R. ORESTANO, *Azione - Diritti soggettivi - Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bolonia 1978, pp. 113-189; *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960), con los síntomas que interesan. Para lo otro, la reposición pensable, Massimo LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milán 1996, con el alcance que indico.

(105) Alfons BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen*

El codicismo recupera resueltamente para el derecho de propiedad, derecho presunto de libertad, un lenguaje de dominio que no está en la letra del *Code*, como tampoco lo ha estado en el lenguaje de la *Révolution*. Resulta derecho que será definitivamente no sólo propietario, sino también dominical. « *Domaine*, ce mot signifie, en général, *propriété* d'une chose », ya se nos ha dicho. Lo mismo vale ahora la viceversa: propiedad significa, *en général*, dominio, aunque éste pueda más específicamente definirse como propiedad pública en contraposición a la privada, *propriété* ésta a su vez propiamente dicha. Es tendencia léxica que hemos visto en la revolución. La novedad es ahora la recuperación de una sinonimia en la que juega un término de significación fresca por criatura precisamente revolucionaria, *la propriété* en singular sin plural que le compita. Y la correspondencia ahora con dominio parece definitiva. Son términos tan sinónimos que pueden intercambiarse. Propiedad no se impone enteramente en su propio campo semántico sin que parezca extrañar la diversidad de raíces. Dominio cabe que rija unas derivaciones también calificativas, como dominical, de lo propietario. El derecho de propiedad parece en suma seguir constituyendo dominio, pues con él se identifica ⁽¹⁰⁶⁾.

El contraste entre dominio y libertad, entre propiedad como dominio y propiedad como libertad, era revolucionariamente tal que pudiera comenzar por esperarse una sustitución neta e inequívoca de términos o una renovación cumplida y completa de lenguaje, con desaparición definitiva de todo el dominical y establecimiento completo del propietario. Constituciones, legislación y Código han apuntado claramente en la dirección. Para la *propriété privée* en el sentido no sólo de particular, sino también de privativa, su lenguaje no ha sido de *domaine*, sino precisamente de dicho sustantivo

Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Frankfurt am Main 1991, pp. 3-63: *Die französische Eigentumskonzeption im bürgerlichen Zeitalter*, y páginas ulteriores bajo las guías ya contrastadas del subtítulo, pues es historia bastante centrada en propiedad; J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, París 1996, pp. 118-142: *Le règne des propriétaires*, sin dejar tampoco luego de incidir.

⁽¹⁰⁶⁾ La definición la hemos visto en el órgano de una *Société de Jurisconsultes et de Magistrats* del que quizá cupiera decir lo que nunca debería decirse porque siempre y no sólo en casos singulares resulta incierto: *por todos*, véase *Journal du Palais*, voces *Domaine* y *Propriété* citadas.

propietario. *Domaine* sería entonces tan sólo lo público sin acepción general y común de un concepto compartido por una y otra categoría. Es un uso que deja huellas, pero que no se asienta y consolida en lo que aquí esencialmente nos interesa, la distinción categorial. No es esto lo que finalmente resulta.

¿Se trata de un fenómeno de inercia o de alguna otra forma de inconsciencia pese a la revolución? ¿No cabe que sea también debido a pereza o desidia de la profesión jurídica en renovar su lenguaje a pesar de la codificación? Hay algo desde luego de todo esto, pero dominio no parece término completamente inerte o perezoso ni concepto absolutamente inconsciente o aburrido a estas alturas. Inercia o inconsciencia como pereza o desidia puede haber por supuesto alguna o más que alguna. Mas también puede darse mantenimiento deliberado y recreativo de la tópica dominical⁽¹⁰⁷⁾.

Base podía haber incluso en la misma Francia. Hemos visto a la propia revolución depuradora de la propiedad, engendradora realmente suya, madre de parto y no sólo ama de cría, situar tal derecho, el propietario, junto al dominio, aun sin uso de expresiones dominicales, pudiendo así contaminarlo desde un principio constituyente, desde la Declaración de Derechos de 1789. Y no sólo en el orden constitucional, sino también en la legislación revolucionaria e incluso en el proceso codificadorio, hemos encontrado igualmente el contubernio de dominios antiguos junto a propiedad nueva, bien que ya siempre con el mismo ejercicio bien determinado de un lenguaje propietario y no dominical entre leyes o equivalentes y constituciones o códigos tampoco tan desemejantes. El caso es éste. Entre unas cosas y otras comprobamos que la depuración al menos del concepto, esta creación y criatura, se ha producido. La revolución ha tenido lugar. Ha incidido en materia de dominio y propiedad cambiando las categorías.

¿Qué tenemos entonces como decisivo? ¿Puede tratarse de una contaminación previa, alguna incubada en las postrimerías preconstitucionales porque estuviera entonces pugnando una noción, si no todavía jurídica, ya filosófica o incluso económica de la propiedad y

(107) P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, pp. 439-569: *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà* (1976-1977, en nuestro monográfico citado sobre *Itinerari moderno della proprietà*).

así coexistiendo durante un tiempo con la categoría de los dominios? ¿Puede la propia revolución haber arrancado con el virus, contagiando durante el embarazo? ¿Podía transmitirse el morbo no por el término de *propriétés* significando dominios, sino por el de *propriété* indicando propiedad, lo que ya sabemos que no es un juego de palabras? No lo parece. No es eso lo que está indicando el mismo arranque de nuestro trayecto, con una pluralidad de propiedades indicativas precisamente de derechos dominicales y no de derecho propietario.

La misma gestación o más bien recepción de un ideal de propiedad por tiempos prerrevolucionarios parece que se había conducido en una forma de alternativa sin componendas serias con la división y jerarquía dominicales en lo que a su concepción como derecho estrictamente interesa. No hubo contaminación decisiva como el mismo uso de *propriété* en toda una primera fase de la revolución nos ha mostrado. No hay derecho de propiedad antes de la revolución por mucho que luego se proyecte sobre dominio precedente⁽¹⁰⁸⁾. Porque ya entonces se hablase de *droit terrible*, esto que se antoja tan horroroso no tenía por qué ser la propiedad estricta, pues bastaba también por aquellos tiempos incluso para producir horror la pertenencia genérica, su grado de acumulación y de privación en proporción directa⁽¹⁰⁹⁾.

Propriété, como propiedad y otras equivalencias romances, no representa desde luego históricamente *dominium* y basta, pues ha

(108) G. REBUFFA, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milán 1974, particularmente pp. 97-121, que puede todavía a mi entender contrastarse con Elisabeth FOX-GENOVESE, *Physiocracy and Propertied Individualism: The unfolding of bourgeois property in unfree labor systems*, en ella misma y Eugene D. GENOVESE, *Fruits of Merchant Capital: Slavery and Bourgeois Property in the Rise and Expansion of Capitalism*, New York 1983, pp. 272-298.

(109) «Terribile, e forse non necessario diritto» era la ya entonces famosa expresión de Cesare BECCARIA (1764, pero con una primera versión algo diversa: «ma forse necessario diritto»), más afamada todavía, si cabe, desde que Jeremy BENTHAM la relanza (1802, versión de Etienne DUMONT: «droit terrible, et qui n'est peut-être pas nécessaire»), esto es, «terrible right, and that may not perhaps be necessary»), y que al cabo del tiempo ha podido venir a prestar título a la colección de ensayos, alguno precisamente sobre orígenes revolucionarios, más que de otros, de Code, 544 (1969), de Stefano RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bolonia 1981 (hay trad. de Luís Díez PICAZO, Barcelona 1986).

podido asumir significaciones suplementarias como la inicial de reforzamiento de dominio superior con la ficción de la materialidad de la apropiación y como también, ya en vísperas revolucionarias, la significación final de otra implicación no menos ficticia precisamente por no dominativa, la que permite una concepción primera igualmente ideal de un derecho propietario de libertad. Pero lo que aquí desde un principio nos importa es la inexistencia efectiva de la propiedad con anterioridad a la revolución como tal derecho en singular. Nos concierne la dependencia histórica que aún podrá entonces mantenerse en el derecho propietario ⁽¹¹⁰⁾.

Vayamos siempre por pasos. Si la *propriété* es criatura de la *Révolution*, si ésta la genera de forma que puede no sólo nacer incontaminada de dominio, sino también hacerse viva contaminándose de libertad, y pese a esto resulta que su identificación no deja de ser o vuelve a hacerse dominical, ¿qué está ocurriendo entonces? ¿A qué se debe el efecto? ¿De qué se trató? ¿Qué explicación nos queda? Quizá la más sencilla, aunque no sea ciertamente la más considerada. Lo más frecuente en realidad es que la cuestión no se plantee o que ni siquiera se conciba ⁽¹¹¹⁾. Mas de formularse la pregunta, de procederse primero a la interrogación, la respuesta cabe que sea de lo más simple.

Es la misma propiedad, puede ser ella, la que comporta domi-

⁽¹¹⁰⁾ De la concepción primera en concreto se ocupa para España mi trabajo ya citado sobre *Propiedad como libertad*, inicialmente editado en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60, 1990, pp. 29-101. Para incidente que más pudiera aquí interesar, el del constitucionalismo precedente al revolucionario francés, Ellen Frankel PAUL y Howard DICKMAN (eds.), *Liberty, Property, and the Foundations of American Constitution*, Nueva York 1989, alcanzándose también al presente: mismos editores, *Liberty, Property, and the Future of Constitutional Development*, Nueva York 1990.

⁽¹¹¹⁾ A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, pp. 17-20: *Observations sur le mot "propriété"*, partiendo de la ecuación que también aquí nos sirve de encabezamiento, el primero, *Dominium id est proprietas*, y que atribuye sin mayor problema ni empacho, ni siquiera porque literalmente no exista en tal tiempo como ya sabemos, a la antigüedad: « A Rome, *proprietas* et *dominium* (qui donnera domaine) sont synonymes dès l'époque classique », con lo cual, sentada limpiamente la sinonimia, pasa a adoptar el término de *propriété* para toda su exposición histórica. No hablará de división del dominio ni adoptará otras fórmulas de signo dominical, sino que dirá *propriétés simultanées*, *propriétés coutumières* o incluso *propriété-dépendance*, todo propiedades y así, desde antiguo, propiedad.

nio, la que aporta un dominio propio y no heredado. Puede quizá subsistir o claramente reproducirse el lenguaje dominical porque siga encerrando y desplegando sentido o porque vuelva a encerrarlo y desplegarlo, porque fuera todavía y sea de nuevo operativo. Si puede efectivamente ofrecerse la apariencia de continuidad entre dominio y propiedad, no habrá de ocurrir porque la haya sin solución o cesura en virtud del mantenimiento o la resistencia de algún dominio anterior, pues es el útil o inferior el que se alza por regla general con el botón propietario durante la revolución francesa. Si parece darse continuidad en efecto, habrá de ser porque la impresión pueda crearla la forma todavía o de nuevas dominical como se constituyera el derecho de propiedad mismo. A éste, al derecho de propiedad contemporáneo y no a los derechos dominicales pretéritos, me parece que hay que mirar para entenderse la vida que cobra y la fuerza que recobra en su propio seno un lenguaje y quizá con ello una concepción de dominio. Mucha filología diacrónica de orígenes y derivaciones no hace más que ocultar fisiología sincrónica de componentes y funciones. Esto ocurre a mi entender con la continuidad engañosa entre dominio y propiedad, entre *dominium* y *propriété*. La misma genética que suele aplicarse al artículo definitorio del *Code Napoléon* puede constituir el mejor ejemplo ⁽¹¹²⁾.

Elementos y funciones habrán de ser los definitorios de la

(112) El capítulo citado de André-Jean ARNAUD acerca de *Le droit de propriété de l'article 544* me parece una ilustración elocuentísima por comprenderse precisamente en una obra sobre *Origines doctrinales du Code Civil française* que, con el proyecto imposible de edición crítica, constituye toda ella a mi juicio un verdadero alarde de una tal filología aun con el complemento no derogatorio, pues no recupera orígenes revolucionarios como historia y crítica propias, de su ulterior *Essai d'analyse structurale du Code Civil français* también citado. Vino a dar un verdadero giro de rosca Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, París 1987, con el tronco común ambos en la vertiente histórica de la obra filosófica de Michel VILLEY, a cuyo debate, que interesa a mi entender a *dominium* y no a propiedad salva la conexión inglesa, me remito para no desviarme: B. CLAVERO, *De los dudosos orígenes de los derechos humanos*, en estos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 17, 1988, pp. 499-505. Cuando S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, p. 344 citada en esto, nos aseguraba que el concepto de propiedad de 1789 « s'enracine dans une vaste mouvement d'exaltation croissante d'un droit dont on sait maintenant qu'il fut la matrice des droits subjectifs modernes », está aludiendo a esta

propiedad dentro de su sistema. Habrán de serlo los matices donde radica la clave. Lo que habría de tratarse es la presencia de componentes dominicales en la misma hechura y en la propia maniobra del derecho propietario. Su base de partida no puede ser ciertamente menos dominical, pues se motiva en una liberación de cosas con vinculación expresa a la emancipación de personas. Un derecho así concebido parece ser lo más ajeno y situarse lo más lejos del dominio. Pero dicha concepción, que es la entendida y contenida ya en el artículo segundo de la Declaración de Derechos de 1789, en esta primerísima manifestación constitucional de la revolución francesa, no agota el derecho de propiedad, su concepto e institución. No sólo es que haga falta todavía concreción, sobre todo por la contradicción del artículo decimoséptimo de la misma Declaración, sino también y sobre todo que la propia determinación ya imprime una específica dirección. Tampoco en lo esencial se trata de que la Declaración susodicha esté contaminada de dominio por tal artículo decimoséptimo y último, como de sobra ya también sabemos. La cuestión no es de resistencia dominical, sino de generación propietaria. La liberación revolucionaria de las cosas puede que sea, ella misma, dominio entre personas.

La propia emancipación antes de las cosas que de los individuos o de las unas para los otros, para los propietarios entonces, y liberación personal así no directa ni general, puede que resulte germen de dominación a través de la apropiación y la disposición en forma, grado y medida que el derecho ahora y no antes habilita. Y con esto no se trata de alguna desvirtuación inopinada, sino de previsiones del propio ordenamiento entendido como materialización de un derecho, del derecho constituido por la propiedad, derecho al cabo primero. Ciertamente es que el mismo artículo segundo de la Declaración de 1789 no deja de anteponer la libertad a la propiedad, pero la primera tiende acto seguido a concretarse en unos términos públicos permitiendo que la segunda pueda privar a unos efectos civiles, a los efectos más decisivos para la liberación personal. También es cierto que la revolución francesa tampoco dejó de tomarse en serio la emancipación directa de las personas, pero

línea que va de M. VILLEY a M.F. RENOUX-ZAGAMÉ, no a la más matizada de P. GROSSI, que aún tenemos para este punto por contrastar y contrastaremos.

este mismo objetivo comenzó durante la misma a quebrarse mientras que en el capítulo de la propiedad pudo seguir una línea también vacilante como hemos visto, pero mucho menos discontinua, constituyendo quizá el hilo rojo que confiere sentido al paradigma realmente existente, a la revolución misma tal y como resulta e irradia a nuestros efectos civiles, codificación fundamentalmente mediante y terminante.

No hace retórica ni se permite ironía la exégesis del Código: « La propriété, c'est la personnalité, c'est la liberté »; « la propriété individuelle, c'est le travail », siguiendo a semejantes pronunciamientos una lectura dominical en el sentido no redundante de dominio. Tampoco es descuidada la misma exégesis, la inteligencia orgánica del Código, cuando equipara hasta extremos de fusión dominio y propiedad: *domaine de propriété*, el derecho tal, un dominio privado. *Domaine* puede ser ahora *domaine privé* antes que *domaine public* y fuera ya de dominios feudal, señorial o similar, de *domaines* directamente sociales. Y es *propriété* siendo dominio ⁽¹¹³⁾.

Domaine puede volver incluso a significar, como *dominium*, el derecho formal, reduciéndose *propriété*, igual que *proprietas*, al objeto material o a mera pertenencia. Resulta ahora *derecho del dominio de la propiedad*, derecho expansivo sobre una propiedad no necesariamente de alcance sólo personal en virtud de accesión artificial, arrendamiento sin efecto enajenatorio y otros medios de libertad suya, libertad de las cosas. A estas alturas se argumentan expresamente extremos como que el poder de expropiación no implica un dominio público, algún dominio eminente, puesto que el derecho cualificadamente dominical se asegura que sólo puede constituirlo la estricta propiedad, este verdadero dominio entonces ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹³⁾ *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens, considérée principalement par rapport au domaine privé* (1837) es el título de Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, quien también es autor de un *Traité du domaine public* (1844), con el cual, con el primero, arranca, por significativo y como contrapunto, P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *La emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Milán 1977. *Du domaine public dans ses différences avec le domaine privé* (1860) es título de J. PÉRIN del que, dada ya la fecha, no he hecho por averiguar más.

⁽¹¹⁴⁾ Michel VIDAL, *La propriété dans l'École de la Exégèse en France*, pp. 15-16 y 21, en los citados *Quaderni Fiorentini* sobre *Itinerari moderni della proprietà*, vol. 1, pp.

Es el concepto que así importa, el de derecho propietario como derecho dominical sin implicación definitivamente de redundancia. Suma dominio porque realmente lo constituye. La exégesis produce una recuperación para la propiedad privada, *propriété privée*, del término de dominio, *domaine*, de este término desplazado previamente para recluirse en el ámbito público. Ahora, pues el mismo giro de *domaine de propriété* es anterior ⁽¹¹⁵⁾, pueden fundirse

7-40, con los registros, no con las constataciones. El argumento de distinción entre poder público y dominio privado, con rechazo de la categoría del eminente, ha quedado expuesto en la misma motivación del Código: P.A. FENET (ed.), *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 11, pp. 117-119. Y era cuestión efectivamente viva durante la revolución: J.L. HALPÉRIN, *Propriété et souveraineté de 1789 à 1804*, en *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 22, *Souveraineté et propriété*, 1995, pp. 67-78. No problematizando a mi juicio suficientemente su objeto titular y dando por hecha una muy relativa significación del dominio eminente a efectos de habilitación expropiatoria o la correspondiente carencia de entidad dominical de la facultad de expropiación para tiempos prerrevolucionarios, no concede beligerancia al asunto L. LACCHE, *L'espropriazione per pubblica utilità*, pp. 10-21 y 364-376 para presuposiciones y conceptualizaciones. Y el caso es que todavía el dominio eminente pujaría incluso en Francia: Jean-Jacques CLÈRE, *En l'anné 1857... La fin de la théorie de la propriété originaire de l'État*, en *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 44, 1987, pp. 223-268.

⁽¹¹⁵⁾ Baste recordar el precedente más inmediato, el del notorio título de POTHIER, *Traité du droit du domaine de propriété* (1771, con anuncio en el breve preliminar de que va a ocuparse «du droit de domaine, qu'on appelle aussi droit de propriété»), prestándose desde luego a la proyección, pero sin la implicación en origen que importa ahora, puesto que, pese a lecturas anacrónicas todavía hoy predominantes, no dejaba de situarse en el contexto propio de la división de dominios: P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, pp. 397 y 407-414. El propio Paolo GROSSI, *Il dominio e le cose*, pp. 123-189: "Usus facti" (la nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova) (1972), y pp. 281-383: *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica* (1973), identifica ecuaciones anteriores entre *dominium* y *proprietas*, mas de otro signo en el respectivo contexto que no deja igualmente de especificar. Tampoco es patentemente la identificación definitiva a nuestros efectos, los de nuestro derecho postrevolucionario, pero por mi parte no pienso que se sitúe sustantivamente ni siquiera en su origen. Para esto tendríamos que atender la conexión prerrevolucionaria inglesa en la que GROSSI, registrándola, no se adentra (*La inaugurazione della proprietà moderna*, Nápoles 1980, p. 41; *Tradizioni e modelli*, pp. 441-442; *La proprietà e le proprietà*, pp. 610-611), y a la que aquí también tan sólo he hecho alguna alusión por no dejar de ceñirme a la revolución, a una revolución cuyo mismo acacimiento, tampoco contemplado específicamente por Paolo GROSSI como comencé advirtiendo, creo que relativiza aún más el alcance de ecuaciones anteriores sin continuidad en definitiva, a lo que entiendo, para nuestro

efectivamente conceptos de modo que la equivalencia acabará por resultar inconsciente ante todo para la propia jurisprudencia, para la misma especialidad del derecho, para su práctica y su representación, inclusive por supuesto la historiográfica, por Francia y fuera de Francia. Son claves que se pierden sin remedio cuando, igual que la consideración de entonces, el tratamiento de ahora se maneja con el término más genérico de propiedad teniéndose por sinónimo, sin más, el de dominio ⁽¹¹⁶⁾. No vamos a extrañarnos a estas alturas si hay incluso en medios historiográficos acreditados, no digamos ya en los jurídicos, quien todavía dibuje una continuidad sustancial del derecho propietario desde tiempos antiguos hasta los contemporáneos o, en términos más onomatopéyicos, desde Justiniano hasta Napoleón ⁽¹¹⁷⁾.

modelo. Detecta ahora anacronismo manteniendo la problemática a mi entender anacrónica Annabel S. BRETT, *Liberty, right and nature: Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge 1997, pp. 10-48: *Right and liberty: the equivalence of dominium and ius*.

⁽¹¹⁶⁾ Donald R. KELLEY, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton 1984, pp. 127-138: *The question of property*, y junto a Bonnie G. SMITH, *What was Property? Legal Dimensions of the Social Question in France, 1789-1848*, en *Proceedings of the American Philosophical Society*, 128-3, 1984, pp. 200-230, ofrecen testimonio no sólo por evidencias pretéritas, sino también por posiciones propias, con una noción tan genérica de *property* que todavía se retrotrae incluso a tiempos romanos. Se le ve en la tripartición institucional de *persona, res y actio* por relación entre los dos primeros términos sin plantearse problema respecto a la significación histórica no sólo del elemento de conexión, *dominium*, sino tampoco de los extremos presuntamente conectados, *persona* y *res* (*Historians and the Law*, p. 128; mucho más elusivamente, *What was property*, pp. 203 y 221). Para esta visión, con el tiempo vendrán lo que ya sólo resultarían modalidades como la *absolute property* consagrada por la codificación y su correspondiente *social question*, la cual cuestión se hace precisamente por traer al terreno jurídico, pero sin poderse así a mi entender identificar su problemática más específica e intrínsecamente dominical y de este modo efectiva y gravemente social en unos tiempos contemporáneos.

⁽¹¹⁷⁾ Ya que acabamos de trabar contacto y aunque sea comprobación sabidamente innecesaria, baste otra muestra, una en ocasión señalada para tiempo que puede ser perfectamente previo, la del capítulo sobre el derecho del propio D.R. KELLEY en J.H. BURNS (ed.), *The Cambridge History of Political Thought, 1450-1700*, Cambridge 1991, pp. 66-94: *Law*, p. 69: « The second member of the Roman trinity », *persona, res, actio*, la cosa de la *property* y de sus *social problems*, ha constituido « perhaps the major concern of Romanist legal systems from Justinian to Napoleon ». Resulta un incidente que no puede decirse desde luego menor, por la mentalidad que acusa y el peso que

Aunque tampoco haya por qué adjudicárselo a Bizancio o a la mismísima Roma, no todo es mérito ni todo es obra de Francia. No sólo la exégesis contemporánea patria, la francesa, ofrece lectura del *Code Napoléon*. También lo hacen unas traducciones o versiones foráneas. Un primer proyecto de código español será paladino: « Es libertad o propiedad personal el derecho de conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades »; « es propiedad el derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal; el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajenas con arreglo a la ley... ». Y será franco: « La ley reconoce como superior a aquella persona a quien se presta bajo su mando un servicio diario por otra persona... ». Otro proyecto consecutivo procede a la ecuación: « Propiedad es el derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal de que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio ». La sinonimia entre *dominio* y *propiedad* será todo un tópico endosado, como buen prototipo, al *Code Napoléon*. El mérito que les corresponde a él y a la patria francesa no se le regatea ⁽¹¹⁸⁾.

conserva, pero que no parece que merezca aquí mayor consideración. A las implicaciones mayores sí que volveremos, como está dicho.

⁽¹¹⁸⁾ Mariano PESET, *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821*, pp. 52 y 93-94, en *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1975, pp. 29-100; B. CLAVERO, *Propiedad como libertad*, pp. 198-203 y 212, con el endoso emblemático por parte de Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* (1852), Madrid 1974, comentario a art. 391, correspondiente al 544 francés. Viejas expresiones podrán ofrecer nuevas significaciones: R.J. POTHIER, *Tratado del derecho del dominio de la propiedad*, trad. Manuel DEO, *Anotado y concordado con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República Argentina, Guatemala, México y Uruguay* por Antonio ELÍAS DE MOLINS, Madrid-Barcelona 1882, p. 6: « derecho de dominio que también se llama derecho de propiedad », tampoco sobrando el resto de la obra dada la resistencia y adaptación de formas de dominio dividido ahora ya sólo entre directos y útiles, sin eminentes políticos ni eclesiásticos, aquí muy particularmente por el caso de Cataluña: M. PESET, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra* (1982), Madrid 1988, pp. 17-154: *Los derechos de propiedad desde el antiguo régimen a la revolución liberal*; B. CLAVERO, *Emfiteusis, ¿qué hay en un nombre?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp. 467-519, y el monográfico de *Estudis d'Història Agrària*, 7, *Emfiteusis i censos agraris a l'Estat espanyol*, 1988. Resulta desde luego cómodo plantearse historiografía comparativa o derecho comparado en términos de retroproyección de confines estatales, pero la materia de propiedad también nos

El concepto del *Code* con todas sus implicaciones se hace presente por otras latitudes codificadoras mediante traducciones prácticamente literales, pero tampoco todo resulta versión tan fiel. Un código de fondo francés como el de la Louisiana en los Estados Unidos de América del Norte puede calcar literalmente la definición del *Code Napoléon*, pero anteponiendo otros pronunciamientos de los que tampoco entonces falta versión española: « La propiedad es el derecho que un individuo tiene en una cosa con exclusión de todos los demás. La propiedad de una cosa pertenece al señor del dominio directo, no al del dominio útil ». En el mismo ámbito de órbita francesa, no habiéndose atravesado en igual grado revolución, pendiente todavía la clarificación de unos dominios, puede ser el útil o inferior el que se posterga para que el directo o superior resulte el que devenga propiedad. En el mismo caso de Louisiana, el derecho extensivo de la accesión que interesa a la apropiación de producto de trabajo ajeno podía operar también más en corto: « Los hijos de los esclavos y las crías de los animales pertenecen por derecho de accesión al propietario de la madre que los ha engendrado » (119).

La esclavitud había sido abolida por la revolución francesa, bien que sin especial empeño de alcanzar a las propias colonias y sin que se impidiera en ellas por ende alguna recuperación ulterior (120).

muestra no sólo que el Estado no es frontera, sino también que hay más casos que Estados. Y es terreno éste interesante a mi juicio no por verificación, sino por lo contrario, por cuestionamiento, quiero decir por contraste del mismo experimento propietario en laboratorios menos revolucionarios. Mas no creo que otras visitas sean aquí y ahora necesarias o ni siquiera oportunas como prueba de la experiencia misma, lo que sólo cabe en su terreno propio y no en uno ya de entrada comparado.

(119) *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos Civiles extranjeros. Obra que contiene el texto de los Códigos: 1º. Francés. - 2º. De las Dos-Sicilias. - 3º. De la Luisiana. - 4º. Sardo. - 5º. Del Cantón de Vaud. - 6º. Holandés. - 7º. Bávaro. - 8º. Austriaco. - 9º. Prusiano. - 10º. Sueco. - 11º. De Berna. - 12º. De Baden. - 13º. De Fribourgo. - 14º. De Argovia. - 15º. De Haití. Y las Leyes Hipotecarias de: 1º. Suecia. - 2º. Wurtemberg. - 3º. Génova. - 4º. Fribourgo. - 5º. Saint-Gall. - 6º. Grecia (1843), Madrid 1852, naturalmente traducción, por Fermín HUERTA y José MUÑIZ, de las *Concordances entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* de Antoine de SAINT-JOSEPH (1840). El artículo 544 del *Code Napoléon* es el 483 de Louisiana, de 1825; los citados sobre propiedad, pues son dos, 480 y 481, éste el de los dominios; el de accesión de la prole, 492.*

(120) M. GARAUD, *La Révolution et l'égalité civile*, pp. 35-48, con los matices respecto a las colonias. En general, la dimensión dominical más acentuada del derecho de propiedad en ámbito colonial con secuela incluso constitucional, la que E. D.

Mas no hace falta que volvamos sobre nuestros pasos para sumar el asunto. Vertiente tan sangrante del *dominium* viejo y aun de la *propriété* nueva es secundaria a nuestros efectos, salvo el signo más elocuente que añade de que la razón del derecho propietario no resulta precisamente la emancipación humana. Se muestra compatible con la servidumbre, pero tampoco es que la necesite. Para el paradigma general no había necesidad particular de esclavitud ni de forma ninguna de dominio humano directo en el orden de la propiedad.

Hay dominio y hay dominios, tampoco todos los mismos. Y hay uno constituido por la propiedad con independencia y sin necesidad de todo el resto, inclusive el esclavista, el de esta expresión propietaria y no sólo dominical más extrema. He aquí nuestro asunto, el de dicha propiedad que resulta dominio sin serlo, pero constituyéndolo por sí misma. No hay un juego de palabras, sino ecuación comprobada, como puede a estas alturas resultarnos sobradamente. Ya nos consta con creces. Podemos ir definitivamente acometiendo la conclusión. Hagámoslo con el paradigma.

3.IV. *Final y principio*: Proprietas id est dominium.

Paradigmáticamente, el derecho propietario cuenta con toda la potencia dominical de su propio régimen de accesión artificial, arrendamientos sin división de dominios y demás contratos de economía que también podrá decirse ella misma libre. Resultan mecanismos de una libertad antes y más de cosas que de personas. Para el propio paradigma, ya también veíamos que el efecto de impropiedad de alguno entre los dominios podía ser lo principal, mientras que aquello otro de que se beneficiara concretamente el dicho útil, el inferior, resultaría lo aleatorio. Se amagó al principio el tracto entre directo, el superior, y propiedad, pareciendo viable. Podrá serlo por otras latitudes. Hay también casos y casos, pero hay

GENOVESE, E. FOX-GENOVESE y tantos más tienen por *Fruits of Merchant Capital* sin mayor cuestión jurídica y la que no se limita efectivamente a la esclavitud, resulta bien elocuente de la desconexión definitiva de tal derecho real con respecto a la libertad personal, pero no creo que por ello sea paradigmática. El paradigma puede sufrirse y enquistarse en las colonias, pero se genera y alimenta en la metrópolis.

siempre igualmente paradigma, un paradigma definido por nuestro prototipo sin llegar a identificarse completamente con el mismo. Existe una propiedad nueva que no necesita de dominio antiguo, salvo para originarse, y que puede así prescindir de él tanto constitutiva como operativamente. Existieron unos dominios que serán perfectamente desechables en cuanto tales una vez establecido y asentado el derecho de propiedad con todos sus corolarios.

Hay casos en los que todavía podía producirse una continuidad mayor de lenguaje de índole dominical por constituirse la propiedad sobre el dominio histórico más propiamente dicho, el directo, pero en cualquiera de ellos, en todos los casos, ni la una deriva limpiamente del otro, sea también el útil, ni la expresión dominical se pierde porque la procedencia no fuera de dominación, del dominio directo o superior. Este mismo vocablo dominical aplicado a propiedad parecerá que se vacía con el tiempo de su étimo, como si pasara a encerrar un sentido impropio o figurado a efectos jurídicos. Mas no es así. El lenguaje acusa, cuando no traiciona. Inocente no lo es nunca. Y jamás resulta indiferente. Dominio puede seguir significando dominación y una dominación internizada en el derecho propietario, derecho también así dominical. Antes de la revolución el dominio podía ser propiedad; después, la propiedad es dominio. Ni uno ni otro término significan ni antes ni después lo mismo. No parece que guarden relación paradigmática ninguna ni *proprietas* con propiedad ni *dominium* con dominio ⁽¹²¹⁾.

(121) Ante la misma imagen de discontinuidad que para la historiografía informada particularmente resulta de *La Révolution et la propriété foncière* de Marcel GARAUD, no faltan esfuerzos confesos de recomponer una continuidad. THOMAS E. KAISER, *Property, Sovereignty, the Declaration of the Rights of Man, and the Tradition of French Jurisprudence*, en DALE VAN KLEY (ed.), *The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, Stanford 1994, pp. 301-339 y 418-424, hace el intento en directo respecto a *la propriété* en singular con proyecciones que, aun no desconociendo el cuadro dominical, comienzan por ignorar *les propriétés* en plural de la misma *Déclaration des Droits*. Así, con la guía de la propiedad y no de las propiedades, se aborda el capítulo en un volumen todo él dirigido a la búsqueda de raíces veterorregimentales de la *Déclaration*. La obra se abre, pp. 1-3, con traducción inglesa debida a K.M. BAKER, art. 17: « Property being an inviolable and sacred right... », con lo que T.E. KAISER, *Property, Sovereignty, the Declaration*, p. 325, puede tranquilamente referirlo « to private property ». Y resultan engañosas las transparencias aparentes de las mismas traducciones. Un *Glossary* editorial, pp. 343-361, no cree precisa entrada para *Propriété*,

Las palabras resulta que significan. Pueden ser ellas mismas signo jurídico. *Dominium* y la *proprietat* que históricamente se le identifica no sólo denotan una categoría diversa, sino que también implican un ordenamiento distinto al de la *propiedad* y su *dominio* respectivo. Ahí radica ya el asunto. Las palabras resulta que importan como primeros signos para el derecho mismo. Despreciando lo uno, lo verbal, creo que depreciamos lo otro, lo jurídico. No cambian ciertamente las palabras porque las cosas cambien. No se produce evidentemente la sustitución entre *dominios* o propiedades y *propiedad* o dominio en el momento y por efecto de la revolución. La historia del lenguaje no es la historia del derecho exactamente. Pero la semiótica cambia cuando se dan los cambios. No se alteran obligadamente los significantes, pero lo hacen forzosamente los significados y con ello inevitablemente los signos mismos, la significación entera. Con toda ella, ahí tenemos el cambio de sentido de la propiedad como derecho y del dominio como implicación ahora suya y no al contrario. E igual que con *propriété* en francés, equiparándose primero a *domaine* y significándose luego distintamente, puede haber pasado con *propiedad* y *dominio* en castellano como con *proprietà* y *dominio* en italiano, sin ir tampoco más lejos (122).

mas la presenta para *Domain(e)*, pp. 348-349: « A property in a thing, normally a seignery », siguiendo distinción entre « *direct domain* », « supreme ownership of a seignery », y « *usufructuary domain* », « right to cultivate land and dispose of its fruits within the seignery ». Aun con este exceso de identificación limitadamente señorial de los dominios entrambos, encuentro más significativo que no se haya sentido la necesidad de definir *propiedad* ninguna.

(122) Respecto a otro término, B. CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, en estos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 24, 1995, pp. 419-468. En dirección contraria, *Percorsi del centralismo borbonico in Francia e Spagna nel XVIII secolo*, también en nuestros *Quaderni Fiorentini*, 26, 1977, pp. 11-18, *Presentazione* de Stefano MANNONI y Manuel MARTÍNEZ NEIRA, p. 16, particularmente nota: « In storia non conta solo sapere come gli uomini vedessero le cose, ma anche le cose che essi hanno realizzato », cual si fueran dimensiones escindibles de modo que *las cosas* pasadas sobrevivieran independientes ofreciéndose por sí mismas a nuestra consideración actual. Respecto a *propiedad*, ya he confesado mi primera intención de ocuparme del caso español y haber venido a hacerlo del francés por advertir la carencia, de cuyo modo, igual que para dicho otro supuesto de la *tutela* y aunque otra cosa se me atribuya, no creo estar tratando de historia española como tampoco desde luego de la francesa, sino de la cultural y así entiendo que jurídica común.

En la historia recorrida, es incluso el de propiedad el primer *derecho* que, de encontrar alguno tangible, tenemos. Resulta derecho en el sentido constitucional de carácter originaria y no derivadamente subjetivo, *droit naturel* que se nos ha dicho, *liberté* que presta premisa y marca pauta al ordenamiento, libertad con sujeto si todavía esto cabe. Entre revolución y codificación, no antes de la primera ni después tampoco de la segunda, es ésta y no otra la novedad de derecho que resulta. Si entre *Révolution* y *Code* se ha producido y consagrado un *droit* en dicho sentido más riguroso o radical de facultad individual previa al orden social, si esto todavía es factible, tal resulta, para bien y para mal, para libertad relativa y para dominio efectivo, el derecho de propiedad, el de la significación moderna del término. Podrá tanto parecer un heraldo como constituir un lastre para los derechos constituyentes de libertad, para los derechos subjetivos más propiamente dichos. Tal es también y no otra la historia, una historia más padecida por la ciudadanía que analizada por la academia. Lo es así de sufrida con todo el calvario de elementos añadidos y no menos operativos de refundiciones y confusiones entre palabras y cosas, entre significantes y significados, entre signos y cifras, los de propiedad y dominio en el capítulo ⁽¹²³⁾.

Una mentalidad de identificación entre ambas palabras y cosas, entre propiedad y dominio, en el presente y mediante el pasado, acaba imponiéndose hasta el extremo de antojarse tan pacífica como inocente. Prestará sus servicios la diligencia académica, el afán de una jurisprudencia y de una historiografía también jurídica no siempre distintas. Abundará la inconsciencia de unas publicísticas no espe-

⁽¹²³⁾ Puede confrontarse el motivo recurrente de M. LA TORRE, *Dissaventure del diritto soggettivo*, p. IX: « L'archetipo del diritto soggettivo non è, come si è invece più volte sostenuto, quello del *terribile diritto*, del diritto di proprietà »; p. 350: « È dubbio che il caso paradigmatico del diritto soggettivo sia fornito dal diritto di proprietà. Nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* dell'89 vi sono ben sedici diritti che precedono quello di proprietà », atribuyendo así también al artículo 17 lo que, si ahí figura, sabemos que es en el segundo, primero de derechos. Pero en la exposición de LA TORRE la pujanza de teoría puede trascender la deficiencia de historia, pues no creo que para hacerse valer actualmente la categoría más rigurosa de derecho subjetivo haya de proyectarse sobre la historia continental europea donde menos se reconoce y peor se configura, como es particularmente en el caso de la doctrina alemana. Tal cancelación de la propiedad como primer derecho creo además que acusa un eclipse constitucional más general con el cual, por no ser tan sólo ni principalmente histórico, vendré a concluir.

cializadas, historiográficas o no, que se empeñan igualmente en observar lo que no existe por tiempos prerrevolucionarios, la propiedad, y se ciegan para lo que viene a existir con la revolución, para lo que ella misma y no su desvirtuación produce, el dominio de la propiedad. Y el caso de Francia, nuestro caso prototípico, resulta a nuestras alturas todavía más confuso no tanto quizá por la vigencia actual de su inicio peculiar, por la presencia constitucional de la Declaración de Derechos de 1789 con su intimidación esquizofrénica de origen entre propiedad y dominios, sino más bien por la incapacidad de discernimiento que viene demostrándose entre el estudio e inteligencia, de una parte, y la apología e imposición, de otra, del orden constituido ⁽¹²⁴⁾. Cambio de lenguaje y de cultura por medio, que ayer significase una cosa la *Déclaration des Droits* no tiene por qué determinar nada para lo que el mismo texto, el mismísimo, pueda significar

(124) J. FRÉBAULT (ed.), *Un droit inviolable et sacré*, pp. 99-107; Corinne LEPAGE-JESSUA, *La Constitution et le droit de propriété*, en el debate, p. 151, intervención de Jean-Jacques ISRAEL, felicitándose de que venga a situarse « le point de départ des choses là où il doit être, c'est-à-dire au niveau constitutionnel et à celui de la Déclaration des droits de l'homme, surtout son article 17 ». Y sabemos hasta qué punto la propia historiografía francesa del derecho contribuye particularmente a la confusión. Como es cuestión, con todo y por mucho que nos hayamos resistido, inevitable, a ello ha venido mi tercera cita capitular, la última también por justificar, para la cual, con referencias y comentarios, Louis FAVOREU y Loïc PHILIP (eds.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, edición París 1984, pp. 524-562 (texto completo hoy en internet, <http://www.jura.uni-sb.de/france/constit/autres/81132dc.htm>), con tal apoyo expreso de 1789, por 1791, conforme a *travaux préparatoires* de legislación actual, a efectos todavía más concretos en los propios considerandos: « pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage ». Todo esto constitucionalmente deberíamos a nuestro artículo decimoséptimo de la *Déclaration des Droits*, el improvisado históricamente como parapeto feudal. No hay que decir que a esto, a la pluralidad dominical de propiedades que ya podía constar por el trabajo de Marc SUEL, no hace la decisión constitucional la menor alusión, pero es cosa que el comentario constitucionalista también elude, con asuntos más importantes que elucidar. Esto último lo digo sin sombra absolutamente ninguna de ironía, pues dicho mismo pronunciamiento pone en juego la posición napoleónica de la ley respecto a Constitución y así a derechos para el caso patrio responsable. No olvidemos algo citado y esto es que el preámbulo de la actual *Constitution* de Francia se remite a la *Déclaration* de 1789 respecto no sólo *aux Droits de l'Homme*, sino también *aux principes de la souveraineté nationale*, unos principios que ya implicaban la entronización de la ley que armaría el *Code*.

hoy ⁽¹²⁵⁾, pero el caso es que ahí lo tenemos convertido en todo un clásico en el mal sentido que le hace pretender una significación de intemporalidad y arrastrar una carga de invalidez ⁽¹²⁶⁾.

Una y otra cosa, jurisprudencia e historiografía, operan concurrentemente. Es lo que aquí nos importa. La misma confusión entre una y otra ha formado buena pareja para una empresa de cultura en último término constituyente para más espacio desde luego que el francés. Generan una mentalidad social que entroniza la propiedad, la determinada propiedad resultante de nuestra revolución, como fenómeno de naturaleza humana, algo más todavía que de derecho natural, pues no se debería nada al derecho mismo en cuanto a su existencia genérica. En el *Code Napoléon* y en todos los Códigos secuaces podrá leerse esto sin necesidad de que se encuentre dicho. La autoproyección hacia el pasado de publicísticas y privatísticas por

⁽¹²⁵⁾ Para una muestra ajena de que la vigencia en tiempo largo de unos textos constitucionales no tiene por qué embarazar y menos impedir la perspectiva histórica ni siquiera para la consideración jurídica: Jack N. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York 1996, y su *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, en *Stanford Law Review*, 49, 1997, 5, *The Critical Use of History*, pp. 1031-1064. Tanto un *originalismo* que quiere restablecer la significación pretérita de documentos vigentes (aunque no pueda ser de modo absoluto: Robert H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990) como un *projectismo* que pretende ver el sentido actual en los mismos textos vetustos en vigor (aunque haya de ser en forma virtual: Ronald DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York 1996), pueden constituir hipotecas gravosas, lo uno para el constitucionalismo y lo otro para la historiografía, más grave desde luego lo primero, el gravamen constitucional, que lo segundo, la desvirtuación historiográfica. Y no creo que haya de aceptarse el reto del dilema: B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 152-164. Es éste uno de nuestros incidentes mayores con los que habremos de concluir, como está anunciado.

⁽¹²⁶⁾ La presencia actual de la *Déclaration* de 1789, por 1791, resulta más que jurídica. También hay signos en internet. Una de las direcciones citadas (<http://cedric.cnam.fr/cgi-bin/ABU/go?ddhc3>) conduce al único texto normativo hasta el momento de una biblioteca electrónica francesa sustancialmente literaria que se presenta en pantalla además como *Bibliothèque Universelle*. Existe también en la red, en la dirección igualmente francesa <http://perso.infonie.fr/cfranco/lingua.htm>, el proyecto delirante de « traduire un texte dans toutes les langues existant ou ayant existé dans le monde », texto verdaderamente elegido que ya puede imaginarse cual sea: *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, en realidad, sin advertirse ni sospecharse, la de 1791, con tan mal pie siempre en el nuevo medio.

sí mismas o mediante historiografías contribuye decisivamente al cambio de mentalidad preciso para un presente, para un determinado ordenamiento del mismo. Le conviene y priva en nuestro caso a la imposición de la propiedad que se predica como libertad y opera como dominio. Acomodados hoy como estamos en la antropología propietaria tampoco es fácil figurarse el fenómeno ni aún menos hacerse cargo de lo costoso socialmente y complejo culturalmente que pudo ser su consumación al fin y al cabo cercana. La memoria artificial de la historiografía solapa y cancela la constancia efectiva de la historia ⁽¹²⁷⁾.

Para el paradigma de la propiedad generado por la revolución, tal efecto, el que puede denominarse antropológico, parece lo principal. Con ello se cancela concepción y práctica de los dominos imponiéndose las de la propiedad. Ocurre con independencia de cual fuera en concreto la derivación entre categoría particular de dominio, ya directo, ya útil, y efecto general de propiedad, de una propiedad que, con la misma generalidad, también resulta derecho dominical. Se impone finalmente una ecuación entre la una y el otro, entre propiedad y dominio, que no se debe a secuencia con dominio ninguno previo para constituirse normativamente y que ha de retroproyectarse sobre tal mismo pasado para imponerse culturalmente. La producción necesita de discontinuidad como la reproducción de continuidad. No es tampoco netamente lo uno la práctica y lo otro la concepción, lo uno el acontecimiento y lo otro

(127) La historia de la historiografía del derecho de propiedad desde la revolución hasta hoy, que está a mi entender en buena parte por hacerse, pienso así que, siendo su objeto cultura constituyente antes que empresa científica, habría de tratarse de manera similar a la que he sugerido, sólo esto, para la historiografía mercantil contemporánea en Carlos PETIT (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid 1997, pp. 383-396: *Historia como derecho: la libertad mercantil*, como viene a ser también la sugerencia de la *nota di lettura* de Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI a F. PICCINELLI, «*Dominium est ius utendi et abutendi*», pp. V-XIII, lectura potenciada por el propio contexto de una labor sobre historiografía que precisamente arranca del estudio histórico de estructuras dominicales en la antigüedad: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1994. A dificultades del cambio de antropología en nuestra edad contemporánea interesa, además de páginas de *Il dominio e le cose* ya también citadas, «*Un altro modo di possedere*» de Paolo GROSSI, de cuya primera parte europea hay edición española, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona 1986.

la ideología, sino que ambos son hechos y además precisos para el efecto de la propiedad. La posibilidad de la proyección no depende de que la misma recaiga por regla general en el caso francés sobre dominio útil, como su necesidad tampoco deriva de que por otras latitudes pueda en cambio hacerlo sobre alguna parte del directo.

Que dominio pueda resultarle la propiedad misma ya sabemos que no guarda relación constitutiva ni funcional con dominaciones anteriores. Son dos cosas diferentes el tracto con alguno de los dominios previos y el resultado de dominio propio. Lo primero representa, revolución mediante, título. Lo segundo constituye, revolución cumplida, función. Esto más discontinuo en origen ha de ser lo definitorio en destino. Es lo que caracteriza a la propiedad, no su eventual procedencia de dominio directo o útil, sino su segura correspondencia con función dominical propia y su insegura comunicación con dominios históricos ajenos. La propiedad es dominio y dominio nuevo. En esto parece que consiste el efecto no aleatorio de la revolución misma.

El paradigma configurado por la revolución respecto a la propiedad es en definitiva jurídico sin necesidad de ser social y sin consecuencia de frustrarse por alcanzar sólo al derecho cuando así ocurran las cosas. Es conclusión a la que llegué hace años con referencia al caso español, exponiéndome y prestándome desde entonces a confusiones y equívocos por parte de una historiografía que, incluso en el ámbito de la especialidad y no solamente en España, se resiste a hacerse cargo tanto de la historicidad constitutiva del derecho presente como de la constitución jurídica de la sociedad pretérita ⁽¹²⁸⁾. El sistema histórico conoce mecanismos

⁽¹²⁸⁾ B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836* (1974), Madrid 1989, pp. 404-425, sin cuidado de lenguaje y con descuido así entonces de evidencia. Hoy diría *dominio feudal* en vez de *propiedad feudal* por entender que hay diferencia sustantiva y no meramente adjetiva. Cierto es que la historiografía no jurídica tiende a reducir *dominio*, como dominación, a un sentido social o político que banalizaría o invalidaría la opción, pero esto es problema de los demás y no de uno, quiero decir del defecto de especialidad y no de ella. Como suele operar la historiografía menos sensible para con el derecho, se identifique o no por el objeto, pues no falta la de profesión, es con la comodidad de presumir que las categorías jurídicas son tan intemporales como de sentido que se cree común, de cultura que se reputa general o antropología que se presume universal. Y la cuestión interesa no sólo a la identidad, sino

jurídicos socialmente constitutivos como el clave de la jerarquía dominical, mientras que el derecho de propiedad no establece directamente su dominio, sino mediante la libertad de las cosas, por medio de esta economía. Dicotomías tan simples no lo explican todo por supuesto, pero pueden brindar desde luego entrada en historias tan complejas ⁽¹²⁹⁾.

En cualquier caso, cualquiera que sea la derivación entre dominios y propiedad en unos y otros supuestos de difusión del modelo o unas y otras modalidades de acaecimiento de la revolución, *propiedad* podrá ser *dominio*, propiedad y dominio nuevos, ni *proprietas* ni *dominium* históricos. Hay solución de continuidad, toda una revolución efectiva de por medio. Estamos ante antropologías igualmente dominicales, pero antropologías diversas. De una parte, *avant la Révolution*, tenemos directamente el dominio estructurando a la sociedad y adaptándose a la naturaleza; de otra, *après la Révolution*, lo encontramos indirecto en lo que interesa a lo primero,

también al alcance de la revolución. Ni a escalas generales ni a las locales conozco ninguna exposición ni monografía que aborde la historia del derecho de propiedad tomando en consideración la serie completa de los componentes pretéritos de dominios, del eminente al útil pasando por el directo, de los fiscales y políticos a los concesionarios censuales e incluso arrendatícios a través de todos los intermedios. Sírvame esto de mala excusa, pues es lo que debiera haber hecho, según comencé confesando, para el caso de la revolución española. A lo que no vuelvo, aunque me empujen, es a debates imposibles.

⁽¹²⁹⁾ Por la vía de ejemplo, para no dejar nunca insinuaciones maliciosas en el aire y cual remisión a algunos de los incidentes del debate habido hace años en España interesante a la propiedad en la revolución, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Sobre el antiguo régimen y la revolución liberal*, en Aquilino IGLESIA (ed.), *Estat, Dret i Societat. Homenatge a Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona 1996, pp. 715-730, atribuyéndome, p. 722, para caracterizar posición, a este determinado efecto, la ocurrencia nada menos de « que cabe prescindir enteramente de la realidad prerrevolucionaria para explicar la que emergió de la revolución », dicho así por quien más cómodamente de lo que prescinde es de la historiografía, pues lo hace de toda obra monográfica, no pareciendo sospechar, aunque sólo fuera por lectura, que tal vez podamos y quizá debamos intentar adentrarnos en el sistema prerrevolucionario para entenderlo conforme a su cultura o antropología, a su distinto sentido común, y que lo propio cabe, con la ventaja del conocimiento de lo anterior si esto en alguna medida se logra, para el sistema que, revolución mediante, sucede, a lo cual se refiere la caracterización por parte de B. GONZÁLEZ ALONSO, e indico esto por salvar la buena fe de quien me atribuye sin vacilación el pronunciamiento contenido en la cita, el cual también he de decir que no me pertenece ni se encuentra ni literal ni sustantivamente en el lugar al que remite. Si no se conoce el *dominium id est proprietas*, ¿va a saber siquiera distinguirse la *proprietas id est dominium*?

al orden social, e inmediato en cambio por lo que afecta a lo segundo, a un dominio privativo y expansivo de la propiedad humana sobre la naturaleza misma. He ahí la discontinuidad de fondo. La historiografía, toda ella, puede ser engañosa ya sólo por presumir el continuo no sólo entre *proprietas* y propiedad, sino también, y como si fuera además lo mismo, entre *dominium* y el derecho propietario ⁽¹³⁰⁾.

Aunque a menudo ciertamente se decide, ya se sabe que el discernimiento y esclarecimiento entre palabras es una labor tan primordial como clave no sólo en particular de la historiografía, sino en general de toda indagación social. Entre nuestros vocablos jurídicos de *proprietas* y *dominium*, de *propriété* y *domaine*, de propiedad y dominio dichos en cualquiera de las lenguas de nuestro ámbito europeo, hay problema de correspondencia no sólo sincrónica, sino también, y quizá más graves, diacrónica ⁽¹³¹⁾. Y no es

⁽¹³⁰⁾ Baste finalmente también el ejemplo representativo de Anne-Marie PATAULT y su *Introduction historique au droit des biens* para la comprobación de que un uso historiográfico de apariencia tan inocente como el de significarse la pluralidad histórica con el sustantivo de *propriétés* en vez de *domaines* ya puede por sí sólo introducir una imagen de continuidad de derecho dominical por encima de las mismas discontinuidades registradas, revolución inclusive, por la propia exposición. Ya también hemos visto que no hace falta adoptarse como epígrafe la idea de *liberation du sol*, liberación de la tierra misma, para que actúe como parteaguas entre plural y singular de una *propriété* así, entre servidumbre y libertad de las cosas, de curso continuo. Tampoco se necesita la elevación del encuadramiento *français* a título para que opere consagrando continuidades imaginarias tanto como cancelando discontinuidades efectivas. E igualmente hemos apreciado que sólo en este cuadro puede explicarse, si explicación cabe, la resistencia de la historiografía *française* a hacerse cargo del problemático punto de partida que implica para cuestión de dominio, por no añadir la de ley, la plusquammitificada *Déclaration* de 1789. La misma A.M. PATAULT, *Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immuable corporel*, en *L'Évolution contemporaine du droit des biens. Troisièmes Journées René Savatier*, París 1991, pp. 3-12, ofrece una satisfecha síntesis de la epopeya de *notre droit des biens*, el francés, entre una impronta romana ya propietaria y la reintegración de la propiedad codificada pasando por el largo y profundo *malentendue* de las *propriétés simultanées* tal y como se le sigue diciendo a los dominios divididos con el equívoco definitivo que así se proyecta y endosa. En este medio culturalmente tan autista la ceguera antropológica resulta no solamente incurable, sino incluso intratable. Es sólo mi diagnóstico.

⁽¹³¹⁾ A. CANDIAN, A. GAMBARO y B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum*, pp. 11-15: *False assonanze linguistiche ed errori di traduzione*, de A. GAMBARO, aun con el problema de perspectiva, a mi entender, de considerar derecho germánico lo que fuera

cuestión baladí. Una continuidad solapada con recuperación ulterior del lenguaje nada neutro de dominio puede que sea no sólo hoy el mejor síntoma para un análisis, sino también ayer el más efectivo mecanismo, con su inconsciencia final, para una revolución, para la determinada revolución de *la propriété* francesa y de la propiedad más que francesa, para la *Révolution* y para las revoluciones.

Resultan conclusiones por las que pueden estar en juego no sólo unas ilusiones, sino quizá también unas dominaciones entonces y no sé, no estoy seguro, si todavía. Mas por todas las trazas no es cuestión que sea a nuestras alturas ni indiferente ni inocente. Primero en su tiempo la revolución y después epigonalmente la historiografía se proyectan sobre la historia, con efectos constituyentes de diverso modo ambas, tanto figurándose continuidades como imaginándose rupturas en consideración y provecho de la nueva propiedad con su flamante dominio. Además de la dimensión normativa, existe la cultural no menos decisiva para un proceso constituyente. La misma recuperación de imagen de los viejos dominios como modos de propiedad guarda entonces su lógica. Y no digamos ya de las imágenes solapadamente dominicales de la propiedad privada en el continuo y discontinuo, en el curso y discurso de la historiografía imperante. La *Révolution* ha constituido no sólo socialmente, sino también imaginariamente, y respecto a este imaginario no menos de por sí constitutivamente social la historiografía no solamente abunda, sino que igualmente construye. No es

derecho común europeo cuya misma idea de *proprietas* puede todavía connotar la de *property* más que las expresiones de igual raíz de otras lenguas europeas. La derivación digamos que latina me parece que cuesta apreciarla hoy por la contraposición poco histórica que, retroproyectándose resultas, se figura finalmente entre *common law* y lo que se dice *civil law*. También es significativo que en el ámbito del primero haya resistido en mayor medida la categoría del dominio eminente a efectos de expropiación pública. Antonio GAMBARO tampoco deja de considerar la concepción distinta, por constitucional, de *property* que aquí interesa. Pero ya he advertido que éste comparativo es terreno en el que no creo necesario ni puede que oportuno adentrarnos para el esclarecimiento de las cosas del dominio de la *propriété*. Menos atendido usualmente al trabajo de laboratorio y cuando esta base eventualmente falla, el derecho que se dice comparado, como la historiografía o la ciencia social de grandes comparaciones, también corre un riesgo de suplencia de segunda mano que puede resultar suplantación de primera, comparándose en definitiva ficciones.

mera réplica más o menos acertada, sino agente activo siempre capaz ⁽¹³²⁾.

Aquí, entre revolución e historiografía, hemos tratado de la primera. Nos hemos ocupado de la *Révolution*, de la discontinuidad que en su virtud resulta entre *dominium* y propiedad y de la continuidad que por su efecto se traza entre *propriété* y dominio. De las propiedades hemos venido a la propiedad, pero también se nos ha conducido desde los dominios hasta el dominio. Las pluralidades han sido varias; la singularidad, una. *Propriétés* significaba *domaines*, pero también vino a identificarse con créditos ya no dominicales. *Propriété* se ha fundido en cambio con *domaine* sin dejar así espacio, salvo para el propietario dominante, a otro valor más primariamente distintivo de la revolución misma desde la propia *Déclaration des Droits* primera.

Me refiero naturalmente a *la liberté*, libertad ante todo individual: « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Mas la misma palabra *liberté*, ¿significa de modo inequívoco libertad individual cuando, como en la propia *Déclaration*, propiedad puede constituir dominio en plural o incluso en singular? Entre singulari-

⁽¹³²⁾ Una historiografía sobre todo decimonónica de ese alcance constituyente, a su modo de tal carácter cultural, no puede decirse, porque sea poco frecuentada y hasta ande bastante olvidada, que se encuentre realmente superada. El mismo desprecio es refuerzo quizá del éxito. Sin afrontar a nuestras alturas contrastes críticos más allá eventualmente de los empíricos y por lo común tan sólo de historiografía local, ha logrado generar e imponer la imagen de preexistencia del derecho de propiedad como género que aún resiste e incluso impera pese a la puesta en evidencia actual por virtud esencialmente de la obra empeñada y paciente de Paolo GROSSI tanto sobre *Il dominio e le cose* como sobre *Altro modo di possedere*, tanto sobre dominio histórico como sobre alternativa menos arcaica, lo cual también tiene su virtud con independencia de su virtualidad. Si hay cuestión pendiente, no creo que sea histórica ni tampoco contrahistórica. Ni vindicar ni impugnar la antropología propietaria existente tiene a mi entender mayor sentido si se le sigue tomando por género y no se le reduce a especie a fin de crearse espacio cultural para concebirse propiedad más propia, la propiedad que responde a libertad de humanidad y a sociedad con naturaleza. Que nunca más quepa decir ni pensar, salvo en términos históricos, no sólo *dominium id est proprietas*, sino tampoco *proprietas id est dominium* ni sobre personas ni sobre cosas animadas ni inanimadas, esto último aunque sólo fuera porque los dominios, como los poderes, parecen siempre comunicantes cuando no contaminantes.

dad y pluralidad, con la primera ahora en primer lugar, puede encontrarse todavía el matiz definitorio.

¿Será cuestión de matices superarlo? ¿Se logra mediante intervenciones particularizadas respecto a derechos del trabajo, de los arriendos y un etcétera generando situaciones propietarias o incluso propiedades nuevas? ¿Se alcanza con una tal decodificación? Unas novedades últimas, o no tanto pues también han comenzado a cumplir el siglo, pueden creerse en sus pretensiones si no se mantiene a la vista toda su trastienda de historia⁽¹³³⁾. Y el hecho hoy es que, con todas sus manifestaciones plurales moviéndose entre la libertad y el dominio, también esto segundo, la propiedad no acaba de encontrar acomodo que pueda decirse propiamente constitucional como derecho precisamente de lo primero, de libertad. Tampoco es que sea de extrañar tras el trascurso histórico visto y el no visto⁽¹³⁴⁾.

(133) J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, pp. 242-278: *L'essor de la législation spéciale*, y 324-360: *La résistance du droit patrimoniale*.

(134) Robert CHARVIN y Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, París 1997, pp. 248-258: "Le propriétaire et le chef d'entreprise", como muestra de lo más expresiva. Y no habrá que explicarse ya cómo en el caso francés la catalogación constitucional del derecho de propiedad se produce actualmente por el artículo último, más que por el segundo, de la Declaración de 1789. En el mismo ámbito de impronta francesa, hay casos de registro directo, cual el de España sin ir más lejos, cuya Constitución actual, de 1978 (art. 33.1), lo comprende entre los *derechos de los ciudadanos* y no entre los *derechos fundamentales*, como derecho además conjunto « a la propiedad privada y a la herencia », derecho así extraño no sólo por la conjunción con una sucesión no se sabe si activa que potencia disposición mediante testamento o pasiva que la reduce mediante legítimas, sino también por el uso de un giro que resta adicionalmente o incluso suprime definitivamente subjetividad: *derecho a la propiedad* y no *derecho de propiedad*, mas nada de ello empece para su consideración como derecho reconocido por Constitución, bien que desfigurado sin remedio una vez que tal *derecho ciudadano* y no *fundamental* se entiende como garantía de institución y no como título de libertad por parte de la misma jurisprudencia constitucional, por la jurisdiccional como por la doctrinal: Antonio IBÁÑEZ, *La reforma agraria andaluza desde la Constitución española*, Valencia 1996, reforma que ha tenido por lo menos la virtud de dar ocasión: B. CLAVERO, *Autonomía regional y reforma agraria*, Jerez 1984. Y tenemos también casos no menos, con todo, significativos en los que la propiedad ni siquiera figura como derecho constitucional de libertad, cual el de Italia sin ir tampoco más lejos: Paolo BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bolonia 1984. En el congreso de Salamanca dicho (nota primera) sobre *La historia de la propiedad en España*, Pablo SALVADOR, *Propiedad y Constitución*, da pie al contraste. No sólo por esta contribución,

De cara a las mismas presunciones actuales, el punto pretérito de la revolución explica mucho desde luego de la línea presente del derecho. Cabe que lo haga. Tal vez también quepa que tales novedades crecientes desde hace por lo menos un siglo estén ya en efecto trascendiendo el derecho de propiedad privada tal y como la revolución lo generara y la codificación lo configurara. Novedosos y todo, estos lances constituyen en cualquier caso una suerte de contramatices que, a dicho propósito, para resultar a su vez definitorios, han de alcanzar a la antropología, a la forma de concebirse, constituirse y conducirse humanidad como naturaleza. Dicho de otro modo ya también aquí repetido ⁽¹³⁵⁾, sin nueva cultura no hay nuevo derecho.

4. PUNTO Y SEGUIDO, LÍNEA QUEBRADA

La línea pasa por el punto ⁽¹³⁶⁾. La línea de la propiedad pasa por el punto de la revolución, por esta quiebra. Pasa y, quebrada, prosigue. Lo hace ayer y no sé si hoy o tal vez mañana. Pero, como siempre que se trata de grandes palabras, de unas palabras especialmente refractarias a la usura del tiempo y así al desgaste del propio alcance, la cuestión última, por primera, radica en el léxico mismo, en nuestro propio vocabulario. ¿Qué propiedad? ¿Y qué revolución? ¿O qué historia? ¿Qué historiografía más bien? ¿Y qué

también por las ponencias de historia, creo que, conforme acaba de transcurrir, las actas previstas de este congreso desbordarán un interés meramente español.

⁽¹³⁵⁾ Y reiterado igualmente durante el referido congreso salmantino en unos animados debates que no se incluirán en las actas. Javier INFANTE, encareciendo expresamente mi esfuerzo por vencer anacronismos en un campo tan propenso como el de la historia de la propiedad, me achaca acto seguido el postergamiento de unos intereses materiales claves para tal mismo objeto propietario que no habría en cambio descuidado en mi primera obra, *Mayorazgo* citado. Respondo como sé y puedo: hoy pienso que la atención directa a tales factores más aparentemente sociales sin consideración por las mediaciones culturales que no lo son menos, resulta tal vez el mejor modo de incurrir en anacronismos.

⁽¹³⁶⁾ P. GROSSI, *El punto y la línea. Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo*, en *Acto solemne de investidura como Doctor Honoris Causa del profesor Dr. D. Paolo Grossi*, Sevilla 1998, pp. 19-30, la lección doctoral impartida el 26 de mayo, mañana primaveral, con ocasión de dicha investidura (nota primera).

jurisprudencia? ¿Qué ciencia del derecho si queremos decirlo de este modo? ¿Qué conocimiento y cuál ordenamiento? ¿O qué libertad? ¿Qué propiedad como derecho de libertad, derecho así constitucional? ¿Qué constitución propietaria en suma?

No voy a hacer por supuesto ni siquiera el intento de responder a interrogantes de tal magnitud y envergadura, de tales calibre y calado, pero me apresto a concluir reflexionando y desafiando sobre tamaños arcanos, nuestros incidentes mayores anunciados desde un inicio. Lo hago de forma ya telegráfica y sin aparato prácticamente ninguno ⁽¹³⁷⁾, con la prudencia de la contención y espero que también con la del derecho, la importante a nuestros efectos constitucionales y no sólo históricos ni mucho menos, ya sabemos, historiográficos.

4.I. *Historiografía y jurisprudencia.*

¿Por qué y para qué nos importa una historia, la historia de un derecho, del derecho de propiedad? Pues precisamente creo que por el nexo y la concatenación, porque la historia de referencia no es exactamente la historia, sino la historiografía. No es el pasado directamente, cosa imposible, sino nuestra representación del mismo, una representación que interesa al derecho, a nuestro derecho entonces, cosa sensible. Dicho de otro modo y aunque suene fuerte, la historia jurídica, esta concreta historiografía, la del derecho, es jurisprudencia, pertenencia suya, le guste o le disguste, se muestre dispuesta a reconocerlo o se indisponga en cambio de la forma más resuelta. Pretender y ser no es siempre lo mismo. El problema no reside entonces en que lo sea, en que una historiografía resulte así jurisprudencia, sino en la inconsciencia de serlo o en el empeño de no serlo, en tal ofuscación o en este empecinamiento.

Pertenecer no es identificarse ni tampoco, mucho menos, confundirse. No tiene por qué ser sacrificarse. Una cosa es la historio-

⁽¹³⁷⁾ También hay excepción. No dejaré de citar por último el seminario que, aprovechando la estancia hispalense para la investidura doctoral, acabamos de celebrar el día 25 de mayo bajo la dirección de Angel LÓPEZ acerca de los temas mayores de Paolo GROSSI, *Propiedad privada y absolutismo jurídico*, pues con él han podido así contrastarse vivamente posiciones.

grafía y otra cosa la jurisprudencia, pero acometer y desarrollar la una, la historia, acerca de nuestro objeto, sobre el derecho, supone situarse y adentrarse en el terreno de la otra, de su ciencia o, dicho mejor, de su prudencia, con la posibilidad así de incidir y contribuir o incluso con la seguridad de hacerlo y repetirlo puesto que incidencia y contribución se producen y operan aunque la historiografía jurídica proteste y reniegue o al menos con independencia de lo que ella reconozca y pretenda. Con todo y en suma, producir historiografía del derecho de propiedad es hacer jurisprudencia sobre la propiedad. En nuestro caso de historiadores o historiodoras juristas si efectivamente somos ambas cosas, si la titulación no es sólo académica, profesar historia es profesar derecho. Nuestra representación del capítulo propietario, por ser historiográfica, no deja de ser jurídica. Para bien o para mal, puede interesar y afectar a la construcción y desenvolvimiento actual del derecho de propiedad.

No tendría seguramente forma e incluso no habría quizás de hacerlo, no veríamos a una historiografía convertida en jurisprudencia, si la propiedad se concibiera y estableciese como un principio y una práctica de libertad ante todo del individuo, de un modo así constitucional, pero no parece que tal sea precisamente el caso. De serlo, el derecho propietario no necesitaría probablemente ulteriores legitimaciones y directrices, como las que pueda prestar la historia, quiero decir siempre su representación, la historiografía, nuestra tarea. A partir de la propiedad como libertad, una jurisprudencia podría tal vez plantearse con suficiencia por sí misma relegando de forma efectiva la historia jurídica al ámbito historiográfico, nuestro hogar. Mas ésta, la jurisprudencial, no es ahora directamente nuestra cuestión. No estamos preguntándonos si el derecho pudiera prescindir de la historiografía, sino si la historiografía jurídica puede hoy por hoy desentenderse del orden presente o, mejor dicho, si no le interesa y afecta incluso con independencia de su propia conciencia y empeño.

La propiedad actual no sólo no se ha construido sobre base y en función de libertad individual, sino que proviene de una historia que desvirtúa tanto como proclama dicho mismo punto de partida, punto propio de la revolución. De la singularidad a la pluralidad, a una nueva pluralidad de propiedades, la evolución seguida no viene precisamente marcada por el signo de la libertad, por este canon

constitucional. Ha podido incluso producirse desde el mismo transcurso de la revolución la identificación de la propiedad con el dominio, con una nueva dimensión dominical. Son cosas más que comprobadas y además a la vista.

He ahí entonces un desarrollo que, para arrancar y para desenvolverse, necesita algo más, bastante más, que determinación normativa propia. Precisa igualmente de cultura, de una nueva cultura propietaria sin dejar de ser dominical, y con ello también de historia, de una representación historiográfica que no sólo preste legitimación, sino incluso directriz. De ahí venimos. Así ha surgido la historiografía del derecho de propiedad que la tiene poco menos que por intemporal a través de una historia de limitaciones exteriores y escisiones internas con el destino seguro de una liberación impulsada por revolución y consagrada por codificación, con este final feliz de una emancipación de las cosas que no parece plantear cuestión de libertad de las personas.

Ahí entra la historia. Ahí entramos. Ahí puede entrar una historiografía conforme con la representación actual del derecho, con una representación generada por la historia misma y así presente, o así también disconforme en cambio con ello, esto es, dicho positivamente, con la atención puesta en las evidencias antes que en las presunciones. Distanciándose entonces de la jurisprudencia vigente, la historiografía, esta otra, no se enajena del derecho vivo. Más bien resulta al contrario. Así se activa jurídicamente. De tal modo se capacita para incidir consciente y empeñadamente en la misma medida en la que se inactiva y casi se inhabilita la historiografía del derecho que reniega de su posición jurídica. La incapacitación de ésta no es completa porque su conformidad ofrece la mejor cobertura al estado actual del derecho de propiedad, un estado que, por no deberse a libertad, precisa de historia, de representación historiográfica. Pues, igual que la jurisprudencia misma, ha de pasar tal profesión histórica por ciencia, entenderse por tal. Una disciplina que se reputa científica y así presenta un talante no activista resulta para sus intereses mismos preferible a la de intención abiertamente apologética.

La historiografía no ha sido nuestro objeto, pero nos ha venido arrojando su presencia sombría como contrapunto continuo de la serie creciente de nuestras evidencias. Y ha comparecido más este-

larmente en ese momento complementario y necesario para la revolución, para su imposición definitiva, que ha sido el de la antropología, el del cambio antropológico desde el dominio con propiedad a la propiedad con dominio. Sin representación historiográfica oportuna no habría habido la novedad de cultura precisa para tal derecho propietario y además dominical. La evidencia de este mismo acontecimiento temporalmente tan cercano y socialmente tan costoso puede ser de lo más deslegitimadora para un derecho que se predica de libertad y resulta de dominio. La historiografía tiende su velo y presta su ayuda. Se hace cargo la jurisprudencia que la necesita y alimenta, cuando no la concibe y produce. Y así queda la intimidad establecida y asegurada. Así, hoy todavía y en estas páginas, hacer historia de la propiedad como derecho, hacerla entonces a la contra, es hacer jurisprudencia, poder hacerla de libertad. Es al menos mi esperanza.

4.II. *Propiedad y revolución.*

¿Qué propiedad? ¿Y qué revolución? He aquí nuestras últimas, por primeras, preguntas. No requieren conceptos míos ni es mi propósito apropiarme unas respuestas. Lejos de mí a estas alturas hacer tal alarde de dominio más que ejercicio de propiedad. Por ésta, por propiedad, entiendo lo que entendemos en nuestro propio tiempo, tras la revolución, cuando así hacemos uso en singular del término, no cuando entramos en advertencias y matices sobre la pluralidad actual de propiedades. Propiedad es derecho de impropiedad y de expropiación en una sola pieza, derecho de disposición de una forma determinada y con un alcance característico, la forma y el alcance por los cuales cabe que se expanda, sin necesidad de jerarquía ni tampoco de esclavitud y más allá del terreno de la libertad del sujeto, la propiedad misma. No es un derecho de impropiedad llana ni de expropiación bruta, sino de lo uno con dicha posibilidad y de lo otro con una tal efectividad. Propiedad no es el valor material, sino la capacidad formal. Es éste tan singular el derecho que definitivamente no existe con anterioridad a la revolución.

Pero la palabra existía, significando otra cosa, otro derecho, un derecho de dominio mediante jerarquía de dominios, con sus pro-

pías y distintas posibilidades de apropiación también doble, tampoco llana la impropiedad ni bruta la expropiación. Con anterioridad a la revolución había una cultura dominical bien diversa de la que será la cultura propietaria y la cual, la de dominios, ya se expresaba mediante el término de propiedad o, mejor, de propiedades, significándose con valor semántico propio el mismo número plural del que derivaba entonces el singular y no al contrario, no entonces la viceversa. Se trataba de una gramática distinta a la nuestra. Dominio era el término significativo añadiéndole el de propiedad nada o realmente poco, tan sólo, si acaso, ficciones no decisivas, algo de ficción apropiativa al dominio superior y algo de ficción no dominativa al inferior, según tiempos.

Desde los tiempos en los que empieza a postularse la propiedad en singular, esta palabra, como signo de libertad en principio individual, desde cuando la singularidad rige a la pluralidad, desde el momento en el que la misma propiedad comienza a su vez a cobrar cuerpo como liberación más de las cosas que de las personas, desde que así va igualmente adquiriendo una implicación nueva y distinta de dominio social, el plural de propiedades puede convivir durante un periodo resistiendo en el vocablo el primer sentido, el antiguo, por encima del sobrevenido, como podrá también retornar con significación nueva, mas sin capacidad de cancelación del singular. La gramática efectivamente cambia. Produciéndose la mudanza, la pérdida realmente sustantiva será para la identificación entre propiedad de las cosas y libertad de los individuos, para este predicado de la revolución.

Por revolución entiendo lo propio sin apropiación tampoco mía, esto es, lo que, por propia denominación, entiende ella de sí misma y lo que, como vástagos suyos, aún hoy seguimos entendiendo. De revolución en el sentido social y así jurídico que aquí importa comenzó a hablarse por la historia presencial antes que por la historiografía retrovisora. Con la palabra se indica un cambio en la línea de flotación del ordenamiento con el punto de constitución de la libertad, de una libertad que, para la revolución concreta del caso y para su paradigma genérico, empieza identificándose ante todo como propiedad y pasa enseguida a determinarse mediante legislación o por medio en general de establecimiento y ejercicio de poderes.

De poderes resulta la revolución misma, la francesa y sus secuaces, revolución que se plantea en nombre de libertades. Resulta poder la libertad mismísima al menos en lo que interesa a su materialización primera, la propiedad precisamente, la propiedad que genera dimensión propia de dominio. La revolución es de poderes y por poderes, delegando la sociedad en el Estado e imponiéndose el Estado a la sociedad, imponiendo a nuestros efectos la propiedad en singular no solamente mediante ley, sea también código, sino además por medio de toda una acción cultural de cancelación de mentalidades propias y específicas de la pluralidad jerárquica de dominios. No sólo es una jurisprudencia lo que se pierde de forma irremisible.

Resulta, si quiere así decirse, un absolutismo jurídico que lo es ante todo propietario, un absolutismo de cultura y no sólo de ordenamiento. He aquí una imposición no solamente política, mediante legislación ante todo, sino también cultural, mediante concepción performativa de la naturaleza social de un signo igualmente desde luego nuevo y distinto. Se le reconozca o no como derecho natural o similar, se le tenga o no por expresión de naturaleza, la contribución del factor de cultura resulta decisiva; su valor, preceptivo. Sin la antropología propietaria no hay propiedad en singular ni virtual ni efectiva. El mismo absolutismo jurídico ha de contar con la imposición específicamente cultural, con una nueva y distinta cultura jurisprudencial que no se reduce a ley ni cuando lo pretende y que muestra capacidad de extenderse, de hacerse más globalmente social, incluso cuando no resulta muy popular. La jurisprudencia en general, también fundamentalmente la académica, y no solamente la legislación, resulta agente de un tal absolutismo ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁸⁾ En el seminario hispalense recién referido sobre *Propiedad privada y absolutismo jurídico*, entre otras intervenciones críticas, FRANCISCO CAPILLA replica con el alegato que podemos decir democrático: hoy la dirección del ordenamiento debe constitucionalmente, por razón de representatividad, ser más legislativa que jurisprudencial, sobre todo si comprendemos en esto segundo la doctrina académica, nosotros, o también, añadido ahora por mi cuenta, si la presencia ciudadana del jurado en la justicia no resulta relevante para el derecho, no sólo así para el caso y éste además solamente penal. PAOLO GROSSI nos insiste: la calificación absolutista para un tiempo que se tiene por constitucional, esto que puede y suele escandalizar, no mira al derecho político, sino al privado, a su producción precisamente pública; la descalificación consiguiente de un

Media el ordenamiento, pero también la inculturación, esta otra solución más profunda de continuidad. Dicho en términos más convencionales de fuentes del derecho, no median separada o paralelamente legislación y jurisprudencia, pues la primera también inculturaliza y la segunda igualmente ordena. Median ambas concurriendo a ambos efectos. Los grados de concurrencia, como las formas de composición, pueden ser variables, mas siempre se precisan, más o menos solapados, más o menos reconocidos, ambos factores, uno y otro elemento, tanto el normativo como el cultural, como también el no menos preceptivo de un derecho natural o mentalidad social de Estado y propiedad, de poder público y dominio privado, a los efectos de absolutismo jurídico en general y propietario en particular. Se precisan ambas fuentes si quiere decirse en estos términos.

El mismo derecho de propiedad producido por la revolución, con su ideal de libertad y su entidad de dominio, no se sostiene sin la antropología propietaria y dominical a un tiempo, la antropología de distinta y nueva generación, no la tradicional y consabida hasta entonces, hasta la revolución misma. Las novedades se requieren mutuamente. Y las antigüedades se transmutan en un universo nuevo. El código civil, este aparente palimpsesto, ha sido el mejor testigo de la novedad entera, del derecho propietario que es ordenamiento dominical a un tiempo. En fin, dicho en términos menos jurídicos, sin la nueva cultura de dominación no hay nueva economía de propiedad. Así históricamente se resuelve el propio predicado de la libertad.

4.III. *Libertad y propiedad.*

De tamaña revolución jurídica procede y resulta el singular

sistema de fuentes entiende ser análisis y diagnosis comprensivos y no, como se malentiende, receta ni prescripción facultativas; la aplicación concreta al derecho de propiedad individual de una cosa tanto como de la otra, de la calificación tanto como de la descalificación, esto que también provoca hoy escándalo, no es por tanto de carácter prospectivo y desígnio así político, sino de perspectiva histórica interesante al derecho, de visión del *punto* por la *línea*. He aquí un ejercicio de prudencia, de la virtud jurídica por antonomasia y por excelencia, a cuyo ejemplo siento no estar finalmente logrando atenerme.

derecho de propiedad, derecho de predicamento cultural incluso cuando el propio ordenamiento comience a superar la singularidad. Frente a su propia dimensión dominical se planteará y progresará, se ha planteado y ha progresado, una legislación que va afectándole por sectores y produciendo así una pluralidad también nueva y distinta. La misma codificación puede parecer ahora un episodio que ha dado paso a la decodificación. ¿Viene un pluralismo normativo a existir ahora por causa y efecto de libertades como lo teníamos antes por efecto y causa de dominios? Pudiera ser, pues existe base. Pero no se salva con ello el absolutismo legislativo ni seguramente tampoco el jurisprudencial. Falta evidencia de superación, una evidencia constitucional, en nuestro estricto terreno propietario, no digo en otros. La propia resistencia cultural de la propiedad singular parece estorbar, por no decir impedir, el efecto de este turno ulterior de novedad que podría por fin ser de libertad. Mas no lo resulta con claridad respecto al derecho de propiedad, nuestro asunto. Sin cultura nueva es difícil que tengamos derecho nuevo.

Una pluralidad actual es debida al ordenamiento, a una evolución sobre todo legislativa que viene teniendo bastante de circunstancial, cuando no mucho de errática. Los mismos impulsos no siempre se han producido con regímenes que puedan decirse o que ni siquiera pretendieran ser constitucionales. Mas viene siendo una deriva que no deja por ello de responder en el fondo a una tendencia de distinción entre propiedades conforme no sólo a intereses sociales más o menos legítimos, sino también a derechos individuales inequívocos, derechos de libertad, derechos constitucionales, unos derechos negativamente afectados por la dimensión dominical de la propiedad y no sólo por la más contingente de un totalitarismo de poderes. Ahí está para el nuevo pluralismo propietario la base de libertades también plurales, este pluralidad constitucional. Pero el caso es que el fondo mismo no aflora en alguna antropología a su vez nueva y distinta de un derecho de propiedad que sirva por fin, porque la constituya, a la libertad personal, a las libertades personales en el plural más genuino para el propio constitucionalismo.

No es lo mismo la propiedad de sustento y ejercicio de la vida y libertad personales que la meramente apropiativa, que ésta en particular sobre todo sí media trabajo y así también expropiación, la expropiación constante de una parte, la laboral, que permite la

impropiación acumulativa de otra, la propietaria. No es lo mismo ni lo uno ni lo otro ni tampoco todos los supuestos intermedios ni los compuestos entre propiedad y trabajo que quepa imaginarse y que han llegado en efecto a darse. Por esto ha surgido y prolifera la nueva pluralidad, la propietaria hoy existente. No es ni puede ser la de dominios, pero tampoco parece la de libertades. ¿No hay una deficiencia notable, por no decir una carencia radical, de jurisprudencia de la propiedad a la altura de nuestro tiempo?

Jurisprudencia digo siempre en el sentido más genérico de cultura del derecho. Respecto a la propiedad, el respecto al que me refiero, tanto la jurisdiccional como la doctrinal, la judicial como la académica, siguen mirando menos a principios de libertad que a imperativos de ordenamiento. Atienden más a singularidades de la legislación que a pluralidad de las libertades. En materia propietaria, la materia de la que trato, no hacen por lo general ni el intento de componer lo uno sobre lo otro, datos de normas sobre exigencias de principios. Así las leyes mismas pueden seguir fácilmente resultando, si no ya erráticas, circunstanciales. Y el constitucionalismo, un constitucionalismo de derechos de libertad hoy pujante por nuestros lares, no acaba de acceder a la presidencia en este campo civil que neurálgicamente interesa a la posición del individuo.

No es Constitución siempre lo que preside. Con la misma pluralidad de propiedades, ya ha remitido definitivamente el suceso constitucional que viniera siendo el codicismo, pero tampoco parece que éste haya sido reemplazado finalmente, en nuestra materia propietaria, por un constitucionalismo propiamente dicho, el de libertades. Si quiere expresarse también con palabrotas, digamos que la decodificación no ha supuesto reconstitucionalización. No parece que venga siendo reconstituyente. El derecho de propiedad impropiatorio y expropiatorio, esta propiedad nada bruta y a modo, no precisa necesariamente del código. Una vez inculturada, puede valerse por sí misma incluso en medios constitucionales ya no, por presencia y empuje de libertades, tan favorables.

El derecho de propiedad no expropiatorio, el fundado y sostenido en trabajo propio, es base y sustento de la libertad personal, pero, tras una historia desviada por haber predicado y burlado el principio, no pareciera hoy estar sino definitivamente desahuciado. Suele ser ésta la impresión que se ofrece. Exposiciones actuales de

los derechos constitucionales o fundamentales, de esta suerte finalmente positiva de derechos naturales, no es raro que reduzcan la libertad personal a la dimensión secundaria de sus garantías frente a los poderes, ante las arbitrariedades, ignorando su entidad constitutiva de autonomía individual, el núcleo propio de cuya protección precisamente se trata. No resulta raro tanto que ignoren el derecho de propiedad como que desvinculen el de trabajo privándole también de entidad positiva propia. Han quedado escindidos el uno y el otro, el propietario y el laboral, por causa y efecto de la expropiación privada del producto que está en la base de la transmutación nueva de la propiedad en dominio, del régimen realmente codificado. Y el hecho es que a la vista no tenemos jurisprudencia constitucional, ni judicial ni doctrinal, del derecho propietario como derecho fundamental, como derecho de libertad, ni parece ya siquiera, con la impresión ofrecida, que tal cosa quepa por nuestros parajes, por las latitudes jurídicas de revolución francesa.

Tras la revolución y hasta hoy, lo que tenemos es el ordenamiento generado y conducido más bien por ley. Respecto al derecho de propiedad parece seguir operando el doble absolutismo complementario de poder normativo y cultura dominante alimentándose recíprocamente a pesar a todo, pese particularmente a principios constitucionales de libertad personal. Si hay algo comprobado a nuestras alturas y por nuestras latitudes, es que el cambio más preciso, el que logre superar la antropología propietaria de signo dominical, no está al alcance de movimiento alguno o revolución ninguna de poderes. La capacidad la tiene la cultura, nuestro laboratorio.

PAOLO GROSSI

AEQUITAS CANONICA (*)

1. Equità canonica: esigenza, oggi, di un ripensamento. — 2. Diritto canonico e *salus aeterna animarum*: equità canonica e strumentalità delle regole giuridiche. — 3. Specificità e tipicità dell'*aequitas canonica* rispetto alle diverse manifestazioni equitative. — 4. Equità canonica, codice canonico e diritto divino. — 5. La triplice funzione della *aequitas canonica*. — 6. Il diritto canonico come esperienza e ordinamento.

1. Il tema di questa relazione — l'equità canonica — non si deve a una proposta o a una scelta di chi vi parla; ma certamente di scelta felicissima si tratta.

Aggiungo: di scelta felicissima oggi, quando abbiamo già alle spalle un quindicennio di vita dell'attuale codice di diritto canonico e in cui ci si interroga sempre più pressantemente sul ruolo della giurisprudenza nell'ordinamento giuridico della Chiesa. Aggiungo ancora; oggi, quando, accanto a una crescita di consapevolezza scientifica, continuano tuttavia ad accumularsi equivoci e fraintendimenti, e anche luoghi comuni tralatiziamente ricevuti e accettati, su un tema apicale ma delicatissimo, necessariamente plastico e per ciò stesso suscettibile di interpretazioni diverse.

Un invito autorevole a ri-pensare il problema è addirittura di questi giorni, e risale al 17 gennaio scorso, quando l'attuale Pontefice, nella sua allocuzione agli Officiali e agli Avvocati del Tribunale della Rota Romana, richiamava fermamente l'attenzione dei suoi ascoltatori « sulla necessità che nessuna norma processuale, meramente formale, debba rappresentare un ostacolo alla soluzione in carità ed equità », sottolineando — rivolto specificamente ai giu-

(*) Relazione letta, il 7 maggio 1998, in occasione del *dies annualis* del Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco. L'autore tiene a ringraziare l'amico prof. Carlo Fantappiè, dalla cui competenza nella storia del diritto canonico sono venuti aiuti e suggerimenti preziosi.

dici — la condanna « di uno stato di inerzia intellettuale, per cui della persona oggetto dei vostri giudicati si abbia una concezione avulsa dalla realtà storica ed antropologica », richiamo sostanziale all'equità canonica — lo vedremo tra breve — anche se di essa non v'è espressa menzione ⁽¹⁾.

Una riflessione conclusiva non sarà pertanto inutile proprio in questa accreditatissima sede giudiziaria, anche perché qui io tenterò — da giurista qual sono — un recupero tutto giuridico della *aequitas canonica*, nello sforzo di superare quei moralismi e quei pietismi che hanno talvolta stemperato la sua enorme rilevanza al cuore stesso dell'ordinamento giuridico della Chiesa, facendone qualcosa di ambiguo fra diritto e morale e deformando in tal modo inevitabilmente il volto tipico di quello che non esito a ritenere il più cospicuo frutto storico dello *ius Ecclesiae* nel suo itinerario ormai pressoché bimillenario ⁽²⁾.

Ho detto: al cuore dell'ordinamento giuridico della Chiesa, ed è indubitatamente vero. Solo collocandola al centro del diritto canonico si rispetta la scelta di fondo che esso afferma e ci si pone sulla strada giusta per carpirne il « segreto », per comprenderne le irripetibili peculiarità. Solo con questa doverosa collocazione si può sottrarre il diritto canonico alle facili e ingenerose accuse che da tanti detrattori, nel corso dei secoli, soprattutto per ignoranza crassa (quando non per accanimento tendenzioso), sono state pronunciate.

⁽¹⁾ Vedi il testo riportato nell'*Osservatore romano* dello stesso giorno.

⁽²⁾ La riflessione più puntuale, quella che maggiormente ha contribuito a disegnare su di un rigoroso piano scientifico i tratti salienti e distintivi della *aequitas canonica*, è merito rilevante di Pio Fedele, che, dal 1936, cioè dal primo saggio d'analisi del can. 20 del codice piano-benedettino, è ripetutamente tornato sull'argomento. Una sintesi del suo pensiero può rinvenirsi in: *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, Cedam, 1962, cap. terzo, nonché nella relazione *Aequitas canonica*, in *Atti del Colloquio romanistico-canonistico* (febbraio 1978), Roma, Pontif. Univ. Lateranense, 1979. Illuminanti considerazioni possono oggi reperirsi in: P. BELLINI, *Suprema lex Ecclesiae: salus animarum* (critical report), in *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente* - Atti del Congresso internazionale, Bari, Cacucci, 1994, mentre, in uno sforzo comparativo, arriva a stemperarne troppo le peculiarità, negli « atti » dello stesso convegno, H. MÜLLER, *Oikonomia und Aequitas canonica*. Un utilissimo rendiconto dei dibattiti più e meno recenti sul tema è reperibile in F.J. URRUTIA, *Aequitas canonica*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, LXXIII (1984). Utile anche la messa a punto di M.E. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in *Studi sul primo libro del Codex iuris canonici*, Padova, Cedam, 1993.

Ciò vide con lucida chiarezza un pontefice dalla forte educazione e preparazione giuridica, Pio XII ⁽³⁾, quando, il 22 aprile 1952, ai convegnisti arrivati da tutto il mondo per celebrare l'ottavo centenario della *Concordia* graziana, inseriva nella sua allocuzione questa puntualizzazione efficacissima: « iam ab initio iuri canonico proprius inductus est color et, quasi sigillum cera impressum, applicata est aequitas christiana, quae brevi in aequitatis canonicae formam transivit » ⁽⁴⁾.

Quasi sigillum cera impressum: come dire che il *proprius color*, il marchio di originalità, il carattere più riposto di questo singolare e conchiuso pianeta giuridico è da rinvenirsi lì soltanto, in una precisa scelta equitativa, ma non scelta generica a favore di una equità vaga ed anonima, anzi — al contrario — specificissima, tanto specifica da dar vita a quel risultato inconfondibile nel quale l'impalpabile equità dei moralisti è diventata il sigillo giuridico della equità canonica e unicamente canonica.

2. Perché il nostro tentativo di piena comprensione abbia una possibilità concreta, non sarà inutile prender le mosse da una constatazione prima e fondamentale, che dovrebbe essere largamente scontata ma che è invece troppo spesso dimenticata o almeno trascurata; essa verte sul ruolo e sul valore che il diritto assume in seno alla Chiesa Romana, sul significato assunto in questa Chiesa dalla scelta per il diritto, che accompagna tutta la sua vita storica con una intatta continuità dall'età precostantiniana all'attuale momento ravvivato dalle sollecitazioni del concilio Vaticano Secondo.

Qualche decennio fa era frequente udire la voce di frettolosi e incolti novatori che puntavano il dito accusatore contro quella scelta e condannavano senza appello la costruzione che la Chiesa aveva voluto compiere di un proprio diritto, appunto il diritto canonico, e la intelaiatura giuridica di cui la società sacra aveva preteso di fornirsi; ed echeggiarono frasi sdegnose contro questa *captivitas*

⁽³⁾ Eugenio Pacelli, com'è noto, insegna in diverse sedi il diritto canonico e collabora con Gasparri alla preparazione del primo *Codex*; è, poi, autore di un ampio studio storico-giuridico su « La personalità e la territorialità delle leggi specialmente nel diritto canonico ».

⁽⁴⁾ *Acta Apostolicae Sedis*, XXXIV - Ser. II - vol. XIX (1952), p. 376.

babylonica rinnovando idealmente quel rogo cui parecchi secoli prima su una piazza di Wittenberg era stato sottoposto il *Corpus iuris canonici*. La Chiesa veniva proposta come apparato di potere e l'ordine giuridico era gabellato come suo fine primario.

Nessuno vuol cedere a tentazioni apologetiche e nascondere i tradimenti e gli sviamenti di cui la storia ecclesiastica è costellata, ma si sarebbe evitato una falsante condanna generale, se ci si fosse calati con umiltà nel lungo sentiero della storia giuridica e si fossero saggiate le profonde ragioni del nascere, del divenire, del consolidarsi di uno *ius canonicum*.

Sarebbe emersa limpidissima quella dicotomia basilare che già il vescovo Ivo — alla fine del primo millennio — fissa e sistema nel prologo al suo *Decretum* ⁽⁵⁾ fra un ristretto nòvero di regole supreme necessarie per la salvezza dei fedeli e che trovano nella Divinità stessa la propria fonte (regole per loro intrinseca natura equissime e pertanto eterne ed universali), e un'ampia congerie di norme di produzione umana certamente utili al fedele ma sulle quali poteva e doveva incidere la varietà e ricchezza delle diverse situazioni storiche.

Il messaggio canonico di sempre — di ieri, di oggi, di domani — è impregnato e dominato dalla intrinseca storicità dello *ius humanum*, precisa conseguenza della sua strumentalità; ed è su questa convinta, indefettibile strumentalità che i frettolosi detrattori dovrebbero sostare per una provvidenziale riflessione. A differenza del diritto divino, *ius aequissimum*, che si compenetra col fine dell'ordinamento fino a identificárvisi ⁽⁶⁾, il diritto umano è strumento, strumento prezioso per condurre più speditamente il fedele con tutto il suo carico di fragilità sulla strada della salvezza — giacché,

⁽⁵⁾ IVO DI CHARTRES [IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS], *Prologus in Decretum*, in MIGNE, *Patrologia latina*, vol. CLXI, col. 50 A: « Praeceptiones itaque et prohibitiones, aliae sunt mobiles, aliae immobiles. Praeceptiones immobiles sunt, quae lex aeterna sanxit: quae observatae salutem conferunt, non observatae eandem auferunt... Mobiles vero sunt, quas lex aeterna non sanxit sed posterorum diligentia ratione utilitatis invenit non ad salutem principaliter obtinendam, sed ad eam tutius muniendam.

⁽⁶⁾ Sulla posizione del diritto divino, con una analisi della riflessione teologica nelle varie scuole post-conciliari, si veda S. BERLINGÒ, *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa - Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, Giappichelli, 1991, soprattutto p. 38 ss.

come coglie col suo linguaggio profetico la *Lumen gentium*, « fino a che non vi saranno nuovi cieli e terra nuova, nei quali la giustizia ha la sua dimora, la Chiesa peregrinante, nei suoi sacramenti e nelle sue istituzioni che appartengono all'età presente, porta la figura fugace di questo mondo » (7) —, ma strumento e soltanto strumento.

Per lo Stato l'ordine giuridico può anche essere identificato come il fine od uno dei fini, ma questo mai può avvenire nella Chiesa, il cui fine trascende la storia umana, è tutto consegnato in una dimensione metastorica e metafisica, e non può non identificarsi con la *salus aeterna animarum*. A questo fine assoluto della società sacra il diritto umano si colloca in posizione squisitamente strumentale e si condiziona. Se la legge della comunità statale, come insegniamo nelle Università italiane, è contrassegnata dai caratteri dell'astrattezza, della generalità, della rigidità, deve cioè prescindere nella sua previsione da motivazioni particolari, non è fatta per singoli né rivolta a singoli e si applica non tenendo conto di situazioni particolari, tutto il contrario non può non avvenire per la norma canonica a causa della sua essenziale strumentalità: per raggiungere il fine di cui si pone come strumento, essa non può non connotarsi di una disponibile plasticità. Quanto la legge dello Stato è costruita e pensata astratta, generale e rigida, tanto la regola giuridica della Chiesa e nella Chiesa ha da essere elastica. L'elasticità è il suo carattere intrinseco (8).

Stato e Chiesa: due pianeti giuridici contraddistinti da fondazioni e, conseguentemente, da concezioni e articolazioni opposte. Almeno nello Stato moderno ormai secolarizzato è il dominio delle garanzie formali, e vengono affermati con decisione, quasi come

(7) « Donec tamen fuerint novi caeli et nova terra, in quibus iustitia habitat, Ecclesia peregrinans in suis sacramentis et institutionibus, quae ad hoc aevum pertinent, portat figuram huius saeculi, quae praeterit » (*Constitutio dogmatica de Ecclesia*, cap. VII - *De indole eschatologica Ecclesiae peregrinantis eiusque unione cum Ecclesia coelesti*, § 48, n. 417).

(8) Questo fu colto bene, nel momento di rifondazione scientifica del diritto canonico — che è merito indiscutibile della canonistica italiana degli anni Trenta e Quaranta di questo secolo — da P.A. D'AVACK già nei suoi « corsi » fiorentini dei tardi anni Trenta di indole e destinazione squisitamente didattiche, e poi in *Considerazioni su alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, V (1943), nonché nella sistemazione definitiva del *Corso di diritto canonico - I - Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 201 ss.

conquiste ultime, principii come la stretta legalità, la certezza del diritto, l'uguaglianza giuridica, la divisione dei poteri. Quasi rovesciato è il paesaggio giuridico all'interno della società sacra, che non può appagarsi di garanzie formali, che ignora il vizio tutto moderno del positivismo giuridico, che è invece disposta — con apparente disinvoltura — a sacrificare rigore, coerenza logica, sistematicità, eleganze formali, nella sua tensione a raggiungere ad ogni costo il fine oltremondano che il divino Fondatore e Legislatore le ha assegnato e segnato.

Là il monopolio della produzione giuridica da parte del legislatore, il primato indiscutibile della legge e un giudice necessariamente *servus legis*, qua un giudice (e, più latamente, qualsiasi superiore ecclesiastico) che, essendo chiamato ad applicare la norma generale, cioè a scriverla sulla pelle delle singole creature che ha di fronte, si trova inevitabilmente investito di un ruolo primario, fattivo.

Pio XII, il pontefice di cui abbiamo più sopra segnalato la forte preparazione canonistica, in una memorabile allocuzione dell'ottobre 1947 per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Rota Romana, dopo aver messo nel dovuto rilievo l'impronta tutta peculiare della potestà giudiziaria nella Chiesa, precisava con ferma consapevolezza: « poiché questa impronta deriva dal fine ultraterreno della Chiesa, la potestà giudiziaria ecclesiastica non cadrà mai nella rigidità e nella immobilità, a cui istituti puramente terreni, per timore della responsabilità, o per indolenza, od anche per una malintesa cura di tutelare il bene, certamente alto, della sicurezza del diritto, vanno facilmente soggetti »⁽⁹⁾; dove il raffronto — o, meglio, la contrapposizione — è proprio con gli ordinamenti laici, ed è colta nel diverso rapporto tra « forma » e « sostanza »⁽¹⁰⁾, nel problema dell'adeguamento della prima alla seconda e nella diversa soluzione che vi si fornisce.

È per rispondere a questo problema, è sulla base di un diritto strumentale e pertanto elastico che si fa spazio una presenza viva

⁽⁹⁾ *Acta Apostolicae Sedis*, XXXIX - Ser. II - vol. XIV (1947), p. 495.

⁽¹⁰⁾ « Forma » e « sostanza » nella accezione usata in un saggio notissimo di O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa* (1940), ora in O.G., *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica* (1933-1980) - I - *La Chiesa e il suo diritto, religione e società*, Milano, Giuffrè, 1981.

nell'ordine giuridico ecclesiale, l'*aequitas canonica* per l'appunto. Chiarito il terreno da cui questa nasce, in cui si colloca e in cui si legittima, tentiamo di disegnarne senza fumosità il volto tipico.

3. Articolato nella perenne dialettica fra una norma suprema, il diritto divino, stabilito dalla generosa sapienza d'Iddio per la salvezza di ogni *homo viator*, e una multiformità di norme situate a un livello inferiore, il diritto umano, l'ordine canonico è tutto percorso dalla tensione che avvicina questo a quello, ponendosi come traguardo massimo la corrispondenza perfetta, la più perfetta possibile, di questo a quello. Mentre per il diritto divino si può ipotizzare soltanto una interpretazione-comprensione del magistero che arrivi — grazie all'arricchirsi delle conoscenze — a una più profonda penetrazione della *mens Legislatoris*, il diritto umano è contrassegnato dalla elasticità della regola giuridica, elasticità che è da considerarsi unicamente come sforzo di rendere concreta una siffatta corrispondenza. Qui è la collocazione primaria dell'equità canonica, ma anche la cifra semplicissima per afferrarne il suo tratto distintivo.

Queste prime precisazioni sono intanto sufficienti per segnare e fissare una demarcazione netta. L'equità canonica è un risultato inconfondibile e irripetibile: sfuggente a un osservatore superficiale, diventa chiarissima all'occhio che sappia metterla a fuoco; formalmente designata dallo stesso sostantivo che esprime l'equità naturale, quella romana, quella civile, se ne distanzia nella sua essenza per quell'aggettivo che la accompagna e che ha una apparenza tutta banale ed innocua.

Ma la sua sostanza è inequivoca, ed è tale da scavare un solco rispetto alle altre manifestazioni equitative che la storia giuridica ci testimonia. Per questo restiamo sconcertati quando vediamo — anche in tempi recenti e recentissimi — canonisti che comparano « l'équité dans les droits canonique et français contemporains »⁽¹¹⁾ o insistono su una sua visione generica e accomunante priva di consapevolezza storico-giuridica⁽¹²⁾, o continuano a proporsi il

(11) L. DE NAUROIS, *L'équité dans les droits canonique et français contemporains*, in *L'année canonique*, XXVI (1982).

(12) Per esempio, nella farraginosa e, tutto sommato, inconsapevole « voce »

problema sterile delle possibili origini romane ⁽¹³⁾. Non dico che si tratti di indagini proibite; dico che si tratta di indagini rischiose, rischiose perché falsanti per quella idea che recano in sé di una possibile comparabilità nella diversità, ingenerando in qualche lettore non provveduto la conclusione fuorviante di un sostanziale tessuto comune di fondo.

Vale la pena di essere più precisi: l'equità canonica è un prodotto incomparabile dello *ius Ecclesiae*, che lo identifica per proprii fini, autonomamente, con originalità di materia e con una assoluta esclusività di forze costruttive. Certo, decretisti e decretalisti risentirono — e non poco — delle approfondite ricerche in tema di equità e della tensione ansiosa verso l'*aequum* che segna in maniera così esemplare l'età dei Glossatori ⁽¹⁴⁾. Certo, i canonisti hanno sempre fatto largo uso delle manifestazioni più varie di equità. Certo, una piattaforma comune c'è, ed è quella sottesa ad ogni manifestazione equitativa, ed è l'attenzione al particolare, la prevalenza del particolare sul generale, il primato del caso concreto sulla astrattezza della regola. Ma si deve precisare subito che su quella piattaforma decretisti e decretalisti erigono un edificio che risponde a disegni specifici e realizza istanze e finalità totalmente ignote all'equità romana, a quella civile, alla stessa equità naturale.

Se mai, c'è da aggiungere una doverosa integrazione sul piano storico: che, dopo il momento altamente creativo e altamente originale del diritto canonico classico, durante l'età moderna, l'influsso notevole della secolarizzazione e quel risultato fuorviante che furono la visione secolarizzante della legge canonica e l'imitazione di forme giuridiche secolarizzate portarono ad uno stemperarsi — nel solco di una scienza canonistica sempre più esegetica, sempre più piatta, sempre più recettiva — dei caratteri specifici segnati limpidamente nell'età del medioevo sapienziale ⁽¹⁵⁾, caratteri che è merito indub-

redatta da un grande conoscitore delle fonti giuridiche medievali C. LEFEBVRE, *Equité*, in *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris, Letouzey, 1953.

⁽¹³⁾ Vedi la documentazione offerta da URRUTIA, *Aequitas canonica*, cit.

⁽¹⁴⁾ Sia consentito di rinviare a quanto abbiamo rilevato in una nostra trattazione sintetica (cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995).

⁽¹⁵⁾ È una ipotesi interpretativa, che meriterebbe di essere meglio documentata da una apposita analisi storico-giuridica che scavasse nelle fonti letterarie e giurisprudenziali canoniche dal sec. XVI al sec. XIX.

bio del Fedele di avere riscoperto e riacquisito nell'ambito della grande ridefinizione scientifica del diritto canonico operata soprattutto dalla dottrina italiana degli anni Trenta⁽¹⁶⁾. In base a questa riacquisizione, la qualificazione *canonica* apposta alla nostra *aequitas* non è semplicemente definitoria, o integrativa, o anche migliorativa; è invece separativa, perché non si tratta di una qualificazione dall'esterno che rimane esterna, ma serve a cogliere l'essenza del fenomeno scindendolo storicamente e concettualmente da ogni manifestazione consimile.

Scendiamo più a fondo: con l'*aequitas canonica* siamo ben oltre, in un territorio più riposto e più specifico di quello indicato dalla *naturalis aequitas* di cui parlano il can. 271, § 3 e il can. 1148, § 3, o dalla *aequitas et charitas* del can. 686, § 3 e del can. 702, § 2; siamo ben oltre a quei generici richiami così ripetuti nelle fonti canoniche di sempre alla *mansuetudo*, alla *misericordia* alla *humanitas*, alla *benignitas* quali atteggiamenti da opporre al *rigor iuris* e al freddo ossequio delle forme giuridiche.

La cifra autentica dell'equità canonica, almeno dai tempi della incisiva riflessione dell'Ostiense⁽¹⁷⁾, il pensatore dotato della intuizione più penetrante, ossia dalla seconda metà del Dugento, sta tutta nel nesso inscindibile fra caso concreto e *periculum animae*, sta tutta nella necessità assoluta di dar prevalenza al caso concreto quando sia in gioco il bene supremo della *ratio peccati vitandi*.

È il valore irripetibile di quell'*unicum* che è la singola persona umana a prevalere, quella singola persona umana alla cui salvezza eterna è chiamata tutta la Santa Chiesa, tutta la Sacra Gerarchia, tutta la ammirevole maestà dell'ordine giuridico. Ai piedi di quell'*unicum* la Chiesa depone la sua logica giuridica e il suo rigore sistematico; per lui è disposta a sacrificare l'architettura del magnifico edificio giuridico costruito da una sapienza bimillenaria, in un

(16) Sulla penetrante — e pienamente condivisibile — riflessione del Fedele, cfr., fra le tante pagine che l'esimio Autore dedica al tema, soprattutto *Lo spirito del diritto canonico*, cit.

(17) Si vedano i ripetuti saggi di C. LEFEBVRE, *La doctrine de l'Hostiensis sur la préférence à assurer en droit canonique aux intérêts spirituels*, in *Epemerides iuris canonici*, 8 (1952); *Aequitas canonica et periculum animae dans la doctrine de l'Hostiensis*, ibidem; *Rigueur et équité chez Innocent IV et Hostiensis*, ibidem, 17 (1961); *Hostiensis, maître de l'équité canonique*, ibidem, 28 (1972).

émpito di pastoraltà⁽¹⁸⁾ che è tutta ed esclusivamente canonica e che fa della nostra *aequitas* una creatura insulare, soltanto in una fallace apparenza assimilabile ad altre manifestazioni equitative.

4. L'equità canonica non è un istituto costringibile in pochi o molti canoni di un codice; è piuttosto un principio, un criterio, un atteggiamento; certo, non è una norma, né tanto meno può essere fissata in una norma. Rappresenta nell'ordine giuridico la perfetta trasposizione di quel personalismo, che è il tratto più tipico della filosofia cristiana. È giusto che il *Codex* taccia su di essa; sarebbe infatti ridicolo pensare al titolo di un libro, magari delle stesse *normae generales* che gli fosse dedicato⁽¹⁹⁾.

Si tratta di una presenza complessa, sfuggente e al tempo stesso stringente, ignorata dalla sistematica del *Codex* come il più insignificante degli istituti eppure presente e incombente anche se in modo quasi sempre inespresso al di sotto di ogni canone, di ogni norma quasi a sorreggerla, a fondarla e ad affondarla nel grembo di una norma suprema. Né è senza significato che emerga in luoghi vitali della articolazione del *Codex*: nel can. 19 canone basilare della teoria delle fonti, riprodotto alla lettera — su questo punto — il dettato del can. 20 del codice piano-benedettino, dove all'equità canonica si affida il ruolo di adeguare alle esigenze spirituali dei singoli fedeli i principii generali del diritto, da intendersi come principii generali della legislazione canonica positiva⁽²⁰⁾; nel can. 1752, ultimo canone del codice vigente, dove si affida all'equità canonica di proporsi quale suggello di tutta la normazione ecclesiastica e dove appare

⁽¹⁸⁾ Considerazioni significative in BELLINI, *Suprema lex Ecclesiae: Salus animarum*, cit., pp. 330 e 345.

⁽¹⁹⁾ Forse, si motiva proprio in questo quasi-silenzo del *Codex* l'indifferenza e diffidenza insieme, nonché la sostanziale elusione di un tema tanto vitale da parte della esegesi della canonistica curiale.

⁽²⁰⁾ Non ci sembra condivisibile la conclusione che il Pompèdda fa, dietro il Fedele e il Lefebvre: « i *generalia iuris principia* del canone (20; 19) non possono significare altro, nell'ordinamento canonico, che *ius naturale* » (POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, cit., p. 23). Se, come lo stesso Pompèdda riconosce, « l'equità deve intervenire quando fosse in gioco il diritto naturale » (p. 17), l'intervento previsto nel can. 19 non avrebbe senso.

limpido il suo legame funzionale con la *salus animarum*, legge suprema della Chiesa (21).

Se lo *ius vetus* nella sua naturale plasticità l'ha sempre serbata come trama nascosta in seno al proprio divenire, tanto più la si deve percepire soggiacente a un tipo di normazione come il codice, per sua natura irrigidito in regole fisse e che proprio per la sua ineliminabile rigidità appare assai tardi come modo d'essere delle fonti canoniche ed appare dopo pesantissime e motivatissime discussioni polemiche sulla sua opportunità. Proprio perché norma fissata una volta per tutte e destinata a permanere stabilmente, l'equità canonica non può non essere il suo substrato sostanziale: è infatti lo strumento che impedisce al diritto codificato di degenerare in chiusura, in sordità, in una deformazione profonda della sua veste ordinante.

Essa è per il codice una sorta di valvola respiratoria, un salvataggio, che permette il collegamento continuo fra regole codificate e il grande e vivificante polmone del diritto divino. L'equità canonica, infatti, non solo non è scissa dal mistero della salvezza, ma vi è anzi completamente immersa, essendo quello — per eccellenza — *mysterium salutis*, legato cioè con vincolo di necessità alla salvezza di ciascun fedele.

L'equità canonica non può non cogliersi che come espressione della norma suprema che sta alla base della Chiesa (22), garantisce l'osservanza di quella norma in ogni momento, in ogni luogo in ogni vicenda umana concreta, è lo strumento che realizza l'adeguamento perfetto della forma alla sostanza impedendo lo scandalo di una separazione di quella da questa; sostanza che non può non rinvenirsi nella norma suprema; cioè nel diritto divino positivo e naturale.

Questo avevano bene intuito i maestri del diritto classico, decretisti e decretalisti, elaboratori originali del principio, quando ripetevano una equazione a tutta prima sconcertante: « nihil aliud

(21) Recita il can. 1752: « In causis translationis applicentur praescripta canonis 1747 [che si preoccupa della necessità di lasciar libera la casa canonica da parte del parroco rimosso], servata aequitate canonica et prae oculis habita salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet ».

(22) Non è dimenticabile una suggestiva pagina di G. CAPOGRASSI, *Prefazione a « La certezza del diritto »* di Flavio Lopez de Oñate, ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 1959, p. 111.

est aequitas quam Deus » (23). Sotto questo profilo l'*aequitas canonica* è esattamente l'opposto dell'arbitrio e dell'incertezza; è invece il colmo della legalità e il colmo della certezza.

È una conclusione che, a chi vi guarda con occhi esclusivamente laici, può sembrare paradossale, o artificiosamente apologetica. Se si tiene invece conto dei due livelli in cui si articola tutto l'ordine giuridico della Chiesa, di un diritto umano che non può non essere realizzazione compiuta della *lex aeterna*, appare proporre una verità indiscutibile. Possiamo anche definire l'equità canonica come giustizia del caso concreto, ma — come si diceva più sopra — in una accezione affatto particolare e peculiare: qui si guarda al singolo peccatore, all'esigenza insopprimibile di evitare il disordine del peccato, alla sua salvezza eterna. In questa operazione di salvezza del singolo è coinvolta tutta la società sacra: il frammento e il tutto, il singolo fedele e la Santa Chiesa, ricompresi nel corpo mistico del Cristo, non sono entità scindibili ma anzi indissolubilmente legate dallo e nello stesso *mysterium salutis*: che è salvezza mia, tua, sua, cioè salvezza di persone singole viventi una individua avventura umana ma sempre nell'ambito della società salvifica e con ripercussioni in tutta quanta la comunità, giacché il peccato del singolo è violazione dell'intero ordine pubblico della Chiesa; dove interesse individuale e interesse collettivo tendono a coincidere e dove si dimostrano insoddisfacenti e inutilizzabili le categorie tradizionali che, per esempio, distinguono il diritto dello Stato in pubblico e privato (24).

(23) Pio Fedele vi ha opportunamente insistito: *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Ephemerides iuris canonici*, 20 (1946); *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, I.

(24) Per questo non è condivisibile l'opinione di chi, pur con grande acutezza e dottrina, ha individuato la « natura pubblica del diritto canonico » (come il Fedele, di cui si possono vedere le conclusioni riassuntive in: FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., cap. X), o di chi (come G. LESAGE, *La nature du droit canonique*, Ottawa, 1960, p. 178) sostiene che « la presque totalité du Codex iuris canonici est de droit privé ». Una messa a punto della annosa disputa è ora in: G. LO CASTRO, « Pubblico » e « privato » nel diritto canonico, in *Il diritto ecclesiastico*, CVI (1995), p. 110. Oggi il canonista provveduto avverte tutta l'ingenuità delle vecchie unilaterali posizioni difese tanto strenuamente e tanto bellicosamente. La nuova ecclesiologia e, più ancora, la nuova antropologia religiosa fondata sulla nozione di *communio* rappresenta la via sicura per superare i vecchi e invecchiati accanimenti.

È ovvio che nella Chiesa non soltanto sia bandita ogni diffidenza verso l'equità canonica, ma la si reclaims come principio fondamentale alla base di tutto il diritto, garanzia ultima di legalità e di certezza; ed appaiono decisamente miopi i sospetti e gli intenti restrittivi che emergono dopo l'emanazione del codice piano-benedettino in alcuni canonisti di curia ⁽²⁵⁾. Affermarla e incentivarla non significa sottoporre le saldezze dell'ordinamento alla volontà meramente potestativa di un giudice o di un superiore ecclesiastico, ma realizzare appieno il mandato del Legislatore e Fondatore supremo.

È lo Stato moderno che diffida dell'equità e cerca di espellerla fuori dell'ordinamento giuridico o, se non altro, di minimizzarla; e non senza ragione in un sistema di garanzie formali: c'è diffidenza per quel cumulo di fatti — sociali, economici, culturali — che il caso singolo fa affiorare inquinando il rigore del sistema normativo formale. Equità qui significa eterointegrazione, una pericolosa breccia aperta verso l'esterno nelle mura della cittadella giuridica. Nell'ordine canonico è tutto il contrario: l'equità canonica realizza una perfetta autointegrazione ⁽²⁶⁾, rendendo concreta la corrispondenza fra i due livelli in cui si scandisce il pianeta giuridico della Chiesa.

Qualche autore insegna, con affermazione non bastantemente meditata (così: per esempio, anche quell'acuto e attentissimo studioso che è stato ed è Pio Fedele) che, nel porre in essere un giudicato fondato sull'equità canonica, il giudice ecclesiastico si fa legislatore ⁽²⁷⁾ alla stessa stregua del giudice d'equità negli ordinamenti laici. Ciò può essere anche accoglibile per quest'ultimo, ma è senz'altro respingibile per il primo: infatti, quando egli ricorre all'equità, non si rivolge a un mondo di fatti extragiuridici che vengono inseriti entro i confini del diritto come dei corpi estranei; il suo è ricorso a quel legislatore supremo che è Dio stesso e a quella norma suprema « quae in Lege et Evangelio continentur ». Non si tratta di un ricorso a fatti estranei e inquinanti ma è piuttosto il conclamato riconoscimento di una legge di qualità superiore e

⁽²⁵⁾ V. le documentate pagine di URRUTIA, *Aequitas canonica*, cit., p. 50 ss. Miopia che è presente anche in qualche giudicato rotale. L'esempio più clamoroso è la nota sentenza coram Morano del 1936.

⁽²⁶⁾ FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 204.

⁽²⁷⁾ FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 236.

assolutamente indefettibile rispetto alle tante manifestazioni della legge umana, rispettabilissima ma elastica e per sua natura defettibile.

Il giudice canonico non crea la norma, la scopre, la dichiara, la applica. È sul sostegno di queste considerazioni che non ci sembrano ugualmente condivisibili alcune autorevoli affermazioni secondo le quali « In nessun ordinamento si pone così nettamente come in quello canonico l'antitesi *ius-aequitas* ⁽²⁸⁾, « essa [l'equità canonica] si oppone direttamente al diritto positivo » e incarna un « principio superiore al diritto stesso » ⁽²⁹⁾. Come si è detto più sopra, l'*aequitas canonica* è meccanismo di autointegrazione, è lo strumento prezioso che mantiene sempre aperto e libero e sgombrò il canale di scorrimento fra i due livelli dell'ordine giuridico, fra la norma superiore situata nel livello più alto e la miriade delle norme collocate in basso, fra sostanza e forma, fra diritto divino e diritto umano. Ma col diritto divino non siamo all'esterno dell'ordine giuridico ⁽³⁰⁾, ma all'interno; il diritto divino non è un insieme di vaghi precetti morali, ma di precise prescrizioni anche giuridiche situate in quelli che un grande teorico tedesco del diritto chiamava « die obersten Grundsätze des Rechts » ⁽³¹⁾.

L'equità canonica non si oppone al diritto e nemmeno al diritto positivo: si oppone al *rigor iuris*, al culto formale della norma; essa respinge i due vizi mortali del moderno giurista dello Stato, cioè formalismo e positivismo giuridici, ma la elasticità su cui si fonda non significa mai allentare le maglie della rete giuridica per consentire l'ingresso a forze estranee, bensì — ripetiamolo ancora una volta, perché è un punto che deve restare fermo — consentire che la norma suprema non sia vanificata dalla rigidità delle norme inferiori, e, in quanto rigide, inadeguate a realizzarla nel caso concreto che il giudice e il superiore ecclesiastico hanno di fronte.

⁽²⁸⁾ FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 203.

⁽²⁹⁾ POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, cit., rispettivamente p. 16 e p. 14.

⁽³⁰⁾ Eccellenti le puntualizzazioni offerte in un lontano (e antesignano) saggio di P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXVIII (1957), I.

⁽³¹⁾ H. COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Heidelberg, Schneider, 1947.

5. Poche parole sulla funzione dell'*aequitas canonica*, sulla sua triplice funzione: interpretativa della norma scritta, suppletiva della norma mancante, sostitutiva della norma inadeguata. Certamente anche suppletiva, cioè integrativa delle lacune della legislazione positiva « *secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare* »⁽³²⁾, come si esprime una decretale arcinota di Onorio III risalente ai primi anni del Dugento. Certamente anche sostitutiva. Ove il giudice veda profilarsi un *periculum animae*, ha il dovere ineludibile di disapplicare la norma astratta nella concretezza del caso. In ogni sua manifestazione l'equità canonica è, comunque, un fecondo strumento adeguativo dell'ordinamento, come dimostra limpidamente l'operosità incisiva della giurisprudenza (soprattutto di quella rotale).

L'osservatore non-canonista può pensare a un grimaldello che sgretola tutta la costruzione giuridica, al regno del meramente subbiiettivo e dell'assolutamente incerto che prendono il posto dell'obbiettività e della certezza, vanto e privilegio di un sistema di norme rigide e astratte.

Ribadiamolo ancora una volta chiudendo questa relazione: equità canonica è affermazione di legalità, di una legalità superiore, è pienezza di legalità, ed è certezza, una certezza di qualità superiore, certezza come obbiettività, secondo certe lontane notazioni del Capograssi che restano, dopo cinquanta anni, fra le interpretazioni più acute e puntuali in proposito⁽³³⁾.

Equità è lettura obbiettiva delle cose, cioè della situazione concreta in cui una singola persona umana, il singolo *homo viator*, con il suo carico di fragilità si dibatte e combatte la propria vicenda terrena, situazione al di sopra e al di fuori della quale non ci sarebbe giustizia⁽³⁴⁾. Qui non v'è spazio per l'arbitrario e, se il giudice o il superiore ecclesiastico — per sua umana debolezza — cedesse alla

⁽³²⁾ *Decretales*, I, 36, 11.

⁽³³⁾ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a « La certezza del diritto » di Flavio Lopez de Oñate, ora in *Opere*, V, cit., soprattutto p. 111.

⁽³⁴⁾ Il che assume un significato ben diverso da quello di « *sauvegarder le plus possible la personnalité, voire même l'individualisme, dans le souci d'assurer le respect des manifestations de volonté* », come pretenderebbe il LEFEBVRE, voce *Équité*, cit., col. 409: visione dell'equità canonica assolutamente viziata e adulterata da impensabili venature individualistiche.

tentazione del meramente potestativo, cioè dell'arbitrario, avremmo lasciato di parecchio il campo dell'equità per inoltrarci in quello della pura e semplice iniquità.

Equità canonica come obbiettività, non subbiettività: qui non si tratta di cedere a istanze metagiuridiche come quel « bon juge Magnaud », il giudice mite e disinvolto che rese famosa nella Francia di fine Ottocento la giurisprudenza del Tribunale di Chateau-Thierry per i suoi giudicati in cui si violavano le leggi dello Stato francese in nome di un sentimento sincero ma incontrollato di giustizia sociale e di solidarietà per le classi meno abbienti; qui, quando si èvoca ed invoca l'equità, non ci si richiama a fatti che stanno fuori dell'ordinamento positivo, non si indica la disinvoltura soggettiva del giudice applicatore, non si sottolinea il suo potere discrezionale legato alla sua volontà soggettiva, alla sua sensibilità soggettiva, a un qualcosa di mutevole che può essere presente in questo giudice e assente in quello, che può essere accettabile e laudabile secondo una certa visione ideologica e respingibile secondo una diversa od opposta. Qui siamo di fronte a un giudice che ha, per così dire, le mani legate, che adempie un dovere preciso piuttosto che esercitare un potere.

Ecco perché abbiamo insistito parecchie volte per separare l'equità canonica da generiche manifestazioni di umanità e di benevolenza che poco hanno da spartire con essa.

6. Il discorso sin qui fatto consente di trarre una conclusione generale che travalica lo stesso tema dell'equità canonica, anche se trova in esso la sua motivazione e il suo fondamento; una conclusione che investe lo stesso approccio metodologico dell'odierno canonista.

Non v'è dubbio che oggi il canonista, rispetto a quello di ieri, è assai meno formalista, ritrovando — pur nella distinzione dei piani diversi — profondo e inconfondibile nesso con le matrici teologiche e separandosi senza rimpianti da atteggiamenti tipici del moderno giurista dello Stato, che talvolta furono — in un recente passato — imitati servilmente e inconsapevolmente: viene a mente, per esempio, in Italia almeno la fertile riflessione del Corecco ⁽³⁵⁾.

(35) Esempio — anche se non condivisibile in molte conclusioni — per il suo

Io penso che, sotto altro profilo, l'odierno canonista dovrebbe distaccarsi da una scelta — imperante, diffusa e tuttora vincente in mezzo a una generale ubriacatura kelsenista —, la quale è propria dell'attuale giurista « laico » e a lui graditissima: quella normativista, ossia l'identificazione del diritto in un complesso di comandi; scelta che mi pare indiscussa, anche se ciò può a prima vista apparire paradossale, nella canonistica curiale. Proprio quanto abbiám detto in tema di equità canonica dovrebbe, invece, portare a riscoprire il diritto canonico più come esperienza e come ordinamento.

L'aspetto normativo e sanzionatorio — normale e vistosa dimensione della giuridicità — dovrebbe essere còlta come la superficie emergente di una realtà complessa che nasce dalla vita, si intesse della vita e tenta di ordinarla. La dimensione pastoralizzante del nuovo clima post-conciliare e del nuovo codice giovanneo questo richiede. Non è dimenticabile l'insegnamento, proprio negli anni immediatamente dopo il Vaticano Secondo, di un rinnovatore della riflessione canonistica in Spagna, Pedro Lombardía, fondatore della brillante scuola pamplonense; già nel 1976 egli disegnava un itinerario che conduceva a « un vigoroso *rencuentro* con la *aequitas canonica* », con la conseguenza di porre la giurisprudenza sempre più al centro dell'ordinamento e di percepire « la importancia de potenciar su papel en el derecho canónico »⁽³⁶⁾. Lombardía aggiungeva però, nel senso preciso delle nostre righe precedenti: « es necesario... que tengamos conciencia de que la norma no es el derecho... cada día me persuado más de que para profundizar en la estructura jurídica de la Iglesia hay que superar la noción de ordenamiento jurídico como conjunto de normas »⁽³⁷⁾.

È la natura stessa del diritto canonico, è il mistero grande della giuridicità nella Chiesa come *mysterium salutis* a pretenderlo: un diritto canonico sorpreso come *aequitas*, come strumento che può e

carattere altamente programmatico la Relazione al 3° Congresso Internazionale di diritto canonico, in Pamplona, nel 1976 (cfr. E. CORECCO, *Valore dell'atto « contra legem »*, in *La norma en el derecho canónico*, Actas del III Congreso internacional e Derecho Canónico, Pamplona, Univ. Navarra, 1979, p. 839 ss.

⁽³⁶⁾ P. LOMBARDIA, *Norma y ordenamiento jurídico en el momento actual de la vida de la Iglesia*, in *Jus canonicum*, XVI (1976), p. 79.

⁽³⁷⁾ LOMBARDIA, *Norma y ordenamiento*, cit., p. 80.

deve superare rigidità di forme e di comandi (che pur ci sono, che pur ci debbono essere ma che non esauriscono il fenomeno giuridico) per salvaguardare la salvezza dei fedeli. È rispetto a questa funzione complessa che una intelaiatura unicamente normativistica sa di forzatura, anzi di tradimento.

Lecture

ORAZIO ABBAMONTE, *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie*, Napoli, ESI, 1997, pp. 334.

È da qualche tempo ormai che la storiografia più attenta alla dimensione istituzionale batte con profitto la strada che si snoda lungo i confini degli Stati preunitari. Dietro questo interesse non si annida nessuna nostalgia o sussulto di erudizione. L'ideologia ha fortunatamente lasciato il passo alla sincera e imparziale ricostruzione di esperienze concrete, senza alcuna visibile accezione polemica. Quanto all'erudizione, essa è scomodata per verificare ipotesi di ricerca dettate da categorie storiografiche in linea con il più recente dibattito storiografico europeo. Solo qui e là è dato imbattersi ancora in peccati di municipalismo storiografico che appaiono tanto meno comprensibili quanto più certo è il malinconico destino di marginalità che li attende. Nella maggioranza dei casi il salto di qualità è stato innegabile così come proficuo e intenso si è rivelato lo scambio tra storici appartenenti a campi disciplinari distinti.

Grazie a questo impegno e alle sinergie che ha suscitato è stato possibile portare alla luce profili inaspettati di un laboratorio istituzionale così denso di insegnamenti come il pluralistico ordinamento preunitario. L'analisi del nodo storico del rapporto Stato-società non è più confinata alla sola esperienza nazionale-statale, ma retrocede nei decenni di preparazione, soffermandosi su organi e prassi per troppo tempo trascurate. Fino a ieri sepolta negli archivi, la memoria delle burocrazie regionali rivive ora grazie alle penna paziente di chi ha cercato negli anfratti della storia locali le tracce delle costanti e delle contraddizioni del presente.

Il libro di Orazio Abbamonte si colloca in questa prospettiva. La sua scelta è stata quella di dare la parola alla giurisprudenza del massimo organo di giustizia amministrativa del Regno delle due Sicilie: la Gran Corte dei Conti. Si è trattato — diciamolo subito — di una scelta felice per almeno due motivi. Il primo è che sappiamo ancora abbastanza poco dei primi passi del contenzioso amministrativo negli Stati italiani nei decenni che seguono la caduta di Napoleone. Il secondo è che nella sfera della giurisdizione sudditi e amministrazioni svelano senza pudori le reciproche percezioni e le conseguenti strategie: mostrarle equivale ad aprire uno spiraglio molto istruttivo sulle loro più intime connessioni.

Su entrambi questi versanti il libro non delude.

Non su quello della formazione delle regole e delle tecniche del contenzioso amministrativo perché risalto adeguato viene dato alle specificità della vicenda napoletana nel quadro europeo.

Colpisce ad esempio la singolare eterogenesi dei fini di cui è beneficiaria la Gran Corte che riesce a volgere a proprio vantaggio la stigmatizzazione della giustizia ritenuta. Ciò che poteva apparire un limite invalicabile all'esercizio di un'attività giudiziaria indipendente, stante l'ingombrante presenza dell'approvazione sovrana, diviene, grazie alla consumata abilità argomentativa dei giudici, un salvacondotto per incursioni nell'azione amministrativa. Forti del viatico sovrano, i giudici possono parlare ai funzionari più come superiori gerarchici che come scomodi intrusi. Divengono in qualche modo i garanti dell'unità di un sistema centralistico che deve sentirsi periodicamente ricordare la sua ragion d'essere. E questo senza abdicare nemmeno un poco di fronte al privato alla veste di giudici imparziali grazie al lusso di norme procedurali, dove la procedura assolve la funzione preziosa di spersonalizzare e spolitizzare. La legislazione del 1817 — improntata sul regolamento d'Agueasseau del 1738 — enfatizza il ruolo giudiziario della Gran Corte che batte sul tempo, in questo, il Consiglio di Stato francese, ancora trattenuto nelle maglie strette del ruolo consultivo. Ecco quindi che la lente dello storico ingrandisce istituti e prassi che trovano un'eco puntuale nella giurisprudenza contemporanea. Con una cura a volte sin troppo analitica, Orazio Abbamonte verifica in dettaglio gli orientamenti dei giudici partenopei in tema di prove e di principi procedurali, di cui mostra l'assonanza con la giurisprudenza che ci è oggi familiare. Il risultato del confronto, ci dice, non è sfavorevole ai primi.

Il punto è che nella procedura come nel diritto sostanziale i magistrati della Gran Corte mostrano molto senso politico: bandiscono la politica dal loro processo... per potere farla loro! Che vi sia una politica giudiziaria di sostegno intelligente e flessibile alla legittimità dello Stato paterno borbonico, l'Autore ce lo fa capire con molte testimonianze. Dal criterio del riparto — l'interesse dell'amministrazione —, alla tutela dei diritti dei privati, alla mediazione tra liberismo e corporativismo nelle decisioni a carattere finanziario: si staglia sempre una linea di duttile mediazione dei giudici che non esitano, all'occorrenza, a forzare senza scrupoli con il grimaldello dell'interpretazione le chiusure della lettera normativa. Autorizzati a tanto dalla carenza di istanze politico-rappresentative alternative: se mediazione deve esservi, che siano loro a farla approfittando della ritualità del giudizio e della provvidenziale neutralità del gergo giuridico. A volte guardiani severi della legalità contro un'amministrazione che schiaccia con disinvoltura i diritti dei privati, a volta giudici di equità, con buona pace del dettato normativo, in nome di una missione pedagogica nei confronti dell'amministrazione. Senza dimenticare le professioni di ossequio alla discrezionalità amministrativa, la zona franca che, almeno nei principi, dichiarano di rispettare.

Quale il bilancio finale? Come in altri casi di istituzioni preunitarie,

anche questa ci sembra contrassegnata da un'ambiguità che ne racchiude tutto il fascino: quella di trovarsi al crocevia tra due concezioni dello Stato, tra due modi di fare amministrazione senza propendere decisamente per alcuno dei due. Un giudice in bilico, ma tutto sommato compiaciuto della sua centralità che ne fa il perno tra lo Stato paterno al tramonto e un incipiente Stato di diritto. Vi è da augurarsi che altri spezzoni di questa giurisprudenza possano essere restituiti alla luce per permettere di ricomporre un mosaico il più completo possibile.

STEFANO MANNONI

PAOLO BECCHI, *Oltre le righe. Hegel e il dibattito intorno alle sue lezioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996, pp. 178.

Nella Prefazione a questo libro si legge che « Il volume trae spunto da vari precedenti lavori, ma soprattutto dalla Nota editoriale che segue la traduzione italiana del quaderno di appunti di P. Wannemann », curata dallo stesso Becchi (1993). Il « trae spunto » farebbe ritenere che l'A. abbia ripreso daccapo l'argomento, utilizzando e integrando i « precedenti lavori »; non è senza stupore che ci si accorge, invece, che, per un buon 90%, il volume è la riproduzione quasi letterale della Nota editoriale sopra citata; nessuno contesta il diritto di un autore di ristampare i propri scritti; ma perché dare una indicazione oggettivamente fuorviante?

Il Becchi riconosce espressamente, più volte, il debito che egli ha nei confronti del compianto K.H. Ilting, il che gli fa onore; ma questo lo induce a prenderne le parti, con puntigliosità, contro gli studiosi dello Hegel-Archiv, i quali non avevano visto favorevolmente che un hegelista non appartenente al loro gruppo avesse posto mano alla pubblicazione di materiali (per lo più quaderni di appunti degli uditori delle lezioni) che essi ritenevano di loro competenza. Malgrado le tensioni, note a chi studiava questi argomenti, né Ilting né l'altra parte fecero di ciò argomento di pubblica polemica, tanto più che non c'era molto su cui polemizzare; il fatto che i curatori dell'edizione accademica non mostrassero alcuna fretta di pubblicare i quaderni degli uditori, e preferissero impegnarsi sulle stampe, e sui manoscritti di pugno di Hegel, non è, e non era, niente di stupefacente. Basta evocare un precedente, di un'altra edizione accademica famosa, quella degli scritti di Kant: quando si cominciò a progettarla, alla fine del secolo scorso, si prevede una quarta sezione, nelle quale raccogliere i « quaderni »; responsabili di tale sezione furono nominati studiosi già sperimentati: M. Heinze, e, dopo la morte di questi, P. Menzer; eppure, circa un quarto di secolo dopo (1921) si dichiarò espressamente che alle lezioni si doveva rinunciare, a causa del materiale insufficiente e difficile da maneggiare; dovettero passare altri 45 anni perché, per la tenacia

dell'ultimo superstite della seconda generazione degli « editori » di Kant, G. Lehmann, molti volumi cominciasse ad uscire; e l'impresa non è ancora terminata. Beninteso, nel frattempo studiosi « irregolari » avevano pubblicato non poche lezioni, attirandosi ogni sorta di critiche; lo stesso Menzer, nel secondo centenario della nascita di Kant, non aveva rinunciato a dare alle stampe *Eine Vorlesung über Ethik*, la cui datazione fu poi fortemente messa in dubbio. E c'è anche chi opina che persino certi volumi dell'edizione accademica andrebbero rifatti. Era così strano che gli hegelisti di Bochum procedessero con i piedi di piombo? Tanto più che per le devastazioni della seconda guerra mondiale erano andati perduti molti testi noti agli editori precedenti. Quando poi questi ultimi, ed altri, cominciarono a riemergere, le loro dimensioni posero un ulteriore problema: pubblicarli tutti, così come sono, ovvero trarne fuori un « libro », coordinando diverse stesure? Chiunque studi un autore desidera avere a disposizione più materiale che sia possibile; ma tale desiderio, legittimo, non coincide obbligatoriamente con i criteri, e i tempi, di chi deve fare un'edizione che dovrebbe essere definitiva.

Secondo il detto evangelico, c'è posto per tutti gli operai nella vigna del Signore; lo studioso che ritenga di arricchire la sua interpretazione con nuovi testi, li pubblicherà, se ne è in grado; la sua responsabilità è diversa da quella di chi attende ad una edizione complessiva — e credo si debba tenerne conto.

Ancora: non è stato soltanto il Becchi a fare dell'ironia sul fatto che lo Hegel-Archiv, a partire dal 1983, abbia affiancato, all'edizione accademica, una serie di volumi di *Vorlesungen*. Ma perché, anche in questo caso, non guardare a ciò che avviene per altri grandi pensatori? Per Leibniz c'è addirittura una serie di fascicoli (la « Vorausedition ») distribuiti agli specialisti, in attesa dei volumi dell'edizione definitiva. Di Schelling, accanto all'edizione accademica, che è tutta concentrata sulle opere stampate, escono continuamente quaderni di lezioni, e adesso anche i *Tagebücher*; e persino nel caso di Fichte — l'unico « classico » dei cui scritti si prevede l'edizione completa nell'arco di un quarantennio — gli stessi editori « ufficiali » non hanno mancato di pubblicare anticipazioni, di testi autografi e di testi di altra mano, senza che ciò abbia sollevato polemiche. Tutto quel che si fa è ben fatto, soleva dire, negli ultimi anni della sua vita, Delio Cantimori; e sono convinto che questo giudizio meriti di venir sottoscritto.

La rilevanza tutta particolare attribuita alle « lezioni » hegeliane, e soprattutto, almeno finora, a quelle di filosofia del diritto, si motiva per la convinzione che con esse si possa risolvere il vecchio problema della « Anpassung » o della « Akkommodation » del filosofo alle posizioni politiche del governo prussiano; egli avrebbe celato e alterato un pensiero progressista per conservare il favore di chi lo aveva appena chiamato alla prestigiosa cattedra di Berlino; pertanto, dopo che la

svolta indotta dai Deliberati di Karlsbad divenne del tutto chiara, egli avrebbe — questa la tesi proposta a suo tempo da Ilting — modificato il testo originario dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, senza peraltro rinunciare alle sue idee, a diffondere le quali egli provvedeva con le lezioni: di qui la conseguenza che il pensiero autentico di Hegel andrebbe cercato nei quaderni degli uditori piuttosto che nel libro stampato. La posizione di Ilting è assai articolata e complessa; negli ultimi suoi contributi egli parve insistere, più di quanto avesse fatto all'inizio, su un « mutamento di posizione politica », da parte di Hegel, intorno al 1819-20, il che toglierebbe qualche peso all'ipotesi che soltanto per timore di fastidi censori egli avesse modificato il suo libro. La posizione del Becchi, su questo punto, mi sembra più vicina alla posizione iniziale di Ilting: « il testo di Hegel è stato pubblicato in una situazione politica in cui il prezzo dell'obbedienza [a chi?, vien voglia di chiedere; nessuno lo obbligava a scrivere un trattato di filosofia del diritto] non poteva che essere pagato con una generale insincerità » (p. 100). Hegel ha scritto « per prudenza anche cose che non pensava, ma non rinunciando a dire tutto quel che pensava » (p. 101), anzi, « si è spinto oltre scrivendo anche cose che erano in stridente contraddizione con il suo pensiero. Non soltanto Hegel non ha scritto tutto ciò che pensava, ma neppure ha scritto *solo* ciò che pensava. Si è spinto sino a questo punto ben sapendo che intanto le sue intime convinzioni politiche sarebbero risultate evidenti ai suoi allievi tramite le lezioni » (p. 102); è questo che legittimerebbe il leggere « oltre le righe », secondo il titolo imposto al libro.

Si può concedere senza difficoltà che l'esposizione orale sia più « libera » di quella scritta; ma che qualcuno, non osando mettere per scritto i propri convincimenti politici, scelga di principio, quale mezzo di trasmissione di essi, le lezioni, è difficile da credersi; tutti sappiamo quanto gli uditori si compiacciano di spettegolare su ciò che il professore, soprattutto se famoso, ha detto o lasciato intendere. Per es. una battuta anticattolica di Hegel (a proposito dell'eucarestia) venne subito raccolta, e suscitò un piccolo incidente — tutto il contrario, insomma, di ciò che un uomo « ansioso », come una volta Hegel definì se stesso, avrebbe potuto desiderare; che certe battute scappino, se è lecito dire, nel corso di una lezione, è ben possibile; che si programmi una trattazione, divergente dal testo, è più difficile. Ma il Becchi sembra sostenere che proprio questo Hegel si proponesse, quando segnalava, nel frontespizio, che sia l'*Enciclopedia* che i *Lineamenti* erano stati redatti « ad uso delle sue lezioni »: « È dunque Hegel stesso a voler inserire il testo nel contesto delle sue lezioni » (p. 96). Le cose, temo, sono molto più banali: delle grandi opere pubblicate da Hegel due, la *Fenomenologia* e la *Logica*, erano state scritte per la lettura, e articolate in capitoli; le altre due, quelle ora menzionate, per l'insegnamento, e articolate, secondo un antico uso universitario, in paragrafi. L'avverti-

mento editoriale segnalava semplicemente che erano destinate ad essere commentate (un « Vorlesebuch » « das durch mündlichen Vortrag seine nötige Erläuterung zu erhalten hat », si legge nella Prefazione alla 2^a edizione della *Enciclopedia*); perché dare un significato quasi lato-mico ad una usuale prassi accademica? Tra l'altro, dei circa cinquanta corsi tenuti da Hegel a Berlino soltanto 6 furono dedicati alla « filosofia del diritto », e di questi soltanto 4 vennero svolti dopo la pubblicazione del « trattato », il che, tra l'altro, è spiegazione sufficiente che esso, in vita di Hegel, non sia andato oltre la 1^a edizione.

Ora, che i quaderni ci aiutino a ricostruire la genesi del libro, e a seguire le eventuali variazioni, su singoli punti, della dottrina di Hegel, è una cosa; che siano da preferirsi al libro, è un'altra. Come si è visto da una delle citazioni che ho addotto, il Becchi argomenta la sua tesi parlando delle « contraddizioni » nelle quali Hegel si sarebbe avvolto. Esse possono concedersi — in quale autore, grande o piccolo, non si rinvengono « contraddizioni »? La cosa può stupire soltanto chi crede che i sistemi escano di getto, da un'unica fonte, e non siano invece un faticoso lavoro di revisione ed incastro di parti — non per nulla a costituire problema sono quasi sempre i punti di passaggio da una parte all'altra; ma questo accade in metafisica come in politica; perché le contraddizioni di Hegel, reali o presunte che siano, devono avere un significato particolare? Non c'è nessuna notizia autentica che ci autorizzi a ritenerlo.

Se i quaderni delle lezioni erano, dagli estimatori di Hegel, spesso ricercati, non era perché venissero considerati più sinceri (« l'autentico pensiero del maestro », scrive il Becchi p. 85) delle opere a stampa; era, piuttosto, perché contenevano trattazioni più ampie rispetto ai contratti paragrafi, e soprattutto perché il loro tono era più « popolare », cioè comprensibile. Il che è del tutto evidente nel caso di un cacciatore di tali quaderni, V. Cousin, il quale, pur amando (come disse malignamente Taine) le « emozioni metafisiche » non aveva certo la pazienza di compitare l'*Enciclopedia*; e bisogna aggiungere che lo Hegel delle lezioni interessava tanto più quanto meno era filosofo in senso tecnico. È uno dei tanti paradossi della storia delle idee che un pensatore il quale vedeva il proprio merito nel sistema « speculativo » acquistasse fama europea per trattazioni (filosofia della storia, estetica) che di speculativo avevano soltanto l'impianto, impianto contestato subito da chi vi vedeva una costruzione a priori, e che gli stessi discepoli riaggiustarono più volte.

Questo non riguarda i quaderni delle lezioni di filosofia del diritto, che ebbero una circolazione più limitata, e che sembrarono aver esaurito la loro funzione dopo l'edizione Gans del 1833; fu proprio la discussione sull'autenticità delle « aggiunte » che Gans aveva fatto al testo hegeliano a sollecitare la ricerca dei quaderni, con frutti anche superiori a quelli sperati. Ma il risultato è stato curioso: proprio chi si

era, e si è, più impegnato a sostenere l'autenticità delle aggiunte di Gans, sostiene la non verità del testo che quelle aggiunte volevano illustrare; mentre Gans si era limitato a parlare della asperità (« Derbheit ») dello stile dei *Lineamenti*, ora si suggerisce che essa fosse volontaria, per renderne indispensabile una illustrazione orale che la rettificasse; con tutto il rispetto personale che nutro per gli studiosi che sostengono una tesi così avventurosa, mi è accaduto già un paio di volte, nei decenni passati, di dover dichiarare il mio dissenso da essa; il libro del Becchi non mi ha fatto cambiare opinione.

CLAUDIO CESA

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y Lengua Constitucionales*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Il saggio che presentiamo si muove nell'ambito della storia della cultura costituzionale, con particolare attenzione alla lingua per il cui tramite quella cultura storicamente si è espressa. Si tratta di un campo di ricerca oggi assai praticato, anche se per lo più in chiave di « storia concettuale », di matrice prevalentemente tedesca e statunitense.

Al centro del volume campeggia, proprio sul piano dell'indagine sulle formazioni linguistiche della cultura costituzionale, l'alternativa tra *imperio de la ley* e *rule of law* (pp. 181 e ss.). Come osserva esattamente Clavero, *imperio de la ley* è molto di più di « principio di legalità », inteso come principio-cardine attributivo di competenze a fini di garanzia, con effetti decisivi, e certo non rinunciabili, soprattutto nei campi del diritto penale e del diritto amministrativo. Nella espressione linguistica *imperio de la ley* è contenuta piuttosto l'affermazione di un potere sovrastante, che è, in sintesi, il sovrano potere di fare la legge della tradizione costituzionale europeo-continentale. Tra quella espressione ed il principio di legalità vi è certamente uno scarto, che per Clavero possiede una natura spiccatamente ideologica, che trascende assai il puro livello normativo della organizzazione delle fonti di diritto.

Vi è, in altre parole, la convinzione che la legge, in quanto manifestazione di volontà di quel potere sovrastante, contenga un diritto di qualità superiore, che deve forzatamente imporsi ad ogni altro tipo di diritto. Mentre il principio di legalità limita, a fini di garanzia, la capacità di espansione degli altri diritti, diversi dalla legge, come quello che si forma giurisprudenzialmente, soprattutto sul terreno del diritto penale, o come lo stesso diritto che nasce dall'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione, il principio di superiorità della legge e del legislatore — il nostro *imperio de la ley* — va ben oltre, e finisce per negare gli altri diritti, per disseccarli alla fonte.

Poiché, per ragioni storiche ormai a tutti note, il diritto dell'amministrazione possiede a sua volta, per lo meno nell'Europa continen-

tale, una forza normativa propria — « aus eigener Kraft », secondo la celebre formula di Otto Mayer —, questa opera di disseccamento si è esercitata in prevalenza, come osserva più volte lo stesso Clavero, sul fronte più debole, quello della giurisdizione.

Secondo il nostro Autore, è proprio per questo motivo, di ordine storico-culturale, che noi possediamo oggi una concezione asfittica e ristretta della giurisprudenza, che poco si adatta a rappresentarla come luogo decisivo di tutela e di affermazione dei diritti individuali. Ed è questa medesima concezione che, a sua volta, ci impedisce di accompagnare e tematizzare le trasformazioni in corso, che secondo Clavero muovono anche in Europa, pur tra mille resistenze e contraddizioni, verso un *imperio de Constitución*, attraverso l'interpretazione della Costituzione da realizzare in sede giurisdizionale.

Volgendosi indietro nel tempo, Clavero coglie questo *imperio de Constitución*, in nome dei « diritti assoluti » degli individui, soprattutto nelle pagine di Blackstone, così come in tutta quella letteratura politico-costituzionale che ha costruito nel tempo il grande modello della costituzione britannica, a partire ovviamente da Montesquieu, e fino per lo meno alle notissime elaborazioni di Dicey sulla *rule of law*.

La caratteristica principale della *rule of law*, che la oppone, come già abbiamo visto, all'*imperio de la ley*, non è quella di negare forza e centralità alla rappresentanza politica, al ruolo del parlamento. Non si potrà certo negare che lo stesso Blackstone, così rilevante nell'indagine di Clavero, dedichi molte pagine alla affermazione della notissima sovranità del parlamento inglese. Il fatto è però che questa « sovranità » è molto diversa da quella che si realizza storicamente nell'Europa continentale a partire dalla matrice rivoluzionaria francese. È una « sovranità » istituzionalizzata attraverso il principio del *King in Parliament*, che richiama l'ideale di una volontà politica moderata e bilanciata, rappresentativa delle istituzioni, degli interessi, dei luoghi, che concretamente compongono il Regno. Come tale, quella volontà, per quanto sovrana, non potrà mai ambire a generare i diritti per mezzo della costituzione e dell'esercizio del potere costituente, per un motivo molto semplice: perché la sovranità del parlamento inglese è integralmente costituita, presupponendo una società civile in cui attraverso il corretto esercizio della giurisdizione i diritti sono in sostanza già garantiti. Non è la costituzione che genera i diritti, ma viceversa. Ecco perché la sovranità del parlamento inglese non può mai divenire *imperio de la ley*: perché non può mai pretendere di avere di fronte a sé, in nessun momento, uno spazio integralmente vuoto, da riempire in modo indefinito.

Certo, perché una soluzione di questo genere sia plausibile, è necessario che la funzione giurisdizionale non operi solo nella sua veste tecnica di strumento di applicazione della legge. Secondo Clavero, per riscoprire un più ampio ruolo costituzionale della giurisdizione, è

necessario ripensare alla funzione che storicamente ha svolto il *trial by jury*, il diritto alla giuria, cui non a caso è dedicato un notevolissimo spazio nel volume (pp. 41 e ss.). Sul punto, nell'ambito di una semplice recensione, siamo purtroppo costretti ad una sintesi estrema. Clavero mostra comunque con grande efficacia come nel modello storico della *rule of law* — come bene avevano in testa, tra l'altro, i rivoluzionari americani — il processo per giuria sia un istituto di primaria rilevanza costituzionale, per lo meno pari a quella propria della stessa rappresentanza politica. Se questa seconda nasce, com'è noto, per controllare la legittimità delle imposizioni tributarie, il primo nasce per tutelare i « diritti assoluti » dei *britishmen*: l'*habeas corpus*, il divieto di arresto arbitrario, il divieto di pene crudeli ed inusitate, ma anche la libertà di stampa. Ecco il ramo disseccato di cui sopra si parlava, che oggi ci costringe a pensare alla giuria come ad un semplice istituto del diritto processuale penale, di valore al massimo integrativo e correttivo. Clavero riscopre con grande efficacia un'altra storia, entro cui i diritti dei cittadini si esprimono non solo nel parlamento, attraverso la rappresentanza politica e la legge, ma anche direttamente nel processo.

Infine, qualche parola di carattere conclusivo. Il volume di Clavero è tutto attraversato dal « modello francese », che in sostanza coincide con l'*imperio de la ley*: è dunque il « polo negativo » del costituzionalismo moderno, cui non è difficile attribuire la responsabilità di aver indebolito la tutela dei diritti in sede giurisdizionale, di aver fatto tramontare il ruolo costituzionale della giuria, di aver interposto tra i giudici ed i diritti il diritto della legge. Sono temi grossi, che qui non è possibile discutere. Si vuole solo osservare che la rivoluzione francese non è stata solo *imperio de la ley*. Essa ci ha anche trasmesso l'idea, forte e temibile, di una comunità politica, popolo o nazione, capace di decidere sul proprio futuro attraverso la costituzione. Senza questa idea, le costituzioni dell'ultimo dopoguerra, con il loro principio democratico, sarebbero state di ben più difficile realizzazione, ed avrebbero comunque avuto una ben minore capacità di penetrare nell'ordinamento normativo e nella stessa convivenza civile.

Clavero non è il solo ad aspirare all'*imperio de Constitución*. Ma quell'*imperio* non si ha solo attraverso una più forte affermazione e tutela dei diritti in sede giurisdizionale, secondo il modello britannico dei « diritti assoluti » dei *britishmen*, ma anche sulla base dell'irrinunciabile principio democratico. Rousseau aveva certamente torto quando diceva che gli inglesi erano liberi solo il giorno in cui votavano per il parlamento. Egli non conosceva, o non voleva vedere, l'altra e più rilevante faccia della *rule of law*, quella che Clavero ha così efficacemente messo in luce. Ma in questa stagione di dilagante anglofilia, converrà forse ricordare qualche volta con un po' più di convinzione che il passo decisivo dalla eguaglianza nel godimento dei diritti civili alla eguaglianza come principio costituzionale operante anche nel campo

politico e sociale, fino alla proposizione novecentesca dei diritti sociali, ha avuto bisogno di una radice diversa, ed anche del grande strappo della rivoluzione, della grande e tanto temuta idea della sovranità popolare, su cui pure si fondano oggi, nelle forme ad esse proprie, le costituzioni vigenti. Per noi, nessun *imperio de Constitución* è oggi possibile prescindendo dalla forza del principio democratico, come puro e semplice risultato della interpretazione della Costituzione da parte dei giudici.

MAURIZIO FIORAVANTI

VINCENZO FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto 1. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1998.

La pubblicazione di un nuovo manuale può costituire per una disciplina un evento simile alla convocazione degli « stati generali »: un evento importante che induce a fare i conti non solo con l'accumulo dei contributi che via via arricchiscono e integrano una data forma di sapere, ossia con la continuità e la tradizione, ma anche con punti di discontinuità e di mutamento, che possono preludere veri e propri « cambiamenti di paradigma ». Con questo spirito si può accogliere il volume di V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto 1. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza 1998, che, come annuncia il sottotitolo, si presenta come il primo di due volumi dedicati al ritratto della disciplina socio-giuridica.

L'A. non consegna una semplice rassegna di contributi ordinati nel tempo, né dei grappoli di opere suddivise per temi, così come si suole fare in un manuale. Piuttosto, Ferrari fa una ricostruzione del sapere sociologico-giuridico organizzandolo, per così dire, secondo un'ascissa ed un'ordinata, costituite l'una dall'azione giuridica, l'altra dal sistema normativo. Uso non a caso tali metafore spaziali perché una decisiva ragione d'interesse del volume sta nel fatto che esso mostra di continuo quanti possibili e diversi punti di incontro possano darsi tra queste due unità di riferimento. Del resto, questi potenziali, infiniti punti di incontro costituiscono lo spazio stesso della ricerca sociologica che, per propria vocazione, analizza « il diritto come modalità di azione sociale » (p. 56), ossia gli esiti che diversi sistemi giuridici producono in termini di specifiche modalità di azione giuridica.

Interessante è l'accostamento che Ferrari fa di due diverse prospettive per inquadrare le due dette unità di analisi: l'azione giuridica ed il sistema normativo. Da una parte egli utilizza gli schemi consolidati della tradizione sociologica europea, soprattutto di impronta weberiana. Dall'altra egli adotta uno sguardo innovativo, facendo confluire queste due coordinate della sua analisi nel concetto di « comunicazione ». Come si dirà più avanti, forse l'unico limite del volume sta nel non aver

portato alle sue piene conseguenze la carica innovativa che da questo riferimento sarebbe potuto derivare, trascurando l'intrinseca contraddittorietà che esso implica rispetto allo sguardo tradizionale. Osserviamo dunque questo duplice sguardo adottato da Ferrari rispetto all'azione giuridica e rispetto al sistema normativo.

L'azione è definita a partire dai canoni della sociologia « comprendente » weberiana; scavando in questa impostazione teorica e nei frutti più maturi che essa ha prodotto, dagli approcci interazionisti ed etnometodologici fino alla teoria habermasiana dell'« agire comunicativo », l'autore fissa il concetto di azione sociale intorno ad un fragile equilibrio tra l'orientamento all'azione di tipo « finalistico », ossia indirizzato verso le finalità dell'attore, e l'orientamento di tipo « normativo », ossia relativo ai vincoli imposti dalla struttura sociale. Si tratta di una scelta felice, che conduce Ferrari a problematizzare tutti i concetti che appaiono semplici. Altrettanto egli fa con il concetto di agire normativo, precisando che esso non necessariamente implica agire secondo i dettami della norma, ma semplicemente, come insegna Weber, agire con riferimento ad una o più norme, sia pure per disattenderle o eluderle.

L'azione giuridica viene analizzata nelle sue inevitabili relazioni sia con il conflitto, sia con il potere. Sotto entrambi questi profili, torna l'alternativa tra visioni conflittualistiche e visioni integrazioniste, che può dipingere assai diversamente il quadro dell'azione giuridica, che risulta così estremamente mobile e complesso. Non tutte le relazioni di potere si svolgono in un contesto conflittuale e, d'altra parte, la relazione di potere si può innervare in modi assai diversi, ricorrendo a forme, segni, simboli talmente vari, da non poter essere rappresentata in una gamma definita di manifestazioni esteriori. Questo modo di impostare l'analisi risulta utile soprattutto con riferimento a quel particolare oggetto d'analisi che è il diritto, che può essere rappresentato anche come un simbolo del potere.

Per quanto attiene al sistema normativo, questo viene pensato a partire dalle sue unità di base, ossia dalle norme: queste funzionano come « messaggi normativi », ossia come parametri di riferimento che conferiscono un senso all'azione. Così facendo, Ferrari fa propria la posizione di Teubner, secondo cui le unità di base del sistema giuridico sono « atti di comunicazione, non norme »; ma al contempo la modifica poiché ritiene che le norme stesse altro non siano che « atti di comunicazione », ossia messaggi a valenza prescrittiva. Ovviamente ogni atto di comunicazione va distinto dall'azione che ad essa fa riferimento. Le norme costituiscono poi un « sistema giuridico » nel senso di un insieme « ordinato o ordinabile » di elementi tra loro collegati » (p. 204). Conseguentemente il diritto, osservato da una prospettiva sociologica, appare come un « sistema comunicativo », un « linguaggio », ossia « un sistema di segni atti a conferire significato alle azioni sulla

base, beninteso, delle molteplici opzioni interpretative dei soggetti che su di esso operano » (p. 21).

Ferrari dunque esplicitamente sceglie un'impostazione coerente con il tradizionale normativismo dei giuristi europeo-continentali e giustifica questa scelta con l'intento di facilitare il dialogo ed evitare una discrasia tra il discorso giuridico ed il discorso sociologico. Si tratta, tuttavia, precisa ripetutamente l'autore, di un'impostazione normativistica, « aperta », ossia disponibile a registrare i riflessi dei diversi progetti d'azione dei soggetti, piuttosto che conchiusa in una accezione oggettiva del diritto, come se esso rispondesse nel suo funzionamento ad una sorta di automatismo.

Di questa apertura Ferrari dà svariate prove, convinto com'è che « la tradizione sociologica inclini, sin da principio, verso una raffigurazione aperta del fenomeno giuridico, tanto aperta da non poter neppure essere definita, in molti casi, come sistemica » (p. 219). Non a caso viene mossa una serrata critica non solo alla teoria luhmanniana, ma ad ogni sapere di tipo sistemico, fino a chiedersi se sia ancora utile riferirsi a paradigmi di spiegazione funzionale: « dal momento che in un quadro assolutamente aperto, in cui i sistemi di comunicazione appaiono comporsi e ricomporsi sotto l'influsso di conflitti, interessi, opzioni, significazioni eminentemente riportabili all'azione di soggetti concreti, appare difficile individuare prestazioni sistemiche stabili e invariabili » (p. 250).

Apertura e chiusura del sistema giuridico appaiono dunque in tensione. Questa tensione tra un progetto normativistico ed un'apertura ai fini degli attori sociali, se pure è la più importante, non è l'unica tensione che Ferrari vede in atto nel fenomeno giuridico: specie nelle pagine finali il diritto appare in oscillazione tra svariate prospettive: tra destrutturazione e ristrutturazione, tra globalismo e localismo, tra differenziazione e unificazione, nonché tra spinte centrifughe e spinte centripete. Ma nonostante l'attenta lettura di tutti questi segnali di irrequietezza presenti nel fenomeno giuridico, Ferrari non sembra dubitare che si sia per caso di fronte a segni che possano annunciare una « rivoluzione di paradigma », per dirla con Kuhn. Egli crede nella compatibilità tra queste diversità; del resto, questa posizione corrisponde a quella epistemologica enunciata nelle pagine iniziali, dove si sdrammatizza la diversità tra le varie teorie sociologiche: queste, afferma Ferrari, « sono tra loro più compatibili di quanto comunemente non dicano i loro esponenti » (p. 34).

Ferrari si riannoda ad una lunga tradizione disciplinare, specificamente forgiata in Europa in un contesto culturale che, anche quando inclina all'individualismo e ad una visione del soggetto come *faber fortunae suae*, fa sempre i conti con la « pesantezza » del sistema giuridico e dei suoi vincoli. Del resto, la scelta teorica di Ferrari trova il suo più illustre e dichiarato precedente proprio nella posizione

liberale weberiana, che conciliava kelsenismo e individualismo metodologico. Lo stesso Ferrari sembra annotare, con grande finezza, una qualche ambivalenza nel liberalismo di Weber: quest'autore, pur accentuando, a differenza di Durkheim, l'importanza dei fattori che liberano l'azione, piuttosto che i vincoli che la limitano, dipinge un soggetto agente che opera « in un contesto sociale caratterizzato da una moltitudine di vincoli non secondari: piuttosto che sospinto, appare attratto dalla sua libera progettualità » (p. 116).

La posizione assunta da Ferrari all'insegna della continuità può apparire ragionevole ed è certo tranquillizzante e tuttavia, proprio alla luce dei tanti segni di irrequietezza del diritto individuati e descritti nel suo libro, ci si può chiedere se non sia troppo ragionevole e tranquillizzante. Molta acqua è passata sotto i ponti dal tempo in cui Weber scriveva e viveva; la concezione normativista oggi si scontra con ineludibili segni di disfacimento, non ultimo il ruolo, certo non secondario, ma sempre meno esclusivo, dello stato come produttore di norme, continuamente insidiato da nuovi soggetti tanto sovrastatali che infrastatali. Ma ancor più rilevano forse almeno due altri aspetti per misurare la crisi del modello giuspositivistico.

Innanzitutto il progressivo dissolversi di una concezione rigida del diritto in una concezione « flessibile », « mite », « fluida », « debole », « ibrida », « liquida », come molta recente produzione, non solo italiana, testimonia: il che significa crescente difficoltà ad identificare il diritto con quei facili elementi costitutivi che erano le norme, poiché queste, anche laddove appaiono chiare e certe, navigano in un contesto comunicativo assai più complesso e sono soggette sempre più a prendere diverse piegature ed a rispondere a diverse ingegnerie sociali. Se si prende sul serio il diritto come flusso comunicativo, non si può non entrare in rotta di collisione con la concezione normativista, che considera la norma come comando e dunque la direzione della comunicazione come indirizzata in una precisa direzione. Viceversa, la prospettiva comunicativa è utile se fa capire come il diritto sia sempre più un flusso multidirezionale, che va dal « legislatore » verso l'attore o la società, ma va altresì dalla società e dall'attore verso il legislatore. Lo stesso Ferrari ben mette in rilievo « l'oggettiva incertezza che investe qualsiasi dettato normativo, nella sua dimensione semantica, da cui logicamente deriva la difficoltà, altrettanto oggettiva, di individuare in molti casi gli effetti conformi a quel dettato » (p. 266). In tal senso, lo stesso tema dell'efficacia giuridica ha perso, mi si perdoni il bisticcio, molta efficacia: l'efficacia era una sorta di metro per misurare la forza della norma nel ricevere obbedienza; ma quando la norma nasce « contrattata », viene continuamente mutata e vive assoggettata alle varie progettualità individuali e sociali, che senso ha misurare la sua « forza »?

In secondo luogo, viene meno un altro aspetto fondante dell'ideologia normativista: la concezione del diritto come diritto eminente-

mente sostanziale, che prescrive o vieta un certo tipo di comportamento. Oggi il diritto, non solo, come annunciato da Luhmann, assume sempre più uno stile proceduralistico, ma rinuncia spesso a prescrivere e stabilisce nessi comunicativi assai vari, in cui la sequenza «se... allora» può essere di tipo promozionale anziché sanzionatorio ed affidarsi alle convenienze del soggetto, secondo un'ingegneria utilitarista, che prevede una molteplicità di opzioni possibili dei soggetti. Questa tendenza alla proceduralizzazione del diritto, al disegno di norme che non sono compiute e rimandano ad una scelta del soggetto che la integri, risponde a varie esigenze; diventa un rimedio contro la complessità e la diversità, perché permette di tenere dentro una stessa cornice giuridica fatti e comportamenti diversi. Ma soprattutto permette di allungare il raggio di influenza della norma: molte norme sovranazionali oggi hanno carattere proceduralistico e possono pertanto essere adattate a contesti diversi con maggiore facilità, saltando l'ostacolo delle diversità culturali.

Questa giuridicità snodata, mobile ed adattabile a diversi contesti somiglia ad un millepiedi che si estende in lunghezza ma ha bisogno di poggiarsi su molte gambe, non più solo sulle sue norme, ma su una «fattualità» che sta al suo esterno, nei rapporti sociali. Come nell'«ordine giuridico medievale» descritto da Grossi, si ridisegna oggi una giuridicità molteplice, contrattata, fattuale, decentrata, che si affida a vari elaboratori sociali, non solo giudici e burocrati, ma comuni utenti sociali. Tocca soprattutto al sociologo avventurarsi in questo paesaggio complesso e variegato, in cui ai tradizionali «palazzi» (corti, parlamenti, burocrazie), si affiancano strade periferiche e angoli bui. Il diritto, visto dalle sue periferie anziché dal suo centro, appare parte di quella «microfisica del potere» descritta da Foucault, in cui si infrange la vecchia immagine della sovranità tratteggiata dal normativismo.

MARIA ROSARIA FERRARESE

LUCIO FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, Cedam, 1998.

Erigere in consonantiam le contractuum diversitates et varietates che sono innumerevoli come le stelle del firmamento: è lo scopo che si prefigge l'anonimo autore del *Formularium tabellionum* irneriano. L'ammirata stupefazione, il calzante paragone, nonché il determinato proposito dell'antico glossatore sono ricordati in varie occasioni da Francesco Calasso, a cominciare, ovviamente, dal *Negozio giuridico*, un'opera nata dal constatare come «le partizioni scolastiche del pubblico e del privato rivelassero in pieno la relatività dei loro valori».

E invece c'è chi, ancor oggi (il Consiglio di Stato, per esempio) ritiene «ontologici» i concetti di «privato» e di «pubblico», radi-

cando il proprio argomentare sull'inconfutabile validità della bipartizione: il fatto è segnalato da Lucio Franzese nelle prime pagine d'un pregevole lavoro destinato a saggiare quanto la riflessione giusfilosofica possa dar contributo « per il ritorno ad un diritto unitario ». *Il contratto oltre privato e pubblico* (Padova, Cedam, 1998) assume come punto di partenza il pensiero di Francesco Gentile, per il quale « privato » e « pubblico » sono figure convenzionali sorte per « determinare univocamente le posizioni dell'individuo e dello Stato » nel quadro della « geometria legale ».

I due universi incomunicabili sorgono allorché si concepisce il singolo, l'individuo, come « unico »: « l'unicità del privato, la pretesa soggettiva cioè di poter agire al di fuori di ogni regola che non sia la propria volontà, ha come effetto di richiamare un antagonista nell'arena politico-giuridica, la persona pubblica, il cui compito è, appunto, quello di imporsi ai consociati per superarne le intemperanze che impediscono la pacifica convivenza » (pp. 4-7). Eppure, nell'attuale fase dell'esperienza giuridica, una tale rappresentazione dicotomica dell'ordinamento è messa più che mai in dubbio dalle novità emergenti nei rapporti del mondo commerciale e nelle relazioni tra i cittadini e la pubblica amministrazione. Merito dell'uso dello strumento « contratto », tornato alla ribalta vivo e vegeto nell'ambito del « pubblico » (dove aveva condotto stentata esistenza) e del « privato » (dove gli era stata diagnosticata una crisi letale). Proprio la capacità contrattuale, cioè l'« idoneità a porre in essere atti costitutivi di impegni indissolubili » sarebbe il migliore testimone dell'« autonomia soggettiva » intesa come « attitudine del singolo a disciplinare da sé la propria condotta e a rispettare le regole che in tal modo si è dato »; « autonomia » a sua volta premessa indispensabile per individuare nell'« ordinamento giuridico » l'« istituzionalizzazione della giuridicità, fondata sulla regolarità stessa delle relazioni umane »: insomma, l'assunto del Franzese è che le intuizioni e le proposte di teoria generale avanzate da Francesco Gentile troverebbero dimostrazione e conferma grazie al ruolo centrale riconquistato dal contratto (cfr. *l'Introduzione, passim*).

Segnata la traccia, si comincia a seguirla — di necessità — sul terreno della contrattazione tra privati. Il principio *solus consensus obligat*, enunciato come dogma dai giusnaturalisti moderni, fu nella prassi contrattuale negato per mezzo di leggi e regolamenti. La Pandettistica elaborò la categoria « negozio giuridico » a salvaguardia della volontà individuale, ma la svolta legalista imposta dai codici fatalmente predeterminò la rappresentazione di essa, sacrificandola a favore di quella pubblica « quale scaturigine ultima di contratto, negozio e autonomia privata » (p. 52). Oggi la dottrina accetta tale risultato, spesse volte, senza farsi troppe domande, quasi per pura inerzia; ma si notano anche voci (come quella di Natalino Irti) pronte a difendere la « discesa dall'alto » del carattere di giuridicità.

In questa situazione è necessario ricorrere all'insegnamento d'Emilio Betti su quell'« autonomia extragiuridica » già « esplicita sul terreno sociale » e poi « riconosciuta e sanzionata » dall'ordinamento giuridico. La concezione bettiana del negozio, di volta in volta bollata, contraddittoriamente, come « antinormativa » e « statualista », tende in realtà a una raffigurazione unitaria del fenomeno giuridico, e la si può comprendere a fondo solo considerando la legge « quale strumento *euristico* di ciò che, essendo essenziale nei singoli rapporti, costituisce il naturale ordinamento delle relazioni intersoggettive » (p. 72). Di recente è stata riconosciuta una nuova cassa d'espansione dell'autonomia privata, il campo che viene occupando il diritto creato dagli imprenditori senza la mediazione delle norme dei vari Stati, e formato da regole disciplinanti uniformemente i rapporti commerciali sorti entro l'unità economica dei mercati internazionali. Ebbene, sostiene il Franzese, il fenomeno (indicato come *lex mercatoria*) perde ogni sua interessante valenza, se gli si fa subire un'indebita « riduzione geometrica »: la *lex* scaturita dall'imprenditorialità egemone non è dissimile a quella piaciuta all'arbitrio del *princeps* di buona memoria.

Il classico tema del contratto tra il « privato » e il « pubblico » occupa nel libro, ovviamente, una posizione di rilievo. Il capitolo ad esso dedicato reca nel titolo una specificazione che non lascia spazio al dubbio: « storia d'un "patto leonino" ». Sul cadere del secolo scorso, Otto Mayer lanciò un messaggio teso ad escludere che l'azione amministrativa pubblica, espressione della piena sovranità dello Stato, potesse trovarsi limitata da fattispecie riconducibili al *genus* contratto; e da noi il Ranalletti ebbe a fondare il diniego nella « natura » stessa dei due soggetti, privato e pubblico. Non sono tuttavia mancati i giuristi che hanno cercato d'aprire spiragli nell'ambito dei rapporti pubblicistici: Giovanni Miele, con la teoria degli « atti contrattuali eguali », e Massimo Severo Giannini, con quella del « contratto ad oggetto pubblico ». Ma nobili propositi e lucidissimo ragionare si sono sempre scontrati con il (necessitato) riconoscimento alla parte pubblica del potere d'incidere unilateralmente, autoritativamente, sul contratto, perché il legislatore, operando con riserva mentale, ha dato vita a forme contrattuali del tutto singolari allorché una delle parti sia la pubblica amministrazione. Solo negli ultimi tempi, secondo una parte della dottrina, la situazione sarebbe radicalmente mutata, grazie alla crisi della concezione formalistica della legge e all'affermarsi dello Stato sociale. Farebbero il loro ingresso sulla scena giuridica inediti rapporti di tipo pattizio, miracolosa evenienza che *erat in votis* delle menti più sensibili.

A quest'asserita « rivoluzione culturale » appartarrebbe la « filosofia » sottostante due ormai celebri provvedimenti, la l. n. 241 del 1990 e il decreto delegato n. 29 del 1993. Il terzo capitolo del libro è dedicato ad essi, nella prospettiva di sondare « simmetria e asimmetria del patto tra cittadino e pubblica amministrazione » (p. 137 ss.).

Date le premesse, è facile immaginare una serrata requisitoria contro certe affrettate conclusioni. La logica contrattuale accettata, per una parte della dottrina, dalla l. n. 241 all'art. 11, in modo da divenire addirittura « un carattere strutturale » dell'ordinamento amministrativo, in realtà è da vedersi alla stregua d'un *flatus vocis*: il riferirsi al « pubblico interesse » determina ancora una posizione di forza nella pubblica amministrazione, come ben si coglie nell'ampia facoltà di recesso ad essa accordata e nella riserva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le « controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi » (ultimo comma art. 11).

Il saggio di verifica prosegue nel settore del pubblico impiego che, a partire dalla legge-quadro del 1983, si propone « come uno dei campi d'elezione del modulo contrattuale nell'ambito del rapporto tra il singolo e l'amministrazione » (p. 151); dopo dieci anni di vita non da legge, ma da semplice « canovaccio » su cui « recitare a soggetto, a seconda delle circostanze e degli interessi più immediati » (p. 157), è intervenuto il decreto del '93, nel quale finalmente s'intravede il superamento della « geometria legale ». Il rapporto d'impiego è ora sottoposto a un effettivo assetto consensuale, che prevedendo l'accordo delle parti per superare le controversie interpretative dei contratti collettivi, nonché la conciliazione per dirimere la lite in atto, rappresenta un'inversione decisa di tendenza rispetto al passato, cioè ai « vecchi » accordi sindacali del pubblico impiego. Resta peraltro, come soluzione incoerente con tale linea direttrice, nonché con la distinzione tra « politica » e « amministrazione » voluta dalla stessa riforma, l'aver diviso il personale dirigente in due classi, delle quali solo l'inferiore sottoposta al regime contrattuale: al contrario, rileva il Franzese, la dirigenza va considerata unitariamente, nella sua funzione organizzatrice di risorse umane e strumentali, attuativa delle decisioni politiche; se ne ha la controprova pensando al delicato settore della docenza universitaria, possibile (ma non auspicabile) terreno applicativo: la privatizzazione del rapporto d'impiego non si concilierebbe in alcun modo con i compiti della ricerca e dell'insegnamento, estranei, evidentemente, al *proprium* dell'attività amministrativa.

Le pagine finali del libro un poco ribadiscono, un poco incrementano le argomentazioni a favore del circuito virtuoso innescato del contratto in merito alla (ri)costruzione d'un diritto unitario.

Oltre alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni e alla disciplina di provenienza europea degli appalti pubblici, si citano i « Principi dei contratti commerciali internazionali » raccolti dall'UNIDROIT, le norme inserite nel codice civile in attuazione della direttiva CEE sulle clausole vessatorie nei contratti fra imprese e consumatori, e altri fatti coadiuvanti il singolo nella propria autoregolamentazione; tutto questo conduce a raffigurare il diritto, finalmente non più bipartito, come « nascente dall'innesto delle

garanzie proprie del sistema amministrativo sulla normativa della tradizione civilistica » (p. 218); sciolto dal presupposto individualistico, sarà funzionale all'autonomia del soggetto (p. 221).

Il Franzone presenta le conclusioni della sua ricerca come « solamente interlocutorie, data la complessità della materia e la sua continua evoluzione »; si deve riconoscere, peraltro, che esse giungono al termine d'un percorso ricco — come s'è cercato di mostrare — di documentate e suggestive stazioni, dove l'indagine si dispiega informata e attenta: coerente, soprattutto, con la visuale filosofica e l'orizzonte speculativo assunti a guida, mediante i quali discrimina a colpo sicuro opinioni dottrinali e posizioni normative. Ci si muove, indubbiamente, nella direzione giusta, quella indicata da Paolo Grossi per battere in breccia le protervie dell'assolutismo giuridico: recuperare alla scienza del diritto un ruolo attivo e propulsivo per troppo tempo mortificato e sommerso dalle prepotenze del legislatore.

Se le ultime norme in campo amministrativo sono, come ci dice l'indagine del Franzone, da valutarsi positivamente, almeno in parte, certo non giustificano l'entusiasmo trionfalistico di cui qualcuno le ha gratificate, e che si potrebbe paragonare al mito creato attorno a vocaboli e locuzioni « di moda » (« privacy », « trasparenza amministrativa », ecc.) dalla sempre robusta fame giornalistica di notizie. E poi, la buona riuscita d'una legge, frutto di variegati compromessi, non dice davvero che il nomoteta s'è ravveduto, né dà alcuna garanzia sull'autenticità dei segni d'un preteso cambiamento.

Nel caso specifico del contratto, a mio avviso, non sapremo retamente giudicare, finché la riflessione filosofica non coinvolgerà la figura del notaio, enigmatico, ineffabile trasformatore di private volontà in pubblici (non significa « statali ») atti, ed emblema vivente delle aporie insite nella famosa, o meglio famigerata, bipartizione — si veda in proposito uno scritto di Salvatore Romano del 1963 —.

Perché a meditare intensamente su certe misteriose esperienze incitava già, agli esordi dello *Studium* bolognese, l'ignoto *iurisprudens* che mirava i contratti, nella loro fantasmagorica diversità, come stelle splendenti e inattingibili, immaginando « stilato » negli uni e nelle altre il diritto *hominum causa constitutum*.

ENRICO SPAGNESI

CATHERINE ANTOINETTE GASSER, *Philipp Lotmar 1850-1922, Professor der Universität Bern. Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht*, Rechtshistorische Studien, Band 168, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt a. M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1997, 349 Seiten.

Relativ spät begann sich die historische Rechtswissenschaft für Philipp Lotmar zu interessieren, dessen Name aufs engste mit der

Geschichte des Arbeitsrechts der modernen Industriegesellschaft beim Übergang zum 20. Jahrhundert verbunden ist. Von der Wissenschaftsgeschichte praktisch vergessen, hat ihn erst Ende der achtziger und Anfang der neunziger Jahre unseres Jahrhunderts insbesondere *Joachim Rückert* wiederentdeckt und auf seine große Bedeutung als Romanist und Arbeitsrechtswissenschaftler hingewiesen.

Catherine Antoinette Gasser blieb es vorbehalten, in Lotmars persönlicher und wissenschaftlicher Biographie Seiten aufgeschlagen zu haben, die entweder so nicht bekannt oder unter der zugrundegelegten Fragestellung noch nicht untersucht und gebührend gewürdigt worden waren. In drei großen Abschnitten nähert sie sich dem Gegenstand ihres Erkenntnisinteresses. In einem ersten Schwerpunkt ihrer Arbeit untersucht sie die Lebensleistung Lotmars insbesondere als « politischer Professor » und aktiv wirkender Sozialdemokrat in der Schweiz. Davon ausgehend behandelt sie in einem zweiten Hauptstück Lotmars wissenschaftliches Bemühen um ein « menschengerechtes » Arbeitsrecht, auch als « Personen- und Klassenrecht ». In welchem Umfang er seine Vorstellungen verwirklichen konnte, prüft sie schließlich im dritten Hauptteil ihrer Untersuchung. Hier analysiert sie sowohl Lotmars literarische Arbeiten wie auch sein politisches Engagement innerhalb der Schweizerischen Sozialdemokratie bei der Revision des Obligationenrechts von 1912. Sie prüft tatsächliche, gegebenenfalls mögliche Einflüsse auf die Novellierung sowie Auswirkungen seiner arbeitsrechtlichen und sozialpolitischen Grundforderungen auf Gesetzgebung und Arbeitsrechtsdenken außerhalb der Schweiz. Lotmar erstrebte ein Dienstvertragsrecht, das für eine neustrukturierte, den aktuellen Zeitbedürfnissen gerecht werdende Gesellschaft des folgenden 20. Jahrhunderts bestimmt war. Seine Thesen und Entwürfe zum neuen Arbeits- und Wirtschaftsrecht griffen weit in die Zukunft. Einige seiner einst visionären Vorstellungen sollte die Gesetzgebung erst rund einhundert Jahre später verwirklichen.

Das hier besprochene materialreiche Buch zeigt in außerordentlicher Tiefenschärfe die ständige hochpolitische Wechselwirkung zwischen Rechtsdogmatik, Ökonomie und (Sozial-)Politik, wie sie sich vor allem im Gesetzgebungsverfahren zeigt. Bekanntlich folgt das Bemühen um eine adäquate Rechtsgestaltung nicht immer Vorgaben, die das Resultat bereits fertiger gesellschaftlicher oder sozialpolitischer Konsense sind. In weitaus häufigeren Fällen muß das letztlich Erreichte in schwierigen Diskursen und langen Prozessen gefunden werden. Sehr oft geht das Endergebnis auf ein höchstpersönliches Engagement zurück und ist dann untrennbar mit der Struktur jener Persönlichkeiten verbunden, die sich exponieren, nicht selten auch um den Preis der eigenen Karriere. Daß Fachkollegen und politische Weggefährten derartige Aktivitäten nicht immer in der erhofften Form billigen, macht

den Reformwilligen betroffen, erklärt aber auch viele Irrwege und läßt in diesem persönlichkeitsbezogenen Kontext zunächst Unbegreifliches verständlich werden. Die persönliche und wissenschaftliche Biographie Philipp Lotmars bietet dafür ein exzellentes Beispiel. Der Autorin gelingt es, die zahlreichen multifunktionalen Verknüpfungen aufzulösen und die jeweils tragenden, später richtungsweisenden Inhalte in einer Form herauszuarbeiten, die in hohem Maße beeindruckt.

Der in Frankfurt am Main geborene, in Paris aufgewachsene Lotmar war in doppelter Weise stigmatisiert. Er war Deutscher jüdischer Herkunft und bekannte sich offen « aus tiefster Überzeugung » zur Sozialdemokratie, wie die Autorin entgegen anderen Interpretationen korrigierend und überzeugend feststellt (20). Dies ließ ihn das akademische Establishment spüren. Obwohl bei dem liberalen und angesehenen Pandektisten Alois Brinz in München habilitiert, mußte er 12 Jahre als Privatdozent auf die Berufung an einen Lehrstuhl warten. Erst 1888 wurde er als Nachfolger von Julius Baron nach Bern berufen und wirkte dort 34 Jahre bis zu seinem Tode. Der Autorin gelingt es, sehr akzentuiert die Situation der Berner Juristenfakultät herauszuarbeiten, an der sich nicht nur die sog. « Kathedersozialisten » kritisch und leidenschaftlich mit den sozialen Fragen sowie den Aufgaben des Rechts im Spannungsbogen von Philosophie, Ökonomie und Politik beschäftigten. Lotmar stand in der Reihe jener, die um ein « soziales Recht » rangen. Dabei erlebte er als Romanist die Blüte dieses Wissenschaftszweiges ebenso wie seinen Niedergang im akademischen Rechtsunterricht vor dem Hintergrund der Zivilrechtsvereinheitlichung. Sie repräsentierte der nach Bern berufene *Eugen Huber*, der als gepriesene « Lichtgestalt » den neuen Zeitgeist in vollendeten Formen verkörperte. Dieser schob schließlich im Lehrbetrieb die Romanistik mitsamt ihrem Vertreter Lotmar zur Seite. Doch war dies vielleicht auch mit ein entscheidender Grund für seine fortan insbesondere in der Praxis wachsende Profilierung « als verfeinerter Zivilist, kritischer Rechtsphilosoph und wohl bedeutendster Arbeitsrechtswissenschaftler seiner Zeit » (53).

Lotmars Entwurf eines « menschenwürdigen - menschengerechten » Arbeitsrechts bezog seine Rechtfertigung aus drei Quellen. Als Romanist hatte er insbesondere in seiner Abhandlung über den « unmoralischen Vertrag » die historische Grundlegung besorgt. Der Rechtsphilosoph Lotmar verfolgte die großen Fragen der Gerechtigkeit mit Blickrichtung auf eine reformerische, sozial-sozialistische Umgestaltung der Gesellschaft innerhalb ihrer tatsächlichen ökonomischen Grundbedingungen und sozialen Grenzen. Davon ausgehend kam der Arbeitsrechtler Lotmar dann zu einer Arbeitsrechtskonzeption, die den Arbeitsvertrag in das Privatrechtssystem integrierte und inhaltlich als Austausch von « Leistung von Arbeit » gegen « Leistung von Entgelt » ausgestaltet wissen wollte. Der Autorin gelingt es, diese permanente

Interdependenz zwischen Ökonomie, Politik, sozialer Gerechtigkeit und juristischer Konzeption vorzüglich und sehr klar herauszuarbeiten. Der Weg zum kollektiven Arbeitsrecht, den Lotmar dabei vom Personen- und Klassenrecht ausgehend nehmen mußte, ist überzeugend dargestellt. Seine Lehre vom Tarifvertrag als dem Privatrecht angehörender Vertrag *sui generis* wirkte in seiner Zeit bahnbrechend; sie blieb bis zu ihrer Ablösung durch die Vorstellung von seiner (öffentlich-rechtlichen) Doppelnatur herrschend.

Nicht minder dicht in der Gedankenfülle ist der letzte, dritte Hauptteil der Arbeit, der sich mit dem Einfluß Lotmars auf die Ausgestaltung des Dienstvertragsrechts im Schweizerischen Obligationenrecht von 1911 beschäftigt. In besonderem Maße differenzierkritisch und ausgewogen zugleich dargestellt ist die politische, ökonomische und soziale Situation der Schweiz um die Wende zum 20. Jahrhundert. Die « restlose Ökonomisierung » des Landes, die Depression der siebziger Jahre, auf die ein rapider wirtschaftlicher Aufschwung folgte, sowie die Wandlungen im Verständnis vom Staat als Interventions- und Unternehmerwohlfahrtsstaat sind nur einige von den mit sicherer Hand herausgearbeiteten Wendemarken, die schließlich zu der Grundsatzdiskussion um das Arbeitsrecht in der Schweiz geführt hatten. Die Autorin kommt zu dem überzeugenden Befund, daß die gesetzlichen Grundlagen der Realität der Arbeitsverhältnisse in der Schweiz nicht mehr entsprachen, die Praxis durch weitergehende Korrekturen überfordert und deshalb eine radikale, an die Wurzeln des Obligationenrechts gehende Umgestaltung des dort enthaltenen Dienstvertragsrechts unumgänglich war. Sie weist auf den in seinen Folgen bislang zu wenig gewürdigten Umstand hin, daß anfänglich bei der Novellierung Eugen Huber und Philipp Lotmar zusammengearbeitet haben, später aber allein Lotmar es war, der die Debatte um eine wirklich inhaltlich-reformerische Ausgestaltung des Dienstvertragsrechts initiiert und dabei stets dezidiert die Interessen der Arbeitnehmer vertreten hatte. Für den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde ein Grundsatzreferat Lotmars richtungweisend, das er 1902 auf der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins über den Dienstvertrag nach künftigem schweizerischen Zivilrecht gehalten hatte. Daß er dabei mit seinem unbedingten Eintreten für den mittellosen Arbeitnehmer nicht auf ungeteilte Zustimmung stieß, liegt auf der Hand. Gleichwohl bleibt es sein Verdienst, auf das Element des wirtschaftlichen Ungleichgewichts der Parteien des Dienstvertrages ebenso wie auf das Faktum der Besitzlosigkeit der meisten Arbeitnehmer aufmerksam gemacht zu haben. An diesen pointiert herausgearbeiteten Kriterien konnte künftig kein Gesetzgeber vorbeigehen. Die Autorin analysiert anschaulich die teilweise geradezu reaktionäre Argumentation der Gegner, unter ihnen auch Andreas Heusler, der die schweizerische Rechtswissenschaft maßgeblich mitgeprägt hatte. Sie

kommt nach einer eingehenden Prüfung der sowohl von Lotmar im Laufe des Revisionsverfahrens erhobenen Forderungen wie auch ihrer Behandlung bzw. Nichtbeachtung insbesondere durch Eugen Huber zu dem Ergebnis, daß an dem revidierten Dienstvertragsrecht des Obligationenrechts heute zwar Lotmars Beiträge kaum mehr meßbar bzw. identifizierbar sind. Ihr gelingt aber ebenso überzeugend der Nachweis, daß die novellierte Fassung des Dienstvertragsrechts ein Fortschritt war, an dem Lotmar zumindest in mittelbarer Weise beteiligt war. Gegenüber den eher auf Beharrung als auf radikale Sozialreformen bedachten Kräften hatte er nämlich stets Gegenpositionen bezogen und öffentlich mit Verve vertreten und auf diesem Wege alle am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten gezwungen, sich mit diesen neuen, teils revolutionären Forderungen auseinanderzusetzen. Daß es dabei zu Abschliffen extremer Forderungen sowie zu Kompromissen kam, war unumgänglich und erneut auf Lotmars praktisch-politische Aktivitäten wie wissenschaftliche Initiativen zurückzuführen.

Das Buch analysiert in vorzüglicher Weise das persönliche wie wissenschaftliche Schicksal eines Menschen, der in seinem politischen Bemühen ebenso wie mit seiner Konzeption eines wirklich « sozialen » Rechts seiner Zeit weit vorausgeeilt war. Der Kampf gegen die geistige Enge des Horizontes der Zeitgenossen ebenso wie gegen die faktischen politischen Zwänge muß nicht immer und unabdingbar in Resignation enden. Auch dafür ist Philipp Lotmar ein Beispiel, nachzulesen in einem für die juristische Wissenschaftsgeschichte ebenso wie für die Arbeitsrechtsgeschichte — nicht nur der Schweiz — wichtigen und in vieler Hinsicht anregenden Buch, einer wissenschaftlichen Erstlingschrift der Autorin. Unebenheiten formaler Natur fallen im Vergleich zu den gewonnenen Erkenntnissen nicht ins Gewicht.

HANS SCHLOSSER

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997, pp. 285.

La obra de António Manuel Hespánha es conocidísima. Tanto lo es que uno puede plantearse la reseña de su último manual sin tener que hacer disquisiciones previas o complementarias sobre el método o las últimas conquistas histórico-jurídicas de su autor. La fama del autor reseñado digamos que aquí facilita las cosas al autor de la reseña. Este puede ponerse a escribir con más comodidad. Sin embargo, y pensando las cosas un poco más, a lo mejor esta comodidad puede constituir además una ventaja táctica.

1. Una ventaja táctica a la hora de observar. Pues si no dejamos

que artículos y monografías científicas se «entrometan» desde el primer momento en la lectura de este manual, lo que emerge entonces es la experiencia docente, es decir, la producción de un texto en el aula. Hoy tanto sociólogos como pedagogos llaman la atención sobre la curiosa invisibilidad de la docencia en nuestros días, un sistema funcional complejísimo: *Erziehung in Schulklassen ist ein schwieriges Geschäft, Verstehen ist unmöglich*, la enseñanza es un *black box* ⁽¹⁾. La actividad investigadora de nuestros colegas es transparente, su actividad docente es casi siempre opaca, podríamos nosotros añadir (¡sin tener que recurrir ni a sociólogos ni a pedagogos!), pero en este caso, y gracias al privilegio de haber compartido docencia alguna vez con Hespanha, quizá podamos aquí nosotros habilitar este segundo ángulo de observación. Me apresuro a conjeturar entonces lo siguiente: el aula es el laboratorio, el verdadero taller de confección de ideas y de textos (*de todos los textos*, en el límite) de António Hespanha. Allí es donde yo creo que él viene desarrollando técnicas y métodos... de investigación. Allí va con todo tipo de instrumental (transparencias, cintas de vídeo, ordenador portátil con *cd-rom*, presentaciones en *power point*, etc.) y de allí viene, por ejemplo, con una hipótesis contrastada en laboratorio sobre la importancia de los dispositivos de transmisión del conocimiento (la cual termina vertiéndose en el manual que ahora reseñamos: vid. pp. 49-57, donde se analiza la literatura ético-jurídica de Antiguo Régimen con categorías de antropología textual). O allí entra con el afán de remover los múltiples obstáculos pedagógicos derivados de un «paradigma estatalista» inscrito por fuerza en la cabeza de sus alumnos portugueses y de allí sale con una lección aprendida y transmitida, seguramente sin quererlo, por estos jóvenes interlocutores suyos: mostrando hasta qué punto el pasado jurídico fue distinto, entonces hacemos brotar la esperanza de un futuro también distinto («a missão da História do Direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acríptico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o *racional*, o *necessário*, o *definitivo*, [...] as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre locais» [p. 15]. «O presente deixa de ser o apogeu do passado, o último estádio de uma evolução que podia ser de há muito prevista. Pelo contrário, o presente não é senão mais um arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* dos elementos herdados podia ter provocado» [p. 27], y esta declaración de principios atraviesa, en variadas aplicaciones, de cabo a rabo el libro).

(1) Karl Eberhard SCHORR, *Das Verstehensdefizit der Erziehung und die Pädagogik*, en N. LUHMANN/K.E. SCHORR (eds.), *Zwischen Intransparenz und Verstehen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, pp. 11-39.

António Hespanha *bricolea* en el aula y aprende de sus alumnos. Sobre todo, añadiría yo, de sus alumnos chinos.

En efecto, me atrevo a decir que la experiencia docente en Macao constituye un relevante factor de explicación de los últimos desarrollos doctrinales de Hespanha. Estos nuevos desarrollos alcanzan el vuelo a finales de los ochenta, cuando el A. pone a circular su teoría de la economía de la gracia por la vía de una nueva historia de las prácticas de conducta (ética, teología moral, sentimientos), y son naturalmente deudores de sus lecturas metodológicas de Mauss, Foucault o Geertz⁽²⁾. Pero creo que si aquéllos llegan a alcanzar el trato de honor de la síntesis — que es el que les dispensa las páginas de este manual — esto quizá se deba en buena parte a la eclosión oriental de las ya de por sí admirables facultades didácticas del A.

Veamos: En 1992 el A. ya reconocía que su incursión por la cultura china le había confirmado « la vigencia de este modelo descentralizado y habitual (interiorizado) de los mecanismos del orden, tan próximo al imaginario sobre la sociedad y sobre los poderes que portugueses y españoles llevaban consigo al Extremo Oriente bajo la influencia de la teoría social y política de la Segunda Escolástica »⁽³⁾. Era esta una nueva explicación histórica, un paralelismo culto sugerido por la lectura comparada de nuestros textos escolásticos y de los textos de los pensadores chinos clásicos. Ahora bien, aquí no se decía claramente todavía que esta primera forma de lectura estaba ya siendo refinada por la puesta en práctica de una segunda forma, más densa, más arqueológica (o sea, más radicalmente geertziana, más radicalmente foucaultiana) de tratar las fuentes. Esta ulterior manera de leer es justo la que aflora, radiante, proyectiva, en este nuevo manual: el derecho es como un metalenguaje que reordena un tejido discursivo de percepciones, sentimientos y conductas colectivas; los conceptos dogmáticos son el consciente de un inconsciente constituido por representaciones culturales duraderas y profundas; los textos « dispõem de uma eficácia estruturante sobre, em primeiro lugar, a autocompreensão dos estados de espírito e, depois, sobre a modelação dos sentimentos e dos comportamentos que daí resultam » (p. 45). Pues bien, para mí tengo (y este « mí » modestamente remite a la posición de alguien que, con maravilla,

(2) HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. El estudio que da título al libro se encuentra en pp. 151-176, y fue en su origen una ponencia presentada a un congreso celebrado en Italia en 1990, pero cuyas actas vieron la luz después de la publicación del texto en castellano: *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce*, en Pierangelo SCHIERA (ed.), *Ragion di Stato e ragioni dello Stato (secoli XV-XVII). Atti del Convegno dell'Istituto per gli Studi Filosofici e dell'Istituto Storico Italo-Germanico in Trento, Napoli 9-10 luglio 1990*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1996, pp. 38-66.

(3) *La gracia del derecho*, cit., p. 14.

ha podido observar cómo este profesor portugués explica historia del derecho europeo a un público de lengua cantonesa) que el diseño de este original manual de historia de la cultura jurídica a su modo podría ser lúcido efecto *feedback* de una delicada actividad didáctica de trasvase de conocimientos jurídicos entre la cultura occidental del profesor y la cultura oriental de sus alumnos. Pues en un aula sumergida en la humedad del delta del río de las Perlas, dentro de una Facultad levantada sobre una colina custodiada por divinidades taoístas, la comprensión de la historia del derecho europeo adviene casi como un resplandor, como el resultado de una confrontación gnoseológica en el fragor de la cual ninguna palabra proferida puede darse por sobreentendida: rodeadas de un contexto cultural diverso, todas las palabras propias (persona, familia, Estado, etc.) se desnaturalizan.

2. Esta desnaturalización es estupenda. Obliga al autor del manual a agarrar el toro por los cuernos: el objeto de estudio no son ni las fuentes ni las instituciones sino la cultura jurídica que las alimenta; la exposición no reposa en la descripción sino en la reflexión; el « panorama » no visualiza la superficie (datos, fechas, nombres) sino el mar de fondo (la discusión, desde la historia, « sobre o direito de hoje e sobre o seus problemas »); su ámbito no es estatal sino europeo (pues siendo el fenómeno estatal un fenómeno contingente, creado, « encerrar a historia do direito da Europa nas fronteiras de um Estado é, por isso, um artificialismo e uma fonte de apreciações erradas », p. 13). ¿Y su método? Pues su método « usted ya lo conoce, querido Watson. Parte de la observación de las cosas insignificantes » (y es que al A. le gusta mucho esta aseveración de Sherlock Holmes...).

Gracias a todos estos atributos este manual se distingue mucho de otros ya escritos por el autor. Las diferencias son tanto materiales como espirituales.

Empecemos por lo más importante, que es siempre el espíritu. Frente a manuales como *História das Instituições. Épocas medieval e moderna* (1982), *História de Portugal moderno político e institucional* (1995) o *El Derecho como orden* (¡todavía inédito! ⁽⁴⁾), en el texto que ahora reseñamos « os séculos XIX e XX ocupam quase metade do texto, podendo, por outro lado, dizer-se que os últimos capítulos tratam exclusivamente do presente, para não dezir que tratam do futuro » (p. 13). El espíritu que vivifica el libro consiste, por tanto, en una continuada problematización de la dimensión temporal del derecho. La continuidad histórica es antinatural, el tiempo del derecho es disconti-

(4) El derecho como orden es su contribución al manual colectivo B. CLAVERO/A. HESPANHA/C. PETIT/J. VALLEJO, *Curso general de historia del derecho*, Madrid, Marcial Pons, en prensa. Curiosamente, el primer volumen de este curso, escrito por Bartolomé Clavero y que lleva por título *Institución histórica del derecho*, lleva ya en las librerías desde 1992.

nuo, no hay *iter* temporal alguno, no hay vías naturales de progresión y perfeccionamiento de lo jurídico. Congruente con sus propios planteamientos, el A. ha tenido entonces en cuenta todas estas *imposibilidades* a la hora de escribir su manual y por eso escoge una opción honesta: reconstruyamos la historia de nuestra cultura jurídica desde el único lugar posible, nuestro horizonte cultural de presente, pero con plena conciencia y con todas sus consecuencias. Es decir: 1) haciendo emerger la diferencia con el pasado, o sea, la autonomía y el espesor de las viejas categorías de la cultura jurídica (v.g., como *ordo* o *iurisdictio* en pp. 59 ss.), y 2) reconvirtiendo a continuación esta diferencia en material de detección de los retos jurídicos más actuales y más urgentes. Esta doble *autopoesis* (utilizo el término sin reparo alguno: Hespanha termina el libro hablando ni más ni menos que del constructivismo radical de Niklas Luhmann) ofrece sobre todo magníficos resultados cuando el A. trata el tema del pluralismo jurídico (pp. 255 ss.): aquí, sensibilidad hacia el pasado (fijación de los saberes a sus contextos) y sensibilidad hacia el futuro (preocupación por las sociedades poscoloniales o étnicamente plurales) se conjugan de un modo admirable en la crítica de esa agobiante vulgata, hoy dominante, de la globalización cultural (*global village*).

Desde el punto de vista de la estructura y contenido, las novedades son, en consecuencia, notables. En los manuales anteriormente citados el A. ponía siempre especial atención en no hacer uso de categorías propias del paradigma estatalista en la explicación de las instituciones medievales y modernas. Pero esta autolimitación no planteaba especiales dificultades a la hora de componer estos textos. Más bien sucedía todo lo contrario: como sin anteojos estatalizantes se visualizaba mejor que la principal categoría conformadora de ese ámbito jurídico era la de orden (un orden de personas y cosas establecido por Dios), entonces prácticamente bastaba con seguir los criterios corporativos de jerarquía, dignidad y status vigentes durante esas épocas para tener listos los índices de cada manual. Así, se podían componer series de poderes (familia-iglesia-comunidades-señoríos-corona), series de estados (nobles/plebeyos-libres/esclavos-naturales/extranjeros-hombres/mujeres) o series de cosas (propiedad/derechos reales), y, de hecho, todas estas series están desarrolladas en esos manuales que hemos mencionado. Al fin y al cabo, trátanse de radios trazados desde un mismo centro, desde ese *ordo* de matriz profundamente cristiana. Ahora bien, este protocolo no puede sin embargo seguirse en el caso que nos ocupa, que es el propio de un A. que ha decidido dar en este libro varios saltos hacia delante: de las instituciones a la cultura; de la Península Ibérica a Europa; de la edad moderna a la contemporánea.

Hespanha afronta con desparpajo este nuevo desafío. Y así opta por dibujar en su manual una especie de trayectoria parabólica: si el suelo es, para entendernos, el presente, el libro despegará del mismo con

una reflexión historiográfica que contiene críticas (de determinadas herramientas hermenéuticas como las ideas de fin y de continuidad o las pretensiones de atemporalidad y universalidad), pero sobre todo propuestas (lectura densa de las fuentes, atención a los aspectos pragmáticos de los discursos jurídicos, consideración de las relaciones entre texto y contexto, etc.). Esta trayectoria ascendente se mantiene durante un buen rato (o sea, durante unas sesenta páginas) para lograr la aclimatación del lector con el material directamente histórico, el cual empieza a discurrir con el tema de la formación del *ius commune*. Se tratan tanto la tradición romanística como la canonística, pero sobre todo se exhibe el pluralismo normativo y la estructura discursiva (tópica) de este derecho común de alcance europeo. Con ello se llega a la página ciento veinte y nueve: estamos *exactamente* en la mitad del libro (la maestría del A. para elaborar síntesis claras, breves y equilibradas sin tener que simplificar la complejidad de los procesos descritos es sencillamente extraordinaria!), se cierra la Edad Media y el estudiante ya dispone de todas las claves para comprender determinadas adherencias mentales de larga duración del jurista europeo: « A través destes procesos — que constituem ainda hoje uma componente importante do estofo do discurso jurídico —, os Comentadores levam a cabo una obra de construção dogmática que permanece de pé, sem grandes alterações, até ao nosso tempo. Ainda hoje, apesar de um crescente movimento de reacção contra a dogmática “escolástico-pandectista”, se pode dizer que ela é utilizada pela esmagadora maioria dos civilistas, e, mesmo, dos cultores de outros ramos do direito ».

El capítulo sexto da la impresión de que da comienzo a una segunda parte, en la que el manual empieza lentamente el descenso, el descenso de nuevo hacia el presente. La curva se traza gracias a dos factores: « el advenimiento de una nueva realidad normativa » y « el desarrollo interno del sistema del saber jurídico ». El autor pasa rápidamente por el primero (el despliegue de nuevos derechos regnícolas y nacionales a partir del siglo XVI sólo se esboza en pp. 130-132) pero trata el segundo sistemáticamente: tomando como hilo conductor la tesis de la paulatina suplantación de las técnicas hermenéuticas de la tradición textual (*interpretatio*) por los nuevos mecanismos del raciocinio deductivo, el A. consigue levantar un ordenado mapa de escuelas y corrientes tardomedievales y modernas: del humanismo jurídico al *usus modernus Pandectarum*, de la segunda escolástica al iusnaturalismo racionalista, del contractualismo a la desconfianza ilustrada en el mundo de la praxis judicial. Así se llega al capítulo octavo, que es el último y que se ocupa de la metodología jurídica y las escuelas de los dos últimos siglos. Como todavía estamos en el siglo XIX, el lector es consciente al abordar este último tercio del libro de que a su autor le aguardan complicadas maniobras de sincronización de la cultura jurídica con el tiempo presente (en este sentido, la inclusión de un cuadro

sinóptico de las principales escuelas en p. 170 no es muy feliz: no aclara nada y con tantas flechas y tantas remisiones la verdad es que al lector le dan ganas de echarse a llorar...). Pero el cuadro sinóptico sólo ocupa una página, y en las siguientes Hespanha opera con indudable destreza.

« A ordem política estadualista chega à sua fase de institucionalização » (p. 171): ya está fijado el rumbo. Codificación, liberalismo propietario, democracia representativa, legalismo, nacionalismo, más tarde el fascismo: he aquí formas jurídicas o políticas conectadas en algún momento, de alguna forma, por acción o reacción, para bien o para mal a ese rumbo y a las cuales el A. alude para explicar la emergencia de tantas y tan diversas escuelas metodológicas en los últimos doscientos años. Con éstas pasa a formar en concreto cuatro grandes grupos, cuatro grandes grupos que se forman no para promover una descripción pacífica, taxonómica de las escuelas sino justamente para todo lo contrario. Pues así clasificadas, todas están deliberadamente en tensión: las escuelas « clásicas » (y aquí mete a la Escuela de la Exégesis y a la Escuela Histórica con todos sus honorables hijos [Pandectística], más los hijastros educados en el formalismo [neokantismo], más la teoría pura de Kelsen como remate final), las escuelas « antiformalistas » (y aquí enfrenta al segundo Jhering, a la jurisprudencia de intereses, al positivismo sociológico, al institucionalismo de cuño francés o a esas ambiguas corrientes socializantes de lo jurídico, unas tan críticas con el derecho oficial y otras tan proclives al Estado totalitario), las escuelas « críticas » (y aquí el A. ubica a todas las corrientes marxistas, de antes y de después de la eclosión de la cultura juvenil *hippy* y *underground* de los sesenta) y las escuelas « antilegalistas ». Estas últimas resultan ser las escuelas *contemporáneas* por excelencia: reunidas por Hespanha al calor de la recusación del Estado como instancia soberana y única de regulación de la vida social, aquí finalmente comparecen el iusnaturalismo alemán de posguerra, Jürgen Habermas y John Rawls, el iusnaturalismo católico antipositivista ⁽⁵⁾ y las más variadas morfologías del « posmodernismo jurídico »: microfísica (Foucault), cotidianidad (Sarat), flexibilidad (Toffler), pluralismo (Geertz), constructivismo auto-referencial (Luhmann).

De nuevo, pues, el presente. Sin duda para regocijo del lector, el cual no sólo advierte la preocupación del historiador del derecho por la actualidad más viva, sino que además comprueba que aquél, lejos de ser un frío taxonomista de corrientes y escuelas, hace directamente uso de las conquistas metodológicas contemporáneas a la hora de escribir su manual. En la medida en que se toman directamente como objeto de estudio, los análisis de Foucault o Geertz (por seguir con el ejemplo)

⁽⁵⁾ Merece la pena referirse expresamente aquí a las pp. 243-246, que son páginas interesantísimas porque el A. habla de su propio país y explicita las posturas de las corrientes clericales en el Estado Novo, primero, y frente a la Constitución portuguesa de 1976 después.

están fijados, terminados, petrificados en la parte final del libro; pero resulta que por otro lado habían sido vivificados y transformados en caja de herramientas en la parte primera del mismo. Hespanha no se apunta a la ficción de la pretendida neutralidad descriptiva del autor de manual. Él se compromete, y el resultado es por eso muy cálido: lo que se describe es también aquello con lo cual se describe.

Ahora bien, este efecto, ¿se logra del todo? ¿Logra Hespanha con los presupuestos metodológicos expuestos al inicio explicar *toda* la cultura jurídica? Interroguémonos con mayor concreción. La antropología textual, la *thick interpretation* de las fuentes, las cuales constituyen un antídoto metodológico contra la «brutal redução do imaginário político operada pela ideologia estatalista» (p. 41), ¿hasta qué punto sirven para explicar de otro modo la experiencia jurídica contemporánea, los tiempos estatales, todo aquello que adviene después de las revoluciones? En este sentido, es cierto que en muchos lugares del manual también se socava la pretendida hegemonía cultural y política del Estado durante estos dos últimos siglos, recordando, por ejemplo, el plano microfísico de las relaciones de poder, la relevancia política de las redes de amistad, el alcance disciplinario de la educación sentimental, la pervivencia de viejos mecanismos informales de resolución de conflictos, la creación de nuevos mecanismos burocráticos de periferización del poder o, sin más, «o caracter construído do Estado e a lentidão e custos desta construção». Pero, al lado de esta recuperación del pluralismo jurídico-político para los tiempos más recientes, ¿cómo se leen de un *modo denso* constituciones y códigos? ¿qué tipo de antropología cabe practicar respecto de los textos jurídicos del siglo XIX? ¿cuál es la gramática sentimental, la anatomía del alma generada por el discurso decimonónico de la *Rechtswissenschaft*, si es que ésta genera alguna de esas maravillas? ¿cómo se relacionan los textos (empezando por los de Derecho constitucional) con los diferentes contextos (con la religión, con la política, con la ciencia)? ¿qué papel juega, en fin, el vivísimo problema de las fuentes del derecho a la hora de proceder a una hipotética distribución general de escuelas y corrientes?

Hasta la aurora de la revolución francesa, la cultura jurídica europea se acuesta en este manual sobre un orden previo de palabras y de cosas que otorga a aquélla unidad y sentido. Hay *ordo*, hay método, hay objeto. Por el contrario, cuando el A. se atreve a mirar por debajo del manto formal del Estado contemporáneo, lo que sobre todo afloran son fisuras y porosidades culturales. Este accidentado relieve textual el A. ante todo lo recompone mediante el expediente de disponer movimientos, escuelas y programas en torno a un eje principal: legalismo/antilegalismo. Esta recomposición no da lugar a un paradigma claro de la cultura jurídica contemporánea. ¿Es la científicidad, es la

socialización, es la positivización, es la constitucionalización de lo jurídico?

Creo que el manual de Hespanha tiene este hermoso y posmoderno final abierto. Para delicia, qué duda cabe, de todos aquellos afortunados que van a estudiarlo en algunas universidades de Eurasia.

ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ

CARLOS PETIT (ed.), *Pasiones del jurista: Amor, memoria, melancolía, imaginación*. Textos de A. Hespanha, A. Mazzacane, P. Schiera y P. Costa. Carlos Petit (ed.). Centro de estudios constitucionales, Colección « Historia de la Sociedad Política », Madrid 1997, pp. 225.

You know, it is amazing how suddenly things change. Last Christmas, when I first read this prescient volume, it struck me not only as new and intriguing but really even Unheard-of. Now, not even a year later, as I sit down to review the publication of this extraordinary symposium — conceived and organized by Carlos Petit (who now teaches at the Universidad Huelva) and held at the Universitat Autònoma de Barcelona in May 1993 — everything has changed. At least on the American side of the Atlantic, the intervening months will forever be known as « Monicagate, » and the crisis in the Clinton Presidency — provoked by his affair with his young intern — has long since transformed the relationship between passion and the law into a matter so familiar that even news anchors feel confident speculating about it. The question regarding the proper relationship between the public and private spheres — in 18th century parlance, the relationship between political and civil society — has now become daily fare on the op-ed pages, TV celebrity interviews, and radio talk shows, as well as an almost obsessional topic of daily conversation among those who for the moment happen to be living within the boundaries of the United States. Does election to public office require the surrender of the right to privacy? Are marital affairs prohibited by public responsibilities? Are elected officials properly considered to be models — whether good models or bad — of private virtue?

The four masterful studies collected in this book introduced by Carlos Petit, and edited so as also to include the discussions that followed the talks (transcribed and translated with great care by Esteban Conde Naranjo) discuss the surprisingly intricate relationship between the law and four aspects of human life — love, memory, melancholy, and imagination — that may at first seem so private as to be irrelevant to public concerns. The presentations are designed to demonstrate that the process of knowledge includes both cognitive and affective elements and also to combat the reductionist view that the

nature of law is purely rational. The symposium not only succeeds at its stated task but also, perhaps not incidentally, provides elements by which matters such as those that have led to the current impeachment inquiry in America might better be understood. It is worth noting at the outset that the presentations are models of erudition — in fact at moments the symposium resembles nothing so much as a conversation in a Borgesian library among those very few scholars who happen to have read all its books. As a result, this little volume offers a number of treasures in addition to the four principal studies — references in the footnotes to fabulously interesting essays, illustrative plates of rarely seen manuscripts and drawings, as well as, and perhaps most impressive of all, the final two dozen pages of the book that record what is certainly one of the most insightful and subtle discussions about the nature of law that has ever found its way into print.

Love

In « La senda amorosa del Derecho », Antonio Manuel Hespanha, in collaboration with Antonio Serrano González, lays the groundwork for a remarkably powerful understanding of the relationship between the particular and the general in case law adjudication. Hespanha, a legal historian at the Universidade Nova de Lisboa with particular expertise in the political institutions of the ancien régime, begins his talk by examining the Thomist view that, throughout the universe, love (*amor*) stimulates the inclination toward the good and orients both the sensual and intellectual appetites to that end. Aquinas thus rejected the Stoic vision of the passions as an illness of the spirit and instead held that love sustains order and creates unity in multiplicity.

Friendship (*amistad*), on the contrary, since it presupposes communication and reciprocity, is a specific type of love encountered only among human beings. Friendship is imbued with the notion of difference. While love is the cement that holds the universe together, friendship is the internal structure of competing social groups. Love is the means by which we interiorize order as an emotion, while friendship is the basic category of politics, the emotional attachment to a particular corporate body. The polis is based on friendship, and it is friendship that is reflected in the civil law — the essence of justice is the respect for equality, and equality necessarily implies the existence of the Other. Friendship and love can be analogized to law and morality — some debts are judicially enforceable, while others are owed merely as a matter of our essential virtue. Friendship includes the category of mutual obligation, while love represents the sentiment of altruism.

Hespanha demonstrates that St. Thomas was remarkably successful at reconciling these two apparently opposing concepts — much more so than was, say, Kant. For Aquinas, the duties that arise from friendship (legally enforceable duties) largely coincide with the duties that arise

from love (moral duties), since human beings as social animals are by nature loving. Justice is thus the art of reconciling the duties owed on the two planes, and not, as Kant would have it, merely the boundary between the one and the other.

Based on the Thomist conception of the relationship between love and law, Hespanha considers the nature of the activity of the jurist. On the one hand, since the world is a Divine creation, its unity and order are guaranteed. As a result, jurists are always busy at work reconstructing and repairing an order they did not conceive — the practice of law, in other words, might well be conceived as an exercise in alienation. Yet, as Hespanha asks, « no cabría la posibilidad de que dentro de los límites fijados por esta actividad reconstituyente el jurista sacase provecho de la función heurística del amor, de esta inclinación hacia el bien y, por tanto, hacia la verdad? » (54) In other words, love may well be all there is to reconcile the jurist to the overwhelming demands of the profession.

Hespanha points out, however, that there is grave risk associated with this solution to the problem — once a jurist permits affectivity to intervene in dispute resolution, a very different conceptual order is invoked, one involving charity, altruism, and the like. Yet, as Hespanha convincingly points out, there is a path toward reuniting the law and love without succumbing to an emotional attachment to one or the other of the parties, and that is to feel an affective relationship toward the Whole, toward society as a functioning enterprise. In other words, the Stoics were right to warn that passion may represent a defect of reason — but only half right. While judges must avoid a feeling of *amistad* toward either of the litigants, they must nonetheless find their way towards an affective involvement with the Good and the Just. The one is rigorously prohibited by all canons of judicial ethics, the other is at the very core of correct decision-making. Hespanha's analysis goes a long way toward explaining why there is so little margin for error between two otherwise equally daring judicial constructions — one of which, based on love, is perfectly right, the other, because based on friendship, has gone terribly wrong.

In the discussion following Hespanha's talk, the risks of mistaking the demands of public office were made clear. A Thomist would require of the King a sacrifice for the common good — the ruler must deprive himself entirely of his private life in order to become exclusively a public presence. Yet of course this type of sacrifice is not always successfully achieved, and, where it fails, we encounter the confusion of public and private that structures the recent crisis in the American presidency.

The most remarkable aspect of Hespanha's study are its implications for the theory of adjudication. Of course the question of the relationship between love and the law is much older than St. Thomas.

Jesus — himself love incarnate — announced that he had come not to abolish the law but to fulfill it. Love is justice to the extent the two converge toward the fulfillment of the promise of law. In the common law systems, we have known at least since Karl Llewellyn that rules do not decide cases, judges do. Jurisprudence thus properly focuses on the question of how judges decide cases. Hespanha's study suggests that what good judges feel when they wrestle with the demands of a difficult case is an allegiance to the whole, to the entire social context within which their office is constituted. Partisanship toward one of the parties is of course reprehensible, yet partisanship towards the needs of society may validly provide the grounds of decision when precedent is indecisive. Law and economics has formalized this by reference to the concept of second-order considerations — namely that cases should at least partially be decided on the basis of the effect the decision will have on society as a whole. Critical Legal Studies has also emphasized that every case decision represents the promulgation of an entire social vision. Hespanha's interrogation of Aquinas concerning love, friendship, and law provides a solid theoretical foundation for what is generally understood as a peculiarly post-modern set of jurisprudential concerns.

Memory

Memory has long been recognized as a crucial juridical tool. In « El jurista y la memoria, » Aldo Mazzacane, a legal historian from the Universidad Federico II in Naples, demonstrates that, though the role of memory has dramatically changed during the course of Western civilization, it remains an irreplaceable aspect of the law.

In the Greek polis, *mnemones* were charged with remembering legal and religious decisions and decrees. In Rome, the *ars memorativa* entered justice as an element of rhetoric, an art that was continually in need of refinement if the abilities of the rhetorician, particularly the orator, were to be aptly displayed. In the Middle Ages, memory was conceived as a storehouse of objects, a thesaurus, designed to integrate into a single vast arc all of human knowledge. Until the close of the 15th century, juridical learning was proven by the perfect memorization of the texts. Since many important books — including, for example, essential works of Cicero — survived in a single manuscript, or in a very limited number of copies, a scholar who wished to consult a book, particularly an uncorrupted version, often found it necessary to make a considerable journey before encountering it, and, since there was little opportunity ever to read the same book a second time, the text would have to be committed to memory if it was to be used and cited. In fact, until the triumph of writing in the Renaissance, Western culture was essentially oral, and memory played an essential role in the confirmation of facts and the certification of documents. The medieval *brocarda* augmented the role of memory by providing brief formulae to assist

with the recollection of rules. The mnemonic function of such devices was continued well into the modern period by collectors of legal epigrams such as Loysel.

With the Renaissance, however, the law rejected the ordering mandated by rhetoric and the requirements of memorization and shifted instead to a systematization based on logical articulation. As a result, memory lost its privileged role as the basis for creative thought. Today, of course, since almost all relevant texts are easily accessible by interlibrary loan, if not simply by logging on to the internet, memory has apparently been reduced to a secondary, mechanical, and servile function — of particular assistance during the period of apprenticeship but largely unavailing for truly creative work. If anything, today, what seems more important than a good memory is a creative kind of forgetfulness that empties the mind of received opinions in order to liberate the imagination to provide truly new and productive solutions.

Yet the fact that memory has been deprived of its former functions does not mean that it has been abandoned. Since Rousseau, memory has acquired a new and no less fundamental role — it provides access to a history of the individual soul, and therefore offers the only sure guide to the unity of individual consciousness. Memory has now become the key to unlocking the true nature of the self, thereby providing an essential mechanism for individual and collective introspection. The past is a landscape of ruins which it is memory's job to interpret. Thus, memory has returned in a different way as the point of entry into the classical texts, for they can be understood and interpreted only on the basis of their emotional content, which memory can serve to recreate.

Moreover, memory is still closely related to the sphere of *prudencia*, which is essential if human beings are to function as political animals. Whoever cannot remember — the laws, experience, history — is not suited for the polis and cannot fully function as a citizen. In other words, memory serves today as a moral virtue — «el hombre sin memoria es, pues, culpable moralmente» (107).

Mazzacane's reflections also provide critical insight into the continuing mystery that surrounds the theories about how cases are decided in a modern legal system. The legal realist conceptions of law that provide the backbone for common law jurisprudential thinking hold that the internal resources of the law — statutes, precedent, and even legal argument — are insufficient to justify a unique result in any legal dispute. What permits judges nonetheless to decide cases correctly is the common sense gathered from long experience at the bar and on the bench. This experience, of course, is accessible only through the virtue of memory. Similarly memory is essential to an appropriate reading of a code, since code interpretation requires constant reference to how related problems are resolved in different areas of the law. Even today — oddly — no book, no computer, no teacher can replace a good

memory. In other words, the logical analysis of law that triumphed with the Renaissance is still conditioned on the much older virtue of memory — not only as a storehouse of knowledge but actually as a laboratory for unconscious creativity and experimentation.

Melancholy

In « *Melancolía y Derecho*, » Pierangelo Schiera, an Italian legal historian who currently serves as Director of the Istituto italiano di cultura in Berlin, reads the development of the role of law in the West through the prism of the evolving concept of melancholy.

Schiera begins with the premise that the essence of law is *aequalitatis conservatio* — the maintenance of parity or equity among the members of society. Parity and equity, however, necessarily refer to an established social order by which they might be measured. Such an established legal order is of course not a natural product but the result of a process of ordering. In the Occident, the order and discipline necessary to create and maintain the fully articulated state — perhaps the major contribution the West has made to world history — has evolved from its ancestor, the *ordo* and *disciplina* originally developed within the Roman army and later adopted as an element of the Christian religious experience. Order and discipline, in turn, presuppose a certain recalcitrance — the occasional lack of socialization, a failure of the means employed to integrate the individual productively into the community. Where this integrative process fails, both society and the individual suffer. When seen from the point of view of the individual, the corresponding sense of worthlessness, together with the feeling of not being understood, are what traditionally has been referred to as melancholy. For Schiera, there is an intimate relationship between the basic integrative function of the law and the melancholy of the outsider. Heretics and rebels — melancholics all — have lost their connection not only with the surrounding sociability but also with the dominant sense of justice.

The disaggregating force that generates melancholy has been variously conceived over the centuries — possession by demons, the vengeance of an offended deity, or an imbalance of body humors. And melancholy has historically been « treated » in a manner that reflects the diagnosis — melancholics were persecuted and condemned, for example, if their condition was considered to be the devil's work. When the symptom is instead diagnosed as a desire to escape from human concourse, melancholics have been « treated » by separation from their peers and confinement.

With the Renaissance, the medical-legal conception of melancholy triumphed over the demonological beliefs of earlier times. As a result, melancholy became defined in terms of capacity — the capacity to understand and desire, the imputability of responsibility for one's acts.

Melancholy, together with other types of dementia, thereby gained legal relevance. In fact, it was precisely this transformation — from notions of divine retribution to the concept of mental illness — by which the law and medicine together inaugurated the modern vision of society and human behavior as objects of scientific knowledge.

Schiera uses the history of melancholy as a means to study the development of the modern state. Before Romanticism, melancholy signified a virtually universal aspect of the human condition — « Consistía, en su raíz, en la resistencia o antipatía que el individuo albergaba hacia la obligación social, expresaba, en lo más profundo, el trastorno originario producido por la homologación, molestia a la que se reaccionaba con la disciplina (tanto la autoejercitada como la externa). » (134) Robert Burton claimed in his *Anatomy of Melancholy* (1621) « that all the world is mad, that it is melancholy, dotes. » (Burton's work, by the way, is perhaps the sole glaring bibliographical omission in this otherwise perfectly documented set of studies. Burton's name appears, by my count, only once, a passing reference in the discussion, though in any historical treatment of melancholy in English, it would be literally inconceivable not to dwell at length on the great work.)

However, when the modern legal order triumphed at the beginning of the 19th century, melancholy lost its meaning as an anthropological constant and became reserved for the mentally ill or the artistically inclined. In the 20th century, the perfection of the state as a mechanism for socialization has completely marginalized traits which earlier ages had considered as essentially human — to the point that Schiera is able to speak of « la definitiva victoria de la sociedad sobre el individuo (o, lo que es lo mismo, para la definitiva realización del individuo en la sociedad: que es sólo la formulación “liberal” de la “necesaria” — anti-melancólica — victoria histórica del socialismo). » (140) The triumph of the process of socialization, according to Schiera, transforms the state into one element of the legal order that combines both the state and the individual into a virtually flawless unity. The state does not dominate society. Rather civil ideology successfully creates in the individual a spontaneous will to obey. Politics has become completely autonomous, and melancholy has wholly forfeited its role as a universal barrier to socialization.

Despite Schiera's masterful and convincing overview, doubts are generally warranted whenever the claim is made that the final phase or stage of any process has been reached. Certainly the socialization and integration provided by the developed legal order provide security in many senses, but they also fail to provide much that makes life worth living. In fact, this most recent phase of the state seems rather to suggest that there must be something more to life than the mere security the state can now so successfully provide. This sense of reaching the end of an evolution without the promised reward has itself created a profound

melancholy in Western civilization. Postmodernist irony seems perfectly to convey this rebirth of melancholy — the understanding that, as Schiera suggests, the individual now has lost its critical potential and has become completely integrated into the process of social reproduction. Moreover, the population is now experiencing a heightened sensitivity to religious issues — seeking transcendence precisely in the realms that were abandoned during the triumph of the modern legal order. The law too has been upended by the melancholy that the legal order seems to abolish. Not only in America are legal scholars desperately attempting to reintegrate the world that exists outside the legal order into our conception of law — sociology, economics, literature, philosophy, anthropology, and much more — the full breadth of the « law-and » movements. All of this represents an attempt to overcome the flawless integration of the individual into the civil ideology of spontaneous obedience, attempts to open us to possibilities beyond the legal order. Moreover, as the legal order succeeds in integrating minorities of all types (racial, gender, and confessional), other groups that had previously been successfully integrated seem to disaggregate — in America, the radical right-wing militiamen, the Unabomber, and anti-abortion terrorism, in France the supporters of Le Pen, in Germany the skinheads in the Ostländer.

At the conclusion of his paper, Schiera has reproduced Dürer's famous etching of *Melencolia I*, a winged creature holding a pen in her right hand and resting her temple on her left hand, while she supports her left elbow on her knee. Yet artists much later than the Renaissance have understood melancholy as an essential element of the human condition. For example, Rodin's *Thinker* is iconographically a descendent of Dürer's image — and simultaneously one of the most powerful portraits of the individual in the era of the perfected legal order. Rodin's is the picture of thought deeply tinged with pessimism. This is the melancholy of the current age — individuals feel in themselves an abundance of creativity, yet feel themselves deprived of worthwhile outlets. It now seems that the state, instead of withering away as was foretold in the mid-19th century, has become so perfected it leaves no aspect of human endeavor outside of itself, thereby guaranteeing that it will be with us forever. No matter how radically we reorient our creative impulses, we find ourselves eternally falling back into the requirements of social reproduction. This sense that the rough edges of the human condition, such as they were experienced in the early modern era, are now forever beyond our grasp, strikes me, despite Schiera's optimism, as a new and powerful basis for a renewed melancholic relationship to the state.

Imagination

In his remarkably insightful study entitled « *Discurso jurídico e*

imaginación, » Pietro Costa, professor of legal history in Florence and author of *Lo Stato immaginario*, has not only critically examined the two principal received viewpoints — logical positivism and legal realism — on the much vexed question of the relationship between the law and the imagination, but in fact has proposed a fascinating new approach to the problem.

The logical positivist paradigm conceives of the relationship between law and the imagination in terms of direct opposition. The law is associated with logic, reason, science, and the objective knowledge of reality, while imagination is related to metaphor, passion, art, and invention. The first provides a single valid truth, the second a multi-dimensional vision. As is well-known, the logical positivist position entered into crisis as a result of the emerging understanding that the two worlds — the objective and the subjective — cannot easily be separated. For example, Thomas Kuhn demonstrated that all observation is theory laden — in other words, there are no objective facts from which objective theories might be formulated. All theorizing occurs in one of the human languages, from a particular cultural perspective, and through a given subject's identity.

The law, of course, has followed a similar evolution. For most of its history, academic legal thought, particularly in Europe, conceived of itself as directly productive of truth about the nature of law — it considered itself to be objective, impersonal, abstract, and general. This perspective rigorously distinguished between the law as it is and the law as it might be. The perspective of case law hermeneutics was necessarily relegated to a secondary position. And the law too has experienced a revolt against logical positivism — formalistic methods of analysis have been rejected and the focus shifted from universal legal truths to the temporal horizon of the individual case decision. The common law proved particularly fertile ground for these developments, but everywhere the autosufficiency of the law was placed in doubt and the faith that the law was nothing but the mechanical and syllogistic application of pre-existing norms was abandoned.

In this context, the notion of the imagination provided what might be called an anthropological challenge to formalism — since all individuals, including jurists, are constituted by the imagination, no one is capable of applying norms without, at the same time, exercising to some degree their personal creativity. Once the law could be seen as the creation of a long line of great jurists, it became hard to understand how the law was objective and true in any way — the law, like art, had become simply another field for the transformation of individual vision into practice.

What we experience in discussions in the faculty lounge is the repeated back-and-forth between various versions of the formalist and realist theses. Some argue that the law actually limits what courts can

do, while others insist that there is no pre-established limit to judicial creativity. It is precisely this apparently insoluble dilemma that Pietro Costa has overcome by approaching the question from the point of view of the historicity of the subject.

Costa proposes to transcend abstract epistemological divisions by orienting his investigation toward case studies regarding how jurists in the past have actually integrated the law with their imagination. The three examples presented here include the medieval reception of Roman law, the birth of constitutionalism in 19th century public law, and the practice of jurists when called to participate in the legislative process. Costa highlights the particular compromise developed in each situation between the systematic elements of the law and the creative imagination. He concludes that jurists imagine a world by means of their interpretation of texts. There is however nothing determinate about their readings — every reading is a misreading, *jede Erkennung ist Verkennung*. Costa's material entirely supports his thesis that the essence of law is the process of the creation of the new by means of the interpretation of the extant texts. The law is thus simultaneously dynamic and conservative. Its dynamism rests on its calling to imagine how society might be improved, yet its imagination is necessarily limited by the state of the existing legal texts. The law might therefore be defined as the process of social transformation by means of the (mis) — interpretation of canonical texts — « el jurista construye su discurso del saber mediante una continua re-escritura de la tradición y piensa el orden del derecho “que es” (tambien) como proyecto de una sociedad que debe ser, que podrá ser (será). » (189) In other words, though the work of the law is transformation, it is not utopia.

Moreover, the law has created for this process its own discourse. The demands of the imagination and the need to respect the texts are reconciled in two ways. First, this discourse always produces a vision of the world as ordered. Second, the temporal horizon of legal discourse is the eternal present, unaltered by any consciousness of history.

What is perhaps most exciting about Costa's presentation is that, in a way, we already know this. We sense fully that his conclusion is accurate. It is remarkable to listen to a presentation about the nature of law that concludes by explaining what we intuitively sense to be right.

In a way, these four exquisite studies are only prologue. Following the presentations, the participants embarked on the remarkable discussion that has been transcribed and published at the end of this volume. The topics include the extent to which the law may be employed to produce social change, whether the law is a creative enterprise, the advantages and disadvantages of formalism, the role of affectivity in knowledge, the place of aesthetic judgment in the law, the role of logic in the interpretation of legal texts, and much besides. In its subtle,

friendly, and respectful interaction, it demonstrates, among other things, that a life dedicated to the study of texts can generate remarkable insight. I have rarely encountered anything in print about the law that can match this. Though, due to its symphonic quality, the discussion cannot easily be summarized, it definitely should not be missed.

RICHARD HYLAND

Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XX^e siècle,
Textes réunis par les soins de D. KALOGEROPOULOS, Bruylant,
Bruxelles, 1997, 191 p.

Il faut être reconnaissant à Dimitri Kalogeropoulos d'avoir su rassembler, sous des titres prometteurs et sous des signatures non moins prometteuses (Vincenzo Ferrari, Niklas Luhmann, Ian Taylor), des textes de quelques-uns des chefs de file de la sociologie juridique et criminelle en Europe. Il s'agit, en fait, de la publication des actes du Centenaire de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles organisé sur le thème « Destructuration et restructuration en Droit ». Le genre explique l'organisation de l'ensemble auquel nous avons affaire: une première partie regroupant les conférences des trois personnalités mentionnées plus haut, et une seconde partie comportant deux leçons données par l'éditeur de l'ouvrage lui-même, alors titulaire de la chaire de sociologie juridique de la même Université.

On pourra regretter que ce dernier n'ait pu surveiller la qualité de la traduction française qui est ici donnée des textes des conférenciers. Le style en rend malheureusement quasi incompréhensible l'une des prestations les plus attendues sur le sujet, celle de l'étude de Niklas Luhmann, laisse souvent dans l'ambiguïté les propos, traduits au mot-à-mot, de Vincenzo Ferrari et rend pesante la lecture de la contribution de Ian Taylor. Le fait est d'autant plus dommageable que le genre adopté — la conférence — sur un thème transversal à leurs œuvres respectives — complexité et ordre légal — devait nécessairement les amener à livrer un *compendium* de leur expérience scientifique sur le droit dans la société globalisée de cette fin de siècle.

Ainsi en va-t-il du texte de Niklas Luhmann. Quoiqu'on perde beaucoup de la logique de l'argumentation, on sent bien qu'on a affaire, là, à quelque chose qui pourrait bien être un petit chef-d'œuvre dans la langue originale. Avec un étonnant savoir-faire didactique, Luhmann amène le lecteur, de degré en degré, de définition en définition, à une vision absolument originale de la globalisation — non exempte de cynisme, d'ailleurs, au sens philosophique du terme.

En fait, Luhmann se sert du prétexte d'une réflexion sur la globalisation pour effectuer ce que Georges Mounin, le linguiste, aurait qualifié de « toilette épistémologique » de la théorie autopoïétique de la

société. Il s'en prend d'ailleurs au tournant, et non sans humour, à ces auteurs qui dénaturent la qualifier de « luhmanienne ». Mais, par delà même la théorie autopoïétique, c'est à une véritable mise à jour des fondements d'une épistémologie sociologique, des conditions d'être d'une théorie générale de la société, qu'il s'adonne, afin d'amener quiconque se mêle de penser le processus de globalisation à y accorder les fondements de la réflexion contemporaine sur ce thème.

En quelques questions majeures, il plante le décor. Pour décrire la société moderne, peut-on — interroge-t-il — user des concepts traditionnels: « international », « politique », « société », « communauté », qui appartiennent à un vocabulaire créé dans le souci de définir l'unité alors que le « problème est de définir la différence et de borner un espace dans lequel nous pouvons observer l'émergence de l'ordre et du désordre » (p. 13)? Nos critiques, juristes autant que sociologues, vivent encore, fait-il remarquer, sur les concepts d'*exploitation* et d'*étouffement*. Or « la relation prédominante n'est plus la hiérarchie, mais celle de l'*inclusion* et de l'*exclusion* » (p. 14). En invitant à mettre l'accent sur la différenciation fonctionnelle, Luhmann prévient du danger qu'il y a à confondre une description de la société comme système fonctionnellement différencié avec une description de la société comme système social.

Or, ces deux modes d'approche définissent deux manières de comprendre la globalisation. Pour la théorie autopoïétique, le système global apparaît comme « une société dans laquelle des lignes de démarcation internes peuvent être contestées et [... où] les solidarités sont dans un proces[sus] de déconstruction et de reconstruction » permanente (p. 17-18). De ce point de vue autopoïétique, on retiendra deux conclusions auxquelles parvient Luhmann dans cet essai: que cela n'a aucun sens de parler de « participation », car les individus ne sont pas à proprement parler des « parties » de la société; et que, si l'on parle de globalisation, c'est à une société mondiale, non pas à un système global de sociétés régionales qu'il convient proprement de se référer.

Ici intervient la complexité, que Luhmann situe à divers niveaux: celui des limites de démarcation entre le système et son environnement (p. 23), celui du degré des contingences structurales, de l'ampleur des changements et des relations de dépendance et d'interdépendance au sein de la société mondiale (p. 25).

En bref, la question de savoir si nous devons « accepter le fait d'une société mondiale » reviendrait à se poser la question de savoir « si une théorie sociologique est capable de satisfaire toutes les exigences techniques de la science de[s] sous-systèmes [...] et, en même temps [...] de contribuer à l'autodescription de la société » (p. 29). Et de conclure sur l'impuissance de donner une réponse « objective » à la question qui résulte de la précédente, et qui est la question fondamentale: savoir si la

Sociologie peut *opérer* comme une science et simultanément *observer* la société dans laquelle elle opère comme observateur » (p. 29).

La contribution de Vincenzo Ferrari se situe aux antipodes de la précédente. Son but n'est nullement épistémologique, et son intérêt réside plutôt dans le fait qu'elle constitue une mise au point de la pensée qu'il a livrée dans ses derniers livres. Il part d'une définition « explicative » du droit, pour en arriver au système juridique lui-même dont la caractéristique majeure tient dans « une oscillation constante [...] entre l'ouverture factuelle et la clôture artificielle, ou, si l'on préfère, déontique » (p. 37) sur laquelle il s'étend avant d'évoquer brièvement les fonctions du droit, un thème sur lequel il est passé maître. Il termine sur une note « relativiste », invitant ses auditeurs à ne pas perdre de vue l'essentiel, qui tient dans la *summa divisio* du descriptif et du prescriptif.

De la contribution de Ian Taylor, on retiendra avant tout l'excellent intitulé (« Le marché global et la question criminelle »), et les excellentes formules par lesquelles il introduit aux subdivisions de son étude (« L'académisme criminologique et le débat populaire [sur le] crime »; « L'espace contesté », « L'ordre économique global et la théorie du crime »). Tout chercheur sensible aux mutations de ce champ dans le contexte contemporain de globalisation se doit de faire le détour par ces 25 pages denses, même si le style de la traduction, on l'a dit, en rend la lecture pénible. Il identifie clairement trois des problématiques centrales contemporaines récurrentes dans le discours populaire sur le crime: son importance effective; sa nature; l'impuissance apparente des pouvoirs publics. Les interprétations populistes qui en sont données posent un défi aux tenants de la critique du contrôle social.

L'auteur se demande alors ce qui peut être fait en criminologie face à ce « sens commun populaire » très idéologisé, avant de proposer une réflexion sur les rapports entre la globalisation, le nouvel ordre mondial et la théorie du crime. Il s'applique là, notamment, à rendre compte de ce qu'il nomme « l'impact différentiel dans les sociétés nationales individuelles » du processus de globalisation, puis des motifs de l'incapacité des États à fournir des « réponses différentielles » fondées sur des approches économiques vieillottes. D'où sa conclusion, selon laquelle l'une des tâches vitales « de toute criminologie et théorie sociale sera de comprendre les liens entre changements économiques [...] et les niveaux et le caractère du crime et du désordre social ».

Voilà pour la première partie du livre. Avec ses 70 pages divisées entre trois auteurs et ne représentant guère plus du tiers de l'ouvrage, elle donne un peu l'impression de légitimer la publication des deux longs essais que présente Dimitri Kalogeropoulos. Dans le premier, il présente sa propre théorie sous le titre général de « La question criminelle sous le double prisme de l'Idée de Justice et de la division du travail social »; cette étude est suivie d'une quinzaine de pages sur « La délimitation du champ de la Criminologie ».

Dans le premier cas, on a affaire à un compendium de traité, parfois en forme de tables de la loi (cf. p.ex. les § 5.0.8, 5.0.9., et généralement ceux dont les intitulés sont présentés entre guillemets). C'est un genre que l'on trouvait chez certains auteurs de la doctrine de l'Ancien Régime, et qui a été oublié depuis au profit d'œuvres d'apparence formelle plus objective. Pour qui a eu l'occasion de fréquenter l'auteur, on ne regrettera pas cette infraction aux usages contemporains. On y retrouve l'homme. Le ton de la sagesse l'emporte sur toute vanité: « Le discours de la présente Etude ne se veut ni provocateur, ni impérialiste; il gère le Corps du Savoir à propos du point de rencontre de trois Disciplines » (p. 132).

En réalité, on se trouve là devant une étude entre les lignes desquelles on retrouve la main très particulière de Kalogeropoulos, sa générosité débordante. Ce qui lui importe, dans le processus de globalisation, lorsqu'il l'évoque, c'est de ne pas accepter de « gérer, sous l'angle de la prévention de la délinquance dans des contextes nationaux, des problèmes que la mondialisation de l'économie met en évidence, comme la perte grave du pouvoir d'achat de populations à faible revenu et des économies très risquées au niveau de la couverture sociale » (p. 145. Avec, ici et là, quelques belles formules, comme celle par laquelle il justifie la nécessité de repenser le droit pénal, comme « avenant au contrat social conforme à une Idée de Justice de notre temps » (p. 139).

Comme le dit, mieux qu'on ne pourrait le faire, l'auteur du « prière d'insérer », Dimitri Kalogeropoulos emprunte un itinéraire inédit pour éclairer les articulations entre le niveau macrostructurel d'approche de la Question criminelle et les politiques visant la prévention du crime et le traitement des délinquants. Considérant que le lieu à partir duquel est interpellé le rôle ordonnateur et sanctionnateur du Pénal est la Criminologie, il entreprend l'examen historique de leurs rapports. Il a recours en plus à la Sociologie générale et à la Sociologie du Droit qui conduisent à diagnostiquer l'incontournabilité de la prise en compte du fonctionnement sociétal envisagé sous l'angle ordonné de la division du travail social entre institutions. Le paysage ainsi se décante pour mettre en évidence deux impératifs axiaux à avoir continuellement à l'esprit comme un fil d'Ariane, dans la gestion de la Question criminelle: la qualité de l'Idée de Justice régnant dans la Cité, sous l'angle de vue de l'effectivité des droits de l'Homme, des trois générations, qu'impose aux gouvernants socialistes ou libéraux le niveau de civilisation de la fin du XX^e siècle, d'une part. Et, d'autre part, le test de la prévention spéciale de la récidive: une place dans la division du travail social entre métiers, condition sine qua non de lien social, pour la réinsertion sociale du délinquant. Dans un deuxième texte sur la délimitation du champ de la Criminologie, il entreprend d'envisager les conséquences d'une telle approche pour un paradigme épistémologique en Criminologie.

En bref, nous avons affaire à un livre difficile à lire, mais de la

lecture duquel on ne pourra cependant pas faire l'économie. Il s'en fallait de peu qu'on puisse joindre le plaisir au profit.

ANDRE-JEAN ARNAUD

LORENZO SINISI, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Giuffrè, Milano 1997, pp. XXXI-488, 16 tavole fuori testo (*).

Il volume di Lorenzo Sinisi ha un legame ideale con almeno tre libri sulla storia del notariato: il primo è *Il Notaio a Genova fra prestigio e potere*, ad opera di G. Costamagna ⁽¹⁾, il secondo è *Alle origini del notariato italiano*, di M. Amelotti e G. Costamagna ⁽²⁾, il terzo è *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'età colombiana*, collettivo ⁽³⁾. Esso ne rappresenta, in un certo senso, la continuazione.

Dopo questa doverosa puntualizzazione, passiamo all'oggetto della monografia: i formulari notarili. A questo proposito, in correlazione con l'opera di Sinisi, si possono tracciare alcune rapide e sintetiche considerazioni sui formulari, l'importanza dei quali per l'evoluzione del diritto nella storia è sempre stata sottolineata.

Prima di Irnerio, tanto per porre un limite cronologico, esistono, come si sa, dei formulari per la zona d'influenza franca; tipiche sono le formule di Marcolfo. Per l'area longobarda il problema è, ancora oggi, in buona parte irrisolto, anche se tutto lascia pensare che talune raccolte circolassero. Il *Cartularium* è più tardo, pur con qualche nucleo longobardo.

In questo periodo i documenti sono essenzialmente caratterizzati dalla presenza delle *chartae* e delle *notitiae*. Non entro nel merito del problema, tuttora discusso appassionatamente sia nei manuali, sia in lavori monografici, circa il valore di questi documenti, se cioè essi abbiano efficacia dispositiva, costitutiva o probatoria. Sia per gli uni che per gli altri, ma soprattutto per le *chartae*, esistevano certamente dei modelli, che circolarono a lungo, per secoli.

Chi redige atti ripete con costanza formule, ma sovente introduce delle modificazioni a seconda dei vari contratti stipulati e a seconda

(*) Il testo riproduce sostanzialmente la presentazione del libro di L. Sinisi avvenuta a Genova il 28 marzo 1998 ed organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Commissione Studi Storici, e dalla Società Ligure di Storia Patria.

⁽¹⁾ G. COSTAMAGNA, *Il notaio a Genova fra prestigio e potere*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 1970.

⁽²⁾ M. AMELOTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 1975.

⁽³⁾ *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'età colombiana*, a cura di V. PIERGIOVANNI, Giuffrè, Milano 1994.

delle zone in cui vive. Certe costanti sono comunque abbastanza facilmente rilevabili. Ad esempio, l'arenga compare nei documenti per atti di donazione *mortis causa* e di tipo successorio. La circolazione di modelli non comporta la necessaria presenza di formulari scritti. È questa la situazione della Valle d'Aosta, dove per secoli, dall'XI al XV, noi troviamo una documentazione diversa da quella notarile, di origine cancelleresca, prima unica, poi in concorrenza con quella notarile, la *charta augustana*, per la quale non risulta, al momento, che vi fossero dei formulari scritti, anche se i vari atti si ripetono con poche differenze nei diversi momenti di vita di questo tipo di documentazione.

Forse le formule, e non solo quelle della Valle d'Aosta, venivano tramandate per consuetudine, riproponendosi di volta in volta come modelli rinnovandosi automaticamente. Ma questo problema è comunque ancora aperto, tanto più che la Valle d'Aosta si reggeva, come è noto, a *droit coutumier*.

A poco a poco, con diversità di luoghi e di tempi, nasce un nuovo notariato, con un nuovo documento, l'*instrumentum*. Esso sorge non *ex novo*, ma è preceduto ed affiancato da tutta una serie di documenti misti, con legami sia alle *chartae*, sia alle *notitiae*.

È il lungo momento dell'Italia dei comuni, della scoperta dei testi giustinianeî, dell'origine dello *studium* di Bologna, della scuola dei glossatori, della fine del fenomeno dell'applicazione personale della legge, della fine delle generalizzate composizioni delle pene, della comparsa dell'*ars notariae*.

Nascono alcuni formulari scritti. Tra i testimoni pervenutici si devono ricordare quello attribuito erroneamente ad Irnerio, quelli di Ranieri da Perugia, di Salatiele, di Rolandino Passaggeri, nonché quella miniera di notizie, di formule, di atti relativi ai processi rappresentata dallo *Speculum* di Guglielmo Durante.

Il formulario pseudoirneriano aggiunge alla ripartizione della materia notarile secondo i quattro *instrumenta* — compravendita, enfiteusi, testamenti e donazioni — un quinto libro dedicato ai patti, alle cauzioni ed agli altri contratti straordinari. Ranieri, dopo aver prospettato una grande bipartizione tra atti che trasferiscono il dominio diretto ed atti che trasferiscono il dominio utile, bipartizione ricordata per la sua importanza da P. Grossi ⁽⁴⁾, propone in seguito la celeberrima tripartizione che ha condizionato il futuro della materia notarile: *de his, que ab (ho)minibus aguntur... primo de contractibus et pactis, secundo de iudiciis, tertio de voluntatibus ultimis, in quibus tribus predictis artis notarie cognitio tota consistit...* ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari 1995, soprattutto pp. 192-193.

⁽⁵⁾ Ed. in L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, III, 2, Wagner, Innsbruck 1917 (rist. anastat. Scientia Verlag, Aalen 1962), p. 1.

Tra i formulari ricordati, il più importante fu, come è notissimo, quello di Rolandino. La sua *Summa* condizionò non solo gran parte dell'Italia, ma anche parte dell'Europa.

L'*instrumentum* ha ormai acquisito la piena *fides publica*; le formule nuove sono assai numerose e sono legate essenzialmente all'iniziativa dei notai. Questi possono, così, sulla base di esse, contribuire a creare nuovi contratti, anche sul fondamento della *fides publica*.

Alle formule talvolta si affianca la *notula*, o a parte, o prima della formula stessa, cioè la definizione, in breve, del contratto o dell'atto stipulato e redatto, con i requisiti richiesti. Qui il notaio trova una sintetica esposizione teorica del diritto, con riferimento all'atto che intende redigere. Si passa dalla teoria alla pratica attraverso la mediazione del notaio. Questo, dell'importanza dei rapporti tra teoria e pratica, è ancora oggi un terreno talora da esplorare; pensiamo soltanto alle opere ancora misteriose, in buona parte, come il *Libro di Tubinga* e le *Exceptiones Petri*, rispetto alle quali regnano ancora incertezze, ad esempio su chi fosse *Petrus*. Del resto, nel formulario vercellese ⁽⁶⁾ vi sono alcuni capitoli del *Libro di Tubinga* frammisti a formule. Forse che vi fu la mano di un notaio o di un giurista che operava nel campo del notariato? È un problema ancora irrisolto, questo. Il notaio, comunque, oltre ad utilizzare le formule, diventa talvolta creatore di diritto, essendo sempre più aderente alla realtà nuova del suo tempo.

Formulari esistono anche in aree non strettamente bolognesi: ricordo la *Summa Belluni composita* e la raccolta di Guglielmo Ventura ⁽⁷⁾.

A proposito dei territori dell'Italia meridionale, formulari a parte, si deve ricordare la grande vittoria del notariato bolognese nei confronti del notariato napoletano dei *curiales*, soppresso da Federico II, anche se destinato ad avere ancora una certa sopravvivenza. Ma per tale area occorre rinviare soprattutto ai lavori di M. Caravale e di G. Cassandro ⁽⁸⁾.

In questo complesso quadro, lo studio di Sinisi si presenta come dedicato allo sviluppo del notariato e dei formulari notarili nell'area genovese soprattutto in età moderna ma, necessariamente, l'autore non poteva trascurare il medioevo. Egli espone, pertanto, anzitutto lo *status* degli studi sull'alto medioevo; passa, quindi, all'età dell'*instrumentum*

⁽⁶⁾ Mi permetto di rinviare a I. SOFFIETTI, *Testi giuridici e formule notarili e giudiziarie nel codice 176 dell'Archivio capitolare di Vercelli*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LI (1978), pp. 5-40.

⁽⁷⁾ G.B. PALMIERI (a cura di), *Summa notariae Belluni composita*, in *Scripta anecdota glossatorum vel glossatorum aetate composita* (Bibliotheca Iuridica Medii Aevi), III, Monti, Bononiae 1901, pp. 353-367; G. MOSCHETTI, *Il cartularium veronese del magister Ventura del secolo XIII*. Presentazione di G. CASSANDRO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990 (Ius Nostrum, 2a serie, 5).

⁽⁸⁾ M. CARVALE, *La legislazione del Regno di Sicilia sul notariato durante il Medio Evo*, in *Per una storia del notariato meridionale*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 1982, pp. 95-176; G. CASSANDRO, *I curiali napoletani*, *ibidem*, pp. 299-374.

del notaio munito di pubblica fede, illustrando i vari formulari, compresa la problematica della nota opera, di cui si è parlato sopra, attribuita erroneamente ad Irnerio.

Il volume si presenta, poi, diviso in tre parti. La prima è dedicata a *Fra* « *theorica* » e « *practica* »: *il formulario come fonte giuridica minore nell'età del tardo diritto comune*.

In essa, dopo aver illustrato in particolare i rapporti tra la *Summa totius artis notariae* di Rolandino Passaggeri e lo *Speculum* di Guglielmo Durante, l'autore esamina il fenomeno della « regionalizzazione » del notariato e dei formulari, seguendo qui il filone di ricerca indicato già da V. Piergiovanni. Regionalizzazione vuol dire, tra l'altro, che nelle varie aree del territorio italiano il notaio si specializza nei settori che maggiormente interessano i suoi clienti. In tal modo si ha pure, ovviamente, una conseguenza sulle formule che vengono usate.

Assai utile è il quadro che viene offerto da Sinisi dei vari formulari, con le biografie degli autori. Ne cito solo uno, quello di Stefano Marcilletti, opera che, stampata in *editio princeps* a Torino nel 1492, fu importante per la Provenza ed il Sud della Francia, e pure per l'area sottoposta alla giurisdizione sabauda. Sinisi, comunque, dà un quadro generale della letteratura relativa ai formulari notarili, anche a quelli redatti per territori dell'Italia meridionale, praticamente fino alla fine dell'età del diritto comune.

Dopo aver fornito questo vasto quadro generale, l'autore passa alla seconda ed alla terza parte, dedicate ai formulari ed ai notai dell'area genovese; questo è, indubbiamente, il settore più corposo e ricco del suo lavoro. Egli parte, ovviamente, come già detto, dagli inizi dell'età moderna, per arrivare fino al XVIII secolo.

È assai arduo seguire tutta la trattazione. Si possono segnalare soltanto alcuni argomenti che riguardano l'incidenza sul mondo del diritto, anche sostanziale.

Nei formulari genovesi si ritrova l'impronta bolognese, ma con notevoli adattamenti alla diversa realtà locale. Si ha pure, e ciò riveste un'indubbia rilevanza, un'influenza del diritto statutario genovese, come avviene, ad esempio, a proposito di una vendita nella colonia di Chilia nel 1361.

Si riscontra la continuità della triplice redazione genovese dell'atto notarile, il *manuale* con la *notula*, l'imbreviatura, infine l'*instrumentum*.

Sinisi sottolinea il valore dell'*instrumentum*, avente piena efficacia probatoria, compresa la necessaria presenza del *signum tabellionis*. Egli avverte che il *mundum*, l'originale consegnato alle parti, aveva tale effetto, ma che anche l'esemplare trascritto nel *liber prothocollorum* conservato presso il notaio l'aveva ormai acquisito, per cui, come opportunamente rileva, la dottrina affermò che, in caso di contrasto tra il *mundum* ed il *liber prothocollorum*, « *potius est credendum libro notariorum* » (p. 109).

Un altro elemento si può, poi, segnalare nel volume di Sinisi. L'autore si sofferma sull'insegnamento di *Iuris Civilis Institutiones* deliberato, com'è noto, nel 1561 dal Collegio dei notai di Genova. Viene chiamato un lettore di Istituzioni di diritto civile per far fronte all'impreparazione dei notai. È una iniziativa importante. Occorre, infatti, ricordare come proprio alla fine del XV secolo e nel XVI si ebbero taluni provvedimenti intesi ad affrontare ed a eliminare il problema della scarsa conoscenza del diritto da parte dei notai. Ciò accadde tra l'altro nel regno di Francia e nel ducato di Savoia, con interventi contro i notai di nomina imperiale, tramite i conti palatini, o pontificia, tutti accusati di ignoranza. Tuttavia esiste una notevole differenza rispetto a Genova. Qui si intende dare ai notai maggiori conoscenze giuridiche; in Francia e nel ducato di Savoia, anche per motivi politici di controllo del notariato da parte dell'autorità regia o ducale, si vogliono escludere i notai non nominati dal re o dal duca e non controllati, dall'esercizio della professione. Questo tentativo non ebbe, come è noto, successo pieno.

L'iniziativa genovese è destinata a durare a lungo, fino alla fine del XVII secolo.

Sinisi si sofferma, nella disamina dei formulari genovesi, su alcune parti che hanno inciso profondamente sul mondo del diritto. E' il caso delle clausole rinunciative e delle clausole ceterate. È nota l'importanza delle prime: attraverso un uso smodato di esse le parti, consenziente il notaio, se non per suo suggerimento, avrebbero potuto aggirare impunemente ogni tipo di divieto posto dalle norme, fossero esse di diritto comune o di diritto statutario. La rinuncia *omni legum auxilio* era un esempio chiarissimo. Dando libero sfogo alla libertà negoziale dei soggetti, si sarebbero potuti violare anche principii di ordine pubblico, di tutela degli elementi più deboli, come i minori e, all'epoca, le donne.

La soluzione fu lunga e complessa, come si sa, anche con l'intervento dei canonisti, tra i quali non di scarso rilievo furono lo Speculator e l'Ostiense.

I formulari genovesi se ne occuparono. Se Giovanni Carlo Mercante, che visse tra il 1600 ed il 1675, nel suo formulario segue le soluzioni del cinquecentesco Iohannes Fichard e di Rolandino, distinguendo tra benefici non rinunciabili, benefici rinunciabili, benefici rinunciabili in parte, oltre a dirci che l'opera del bolognese era veramente ancora fondamentale anche in questo settore, ci dà la prova che l'argomento era di grande rilievo ancora nel XVII secolo.

Sinisi sottolinea, giustamente, nelle conclusioni, l'importanza delle formule di diritto commerciale nei formulari genovesi. Egli ci presenta poi in proposito un'altra osservazione degna di essere ricordata.

In Italia, in generale, si assiste al fenomeno, controverso e discusso dai giuristi ancora in età moderna, dell'equiparazione delle scritture

mercantili all'atto notarile ⁽⁹⁾. È il problema della *fides publica* dei libri mercantili. A Genova questo processo è meno evidente e ciò spiega perché nei formulari notarili si trovano gli atti di diritto commerciale; il notaio continua quindi a mantenere la sua funzione anche in questo campo del diritto. Ciò non poteva non avvenire a Genova, in considerazione della centralità del diritto commerciale.

Nel passato vi furono storici del diritto, come Federico Patetta e pure Guido Astuti ⁽¹⁰⁾, che dedicarono, nel loro corso sulle fonti del diritto, ampio spazio ai formulari ed al documento medioevale, sia privato che di cancelleria. Patetta ritenne utile soffermarsi anche sulla "partizione" del documento nonché, per quanto attiene a quello cancelleresco, analizzare la documentazione pontificia nelle diverse fasi della sua evoluzione.

Anche oggi i manuali continuano in genere a soffermarsi, molto opportunamente, sulla funzione notarile e sui formulari.

L'azione del notaio fu continua, necessariamente continua, nei tentativi, molto spesso riusciti, di inserire negli schemi notarili le nuove realtà giuridiche contrattuali emergenti, tra le quali quelle del diritto commerciale.

I formulari si moltiplicano, si arricchiscono e confermano la loro importanza per una piena comprensione della storia giuridica.

ISIDORO SOFFIETTI

MANFRED WOLF, *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker. Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre*, Aktiv Druck u. Verlag GMBH, Ebelsbach, 1996 (Münchener Universitätschriften-Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung), pp. XIV-323.

Se è lecito — giusto in apertura di una disamina per forza di cose « lacunosa » — sbilanciarsi in una valutazione simpatica, allora si potrebbero « ritorcere » in capo all'autore le considerazioni che Leo Raape nel 1931 applicava ai due *Grundrisse* tubingensi (del diritto delle obbligazioni, 1929; dei diritti reali, 1930) del padre nobile della giurisprudenza degli interessi, Philipp Heck, del quale finalmente, grazie a

⁽⁹⁾ M. FORTUNATI, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del diritto, Roma 1996, soprattutto pp. 90 sgg.

⁽¹⁰⁾ F. PATETTA, *Lezioni di Storia del diritto italiano. Storia delle fonti*, pubblicate a cura del dott. A. Alberti, Anno accademico 1931-1932, Giappichelli, Torino 1932, pp. 42-61; G. ASTUTI, *Lezioni di Storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano barbarica*. Ristampa della I edizione (1953) con appendice di aggiornamento, Cedam, Padova 1968, pp. 423-459.

questa accuratissima monografia, si torna diffusamente a parlare. Il recensore di allora così si pronunciava (p. 289): « È per me più che dubbio se sia in assoluto dato incontrare, nell'ambito della scienza civilistica tedesca, un'opera... di equivalente ampiezza e portata, che con altrettanta consapevolezza e così coerentemente rispetto al programma iniziale, abbia perseguito l'applicazione di un metodo del tutto determinato, come appunto la presente. Tutti i "Metodisti" avranno modo in un futuro prossimo di scegliersi in quest'opera le armi più adatte, molti in pro, alcuni forse anche contro il metodo seguito. Così quest'opera diventerà una specie di "arsenale metodologico" ».

In verità, come anche il sottotitolo lascia intendere, la scommessa che sta al fondo dell'intrapresa del Wolf, del suo « Heck civilista » (e dogmatico del diritto civile) è caratterizzata da un nucleo forte di tenore prettamente metodologico, che ne costituisce l'indubbio fascino, anche nell'ipotesi — che non è propriamente la nostra; come diremo, per motivi di « qualificazione » e di « recezione » — di una sua solo parziale riuscita. È quella scommessa che prende sul serio il « cruccio della coerenza misconosciuta » a più riprese manifestato da Heck medesimo: e del tutto a ragione. Heck lamentava appunto la circostanza che praticamente nessuno dei suoi avversari avesse ritenuto necessario verificare la sua pretesa di coerenza rispetto alla realizzazione del metodo (divenuto universalmente celebre), pretesa « incarnata » a suo dire al meglio nei *Grundrisse* civilistici e, comunque, nei suoi lavori di giurista pratico: « Con un'unica eccezione, nessuno dei miei avversari... ha ritenuto necessario di esaminare i presunti difetti del mio metodo a partire dai concreti risultati raggiunti. La valutazione e il giudizio secondo i frutti non è previsto, ma, al contrario, lo schema abitualmente previsto è rovesciato: i miei lavori pratici vengono lodati. I "frutti" del metodo ricevono valutazioni tra il buono e il molto buono o buonissimo. Soltanto il metodo in se stesso è cattivo » (p. 5). La valutazione « evangelica » dei frutti costituisce perciò il fulcro del tentativo del nostro; che — tra i primi, a quanto ci consta — cerca di far fronte in modo analitico e con precisa consapevolezza ad un'esigenza che, dopo l'epoca d'oro dei grandi studi sulle teorie del metodo e sulla loro radicazione ideologica (Wilhelm, von Oertzen etc.), tende ad uscire dallo stadio postulatorio della nebulosità, per farsi concreto nervo di ricerca. L'esigenza, cioè, di restituire, al di là dei prestigiosi vestiboli e atrii (o spesso solo quinte, barocamente illusionistiche?), il metodo « in azione », il concreto lavoro di dettaglio del giurista, chiamato a dare corpo, e magari sangue, alle nuove scelte di fondo.

Necessariamente, a questo punto — e pur non mancando una griglia selettiva rispetto alle discussioni dogmatiche prescelte (*cap. II: il punto di partenza metodologico* le modificazioni soggettive del lato passivo del rapporto obbligatorio, *Schuldübernahme*, §§ 414 e 415 BGB; *cap. III: l'interpretazione della legge Opfergrenze*, §§ 242 e 904;

impossibilità sopravvenuta, insolvenza; contratti reali, donazione manuale, mutuo; *cap. IV: scopi dell'interpretazione* distinzione tra norme imperative e buon costume, analisi del § 407 BGB, i diversi tipi di interessi, l'esempio delle obbligazioni alternative; *cap. V: applicazione della norma in conformità alla valutazione degli interessi* cessione; *cap. VI: il problema delle lacune* adempimento, il concetto di possesso, la « positive Vertragsverletzung », il venir meno della base negoziale, il rischio d'impresa, il § 459, il contratto a favore di terzi per il caso di morte, il risarcimento dei danni immateriali; *cap. VII: la correzione interpretativa del precetto legislativo* risarcimento del danno a terzi, §§ 249, 280, 286, 823 BGB, diritto di recesso previsto dalla legge; *cap. VIII: formazione dei concetti e del sistema* efficacia della dichiarazione di compensazione, la teoria contrattuale dell'adempimento, l'obbligazione solidale, la nascita del vincolo obbligatorio nei titoli all'ordine e al portatore) —; a questo punto, dicevamo, la ricerca diventa estremamente analitica, la suddivisione in sottoparagrafi si fa minutissima e talora molto telegrafica (cfr. ad esempio p. 23 o la caratterizzazione, tutta giocata su un florilegio di testi jheringhiani senza commento alcuno, della *Höhere Jurisprudenz* concettualistica, pp. 151-154), la lettura dei profili nuovissimi che si scoprono dell'attività di Heck rischia di diventare un gioco tutto intratestuale di esegesi, costruzioni, critiche e controcritiche dogmatiche restituite con un occhio di grande interesse civilistico, ma un po' troppo attualizzante nella gestione delle categorie interpretative. Per larghi tratti — nel bene certamente, anche — parrebbe appunto, come accennavamo, che il lettore-destinatario privilegiato debba essere il civilista colto, ma sempre con un occhio all'interpretazione « attuale » dei paragrafi in questione come cartina di tornasole di una presunta « giustizia » o « bontà » o adeguatezza della singola scelta ricostruttiva. Un civilista un po' « astorico » e un Heck (appunto, e peccato, non sempre) « per tutte le stagioni »? Un caso per tutti: quando si analizza la posizione a cui l'analisi degli interessi conduce Heck in tema di donazione manuale (contro Enneccerus, v. Tuhr, Leonhard, e Kress — ma altre volte contro o a favore di Enneccerus, Cosack, Gierke, Planck, Staudinger, Endemann, Oertmann, Dernburg, Titze etc.), portandolo dalla intesa necessità di applicarvi i §§ 523 e 524 e a partire dalla genetica degli interessi — in modo non dissimile dalle considerazioni sui rapporti industriali-bancari che lo spinsero a configurare il mutuo come contratto consensuale (pp. 39 ss.) — ad incasellarla tra i contratti obbligatori: ecco che, allora, il rimprovero dei dogmatici formalisti (o non) del suo tempo, secondo cui « er vernachlässige aufgrund der reinen Interessenbetrachtung die System- und Begriffsbildung » diventa ermeneuticamente semidefinitivo: « Auch wenn man mit Heck von einem wissenschaftlichen Spielraum bei der Begriffsbildung ausgeht, so hat er diesen *doch hier überschritten*, da die Einordnung der Handschenkung unter den Begriff "Schuld-

vertrag" *unrichtig* ist » (pp. 37-38). Così, per paradosso, tutto concettuale (o di metodologie storiografiche non però nel tempo tanto lontane), il giurista, medievale o recente, che parlasse di dominio « diviso », semplicemente « errerebbe ». Ma per questo rimandiamo al Wundt della chiusura, non per nulla citato in un punto topico dal nostro Heck. Il discorso non può cambiare di molto nella struttura, quando invece dei difetti sono individuati i (molti per la verità) pregi (p. 40; parzialmente, p. 50; p. 197, etc.). La lettura è civilistica e il destinatario delle considerazioni non riesce compiutamente a contestualizzarne la ricchezza e la notevole perizia di sfumatura. Un altro caso di molto interesse e istruttivo sarebbe rappresentato dalla controversia sul momento dell'insorgere dell'obbligazione « bei Order-und Inhaberpapieren » (pp. 283 ss.) tra gli esponenti della teoria della creazione e quelli della teoria contrattuale, e sulle ragioni della peculiare presa di posizione di Heck (laddove caratterizza le tesi di Enneccerus e Oertmann sul § 794 BGB quale fondamento della *Kreationstheorie*, significativamente, come « Geschichtsfälschung »). Anche a tacer del fatto (p. 287) della non celata incomprendimento per il suo porsi in contrasto « dem im Privatrecht herrschenden Vertragsprinzip », valutato come anacronismo rispetto allo stesso tema della autonomia privata, resta comunque assodato che a questo proposito Heck applica la sua tesi della possibilità di « costruzioni *equivalenti* » (anche se non forse, come infatti Oertmann gli rinfacciava, la *regola* della libertà di scegliersi qualsivoglia costruzione). Orbene — analogamente al rifiuto o al forte scetticismo nei confronti dell'interpretazione sistematica, dappoiché scorgeva nei risultati da quest'ultima apparentemente conseguiti non già l'espressione ulteriore di un principio, ma piuttosto nel principio la adeguata espressione del risultato conseguente all'analisi « *interessengemässe* » del caso singolo (p. 308) —, orbene, la appena menzionata assunzione della possibilità di costruzioni equivalenti (anche ed in particolare rispetto a quelle scelte dal legislatore) viene reputata ancora da Wolf come esageratamente provocativa, perché in grado di *distruggere* « perlomeno » l'interna unità e coerenza del *Gesamtssystem* legislativo (p. 305). Con il « difetto » di rendere estremamente più difficoltosa la sussunzione (non per nulla l'immagine che al suo metodo Hippel collegava era quella della *Justitia* medievale con la bilancia e la benda che adornava le fontane cittadine, e non già il macchinario dell'automa della certezza giuridica), e di mancanza di rispetto per l'idea di unità del diritto — teleologia di singole norme, ma non di grandi complessi normativi o addirittura dell'intero ordinamento (p. 307) —, la figura del nostro, per altri versi restio all'estremismo verbale e concettuale dei « giusliberisti », sembra talvolta assurgere al rango di giurista (sotto, sotto) « esagerato », la sua *Systemphobie* rende infatti il suo affaticarsi per una svolta metodologica, benché comprensibile, tuttavia « *übertrieben und verfehlt* » (p. 304). Benché talvolta si affaccino questioni e

curiosità di qualche rilevanza — come il suo positivismo e naturalismo di fondo, dato un po' troppo per scontato, e giustamente Wolf segnala che nella sua autorappresentazione egli si vedeva come « deciso avversario » del positivismo (p. 239, n. 529); o come la domanda se una qualche influenza sulle sue prese di posizione più tarde abbia esercitato un suo (e quale?) eventuale rapporto e/o conflitto col regime (dopotutto è attivo, eccome, dopo il 1930 e muore, ottantacinquenne nel 1943); o ancora se è proprio vero che così poco abbiano contato e così occasionali siano stati i suoi inizi come storico del diritto e i suoi studi sulla configurazione dei ceti nell'alto medioevo e nel *Sachsenspiegel* (dal 1905 almeno al 1931) —; benché necessariamente queste e molte altre questioni restino in parte ancora impregiudicate, è fuor di dubbio che dalla lettura e dal recupero polifonici che Manfred Wolf con notevole vigore ha intrapreso dei testi « nascosti » del nostro, la sua figura ne esca, se possibile, sempre più suggestiva e plasticamente modellata. E se proprio dovessimo esplicitare, in positivo, le ragioni e il senso di quella, più che caratteriale, dogmatica « esagerazione », credo che meglio non potremmo farlo che usando un sintomatico testo della *Logik* di Wundt. L'apparentemente refrattario giurista, non-filosofo e lontano dal dare coronamenti da « gerarchia dei valori » alla sua intuizione degli interessi, conchiude una riflessione sul superamento del metodo tradizionale e formalistico (*Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, p. 22) appropriandosi solidalmente delle parole e dell'intenzione del filosofo che vede scorrere anch'egli il tempo della « vecchia » impostazione: « Se tutti gli indizi non ci ingannano, ormai per questo stato di cose l'ora è venuta. E se essa è veramente scoccata, allora potrebbe accadere che la scienza giuridica dovrà esser considerata e valere, per coloro che hanno intenzione di dedicarvisi, non più, come oggi è il invece il caso, quale la più facile tra le scienze, ma, ben al contrario, come una delle scienze *più difficili* in cui sia dato imbattersi, perché essa in verità è quella che tra tutte presuppone la più ampia e comprensiva conoscenza del reale ». « *Weil sie in Wahrheit vielleicht die umfassendsten realen Kenntnisse voraussetzt* »: ecco forse il fondamento profondo dell'esagerazione che l'« esagerato » giurista perseguiva, al di là e attraverso ogni concreto lavoro interpretativo e dogmatico.

Restituire a se stessa l'attività, legata al reale, senza dissoluzione possibile, dei giuristi — *la più difficile di tutte le scienze*.

PAOLO CAPPELLINI

SEGNALAZIONI

Un felice contrappunto: Lo Stato introvabile.

È possibile che, prendendo in mano l'ultimo lavoro di Sabino Cassese (*Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, Donzelli, 1998, pp. 91), il lettore specialista abbia dovuto vincere una qualche resistenza.

Il formato, il numero delle pagine, l'inserimento in una collana che l'editore si affrettava, sin dalla copertina, a segnalare come *Saggine*, non sembravano lasciare dubbi: *Lo Stato introvabile*, a prima vista, s'inquadrava perfettamente nella nuova moda editoriale di offrire collanine di base, agili, leggibili e di prezzo contenuto, per invogliare alla lettura il pubblico di una nicchia, disperatamente, sempre più piccola.

Due indici dovevano, però, subito mettere in guardia il lettore appena un po' meno frettoloso.

In primo luogo, la gradita scoperta che queste pagine nascevano dalle lezioni introduttive del Corso di Diritto amministrativo alla Sapienza di Roma. La brevità, la sintesi apparivano subito in altra luce: non la moda della sintesi estrema, del *Farsi un'idea* — come poteva suggerire il titolo di una collana analoga di un editore concorrente —, ma una spinta alla comprensione ed alla problematizzazione del vigente in grado di coniugare storia e diritto: una prospettiva metodica ed un orizzonte di ricerca, un ruolo didattico ed insieme scientifico, proprio come nelle prolusioni di altri tempi.

Ecco, allora, già un sicuro motivo d'interesse anche per i lettori dei *Quaderni*: accantonata, rapidamente, la prima fallace impressione, il volumetto non si segnalava solo per un'accattivante e particolarmente godibile leggibilità, ma per essere una conferma, importante quanto autorevole, che il giurista di diritto pubblico non aveva cancellato la storia dal proprio orizzonte problematico; che una metodologia storicistica è sempre indispensabile, tanto più ora che incombe la trasformazione degli stati nazionali ottocenteschi, per orientarsi negli incerti sentieri del vigente; che « analizzare le contraddizioni dello Stato italiano è cruciale per comprendere la particolare natura del suo diritto amministrativo » (p. 17).

Leggendo queste pagine, ma ancor di più, forse, ascoltando quelle lezioni, pareva di riudire un saldo ammonimento di Mario Nigro: « il

pubblicista è, avanti di ogni cosa, storico delle istituzioni », e questo — come in modo eccellente ha, da sempre, dimostrato Cassese — sia che il giurista indossi le vesti impegnative del ricercatore, sia che si presenti in quelle più dimesse del didatta.

Il secondo motivo d'interesse era la straordinaria efficacia del contrappunto, cui già il titolo, felicissimo, introduceva il lettore. Quella che poteva sembrare soltanto una variazione di temi noti e di una letteratura sullo Stato quanto mai vasta, risultava immediatamente in grado d'illuminare potentemente un'ambivalenza, calata sino in fondo nella storia italiana: *Lo Stato introvabile*; uno Stato « esteso e costoso come tutti gli altri Stati europei maturi », ma rispetto a questi tanto più « debole e inefficace ». Appunto, *Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*.

La scansione dei temi è quasi vorticosa: il lettore viene, infatti, prima investito da un crescendo di fattori di potenziamento e di esaltazione della statualità, per poi essere, con pari rapidità, affidato ad un diminuendo che svela speculari e simmetriche « debolezze dello Stato ».

La fase « ascendente » è forse quella più nota: il modello statale italiano si schiera, sin dall'inizio dell'Ottocento, dal momento dell'incontro con l'esperienza rivoluzionaria e napoleonica, tra i modelli continentali di « tradizione "étatiste" » (pp. 21 e ss.); ma percorre poi, per tutto il corso del secolo, sino al Novecento, un proprio *Sonderweg*, vive di specifiche peculiarità che finiscono per amplificarne la vocazione autoritaria.

Certo, sono pur sempre fragilità e debolezze, ora strutturali ora contingenti, quelle che accendono la miccia della piramide statualistica ed introducono un « dislivello di statualità », che in questo caso pende verso una più accentuata supremazia dello Stato. Il ritardo, secolare, nei processi di nazionalizzazione impone il centralismo amministrativo; il deficit di industrializzazione spinge all'interventismo pubblico; la debolezza egemonica della classe dirigente giustifica la pesante « mano pubblica sulla società » e spiega l'« onnipotenza del legislatore » (pp. 27 e ss.).

Anche i giuristi — com'è noto — danno una mano a questa apoteosi dello Stato, perfettamente reciproca alla debole struttura coesiva del « paese reale », forzando il cammino delle discipline pubblicistiche sui sentieri della specialità e verso quei « privilegi dell'amministrazione » — imperatività, autotutela, revoca — (pp. 45 e ss.) che accentuano le disavventure del cittadino e che grazie all'opera della scienza giuridica assurgono al rango di principi generali, che in quanto tali non hanno bisogno di essere dichiarati.

Proprio il modo con il quale si è realizzato il crescendo della statualizzazione giustifica ed impone l'improvvisa inversione di rotta che sprofonda il lettore nelle « debolezze dello Stato ».

Si scopre così che il centralismo, secondo una felice immagine di Raffaele Romanelli, è « a centro debole »; lo Stato che interviene nell'economia, viene da questa « catturato » e quando pretende di « guidarla » finisce per esserne « guidato » (p. 72); i governi, che di fatto esercitano l'onnipotenza del legislatore, sono « transeunti »; i fasti della supremazia amministrativa si spiegano « con la fragilità dello Stato » (p. 79), tanto manifesta che il « macroantropos » amministrativo, che i giuristi hanno costruito forte e compatto nelle intenzioni, nella realtà è un'« amministrazione porosa » (p. 75), disponibile agli interessi più disparati.

Non stupisce allora che nel « perenne debito di statualità » — l'espressione è di Aldo Schiavone — che contrassegna il farsi italiano dello Stato, il grande progetto dell'unificazione, tante volte oggetto di microasestamenti legislativi, mai sia stato completato, né, tanto meno, riscritto, neppure al momento della frattura costituente. Come è sotto gli occhi di tutti il fatto che anche le trasformazioni, che si sono infittite in questi ultimi anni, raramente sono derivate da progetti consapevoli ed assai più di frequente sono state imposte da quella « virtù » che ci veniva richiesta dalle rigide compatibilità comunitarie.

Il pendolo di Cassese oscilla ora come chiave interpretativa della vicenda storica, ora come tentativo di decrittazione del presente e proprio in questa duplicità di approccio può essere individuato uno dei grandi meriti del lavoro.

Questo duplice angolo visuale ci conduce, infatti, e questa volta in modo conclusivo, ancora ai « dislivelli di statualità » ed ai modelli « alternativi » di *nation building* (p. 89): ci conduce, cioè, a quel piano comparativo sempre più indispensabile in vista di un'adeguata comprensione del presente, come del passato.

Inutile negare, tuttavia, che proprio il piano comparativo, tanto affascinante quanto imprescindibile, non è scevro di difficoltà. La misurazione dei dislivelli di statualità è tutt'altro che scontata ed è qui che l'invito di Cassese deve essere raccolto ed approfondito.

È ormai evidente che, nel frattempo, gli oleografici modelli comparativi ottocenteschi sono divenuti inservibili: l'*Happy Constitution* inglese dovrà pur fare i conti con le *noble lies* della *Rule of law* e del *selfgovernment*; il *Polizeistaat* germanico dovrà spogliarsi dell'enfasi nazionalistica di compiuto Stato amministrativo che gli è stata appiccicata a posteriori con l'Impero guglielmino; lo stesso centralismo francese dovrà misurarsi con una debolezza della classe dirigente che qualche similitudine pure presenta non solo con la vicenda delle nostre *élites* risorgimentali, ma con tutta la storia della borghesia e del liberalismo europeo.

Del resto, Lucien Febvre non aveva coniato, nel 1935, in una celebre voce *Stato* dell'*Encyclopédie Française*, l'immagine dello « Stato

catturato dall'economia » proprio per descrivere gli effetti delle prime internazionalizzazioni dell'economia alla fine dell'Ottocento?

Una dialettica tra forma e sostanza, tra pubblico e privato, tra debolezza del centro e forza delle periferie, in una parola, un intimo, profondo policentrismo, certo in modi e secondo equilibri e percorsi diversi, contraddistingue, lungo l'intero arco della vicenda, dalle origini premoderne agli approdi novecenteschi, tutti i percorsi occidentali di statualizzazione e proprio questo rende difficile un computo preciso dei « dislivelli di statualità » .

Le domande sulle peculiarità del caso italiano, sulla sua individualità ed i suoi debiti di statualità, restano interrogativi decisivi, ma forse non è escluso che se disponessimo di un comparatismo irrobustito da strumenti di misurazione più affidanti, il modello italiano potrebbe alla fine risultare un po' meno « anomalo » (p. 90) rispetto agli altri esempi europei. Così come non è escluso che anche le altre nazioni continentali arrivino a « condurre nell'Unione » (p. 91) qualcuna delle loro ambivalenze e qualche traccia dei loro *Sonderwege*.

BERNARDO SORDI

Una nuova edizione critica per il progetto costituzionale leopoldino.

Il progetto costituzionale leopoldino continua a riscuotere interesse tra gli storici di oltralpe. Dopo quasi un secolo dall'edizione pionieristica di Jacob Zimmermann (Heidelberg, 1901) e a distanza di oltre trent'anni dagli studi fondamentali di Adam Wandruszka, è ancora una studiosa di lingua tedesca, Gerda Graf, ad offrire un importante contributo alla conoscenza di questa peculiarissima vicenda di fine Settecento, con l'edizione di una redazione del progetto pressoché sconosciuta agli stessi specialisti (*Der Verfassungsentwurf aus dem Jahr 1787 des Granduca Pietro Leopoldo di Toscana. Edition und Übersetzung - das Verfassungsprojekt*, Berlin, Duncker und Humblot, 1998, pp. 315).

Per una volta non si è tornati a rovistare tra le carte raccolte in alcune celebri filze dell'Archivio di Stato di Firenze, ma fatto tesoro degli studi più recenti e della pregevole documentazione viennese, ci si è diretti, inseguendo il percorso delle carte private lorenese, prima a Salisburgo con l'unificazione italiana, poi a Karlsbad con lo scoppio della Prima guerra mondiale, verso lo *Státní Ústřední Archiv* di Praga, dalla cui sezione toscana erano già emersi in passato, grazie all'acribia di Arnaldo Salvestrini, i tre volumi leopoldini delle *Relazioni sul governo della Toscana*.

La scoperta archivistica, pur se specifica e settoriale, anche in questo caso è rilevante ed è merito della Graf averle dato il giusto risalto, grazie anche ad una ricostruzione dell'intera vicenda costituzionale attenta ed intelligente.

Si ha, intanto, una ulteriore conferma della robustezza della ripresa dei percorsi costituzionali a partire dal 1787, di cui era già noto ed indagato, nella complessità delle letture, delle annotazioni, degli aggiornamenti, il fitto colloquio tra il principe e Francesco Maria Gianni, intenso e a tutto tondo, sino alla partenza leopoldina per Vienna, il primo marzo 1790.

Il rinvenimento che la Graf ha fatto di una minuta del progetto risalente al 1787 è la migliore testimonianza della serietà di quella ripresa e di come si fosse in concreto avvicinata, negli ultimi anni del governo leopoldino in Toscana, la possibilità di arrivare ad una pubblicazione del progetto.

Qualche tassello è stato dunque aggiunto ad una documentazione d'archivio non sempre affidante ed esaustiva ed il progetto leopoldino ha acquistato qualche apertura di maggiore effettività. Certo, è ancora troppo poco per ribaltare del tutto il severo, ma realistico, giudizio di Mario Mirri (*Riflessioni su Toscana e Francia. Riforme e rivoluzione, in 1789 in Toscana. La Rivoluzione francese nel Granducato*, Cortona, 1990, p. 145): « il progetto non divenne mai l'occasione, o lo stimolo, per l'avvio di una coerente e forte iniziativa politica in vista di un nuovo assetto costituzionale, assunta da esponenti della classe dirigente toscana ». Quel progetto, anche quando i lavori nel 1787 ripresero, dopo la fase di avvio del 1779-82, rimase un affare più o meno personale di Pietro Leopoldo. E benché non fosse mancato un impegno anche importante — come dimostra l'odierna edizione — di revisione delle *Ordinazioni* e degli *Sbozzi*, predisposti quasi dieci anni prima, è difficile cancellare del tutto l'impressione di trovarsi di fronte ad un percorso di approfondimento delle tematiche costituzionali sostanzialmente individuale, anche se voracissimo, pieno di curiosità letterarie, ricco delle più insospettite aperture, sino al confronto lucido ed apertissimo con gli itinerari costituzionali avviati in Francia dalla Rivoluzione.

Il lavoro della Graf conferma la continuità e la serietà dell'ispirazione costituzionale leopoldina, anche se era forse lecito attendersi dall'autrice qualche maggiore indicazione sulle difficili continuità di quell'ispirazione nel biennio imperiale: un campo di ricerche ancora in attesa delle necessarie esplorazioni. Ma conferma pure che un'iniziativa politica di realizzazione del progetto accompagnò le ultime tappe del riformismo leopoldino in Toscana: i lavori preparatori della Leopoldina, innanzi tutto, al cui approdo finale del 30 novembre 1786 la minuta del 1787 faceva espresso riferimento (art. 27); la separazione tra Conto regio e Conto della Corona, avviatasi lungo una linea di pubblicità del rendiconto che muoveva dalla consapevole frequentazione del principe per il *Compte rendu* di Necker; i faticosi interventi, poi sostanzialmente mancati, di adeguamento della riforma comunitativa, dopo che questa, raggiunta nel 1786 l'antica Dominante dello Stato nuovo senese, aveva completato il suo lungo iter di formazione.

Tutte questioni che la Graf, in modo convincente (pp. 262-66), segnala come motivi di progressivo differimento del progetto ed insieme di suo aggiornamento, ora che le cause esterne, e prima fra tutte l'abolizione della secondogenitura toscana, che ne avevano in un primo tempo arrestato l'evoluzione, stavano venendo meno con l'aggravarsi dello stato di salute di Giuseppe II.

La lettura del volume ci offre quindi non pochi spunti inediti per riprendere in mano un capitolo fondamentale della delicatissima fase di transizione tra costituzione antica e costituzione nuova e per approfondirne, anche in chiave comparativa, le molteplici radici settecentesche: ora, verso la Francia di Turgot e più tardi delle assemblee provinciali; ora, verso quell'*Entwicklung zum Rechtsstaat* che gli itinerari di codificazione, sia pur con lentezza e non senza contraddizioni, anche in Austria e in Prussia iniziavano a dischiudere. Certo, un capitolo essenziale per capire lo stesso riformismo leopoldino ed in che modo la classe dirigente toscana — perché almeno Gianni quel progetto lo segue dall'inizio alla fine — interpretasse il proprio operato, di cui era estremamente consapevole, alla luce delle vicende politiche ed istituzionali che in Francia stavano ormai conducendo alla proclamazione del Terzo in Assemblea nazionale costituente.

Il progetto costituzionale, pensato non certo per proclamare una dichiarazione dei diritti, ma per salvare con l'identità toscana il patrimonio delle riforme, poteva così iniziare almeno ad alimentare quella tradizione leopoldina che impedisse, anche nel difficile ultimo decennio del secolo, in uno staterello inserito nell'orbita austriaca, di non smantellarne del tutto l'impianto innovativo.

BERNARDO SORDI

A proposito di...

GIAN MARIO BRAVO

A PROPOSITO DI COSTITUZIONE E DI COSTITUZIONALISMO

(intorno a *Le basi filosofiche del costituzionalismo*.
Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale)

1. L'argomento del « costituzionalismo », della discussione sulle radici e sulle leggi fondanti la società nella quale viviamo, è tema non solo cogente e impegnativo ma anche *à la mode*. È oggetto di tanta attenzione — politica, culturale, teorica — per la sua intrinseca importanza concettuale e perché il mondo politico nazionale, giudicato tutto d'un tratto obsoleto il passato, è stato ammaliato dal *nuovismo* nelle sue più variopinte manifestazioni.

L'asserzione potrebbe apparire paradossale ma è sostanziata da una sua specifica « verità ». Ove però, abbandonando ogni superficialità, si prenda in esame con intenti scientifici il dibattito sulle forme costituzionali, si constata che esso è radicato nel passato, nella storia delle idee e dei concetti, negli sviluppi istituzionali come negli avvenimenti che hanno coinvolto gli uomini viventi in comunità e gli Stati, a partire dal mondo classico — se ci si limita a considerare l'Occidente e le sue diramazioni — per giungere nell'imminenza del Terzo Millennio. Il che significa che i fondamenti *teorici*, o *filosofici*, sono ripercorribili nella vicenda intellettuale e nella vita dei popoli.

È possibile avanzare definizioni e valutazioni, esprimere vedute d'insieme, organizzare quadri istituzionali e costruire moduli interpretativi. Come invero hanno fatto Augusto Barbera e i suoi collaboratori, nello studio che rappresenta uno dei più approfonditi apporti al dibattito storico e teorico-politico degli ultimi anni e non a caso assume il titolo *Le basi filosofiche del costituzionalismo* ⁽¹⁾. Fornisce un commento storico e ideale della Costituzione italiana nei suoi principi fondanti, *prima, al di fuori e al di là* di ogni tentativo o velleità di « riforma »: la vaglia quindi

⁽¹⁾ *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, coordinati da Augusto Barbera e Gianfrancesco Zanetti, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, Editori Laterza, 1997. I contributi sono preceduti dal saggio introduttivo di A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, pp. 3-42. In appendice sono presentate parti essenziali di diverse Carte dei diritti e viene proposto un *Glossario minimo*, molto utile specie a uso didattico.

nella sua sostanza di Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino e perciò nella sua essenza universalista.

Gli autori-collaboratori sono di volta in volta costituzionalisti, storici del pensiero e delle istituzioni, filosofi politici e del diritto. Il testo si affianca a un'altra opera di grande respiro, non solo giuridico ma politico: il volume sullo *Stato della Costituzione*, coordinato da Guido Neppi Modona, i cui autori sono illustri costituzionalisti (o, come lo stesso Neppi, da tempo impegnati nel dibattito costituzionale e nelle istituzioni) (2).

Subito si trae una deduzione, utilizzabile nello stesso tempo nella ricerca e nella disamina politica. Alla luce della lettura proposta, la Costituzione risulta essere efficace, vitale e attuale. Verosimilmente, è da aggiornare e modificare in alcune sue singole parti o in talune singole affermazioni, tecniche e letterali. Ma è difficile immaginare una sua rimodellazione più che non su nuove « basi » su nuovi principi, a meno di non voler pensare a una regressione. Ammetto di avere un atteggiamento fortemente *conservatore*, se ci si riferisce a una lettura solo politica del testo. Ma credo anche che, proprio grazie alla ricostruzione articolata e organica offerta nei saggi, si possa avere una conferma dell'asserzione, con la sua convalidazione sul terreno della ricerca.

Analoghi argomenti sono stati discussi e ripensati in un seminario (1995), coordinato a Trento da Gustavo Gozzi e Pierangelo Schiera, su « Democrazia, diritti, costituzione »: hanno ottenuto un'edizione a stampa nella raccolta, di pari titolo, sui *Fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee* (3). È condivisibile la tesi di Gozzi che un'« adeguata teoria dell'odierna democrazia costituzionale » comporti l'affermazione e la realizzazione di una serie di « elementi » cruciali, coinvolgenti sia la relazione fra diritti dell'uomo e diritti fondamentali, sia il conflitto, « destinato a diventare sempre più dirompente » fra diritti dell'uomo e principio di maggioranza, sia la questione della legittimazione della giustizia e la sua connessione col potere legislativo e col sistema dei partiti, sia infine i problemi esistenti fra una « democrazia matura » e l'opinione pubblica, propri di un sistema costituzionale avanzato (4).

D'altra parte, quei principi hanno un ascendente nella storia non

(2) Alfonso DI GIOVINE, Mario DOGLIANI, Leopoldo ELIA, Massimo LUCIANI, Guido NEPPI MODONA, Francesco PIZZETTI, Stefano SICARDI, Gustavo ZAGREBELSKY, *Stato della Costituzione. Principi, regole, equilibri. Le ragioni della storia, i compiti di oggi*, a cura di G. Neppi Modona, Milano, Il Saggiatore, 1995.

(3) Cfr. *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, Il Mulino, 1997 (con contributi, oltre che di Schiera e di Gozzi, di Horst Dreier, Gregorio Arena, Erhard Denninger, Jörg Luther, Umberto Allegretti, Francesco Belvisi, A. Barbera, Pietro Costa, Giorgio Bongiovanni, Dian Schefold, Pier Paolo Portinaro, Ingeborg Maus).

(4) G. GOZZI, *Considerazioni introduttive per una teoria costituzionale della democrazia*, in *Democrazia, diritti, costituzione*, cit., p. 16.

solo costituzionale ma tanto ideale e del pensiero che *événementielle* e sono stati sviluppati lungo dibattiti secolari, avendo ottenuto una « realizzazione » — non la « prima », ma certamente la più coerente e conseguente — nei primordi della rivoluzione francese. Come a suo tempo aveva mostrato Armando Saitta nelle sue raccolte e nei suoi commenti delle « Carte » dei diritti francesi ⁽⁵⁾ e come, ad esempio, dimostra il caso dell'abate Sieyès, oggetto di ripetuti e originali studi, che lo pongono in collegamento-contrasto con la dimensione antirivoluzionaria della « Gloriosa conservazione » inglese (cioè, con Edmund Burke) ⁽⁶⁾. Altro è invece il caso della sofferta elaborazione e della « pratica » costituzionale promossa da Robespierre. Come già qualche anno fa aveva intuito e attestato Anna Maria Battista, quando aveva raccolto gli scritti sulla democrazia del rivoluzionario anteriori al 1791. In quella società « iniziale » la democrazia, la « libertà umana » nell'ambito della comunità civile e l'esercizio da parte dei « cittadini » di « un potere di incidenza effettivo e non già meramente verbale in seno alla grande macchina del potere » avevano configurato il collegamento, radicale e sovvertitore dell'« antico ordine », fra il « potere del popolo » e la sua trasposizione pratica ⁽⁷⁾.

2. Struttura e impianto delle *Basi filosofiche del costituzionalismo* sono organici e « affascinanti ». È questa un'affermazione non consueta, allorché si parla di un libro di dibattito dottrinale, di storia del pensiero istituzionale, di filosofia politica e giuridica, che dichiara d'aver — e ha — finalità essenzialmente formativo-informative e didattiche ⁽⁸⁾. In esso è presentato il commento sistematico degli articoli fondanti della Costituzione italiana, che richiamano nella lettera e nello spirito *la* (o *una*) Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino. Ne risulta uno studio, nella sua globalità e nelle singole partizioni, non soltanto giuridico né solo teorico né unicamente storico, ma, appunto, *politico*: si potrebbe scrivere *Politico* con la *P* maiuscola. È un « commento » che va ben al di là della Costituzione nazionale e della sua esistenza nell'intera seconda metà del secolo XX. È invece universale e universalista e si rapporta alla generale dimensione del dibattito politico nell'età moderna e contemporanea, prendendo le mosse da lontano.

⁽⁵⁾ Armando SAITTA, *Costituenti e costituzioni nella Francia rivoluzionaria e liberale*, Milano, Giuffrè, 1975.

⁽⁶⁾ Luigi COMPAGNA, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1998. Fra diversi testi di Pasquale PASQUINO, cfr. *Il pensiero di Sieyès*, in J.-E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. I.

⁽⁷⁾ Maximilien ROBESPIERRE, *I principi della democrazia. Discorsi all'Assemblea Costituente francese (1789-1791)*, a cura di Anna Maria Battista, Pescara, 1983: ristampa a cura di Luciano Russi, Chieti, 1989, e nuova edizione, predisposta sulla base delle precedenti, da Bruna Consarelli, Padova, Cedam, 1997.

⁽⁸⁾ A. BARBERA, *Presentazione*, cit., pp. V-VII.

Propongo alcune osservazioni, metodologiche e sul contenuto. Una prima annotazione. Gli autori tradizionalisti e controrivoluzionari, gli ultrareazionari operanti a cavallo fra Sette e Ottocento e così via — teorici dal pensiero rigoglioso, legittimisti, amanti dell'antico regime e ultramontani ⁽⁹⁾ — avrebbero contestato proprio il richiamo alle *basi filosofiche*. Avrebbero cioè sollevato obiezioni sul titolo del volume e sull'intero suo contenuto, per il suo costante riferimento alle astrazioni concettuali — connesse al corso della storia — quali fonti centrali se non esclusive sia del processo rivoluzionario francese sia della vicenda parallela e susseguente di affermazione della democrazia.

Con ciò, emerge che dal testo sono implicitamente e il più spesso esplicitamente respinte tutte le opzioni interpretative del revisionismo storiografico, che possiamo far partire da Burke per giungere, passando attraverso l'ultramontanesimo, il romanticismo e l'irrazionalismo con i loro multicolori eredi fino a François Furet ⁽¹⁰⁾. Queste basi sono invece ricomprese sia nella tradizione rivoluzionaria (1689-1789-1848) sia in quella illuminista e utilitarista sia in quella successiva, legata alla dimensione sociale, portato storico della rivoluzione industriale e risultato del presentarsi come primattore sulla scena della storia di un nuovo interlocutore: il mondo del lavoro (che assume presto la veste del movimento operaio). Ma non può neanche esser escluso il rapporto dialettico con una sezione consistente della tradizione cristiana, nelle sue componenti sociali e solidariste, proprie sia del mondo protestante sia di settori critici del cattolicesimo, in radicale evoluzione e trasformazione a partire dall'Ottocento per coprire poi l'intero nuovo secolo.

Barbera individua la duplice matrice delle « ispirazioni » giacobina e anglosassone che, con i loro ascendenti e discendenti — da Machiavelli a Bodin per passare a Rousseau indi alla liberal-democrazia e giungere magari fino a Lenin —, hanno contraddistinto lo Stato moderno e ne hanno fornito una « giustificazione razionale », con riferi-

⁽⁹⁾ Si tratta di pensatori ripetutamente oggetto di studi e di riflessione: di essi Carlo GALLI ha proposto alcuni anni or sono un'ottima silloge, *I controrivoluzionari. Antologia di scritti politici*, Bologna, Il Mulino, 1981, facente seguito a quella parimenti valida di Luigi MARINO, *La filosofia della Restaurazione*, Torino, Loescher, 1978; li troviamo tradotti nei « Classici politici » dell'UTET (così avviene con Carl Ludwig von HALLER, *La restaurazione della scienza politica*, a cura di M. Sancipriano, Torino, 1963-1976, 2 voll., e con Edmund BURKE, *Scritti politici*, a cura di A. Martellone, Torino, 1963). Costante attenzione hanno suscitato nella più recente storiografia politica: cfr. a titolo esemplificativo Furio DIAZ, *Il pensiero controrivoluzionario*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da Luigi Firpo, Torino, UTET, 1975, vol. IV/2; V. PETYX, *I selvaggi in Europa. La Francia rivoluzionaria di Maistre e Bonald*, Napoli, Bibliopolis, 1987; Sandro CHIGNOLA, *Società e costituzione. Teologia e politica nel sistema di Bonald*, Milano, Franco Angeli, 1993, L. MARINO, *Praeceptores Germaniae. Göttingen 1770-1820*, Göttinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.

⁽¹⁰⁾ Ne propone un'attenta ricostruzione L. COMPAGNA, nel cit. *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*.

mento all'« autonomia della sfera politica » e al « concetto di sovranità »⁽¹¹⁾.

Ci fu e c'è contrapposizione fra « momento liberale » e « momento democratico ». Ma anche ci furono e ci sono collegamenti, nelle epoche più recenti, con l'evoluzione dello Stato/nazione e poi dello Stato sovranazionale e con l'assunzione in essi dei diritti di cittadinanza. O, per usare le parole di Barbera⁽¹²⁾: « L'idea-forza della cittadinanza ha una capacità espansiva. [...] Il tentativo del costituzionalismo contemporaneo sarà quello di estendere i diritti sociali come condizione per l'acquisizione di una piena cittadinanza ».

E, nel quadro delle « tre nuove frontiere del costituzionalismo », rispetto alla « comunicazione politica » e alle « suggestioni giusnaturaliste » offerte specie nella seconda metà del Novecento dal diritto internazionale, continuano a esser determinanti e a prevalere i « diritti sociali »⁽¹³⁾.

È corretto, dopo McLuhan e osservando l'evoluzione delle società di massa — di nuovo, a far capo dalla fine dell'Ottocento e dalle note riflessioni sulla « psicologia delle masse » e sull'influsso dei nuovi strumenti dell'informazione sui comportamenti collettivi —, mettere in luce l'attenzione costituzionale che essi hanno sollecitato e comportano. Altrettanto vale per quanto concerne l'ordine internazionale e i suoi possibili e verificabili condizionamenti e la sua regolamentazione, tramite assetti che possono andare al di là degli antichi e antiquati egoismi nazionalisti e regionalisti, o addirittura cantonalisti. Continua tuttavia a esser incombente un fatto. L'*ordine*, seppur ricoperto da un manto di democrazia superiore, è ed è sempre stato (non vuol essere questa un'asserzione di machiavellismo d'accatto ma solo una visione realistica) quello imposto dai *vincitori*, siano essi, di volta in volta, i prussiani dell'età bismarckiana o gli inglesi imperialisti nella politica coloniale o i sovietici staliniani nella costruzione del « socialismo in un solo paese », con i gulag e le repressioni di massa; oppure, anche, i sognatori utopisti alla Wilson o ancor sempre i portatori del verbo liberal-democratico dopo il '45, che insieme alle riconquistate libertà e indipendenza inventano le distruzioni inutili di Dresda, di Hiroshima e Nagasaki, Norimberga, le stragi d'Algeria o d'Indonesia o del Viet-Nam o della guerra del Golfo. E oggi, insieme alla libertà, rendono egemone anche l'arida e iniqua società del liberismo, assolutista e anarchizzante nello stesso tempo.

Come già fu proprio della tradizione socialista e socialdemocratica ottocentesca ed è connaturato alla storia dei popoli progrediti nel « fosco fin del secolo morente » (per utilizzare i versi di un popolare

⁽¹¹⁾ Cfr. il saggio introduttivo di A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, pp. 5-13.

⁽¹²⁾ *Ivi*, pp. 18 e 23-25.

⁽¹³⁾ *Ivi*, pp. 32-41.

canto anarchico ormai centenario), i « diritti sociali » continuano a esser la base ma anche il simbolo, il modello della società nata dalla prima rivoluzione industriale e sviluppatasi nei successivi processi di modernizzazione, fondata su un sistema di leggi certe e di procedure consolidate, germinate dalle « leggi di libertà » e loro imprescindibile prodotto e conseguenza. Nella costruzione socio-politica e istituzionale contemporanea, lo Stato sociale è diventato la conquista più incisiva e aperta, anzi, simbolo e indice della « società *aperta* »: in esso si sono conciliate e si rapportano quelle « tradizioni » — uso il sostantivo consapevolmente ripetuto dagli autori nel volume di Barbera — che, partendo dalla modernità e dalle « grandi » rivoluzioni storiche e concettuali, hanno condotto all'accettazione del lavoro « come modalità fondamentale » dell'esistenza umana e, grazie al poderoso dibattito e al parallelo impulso organizzativo, legati alla « tradizione socialista », « dalla lotta contro il lavoro alienato » hanno concretato il « diritto al lavoro » (14).

È un tema centrale e insuperato nella dimensione della società industriale: basti pensare alla discussione sollevata da Louis Blanc con l'*Organizzazione del lavoro* (15) fin dal 1839 e poi periodicamente rinnovata. Sono comprese in questa visione sia la problematica cristiana (forse meglio, protocristiana) sia quella socialista più matura, specie nella continua trasposizione dal « diritto al lavoro » al « dovere del lavoro » e viceversa, cioè nel passaggio dalla conquista del lavoro alla sua utilizzazione sociale. Al presente, esso viene inteso essenzialmente come « diritto » rapportato alla « cittadinanza » e presupposto per essa: ecco perché *non* si ha Stato « moderno », sviluppato, equo, « sociale » appunto, senza la piena occupazione. Quest'ultima non può venir rinviata a un futuro lontano ed esser legata a un profitto preventivamente accumulato da piccole minoranze. È ribadito in più occasioni nell'opera discussa: non si è « cittadini », titolari di diritti di libertà, senza la condizione preliminare del lavoro. Anzi, uno Stato e una società sono da considerarsi moderni ed evoluti soltanto se il lavoro è, nella sua sostanzialità, un diritto-dovere, tale da esser protetto dalle norme del diritto e dell'etica e se, secondo la lettera della Costituzione, la società è « modellata » sul lavoro.

Insomma, lo Stato sociale — pur nel rifiuto delle degenerazioni d'esso, all'Est prima del 1989 e nel nostro mondo democratico — risulta essere la prima e massima rappresentazione della « realizzazione » della democrazia. Mi sia permesso usare il termine « realizzazione » (o « democrazia reale »), tanto inquinato sia dalla vicenda e dallo sfascio della società sovietica sia anche da quella che un umanista e socialista dei nostri tempi, Riccardo Bauer, con tonalità salveminiiana ed

(14) Luca BACCELLI, *Lavoro*, cit., pp. 152-161.

(15) Louis BLANC, *Organisation du travail*, Parigi, Prévot, 1839.

einaudiana definì la « politica politicante » (16). Il presente non prefigura dunque la « fine della società del lavoro » (Bacelli) e ancor meno l'« abbandono dell'etica del lavoro » (Jürgen Habermas), bensì il progetto dell'« edificazione » (altra parola screditata ma da rivalutare in chiave di democrazia sociale) di una nuova socialità democratica. Quest'ultima è stata voluta e imposta, talora con strategie e dinamiche coattive, dalla tradizione che, almeno per il mondo occidentale, fu ed è legata più che non alla politica e alla dimensione degli Stati, alla politica e alla dimensione assunta in essi da quell'entità complessa e organica, sociale, economica e culturale, che genericamente e con locuzione inadeguata viene definita « movimento operaio ». Sono dunque convincenti le conclusioni di Bacelli nel saggio sul *Lavoro*, quand'egli, richiamando la Costituzione, ricupera il « ritorno » a Marx e alla sua visione del « tempo libero » come « vera ricchezza » (17): « Proprio per questo la centralità costituzionale del lavoro — in quanto fonte di reddito e in quanto mezzo di sviluppo della personalità — addita alla Repubblica un programma tutt'altro che irrilevante ».

Si può aggiungere che, secondo Marx (*Il Capitale*, Libro III), per l'uomo il regno « della libertà » non può non accompagnarsi all'affrancamento dal regno « della necessità ».

3. L'impianto delle *Basi filosofiche del costituzionalismo* è dunque tutt'affatto originale. Di ciascuna voce sono individuati i riferimenti al presente costituzionale, nel loro rapporto con la storia: anzi, com'è analiticamente comprovato, con le diverse « tradizioni » politico-culturali e teorico-istituzionali, dal mondo classico passando attraverso la riflessione ebraico-cristiana per pervenire poi alla fondazione — cioè, al dibattito concorrente alla nascita e alla successiva istituzione, rivoluzionaria e ideale — dello Stato democratico. Le strutture dei saggi sono omogenee ed è percepibile la guida sicura nella predisposizione dei testi, lungo canovacci univoci, che si differenziano per sostanza e contenuti ma non per il metodo interpretativo, offrendo congiuntamente una visione unitaria (18).

Zanetti, prendendo le mosse dalla concezione dello « Stato organico » della tradizione classica, in *Eguaglianza*, seguendo un'elaborazione plurisecolare e considerando sia le visioni egualitarie — da

(16) Riccardo BAUER, *Un progetto di democrazia*, a cura di Arturo Colombo, Bologna, Il Mulino, 1996, *passim*.

(17) L. BACCELLI, *Lavoro*, cit., p. 165.

(18) Cfr. Gianfranco ZANETTI, *Eguaglianza*, pp. 43-66; G. BONGIOVANNI, *Diritti inviolabili e libertà*, pp. 67-92; Alessandra FACCHI, *Popolo*, pp. 93-116; F. BELVISI, *Cittadinanza*, pp. 116-144; L. BACCELLI, *Lavoro*, pp. 145-166; Carla FARALLI, *Stato*, pp. 167-192; Mario TROMBINO, *Sovranità*, pp. 193-214; G. BONGIOVANNI-G. GOZZI, *Democrazia*, pp. 215-249. Tutti i saggi sono seguiti da una bibliografia essenziale, d'uso immediato, in italiano.

Rousseau a Marx — sia quelle antiegalitarie (Gobineau) sia soprattutto quelle che preannunciano la necessità di circoscrivere, o ridurre, l'eguaglianza (da Tocqueville a Nietzsche), si rannoda infine alle tesi di Rawls sulla « posizione originaria » e sul « principio di differenza », operanti nella visione della giustizia sociale del neocontrattualismo. Nei *Diritti inviolabili e libertà* (a commento della art. 2 della Costituzione), Bongiovanni segue l'evoluzione delle teorie e delle pratiche legate al « primato della legge sul potere politico », affronta quindi il tema dirimente dei « limiti » del potere — del sovrano, del principe, del popolo —; perviene poi alla determinazione dei « diritti del Novecento » con una definizione ravvicinabile alla rappresentazione del « diritto mite », dove la « libertà » è coniugata alla « giustizia » e queste a loro volta sono connesse sì a una visione individuale ma anche a « una ragione, un ordine, una legge universale »⁽¹⁹⁾. Scrive Bongiovanni: « I diritti che si sono affermati nel Novecento sono schematizzabili, anche rispetto al loro sviluppo storico, in tre gruppi fondamentali che sintetizzano la dialettica tra autorità e libertà: autonomia del singolo e divieto di interferenza da parte dell'autorità politica (libertà personale, diritti civili e di libertà); autodeterminazione del singolo nella sfera pubblica (libertà politica, diritti politici); obblighi di prestazione da parte dell'autorità politica (libertà dal bisogno, diritti sociali) ».

Ancora una volta, viene annunciato l'obiettivo della costruzione del *Welfare State*, chiaro negli intenti dei costituenti italiani e proprio della tradizione democratica dell'Europa del Novecento: o anche dell'Ottocento, si potrebbe aggiungere con richiamo alla visione del socialismo della Seconda Internazionale, ispirantesi all'« ortodossia » marxista.

Le voci *Popolo* di Alessandra Facchi e *Sovranità* di Trombino sono collegabili e da leggersi abbinare, sebbene il concetto di popolo non abbia « significato univoco » e presenti formulazioni diverse a seconda che sia rapportato alla storia delle idee o a quella dei fatti (così Facchi), mentre quello di sovranità è correlato alla nascita dello Stato moderno. Esso ha notoriamente la sua prima esaustiva illustrazione in Bodin con riferimento al potere assoluto, poi in Locke e in Montesquieu per la separazione dei poteri e in tutta la successiva tradizione democratica, a partire da Rousseau, fino alla determinazione, non soltanto ideale ma nei fatti, dello Stato di diritto, con i soli limiti frapposti alla « sovranità esterna » dalle logiche nazionaliste e dello Stato-potenza (così Trombino). Nella storia, nella periodizzazione medio-lunga che parte dal medioevo per pervenire alle attuali sensibilità per le identità collettive, è certo più stimolante la ricerca sull'evolversi della concezione e (avendo quale mentore Montesquieu) della stessa « natura » del popolo. Nell'antichità il popolo — ricostruisce Facchi — viene visto come

(19) GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

« unità normativa complessa » (*demos, populus romanus*), indi assume la configurazione di « soggetto politico » rapportato all'esercizio della sovranità nella società medievale, per conseguire poi, tramite il « patto », la funzione soggettiva di « interlocutore » del potere esercitato dal sovrano. Nell'età dello Stato di diritto il concetto si articola e si scompone. Certamente, la « classe popolare » è il fondamento della nazione e il popolo assume caratteri socio-economici e insieme politico-spirituali, mentre, nella tradizione giuspositivista, è riproposta la cittadinanza quale « fondamento giuridico del popolo » (Facchi).

In effetti, sono omessi alcuni anelli nel discorso. Il popolo della ragione illuminista non è la plebe né, tanto meno, la plebaglia, che pur del popolo fanno parte. Né il popolo, così come viene ricostruito nelle diverse « tradizioni », ha molto a che fare con il concetto di « classe », sia essa quella « universale » del Marx del 1843 o quella « operaia » della tradizione socialista inglese o quella « proletaria » della tradizione comunista tedesca (accolte da Marx con serrata criticità); né ha molto a che fare con i « produttori », gli *industriels* di Saint-Simon o di Proudhon e poi di Sorel o, nello stesso contesto ma in tutt'altra ottica, di Comte e del positivismo ottocentesco, che tante e profonde tracce hanno segnato nella cultura politica. Sono alcuni quesiti, che non trovano una risposta: ma questa verosimilmente non era negli intenti degli studiosi che si sono accinti all'impresa. Restano però quali interrogativi concettuali. Eppure, a essi non ci si può sottrarre, come anche dimostra il menzionato saggio di Baccelli sul *Lavoro*.

Idealmente e metodologicamente connesse fra loro sono le voci *Cittadinanza*, di Belvisi, *Stato*, di Carla Faralli e *Democrazia* di Bongiovanni e Gozzi. Le « tradizioni » della cittadinanza — attraverso gli autori, gli interpreti, le correnti comuni — portano alla conclusione che essa si è formata nello Stato grazie alla democrazia ma è venuta assumendo viepiù una dimensione cosmopolita. Nella *Questione ebraica*, Marx aveva scoperto tale dimensione ed era giunto alla conclusione della profonda e radicale differenza fra l'« emancipazione politica » — propria delle Carte dei Diritti americane e francesi — e l'« emancipazione umana »: intento di emancipazione non solo economica ma universale e comportante anche una possibile limitazione di diritti — quelli di proprietà — nella prospettiva dell'allargamento dei « diritti di libertà ».

La libertà è intesa quale un diritto, il più elevato fra i diritti dell'uomo e l'unico che conduca all'affrancamento dell'individuo non dal solo bisogno ma alla sua liberazione dalle « catene » del passato servile. Marx recepì l'impulso più incisivo della tradizione rivoluzionaria e tentò anche di risolvere il problema dell'utopia, almeno sul piano intellettuale: l'utopia intesa come libertà totale che, per il suo conseguimento, avrebbe potuto comportare la coercizione. Il che d'altra parte era stato sancito dalla tradizione rivoluzionaria, e non soltanto da

quella giacobina: si pensi alla visione della « dittatura costituente » di Sieyès ⁽²⁰⁾. I discepoli e seguaci di Marx fallirono perché l'utopia cercarono di costruirla *nello* Stato. Questo dunque non poteva più esser liberale ma avrebbe dovuto esser democratico. Il risultato fu invece il ritorno allo Stato assoluto, perché riferito non al « popolo » o alla classe universale, cioè alla democrazia, ma alla contingenza dell'esercizio del potere, nel nome di un realismo politico più consono alle analisi di Ranke che non alla visione marxiana.

Di sicuro, lo Stato contemporaneo pone problemi più complessi e ardui di quanto Marx e i marxisti, nella loro « teoria dello Stato », avessero supposto: teoria che, come ha mostrato Danilo Zolo qualche lustro fa, pur fu *forte*, benché a suo tempo Bobbio l'avesse dichiarata inesistente o almeno insufficiente (Bobbio parlò invece di teoria marxista « della conquista del potere » nello Stato) ⁽²¹⁾. Ma allora, perché non richiamare direttamente Weber — non soltanto quale studioso e teorico delle burocrazie — e non rammentare che lo Stato minimo è « invenzione » con radici lontane nel tempo — da von Humboldt a Godwin a Stirner a tutte le correnti anarchiche o anarchizzanti a cavallo tra fine Settecento e prima metà dell'Ottocento — ma che la sua traduzione nella pratica amministrativa e di governo ha nei fatti comportato la presenza di apparati istituzionali e di meccanismi burocratici sempre più rigidi, massicci e autoritari, determinati dal crescere del potere economico e dalla sua militarizzazione. Se Marx fu impreciso e contorto nel parlare di « sovrastruttura » a proposito dello Stato, non meno incerti e vacui furono i primi teorizzatori coevi dello Stato contemporaneo. Infatti, anch'essi si sono più occupati di classi — dirigenti, politiche, sistemi e così via — che non di macchina dello Stato. Per la quale valgono ancora le considerazioni — poco storiche e fondate sui fatti, invero, e molto utopizzanti — proposte da Marx in occasione della Comune di Parigi, sulla forma dello Stato quale « autogoverno dei produttori ».

Il quadro unitario e di coesione dell'intera ricerca è riassunto nel saggio sulla *Democrazia*, richiamante l'art. 1 della Costituzione italiana sulla « Repubblica democratica fondata sul lavoro ». Come nelle altre voci, gli autori seguono l'articolata e differenziata vicenda politico-concettuale della democrazia, « potere del popolo » colla libertà « fondata sull'eguaglianza », per esaltare poi la tradizione repubblicana, legata alla « virtù », passare a quella contrattualista e poi a quella rivoluzionaria e costituzionale. Il secolo XIX celebra il trionfo e denuncia i limiti della democrazia liberale, socialista, rappresentativa; mentre essa nel Novecento diventa, nella sua essenza, prevalentemente proce-

⁽²⁰⁾ Rinvio di nuovo al cit. volume di L. COMPAGNA.

⁽²¹⁾ Cfr. la vasta silloge curata da Danilo ZOLO, *I marxisti e lo Stato. Dai classici ai contemporanei*, Milano, Il Saggiatore, 1977, e il « classico » di Noberto BOBBIO, *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Torino, Einaudi, 1976.

dura, che consente l'affermazione della tolleranza, dei diritti delle minoranze, della manifestazione delle libertà di parola, di stampa, di associazione. Nel nuovo secolo si consolidano le teorie dell'élitismo democratico, cui si oppongono quelle costituzionali della democrazia, e gli autori più acuti e sensibili — fra essi, Schumpeter, Dahl, Bobbio — tendono a mettere in luce la « dialettica politica » della democrazia, eretta sui principi costituzionali.

Bongiovanni e Gozzi affrontano in termini squisitamente politici il nodo centrale delle « basi filosofiche » del costituzionalismo ⁽²²⁾. Accentuano il nesso non accantonabile fra democrazia e libertà, coll'immagine di una democrazia che si sostanzia nella società, *si realizza*. Tornano allora palesemente in primo piano i problemi centrali in tutti gli interventi. Così accade per il rapporto con l'eguaglianza e la questione del « diritto diseguale », per il collegamento collo sviluppo — economico, sociale ma anche culturale —, per la consapevolezza della cittadinanza e della società dei diritti, a essa collegata, traducendosi sia in democrazia politica sia in democrazia economica: ad esempio, in quella « democrazia industriale », che tanta parte ha avuto nella vicenda del socialismo, specie anglosassone.

4. Nel contesto sopra descritto, mancano in effetti alcune voci che avrebbero potuto esser rese in modo autonomo, a se stante: nella Costituzione trovano riscontri letterali o indiretti e hanno goduto di molta attenzione nei « dizionari » di politica più che non nei manuali di storia dei concetti giuridici. Si sfoglino alcuni testi recenti — fra i molti disponibili — in lingue occidentali, dall'ormai classico *Dizionario di politica*, curato da Bobbio, Matteucci e Pasquino, al « cattolico » *Dizionario delle idee politiche* di Berti e Campanini, alla *Enciclopedia del pensiero politico* (*Blackwell*), curata da un complesso di editori guidati da David Miller, per giungere alla tedesca e marxista *Enciclopedia europea di filosofia e scienze*, coordinata da Sandkühler, non scordando la meritoria e tuttora vitale *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da Firpo ⁽²³⁾, per giungere a molte altre pubblicazioni scientifiche, didattiche, d'informazione politica e culturale di vasto respiro. Si vedono allora emergere termini e concetti della « politica », sempre rapportabili per metodo e contenuto alle « basi filosofiche del

(22) G. BONGIOVANNI-G. GOZZI, *Democrazia*, cit., pp. 244-247.

(23) *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, cit., diretta da L. Firpo, 1972-1987, 8 voll.; *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Milano, TEA, 1990 (la prima ediz. UTET risale al 1976); *The Blackwell Encyclopaedia of Political Thought*, a cura di David Miller, Janet Coleman, William Connolly, Alan Ryan, Oxford, Blackwell, 1991 (la prima ediz. è del 1987); *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, a cura di Hans-Jörg Sandkühler, Amburgo, F. Meiner, 1990, 4 voll.; *Dizionario delle idee politiche*, diretto da Enrico Berti e Giorgio Campanini, Roma, Ed. AVE, 1993.

costituzionalismo ». Esse possono sì essere quelle consuete e « classiche », legate alla tradizione delle forme di governo, ma più sovente sono quelle specifiche di una letteratura plurisecolare, politico-filosofica più che non politico-giuridica. Vanno da « potere » e « poteri » a « garanzia », da « solidarietà » a « solidarismo », da « nazione-nazionalismi-nazionalità » a « patria » (*Heimat* e *Vaterland*), da « federazione » a « federalismo » per giungere alle voci riassumibili sotto le dizioni « istruzione », « formazione », « cultura », e passare poi alla considerazione delle « classi », sia in chiave élitista (« dirigenti », « dominanti », « politiche ») sia in chiave di classismo tradizionale (classi sociali, subalterne, « proletariato », classe « operaia », ecc.). Numerose voci, fra esse, sono ricomprese *all'interno* dei saggi della silloge di Barbera. Altre sono accolte implicitamente più che non esplicitamente elaborate. Il che fa giungere a una conclusione generale e metodologica, tal da far sollevare qualche obiezione disciplinare ma che ha un senso e una sua generale validità.

Sollevo allora un'osservazione, accademicamente forse contestabile ma accettabile nel momento della ricerca: la storia del pensiero giuridico non è del tutto produttiva se non viene strettamente congiunta sia al dibattito politico sia alla storia politica delle idee e delle dottrine sia alla vicenda delle istituzioni — politiche, amministrative, socio-economiche — sia infine alla filosofia politica, che, preliminarmente o sulla base di esperienze fattuali, ha fornito e dà la chiave interpretativa dei fatti.

Infine, dopo aver descritto e commentato il volume sulle *Basi filosofiche*, avanzo un'istanza critica. Che non intende indirizzare uno o più appunti al curatore e agli autori. Ma rappresenta invece una sorta di *autocritica* (utilizzo un termine ovvio e abusato) per tutto il *nostro* modo — scientifico e politico-teorico — di affrontare eventi, concezioni, modelli nella loro trasposizione storica. Noi tutti — salvo rare ed encomiabili eccezioni — siamo sempre stati eurocentrici o (con un brutto neologismo) *occidentalocentrici*. Scordando nei lavori che alla nostra prospettiva, cioè alla dimensione della nostra *Civilisation*, della nostra *Kultur*, furono e vengono sottratte svariate e multiformi realtà storiche, culturali, spirituali, economiche, politiche, istituzionali, religiose, morali. Dopo Montesquieu e Rousseau e le loro visioni universali, i nostri orizzonti si sono ristretti e abbiamo fatto del *nostro mondo* il *mondo in sé*. Per cui, sovente sono sfuggiti all'attenzione e quindi al nostro controllo il mondo orientale e la sua vicenda storica. Solo quando si sono ribellati i popoli « coloniali » abbiamo avuto la percezione del colonialismo e dell'imperialismo, neanche abbiamo capito, prima della caduta e dello sfacelo, il sistema sovietico, esaltato da taluni esecrato da altri ma nella sua effettività sconosciuto ai più e invece, probabilmente, rientrante nella dimensione montesquieuiana del dispotismo orientale, e così via. Con una battuta, posso asserire che, dopo la

lettura in chiave di « fisica sociale » di Montesquieu, raramente si sono avute valutazioni dei sistemi, dei modelli e delle forme di pensiero *non* europei che non siano stati eurocentrici o, di nuovo, *occidentaloentrici*.

Ma — è questo l'interrogativo retorico — la storia universale, così come letta da Kant o da Hegel, *non* continua a esser l'*unica* degna d'essere conosciuta? E quanto conta, oggi, l'occidente nel contesto mondiale, o universale? Ecco dunque la necessità, o almeno l'opportunità, non di rilanciare un vano e ormai sorpassato terzomondismo o ancor meno di appellarsi a forme di internazionalismo o di sovranazionalismo culturali e spirituali, che risulterebbero lontane dall'attualità e prive di forza di incidenza sul dibattito. Nemmeno ha senso richiamare la globalizzazione e la mondializzazione dei sistemi, con concetti che nelle loro genericità e confusioni sono sicuramente banalizzanti. Ma, in quest'epoca di sicuro « declino dello Stato » — richiamo un opuscolo del 1923 del liberal-democratico Robert de Jouvenel (fratello del più noto Bernard), *Feu l'Etat* ⁽²⁴⁾ — val la pena rilanciare, al di là di ipotesi dirigiste o statolatriche, proprio quello « Stato », anzi, lo Stato di diritto e lo Stato di tutti, lo Stato sociale. Concepito anche in Italia dalla Costituzione del '48. Le cui peculiarità sono state acutamente analizzate dagli studiosi adunati da Barrera. I loro saggi convergenti hanno fornito la ricostruzione storico-teorica dei fondamenti costituzionali e della loro applicazione nel sistema concreto e non immaginario dello Stato unitario italiano.

(24) Robert DE JOUVENEL, *Feu l'Etat. Lo Stato che declina*, a cura di Emanuele Bruzzone, con postfazione di Filippo Barbano, Torino, Il Segnalibro, 1998.

ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

SOBRE EPISTEMOLOGÍA Y TRADICIONES JURÍDICAS

(a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand)

1. Pierre Legrand diserta espléndidamente en Cambridge sobre la recíproca inasequibilidad epistemológica entre *civil law* y *common law* ⁽¹⁾. No obstante, su tesis parece ciertamente exagerada, y la hipóbole es señal ambigua de lo cierto y de lo falso, a un solo y contradictorio tiempo; el mismo Legrand da la clave para este juicio cuando plantea la cuestión en términos de categorías de pensamiento cognoscitivo. Para él, la citada incomunicabilidad no es sino consecuencia de la notoria oposición entre particularismo y universalismo gnoscológico, adeudando el primero a la aproximación a la realidad jurídica por parte del *common law*; por contra, el *civil law* tendería a un acercamiento a través de categorías generales y abstractas, mas propias del segundo. Como es lógico, sería vana pretensión que en este sumario apunte se profundizara sobre tal distinción-oposición. Pero cabe opinar. Es obvio que solamente el infinito conjunto de los detalles componen la realidad. Pero no es menos cierto que pensar la realidad, o simplemente pensar, es clasificar y distinguir, y por eso es siempre abstraer. Una exhaustiva memoria de todas las cosas en su concreta particularidad, como los recuerdos de Funes en el cuento borgiano ⁽²⁾,

⁽¹⁾ *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, traducción italiana de Giovanna Savorani, en *Politica del Diritto*, XXVII (1), marzo 1997, pp. 3-27. « Per il giurista di *civil law* un primo passo deve essere quello di superare l'illusione di conoscere e comprendere il *common law* », « ...*civil law* y *common law* costituiscono due epistemologie fondamentalmente e irriducibilmente diverse... », son frases conclusivas de Legrand (p. 22) , que expresan con claridad absoluta el fondo de su discurso.

⁽²⁾ Legrand, para ilustrar el diverso modo de captar la realidad por otras culturas o mentalidades, trae en causa, con sutil y agudo humor, al genial argentino, al referir que Kuhn, interesándose por la mitología comparada, encontró en una enciclopedia china unas (para nosotros) incompletas, fragmentarias y arbitrarias categorías en que se dividían los animales. De este ejemplo clasificatorio y de otros de igual laya, y en párrafo siguiente al citado por Legrand, Borges establece la escéptica razón general: « notoriamente no hay clasificación del universo que no sea arbitraria o conjetural. La razón es muy simple: no sabemos qué cosa es el universo » (*El idioma analítico de John Wilkins, en Otras inquisiciones* (1952), *Obras completas*, II, 1997, pág. 86). Como resulta lógico, y se deriva de un elemental sentido del humor y hasta de la proporción, no pretendo una

sería la negación del pensamiento, en cuanto comprensivo de la realidad.

2. Aplicando esta idea al campo de la comparación entre los dos grandes sistemas jurídicos del mundo llamado occidental, se llega a otras conclusiones que Legrand; al menos, parcialmente discordes. Todo sistema jurídico es un conjunto de reglas que hacen previsibles consecuencias globalmente uniformes; lo contrario es desconocer el carácter ordenante de la vida social que todo Derecho desempeña, ineludible si no se quiere negar a sí mismo *a radice*. Lo consigue el *common law* a través del precedente, y hay toda una categorización general del uso del mismo, y la afirmación, por consecuencia, de una regla general o reglas generales preexistentes al concreto litigio. En ello no hay diferencia ontológica entre el sistema inglés (por abreviar una denominación de algo que va mas allá de los confines de Inglaterra) operante por medio de las decisiones judiciales y el europeo continental a través de las leyes, señaladamente de los Códigos. Ciertamente es que el surgimiento de la regla en el *common law* puede producirse en el mismo caso que resolver ⁽³⁾, lo que no parece suceder cuando lo que preexiste

exégesis escrituraria del texto para razonar contra tesis alguna de Legrand. Pero permítaseme aducir otro texto del mismo autor bonaerense: « Funes... era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No solo le costaba comprender que el símbolo genérico *perro* abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)... Había aprendido sin esfuerzo el inglés, el francés, el portugués, el latín. Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, es abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos » (*Funes el memorioso*, en *Artificios* (1944), *Obras completas*, cit., I, pp. 485-486).

⁽³⁾ Completamente expresivas las siguientes palabras del clásico H.S. MAINE, ilustrando el paradójico proceso lógico del modo de utilización del precedente, como regla preestablecida, y su capacidad de generar un Derecho nuevo: « Cuando se trata de la gran parte de nuestro Derecho contenida en las sentencias de los tribunales e incluida en nuestros repertorios de jurisprudencia, empleamos un doble lenguaje y tenemos al parecer una doble serie de ideas poco consistentes. Cuando un grupo de hechos es llevado en forma de juicio a un tribunal inglés, toda la discusión entre los abogados y los jueces rueda siempre sobre la hipótesis de que no hay cuestión ni puede haberla que haga necesaria la aplicación de otros principios que los antiguos, o de otras distinciones que las admitidas de mucho tiempo acá. Se tiene por absolutamente demostrado que siempre hay una regla de Derecho aplicable a la causa, y que si esa regla no se descubre es sólo por falta de paciencia, de ciencia o de penetración. Pero cuando la sentencia ha sido dictada y publicada nuestro modo de hablar y de pensar cambia totalmente sin notarlo. Nosotros admitimos entonces sin vacilación que la nueva sentencia ha modificado el Derecho. Según una expresión incorrecta que se emplea algunas veces, las reglas aplicables se hacen mas elásticas, pero en realidad se las cambia; se hace una adición a las sentencias precedentes y la regla de Derecho nueva, nacida de la comparación de las anteriores no es ya la misma que hubiera sido si la serie de casos se hubiese limitado a un solo ejemplo » (*El Derecho antiguo*, traducción española de *Ancient Law*, 1893, I, pp.

es una regla abstracta, pero habitualmente no es así. El modo de no obsequiar un precedente contrario es manipular los hechos hasta que resulte inaplicable el *leading case* asumido como tal; lo que depende, en última instancia, de hasta donde se quiera apurar el material fáctico aportado al proceso, pues es casi inimaginable en el inabarcable decurso de las causas y los efectos de la humana conducta un acontecimiento *absolutamente* idéntico a otro. Precisamente por ello, el *overruling* ⁽⁴⁾ funciona como un mecanismo excepcional, y se ve abocado a ser justificado cuando no hay mas remedio que acudir a él, es decir, cuando la manipulación de los hechos se ve absolutamente excesiva, con el argumento de que la corte superior que anula la decisión de una corte inferior fundada en un asentado precedente, no se apoya en una alteración de la norma, sino en que el *leading case* había sido resuelto erróneamente; pero la justificación funciona tan mal, crea tal grado de inseguridad, que ha provocado la bien curiosa conducta de no revocar casi nunca las decisiones de instancias judiciales inferiores, sustituyendo la anulación del precedente, cuando es efectuada por la *House of Lords*, con una recomendación por esta al Parlamento de que regule la cuestión en un sentido diverso a aquella decisión-guía ⁽⁵⁾. Aún más significativo es, si se sale de parajes británicos, el testimonio de la doctrina del llamado *prospective overruling*, acuñada por la Corte Suprema de los Estados Unidos: el juez puede establecer, al efectuar el *overruling* de un *precedent* que los efectos de la decisión solo operarán *pro futuro*, no siendo de aplicación a situaciones nacidas al amparo del precedente *overruled*. No parece haber mejores confesiones de que ningún sistema jurídico, ni siquiera el *common law*, puede sobrevivir sin reglas *a priori* estables, y en consecuencia, y de algún modo, generales. Por otro lado, es moneda común el reconocimiento de que en la propia realidad del *civil law* los derechos declarados por las leyes son abstracciones que se encarnan, con acentuado particularismo, en el proceso judicial: fuga que responde a la misma exigencia sentida por el *common law* de resolver el caso en forma divergente a otro anterior sin cambiar la regla; cuando la operación es imposible, con frecuencia los Tribunales, al mostrar su insatisfacción por una solución derivada de un Derecho que consideran inadecuado, y que no tienen mas remedio que

32-33). Obsérvese que para H.S. MAINE toda decisión jurisprudencial es *ius novum*; su tesis va mas allá de la mera aparición de un nuevo precedente; pero se comparta o no la extensión del argumento, es obvio que ilumina un proceso de creación del Derecho jurisprudencial inglés que parte siempre de la premisa de la preexistencia de reglas.

⁽⁴⁾ Sumaría, pero precisa indicación, sobre el *overruling* y su difícil encaje con el obsequio del precedente, lo que ha llevado a la limitación del alcance del mismo, en la correspondiente voz del *Dizionario Giuridico*, de F. DE FRANCHIS, Milano, 1984.

⁽⁵⁾ Pone de relieve el fenómeno P. STEIN, *I fondamenti del Diritto europeo*, traducción italiana de *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, Milano, 1987, pp. 113-114.

acatar ante la imposibilidad de algún *lifting* hermenéutico, suelen llamar la atención sobre la necesidad de la modificación legislativa. Son únicamente los modos de producir el Derecho (que se trasfiere por necesidad a su aplicación, pero sólo en parte) el trazo diferencial: del caso a la regla, de la regla al caso, aunque se debe resaltar que en uno y otro sistema con mutua interacción entre ambos; siempre dejando aparte el hecho de que los *statutes* son en la *common law* una realidad cada vez mas impactante. Pero ambos modos suponen una categorización, y por consiguiente la huida de un particularismo *intrínseco*. Cosa distinta es que las reglas sean mas o menos lábiles, en lo que tampoco se puede generalizar, dado que hay precedentes que duran más y se aplican más que muchas leyes, unas veces efímeras, otras veces objeto de interpretaciones harto discrepantes, cuando no las dos cosas. Como es también claro que el « ideal de sistema », con todo lo que ello conlleva tanto desde el punto de vista teórico, como de aplicación de las normas, es absolutamente ajeno al ambiente del *common law*; aunque habría que decir que este ideal es reciente en la historia del *civil law*, íntimamente ligado a la ideología de la codificación y al constructivismo pandectista ⁽⁶⁾, y que la historia jurídica europea continental ha vivido largos siglos sin códigos y apoyada en textos largamente casuísticos ⁽⁷⁾.

3. Pero hay algo, a mi juicio, mas decisivo, y es que el relativamente distinto *approach* metodológico a la solución de los conflictos no puede hacernos ignorar que la gran mayoría de ello se resuelven de modo sustancialmente idéntico. El fondo institucional básico de dos sistemas basados en la afirmación de la propiedad privada no puede conducir mas que a resultados pares, por más que la *action of ejectment* o la *action of trespass to land* y la *reivindicatio* o los *interdicta* sean cosas distintas, por ejemplo. Que ese « fondo institucional básico » sea un « mínimo común » no creemos que pueda ser negado ⁽⁸⁾. Entonces, si a un mismo puerto se arriba, aunque sea con distintas cartas de marear, no parece que se pueda decretar la imposibilidad de lectura de ambas por diversos pilotos: bastaría enseñarlos, y eso siempre sería hacedero, aunque fuera incluso muy difícil; pero no es una dificultad esencial,

⁽⁶⁾ Acuden imperativas las referencias de TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, 1976; y de CAPELLINI, *Systema iuris*, II, *Dal Sistema alla teoria generale*, 1985.

⁽⁷⁾ El « absolutismo jurídico » no agota toda la historia del Derecho Privado en el continente europeo, con toda evidencia. Sobre el término y su significado, *in primis*, P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, en estos *Quaderni*, 1988, pp. 518 y ss.; referencia específica a la idea expuesta: « ...questo assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, temporalmente e spazialmente limitato, ignoto al diritto dell'antico regime prima della chiusura della cerniera codificatoria, ignoto all'area della genuina tradizione giuridica di *common law* » (p. 523).

⁽⁸⁾ Lo ha demostrado P. STEIN, *I fondamenti del Diritto europeo*, cit., *passim*.

aunque repito que puede ser grave, que hayan estudiado en distintas escuelas de náutica.

4. En este punto tocamos una faceta cordial del problema, y es la sima que históricamente ha corrido en Inglaterra entre educación legal profesional, y reflexión jurídica académica; sima aún existente, y que explica la formación y el predominio de un jurista formado al margen de toda aspiración de científicidad o de sistema. Es la enorme peculiaridad de la profesión forense en Inglaterra la que explica divergencias que son en el fondo, en relación con el propio *common law*, epifenómenos de una cierta superficialidad. Si así no fuera, no se podría entender la enorme vitalidad del *common law*, como hecho de cultura en latitudes no siempre brumosas. Esta pujanza no puede ser acreditada sólo al idioma vencedor y al liquidado imperio; lo demuestra el avatar del Derecho norteamericano, en el que confluyen la matriz histórica anglosajona y su reinterpretación y adaptación por obra no sólo de distinguidos jueces, sino también de ilustres académicos, tareas cuya existencia habría sido imposible sin una brillante tradición de estudios jurídicos universitarios, dirigida a la formación profesional de los juristas norteamericanos, comprensiva de mucho más que los temas de *legal reasoning* o *jurisprudence*, y cada vez más exigida para la práctica⁽⁹⁾. Por eso, y aunque no se olvide cuánto de exportación cultural impone la hegemonía de los Estados Unidos, su Derecho nos resulta a los europeos continentales mucho más comprensible, su impostación académica más consonante, y sus soluciones más útiles para nuestros propios problemas; como también nos resulta mucho más fácil transferirles una de nuestras propias respuestas: paradigmática la historia americana del *remedy of price's reduction*, la vieja y entrañada en nuestro Derecho común europeo de origen romanístico *quanti minoris actio* (10). En esta línea de *feed-back* entre las dos grandes tradiciones jurídicas occidentales, ¿quién puede aproximarse hoy a capítulos enteros del Derecho del tráfico económico entre privados con olvido del *Uniform Commercial Code*? Si no se tienen en cuenta estas referencias *ultra fines Angliae* del *common law*, corremos el peligro de entenderla bajo el tamiz de la excentricidad inglesa, lo que es un tópico abominable, y abominado por todos los ingleses inteligentes. El Derecho inglés, como suma expresión, en tanto que formulación originaria, del *common law*, no puede ser reducido a la historia de los *Inns* y del *Bench and Bar* (11),

(9) Cfr. Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, 1973, pp. 525-566.

(10) BERGSTEN y MILLER, *The Remedy of Reduction of Price*, en *American Journal of Comparative Law*, 1979, pp. 266 y ss.

(11) Cfr. L. MOCCIA, *Glossario per uno studio della common law*, voz «Bar», en apéndice a P. STEIN y J. SHAND, *I Valori giuridici della civiltà occidentale*, traducción italiana de *Legal values in Western Society*, Milano, 1981, pp. 381-385.

tan exótica para nuestros latinos o germánicos meridianos; aunque sepamos que para el *common law* inglés no es una mera anécdota, no olvidemos que sin esa anécdota medio mundo está bajo ella.

5. ¿Problemas de cultura, de mentalidad, de lenguaje en el *civilian lawyer* a la hora de la aproximación a la *common law*? Muchos e importantes, sobre todo porque procede de una educación jurídica hartamente distinta. (Al menos hasta ahora: esperemos que no se consuma algún bárbaro intento de borrar la impronta humanística de las Facultades de Derecho europeas... Pero esta es otra historia) Pero convendría no olvidar, y sin tampoco echar en saco roto la natural diversidad forjada por la historia, que el Derecho es sólo lenguaje desde el punto de vista formal, y que las traducciones serán más o menos perfectas e incapaces de revelar todos los infinitos matices de los significados yacentes tras los significantes, pero que no impiden una sustancial traslación. Bien distinto es que algunas, a lo mejor o a lo peor muchas soluciones, pueden ser diversas en Inglaterra o en Italia o España, pero eso corresponde al momento político, previo a toda estructuración jurídica, que como mucho será *a posteriori*, para lo sucesivo, un elemento dialéctico de la decisión. Y vuelvo a repetir que el acervo común de respuestas a problemas compone un extenso fondo básico.

6. Si lo que se quiere subrayar es que cada sistema jurídico es fruto de una dada mentalidad ⁽¹²⁾ a la que unas veces sigue y otras precede una cultura, y que las culturas son irreductibles en su totalidad las unas a las otras sin ser negadas, como cada yo es irreductible a otro yo, podremos estar de acuerdo con Legrand. Y si por ello se reivindica una determinada política de uniformización jurídica que no arrase una cultura en favor de otra, bajo el abusivo e inexacto manto de una sedicente superioridad, podemos convenir en principio; como se podría aceptar que no hubiera ningún grado de uniformidad, si tal cosa fuera compatible con instituciones políticas y económicas comunes, y con la globalización del tráfico económico; lo que, dicho *en passant*, no parece muy factible. Pero lo que no creemos se pueda sostener es la imposibilidad epistemológica, o casi, del conocimiento de la *common law* desde la *civil law*, y a la inversa, y la correspondiente traducción de términos y conceptos, al menos en esa masa mínima de que antes hablábamos. Es obvio que no se puede desconocer que los seres humanos, y los pueblos en los que se agrupan, son infinitamente distintos; pero también infinitamente semejantes. Incluidos los ingleses.

⁽¹²⁾ Y en este orden de ideas es necesario evocar de nuevo la enseñanza de P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, en estos *Quaderni*, 1988, y ahora en *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, por donde se cita, pp. 603-667, especialmente pp. 624-630.

STEFANO MANNONI

ACCENTRAMENTO E LIBERALISMO NEL XIX SECOLO: IL DECLINO DI UN MITO STORIOGRAFICO

(a proposito di N. RANDERAAD, *Autorità in cerca di autonomia. I prefetti nell'Italia liberale*, prefazione di G. Melis, Roma, Pubblicazioni degli archivi di Stato, saggi 42, 1997)

Non accade tutti i giorni di vedere coniugati in un titolo due termini da sempre antitetici come autorità prefettizia e autonomia locale. Certo il libro di Nico Randeraad merita l'attenzione degli studiosi di storia delle istituzioni per ben altri pregi ancora. Ricco di documentazione di primo piano, analizzata con acume e verosimiglianza, il suo volume è in ogni caso una lettura istruttiva e persino piacevole. Mancava fino ad ora uno scavo nei poco invitanti archivi delle prefetture unitarie e la circostanza che uno studioso olandese abbia di buon grado voluto accollarsene l'onere è già di per sé un titolo di merito. Non vi è dubbio alcuno tuttavia che il suo contributo più significativo consiste proprio in ciò: questa ricerca giunge in qualche modo a rafforzare l'impressione da tempo serpeggiante nella comunità degli studiosi che la classica equazione accentramento-oppressione locale debba essere rivista, o quantomeno attenuata. Abituati ad adagiarsi pigramente nelle tralattizie rappresentazioni del discorso decentratore alla Tocqueville, dobbiamo ora passare questa eredità al setaccio con il beneficio d'inventario. L'autonomia locale — questa è la morale — non è necessariamente il paradiso perduto del liberalismo.

1. Questo approdo pare smentire una consolidata tradizione.

Di primo acchito, infatti, accentramento e liberalismo sembrano appartenere a culture politiche diametralmente opposte. A suggerirne l'incompatibilità è il senso comune ancor prima della riflessione teorica, evocando sequenze di concetti che suonano antinomiche anche all'orecchio meno aduso ai suoni di un dibattito vecchio ormai di due secoli: statalismo, eteronomia, discrezionalità da una parte; individualismo, autonomia, imparzialità, dall'altra.

Chi non si accontentasse di questa prima impressione e volesse verificarla sul piano della filosofia politica ne troverebbe con facilità ampia conferma. Non serve molto a constatare che i due termini sono

generalmente dissociati nel discorso teoretico sul liberalismo per il quale le caratteristiche essenziali del modello « puro » di ordinamento liberale includono « naturalmente » l'autonomia locale. Da Stuart Mill a Von Hayek la percezione del fenomeno burocratico e del suo corollario in tema di amministrazione locale in Europa continentale non è cambiata molto: ai « veri » liberali ripugna l'accentramento.

Ma è soprattutto a Tocqueville che si deve — come è ben noto — la descrizione più memorabile dell'irriducibile contrasto tra libertà e accentramento tanto nella *Démocratie en Amérique* quanto nell'*Ancien Régime et la Révolution*. Difficile dimenticare linee e colori di un affresco così vivido e possente. Intorpiditi da uno Stato-paterno onnipotente gli individui perdono il gusto di decidere sulla loro sorte mentre la società civile tutta intera abbandona se stessa alle cure della burocrazia. Persino la spinta liberatoria della Grande Rivoluzione finisce per convertirsi in un formidabile volano per il Leviatano statale allorché l'uniformità livellatrice del legislatore demolisce ciò che restava dei contrappesi all'autorità centrale: senza saperlo e volerlo, Robespierre è l'esecutore testamentario di Richelieu.

Naturale allora che proprio da Tocqueville partisse quella riflessione di ampio respiro sulle vicissitudini del liberalismo in Francia che porta il nome di François Furet e della sua scuola. Autori come Marcel Gauchet ⁽¹⁾ e Pierre Rosanvallon ⁽²⁾ hanno indicato nel concetto assolutistico di sovranità — *le poids de la souveraineté* — il principale responsabile del fallimento del progetto liberale in Francia. La tesi da essi sostenuta è delle più lineari: il potere statale plasmato nello stampo della monarchia amministrativa iscrive una pesante ipoteca sullo sviluppo autonomo della società civile che non sa crescere da sola; l'accentramento non è altro che l'epifenomeno dell'incapacità della cultura politica francese di scrollarsi di dosso gli archetipi hobbesiani elaborati dai *légistes* monarchici. In breve, l'ipotesi di Tocqueville risulterebbe confermata in pieno: liberalismo e potere burocratico non possono avere nulla in comune; là dove impera il secondo si è in presenza di statalismo antisocietario.

Nulla di veramente nuovo quindi e soprattutto niente che, a prima vista, sembri suscitare l'interesse degli storici di paesi che non hanno sperimentato, *bon gré mal gré*, pregi e difetti del monumentale statalismo francese. Di sicuro chi ha aperto il dibattito in Francia non intendeva minimamente agitare le acque dei vicini che dalla Francia hanno clonato istituzioni amministrative e cultura giuridica ⁽³⁾. Ferma-

⁽¹⁾ Cfr. M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, 1995.

⁽²⁾ P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, 1990; ID., *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris, 1994.

⁽³⁾ Perché si possa parlare dell'influenza dell'accentramento *à la française* è infatti sufficiente che ricorrano tre condizioni: una geografia amministrativa uniforme; la

mente persuasi dell'incommensurabilità della propria vicenda statale, gli storici francesi preferiscono da sempre insistere sulle radici autoctone della propensione nazionale al centralismo, trascurando il confronto con tradizioni istituzionali affini che appaiono troppo recenti — come quella belga e italiana — o troppo arcaiche — è il caso della spagnola — per costituire un termine di confronto omogeneo. L'idea più accreditata oltralpe è che l'accentramento *à la française* debba la sua fortuna europea alle esigenze contingenti di unificazione politica e di organizzazione fiscal-militare degli ultimi arrivati sulla scena degli Stati nazionali, senza che le profonde motivazioni culturali che lo sostengono in Francia abbiano mai attecchito fuori dai suoi confini. Il che sancisce a priori l'inconcludenza di ogni confronto.

2. Dalla Francia nessuna novità, quindi, né — parrebbe — da altri paesi. Perché allora riaprire un *dossier* così poco sentito come quello intitolato « accentramento e liberalismo » e per giunta su scala europea? La risposta è nell'appellativo di « liberale » che viene generalmente attribuito all'ordinamento dei paesi in questione: la domanda elementare che ci poniamo suona totalmente inattuale nell'Europa del regionalismo: erano davvero liberali i regimi che hanno convissuto così a lungo con l'accentramento? Lo Stato liberale italiano, per citare il caso che ci è più vicino, poteva considerarsi davvero tale, davvero « liberale », nel momento in cui assoggettava le comunità locali e gli individui alla pesante cappa della burocrazia centralista? Talvolta vale la pena porsi anche domande inattuali.

Riflettiamo un attimo sul significato di accentramento quale definito in teoria e quale storicamente rivelatosi: esso implica che ai contribuenti è impedito di decidere sull'allocazione delle risorse nel proprio comune senza il *placet* dell'autorità ministeriale; che un burocrate nominato dal governo può disporre con discrezionalità della libertà personale dei sudditi; infine, che il meccanismo di formazione della rappresentanza — l'elezione — è sistematicamente alterato dall'azione degli agenti del governo. Il semplice intuito suggerisce che tutto ciò di liberale ha ben poco, se come termine di paragone prendiamo un modello « puro » di liberalismo societario di stampo lockeano.

Il risultato cambierebbe forse adottando una nozione diversa di liberalismo, diciamo meno esigente? Meglio resistere, consiglierebbe il filosofo della politica in quanto troppo alto sembra il prezzo da pagare in termini di rigore concettuale. A meno di non fare del liberalismo un contenitore *bon à tout faire*, esso non può abbracciare il decentramento e il suo opposto, l'imparzialità del potere giudiziario e la discrezionalità

presenza di uno o più agenti periferici nominati dal potere esecutivo; una vasta gamma di controlli governativi sulle istituzioni e le iniziative locali. La legislazione ottocentesca sui poteri locali di Spagna, Italia e Belgio include tutti e tre questi requisiti.

dell'amministrazione, il primato della società e l'egemonia dello Stato: in sintesi, l'autonomia e l'eteronomia.

Senonché tenendo ferma la nozione più rigorosa, quella ideal-tipica per intendersi, si giungerebbe alla melanconica conclusione che l'etichetta di « liberali » appare decisamente usurpata per regimi acquisiti al più rigoroso statalismo, cosicché il liberalismo, reso alla sua purezza, resterebbe solo una corrente filosofico-politica di minoranza, tanto nobile quanto poco influente nella legislazione del suo tempo.

Siffatta conclusione non imbarazzerebbe nemmeno un po' la maggioranza degli storici francesi che, non a caso, circoscrivono l'uso dell'appellativo liberale ad un solo ordinamento storico, quello della Monarchia di Luglio, e ad un solo movimento filosofico-giuridico controcorrente rispetto alle tendenze dominanti del suo tempo che cessa di esercitare qualsiasi apprezzabile influenza politica con l'avvento della repubblica radicale negli anni '80 del secolo scorso.

Più esitanti sarebbero gli storici continentali di fronte ad un'ammissione tanto radicale. Pur fortemente « illiberali » gli ordinamenti dei rispettivi paesi meritano ancora l'appellativo di « liberali » in omaggio all'autodefinizione dei loro artefici e di una classe politica fedele, almeno a parole, al credo di una dottrina assunta ad ideologia ufficiale di regime. Gli scrupoli e i pudori non bastano tuttavia a dissimulare il disagio che trapela in chi è assuefatto, quasi per istinto, ad associare l'accentramento ad un momento negativo del rapporto Stato-società. A seconda della maggiore o minore indulgenza del singolo storico per gli ordinamenti in questione si affacceranno quindi spiegazioni più o meno benevole per una presenza comunque giudicata da tutti come imbarazzante.

La teoria delle circostanze appartiene al campo della letteratura più favorevole al liberalismo ottocentesco. La tesi sostenuta, in ispecie da autori italiani (4) e belgi (5), è che l'opzione per l'accentramento fosse un apporto indispensabile allo sforzo di *Nation-building*, da realizzare consolidando la recente unità in lotta con i nemici anticostituzionali e con il tenace particolarismo di Antico regime. L'accentramento sarebbe, in ultima analisi, un'arma difensiva di cui non si poteva fare a

(4) Il fautore più autorevole di questa lettura è Benedetto Croce, la cui linea interpretativa trova ancora oggi risonanza nei lavori di Carlo Ghisalberti (da ultimo, *Stato unitario e federalismo in Italia*, in O. JANZ, P. SCHIERA, H. SIEGRIST, *Centralismo e federalismo tra Otto e Novecento. Italia e Germania a confronto*, Bologna, 1997, pp. 93-105).

(5) Premesso che in Belgio « l'État constitutionnel de 1831 est un État libéral et dans le même temps un État fortement centralisé », la ragione di questa scelta centralista è individuata nella volontà di segnare una netta soluzione di continuità rispetto alla realtà pluralistica della dominazione olandese, rafforzata in seguito dall'esigenza inedita di disciplinare la convivenza tra Stato e Chiesa e di dominare le tensioni linguistiche tra valloni e fiamminghi (X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique*, Bruxelles, 1992, pp. 117-129).

meno, rinviando a tempi migliori esperimenti più consoni alla natura liberale del regime, comunque riconosciuta come autentica.

La seconda interpretazione, questa volta di segno decisamente più negativo, vede nel centralismo lo strumento utilizzato da una classe dominante per conservare la propria egemonia, precaria e contestata, sul paese reale. In questa descrizione, la dialettica accentramento-decentramento viene ricondotta ad una lotta interna all'oligarchia sociale per la conquista del potere politico. Una contesa in cui le istituzioni locali incidono grandemente per via dello spazio che occupano nella vita delle popolazioni come pure per l'influenza che esercitano sul circuito elettorale nazionale. La vicenda ottocentesca spagnola delle autonomie locali, con il suo impressionante e convulso avvicinarsi di leggi « progressiste » e « moderate », offre indubbiamente molti spunti per avallare una ricostruzione di questo tenore ⁽⁶⁾.

La terza tesi è la più critica in assoluto sulla autenticità della vocazione liberale del modello. Insinua il sospetto che dietro la predilezione europeo-continentale per lo statalismo nelle sue diverse versioni alligni un paradigma tutto diverso da quello della grande dicotomia liberale: un paradigma monistico che ruota intorno al sovrano e non al cittadino. Hobbes e non Locke; un'antropologia pessimista e non benigna; il timore e non il *trust*; la sovranità indivisibile e non il potere limitato; altrettante pietre di un mosaico che attende solo l'ultimo tassello per essere completato: accentramento e non autonomia locale. Il cesarismo amministrativo non altro sarebbe allora che un segno della continuità con la tradizione di dispotismo illuminato di Antico regime; una continuità tradita tra l'altro dalla ricorrenza della metafora olistica nel discorso dei giuristi, portavoce inconsapevoli di un'ideologia aliena nella sua essenza a quello schietto giusnaturalismo di matrice *British* che è prova scientifica della presenza del liberalismo allo stato puro ⁽⁷⁾.

I suddetti punti di vista convergono tutti, involontariamente o deliberatamente che sia, verso lo stesso obbiettivo che è quello di alimentare un mito storiografico negativo dell'accentramento amministrativo, ricordato come la più gravosa ipoteca iscritta da una concezione arcaica della sovranità sullo sviluppo della società civile e delle libertà nei paesi in cui esso ha per troppo tempo imperversato. Per rassenerarsi alla vista di un'autentica libertà locale occorre guardare al *Self-government* inglese (o anche alle comunità americane) che continua a beneficiare di un prestigio indiscusso e a istillare, in qualche modo, un complesso di inferiorità nello storico che si trovi a ricapitolare la storia

⁽⁶⁾ Si veda soprattutto C. de CASTRO, *La Revolución Liberal y los municipios españoles (1812-1868)*, Madrid, 1979.

⁽⁷⁾ Tra coloro che hanno dato voce di recente a una severa critica del liberalismo ottocentesco italiano basta ricordare U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nell'Italia liberale*, Bologna, 1989.

amministrativa del proprio paese. Ma questo complesso di inferiorità verso l'esempio anglosassone è davvero giustificato?

3. Il senso delle brevi note che seguono vuole essere proprio quello di alleviare questo disagio mostrando come la storiografia più recente sia giunta, seguendo percorsi disciplinari distinti, a prospettare la questione « accentrato-liberalismo » sotto una luce diversa da quella tradizionale e sia pervenuta così ad una comprensione molto più smalzata dell'ambiguo rapporto tra libertà locale e autorità amministrativa nell'Ottocento.

Comincerò pertanto col trattare di talune acquisizioni in tema di discorso teoretico liberale, per discutere poi le indagini condotte sulle dinamiche concrete dei sistemi centro-periferia, offrendo a mia volta l'indicazione di un'ulteriore possibile pista di indagine.

4. Il termine « *pouvoir municipal* » è stato reso popolare nella cultura giuridica ottocentesca da Benjamin Constant che vi consacra nel 1814 un importante capitolo dei *Principes politiques*. Precisa nei suoi contorni tecnico-giuridici da Henrion de Pansey, autore di un fortuntissimo saggio dal titolo emblematico *Du Pouvoir municipal* nel 1821, questa nozione ha esercitato una grande influenza sulle legislazioni di Francia, Italia e Belgio nonché su quella parte del liberalismo giuridico tedesco che vi ha guardato per un momento come al punto di riferimento più ovvio per la costruzione concettuale dell'autonomia locale (8). Ciononostante, tutte queste legislazioni che incorporano in diversa misura l'idea che la sfera degli affari locali appartiene alla dimensione del « privato-patrimoniale » hanno lasciato insoddisfatti i liberali più sensibili alle ragioni della libertà locale. Il segreto di questo apparente paradosso è facile da svelare: definire in termini quasi-privatistici o para-familiari il potere locale non basta di per sé ad escludere la necessità dei controlli amministrativi. Ed in effetti gli autori che hanno fatto quadrato intorno al « *pouvoir municipal* » chiedevano una limitazione dell'ingerenza governativa, non una sua eliminazione, restando controversi all'interno della dottrina stessa che militava in suo favore i confini esatti tra pubblico-statale e privato-locale (9). Il che autorizzava teoricamente i diffidenti legislatori ad interpretare restrittivamente l'ambito dell'autodeterminazione comunale e a realizzare così nei fatti più un accentrato moderato che un vero e proprio decentramento. Inoltre, la stessa enfasi della nozione di « *pouvoir municipal* »

(8) Cfr. F. RUGGE, « *Selbstverwaltung* ». *Metamorfosi di una nozione costituzionale nella Germania contemporanea*, in P. SCHIERA (a cura di), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bologna, 1993, pp. 168-174.

(9) Cfr. G. CIANFEROTTI, *La dottrina amministrativistica italiana e la nozione di autarchia*, in SCHIERA, *Le autonomie e l'Europa*, cit., p. 142.

sul carattere individualistico-privatistico del comune tagliava fuori, o piuttosto trascurava, tutte le potenzialità democratico-associative di questa istituzione, per esaltarne esclusivamente la vocazione a contrafforte della libertà negativa di matrice proprietaria.

Questo spiega perché l'opera di Tocqueville, di Stuart Mill e di Gneist siano state accolte come un salto di qualità nella riflessione sulle autonomie locali, in quanto, grazie a questi autori, la questione centro-periferia veniva tematizzata all'interno di un progetto di società adeguato alle esigenze dei tempi, ossia attento al rapporto tra libertà e democrazia. Etichettati i primi due come liberal-democratici, il terzo come liberal-organicista, queste primedonne della scena intellettuale del secolo scorso hanno scagliato un'interdetto contro l'accentramento, additando il *Self-government* a modello da ammirare e, per quanto possibile, da imitare. In quanto principali responsabili del senso di colpa che, da allora, ha serpeggiato nelle coscienze di tanti europei-continentali fino a tempi molto recenti, era naturale che la rivisitazione del liberalismo passasse per un esame alla lente d'ingrandimento della loro opera.

Che Tocqueville giustapponesse spiegazioni diverse sul tema accentramento, era qualcosa che saltava agli occhi di chiunque percorresse con attenzione l'*Antico regime e la Rivoluzione* dove la continuità di questa forma organizzativa e soprattutto del suo spirito vengono ricondotti vuoi all'egemonia di una certa cultura politica, vuoi al determinismo dei costumi e delle mentalità collettive. Questa constatazione, tuttavia, rileva ai fini dell'inquadramento del Tocqueville storico della Rivoluzione⁽¹⁰⁾ più che al ruolo da egli assunto di paladino delle autonomie locali, per definire il quale merita piuttosto fare ricorso alle note di viaggio e agli interventi pubblici che ne scandiscono la militanza politica.

Del resto, è proprio l'esame ravvicinato e analitico di queste fonti che riserva le maggiori sorprese. Nel suo viaggio inglese del 1835, Tocqueville arriva nel bel mezzo di un grande movimento riformatore destinato a concretizzarsi nel *Poor Law Amendment Act* (opera di Chadwick e frutto di ispirazione benthamiana) e nel riassetto di un buon numero di centri urbani ai quali si apriva la porta dell'« incorporazione ». La reazione iniziale di Tocqueville è quella di mettere in guardia i suoi interlocutori inglesi dal rischio di dare la stura a « democrazia e accentramento ». Rassicurato sulla sostanziale inoffensività di queste misure, e indotto ad esaminare da vicino logica, tecniche e scopi del cruciale *Poor Law Act* Tocqueville (e il suo amico Beaumont) si ricedono e scoprono quello che diventerà il punto di Archimede del

⁽¹⁰⁾ Si può consultare al riguardo con profitto il recente saggio di H. MITCHELL, *Individual Choice and the Structures of History. Alexis de Tocqueville as Historian Reappraised*, Cambridge, 1996, in particolare pp. 214-215.

loro credo istituzionale: la sintesi tra decentramento, elettività degli ufficiali locali e controllo giudiziario, vera chiave di volta, quest'ultima, dell'intero sistema. Una programmazione razionale perché voluta e diretta dal centro; un'applicazione libera perché affidata ad amministratori onorari; un'efficace salvaguardia degli individui nelle mani dei giudici: il quadro non fa una piega ed è, nella descrizione, incredibilmente lucido e dettagliato.

Con qualche svista e malinteso, tuttavia.

Sorprende in effetti che a una coppia di viaggiatori così penetranti fossero sfuggiti due dettagli di non poco conto come quelli degli elevati costi di accesso ai canali giudiziari e della lentezza di un processo decisionale tutto interno alle Corti di « Common Law » (11). È forse supporre troppo attendersi che Tocqueville immaginasse l'accidentato e caotico sviluppo della casistica giurisprudenziale nel mezzo secolo successivo, o pretendere che soppesasse con più obiettività gli inconvenienti della via inglese alla modernizzazione amministrativa. Sta di fatto tuttavia che un accostamento puramente meccanico dell'itinerario giurisprudenziale inglese con quello francese in tema di autonomie locali nel corso dell'Ottocento non si risolve certo a sfavore del *Conseil d'Etat*. Basti osservare che solo alla fine del secolo si affermerà chiaramente in Inghilterra il principio del controllo giudiziario degli atti municipali, grazie all'assimilazione fittizia delle autorità locali a vere e proprie giurisdizioni inferiori (12). In altre parole, quanto a certezza del diritto e garanzie, il suddito inglese avrebbe dovuto pazientare qualche tempo in più del cittadino francese per sentirsi protetto dagli abusi dei suoi amministratori locali. Tocqueville non era forse in grado di prevederlo, ma la severità con cui ha giudicato i suoi connazionali che tenevano a battesimo il diritto amministrativo moderno — si pensi al povero Macarel — pare un po' ingenerosa se paragonata alla benevolenza elargita agli empirici magistrati inglesi.

Viene da sorridere pensando agli entusiasmi di Tocqueville per le libertà locali d'oltremarina quando capita d'imbattersi nei giudizi dei diretti interessati sul bilancio del loro *Self-government* dopo le riforme ottocentesche. Un caso mi è sembrato eloquente: nel 1935, tirando le somme di cento anni di prassi giudiziaria, Ivor Jennings, esperto in materia di amministrazione locale, deplorava senza mezzi termini la scelta di abbandonare alle Corti ordinarie un genere di controllo che

(11) S. DRESCHER, *Tocqueville in England*, Cambridge Mss., 1964, p. 85.

(12) « Thus, it may be laid down as a general proposition that every decision of a local authority which has reference to an individual and which involves the exercise of a discretion is a "judicial determination". The local authority is then a "court", and if the decision or proposed decision is *ultra vires*, or if the decision has been taken in some improper way, the courts have power to intervene by certiorari or prohibition » (W. IVOR JENNINGS, *Central Control*, in Harold J. LASKY, W. IVOR JENNINGS, William A. ROBSON (ed.), *A Century of Municipal Progress 1835-1935*, Lodon, 1935, p. 424).

avrebbe richiesto principi e tecniche specifiche ⁽¹³⁾. Principi e tecniche, si sentiva di aggiungere, non difformi da quelle in onore nella giurisprudenza del vituperato *Conseil d'Etat* francese — e questo fino al punto di lasciarsi sfuggire che vi sarebbe stato « some ground for the suggestion that a special administrative court would have been an advantage » ⁽¹⁴⁾. Evidentemente non tutti i giuristi inglesi hanno subito come Dicey il fascino di Tocqueville ⁽¹⁵⁾.

Né le sviste e i malintesi finiscono qui. Il sistema elettorale in vigore nell'amministrazione della legge dei poveri come pure nelle corporazioni municipali, che i due francesi sorprendentemente interpretavano in chiave di apertura democratica ⁽¹⁶⁾, sanciva al contrario l'egemonia incontrastata dei ceti possidenti nelle cui mani le istituzioni locali rimanevano saldamente in pugno. Basta uno sguardo alla storiografia inglese recente per avere un'idea di quanto a lungo abbia occupato la scena del governo locale inglese la strenua lotta per scalzare le oligarchie municipali nelle città, dove severe barriere censitarie escludevano dall'agone elettorale larghi strati della popolazione ⁽¹⁷⁾, eccitando una forte politicizzazione dello scontro ⁽¹⁸⁾. Non è del resto nuova l'interpreta-

⁽¹³⁾ « It may be said generally », osservava nel 1935 Sir Ivor Jennings, « that in their attitude to injuries caused by local authorities the courts have shown their technique at its worst. They have had to fit a new and rapidly growing branch of public law into a legal framework to which it was not appropriate. They put new wine into old bottles, and the bottles had holes in them already. They failed to lay down rational general principles at the outset, and they have caused delay, expense, and confusion by trying to induce general principles out of isolated cases (...). If there is anything to be said in favour of the common law, it cannot be said of its application to local government » (*Ibidem*, pp. 426-427).

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 429.

⁽¹⁵⁾ Non solo Dicey è stato condizionato nella sua lettura del sistema francese dalla molto partigiana lezione di Tocqueville, ma tutta la sua opera subisce l'ipoteca sciovinistica dell'assioma che la c.d. « *Rule of Law* » sarebbe molto superiore, quanto a garanzie ed efficacia, al diritto amministrativo francese. Solo nell'ultima edizione del 1915, Dicey ammetterà incidentalmente che, tutto sommato, qualche vantaggio i sistemi a diritto amministrativo lo presentavano, stante l'evidente incapacità dei giudici di *Common Law* a trattare con speditezza e competenza il contenzioso di natura amministrativa (cfr. S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1990, p. 5 e ss. nonché J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, 1996, pp. 18-23).

⁽¹⁶⁾ DRESCHER, *op. cit.*, p. 102.

⁽¹⁷⁾ Emblematici gli Stourge Bourne Acts del 1818-19 che introducevano « select vestries » per la gestione della legge dei poveri sulla base del principio del voto multiplo, abolito definitivamente solo nel 1894. Un difensore accanito delle libertà locali come Toulmin Smith ebbe a definire questo provvedimento come « purely oligarchical in intention and result » (citato da D. FRASER, *Urban Politics in Victorian England. The Structure of Politics in Victorian Cities*, Bristol, 1976, p. 28).

⁽¹⁸⁾ Tra i fautori della democratizzazione del governo municipale era Cobden che farà campagna a favore della « incorporazione » municipale indicandone, tra i vantaggi principali, proprio la democraticità: « there is no clause borrowed from Sturges Bourne's

zione che assegna proprio alla tenacia dei tecnocrati di Whitehall i principali meriti della modernizzazione di un sistema centro-periferia impostato sul vecchio e statico *Mixed Government Model* ⁽¹⁹⁾, troppo localistico per assecondare spontaneamente il mutamento. Che poi il compromesso tra tradizione e innovazione, che tanto piaceva a Tocqueville, possa essere considerato un'astuzia e una forza dell'ordinamento inglese, è pure questo qualcosa che sembra lasciare scettico chi tende piuttosto a vedervi il risultato della resistenza opposta ai disegni di razionalizzazione dell'Esecutivo da formidabili baluardi istituzionali come il Parlamento o le oligarchie locali ⁽²⁰⁾.

Ora, sarebbe fare torto ad un osservatore tanto acuto insinuare che egli sia incorso in questi errori di valutazione per puro caso o, peggio, per superficialità. Per spiegarli si è parlato convincentemente di « liberalismo aristocratico » ⁽²¹⁾, appellativo che appare calzante nella misura in cui getta luce su un tratto caratteristico del pensiero di Tocqueville come quello della sua ostilità tanto al socialismo quanto allo spirito appropriativo borghese. Ammiratore della supposta dedizione pubblica ed intelligenza sociale dell'aristocrazia inglese, erede lui stesso del discorso repubblicano sulla virtù, Tocqueville proietta in qualche modo il proprio immaginario e le aspirazioni che coltiva per la Francia sulla realtà che gli scorre di fronte agli occhi. La sua Inghilterra non è quella degli *slums*, della Rivoluzione industriale, dello sfruttamento del capitale, delle plebi *deferential* che costituirà la fonte inesauribile dell'analisi di Marx, bensì l'età dell'oro perduta dai francesi, che potranno forse, imitando il modello d'oltremania, riconquistarla.

La brillante parzialità dell'analisi non poteva non ripercuotersi sulla coerenza del progetto. Alla centralizzazione ricettacolo di tutti i mali, Tocqueville oppone un'autonomia locale che deve combattere su due fronti: contro il socialismo statalista ma anche contro la libera e anarchica crescita del mercato e dei suoi istinti egoistici. Egli rifiuta l'intervento regolatore dello Stato nell'economia, ma non approva nemmeno la Mano invisibile, con i suoi conflitti, le sue ingiustizie, le sue incertezze ⁽²²⁾. Vorrebbe che l'autonomia locale riposasse sullo spon-

Act giving six votes to the rich mill-owner and only one to the small shopkeeper » (*Ibidem*, p. 120). Osservo per inciso che Tocqueville non aveva alcuna simpatia per il « free-trade liberalism » di Cobden (R. BOESCHE, *The Strange Liberalism of Alexis de Tocqueville*, Ithaca and London, 1987, p. 136).

⁽¹⁹⁾ La formula è di C. BELLAMY, *Administering Central-Local Relations, 1871-1919. The Local Government Board in its Fiscal and Cultural Context*, Manchester, 1988, p. 6.

⁽²⁰⁾ Cfr. J. PREST, *Liberty and Locality. Parliament, Permissive Legislation, and Ratepayers' Democracies in the Nineteenth Century*, Oxford, 1990, pp. 21-23.

⁽²¹⁾ L'espressione è di A.S. KAHAN, *Aristocratic Liberalism. The Social and Political Thought of Jacob Burckhardt, John Stuart Mill, and Alexis de Tocqueville*, New York-Oxford, 1992.

⁽²²⁾ « In the end, of course », commenta a giusto titolo Roger Boesche, « Toc-

taneo associazionismo dei cittadini, come se l'espansione del capitalismo e dell'industrialismo potesse venire domata senza l'intervento dello Stato. Ostile alla modernità e, a tratti, nostalgico della vecchia società aristocratica, Tocqueville non compie il passo di quei suoi contemporanei come Lamennais e Lacordaire che tentano una mediazione tra liberalismo e solidarismo cattolico. Addita come valore primario una libertà ipostatizzata senza avvedersi che l'urgenza del momento è la questione sociale.

Fa riflettere il dato che Tocqueville non dica mai una parola sul rapporto tra libertà locali e suffragio universale, la questione all'ordine del giorno negli anni del suo apprendistato politico. A chi doveva spettare il potere nella comunità? E cosa fare della massa dei nullatenenti? A dare la risposta sarà l'amico Stuart Mill che, attratto da Tocqueville sul terreno dell'autonomia locale, si premura di subordinarla ad una condizione imprescindibile: che a decidere sugli affari della comunità siano coloro che ne sopportano gli oneri fiscali. L'idea non è per nulla nuova, risalendo almeno ai fisiocratici; il punto è che, innovativa all'epoca in cui è stata formulata, essa non suona molto democratica nel bel mezzo del XIX secolo, ed è pure discutibile che possa vantare una patente liberale. Il risultato non è poi molto diverso se il sistema è organizzato su una base come quella prussiana, del *Dreiklassenwahlrecht*, dove il peso decisionale è calibrato sul contributo alle casse municipali ⁽²³⁾, modello di autogoverno locale che incuriosisce Mill come Tocqueville ⁽²⁴⁾, quantunque i liberali prussiani del tempo non sembrassero compiacersi più di tanto delle guarentigie municipali di cui godevano ⁽²⁵⁾.

Il gioco di specchi continua: l'inglese guarda alla Prussia e il prussiano guarda all'Inghilterra.

Non è necessario soffermarsi a confutare le opinioni di Von Gneist su sviluppo e dinamiche del *Self-government* inglese dopo quasi un secolo di dotto revisionismo storiografico, inaugurato — vale la pena

queville's economic thoughts were both inconsistent and confused, and he hardly offered a clear economic program for a modern industrial world. He was frustrated with the large enterprises of capitalism and was terrified of the claims of socialism » (*op. cit.*, p. 138).

⁽²³⁾ In poche parole, il sistema in questione assegnava ai più forti contribuenti, per pochi che fossero (anche, in ipotesi, un solo individuo o una sola azienda), un terzo dei consiglieri comunali, lo stesso assegnato al gruppo più numeroso e meno facoltoso (il meccanismo è spiegato, con esempi, da F. RUGGE, *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milano, 1989).

⁽²⁴⁾ KAHAN, *Aristocratic Liberalism*, cit., pp. 72-73.

⁽²⁵⁾ È appena il caso di ricordare che la « *Selbstverwaltung* » prussiana non è il regno indiscusso dell'autonomia locale, bensì il campo di tensione mobile tra Stato e comuni, diverso, certo, da quello francese, ma non per questo meno travagliato (cfr. C. TREFFER, *Zur Entwicklung der Kommunalen Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, in *Der Staat*, 1996, n. II, in particolare pp. 260-264).

ricordarlo — da due connazionali dello stesso Gneist ⁽²⁶⁾. Semmai colpisce nelle pagine di un giurista ed erudito così portentoso l'alternarsi di geniali intuizioni e di fenomenali abbagli, come quello che lo porta a fraintendere il senso e la portata della prerogativa regia nell'Inghilterra vittoriana ⁽²⁷⁾. Nel caso dell'autonomia locale la sua ricerca di testimonianze empiriche sulla validità della tesi steiniana di un'armonica saldatura tra Stato e società lo induce a disegnare un quadro oleografico e in parte anacronistico del tradizionale governo notabiliare delle contee ed a enfatizzare i rischi di « francesizzazione » del processo di rinnovamento e democratizzazione ⁽²⁸⁾. Partito dalla Germania con il bagaglio carico di rispettabile ideologia, il nostro pellegrino ha scrutato la terra promessa con un cannocchiale a tratti molto deformante.

5. Il lettore avrà compreso che un *excursus* dal tono così imperpertinente su questi giganti del pensiero politico europeo ha un valore puramente strategico: non vuole nemmeno lontanamente dissacrare con incosciente disinvoltura una maestà intellettuale che lascia ammutoliti. Lo scopo è solo quello di mostrare come il superamento dell'equazione accentramento-male necessario non può prescindere dalla rivisitazione delle origini del mito. Il che significa concretamente interrogarsi su coloro che lo hanno forgiato e consegnato in pagine celebri alla posterità.

Questa rivisitazione può d'altronde determinare anche una ricaduta ulteriore, ove suggerisca di spostare i riflettori su itinerari meno battuti e su figure ingiustamente trascurate. Si può scoprire allora che il liberalismo non ha combattuto la sua battaglia sempre e solo contro lo Stato sovrano in nome della società, ma che ha agito con perseveranza anche per riformarlo dal suo interno, nella speranza di riuscire a conciliare libertà individuale e sovranità ⁽²⁹⁾. In questo segmento di discorso liberale, l'accentramento è tematizzato come un'istituzione necessaria ma bisognosa di riforme, o, al contrario, è decisamente rifiutato, non apoditticamente però, bensì per fare spazio ad un progetto di ordinamento alternativo, più o meno coerente e convincente

⁽²⁶⁾ Mi riferisco evidentemente a Redlich e Hirst, autori di una *Englische Lokalverwaltung*, divenuta, nella traduzione inglese, il testo di riferimento sulla storia dell'amministrazione locale britannica.

⁽²⁷⁾ Cfr. E.J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit*, Frankfurt am Main, 1995, p. 78.

⁽²⁸⁾ « Für Gneist bedeuten die Neuerungen der Lokalverwaltung Englands, ihre gewählten Ausschüsse und bezahlten Beamten, eine Negierung des älteren obrigkeitlichen Selfgovernment, das jahrhundertlang den Grundbesitz gezwungen und daran gewöhnt hatte "gegen den natürlichen Zug des Interesses seine persönlichen Pflichten im Staate zu erfüllen" » (HAHN, *op. cit.*, p. 77).

⁽²⁹⁾ È uno dei meriti del recente studio di Lucien Jaume sui liberali francesi (*L'individu effacé, ou les paradoxes du libéralisme français*, Paris, 1997).

che fosse. Nessuna demonizzazione, quindi, ma la concretezza di un dibattito sulla legislazione e sull'assetto degli istituti vigenti che non ignora l'intrinseca difficoltà di porre fine una volta per tutte all'atavica tenzone centro-periferia.

6. Veniamo ora alla storiografia vera e propria sull'accentramento. Non mi dilungherò in analisi di dettaglio dei singoli contributi storiografici poiché avrei ben poco da aggiungere alle rassegne critiche della bibliografia che sono state recentemente presentate ai lettori di autorevoli riviste⁽³⁰⁾. Mi limito quindi a riassumere il senso delle due principali acquisizioni delle ricerche condotte su centro-periferia in Francia ed Italia.

Si può dire senza timore di incorrere in forzature che il primo approccio di questa fioritura di studi è stato quello di ridimensionare l'immagine truce del *moloch* accentrato, mostrandone debolezze, inefficienze, scrupoli e dilemmi. Da Leviatano che incombe sulla società civile inerme, lo Stato centralistico è divenuto un gigante dai piedi di argilla. La capitale esita ad esercitare il suo potere di comando sulle provincie o, quando lo esercita, non ottiene obbedienza. Istinti autoritari e impulso modernizzatore non sono assecondati dall'apparato che si mostra inferiore alle aspettative create dalla lettera severa ed altisonante della legge. Autoritarismo velleitario riscattato a tratti da un'intelligente duttilità, si direbbe, volendo riassumere: come quando l'autorità tutoria lascia germogliare nelle città spontanee iniziative di municipalizzazione e di rinnovamento urbano.

La seconda prospettiva a schiudersi è stata quella di matrice politologica. Una volta collocato l'accentramento nell'alveo del circuito notabili-elezioni-clientele-burocrazia-classe politica, si è scoperto che, lungi dal dominare la periferia, i prefetti spediti dalla capitale erano fortemente condizionati dai potentati locali, perfettamente capaci di adattarsi ai meccanismi di un'ordinamento solo in apparenza tirannico. A sua volta, l'impulso modernizzatore del centro, di cui si riconosce l'autenticità in alcuni settori e in certe congiunture, deve fare i conti con la rete delle solidarietà tradizionali che imprigiona nelle sue maglie le riforme concepite dal volontarismo razionalizzante. In sintesi, mutato l'ordine dei fattori istituzionali, il risultato in termini di potere e legittimità non cambia: chi detiene le leve della deferenza sociale in periferia sa far ascoltare la sua voce anche nei ministeri della capitale.

I tempi e l'impatto di questa messa a fuoco storiografica sono stati diversi in Francia e in Italia. Mentre nella letteratura d'oltralpe le

⁽³⁰⁾ Mi riferisco, per il quadro europeo, a C. SORBA, *Amministrazione periferica e locale*, in *Storia, amministrazione, costituzione*, Annale ISAP, 5/1997, pp. 153-185, mentre per la storiografia sullo Stato italiano a M. MERIGGI, *Storia dello Stato: privilegi, libertà, diritti nell'Italia unita*, in *Storica*, 1997, VII, pp. 97-119.

tradizionali rappresentazioni hanno perso terreno almeno da un ventennio, invero più per merito dei sociologi che di storici e giuristi, in Italia questa revisione data solo dagli ultimi anni, come era del resto naturale, visto il basso credito e riverenza che ha da sempre ispirato il sistema amministrativo unitario. Guidato dal senso comune oltre che dall'intuizione scientifica, lo storico italiano non aveva alcuna difficoltà a confidare nella veridicità delle testimonianze meno lusinghiere su istituzioni generalmente poco amate e per nulla venerate. Ora l'atteggiamento è mutato: dietro il discorso sull'amministrazione si cercano le prove, si aprono squarci sui giochi e sulle poste che nascondono, si interrogano fonti sinora tralasciate ⁽³¹⁾. Non è certo risultato da poco, senza con questo dimenticare i meriti e la perdurante attualità della storiografia che per prima, negli anni '60, si è cimentata con il tema dell'accentramento dal punto di vista giuridico-formale. È appena il caso di aggiungere che lo slancio di oggi non sarebbe pensabile senza la preparazione di ieri.

Eppure, a dispetto di tanto progresso, non tutti i tabù sono caduti perché il vecchio mito possa dirsi definitivamente superato. Uno dei pregiudizi a resistere più tenacemente è quello che vuole l'accentramento italiano intimamente diverso in modalità operative ed efficacia da quello francese, e quest'ultimo, a sua volta, molto più autoritario di quello belga. Tutte queste diffuse convinzioni sono rimaste finora per lo più allo stato di proposizioni indimostrate, giacché nessun confronto sul campo è stato tentato in storiografia tra queste varianti dell'accentramento napoleonico. Più propensi ad avventurarsi nella comparazione, i sociologi hanno talvolta battuto questa strada limitatamente all'esperienza istituzionale più recente, ma con metodi e conclusioni che, come era logico, non coincidono con quelli della ricerca storiografica ⁽³²⁾. Prima di accoglierne le conclusioni, che hanno spesso un tono fastidiosamente assertivo, verrebbe voglia di approfondire e verificare, a maggior ragione poi se dal verdetto sull'accentramento dipende in buona parte la valutazione globale del rendimento dello Stato unitario in Italia. L'argomento decisivo è che ogni discussione sui caratteri tipici della vicenda dello Stato in Italia, così come per converso delle vicissitudini della sovranità in Francia, non può sottrarsi all'onere di un controllo delle analogie e differenze (che vada oltre la descrizione dei tratti formali dell'ordinamento). Più di un elemento fa sospettare, infatti, che la storiografia nazionale dei singoli paesi abbia ingigantito, sia pure in perfetta buona fede, certi limiti o lacune della rispettiva tradizione istituzionale nella credenza che, ad altri climi e latitudini, motivazioni e comportamenti degli attori fossero del tutto diversi.

⁽³¹⁾ Il lavoro-cardine di questa inversione di tendenza è quello di R. ROMANELLI, *Il comando impossibile*, Bologna, 1995 (seconda edizione).

⁽³²⁾ Penso a S. TARROW, *Tra centro e periferia. Il ruolo degli amministratori locali in Italia e Francia*, Bologna, 1979.

Ho personalmente constatato la presenza di dinamiche molto affini in Francia e Belgio, tanto sul versante della configurazione normativa dell'accentramento, quanto su quello della sua messa in opera. In entrambi i paesi, è riscontrabile la stessa logica nell'atteggiarsi dei controlli e nell'imposizione di oneri alla periferia. Persino l'impiego a scopi elettorali di governatori e borgomastri non appare granché dissimile da quello di prefetti e sindaci francesi ⁽³³⁾.

Ma torniamo a Nico Randeraad. L'analisi della casistica di archivio presa in esame nella sua ricerca sui prefetti italiani fa risaltare notevoli analogie con le testimonianze offerte dagli archivi francesi. In settori come quelli della costruzione delle strade, o nei controlli sui comuni rurali, per fare solo un esempio, le difficoltà incontrate dai funzionari italiani rammentano quelle con cui fanno i conti i loro colleghi francesi della Monarchia di Luglio (il regime in assoluto più simile) o anche della Terza Repubblica. Osservava nel 1894 l'ex prefetto di Venezia Manfrin che « solo gli scrittori accurati e gli uomini di Stato pensatori notarono il fine coordinamento che realmente costituiva la forza delle istituzioni napoleoniche », mentre « gli empirici non videro più in là di un despota che comandava e l'universale che ubbidiva ». Se difetto vi era stato nell'accentramento amministrativo italiano questo risiedeva nella sua debolezza più che nella sua forza: nel non essere stato abbastanza dirigistico rispetto ad una periferia spesso inerte o retriva. Le testimonianze che scorrono sotto gli occhi di Randeraad ci svelano un'amministrazione ben intenzionata ma il più delle volte impotente. Non basta per cassare il giudizio negativo sull'accentramento, ma ci induce quantomeno all'indulgenza. Soprattutto poi se i famosi termini di paragone — i pretesi laboratori dell'autonomia locale — ci mostrano ad un esame ravvicinato lineamenti molto meno lusinghieri. Non resta che una strada da percorrere: che si dia la parola alla comparazione storica.

7. Fino a tempi recenti, il solo pensare ad un simile raffronto avrebbe sollevato fondate obiezioni sulla sua concreta praticabilità, stante la rarità degli studi monografici disponibili. Non più così oggi, dopo la fioritura di contributi sulla burocrazia centrale e periferica, su singole comunità locali, su istituti e dottrine, che rivelano altrettanti segni di vitalità di un filone storiografico destinato ad arricchirsi con ritmo costante. Va da sé che occorre molta cautela e sobrietà nell'intraprendere un percorso comparativo oggettivamente delicato, per il convergere di fattori sociali, politici e culturali di cui non si può non

⁽³³⁾ Mi permetto di rinviare a S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, II, Milano, 1996 e *L'autonomia locale in Belgio: dalle riforme giuseppine (1787) alle leggi del 1836*, in *Storia, amministrazione, costituzione*, Annale ISAP 3/1995, pp. 87-112.

tenere conto. La ricostruzione di antecedenti e contesti è impegnativa e faticosa, così come lenta e complessa è l'indagine di archivio — talvolta poi addirittura improba come negli archivi italiani. I progressi compiuti finora sono tuttavia abbastanza incoraggianti da indicare come promettente una simile pista di indagine. È certo comunque che un tale ampliamento prospettico può molto contribuire alla nitida messa a fuoco di questo imponente legato continentale, senza il filtro di miti e pregiudizi: quanto basta — mi sia consentito di concludere — per auspicare che riesca a trovare un qualche posto nell'agenda degli studi venturi sulla storia dell'amministrazione.

MARIANO PESET - PILAR GARCIA TROBAT

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE,
INVESTIGADOR Y MAESTRO

(a propósito de la publicación de sus «Obras Completas») (*)

No es posible en unas cuantas páginas examinar las obras completas de Francisco Tomás y Valiente — son sedimento de una vida, de largos años de esfuerzo —. Sería poco pertinente describirlas una a una, más aún valorarlas con detalle, como si se tratase de un juicio crítico o, lo que sería nuestro caso, un ensalzar sus logros. Preferimos una visión global del significado de sus escritos, con referencia a los más importantes y enjundiosos... Queremos dar cuenta del valor indudable de su obra historiográfica — desde la amistad, también desde la verdad —, cómo concebimos su magisterio e investigación del derecho hispánico. Fue siempre, a través de sus escritos, una referencia esencial para la historia del derecho; nos fue arrebatado por una muerte injusta, cuando todavía le quedaban muchas cosas que decir, muchos años de trabajo y frutos...

Creemos que se pueden ordenar nuestras consideraciones en dos apartados — no desvinculados entre sí — que abordan el significado renovador de su obra en términos generales y, después, nos fijaremos en sus contenidos.

Renovación histórica.

Para valorar la obra de Tomás y Valiente — como historiador — hemos de preguntarnos de dónde partía, cuál era la investigación histórico-jurídica de sus maestros García González y García Gallo, durante aquellos años. Podemos percibirlo desde las tres perspectivas o carencias, que presentaban aquellas direcciones, ya señaladas en el estudio sobre Vicens Vives y la historia del derecho de Mariano y José Luis Peset [en J.-M. Scholz (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Ius commune, Frankfurt, 1977, 176-262]. El profesor Tomás y Valiente era,

(*) Las citas que aparecen se refieren a F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, 6 vols., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

junto a otros, la excepción que anunciaba los cambios que después vendrían a superar aquellas limitaciones.

1. La primera limitación era de tipo cronológico; en los historiadores juristas estuvo muy asentado el medievalismo. Desde los comienzos, con la creación de la cátedra de licenciatura de historia general del derecho en 1883, dado que seguían vigentes las *Partidas* hasta la promulgación del código civil en 1888-1889, los nuevos historiadores se especializaron en edad media. Pérez Pujol se concentró en los visigodos, Hinojosa o Sánchez Albornoz, desde sus cátedras en la facultad de filosofía y letras, redactaron sus estudios sobre el medievo, como Ureña o incluso, en muchos de sus trabajos Rafael Altamira — quien después, como Ots Capdequí o Manzano, se abrió al derecho de Indias —. Parecía que la historia más compleja y rigurosa se debía ceñir a los siglos medievales; el ejemplo de la escuela de Chartres o los grandes historiadores del derecho alemanes favorecieron este interés por aquella época. Quizá había una intención de empezar por el principio, pero los prerromanos deparaban escasas noticias o datos, y Roma tenía sus propios especialistas... Casi todos los historiadores del derecho se limitaron pues a la edad media — así como los medievalistas citados de la facultad de historia, que tanta influencia tuvieron en la disciplina, con la fundación del *Anuario de historia del derecho español*, en 1924 —.

Tomás y Valiente, apuntaba que « desde Savigny y la Escuela histórica y, entre otros desde Martínez Marina o Hinojosa, la historia del derecho ha sido de modo predominantemente medievalista. A mí me han interesado preferentemente tiempos más recientes, incluido el siglo XIX, el estado liberal, casi abandonado por mis colegas » (*Obras...*, I, 10). Y, consciente o no, ya desde los comienzos de sus investigaciones, superó aquella limitación en el tiempo. Su tesis de doctorado, bajo la dirección del profesor Fairén, llevaba el título de *Estudio histórico del proceso monitorio desde el derecho territorial castellano hasta la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855*. En estas obras completas se ha recogido el artículo que publicó — « Estudio histórico jurídico del proceso monitorio » (*Obras...*, IV, 2649-2725) — no el original de la tesis, que era su primera investigación histórica; quizá se ha querido respetar la voluntad del autor. Después, sus primeros libros están también centrados en la edad moderna: rompía una limitación cronológica que tenía poco sentido. Porque la historia medieval nos permite conocer formas jurídicas muy distintas y lejanas, y nos facilita la comprensión de presente a través de su contraste; pero también las formas o soluciones más cercanas nos dan razón directa del presente...

Tuvo una etapa en que se acercó al medievalismo heredado, a los fueros castellanos, con aquellos esquemas tan en boga, de ir reconstruyendo instituciones desde sus preceptos, con mezcla y comparaciones

de materiales procedentes de varios textos — desde ediciones impresas — por ejemplo, « La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés », *Anuario de historia del derecho español*, 30 (1960) 249-489. Hacia 1974, le manifestaba su desconfianza a Juan Gutiérrez sobre los resultados de estos estudios tradicionales, en que se ordenaban diferentes familias de fueros (*Fuero de Béjar*, 30). No es fácil desembarazarse de una tradición académica, de la que además no reniega. Tan sólo pretende que la especialización personal pueda situarse en « el mundo visigodo o en el mundo de la codificación liberal, sin que en principio deba considerarse más digna de estudio la época más remota » (*Obras...*, V, 4166).

Sus grandes monografías se ocuparon de la edad moderna: *Los validos en la monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional* (1963), *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)* (1969, 2ª edición 1992), *La venta de oficios en Indias, 1492-1606* (1972, 2ª edición 1982). El último, acompañado de otras muchas publicaciones, pretendía ser parte de una futura monografía que no llegó a publicar. En su *Autobiografía* de 1990, escribe que todos los materiales dispersos los quería « verter en una monografía cuya demorada publicación a veces me obsesiona » (*Obras...*, I, 9-10).

Incluso, pronto, abrió su línea de investigación sobre la época contemporánea con « Los planteamientos políticos de la legislación desamortizadora », publicado en la *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 473 (1969), 873-961, versión reelaborada en *El marco político de la desamortización* en 1971, con cuatro ediciones más. Era un momento en que los historiadores, principalmente de la economía, se interesaban por este proceso esencial de la revolución liberal — Simón Segura, Martín Retortillo, Porres Martín-Cleto, A. Lazo... —. Pero sus estudios tendían a establecer los procesos de venta de bienes nacionales, cantidades, mecanismos..., así como determinar las instituciones religiosas o civiles que eran desamortizadas y quiénes compraban aquellos bienes... Tomás Valiente vio claro que, como historiador jurista, podía trazar un panorama general, encajar en la coyuntura política las diversas leyes desamortizadoras: Cádiz, el trienio liberal, Mendizábal, Madoz, la Gloriosa... De este modo quedaba patente, explicado, ese gran proceso de la revolución que terminaba con las grandes propiedades de las manos muertas o las propiedades colectivas. Su preocupación por alguno de los contenidos de la asignatura no resueltos de modo satisfactorio para él, le lleva, por necesidades docentes, a trabajar sobre determinados temas. Le hacía falta un « esquema del proceso desamortizador para ofrecérselo a mis alumnos ».

En el año 1977, en la revista *Sistema*, presentaba una revisión de la bibliografía sobre historia constitucional, sin duda con designio de abrir un campo nuevo de sus investigaciones. Hasta ese momento había sido un sector atendido por algún historiador como Miguel Artola o por los

especialistas de derecho político, Sanz Cid sobre Bayona, Sánchez Agesta, Sevilla Andrés, Martínez Sospedra... —. Las limitaciones políticas de la época de Franco convirtieron a los constitucionalistas en historiadores. Se reivindicaba ahora una parcela en la que los historiadores del derecho apenas habían entrado. No le fue posible un intenso trabajo en este sector: llamado al tribunal constitucional en 1980, su interés por la historia de las constituciones se desplazó hacia tareas judiciales sobre la constitución actual. Sus investigaciones histórico-jurídicas se relegaron a un segundo plano, pero no quedaron en el olvido. En 1995 publicaría en el *Anuario* « Génesis de la constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución » y otros trabajos menores — publicados en Tomás y Valiente: *Constitución: escritos de introducción histórica*, con prólogo de B. Clavero, Madrid, 1996 — nos demuestran ese interés indudable (*Obras...*, I, 2485-2646). También la codificación, « como un gran fenómeno histórico-jurídico del que a nosotros nos incumbe dar razón » (*Obras...*, V, 4167), fue objeto de sus investigaciones, con algunos artículos que recogió en *Códigos y constituciones, 1808-1978* (*Obras...*, III, 1903-2040).

En su *Manual* de 1979 — cuyos rasgos principales comentó Benjamín González Alonso en *Quaderni* (10, 1981) — diseña su concepción: « lo construí dedicando atención y extensión creciente a las épocas (o modos de creación) más recientes » (*Obras...*, V, 4162). De hecho, la edad moderna y la edad contemporánea merecen más amplio espacio que los periodos anteriores, a pesar de su menor tracto cronológico — tres siglos y dos siglos aproximadamente, frente a las largas centurias que precedieron —. ¿Era porque su investigación se centraba, en especial a partir del 1500? No lo creemos, más bien escribe con la convicción de que las épocas más cercanas explican mejor el presente, poseen mayor atractivo para los estudiantes de derecho, que pueden encontrar claves más profundas para su formación como juristas...

Tomás y Valiente fue un gran profesor. Los testimonios de sus alumnos, tras su muerte, lo demuestran. Él mismo dejó escrito en su *Autobiografía* que ni aún en los momentos más conflictivos había tenido problemas con ellos. Además contaba entre sus amigos a muchos de ellos, « cada vez voy teniendo más amigos (muchos de ellos alumnos y exalumnos) » (*Obras...*, I, 197). Su preocupación docente va más allá de las clases como ritual. Sus lecciones — como señala Benjamín González Alonso en « Recuerdo de Francisco Tomás y Valiente, universitario e historiador », *Quaderni*, 26 (1997), 663-688 — las cuidaba hasta el mínimo detalle, nunca improvisaba: « eran piezas auténticamente magistrales construídas con esmero, a manera de eslabones engarzados sin violencia en la cadena del curso ». Por eso, se empeña durante años en elaborar su manual. Con él pretendía despertar el espíritu crítico de sus alumnos, pedía que ejercitaran « su razón crítica, para que la lectura de

este libro no les conduzca al aprendizaje memorístico y estéril de sus letras, sino a un diálogo mudo y razonado ente quien lo escribió sin talante dogmático y quienes deben estudiarlo con inteligencia abierta a la reflexión y a la crítica » (*Obras...*, II, 932). Otra realidad le acompañaba, « elaborado al filo de las clases y pensando en sus alumnos », poder suprimir las explicaciones de determinadas lecciones, pues se podían preparar por este libro, a fin de extenderse en aquellas que consideraba de mayor interés. « Cuando vuelva a dar clase lo utilizaré en ese sentido » (*Obras...*, I, 12). Es un manual de fuentes, pero no las expone de forma aislada, sino que trata de relacionarlas con los aspectos políticos, económicos... que las fundamentan. Quedaban fuera, aunque, como él mismo señalaba « por ahora », las instituciones (*Obras...*, V, 4162).

2. La segunda nota de la vieja bibliografía histórico-jurídica fue su escasa consulta de archivos, con algunas excepciones — singularmente Hinojosa y Sánchez Albornoz, de la facultad de letras; Valdeavellano, Font Rius y Carande desde derecho —. Los historiadores juristas tendían a utilizar las fuentes impresas, aunque de *Partidas* no existe todavía una edición crítica, — la ha emprendido Antonio Pérez Martín — ni de *Fuero Juzgo*; de *Fuero real* o *Espéculo* apenas hace unos años que han aparecido, por Mac Donald y Martínez Díez. Se conformaban entonces con las defectuosas ediciones de la academia de la historia, de principios del XIX... Los fueros locales se iban publicando en algunas ediciones modernas — Lacarra se enfrentó al *Fuero de Navarra* y Font Rius a las cartas de población y franquicia catalanas... —. Todo lo más consultaban algún código de leyes, haciendo estudios sin precisión en las fuentes y manuscritos, con resultados muy discutibles: filología sin textos depurados. En todo caso, no se consideraba necesaria la labor paciente de archivo para descubrir otras capas del derecho, la práctica auténtica, la efectiva y real aplicación del derecho.

Tomás y Valiente rompe ya este límite en *Los validos*, con la consulta de memoriales y escritos anónimos — los más de la biblioteca nacional — en los que descubre ideas a favor o en contra de aquella difuminada institución, por la que el rey confiaba a un alto noble el manejo de los asuntos públicos. Al duque de Lerma Felipe III, al conde duque de Olivares su sucesor Felipe IV, a Oropesa... No disponía de una bibliografía que le apoyase en su investigación — algunas biografías, Cánovas, Duque de Maura; los escritos de Maravall, que no publicaría su *Estado moderno y mentalidad social* hasta 1972 —. En el archivo de Simancas investiga y analiza los mecanismos de poder de estos hombres que se interponen entre el rey y los consejos y secretarios. Sus trabajos, en general, beben en los documentos y archivos. *El derecho penal de la monarquía absoluta*, lo construye sobre las fuentes legales y los escritos de los juristas de la época. Pero como buen

historiador le interesa conocer cómo se llevan a la práctica las leyes y las ideas de los juristas y la reacción de la sociedad frente a los delitos más usuales. La documentación proporcionada por el archivo histórico nacional, sobre todo y el de Simancas después, le ayudan a reconstruir el primer aspecto mientras que para el segundo, consulta lo que califica como « crónicas de sucesos o crónicas cortesanas ». En esta ocasión, la mayor accesibilidad a las fuentes castellanas — reside en Salamanca — determina su limitación espacial, subrayando así la importancia de los archivos para mejor entender el derecho. En *Las ventas de oficios en Indias*, deja constancia de la necesidad de estas fuentes, pues afirma que extrae la mayoría de los datos de entre los legajos de diversos archivos, « generalmente en visitas veraniegas ». Y desde esta línea considera que el tema no está agotado pues « para ello sería imprescindible (y quizá insuficiente) pasarme muchos meses en el archivo de Indias » (*Obras...*, I, 641). Historia y archivo son dos ámbitos inseparables.

3. En tercer lugar, historia del derecho era casi sinónimo de historia de la legislación. El esquema canónico o aceptado consistía en una introducción política, económica y cultural, para pasar después al estudio de las fuentes legales — apenas alguna referencia a los autores juristas de la época —, luego, las instituciones públicas y privadas, construidas con referencias a fueros y leyes. En los artículos especializados se reconstruía una institución desde sus orígenes: al menos desde Roma hasta casi el presente, sus variaciones en las normas, fragmentos de preceptos que apenas dejaban entender evoluciones y sentido de aquellos cambios. Cuando en verdad el derecho es lo que se realiza o aplica, y la práctica puede estar lejos de las leyes, que, como dice Jhering, si no se aplican son puro papel... El positivismo jurídico introducido por la exégesis francesa o la pandectística alemana, pesaba fuertemente sobre la historia del derecho. Había que atenerse a la ley, al derecho positivo. Tomás y Valiente quiso descubrir el auténtico pulso y realidad del derecho; se esforzó por no identificar la historia del derecho con el estudio de la legislación, y a la par por no « disolver su objeto específico, el derecho, en un politicismo o en un sociologismo difuso y carente de rigor » (*Obras...*, V, 3978). Sus trabajos así nos lo demuestran... En su *Manual*, en las primeras páginas, hace ver el peligro de un positivismo que escamotea realidades jurídicas, al reducir el derecho a las leyes. Porque el derecho vivo sólo puede ser entendido si se escudriña en sus diversos niveles: las leyes, las sentencias, las costumbres — no sólo las que se redactan, sino las que reflejan los documentos o las supervivencias —, la doctrina de los autores, la práctica notarial, la actividad burocrática o administrativa... Sin olvidar el marco político o económico...

Cuando trabaja sobre los validos ¿que podía ofrecerle la norma? Apenas una autorización de firma por el monarca, algún nombramiento

de primer ministro en los últimos — don Juan de Austria, Oropesa, Medinaceli... —. Ha de rebuscar en la documentación, en los papeles para dibujar la figura de aquellos personajes, que no tienen definición en las leyes, pero constituyen un poder fuerte y esencial en la monarquía. Sobre venta de oficios se trasluce también su paciente búsqueda para acercarse a la realidad: las cédulas dicen una cosa, pero ¿se cumplen? ¿qué eficacia tienen? Es el derecho vivo lo que interesa y puede darnos idea de su virtualidad, con sus implicaciones políticas y económicas. Ya hemos dicho, su empeño en reproducir la realidad penal de la monarquía absoluta. La ley es importante, pero debe ser completada, matizada y aún rectificada con el estudio de la doctrina y de los procesos. Descubrir y describir el derecho del pasado excede al estudio de las leyes como lo proclama a través de su obra y lo destaca y ensalza en los trabajos de otros. Así, subraya como lo mejor de Ots Capdequí, « su preferencia por la realidad, más allá de la letra legal, su preocupación por la verdad del derecho vivido que sólo una prolongada y paciente labor de archivo permite descubrir » (*Obras...*, VI, 5465). Sus trabajos sobre constituciones históricas no se quedan en la letra de la ley, indaga en el archivo del congreso de los diputados, en los diarios de cortes y tiene presente la cultura jurídica del momento.

También la doctrina jurídica obtuvo un lugar preeminente desde sus primeras investigaciones. En el proceso monitorio ya concluía que « el silencio de las fuentes legales era compensado en casi todos los momentos por insinuaciones de la literatura jurídica, que dejaban entrever un derecho vivo, consuetudinario, un poco — o un mucho — al margen de la ley y quizá contrario a ella, pero en el que no todos sus puntos e instituciones son mercedoras de un trato despectivo, ni de una política de eliminación. Antes bien en más de una ocasión — como se puede comprobar en nuestro estudio — la literatura y la práctica jurídicas, crean y aplican un régimen más perfecto, y desde luego, más vivo y real que el del Derecho recogido en los cuerpos legales. Prestar atención a ambas es un deber del historiador del Derecho » (*Obras...*, IV, 2725).

¿Con qué contaba en derecho penal moderno cuando inicia su estudio? ¿Las viejas apologías de Hinojosa o del padre Montes, el viejo libro de Duboys? Generosamente destaca a Riaza, López Amo, Galo Sánchez... Utiliza alguna bibliografía extranjera, pero, sobre todo, tiene que construir desde la base. Lidia con legajos y procesos para comprender el alcance de las leyes sobre delitos y penas, los procedimientos criminales, y se extiende en los autores que le sirven para entender el mundo penal, que sólo desde las leyes es difícil de penetrar. Su mismo tono general, cuando presenta la doctrina y sus direcciones, deja percibir que está transitando un terreno nuevo — esa atención a la doctrina, tan antigua y afinada en Italia, se había descuidado en los estudios españoles —. Ureña disfrutó durante muchos años una cátedra

de historia de la literatura jurídica en los estudios de doctorado de la universidad central — única que dispensaba este grado, en ese centralismo mutilador que fue la universidad liberal —. Con todo y algunos estudios sobre juristas musulmanes, avanzó muy poco en estas investigaciones. Tampoco Riaza, su discípulo, pues la muerte violenta segó su vida...

Valiente examinó también con atención a varios autores, como al valenciano Lorenzo Matheu y Sanz, por quien, junto a Beccaria, inició sus estudios sobre la tortura en 1971, con un antecedente en 1963-1964 sobre su abolición. Editó a Campomanes, Santayana y Bustillo, Pacheco, Martínez Marina, Argüelles — una de sus últimas publicaciones históricas —... Sabía que existía una carencia de la doctrina, aferrados los historiadores juristas a las leyes, cuando muchas veces los planteamientos doctrinales son más jugosos y, desde luego, engloban leyes, las sentencias y la práctica muchas veces, aunque en otras se encierren en una casuística o reflejen sólo textos romanos, canónicos o propios. Ese interés por la doctrina — su rigor — fue seguido por sus numerosos discípulos, de manera que hoy se construye el relato histórico atendiendo los escritos de los juristas modernos y contemporáneos...

Incluso en sus estudios sobre desamortizaciones muestra esa apertura esencial del derecho. Quiere entender el proceso político y económico que es, junto a los decretos y leyes, su marco de la desamortización. También indagó sobre la jurisprudencia del tribunal supremo o del consejo de Estado para entender mejor sus procedimientos, sus supuestos... (*Obras...*, IV, 3143-3168; 3169-3186).

Su concepción del derecho determina no sólo sus investigaciones históricas, sino que condiciona su idea en el presente, animando al jurista a la crítica de las mismas normas « desde postulados éticos y desde valores socialmente aceptados ». No se tiene ya la posibilidad, como en épocas anteriores de derogar o arrinconar las normas formalmente vigentes, pero sí de recuperar « una conciencia política no desgajada de su trabajo profesional » ni de la realidad social (*Obras...*, II, 1576).

Método y contenido de sus investigaciones.

Tomás y Valiente inició su investigación en Valencia, pasando pronto a Madrid. La historia del derecho — el *Anuario* — estaba en manos de personas cercanas al régimen, como Torres López, y al Opus Dei, como García Gallo, López Ortiz o el romanista D'Ors. Imperaban unas maneras de hacer historia impermeables a la renovación, nacional-católicas, anticuadas. En ese ambiente trabajaría, aunque después se distanciase de primeras posiciones, política e intelectualmente. En su *Autobiografía* refleja su esfuerzo para orientarse en el estudio histórico — había que hacer historia, pero ¿qué historia? —. Leyó sobre epistemología y teoría de la ciencia, sobre marxismo, entonces en boga, que

nunca aceptó... Sus escritos sobre método — indispensables en aquellos momentos, aunque siempre unidos a una investigación continuada — fueron orientadores. Incluso en el *Manual*, en las primeras páginas, propone a los escolares las líneas cardinales de su contenido y posiciones. Por vez primera expresó su distanciamiento de la historia jurídica tradicional en 1976, en una conferencia sobre « Historia del derecho e Historia » (*Obras...*, IV, 3285, que completa en IV, 3373, 3397, 3589, 3633; V, 4143, 4275). La historia del derecho no podía ser concebida como una disciplina jurídica — como un estudio institucional, desde las leyes —, sino más bien suponía la aplicación del método histórico al derecho; no cabe la separación de una historia general, basada en los acontecimientos puntuales frente a una historia jurídica más permanente a lo largo del tiempo — la historia económica y social tenía por meta situaciones estables, persistentes —. Pero es una disciplina hecha por juristas y dirigida a los historiadores y a los juristas: no hay dogmática sin historia. Le preocupó la incardinación del derecho en la historia, salió en defensa de la colaboración entre historiadores del derecho e historiadores no juristas — « divorcio convertido a veces en ignorancia recíproca hacia los años sesenta » (*Obras...*, V, 4167) — y con su orientación metodológica, reivindicó el estudio del derecho pero entendiéndolo como « un elemento de un conjunto más amplio, de un todo social, que el derecho organiza y regula », superando las limitaciones que imponían el medievalismo y el formalismo y contribuyendo « al estudio practicado por los historiadores no juristas » (*Obras...*, II, 1587-1588). En todo caso, en sus aseveraciones no es un *a priori*, sino una experiencia investigadora, una apertura superadora de viejos enfoques. Con todo, siempre guardó el recuerdo vivo y respetuoso por sus maestros: « fui alumno en Valencia de Font Rius y discípulo de los profesores Fairén Guillén y García González » (*Obras...*, IV, 4161), después García Gallo, dejando constancia de su deuda, o indagando qué puede denominarse escuela, a pesar de su creciente distanciamiento... Nunca rechazó el modelo « maestro-discípulos » (*Obras...*, V, 5465).

Dejó escrito que sus primeros trabajos no respondían a su ideal historiográfico. « El proceso monitorio, la prisión por deudas, las fianzas o la sucesión de quien muere sin descendientes, más, quizá, algún otro de menor entidad, son temas sobre los que he investigado llevado por causas ajenas a mi propia espontaneidad », propuestos o impuestos por las circunstancias de formación o preparación... « Al margen de ello, he encauzado mis investigaciones en torno a tres sectores: las instituciones político-administrativas de la monarquía absoluta, el Derecho penal y procesal-penal, y la legislación básica del Estado liberal. Durante veinte años (1960-1980) a eso dediqué mi trabajo y mi pluma... » (*Obras...*, I, 9).

Sin duda, éstas fueron sus líneas de investigación, aparte otros

trabajos menos vinculados a esos centros de interés, que usualmente se acumulan en una obra amplia, en un esfuerzo sostenido o en unos compromisos que su prestigio le deparaban. Creemos que esas tres líneas confluyen en una sola: Tomás y Valiente realizó una amplia y documentada meditación histórica sobre el poder y el Estado en la época moderna, que en sus últimos años trasladó para enfocar la contemporánea. Su idea de Estado la sintetizó Paolo Grossi con precisión, con cercanías y discrepancias — «Alla ricerca di frammenti di verità» —. Sus libros fundamentales se encadenan para dar cuenta del gobierno de la monarquía absoluta, que tan imperfectamente conocíamos; si recorremos los viejos manuales de la asignatura, como un indicador — él los utilizó en este sentido — comprobamos la persistencia de romanos y visigodos, de edad media, en detrimento de las dos últimas edades.

Ese interés central sobre los mecanismos del poder está ya en uno de sus primeros trabajos sobre la diputación de las cortes castellanas, que, naturalmente, no incluye entre los que rechaza o considera ajenos al núcleo esencial de su interés, aún cuando sí opina más tarde que lo escribió mientras dominaban unas concepciones ya superadas... A partir de este momento sus trabajos sobre la monarquía absoluta empiezan con *Los validos* —tema que le sugirió García González—, y desde el que inició su penetración en los documentos y problemas de los Austrias menores. Después vinieron sus escritos sobre la tortura, como antesala del derecho penal; pero, ciertamente, en *El derecho penal de la monarquía absoluta* —otro tema de García González, como él mismo reconoce en la introducción y al que agradece «un trabajo de investigación tan sugestivo» (*Obras...*, I, 197) — realiza un planteamiento más amplio, en donde el quicio fundamental es el *ius puniendi* del monarca, la ley penal como instrumento político — frente a la venganza privada, el perdón o el duelo —. Luego se sumerge en la jurisprudencia, en el proceso, los delitos y las penas... Como también sus numerosos trabajos sobre ventas de oficios buscan una imagen, unas realidades de la monarquía austríaca y borbónica...

1978 fue un año notable en su trayectoria de investigador. El mismo nos dice que estaba pendiente del cambio político — le preocupaba —, mientras redactaba su síntesis sobre «El gobierno de la monarquía y la administración de los reinos», en el volumen 26 de la *Historia de España* de Menéndez Pidal-Jover, que apareció en 1982. Sus investigaciones monográficas se completaban ahora con una versión de amplio espectro, en donde resumía sus conocimientos sobre el poder en la edad moderna. En el volumen 31, publicado en 1981 — redactado antes, sin duda — trataba de «La obra legislativa y el desmantelamiento del antiguo régimen», como símbolo inequívoco de que abandonaba sus estudios sobre el absolutismo y, de cara al futuro, se decidía por la historia contemporánea. Una mirada puesta en la codificación, a la que

dedicó varios estudios en los años siguientes, pero, sobre todo, a las constituciones que fueron objeto de varios trabajos... Los reuniría en *Códigos y constituciones, 1808-1978*. Aunque todavía pensaba en dar la última mano a su libro definitivo sobre venta de oficios, que no terminó.

Pero desde 1979 empieza un momento en que su interés se orienta hacia la nueva constitución — Clavero ha reconstruido esa etapa previa a su nombramiento como magistrado del tribunal constitucional (*Tomás y Valiente, una biografía intelectual*, Milán, 1996, pp. 105-122) —. En 1980 sería designado magistrado del tribunal constitucional, cargo que disfrutaría durante doce años. Necesariamente, su dedicación a la historia, aunque no la abandona, sufre un paréntesis, le falta tiempo, porque su dedicación es grande...

Hay en Tomás y Valiente — como en toda persona — un indudable interés por el presente. En su obra busca una vinculación entre la historia y la realidad, entre el pasado y el presente. Quizá de ahí su interés por épocas más cercanas. « El legislador actual puede extraer de nuestra historia buenas enseñanzas para la adaptación de instituciones hoy día — como el proceso monitorio — generalmente útiles y reconocidas en otros países » (*Obras...*, IV, 2725). La historia la concibe como un instrumento clarificador de las realidades actuales. Es un hombre de extensa lectura, no sólo de bibliografía histórica, sino buen conocedor de la política del momento, de la literatura incluso... Pero además, sus trabajos aluden con frecuencia a paralelismos entre hechos pasados y los presentes: cuando escribe sobre la desamortización, dedica un recuerdo a la destrucción y privatización que se estaba llevando a cabo en la dehesa del Saler, extensa pinada y playas junto al lago de la Albufera en Valencia. En torno a la tortura alude a una joven argelina, torturada por aquellas fechas... Sin duda, son reflejo de su entera persona en su trabajo, las vivencias que despierta el entorno difícil de la dictadura y la transición. Él mismo nos confiesa que « la conexión entre la historia que vive el historiador y la historia que escribe siempre me ha parecido obligada, aunque sé que es metodológicamente peligrosa ». Hasta sus últimos días mantuvo su pluma dispuesta a razonar y enjuiciar los acontecimientos con generosidad y valentía... Quizá por esa generosidad, por su talante, decidió un día participar en la vida pública española — como tantos otros profesores universitarios en los últimos años —. Hibernó sus tareas de historiador y pasó al tribunal constitucional. No abandonó por entero la historia, que tanto había significado en su vida, pero sus publicaciones fueron más esporádicas, de menor aliento. Las tareas judiciales le ocupaban espacios amplios — se entregó con denuedo a su nuevo oficio, no escatimó fuerzas —. No dejó de publicar, aunque su mayor esfuerzo se dirigió hacia el derecho vigente. Sus investigaciones históricas se resintieron, pero supo aprovechar la ocasión que se le presentaba. Él, que había reivindicado tanto los estudios sobre el XIX, tenía la oportunidad

de llevarlos adelante. Su trabajo en el tribunal constitucional, le ponía en contacto con la constitución vigente y con esa idea suya de buscar en el pasado problemas del presente, dedicó tiempo al estudio de las constituciones y códigos históricos. Autores de la época moderna fueron sustituidos por otros más cercanos, cuya lectura le facilitaba la comprensión de momentos actuales: Argüelles, Azaña... (*Obras...*, V, 4565; V, 5477).

Cuando ya había vuelto a la universidad — días antes de pasar al consejo de Estado — fue asesinado en su despacho el 14 de febrero de 1996. Todos esperábamos una edad de plata, con su experiencia y madurez, sus conocimientos... No fue posible. Tomás y Valiente, como historiador del derecho, quedaría definido por su obra anterior, en Valencia, en Madrid, en Salamanca... Sin duda, tenía proyectos, que, al parecer, a la vista de sus inéditos, no estaban apenas desarrollados — tan sólo algún bosquejo de una historia constitucional —. La desaparición de su persona nos privó de unos años de su vida, que podrían haber sido fructíferos. Su muerte violenta hizo más dolorosa su pérdida, desaparecía un gran historiador, una persona valiosa, un amigo... « La muerte — escribió él mismo ante el asesinato de Manuel Broseta — siempre asombra, pero cuando es fruto de un hombre produce estupor e indignación. ¿Cómo es posible matar así? Cualquier pseudo-razón política palidece ante el hecho crudo de la mano, la pistola y la nuca. ¿Cómo puede hacer esto un ser humano? No busco explicaciones ni respuestas: prefiero quedarme con mis preguntas sin perdón... Si no lo recordáramos estaría aún más muerto él y nosotros no habríamos sido sus amigos » (*Obras...*, III, 2478).

GEMINELLO PRETEROSSÌ

CARL SCHMITT TRA FILOSOFIA
DELLA TECNICA E DIRITTO POLITICO

(nota su John P. McCORMICK, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*, Cambridge, University Press, 1997)

John P. McCormick ha costruito una monografia sullo Schmitt weimariano, che unisce all'equilibrio critico un'istanza teorico-politica germinata dal dibattito attuale: quella di ripercorrere attraverso Schmitt e criticandolo dall'interno, le aporie della liberaldemocrazia e i rischi insiti nelle sue declinazioni normativiste contemporanee. « Al di là dell'apologia e della polemica », rappresenta l'orientamento di fondo del volume. Occorre, invece di emanare facili (per quanto eticamente legittime) condanne, comprendere da un punto di vista teorico le ragioni della radicale critica schmittiana al liberalismo. Usi « immediati » di Schmitt, eccessivamente connessi a presupposte assunzioni politico-ideologiche contingenti, sono pericolosi e inutili ai fini di una più alta comprensione. Ma anche un rifiuto a partire da un apriori « liberal » o « leftist » sarebbe assai debole, sintomo di un provincialismo tutto anglo-americano che tende a leggere ogni tema ed autore (più o meno classico, più o meno proficuamente estraneo rispetto al senso comune colto contemporaneo) attraverso la griglia « universalismo versus comunitarismo ». Invece, il modo migliore non solo per difendere, ma soprattutto per capire meglio la « tradizione illuminista » è quello di procedere a una critica immanente di Schmitt e dello schmittismo. L'equilibrio metodologico di McCormick è peraltro funzionale a una ricerca che è anch'essa fortemente motivata da interrogativi etico-politici attualizzanti e costantemente intrecciata nel suo procedere con essi. La strategia dell'Autore è quella di una presa di distanza rispetto all'ingenuità di molti approcci anglo-americani agli autori continentali (soprattutto se « maledetti ») ma per arrivare, più robusti nell'argomentazione, a riformulare le questioni del dibattito interno al pensiero liberaldemocratico. Nel caso di Schmitt (ma non solo), ciò è possibile muovendo dal riconoscimento della crucialità della critica tedesca alla tecnica, e quindi della temperie culturale che la alimenta soprattutto a Weimar, ma che affonda le sue radici già nella crisi tardo-ottocentesca del vecchio mondo giulielmino. La questione della tecnica si è fatta

politicamente spinosa nel Novecento perché nei regimi liberaldemocratici l'intreccio tra tecnocrazia e masse serba un potenziale autoritario. Di fronte alle società post-industriali e globali, vi sono fondamentalmente tre approcci possibili: il normativismo (alla Rawls e Habermas), di ascendenza kantiana; il neo-esistenzialismo (Derrida, Foucault), debitore verso Nietzsche e Heidegger; una via neo-hegeliana, che media tra questi due poli intellettuali della modernità (la tecnica non è né gabbia di acciaio, né volontà primordiale). In Schmitt sarebbero presenti tanto la mediazione hegeliana che Nietzsche (p.10): in ciò sta la radice della sua concettualità radicale, che muove dal negativo e lo riconosce come fonte della « forma », così come della sua tendenziosità (volta a giocare il negativo contro la razionalità moderna). Il fascismo rappresenta per McCormick un'ipotesi politica più ampia di quella storicamente realizzata: un misto di populismo ed efficienza, unito al disprezzo per i diritti individuali. Con azzardo storiografico, egli si spinge a suggerire « importanti somiglianze » tra il fascismo e i suoi primi, esclusivamente moderni « padrini » autoritari: l'assolutismo proto-moderno e il bonapartismo ottocentesco (p. 11). Tale parallelismo tra esperienze politico-istituzionali radicalmente distinte da un punto di vista storico e categoriale, serve a enucleare la figura di un « autoritarismo sofisticato », in qualche modo erede del filone « imperativista » della modernità politica, in cui collocare Schmitt, il quale gli fornirebbe particolare linfa teorica in virtù della sua comprensione del destino tecnocratico dell'Occidente. Il fascismo è una sorta di radicalizzazione del liberalismo (p. 14), una connessione rintracciabile « ante litteram » già nel contrasto tra l'Hobbes assolutista e quello liberale; allo stesso modo, tale nesso liberalismo-fascismo spiegherebbe almeno in parte il debito di Hayek e Strauss verso Schmitt. Il punto è che egli riflette un dualismo intrinseco al pensiero moderno (simboleggiato dalla tecnica): il contrasto tra una scienza formale ed astratta (razionalismo) e una fascinazione concretamente orientata al contenuto (romanticismo). Un momento non può esistere senza l'altro. Qualsiasi approccio intellettuale che privilegi un solo polo, è in realtà una negazione della modernità e non una comprensione teorica di essa. Le aporie di Schmitt « mostrano » quelle del Moderno: soprattutto, la relazione tra volontà di potenza e razionalità, attraverso il medium della tecnica. Essa è ben più di uno strumento neutro, la « scienza applicata » dell'uso comune. La sua neutralità è una visione del mondo, e la più subdolamente totalizzante, instensiva che sia possibile. Weberianamente, vi è un nesso non ignorabile tra la tecnica e il modo di pensare tecnico-economico: un'attitudine impregiudicata alla manipolazione della materia, che genera nuove forme di dominio; una forza astratta che sradica le particolarità concrete e qualitative dell'esistenza umana (p. 18). Tuttavia, Schmitt ritiene anche, secondo McCormick in consonanza (ma quanto consapevole ed effettiva?) con le analisi degli esponenti della « teoria

critica », che tale lato astratto è solo « un » lato della Modernità, perché la tecnica moderna evidenzia anche una fissazione sul qualitativo e sul particolare. Il concetto del politico che Schmitt elabora è per l'Autore un tentativo di risposta a tale deriva, un tentativo di infondere senso, che in realtà soccombe alle dicotomie « offuscanti » della Modernità che egli critica (p. 92 sgg.). Effettivamente, l'idea che la medicina sia simile alla malattia, che alla crisi si risponda applicando una dose maggiore e incorrotta perché « originaria » di energia politica, è la cifra della diagnosi polemica schmittiana; ed è precisamente ciò che non ne fa un tradizionalista cattolico, nostalgico del perduto ordine gerarchico, ma un critico interno della « tradizione moderna » che cerca in essa, o meglio nella sua matrice hobbesiana tradita dalle « trasformazioni » post-stataliste, l'antidoto. Tuttavia, Schmitt si sforza di accreditare il criterio amico-nemico non come donazione di senso, ma tutt'al contrario come smascheramento di tale attitudine tardo-moderna. Anzi, il concetto del politico viene giocato strategicamente in funzione del recupero di una dimensione elementare formale e tuttavia efficace, della riesplicitazione di quanto la dottrina dello Stato e del diritto non « contiene » più: la possibilità dell'ostilità, la necessità del pluriverso politico, il bisogno di disciplinamento interno come dato presupposto di qualsiasi ordine. Un quadro « antropologico-politico » intransigente, che delinea una strutturante genesi politica del diritto e che non è « operabile » da nessuna prassi ideologica. Proprio tale riconoscimento consente di sottrarsi a quelle « valorizzazioni » che sono sintomo e concausa della incapacità di forma politica realistica e concreta, di evidenza non subdola, del pensiero novecentesco. Di fatto, il concetto del politico, come la sociologia « teologico-politica » dei concetti giuridici, sono delle meta-donazioni di senso, con le quali Schmitt si propone di render conto, demistificandone ma cogliendone la logica, di ogni donazione di senso moderna. Una ricerca ossessiva di uno sguardo decondizionato, che escluda accuratamente il ricorso a teleologie assiologiche e a progressi cumulativi. I « valori » sono minimi, elementari, esistenziali: il controllo dell'insuperabile problematicità dell'uomo, l'effettività di un ordine « vuoto », basato su una trascendenza « laica » perché assente e perciò tenuta sullo sfondo, allusa attraverso un personalismo politico che ne è la mera trascrizione formale sul terreno mondano. Schmitt è troppo consapevole delle buone ragioni del nichilismo moderno per opporgli « senso ».

La critica schmittiana della tecnica è debitrice per McCormick verso Nietzsche (peraltro, come Heidegger, assai poco presente, almeno in modo esplicito, nelle opere di Schmitt). In effetti, si tratterebbe di un Nietzsche filtrato da Weber, cioè della riformulazione weberiana della critica nietzscheana della razionalità illuminista in critica della razionalità tecnica. Il giovane Schmitt (parallelamente al giovane Lukàcs) incorpora, mentre ne esplora i limiti, le tesi di Weber, e illustra come

l'irrazionalità ipoteticamente premoderna e extrarazionale, che rimane impenetrabile alla razionalità illuminista, è parte della ragione stessa. Nonostante il disincantamento del « politico » (o forse proprio per questo), le neomitologie di massa sono « manufatti » moderni. La teoria del pluralismo etico weberiano implica l'indecidibilità in termini di razionalità assiologica (ma in caso di conflitto estremo anche procedurale) e quindi la latenza di un puro scontro di volontà soggettive. Esso è complementare alle strutture irresistibili, oggettivamente razionali della « gabbia d'acciaio » (pp. 34-35). A dispetto della « rivoluzione conservatrice » e di Heidegger, secondo McCormick è Schmitt a svolgere la critica filosofico-culturale più esplicita e radicale della tecnica, come mostrano opere quali il giovanile commentario ad « Aurora boreale » di Theodor Däubler, *Cattolicesimo romano e forma politica*, nonché la conferenza sull'*Epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*. La strategia schmittiana per dissolvere la cappa della tecnica che grava sull'Europa è la promozione di un conflitto mitico verso l'Unione sovietica. A tal fine l'immagine nietzscheana dell'Anticristo diviene la figura della tecnica e il mezzo del suo smascheramento. La tecnica è un mito che ispira contromiti. Nietzsche identifica il mito della scienza con la cristianità e ricorre al mito dell'Anticristo come risposta. Schmitt chiama il mito stesso della tecnica l'Anticristo e ricorre, almeno in determinate fasi, al cattolicesimo romano come risposta (p. 90). Quando svilupperà compiutamente il suo concetto del politico, smetterà di parlare in termini di « cattolicesimo politico », sostituito dal più generale criterio amico-nemico. McCormick vede una precisa linea di continuità tra il concetto del politico schmittiano e le idee di Nietzsche secondo cui è stata la « guerra » per ottenere istituzioni liberali, propria della stagione rivoluzionaria della borghesia, che ha consentito agli istinti illiberali di continuare: senza un avversario, le istituzioni stesse perdono valore, e divengono autodistruttive (p. 93). Nel saggio sull'*Epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni* Schmitt cercherebbe soprattutto di mostrare come quel misto di irrazionalismo e tecnicismo, di socialismo e slavismo incorporato nella Russia sovietica rappresenti il nuovo nemico assoluto, addirittura la vera nozione del « politico » (p. 112). Secondo McCormick, Schmitt da una parte elabora una teoria della progressiva neutralizzazione sulla scia di Nietzsche (p. 104 sgg.), dall'altra, echeggiando la chiusa della *Politica come professione* di Weber, sfida il ceto intellettuale tedesco ad uscire dalla passività (p. 108). Solo che, evocando spregiudicatamente il linguaggio dell'Anticristo, il giurista di Plettenberg diviene non il *Katechon* ma il Mefistofele della Germania di Weimar: l'esito nazista ha una sua consequenzialità (p. 116-117).

A proposito del mito politico e della guerra civile europea novecentesca, occorrono a mio avviso alcune precisazioni. È indubbiamente vero che una parte significativa delle élites conservatrici europee ha

vissuto la rivoluzione bolscevica con lo stupore e la furia di chi vede brandita e rivolta contro di sé una propria creatura: lo « Stato più intensamente statale » del Novecento sovvertiva la tradizione leviatana, volgendola a fini economici e ideologici opposti rispetto a quelli della *Ur-Verfassung* sociale che gli sottostava, ma assumendone in pieno l'energia politica (e anzi mostrando una capacità sconosciuta al liberalismo di mobilitazione di massa e concentrazione di potenza). Il confronto tendeva così a divenire « totale » e quindi ad acquisire anche valenze mitiche. Del resto, la grammatica della nuova opposizione tra due opposti irriducibili, proletariato e borghesia, incaricati di un definitivo compito storico, era già stata elaborata nell'Ottocento dal pensiero reazionario e contro-rivoluzionario (e proprio in Donoso, ben più che in Nietzsche, Schmitt aveva trovato spunti per la sua critica radicale e polemicamente orientata). Tuttavia, sarebbe sbagliato vedere in Schmitt concessioni a una elaborazione mitopoietica: bisogna sempre distinguere tra quelle che sono le sue idiosincrasie ideologiche, gli umori viscerali, e l'analisi diagnostica. Il mito che egli ritiene necessario è puramente funzionale e non ha alcuna legittimità contenutistica: un mito disincantato, non una « nuova religione » (pp. 113-115). È solo il sostituto necessario nell'epoca delle « democrazie di massa » del discorso di legittimazione monarchico-statalistico. Infine, il bolscevismo mostra ancora per Schmitt una notevole evidenza politica, perché è particolarmente efficace nella discriminazione del nemico e nel disciplinamento interno: pertanto rappresenta una sfida raccogliabile attraverso una strategia neo-hobbesiana, cioè riconoscendo l'impoliticità del liberalismo e tutelando valori e interessi dei ceti di « proprietà » e « cultura » attraverso un recupero della sovranità politica, che sostituisca la logica plebiscitaria a quella dello Stato-persona. Inoltre, l'Anticristo da « tenere a freno », che insidia da sempre l'ordine mondano e in modo particolare quello post-cristiano della Modernità è in generale il caos politico-giuridico quale paradigma polemogeno che conduce all'ostilità assoluta, smisurata. Il paradigma simbolico dell'Anticristo non è fornito da un nemico politico-ideologico determinato: è un'insidia non contenutistica, bensì una sfida formale-strutturale che accompagna la « problematicità » dell'uomo.

McCormick traccia un'evoluzione del pensiero più propriamente giuridico di Schmitt che risente dell'assunzione privilegiata ai fini ermeneutici di opere, quali *Cattolicesimo romano e l'Epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, che potremmo definire di filosofia della cultura o « contro-filosofia della storia »: opere cioè in cui si delinea un'interpretazione destinale dell'Europa moderna, nella quale si riflette la peculiare temperie spirituale tedesca ossessionata dalla coppia oppositiva cultura/civilizzazione e dal « livellamento » necessariamente intrecciato al progresso. Così, anche nel passaggio da un testo come quello sulla *Dittatura a Teologia politica I* si delinerebbe una radica-

lizzazione che corrisponde ad un intendimento più estremistico della Modernità politico-giuridica stessa: mentre nell'eredità romanistica la dittatura era uno strumento tecnico-istituzionale, che conservava essenziali vincoli e garanzie, perché funzionale al ristabilimento dell'ordine, la dittatura sovrana moderna diviene scopo a se stessa, determinando da una parte un'autofunzionalizzazione assoluta e dall'altro il predominio del bruto dato esistenziale del potere/violenza (*Gewalt*). Nelle società tradizionali sussistevano beni a priori sanzionati, rispetto ai quali il mezzo rimaneva tale. La politica moderna è invece strutturalmente estremistica, perché è tecnica di se stessa. L'ordine è vuoto, l'unico suo elemento « puntuale », rilevabile è la decisione, che non è ponderazione equa, ma innanzitutto stabilimento sul nulla dei propri stessi presupposti di sussistenza e manifestazione. Sul suo corrispettivo « dal basso » (il « riconoscimento » del potere necessario per una validità efficace) nulla può e deve dirsi, se non la constatazione che esso si è dato, cioè che il « rischio » del politico è stato premiato. Una logica del genere, che punta sull'eccesso, conduce alla teologizzazione dell'eccezione (il « miracolo ») e si lega, secondo McCormick, alla ricezione da parte di Schmitt della teoria weberiana del carisma. Una lettura di questo tipo, nella quale si avverte l'eco delle recenti appropriazioni americane di Schmitt (si pensi ai saggi di Ellen Kennedy e ai vari contributi comparsi sulla rivista « Telos ») suggerisce nessi teorici suggestivi. Occorre tuttavia evitare di eccedere nell'estetizzazione del « politico », cadendo nella trappola di certi compiaciuti e consapevoli giochi intellettuali schmittiani. Soprattutto, è fondamentale non perdere di vista la sostanza politico-giuridica del suo pensiero, che è quantomai debitore della tradizione giuridica imperativistica, e ben poco ha a che fare con qualificazioni sociologico-contenutistiche, non formali del potere o con approcci estetico-romantici. La sovranità di *Teologia politica I* non ha nulla di carismatico: è una funzione categoriale demistificante. Ci pare insomma che in Schmitt contino più Gneist, Stein, Jellinek, lo stesso Kelsen, che non Nietzsche e Heidegger. Così come, tra i filosofi, ben più pesino i « classici » Hobbes e Hegel. La stessa « questione Weber » presenta varie sfaccettature, perché è vero che Schmitt partecipò ai seminari di Monaco e che esiste un nesso contestuale e tematico tra i due autori (che McCormick evidenzia), ma è anche vero che nella sua opera Schmitt non si sbilancia particolarmente su Weber, anche perché ha lavorato essenzialmente su altri materiali (giuridici e teologici). Inoltre, Weber ricerca soluzioni utili a una leadership politica efficacemente rappresentativa in un contesto post-autoritario, accettando il terreno della mediazione tecnico-politica imposta dal pluralismo dei valori e dal pluralismo degli interessi che segnano le società di massa, e individuando nella riduzione della legittimità a legalità un indicatore sostanzialmente « progressivo » (per quanto portatore di aporie). Per Weber non c'è altra Modernità fuori della « legalità ». Schmitt invece

contrappone alla crisi dello Stato moderno un ordine verticale e formale, polemico verso le trasformazioni liberal-democratico-sociali che hanno estenuato la tradizione statualistica, in cui non vi è spazio per il compromesso pluralistico. La « genesi » (violenta, arazionale, non garantita, esistenziale: politica, insomma) del diritto (che per Schmitt vuol dire dell'ordine complessivo) non ha solo interesse « archeologico », è la vera ratio strutturante ma in sé infondata che non può essere ridotta ad alcunché, neppure alle regolarità cui conduce.

A noi sembra che lo « specifico giuridico » della riflessione di Carl Schmitt sia di gran lunga il suo terreno privilegiato (si pensi alla centralità di *Dottrina della costituzione*, vera « summa » sistematica). Naturalmente, si tratta di un « giuridico » di specie particolare, perché centrato sulla dimensione pubblicistico-moderna e, soprattutto, perché caricato di valenze culturali più ampie rispetto a un mero strumentario formalistico: il diritto in quanto scienza dell'ordine ha inevitabili rimandi storico-politici e, nella misura in cui dipende da una visione del mondo e ne è il segno, persino « teologico-speculativi ». Del resto, tale ottica schmittiana ci sembra che colga un punto imprescindibile anche oggi, e cioè che il diritto non può essere compreso semplicemente a partire da se stesso, rinserrandovisi, giacché proprio la comprensione piena della sua concettualità apre inattesi e affascinanti squarci su altre discipline oltre che sui suoi presupposti storico-culturali spesso obliati. Insomma, che Platone e Aristotele fossero innanzitutto « maestri di diritto », come Schmitt dice nelle note aggiunte alla conferenza sulla « situazione della scienza giuridica europea » del 1943/44, non è poi solo una battuta. Così come non avrebbe senso parlare di sovranità, diritto positivo, o degli stessi diritti umani, senza convocare le prestazioni filosofico-concettuali di Hobbes o Hegel.

Forse è anche per tale fedeltà a un'idea impegnativa di « diritto politico », contro qualsiasi politica del diritto semplicemente « tecnico-sociale », che la critica schmittiana del liberalismo è a suo modo formalista. Essa compara ad una concettualità spinta all'estremo l'esito pragmatico per delegittimarlo. Giustamente McCormick sottolinea come Schmitt si sia sempre rifiutato di assumere in pieno, nella sua complessità sostantiva, la questione dell'autenticità dell'Occidente come « entità culturale » (pp. 297 sgg.). Semplicemente perché non ci credeva e anzi riteneva pernicioso crederci. Per Schmitt non si dà una legittimità autoaffermativa (alla Blumemberg) dell'epoca moderna. O meglio, l'unica legittimità che è consentita al Moderno e che lo costituisce è data dal ripudio dei contenuti veritativi, cui viene sostituita, secondo la massima hobbesiana, l'autorità post-tradizionale. Quindi, non è possibile alcuna edificazione progressiva né legittimazione intrinsecamente contenutistica. Autoaffermarsi è un atto di pura potenza che, se si accantona il personalismo secolarizzato in tale mossa, conduce inevitabilmente al dominio di un onnicomprensivo « termine medio »,

cioè all'epoca della tecnica. Per Schmitt la via alternativa della Modernità può essere solo quella leviatanica di Hobbes (in parte paradossalmente, perché anch'essa non è estranea all'esito tecnocratico, pur essendo originariamente «altra»). Di sicuro la via che confida di ancorare gli ordini «positivi» al costituzionalismo liberale, o a «impolitici» diritti umani, è per Schmitt illusoria, debole, e soprattutto subalterna ad un dominio che, ponendosi come assolutamente neutrale, è del tutto impermeabile ad un'etica del diritto. Per la sua concettualizzazione «scientifica» delle ipoteche originarie del diritto moderno, Schmitt è stato il demolitore più insidioso dell'idea stessa che i contenuti emancipativi impliciti nella liberaldemocrazia e nel costituzionalismo dei diritti delineassero un nuovo modello di ordine, consumando almeno in parte i vincoli del «politico» (la necessità di confini e asimmetrie). Naturalmente tale attitudine non era ideologicamente neutra. Tuttavia la prestazione schmittiana, almeno negli episodi ermeneutici più felici, squaderna aporie difficilmente aggirabili del «nuovo diritto» e, quel che più conta, è in grado di render conto del loro nesso con una tradizione (imperativistico-statalistica) ancora ben presente, per quanto in forme umbratili, nelle categorie attraverso le quali organizziamo le stesse trasformazioni. Non è consentito liquidare il tramonto dello *jus publicum europaeum*, senza comprenderlo, pascendosi di oblio e illusioni sul «nuovo». Ciò spiega, almeno in parte, la fortuna dello schmittismo, che McCormick ritiene notevole nel conservatorismo americano contemporaneo: in quello culturale, attraverso Strauss; in quello tecno-economico via Hayek; in quello relativo alla politica estera, attraverso Morgenthau (p. 304). Purtroppo, i «liberals» continuano a sottoscrivere una comprensione della modernità quale processo lineare di razionalizzazione sociale (pp. 305-306), contentandosi di parole quali «complessità» e «globalizzazione» per spiegare gli effetti reali incommensurabili al modello astratto (frammentazione sociale, ingovernabilità dei fenomeni economico-finanziari, fragilità del diritto internazionale). Non comprendendo che l'intreccio immanente al Moderno tra razionalità procedurale e irrazionalità volontaristica, da cui muove la critica schmittiana, è ancora intatto.

GIOVANNI ROSSI

DAI CONTRATTI AL CONTRATTO:
GIURISTI AL LAVORO ALLE SOGLIE DELL'ETÀ MODERNA

(a proposito di I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997 (Il diritto nella Storia, 5)

1. Esistono libri per i quali le classificazioni solitamente impiegate per comoda convenzione appaiono sfuocate e riduttive, libri che fanno dimenticare al lettore l'occasione contingente che li ha prodotti e che s'impongono comunque per la robustezza della ricostruzione storica, per la ricchezza dei materiali impiegati, per la sensibilità nella lettura delle fonti, per la capacità di offrire risposte convincenti a problemi aperti ed insieme far sorgere nuove domande su temi ancora non sufficientemente indagati. Il recente libro di Birocchi deve ricomprendersi a pieno titolo in questa non folta schiera, poiché l'etichetta di "corso di lezioni" con la quale si propone rischia di nascondere dietro le finalità didattiche la dimensione più schiettamente scientifica che pure è facile cogliere nell'impianto dell'opera e nell'analisi provveduta e puntuale delle dottrine fatte oggetto d'indagine. L'A. parla di « manuale », chiedendosi se si tratti di « un ibrido, dunque, dalle caratteristiche non ben definite e a metà strada tra lo strumento didattico e la monografia » (p. 13), ma noi preferiamo vedervi uno stimolante testo a più dimensioni, che riesce a dialogare con lo studioso sul piano della rigorosa messa a fuoco delle teorie sul contratto formulate dai diversi autori protagonisti della grande stagione del pensiero giuridico "culto" senza per questo perdere (o forse conservandola proprio per tale motivo) la dichiarata valenza formativa per lo studente che si avvia a divenire giurista ⁽¹⁾.

Il tema scelto ⁽²⁾ concerne una delle tappe più importanti nella

⁽¹⁾ Valenza che non viene meno ma, anzi, è evidenziata dal fatto che si tratta di un testo complesso e di non agevole studio per chi lo affronti privo di solide nozioni sia giuridiche che storiche.

⁽²⁾ Sul quale B. nell'ultimo decennio è sovente tornato, fornendo penetranti indagini intorno all'enucleazione del concetto di contratto nella cultura giuridica moderna; cfr. I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, CUEC, 1988 (Università degli Studi di Cagliari. Pubbl. dell'Istituto di Storia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza); i contributi lì apparsi (*La questione dei patti*

secolare vicenda della laboriosa emersione dell'esperienza giuridica moderna: infatti, agli occhi degli stessi giuristi del XVI e XVII secolo che sono oggetto di studio nel volume qui recensito, lo sforzo sostenuto nel tentativo di affrancarsi dagli strumenti tecnici propri della consolidata tradizione di "diritto comune" al fine di enucleare una inedita categoria generale di contratto, collegata al tenore delle fonti romane ma non ricalcata su di esse ed in definitiva originalmente "moderna" ⁽³⁾, ha sicuramente rappresentato una operazione di genuina innovazione rispetto al passato, un mettersi alla prova quanto alla capacità di elaborare soluzioni ben calibrate su di un piano squisitamente tecnico-giuridico, oltre che più ricche e consapevoli grazie alle conoscenze storico-filologiche che arricchiscono ormai il bagaglio culturale del giurista.

Per non cadere nel genericismo banalizzante, tuttavia, la ricerca si è concentrata specificamente sul tema della *causa contractus*, individuato quale momento di snodo nella riflessione in materia contrattuale, a partire dal quale è possibile cogliere lo svilupparsi di architetture concettuali complesse che si differenziano in modo sempre più chiaro ed irrevocabile dagli esiti tipicamente medievali, dimostrando la forte originalità e creatività della dottrina cinquecentesca, che « si nutre di una notevole fiducia nel proprio ruolo » (p. 26), fondando una raffinata speculazione dogmatica sull'impiego sapiente della rinnovata logica di matrice ramista.

Lo spunto di partenza sorge dalla constatazione della carenza di studi relativi alla nascita di un concetto "moderno" di causa, inteso quale « giustificazione generale dell'obbligazione contrattuale » (p. 22), non più segmentata in una pluralità di cause relative alle diverse obbligazioni ed ai singoli contratti come accade in epoca medievale. Come nota giustamente B., l'argomento ha attratto i cultori di diritto positivo (o, almeno, coloro che si sono mostrati consapevoli della necessità di dare spessore teorico alle proprie analisi attraverso il recupero della dimensione della profondità storica della scienza giuridica) più di quanto abbia stimolato gli storici del diritto: la conseguenza è stata una conoscenza parziale ed episodica di una parabola scientifica

nella dottrina tedesca dell'Usus modernus, e Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna) sono stati poi entrambi riprodotti in *Towards a General Law of Contract*, ed. by J. BARTON, Berlin, Duncker & Humblot, 1990 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 8), pp. 139-195 e pp. 249-366; si vedano inoltre Id., *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la 'natura contractus'*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX (1990), pp. 243-322; Id., *Notazioni sul contratto (a proposito di un recente lavoro di G. Alpa)*, ivi, pp. 637-659.

⁽³⁾ È superfluo dire, come sarà precisato meglio *infra*, che "moderno" qui ha valore puramente temporale, senza alcuna coloritura aprioristicamente positiva che presupponga un giudizio di valore ed attribuisca alle soluzioni più recenti una intrinseca razionalità o giustezza.

che si presenta invece come un *continuum* che conduce senza cesure nette (piuttosto con aggiustamenti di rotta ripetuti e talora sensibili) dal XVI secolo fino all'epoca dei grandi codici civili ottocenteschi. Occorreva quindi evitare una rappresentazione fatta di stereotipi (pseudo) storiografici, primo tra tutti quello della progressiva approssimazione ad un modello moderno qualitativamente superiore, che tradisce la « finalità strumentale dell'indagine storica rispetto ai problemi attuali di ricostruzione dogmatica... in una linea sostanzialmente evolutiva, o come proposta di modelli attraverso cui convalidare il presente » (p. 24). Le radici di tale atteggiamento possono rintracciarsi già nel pensiero di Savigny, disposto in ultima analisi a piegare l'attività storiografica al servizio della individuazione dei contorni del "sistema" nel quale s'incarna il diritto vigente (per questo lo schema interpretativo fornito con la sua *Geschichte* non si comprende fino in fondo se non viene letto alla luce della poderosa costruzione delineata nel *System des heutigen römischen Rechts*).

L'aver fissato così nitidamente scopo e limiti dell'opera ha consentito, tra l'altro, di non appesantire oltremisura la trattazione con una riconsiderazione *funditus* dell'intera problematica nelle fonti romane, contentandosi l'A. di richiamare succintamente la storiografia romanistica specifica ogni volta che appaia utile per la migliore intelligenza del discorso, senza attardarsi in una disamina puntuale delle singole norme romane, nell'implicito ma chiaro riconoscimento dell'autonomia paleosata rispetto ad esse — nonostante tutto — dalla cultura giuridica umanistica e moderna in genere, forte della enunciazione della storicità del diritto romano (quindi della sua non proponibilità quale diritto immediatamente vigente): a ben guardare, l'errore imperdonabile rimproverato ai Medievali non consiste tanto nell'essersi allontanati dal paradigma romano per giungere ad una configurazione originale dei singoli istituti, quanto nell'aver contrabbandato le dottrine genuinamente medievali come esegesi fedele delle fonti romane, a ciò costretti a causa della finzione della ininterrotta vigenza del *Corpus iuris* di Giustiniano.

2. L'A. ha concentrato anzitutto l'attenzione sulla teoria medievale dei *vestimenta pactorum*, collegata con l'altra della scomposizione del contratto in elementi sostanziali, naturali ed accidentali: siamo di fronte a due tipici prodotti dell'*interpretatio* dottorale affermatasi nell'età del "diritto comune", mediante i quali Glossatori prima e Commentatori poi sono riusciti a riplasmare l'intera materia mostrando una singolare autonomia dalle fonti romane. La sintetica trattazione fornita nel testo coglie acutamente nel segno quando sottolinea la differenza di fondo tra le due dottrine, pur originariamente complementari, delle quali l'una « aveva spostato l'asse della ricerca verso le eccezioni alla regola che il nudo patto è inefficace » (p. 80), partendo dal tentativo di

giungere mediante lo strumento della causa a spiegare che cosa e perché rendeva obbligatorio e dunque azionabile il patto, fornendogli così un *vestmentum* ⁽⁴⁾, mentre l'altra « conduceva un'opera di scavo sui "tipi" e quindi rifletteva su una struttura contrattuale già dotata di una propria funzione » (p. 62), dimostrando una capacità di lettura analitica delle singole figure che verrà messa a frutto nelle più disparate occasioni; sarà infatti impiegata quale strumento prezioso per giungere alla configurazione corretta di ogni contratto, dialetticamente distinto da quelli a prima vista analoghi, ma si rivelerà anche assai efficace nel consentire una evoluzione interna al singolo tipo, giocando sulla diversa combinazione degli elementi e soprattutto sulla presenza o meno dei *naturalia contractus*.

Un esempio privilegiato di tale impiego può rintracciarsi nell'approfondimento dottrinale che viene dedicato alla nozione di feudo: per inquadrare correttamente un istituto che manca di modelli nella compilazione giustiniana e che si connota per la sua proteiforme versatilità, i giuristi ricorrono fiduciosamente all'identificazione della *natura contractus* per orientarsi nella molteplicità di situazioni che la prassi sottopone alla loro osservazione e su quella base lavorano poi per comprendere quando eventuali patti aggiunti rappresentino una forzatura tale da dar vita ad un rapporto feudale irregolare e fin dove ciò sia ammissibile. Sul punto la riflessione di Baldo si rivela particolarmente ricca e complessa: si vedano le esplicite affermazioni reperibili tanto nel fondamentale commento ai *Libri Feudorum* quanto nei numerosi ed importanti *consilia* del Dottore perugino in materia feudistica. E.g.: « Deinde dicitur hic quod per pactum licet quod sine pacto non licet et quod pactum trahit feudum extra naturales terminos feudi ad terminos pacti » ⁽⁵⁾; « Per pactum et conventionem potest alterari naturam feudi et transmutari », poiché « feudum quandoque regulatur secundum naturam: quandoque secundum pacta, quae sunt altera natura » ⁽⁶⁾.

Si tratta di teorie raffinate, messe a punto e quasi cesellate per merito di un lavoro ininterrotto di molte generazioni di Dottori, ma sono teorie che nel XVI secolo mostrano ormai i segni dell'usura del tempo, sempre più stancamente ripetute in descrizioni verbose e scontate che conservano in misura assai ridotta nell'approccio al tema i

(4) Correttamente si distingue nel testo tra la teoria dei *vestimenta* approntata dai Glossatori (a partire da Piacentino, sempre all'avanguardia nel saggiare le potenzialità della giovane *scientia iuris*) e l'impostazione successivamente preferita dai Commentatori.

(5) BALDI DE PERUSIA *Opus aureum super feudis*, Lugduni, 1522, ad tit. I, *De his qui feudum dare possunt*, § *Et quia vidimus*, n. 11.

(6) Sono passi tratti rispettivamente dal V (cons. 182, n. 6) e dal I volume (cons. 353, n. 2) dei *consilia* (ediz. Lugduni, per Ioannem Pullonum alias de Tridino, 1548). Sulla feconda dialettica *natura feudi* — *pactum adiectum* in Baldo cfr. P. GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XV (1986), pp. 593-621.

caratteri dell'elaborazione scientifica e si ammantano dell'autorevolezza di una tradizione che in breve verrà consapevolmente ripudiata.

Per queste ragioni la scelta di guardare alla dottrina della prima età moderna, nella convinzione di cogliere negli autori di quell'epoca i primi ad impostare in modo nuovo il problema del contratto quale categoria generale non appare arbitraria ed immotivata, né tantomeno frutto di una lettura della storia strumentalmente volta alla valorizzazione degli immediati precedenti dell'odierno diritto positivo. In tal senso vanno invece coloro che si appagano di studiare il pensiero di singole figure, pur di grande rilievo, più direttamente collegate alla genesi del *Code Civil* (pensiamo anzitutto a Domat e Pothier), piuttosto che risalire alle origini di un movimento culturale che nacque con un programma di netta cesura verso il passato e che fu di ampia portata, ebbe tempi di gestazione relativamente lunghi, si diffuse in buona parte dell'Europa e si sviluppò in molteplici filoni, difficilmente identificabile dunque nell'apporto di un solo personaggio.

Assieme alle scarse reliquie del pensiero dei giureconsulti romani tramandateci dalle Pandette giustiniane, le sistemazioni tardo-medievali devono perciò essere assunte dallo storico quale punto obbligato di partenza, ma soltanto nel senso di riconoscervi, nell'uno come nell'altro caso, anche se a diverso titolo, la cava di materiali che i giuristi umanisti ebbero a disposizione per l'edificazione di una costruzione comunque nuova (perché nuove erano le richieste manifestate dalla società circostante, così come nuove erano la formazione culturale dei "culti" e la loro stessa sensibilità per la vita del diritto) ed insieme la pietra di paragone ch'essi impiegarono per saggiare la bontà e la congruenza delle soluzioni di volta in volta escogitate.

3. Tali premesse spiegano la scelta dell'A. di fermare l'attenzione su di una serie di personaggi di primo piano nel composito panorama del cultismo cinquecentesco d'oltralpe, troppo sovente descritto ed indagato — forse perché studiato, almeno in Italia, soprattutto in funzione della polemica che lo vide su posizioni aspramente critiche verso il metodo tradizionale perpetuatosi nel *mos italicus* — come se si fosse trattato di una corrente scientifica intimamente coesa ed unitaria ed invece percorso da interne contraddizioni e ricchissimo di elementi eterogenei in tensione dialettica tra loro ed incarnato in uomini dalla personalità fortemente rilevata, accomunati dalla cultura umanistica ma anche, talora, assai diversi per il peculiare bagaglio di esperienze personali, di interessi scientifici, di scelte politiche e religiose che li contraddistingue. Merito non piccolo di questo libro è quello di aver rispettato tali specificità, mettendo a fuoco con puntiglio il senso e la portata delle soluzioni tecniche di volta in volta prospettate ma delineando nel contempo la fisionomia scientifica complessiva degli autori considerati, fornendo così un ottimo esempio di quello che dovrebbe

significare oggi fare storia di concetti ed istituti giuridici (una volta si sarebbe detto storia di dogmi), inserendo il tecnicismo in una cornice più ampia e compiutamente storicizzante che eviti per tale via le secche dell'erudizione e non insegua vanamente le ombre cinesi del formalismo.

François Connan (1508-1551), Hugues Doneau (1527-1591), Hermann Vultejus (1555-1634), sono soltanto alcune tra le figure che popolano queste pagine (7), dalle quali scaturisce un affresco nel quale si possono egualmente apprezzare tanto la resa architettonica del quadro d'insieme come la nitida caratterizzazione dei singoli autori, analizzati in sé ma posti anche in relazione dialettica con gli altri protagonisti del panorama giuridico europeo cinque-seicentesco. D'altra parte, l'impressione netta che si ricava dalle notazioni di B., pur così circostanziate ed attente a mettere nel giusto risalto la vicenda umana e scientifica dei diversi giuristi, è quella di una dottrina che mantiene ancora una sostanziale unitarietà d'impostazione, pur nella sua variegata molteplicità d'interessi e d'indirizzi. La rimarchevole corallità della *scientia iuris* medievale sta cedendo il passo ad un'epoca che mette al primo posto l'individuo, la personalità eccellente che si staglia a tutto tondo, ma le diverse correnti di pensiero non si sono ancora trasformate nella pluralità cacofonica di linguaggi dell'epoca contemporanea e l'*humus* comune ai rappresentanti delle diverse scuole dell'umanesimo giuridico è ancora abbastanza profonda e fertile da consentire l'instaurarsi tra loro di un dialogo non fittizio.

I primi decenni del Cinquecento in Francia conoscono la diffusione della fama di Budé, capace con le sue opere d'incidere profondamente sulla mentalità dei contemporanei accreditando l'idea che la filologia rappresenti uno strumento necessario per l'attività dello storico, non impacciato da specializzazioni che ne avrebbero immiserito il ruolo e ridotto innaturalmente l'orizzonte della ricerca: il *De asse* (1515) mostrò con eloquenza la pienezza degli esiti ai quali poteva aspirare chi avesse messo in pratica la ricetta umanistica. Nelle *Annotationes in Pandectas* (1508) si riproponeva inoltre al giurista il monito ciceroniano a *redigere in artem* il diritto, che suonava come il recupero dalle fonti retoriche classiche di un preciso programma volto alla risistemazione della materia legale attraverso l'impiego di categorie generali via via specificate ed infine articolate in definizioni dei singoli istituti; « forse perché poi

(7) Non mancano infatti riferimenti puntuali, tra i moltissimi autori citati, per restare ai maggiori, a Guillaume Budé (1467/68-1540), ad Andrea Alciato (1492-1550), a François Douaren (1509-1559), a Charles Dumoulin (1500-1566), a Jacques Cujas (1522-1590), senza dimenticare giuristi quali Pierre Rebuffi (1487-1557), Jean Coras (1512-1572), Barnabé Brisson (1531-1591), Louis Charondas Le Caron (1536?-1613?), Matthaeus Wesenbeck (1531-1586), tutti personaggi di rilievo del panorama umanistico cinquecentesco, non soltanto francese.

in definitiva Budé era assai più un letterato che un giurista »⁽⁸⁾ (p. 106), egli non percorse per lungo tratto la strada che aveva indicato, ma spettò alla generazione successiva raccogliere l'invito, cercando di fondere in modo più convinto e provveduto che in passato gli *studia humanitatis* e la rinnovata *scientia iuris*.

A questo proposito, nessuno ormai nega che i giuristi "culti" abbiano dato voce ad istanze non ulteriormente dilazionabili di rinnovamento, sia nel metodo che nei contenuti, scaturite anzitutto su di un piano genuinamente giuridico, producendo un movimento scientifico di grande spessore teorico ma capace di tradursi in proposte tecniche con rilevanti e dirette ricadute sulla vita quotidiana del diritto. Una schematica contrapposizione tra teoria astratta (umanistica) e concreta prassi (egregiamente servita dal bartolismo e dal *mos italicus*) non sembra seriamente accreditabile quale chiave interpretativa dello scontro tra vecchio e nuovo che si consuma in quest'epoca ed ha l'epicentro nel travagliato XVI secolo.

Per quanto riguarda Connan, in coerenza con quanto già notato, la sua opera viene collocata nella temperie culturale degli anni '40 del Cinquecento, anni recanti l'impronta del regno di Francesco I. Mentre si sviluppa una serrata discussione sulla *methodus* che investe frontalmente l'*interpretatio* medievale, soprattutto attraverso la critica del modello tradizionale d'insegnamento del diritto, con un fiorire rigoglioso in materia di operette polemiche verso il passato ma anche marcatamente propositive, egli elabora i suoi *Commentarii juris civilis* (pubblicati postumi nel 1553) indicati come la « prima importante opera di impostazione sistematica prodotta secondo i gusti umanistici » (p. 97), dal taglio personalissimo e subito famosa, anche se le opinioni originali ivi espresse non furono accolte con favore, a cominciare da quella che negava efficacia al patto anche sul piano del diritto naturale. Fatti oggetto di rilievi che ne mettevano in discussione tanto la metodica impiegata quanto i contenuti tecnici, giungendo fino al celebre giudizio di radicale dissenso pronunciato da Cujas, i *Commentarii* interessano in questa sede per aver individuato nel sinallagma, inteso come causa dell'obbligazione, il fulcro di una dottrina unitaria sui contratti. Svalutando l'elemento dell'incontro di volontà che, da solo, non produce effetti giuridicamente apprezzabili, Connan rintraccia nel complesso normativo di *ius gentium*, assunto quale specificazione del *ius naturale* ma distinto da esso per il carattere d'immediata vigenza delle regole che lo compongono, il fondamento della vincolatività dell'obbligazione contrattuale, da cogliersi nel criterio dell'*utilitas* che presiede alla configurazione dei singoli contratti, compresi quelli inno-

(8) B. rimarca giustamente come le *Annotationes in Pandectas* siano l'opera di un *grammaticus* d'altissimo livello, sottolineando d'altronde l'opposta valenza che tale termine assumeva di volta in volta nel lessico degli scolastici ed in quello degli umanisti.

minati, per la cui disciplina concreta bisogna poi guardare alle prescrizioni del *ius civile* di ciascuna comunità. Dunque la radice prima della giuridicità del contratto riposa in una realtà oggettiva quale quella delle relazioni di scambio tra i membri della *civitas*, degne di tutela da parte dell'ordinamento in base alla considerazione dell'utilità comune: per passare dal campo della morale a quello del diritto la promessa deve mostrarsi dotata di un *quid pluris* inerente alla sua struttura che la qualifichi in senso conforme al concetto aristotelico di giustizia correttiva: appunto il sinallagma.

Le basi di questa teoria risiedono evidentemente nella trattazione dedicata dallo Stagirita al tema della giustizia, specialmente nell'Etica a Nicomaco, ma l'autore francese procede ad uno scavo del concetto di sinallagma in parte autonomo che gli consente di affrancarsi da una lettura pedissequa di Aristotele per proporre invece un inquadramento inedito di tutta la materia. Partendo proprio dal tentativo di apprestare una veste giuridica equa nella quale calare l'attività economica di scambio dei beni (equità letta come sostanziale equilibrio tra vantaggio ricavato e danno subito dall'operazione conclusa), si reperisce nel sinallagma lo strumento tecnico adeguato, ponendo però in evidenza la necessaria presenza dell'obbligo reciproco di compiere una prestazione (il che esclude dalla categoria dei contratti sia i patti, sia gli accordi a prestazione unilaterale, sia le obbligazioni nascenti da atto illecito). In tal modo si enunciava « una sistematica contrattuale del tutto originale... Il suo nucleo consisteva in una concezione obiettiva della causa dell'obbligazione » (p. 129) che consentiva di approdare ad una *summa divisio* tra contratti gratuiti e contratti *ob causam*.

Siamo insomma di fronte allo sforzo consapevole ed audace compiuto da un giurista con buona cultura umanistica e forti interessi filosofici per fornire un riordino non effimero né puramente teorico nel campo dei contratti, fondato per intero sul diritto positivo (e dunque frutto del divenire storico, connotato da una forte stabilità ma non immutabile), svincolato da eccessive preoccupazioni polemiche verso la tradizione medievale così come relativamente libero dall'ipoteca di una lettura di stampo rigorosamente romanistico.

4. Il pieno XVI secolo in realtà vede la pubblicazione di numerose opere che si caratterizzano per essere « nettamente riconoscibili per la loro individualità ma nel contempo esprimenti programmi e soluzioni largamente comuni in certi ambienti di giuristi » (p. 137): l'indagine di B. si sofferma in particolare su due significativi lavori, pressoché coevi, come la *Iurisprudentia romana* (1590) di Vultejus ed i *Commentarii juris civilis* ⁽⁹⁾ di Doneau.

⁽⁹⁾ Apparsi a più riprese tra il 1589 ed il 1595-96 (i libri XII-XXVIII sono infatti usciti postumi), si travasò in essi il risultato di una intera vita di studio.

Per quanto concerne il giurista tedesco, il carattere fortemente originale del suo scritto più famoso fu subito evidente, per i contenuti ed ancor prima per il metodo utilizzato, che privilegiava un approccio diretto ed all'occorrenza critico con le fonti romane e puntava sulla sinteticità derivante dal ricorso convinto alla logica rimasta. Rileva in particolare la sua ricerca di definizioni generali e la connessa individuazione della *differentia* specifica che conferisse concretezza al discorso e consentisse di concepire la definizione come un effettivo strumento di lavoro al quale affidarsi di volta in volta per reperire la disciplina adatta al caso di specie, valorizzando gli elementi distintivi dei diversi istituti, come si conveniva ad « un'opera dedicata a riformulare il diritto e destinata all'insegnamento, certo, ma scritta da un giurista consapevolmente interessato all'*usus fori* » (p. 144).

Queste notazioni mostrano del resto la difficoltà di cogliere con esattezza la diversità, pur nettissima se osservata dal punto di vista dei risultati conseguiti, tra gli strumenti logici adoperati dai Medievali e quelli presenti sul banco di lavoro degli umanisti; la fiducia nell'efficacia della *diffinitio*, ad esempio, di per sé non rappresenta un indizio probante circa il metodo abbracciato, poiché la troviamo impiegata con perizia tanto dagli esponenti dell'uno come dell'altro indirizzo. In effetti, la logica medievale, sulla scorta dell'insegnamento dell'Arpinate e di Boezio (alle cui spalle si stagliava naturalmente la figura eminente di Aristotele), si affida volentieri alla tecnica definitoria per impostare correttamente il discorso intorno ad un qualsiasi ente che debba essere fatto oggetto di studio, al fine anzitutto di conoscerlo attraverso la individuazione degli elementi essenziali che lo compongono per procedere poi, a partire da quel punto fermo, ad una trattazione puntuale ed esaustiva dell'argomento considerato. Sotto questo aspetto i giuristi non si discostano dal procedimento comunemente adottato e già i Glossatori costruiscono le loro dottrine dettando preliminarmente le definizioni dei vari istituti, dando sovente prova di buona tecnica e giungendo per tale via a risultati apprezzabili sotto il profilo dell'apprestamento di un armamentario di definizioni in ambito specificamente giuridico ⁽¹⁰⁾.

La formula escogitata da Vultejus per definire il contratto suonava

(10) Il dibattito sulla cultura filosofica ed in particolare sul grado di padronanza delle *artes sermocinales* da parte dei Glossatori ha ricevuto un forte impulso dalla ricerca condotta da G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1971 (Ius Commune - Sonderhefte, 1). La produzione storiografica più recente ha mostrato uno spiccato interesse a seguire le tracce del concreto impiego del sapere proprio delle arti del *trivium* per il conio di specifiche teorie giuridiche; cfr. e.g. A. ERRERA, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologna, Monduzzi, 1995; G. ROSSI, « *Duplex est ususfructus* ». *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune. I. Dai Glossatori a Bartolo*, Padova, CEDAM, 1996; G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano, Giuffrè, 1997.

forse provocatoria nella sua lineare essenzialità ⁽¹¹⁾, eppure doveva rivelarsi assai efficace: parlare di « *conventio cum causa* » significava sottolineare fortemente l'elemento dell'accordo senza però rinunciare a chiedere un elemento oggettivo ulteriore, la causa appunto, che finiva per collocarsi in primo piano e connotare la definizione, secondo uno schema valido indistintamente per ogni tipo di contratto.

Quella *causa* sulla quale la scienza giuridica medievale aveva costruito complesse e raffinate elucubrazioni, talora talmente farraginose ed involute da impedire anche al giurista di buon livello di trarre delle conclusioni utili, come ci conferma la disarmante confessione di Giason del Maino: « *Ego semper dixi et dico, quod non potest dari vera doctrina super hoc* » ⁽¹²⁾, quella *causa* veniva ora intesa in senso del tutto diverso, prosciugata della polisemia che i giuristi vi avevano letto sulla scorta della logica medievale di marca aristotelica e ricondotta ad una sola grande alternativa tra *causa proxima* e *causa remota*, da identificare rispettivamente nel *ius* (oggettivamente inteso) e nella volontà dei contraenti. Non tutti i ponti con la tradizione erano tagliati, perché certa terminologia si rivelava pur sempre tributaria del passato, come quando Vultejus identificava nel consenso la materia e nella causa la forma del contratto, e perché la dialettica tra *conventio* (genere) e contratto (specie, qualificata dalla necessaria presenza dell'elemento distintivo della causa) aveva sapore antico, ma l'argomentazione non veniva più condotta all'interno dei singoli tipi negoziali, ma riguardava ormai il contratto come categoria generale. La distinzione tra contratti nominati ed innominati veniva così a perdere d'importanza, dovendosi nel primo caso prendere atto del fatto che l'ordinamento aveva già individuato uno schema dotato a priori di una certa causa, mentre nella seconda ipotesi si lasciavano le parti libere di determinare concretamente la causa più adatta al rapporto negoziale che avevano in animo di porre in essere.

Non è possibile tuttavia comprendere appieno la novità e la pregnanza dell'impostazione propugnata da Vultejus senza sottolineare con forza il nesso che lega la sua dottrina alla rinnovata logica cinquecentesca, sottratta dagli umanisti all'influenza del pensiero scolastico e rifondata secondo modelli alternativi derivanti da una lettura non convenzionale delle fonti classiche. Ad evitare fraintendimenti e forzature sarà forse il caso di ricordare che le origini del mutamento non si riducono al dato quantitativo della scoperta di nuovi testi e quindi ad una conoscenza più completa che in passato degli autori antichi che

⁽¹¹⁾ Agli occhi del giurista moderno si tratta certo di un'enunciazione che rasenta l'ovvietà ma, come indicato nel testo, il significato storico di tale formula fu di notevole portata.

⁽¹²⁾ JASONIS DE MAYNO MEDIOLANENSIS *Lectura in secunda parte Digesti veteris, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1512, ad l. Si pecuniam, ff. de conditione causa data causa non secuta* (D.12,4,5), n. 18; fonte pure puntualmente citata da B.

avrebbe prodotto anche una loro migliore comprensione; molte opere retoriche di Cicerone, ad es., avevano circolato pure nel Medioevo (specie nel tardo Medioevo) ed in mancanza avevano supplito commenti e traduzioni di Boezio e degli altri grandi epigoni del mondo classico: ad esse avevano grandemente attinto i maestri della Scolastica e, per quel che a noi qui importa, Glossatori e Commentatori. Il problema risiede piuttosto nel modo in cui quelle opere venivano interrogate e nel quadro di riferimento nel quale si trovavano inserite: fu questo a cambiare decisamente durante il Quattrocento, rendendo improvvisamente obsolete agli occhi dei circoli umanistici d'avanguardia le ramificate e dottissime teorizzazioni logiche di conio scolastico, percepite ormai come insopportabilmente artificiose e quindi inutilizzabili.

I cultori degli *studia humanitatis* ponevano ora di nuovo la retorica al vertice di una ideale gerarchia fra le arti liberali ⁽¹³⁾; tale profondo mutamento, frutto di un sentire comune e coralmemente perseguito dagli esponenti del movimento umanistico (il XV secolo registra una tensione costante in tale direzione, da Lorenzo Valla a Rodolfo Agricola) trova forse il proprio coronamento nella figura di Pierre de la Ramée (1515-1572), che dà voce ad una esigenza di aggiornamento del metodo sviluppando una complessiva riconsiderazione del sistema di sapere ereditato dal passato recente e recuperando parole d'ordine tipiche dell'Umanesimo quali l'attenzione alla storia e la fiducia nell'esercizio della ragione naturale dell'uomo. Il suo magistero del resto tendeva a valorizzare la specificità delle singole scienze, e poté così travasarsi senza difficoltà nelle opere giuridiche coeve, che ne mutuavano soprattutto l'idea della possibilità di una nuova sistemazione del materiale normativo a disposizione. « Ecco dunque il ramismo che opera come strumento di una costruzione razionale del diritto che scenda dal generale al particolare, che muova dai termini — definendoli innanzi tutto... — e li disponga in ordine » (p. 164), applicando insomma in modo coerente e convinto il metodo deduttivo e sfruttandone al meglio i pregi e le potenzialità.

5. Una grande influenza sullo svolgimento della materia contrattuale fu senz'altro esercitata anche dal pensiero di Hugues Doneau — per B. « un punto che brilla, e dunque spicca a prima vista, in una galassia molto vasta e aperta » (p. 195) —, anche se la tendenza sistematica di cui si fece portavoce è stata forse eccessivamente enfatizzata (già ad opera di Savigny e della Pandettistica), determinando la fortuna di questo autore ma appiattendone indebitamente la figura

⁽¹³⁾ Con specifico riguardo al mondo del diritto, ciò spiega la fioritura di numerosi trattati scritti da giuristi aventi ad oggetto la descrizione particolareggiata dei *topica legalia* ovvero dedicati alla *dialectica legalis*.

scientifica e sfociando in una rappresentazione di maniera. Anche nel bagaglio culturale del giurista ugonotto compare l'assimilazione dell'insegnamento ramista e la ricerca di un *ordo iuris* razionale ad opera del *Doctor iuris*, né manca la fiducia nello strumento definitorio, puntualmente impiegato anche per introdurre l'analisi del contratto (« *duorum pluriumve consensus in hoc, ut unus alteri quid det aut faciat, jure ad eam rem et praestationem comprobatus* »⁽¹⁴⁾), per poi proseguire con lo scavo sui singoli elementi della definizione (l'accordo, l'oggetto e l'*approbatio*).

Non mancano pure in questo caso tracce consistenti delle sedimentazioni della lunghissima riflessione dottrinale su questi temi: è facile cogliere nell'*approbatio* l'eco di concezioni care ai canonisti e ricollegare tale elemento al principio che negava l'accesso alla tutela giudiziale sulla base del patto nudo, ma il contesto nel quale simili spunti si collocavano si qualificava come inequivocabilmente mutato e "moderno".

A ragione l'A. manifesta l'esigenza di riformulare in termini storicamente più consapevoli il problema della "novità" e della "originalità" di Doneau (ma tutto ciò vale ugualmente — *mutatis mutandis* — per ogni altro autore). Crediamo di poter dire infatti, parlando in via generale dei giuristi umanisti, che l'aspirazione ad elaborare un modello scientifico culturalmente aggiornato ed al passo con i tempi, fondato sulle parole d'ordine del maturo umanesimo transalpino, non poteva che condurre a soluzioni nuove, sostanziate poi dei contenuti più consoni alla personalità, alle inclinazioni, alla formazione ed alle convinzioni (nel campo del diritto ma anche sotto il profilo filosofico, religioso, politico) del singolo autore, determinando in tal modo la sua (relativa, ma talora assai marcata) originalità. D'altra parte, chi si poneva l'obiettivo di riformare in profondità e con risultati stabili non soltanto l'insegnamento del diritto ma anche la prassi giuridica del proprio tempo, non poteva pensare di riuscirvi facendo *tabula rasa* in un sol colpo di una tecnica codificata, di un lessico consolidato, di una *forma mentis* diffusa nel ceto dei giuristi, in una parola di un modello prestigioso ed ancora ben vivo quale quello incarnato dalla *scientia iuris* medievale, senza nulla concedere alla tradizione, almeno fintantoché non fosse stato pronto e collaudato dall'esperienza un nuovo ed alternativo complesso di nozioni, di tecniche, di strumenti di lavoro da offrire al posto dei vecchi. Ciò doveva imporsi come evidente nelle riflessioni dei giuristi del Cinquecento soprattutto per la sottolineatura insistita (tipicamente umanistica), così frequente nelle loro opere, della natura della giurisprudenza quale *ars*, quindi fortemente legata al dato storico-esperienziale, non pensabile quale frutto di un'operazione pu-

⁽¹⁴⁾ DONELLI *Commentarii de iure civili*, lib. XII, cap. VI, n. III, in EIUUSD. *Opera omnia*, III, Lucae, 1763, col. 472.

ramente teorica e quindi “innaturale” perché a priori scissa dalla dimensione applicativa che prendeva corpo nell'*usus fori*.

Appare insomma condivisibile il giudizio complessivo espresso da B., secondo il quale « nel riordinamento operato da Doneau c'era l'impronta del costruttore, c'era il possesso di tecniche nuove, c'era soprattutto la fiducia sull'attività della ragione » (p. 189). Le analogie con la teoria di Vultejus, ad esempio, sono evidenti ed indicano un parallelo tra la *causa* (e soprattutto la *causa proxima* attribuita dall'ordinamento) di cui parlava il tedesco e l'*approbatio* indicata dal francese: in entrambi i casi tale elemento veniva posto in primo piano e finiva con l'incidere in maniera determinante sulla concreta ammissibilità e sulla fisionomia dei diversi tipi di contratto. In proposito B. sottolinea opportunamente la valenza potenzialmente restrittiva che assumeva tale elemento quanto al riconoscimento dei contratti innominati, a favore dei quali non si prevedeva alcun meccanismo presuntivo di approvazione implicita (tutt'al più al suo posto acquistava rilievo, in certi casi, il dato dell'avvenuta esecuzione della prestazione).

L'*approbatio* veniva concessa a patto che ricorressero i quattro requisiti del contratto (l'accordo, il fine specifico, l'oggetto e le parti) e non fossero violati i limiti previsti per ciascuno di essi dall'ordinamento⁽¹⁵⁾; in tal modo si realizzava una parziale sovrapposizione tra elementi e requisiti del contratto (sottolineiamo però che tale terminologia — ed i relativi concetti cui rimanda — non si ritrova nella prosa di Doneau e rappresenta piuttosto il tentativo, necessario ma sempre rischioso, dello storico moderno di tradurre nel proprio linguaggio tecnico il linguaggio della fonte), specie a proposito della *conventio*, che certo non contribuiva ad accrescere la coerenza interna della teoria e che dà la misura della difficoltà del compito nel quale si cimentava Doneau, pressoché privo di modelli sia nel *Corpus iuris* sia nella dottrina di *ius commune*. I requisiti e la loro disciplina andavano dunque ricercati fuori della volontà delle parti e potevano rinvenirsi regole generali e comuni a tutte le fattispecie, che conveniva perciò lumeggiare preventivamente, con riguardo all'astratta categoria “contratto”, così soddisfacendo pure un'esigenza di ordine e di economia nella trattazione assai apprezzata non soltanto per finalità didattiche, ma anche nel mondo della pratica legale.

6. Nella lucida ricognizione compiuta da B. degli ambienti dove si lavora più attivamente per forgiare il nuovo concetto unitario di contratto e degli uomini più impegnati nello sforzo di rifondazione del diritto civile secondo i dettami di una ragione naturale sempre più incarnata nella storia e connessa con le forme concrete del vivere

⁽¹⁵⁾ DONELLI *Commentarii de iure civili*, lib. XII, cap. VIII, nn. IV-V, in *EIUSD. Opera omnia*, III, cit., col. 491.

associato (gli uni e gli altri reperibili ormai quasi esclusivamente fuori della Penisola italiana), non poteva mancare un capitolo dedicato allo studio delle scuole iberiche di teologia e di diritto. La giusta osservazione sulla genericità di tale formula, che designa una molteplicità d'indirizzi ed orientamenti e non dà conto dell'evolversi con il tempo del quadro di riferimento, non toglie validità alla scelta di considerare correnti dottrinali e personaggi fioriti nella Penisola iberica come la voce di un coro con proprie peculiari caratteristiche distintive (rispetto ad esempio al mondo francese), facilmente riconoscibili anche se non agevolmente traducibili in una descrizione efficace e sufficientemente sintetica.

Un primo elemento da rimarcare concerne l'importanza del tutto singolare assunta in tale contesto dal pensiero teologico, che rileva non come semplice retroterra dal quale i giuristi possano attingere indicazioni di metodo ed una scala di valori cui attenersi, ma come laboratorio dove si sperimentano soluzioni d'immediata applicabilità sulla prassi giuridica, grazie all'impegno profuso in prima persona da una schiera di teologi nella riflessione sul diritto in genere e sulla materia contrattuale in particolare. La Seconda Scolastica rappresentò infatti un imponente movimento di pensiero che, riproponendo in forma aggiornata temi e modelli attinti dalla tradizione cattolica del pieno Medioevo, influenzò in profondità anche il mondo del diritto, attraverso una produzione teologico-giuridica di prim'ordine che dava voce ad un ambizioso tentativo d'interpretazione della modernità incipiente, senza per questo recidere i legami con il passato ⁽¹⁶⁾.

Per questo l'analisi si sofferma sui teologi appartenenti alla famosa Scuola di Salamanca, ed in particolare su Domingo de Soto (ca. 1495-1560), allievo del grande Francisco de Vitoria, che redige un innovativo trattato *De iustitia et iure* (1553-54), prototipo di una serie di opere omologhe. In esso, pur senza autonomizzare la trattazione del contratto in generale, si coglie netta l'idea di una categoria contrattuale unitaria e l'enunciazione di una definizione che riconduce l'attività negoziale al parametro oggettivo dell'*actus iustitiae*, nel senso di « actio inter duos & ex qua utrinque obligatio nascitur » ⁽¹⁷⁾.

Simili sistemazioni s'ispiravano in misura non piccola a due opere di frontiera tra teologia e diritto di notevole spessore e di grande

⁽¹⁶⁾ Questa corrente di pensiero è stata riportata all'attenzione degli storici del diritto da un "Incontro di studio" fiorentino svoltosi nei primi anni Settanta (cfr. *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Atti dell'Incontro di studio (Firenze, 17-19 ottobre 1972), a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973 (Biblioteca del Centro di Studi "Per la storia del pensiero giuridico moderno", 1)), ma non sono state molte da allora le ricerche dedicate in Italia. Il libro qui annotato rappresenta in tal senso una felice eccezione.

⁽¹⁷⁾ Soto, *De iustitia et iure*, Venetiis, apud Haeredes Ioannis Antonij Bertani, 1602, lib. VI, quaest. II, art. I, 561b.

fortuna: il *Tractatus de contractibus* di Jean de Gerson (1363-1429) ed il *Septipertitum opus de contractibus* (1500) di Konrad Summenhart (ca. 1455-1502). In entrambi i casi i teologi affrontavano, con sensibilità e cultura umanistiche, la sfida di un ripensamento complessivo degli strumenti giuridici apprestati per dare forma e regolare i commerci, all'evidente scopo di poter così indicare a ragion veduta i comportamenti da evitare perché capaci di mettere a repentaglio la salvezza dell'anima (il pensiero corre subito, naturalmente, alla pratica delle usure). Il maestro francese aveva indicato nel contratto una « commutatio civilis legitima » che privilegiava la considerazione del rapporto di scambio giuridicamente rilevante, in un'ottica strettamente oggettiva, come passaggio necessitato per giungere a trasferimenti equi di diritti, cioè proporzionati nel bilanciamento di costi e benefici. L'*intentio* delle parti non poteva modificare il dato fattuale e non opinabile della struttura economico-giuridica del contratto. L'autore tedesco, invece, al termine di una critica serrata aveva rigettato la nozione di Gerson e, pur senza riuscire a proporre una definizione alternativa chiara e sintetica, aveva posto comunque l'accento sul contratto come atto umano cui l'ordinamento ricollegava efficacia obbligatoria.

I giuristi spagnoli (civilisti e canonisti) del *siglo de oro*, immersi in questa temperie culturale così ricca di fermenti e così attenta al dato giuridico, erano intervenuti a loro volta nel dibattito con contributi apprezzabili. I ritratti che compongono questa ideale galleria sono numerosi: Bartolomé de Albornoz, autore dell'*Arte de los contractos* (1573), Francisco García, con il suo *Tratado de todos los contratos* (1583), Diego (Didacus) Covarrubias y Leyva, Antonio Gómez, del quale interessano qui soprattutto le *Variae resolutiones* nella parte sui contratti.

Un'attenzione particolare merita tuttavia un altro teologo dalla robusta preparazione giuridica e dalla spiccata personalità come il gesuita e professore di teologia Luis Molina. Il suo *De iustitia et iure* contiene nel secondo tomo un'estesa trattazione generale sul contratto che coniuga l'ossequio alle posizioni dottrinali più tradizionali con una impostazione complessiva di marca genuinamente innovativa nella sua adesione alla tesi della preminenza dell'elemento del consenso: il punto focale della definizione (« contractus proprie & precise sumptus... est pactum ex quo ultro citroque oritur obligatio »⁽¹⁸⁾) si rivela l'accordo delle parti. Proprio per questo si riesumano i *vestimenta pactorum*, destinati a dare visibilità e consistenza al *pactum*, nel solco dell'insegnamento dei Commentatori; contemporaneamente, però, si registra l'individuazione della *causa* come *vestmentum* per eccellenza oppure come sintesi di ogni forma di *vestmentum*, pur ammettendo che il termine

⁽¹⁸⁾ MOLINA, *Disputationes de contractibus*, in ID., *De iustitia et iure*, Venetiis, apud Sessas, 1607, II, tract. II, disp. 252, n. 3.

causa acquista significati diversi nell'ordinamento civile ed in quello canonico. La cifra distintiva di questo autore consiste nell'aver cercato di tener conto del diritto vigente, cioè del diritto nazionale castigliano e portoghese, per superare le difficoltà che nascevano dall'innesto del principio volontaristico sul tronco della dottrina dei *vestimenta*: in base alle nuove norme infatti si stabiliva l'equiparazione tra la semplice promessa e la *stipulatio* e poiché il diritto comune ammetteva l'efficacia della *stipulatio* in presenza di una causa espressa, ne discendeva che *de lege lata* ogni promessa fatta con l'intenzione di obbligarsi (espressa o desumibile) dava luogo ad un contratto, anche nel caso di una promessa gratuita (quindi la promessa di donazione) ed anche a prescindere dall'accettazione del promissario. In ciò al fautore del diritto nazionale castigliano veniva in aiuto il teologo: la promessa dotata di causa generava comunque necessariamente l'obbligazione perché ciò collimava con la *natura rei*, argomento questo capace di tacitare qualsiasi ulteriore obiezione. In tal modo le vecchie teorie medievali venivano dolcemente piegate a fornire la collaudata base tecnica per una sistemazione in verità a ben vedere originale e nuova, fondata sulla promessa, attraverso la valorizzazione del diritto positivo di cui si amplificava notevolmente il ruolo rispetto al recente passato.

7. Il primo tratto del viaggio nella storia della moderna nozione di contratto che B. ci propone di compiere insieme a lui con questo "corso" prevede un'ultima tappa, apparentemente eccentrica, dedicata al trattato *De contractibus* (il I volume, sui contratti in generale, uscì nel 1646) del gesuita spagnolo Pedro De Oñate (1567-1646), attivo per quasi tutta la vita nelle missioni delle colonie spagnole del Nuovo Mondo.

Si tratta di un'opera interessante per la tendenziale completezza della esposizione e per il suo carattere strettamente giuridico quanto ai contenuti, nonostante che l'autore avesse una preparazione teologica ed abbia costantemente svolto attività pastorale. Questa apparente incongruenza, lungi dal potersi considerare alla stregua di una curiosa anomalia, prova egregiamente — al contrario — che la formazione degli ecclesiastici, specie quelli appartenenti a determinati ordini d'*élite* o comunque destinati a funzioni direttive, non poteva prescindere da una solida ed aggiornata preparazione giuridica, pur se impartita con modalità nuove fuori delle facoltà giuridiche e non suggellata dal conseguimento del dottorato (almeno in diritto canonico) come in passato. Appare verosimile l'ipotesi che in epoca immediatamente post-tridentina e nel primo Seicento il fenomeno della specializzazione del sapere (poi destinato a dilagare) non avesse ancora pienamente attecchito e che il diritto, pur scalzato da posizioni d'indiscussa primazia negli *studia* (come pure, ad es., espunto dal piano educativo adottato nei collegi gesuitici), mantenesse nell'opinione comune un'alta considerazione

quale strumento affidante per comprendere la realtà sociale circostante ed operare efficacemente in essa (finalità questa sempre ben presente nei programmi pastorali della Compagnia di Gesù). D'altra parte, l'occasione eccezionale dell'impianto *ex novo* di forme regolate del vivere associato nelle colonie d'oltreoceano si prestava in modo esemplare a valorizzare la funzione (strumentale, certo, ma ineliminabile) del diritto e poteva offrire il destro per ripensare razionalmente vecchie nozioni e riordinare con metodo interi settori dell'ordinamento, come quello dei contratti, che dalla nuova realtà ricevevano fortissime spinte al cambiamento.

Tessuta con materiali della tradizione (a cominciare dal metodo espositivo tipicamente scolastico) la trama della sistemazione dottrinale dello spagnolo non si limita ad esporre tesi ben sperimentate, ma contiene anche accenti d'indiscutibile novità, come quando non esita a qualificare l'attività di contrattazione come rientrante nel diritto naturale, scelta questa che implicava il riconoscimento di una equità naturale nei contratti, da garantirsi mediante la salvaguardia di un equilibrio oggettivo delle prestazioni reciproche ed ancor prima con il rispetto della buona fede *in contrahendo*; od ancora quando, dettando la definizione del contratto, vede in esso « l'atto che dava luogo ad un'obbligazione giuridica nascente dal consenso dei contraenti » (p. 278), spostando completamente il baricentro sulla volontà delle parti di costituire l'obbligazione.

L'aria nuova che circola in queste teorizzazioni si coglie nella "naturalità" dichiarata degli scambi commerciali, che riportano ad uno *ius naturale* ormai contiguo al diritto umano, concezione che investe in pieno la definizione del contratto quale « pactum obligans ex iustitia commutativa »⁽¹⁹⁾ (ancora una volta ricorre una formula costruita per genere — il *pactum* — e differenza specifica — l'obbligazione che scaturisce dalla giustizia commutativa): vi si riconoscono certamente residue persistenze lessicali e logiche del *ius commune*, inserite però in un quadro del tutto mutato. Non solo perché comunque si parte dalla definizione del contratto in generale, operazione scopertamente "moderna", ma anche per il rilievo attribuito ad una lettura storicizzante dei dati normativi a disposizione: ciò consente di relativizzare i contenuti del diritto romano e di criticare la formulazione labeoniana come scorretta e parziale; consente inoltre di riportare al *ius civile*, prodotto storico particolare e transeunte, molte distinzioni tradizionali (tra cui quella tra contratti nominati ed innominati), disinnescandone in tal modo la problematicità.

Pure la teoria dei *vestimenta* veniva in apparenza ripresa, ma nella sostanza si mirava ad approfondire il tema della obbligatorietà del *pactum* ed a cogliere i motivi che la giustificavano, individuati nella

⁽¹⁹⁾ ONATE, *De contractibus*, Romae, 1646, I, tract. I, disp. I, sect. III, n. 26,7.

naturalità dei commerci e nella connessa libertà di obbligarsi mediante un atto di volontà: all'ordinamento, che deve riconoscere tale libertà, tocca soltanto di accertare l'effettiva manifestazione della volontà dei contraenti, trasformando l'obbligazione naturale in contratto, disciplinato dal *ius civile*. A fondamento di tale impostazione si pone l'idea della « assoluta centralità dell'elemento fattuale-volontaristico entro il paradigma contrattuale » (p. 284), dalla quale discendono corollari evidenti: intanto il superamento, sul piano del diritto positivo, della dicotomia tra patti nudi e vestiti ⁽²⁰⁾, che mantiene una ragion d'essere — non su base razionale, ma in via di fatto, *de iure condito* — esclusivamente in quelle regioni che vivono ancora secondo il diritto comune; in secondo luogo la caduta di limiti inerenti alla forma dei contratti, poiché la volontà delle parti può manifestarsi nei più svariati modi.

Come non manca di notare B., questi frutti estremi dell'insegnamento impartito dalla scuola giuridica iberica e dalla Seconda Scolastica, specie per il richiamo alla funzione centrale della volontà, non più semplice elemento tra gli altri ma vero fulcro del contratto, giungevano per vie proprie a formulare una dottrina non eccessivamente distante da quelle poi avanzate da scuole (giuridiche ed economiche) più tarde solitamente considerate alle radici della moderna libertà di commercio. Un rapido confronto con opere contemporanee ugualmente dedicate ai contratti è sufficiente a segnare la differenza tra i molti onesti ripetitori di posizioni dottrinali diffuse ed incontroverse e gli autori che tentavano strade diverse, senza per questo assumere atteggiamenti di aperta rottura, più adatti ai solitari eroi dell'epoca romantica che ai concreti giuristi della prima età moderna ⁽²¹⁾.

8. Ancora più importante, forse, è sviluppare in chiusura qualche notazione sulla valenza demistificante che assume necessariamente ogni ricostruzione storica che interroghi le fonti con provvedutezza e senza posizioni precostituite da difendere: riportare la nascita della categoria contrattuale in senso moderno al XVI secolo fa giustizia (od almeno dovrebbe) di certe letture palesemente antistoriche dell'evoluzione degli istituti, che tendono a vedere nel diritto romano la matrice ed insieme il paradigma della gran parte della strumentazione dogmatica impiegata (e sovente coniata *ex novo*, come nel caso qui considerato) dalla moderna civilistica e colata infine negli stampi dei codici ottoneviceschi dell'Europa continentale. Si mira in tal modo ad instaurare un collegamento spesso fittizio tra esperienze giuridiche per tanti

⁽²⁰⁾ Oñate rimanda espressamente alla norma contenuta nella *Nueva Recopilación* del 1567 che sancisce il nuovo regime in vigore *de iure hispanico*.

⁽²¹⁾ Ci sembra felice l'immagine a cui ricorre l'A., che parla di « diversi solisti dalla voce potente e dalla diversa tonalità che duettavano col coro » (p. 293).

versi lontanissime, varando una visione “continuista” (e di solito completamente falsata) della storia che riesce magari ben accetta al giurista di diritto positivo, perché lo rassicura proponendogli una dogmatica giuridica atemporale, scolpita a caratteri indelebili una volta per tutte dai *prudentes* romani nella roccia di una razionalità metastorica, e soprattutto perché gli offre una lettura semplificata (quindi banalizzante) di fenomeni che s’intuiscono all’opposto complessi ed assai difficili da mettere compiutamente a fuoco.

Insistere su tale strada significa scambiare i *desiderata* per realtà, rendere avulso il pensiero giuridico dalla sua principale fonte di linfa vitale, cioè l’osservazione attenta e spassionata del divenire storico, impedire al giurista di aver chiaro il senso del proprio legame con una tradizione consolidata di sapere (eppure mutevole nelle forme e nei contenuti con il mutare dei tempi) per offrirgli in cambio il miraggio di una luccicante sapienza tecnica, tutta risolta all’interno di una falsamente pacificante dimensione formalistica, imperitura e buona a tutti gli usi.

Ben vengano allora ricerche come il bel libro di B., che ci aiutano a conoscere il passato e per tale via a comprendere meglio anche il presente.

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

EL CONSEJO DE CASTILLA Y LA BRÚJULA DE LAS LEYES

(a propósito de SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ,
*El libro de las Leyes del siglo XVIII. Colección de Impresos
Legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781)*,
edición y estudio preliminar (pp. 9-39) a cargo de...,
Centro de Estudios Constitucionales / Boletín Oficial del Estado,
Madrid, 1996; Libro Índice (338 pp.); tomo I (Libros I, II y III,
1708-1748; pp. 1-677); tomo II (Libros IV y V, 1749-1766;
pp. 679-1371); tomo III (Libros VI, VII, VIII y IX, 1767-1776;
pp. 1373-2041); y tomo IV (Libros X, XI y XII, 1777-1781; pp. 2043-2674)

I. A lo largo del siglo XVIII, las fuentes normativas del sistema jurídico castellano, que se quiere identificar con el nacional tras los iniciales Decretos unificadores de Felipe V (1707-1716), siguen siendo las establecidas en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348. Pero, con el transcurso del tiempo, el problema acuciante, y agravado, es el del conocimiento del Derecho vigente, además del intrínseco de la fijación del orden de prelación admisible entre los dos órdenes concurrentes: el de las entonces ya prolíficas leyes reales o patrias (leyes del Reino), y el de la vetusta y compacta tradición del *ius commune* (leyes romanas). Si este segundo problema venía ya de antiguo — y persistirá — ⁽¹⁾, el primero, el del conocimiento del Derecho aplicable, fue más acusado en el setecientos por la mencionada ampliación del ámbito de vigencia del

⁽¹⁾ Bartolomé CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 48 (Madrid, 1978), pp. 307-334; *Id.*, *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6 (Sevilla, 1979), pp. 49-88; *Id.*, «*Leyes de la China*»: orígenes y ficciones de una historia del derecho español, en *AHDE*, 52 (1982), pp. 193-221; *Id.*, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 41-81, y, en particular, pp. 53-65; *Id.*, *Del Espíritu de las leyes: Primera Traducción truncada*, en *AHDE*, 55 (1985), pp. 767-772; *Id.*, *Historia y antropología: hallazgo y recobro del derecho moderno e «Hispanus fiscus, persona ficta»: concepción del sujeto político en la época barroca*, en su *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, pp. 27-52 y 53-105; *Id.*, «*De maioratus nativitate et nobilitate concertatio*», en *AHDE*, 56 (1986), pp. 921-929; *Id.*, *De un estado, el de Osuna, y un concepto, el de Estado*, en *AHDE*, 57 (1987), pp. 943-964; *Id.*, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, 2ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1989; *Id.*, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 15-59; *Id.*, «*Beati dictum*»: derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden, en *AHDE*,

Derecho castellano, y por la intensa actividad legal derivada de la reorganización y potenciación administrativas.

Siendo inseparable el despotismo ilustrado de la monarquía absoluta, en nombre de la razón, de la utilidad y de la felicidad del género humano, los monarcas impusieron a sus súbditos multitud de reformas, casi todas ellas instrumentadas a través de disposiciones legales: una cierta elevación de las cargas públicas para aumentar los recursos hecendísticos; una uniformidad creciente en la administración de las provincias y de las ciudades para ser mejor y más fácilmente obedecidos; una dirección — mercantilista — de la economía, atenuada con la admisión de algunas libertades necesarias para la mejora del proceso productivo; una consecuente atención a la burguesía, incluso en el caso de la precaria e incipiente que se puede detectar en España, traducida en una mínima nivelación política y social frente a los privilegios aristocráticos ⁽²⁾, etcétera. Pero, si estas razones explican la aceleración progresiva en el ritmo de creación de normas perceptible en la segunda mitad del setecientos — que coincide con el reinado de Carlos III, como se advierte a primera vista en la compilación de leyes y otros papeles impresos que da ocasión a estas líneas —, lo cierto es que el problema del conocimiento del Derecho no recibe nuevas soluciones.

63-64 (1993-1994), pp. 7-148; e Id., *Apostilla al « Beati dictum »: cuatro traducciones catalanas, una aragonesa, otra más castellana y ninguna portuguesa*, en *AHDE*, 66 (1996), pp. 927-932.

⁽²⁾ Roland MOUSNIER, *La Monarquía absoluta en Europa desde el siglo V a nuestros días*, Madrid, 1986, pp. 128-129; y Perry ANDERSON, *El Estado absolutista*, reedición Madrid, 1987, pp. 9-54. Además, con carácter general, José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, 2 vols., Madrid, 1972; E.N. WILLIAMS, *El Antiguo Régimen en Europa. (Gobierno y sociedad en los Estados europeos, 1648-1789)*, Madrid, 1978; Salustiano de DIOS, *Sobre la génesis y los caracteres del Estado absolutista en Castilla*, en *Studia Historica. Historia Moderna*, 3 (Salamanca, 1985), pp. 11-46; Jesús LALINDE ABADÍA, *España y la Monarquía universal (en torno al concepto de Estado moderno)*, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (Florenza, 1986), pp. 109-166; Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La reconstrucción del Estado español por los primeros Borbones*, en sus *Estudios de Historia económica y social de España*, Granada, 1987, pp. 323-343; Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El fortalecimiento del Estado borbónico y las reformas administrativas*, en VARIOS AUTORES, *Carlos III y la Ilustración*, 2 tomos, Madrid, 1988, t. I, pp. 83-96; Antonio PÉREZ MARTÍN, *El renacimiento del poder legislativo y la génesis del Estado Moderno en la Corona de Castilla*, en A. GOURON y A. RIGAUDIERE (edits.), *Renaissance du pouvoir législatif et genese de l'Etat*, Montpellier, 1988, pp. 189-202; e Id., *Genesis del Estado Moderno*, en *Actas del I Symposium Internacional: Estado y Fiscalidad en el Antiguo Régimen*, Murcia, 1989, pp. 15-32; António Manuel HESPAÑHA, *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político. (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, 1989; Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Sobre el concepto de Estado*, en *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI y XVII. Homenaje al profesor Jesús Lalinde Abadía*, Barcelona, 1990, pp. 213-240; y José María GARCÍA MARÍN, *La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)*, en su colectánea *Teoría política y gobierno en la Monarquía Hispánica*, Madrid, 1998, pp. 247-321.

Las recopilaciones oficiales trataron simplemente de ponerse al día en sus sucesivas ediciones, se formaron otras de carácter particular (recopilaciones privadas), y fueron redactados compendios y repertorios con extractos o resúmenes de los textos preferentemente no recopilados, por orden alfabético de materias (diccionarios jurídicos) ⁽³⁾.

En este ámbito objetivo de cuestiones ha de encuadrarse la preocupación y el esfuerzo de los órganos de la administración de la monarquía absoluta por ordenar y conocer — conocer ordenadamente — el Derecho vigente, ese mismo Derecho al que auxiliaban, orgánica y funcionalmente, en su producción, y del que estaban encargados directamente de observar y aplicar. En el caso que nos ocupa se trata de un órgano administrativo principal, el Consejo Real de Castilla, y de su compilación cronológica de disposiciones impresas para uso interno de los consejeros y fiscales, con origen y destino en la práctica diaria. Como se indica en su Libro Índice, se encuentran coleccionados « los Reales Decretos, Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Autos Acordados, Cartas Circulares, Instrucciones, Bulas, y otros varios papeles, que de orden del Consejo se han impreso desde el año de 1708 hasta el de 1781, y se hallan por su orden ».

II. Desde la perspectiva actual del historiador del Derecho y de las Instituciones, la edición de fuentes sigue siendo sumamente necesaria, imprescindible como herramienta de conocimiento científico. Precisamente, en el siglo XVIII se desarrolló el método histórico mediante la depuración crítica y razonada de las fuentes, primordialmente normativas, civiles (reales) y canónicas (eclesiásticas). Y, a través de dicho método, y con el empleo de tales fuentes, se fue configurando el oficio del iushistoriador como disciplina diferenciada. Por eso, la edición de fuentes, por tradicional, por clásica, no debe ser minusvalorada en tiempos de brillantes interpretaciones globales, que ineludiblemente han de tenerlas presentes, y sí ha de seguir constituyendo el primer escalón del proceso de investigación histórico-jurídico.

Ese parece haber sido, desde luego, el propósito del profesor Santos Manuel Coronas González con la publicación de esta casi secular compilación cronológica de impresos legales — y no legales — del Consejo de Castilla. Es empresa editorial que fue acogida y alentada por Francisco Tomás y Valiente, el « maestro llorado que ya no la podrá ver concluida » (p. 39 del *Estudio preliminar*), y que se terminó de

⁽³⁾ Ana María BARRERO GARCÍA, *Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días. (Notas para su estudio)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 43 (Madrid, 1973), pp. 311-351; Antonio PÉREZ MARTÍN, *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)*, en Johannes-Michael SCHOLZ y A. PÉREZ MARTÍN, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, pp. 1-270; y GRUPO 77 del Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad Autónoma de Madrid, *La legislación del Antiguo Régimen*, Salamanca, 1982.

imprimir — consta significativamente — el 6 de diciembre de 1996, día de la Constitución española: *Laus Deo et Constitutione*, se podría añadir. Y es magna y costosa empresa que se ha de agradecer, en términos *humanos y constituyentes*, al Centro de Estudios Constitucionales y al Boletín Oficial del Estado. Como el propio Centro de Estudios Constitucionales ha cuidado de advertir en el frontispicio de la edición, la publicación de tan monumental compilación o registro legislativo tiene su origen, efectivamente, en una propuesta del profesor Tomás y Valiente, director de la Colección « Clásicos del Pensamiento Político y Constitucional Español » de dicho Centro, y miembro del Consejo Editorial del Boletín Oficial del Estado, y, « por tantos motivos, estrechamente vinculado a ambas instituciones ». En consecuencia, han querido ambos organismos editores que la obra *constituya* una edición especial en homenaje de « quien fuera tan eminente historiador y jurista ».

III. En su *Estudio preliminar* (pp. 9-39), el profesor Coronas, que desde finales de los años ochenta y principios de los noventa ha dedicado gran parte de su quehacer al estudio del siglo XVIII español (4), sitúa la compilación normativa que edita en el ambiente

(4) Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *El marco jurídico de la Ilustración en Asturias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 59 (Madrid, 1989), pp. 161-204; ID., *Los orígenes del sistema bicameral en España*, en AUTORES VARIOS, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp. 191-206; ID., *El Consejo, garante de la justicia y legalidad en Indias: multas, correcciones y apercibimientos a ministros de la Audiencia de Lima y del gobierno del virrey del Perú (1761-1771)*, en *Actas del IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1991, pp. 367-381; ID., *Ilustración y Derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992; ID., *Los fiscales del Consejo Real y la Monarquía reformista borbónica*, en *De la Res publica a los Estados Modernos. Journées Internationales d'Histoire du Droit*, Bilbao, 1992, pp. 285-297; ID., *Espíritu ilustrado y liberación del tráfico comercial con Indias*, en *AHDE*, 62 (1992), pp. 67-116; ID., *Expediente instruido por el Consejo de Castilla sobre ilegalidad de ciertos contratos consuetudinarios de Asturias y Real Resolución de 22 de noviembre de 1768 por la que, a instancia de la Junta del Principado y del Cabildo de la Catedral, se suspende la ejecución de las Provisiones despachadas por la Audiencia con el fin de prohibir su celebración*, en *Revista Jurídica de Asturias*, 16 (Oviedo, 1993), pp. 193-207; ID., Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Escritos regalistas*. t. I. *Tratado de la Regalía de España*; t. II. *Juicio Imparcial sobre el Monitorio de Roma contra las regalías de Parma*, estudio preliminar, texto y notas de..., Oviedo, 1993; ID., *El Libro de las fórmulas de juramento del Consejo de Castilla*, en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 985-1022; ID., *Jovellanos, jurista de la Ilustración*, en *Boletín del Real Instituto de Estudios Asturianos*, 143 (Oviedo, 1994), pp. 29-76; ID., *Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen*. (Notas sobre la constitución histórica española), en *AHDE*, 65 (1995), pp. 127-218; ID., *Campomanes, jurista de la Ilustración*, en *Estudios Dieciochistas en homenaje al Profesor José Manuel Caso González*, Oviedo, 1995, pp. 145-155; ID., *Jovellanos ante el Plan de Estudios ovetense de 1774*, en *II Congreso Internacional sobre las Universidades Hispánicas*, Valencia, 1996; Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Inéditos políticos*, edición y estudio preliminar de..., Oviedo, 1996; ID., *La nueva dimensión hispánica de la justicia del*

histórico que propició su nacimiento, dando razón de las causas concretas por las que surgió. Refiere, en primer lugar, la ignorancia del Derecho nacional, real o patrio en sus fuentes históricas, enlazándolo como una consecuencia más del deficiente plan de estudios seguido en las Universidades del Reino, convertidas todavía en focos de difusión de un Derecho romano-canónico anquilosado y fosilizado, con sus exclusivas cátedras de *Digesto*, *Código* e *Instituta* en las Facultades de Leyes, y de *Decreto*, *Decretales*, *Sexto* y *Clementinas* en las de Cánones. Alude, después, a la reforma de los estudios jurídicos que tuvo lugar en tiempos de Carlos III, dentro de la reforma general universitaria que impulsaron Roda y Campomanes. Y aquí recuerda el profesor Coronas que entre 1767, fecha de la expulsión de los jesuitas, y 1777, año en el que se inició la reforma de los Colegios Mayores, tuvo lugar el proceso de modernización de los planes de estudio y de los métodos de enseñanza universitaria. El lector, por su parte, advierte necesariamente que a esos diez años corresponden los libros VI, VII, VIII, IX y X de la compilación estudiada, que reúnen, a su vez, casi la tercera parte del total de las disposiciones recogidas. Fue éste, sin duda, el decenio reformista del reinado de Carlos III, tras los motines de la primavera de 1766, con el preludio de la Pragmática de libre comercio de granos, y derogación de las tasas, de 11 de julio de 1765.

Sobre el ya aludido problema del conocimiento del Derecho real, se recuerda que Campomanes llegó a redactar unas *Reflexiones sobre la Jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos* (1750) ⁽⁵⁾ con el propósito de guiarse mínimamente dentro de la « selva jurídica » que constituían la multiplicidad de leyes y códigos, de diferentes épocas y dispar autoridad, que aún se consideraban vigentes: leyes incluidas en la *Nueva Recopilación* (edición de 1745), *Ordenanzas Reales de Castilla* de 1484, *Partidas*, *Fuero Real*, *Leyes del Estilo*, *Fuero Juzgo*, y las que denomina, como Jovellanos, leyes « extravagantes del Derecho hispano ». Disposiciones extravagantes o no recopiladas, que derogaban o modificaban el contenido de las anteriormente citadas, y que también enumera: autos acordados, antiguos y modernos, los cuadernos de leyes de la Mesta, ordenanzas militares, ordenanzas de los Consulados de Comercio, cuadernos de escrituras de millones, ordenanzas de la renta del tabaco y de otros ramos de Hacienda (aduanas, contrabando, subsidio, excusado), resoluciones reales sobre provisión de encomiendas, beneficios y demás cuestiones relativas al Real Patronato, y otras muy diversas instrucciones regias sobre las más diferentes materias. Sin

rey, en Enrique MARTÍNEZ RUIZ y Magdalena de PAZZIS PI (coords.), *Instituciones de la España Moderna*. 1. *Las jurisdicciones*, Madrid, 1996, pp. 39-49; Id., *Jovellanos, jurista ilustrado*, en *AHDE*, 66 (1996), pp. 561-613; e Id., *El motín de 1766 y la constitución del Estado*, en *AHDE*, 67 (1997), 2 vols., vol. I, pp. 707-719.

(5) Han sido publicadas por Antonio ÁLVAREZ DE MORALES, *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, Madrid, 1989, pp. 137-185.

olvidar tampoco la doctrina jurídica, representada en sus distintos géneros, de honda raíz *iuris commune* (prácticos, tratadistas, decisionistas, autores de concordancias y antinomias, de diccionarios y repertorios, compiladores de alegaciones y dictámenes), ni la jurisprudencia que suponían las resoluciones y decisiones de los Reales Consejos, en particular, las del Consejo de Castilla, que, desde 1707, había asumido las competencias del suprimido Consejo Supremo de la Corona de Aragón ⁽⁶⁾.

En suma, la incertidumbre de la que adolecía el Derecho real o nacional (nacional por oposición al romano-canónico, que se quiere foráneo y extraño o extranjero), provenía del propio crecimiento desordenado de las leyes patrias, de las leyes emanadas de la potestad normativa del monarca absoluto; de la labor de sus intérpretes, que actuaban — voluntaria o involuntariamente — impregnados en los principios, y de acuerdo con los métodos y objetivos, de la tradición

⁽⁶⁾ Jon ARRIETA ALBERDI, *El Consejo Supremo de la Corona de Aragón (1494-1707)*, Zaragoza, 1994; e ID., *Los Registros de la Real Cámara de Aragón y el Consejo Supremo de la Corona de Aragón*, en *Una oferta científica iushistórica internacional al doctor J.M. Font i Riús por sus ocho lustros de docencia universitaria*, Barcelona, 1985, pp. 27-43. Además, Jesús LALINDE ABADÍA, *El vicecanciller y la presidencia del Consejo Supremo de Aragón*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30 (Madrid, 1960), pp. 175-248; e ID., *Vida judicial y administrativa en el Aragón Barroco*, en *AHDE*, 51 (1981), pp. 419-521; Fernando SÁNCHEZ MARCOS, *El Consejo de Aragón y Cataluña durante el virreinato de Don Juan de Austria (1653-1656)*, en el libro colectivo *Historia social de la Administración española. Estudio sobre los siglos XVII y XVIII*, Barcelona, 1980, pp. 65-83; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII*, en *La España de Felipe IV. El gobierno de la Monarquía, la crisis de 1640 y el fracaso de la hegemonía europea*, t. XXV de la *Historia de España. Ramón Menéndez Pidal*, Madrid, 1982, pp. 1-214; Pedro MOLAS RIBALTA, *La Administración española en el siglo XVIII*, en el vol. X-2 de la *Historia General de España y América* de la Editorial Rialp, Madrid, 1984, pp. 87-143; Francisco CÁNOVAS SÁNCHEZ, *Los Decretos de Nueva Planta y la nueva organización política y administrativa de los países de la Corona de Aragón*, en *La época de los primeros Borbones. La nueva Monarquía y su posición en Europa (1700-1759)*, t. XXIX, vol. I de la *Historia de España. Ramón Menéndez Pidal*, Madrid, 1985, pp. 1-76; José Antonio ESCUDERO, *La reconstrucción de la Administración Central en el siglo XVIII*, en *La época de los primeros Borbones...*, t. XXIX, vol. I de la *Historia de España. R. Menéndez Pidal*, pp. 79-175; Feliciano BARRIOS, *Los Reales Consejos. El gobierno central de la Monarquía en los escritores sobre Madrid del siglo XVII*, Madrid, 1988, pp. 197-210; María Jesús ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, *La Corona de Aragón: documentación en el Consejo y la Cámara de Castilla (1708-1834). Fuentes en el Archivo Histórico Nacional*, en *Hispania*, XLIX, 173 (Madrid, 1989), pp. 895-948; e ID., *Aragón en la Administración Central del Antiguo Régimen. Fuentes en el Archivo Histórico Nacional*, en *Ius Fugit*, Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, 2 (Zaragoza, 1993), pp. 9-42; José Antonio PUJOL AGUADO, *La Corona de Aragón en la Cámara de Castilla*, Alicante, 1994; José Ramón RODRÍGUEZ BESNÉ, *Aproximación histórica a los Consejos de Italia y de Aragón*, en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense de Madrid, 1996, t. II, vol. I, pp. 549-564; y Miguel Ángel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *El Consejo de Aragón y la Orden de Montesa*, en *AHDE*, 67 (1997), vol. II, pp. 901-923.

romano-canónica; de la misma falta de criterios jurisprudenciales seguros y constantes, no predicables lógicamente de una sociedad estamental, todavía organizada jurídicamente sobre el privilegio o la distinción de estados, ajena al principio de la igualdad formal del racionalismo ilustrado y del liberalismo burgués; y la exorbitante multiplicidad de fueros y jurisdicciones. De ahí que en la centuria ilustrada, dado el interés que suscitaba el Derecho Regio, fuesen reeditados o publicados viejos textos legales, como el *Fuero Viejo de Castilla* (1771), el *Ordenamiento de Alcalá* (1774), el *Fuero Real* (1781) ⁽⁷⁾ o el *Fuero Juzgo* (1792), cuya vigencia es recordada con la intención de afirmar su supremacía frente al Derecho común. Y explica, asimismo, las sucesivas ediciones y reimpresiones de la *Nueva Recopilación*, cuya última actualización en el siglo XVII había sido la lejana de 1640. Así, la edición de 1723 incluye las leyes y pragmáticas promulgadas desde 1640 hasta 1722, además de los autos acordados publicados por el Consejo Real de Castilla en el mismo período. Le siguió la edición de 1745, y las reimpresiones de 1772, 1775 y 1777, que no acogen, salvo algunas pocas disposiciones agregadas por iniciativa de Campomanes, en su condición de fiscal del Consejo de Castilla (1762-1783), los autos acordados, reales cédulas y reales decretos posteriores a 1745 ⁽⁸⁾.

Al margen de estas últimas ediciones y reimpresiones de la *Nueva Recopilación* quedó, sin embargo, el número amplísimo de las no incorporadas, y no repartidas en los correspondientes libros y títulos. De este modo, el nutrido y abigarrado conjunto de las cédulas, decretos, órdenes, declaraciones y resoluciones reales, autos acordados, etc., expedidos desde 1745 hubo de circular necesariamente fuera del *corpus*

(7) Véase Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, *El Fuero Real bajo las luces, o las sombras de la edición de 1781*, en A. IGLESIA FERREIRÓS (edit.), *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona, 1996, pp. 611-643; e Id., *Academia y Fuero: Historia del Real en la Real de la Historia*, en *Institutum - Revista Catalana d'Història del Dret*, 3 (Barcelona, 1998); pp. 419-483; y Esteban CONDE NARANJO, *Medioevo ilustrado. La edición erudita del Ordenamiento de Alcalá* (1774), Sevilla, 1998.

(8) José Luis BERMEJO CABRERO, *El proyectado suplemento a la Nueva Recopilación*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50 (Madrid, 1980), pp. 303-326; Id., *Un plan de reforma de la Nueva Recopilación*, en *AHDE*, 51 (1981), pp. 641-650; Id., *La circulación de disposiciones generales por el método de veredas en el Antiguo Régimen*, en *AHDE*, 53 (1983), pp. 603-609; Id., *Recopilación de normas*, en su *Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1985, pp. 123-142; Id., *Acotaciones a la última fase del proceso recopilador*, en *AHDE*, 57 (1987), pp. 207-264; e Id., *Primeras ediciones de la Nueva Recopilación*, en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 1033-1040; y Sebastián SOLÉ y COT, *La comunicació de les ordres pels corregidors als pobles del Principat de Catalunya sota el règim de la Nova Planta*, en *AHDE*, 55 (1985), pp. 783-791. También Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES, *Advertencias para la formación de la Novísima Recopilación*, en *AHDE*, 23 (1953), pp. 643-676; y José Ramón CASABÓ RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 22 (Madrid, 1969), pp. 313-342.

recopilatorio, pasando a engrosar el número de las ya conocidas disposiciones extravagantes. Impresas para su más cómodo y fácil manejo por los diferentes Consejos Reales, pero dispersas, tuvieron que ser recogidas en colecciones facticias y recopilaciones privadas, cuya limitada difusión y precaria sistematización no lograron impedir que siguieran siendo desconocidas por jueces y abogados, en la práctica del foro, y, por descontado, por los administrados y justiciables, por los súbditos, ajenos generalmente a la cultura y tradición jurídicas sobre las que se basaban. Da noticia de varias de ellas el profesor Coronas (pp. 21-27), tanto de las impulsadas por el Consejo de Castilla sobre una materia administrativa concreta (extrañamiento y ocupación de temporalidades de los Regulares de la Compañía de Jesús, 1767-1769; establecimiento de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reino, 1773; recogimiento de mendigos y otros asuntos de policía, 1790), como de las debidas al esfuerzo de algún particular (Antonio Javier Pérez y López, 1791-1798 ⁽⁹⁾; Santos Sánchez, 1792-1793; Severo Aguirre, 1793-1796).

IV. Dentro del subgénero de las colecciones facticias de disposiciones impresas — principal, aunque no exclusivamente, extravagantes — se debe catalogar la compilación publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado. En los archivos de los Consejos, y, en concreto, en el de Castilla, debían conservarse los originales de los textos legales que eran dados a la imprenta, junto con un ejemplar, al menos, ya impreso. Además, los archiveros tenían la obligación de redactar anualmente inventarios e índices de los decretos, órdenes, pragmáticas, autos acordados, reales resoluciones, consultas y providencias evacuadas y publicadas en sus respectivos Consejos ⁽¹⁰⁾. Así es como han llegado hasta nuestros días

⁽⁹⁾ José María MARILUZ URQUIJO, *El « Teatro de la legislación universal de España e Indias » y otras recopilaciones indianas de carácter privado*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 8 (Buenos Aires, 1957), pp. 267-280.

⁽¹⁰⁾ Antonio MARTÍNEZ SALAZAR, *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo: lo que observa en el despacho de los negocios que le competen; los que corresponden a cada una de sus Salas; Regalías, preeminencias y autoridad de este Supremo Tribunal y los pertenecientes a la Sala de Señores Alcaldes de Casa y Corte*, Madrid, en la oficina de Antonio Sanz, impresor del Rey y del Consejo, 1764, pp. 262 y ss., y 666 y ss.; Pedro ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos, con distinción de los que pertenecen al Consejo Pleno o a cada Sala en particular, y las fórmulas de las Cédulas, Provisiones y Certificaciones respectivas*, 2 tomos, Madrid, en la imprenta de la viuda e hijo de Marín, 1796, t. I, pp. 582 y ss.; José Antonio MARTÍNEZ BARA, *Vicisitudes del Archivo del Consejo de Castilla en los siglos XVIII y XIX*, en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974, pp. 353-382; Margarita GÓMEZ GÓMEZ, *Crítica histórica y archivos. El caso de España en el siglo XVIII*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 12 (Sevilla, 1985), pp. 199-231; y María Jesús ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, *La*

diversas muestras (pp. 30-31) de estos registros administrativos de normas impresas y manuscritas, junto con índices y resúmenes alfabéticos que facilitaban su manejo práctico y cotidiano en manos de consejeros, fiscales, agentes fiscales, escribanos, relatores, y sus correspondientes auxiliares.

Como subdelegado general de Penas de Cámara y Gastos de Justicia, primero con carácter interino (desde el 11 de mayo de 1774) y después en propiedad (28 de enero de 1777), Campomanes procedió a la ordenación del régimen de publicaciones e impresiones legales del Consejo Real, que eran satisfechas con cargo a los fondos cuya administración le había sido confiada. Ya en una temprana respuesta fiscal de 16 de mayo de 1774 propuso que, al igual que sucedía con los autos acordados, que se conservaban ordenados en libros, siendo fácil recurrir a los originales en caso de duda, debía hacerse con las pragmáticas, cédulas, provisiones y circulares, colocándolas en sucesión cronológica, de modo que pudiesen ser buscadas « todas por lo pasado, supliéndose las que falten con ejemplares impresos o certificaciones autorizadas », ya que « a la verdad, no merecen menor atención los protocolos de las leyes y providencias generales que los protocolos de las escrituras públicas, en que sólo se trata del interés de los particulares ». Éste es el antecedente inmediato de la compilación que nos ocupa. El 22 de diciembre de 1780, tras aprobar las cuentas presentadas por el impresor del Consejo de Castilla, Pedro Marín, correspondientes a los años 1779 y 1780, Campomanes providenció que la Contaduría de Gastos de Justicia, Obras Pías, Memorias y Depósitos, por mediación de su titular, Manuel Navarro, habría de encargarse de encuadernar los ejemplares de las disposiciones impresas, para « los usos que se ofrezcan, y señaladamente el importante de que el Consejo o los Señores Fiscales puedan hallar fácilmente las Cédulas, Provisiones y Ordenes generales expedidas y que se vayan expidiendo, evitando su extravío » (pp. 31, nota núm. 97; y 33).

Así fue como, impulsada por Campomanes, y con el apoyo decidido del contador Navarro, autor del índice alfabético, se inició la colección cronológica de impresos legales del Consejo Real, que, con el mismo orden y método de los reunidos en 1779 y 1780, se extendió hacia atrás, hasta llegar al año 1708 (12 libros en el período 1708-1781, que son los aquí publicados), incrementándose en los años siguientes, incluso después de que Campomanes dejó el cargo de gobernador del Consejo (1791), hasta llegar a comprender 26 libros en 1795 ⁽¹¹⁾. Una vez concluida la primera serie de la colección (11 libros correspondientes a los años 1708-1780; el XII está dedicado exclusivamente al año

Cámara de Castilla. Inventario de los libros de la Secretaría de Gracia y Justicia que se conservan en el Archivo Histórico Nacional, dirección e introducción de..., Madrid, 1993.

⁽¹¹⁾ La serie de estos libros se conserva custodiada en el Archivo Histórico Nacional, sección de Hacienda, libros 6550-6574.

1781), Campomanes ordenó que fuese guardada en un estante, sito en las dependencias de la Contaduría General de Concursos, Secuestros y Comisiones del Consejo, sin que « ésta, por motivo alguno, permita que de ella se extraiga ninguno de ellos (*de los citados libros*), ni de los que en lo sucesivo puedan agregarse, por medio de recibo ni de otro modo, sin expresa orden del rey, del Consejo o mía ». Con posterioridad, prueba de la utilidad que atesoraba y se le iba reconociendo a la colección, mediante dos autos de 10 de septiembre y 23 de octubre de 1784, el pleno del Consejo de Castilla acordó que se dispusiese « un estante decente, semejante al que se hallaba en la Sala Primera, el qual se pusiese en una de las otras en que mejor se pudiese acomodar, que fue en la de Mil y Quinientas, y que executado se colocasen en él todos los exemplares impresos de las obras que se imprimiesen con licencia del Consejo » (pp. 35-36). Al igual, pues, que sobre la mesa o tabla que centraba el estrado de la estancia en la que se reunían las Salas de Mil y Quinientas, de Justicia y de Provincia del Consejo figuraban los libros de la *Nueva Recopilación*, Autos Acordados, Escrituras de Millones, Tratados de Paces, etc., también debían hallarse los de la nueva colección impresa, para uso inmediato de consejeros y fiscales.

V. Del Libro Índice general de la colección existen tres versiones manuscritas, localizadas por su editor en las Bibliotecas Nacional y del Palacio Real de Madrid ⁽¹²⁾. Una nota explicativa, que precede a la de la Biblioteca del Palacio Real, hace saber de la necesidad en la que se hallaba el Consejo de una colección de las leyes que, por orden suya, hubieren sido dadas a la prensa desde 1708 hasta 1780, por la facilidad con la que se extraviaban en los archivos estando sueltas, y aun por su complicada localización para la adopción de las providencias ejecutivas del Consejo (« siendo difícil haverlas prontamente a las manos en los casos que son más necesarios » — dice —), lo que había movido al conde de Campomanes, como subdelegado de Gastos de Justicia del Consejo, a encargar su realización al contador del propio Consejo Real, Manuel Navarro, quien, al fin, y tras vencer muchas dificultades, había logrado formarla.

En versión facsimilar, el profesor Coronas ofrece en su edición el manuscrito 10.416 de la Biblioteca Nacional, que es el ejemplar más lujosamente encuadernado, orlado y anotado del Índice y del Resumen alfabético de la compilación o colección de impresos legales. Tras la edición facsimil del manuscrito se proporciona, para mayor comodidad del lector, su transcripción impresa. Y, a continuación, los doce libros de disposiciones normativas correspondientes al periodo 1708-1781, que son los únicos de los que contiene referencias el mencionado

⁽¹²⁾ La más antigua es la de la Biblioteca del Palacio Real, manuscrito (ms.) II-60. Las dos restantes se hallan en la Biblioteca Nacional, mss. 10.416 y 11.176.

Índice, y que constituyen, en efecto, una colectánea de diferentes normas publicadas por el Consejo de Castilla en dichos años. De esta forma, se puede contar con una colección de disposiciones no mutiladas ni extractadas, como sucede en la *Nueva* y en la *Novísima Recopilación*, o en muchas de las privadas.

En el Libro Índice, por orden de importancia numérica, son citadas Reales Cédulas (235), Provisiones (141), Circulares (92), Pragmáticas (48), Decretos (39), Ordenes (32), Autos Acordados (29), Instrucciones (24), Cartas Ordenes (23), Certificaciones (18), Aranceles (16), Resoluciones (14), Cartas acordadas (11), Bandos (11), Breves pontificios (9), Edictos (8), Ordenanzas (6), Respuestas (6), Despachos (4), Listas (3), Avisos (2) y Reglamentos (2). En total, 773 disposiciones de toda clase, sin contar con varios, dispares y múltiples carteles, relaciones y esquelas, de imposible definición legal. Para facilitar la localización de los textos, en el cuerpo de la edición un marginal en negrita destaca el número de la disposición correspondiente (en algunos casos existe numeración repetida con bis de aquellas normas carentes de número en el original). Ello permite que la cita sea fácil, y lo más exacta y fidedigna posible. Además, un asterisco indica, en cada caso, que la norma pasó luego a formar parte de la *Novísima Recopilación* de 1805, con mención expresa del libro, título y ley donde se contiene ⁽¹³⁾. En lo sucesivo, para mayor comodidad, nuestra cita de las disposiciones de la edición que comentamos la haremos haciendo uso de las siglas CCC (*Compilación del Consejo de Castilla*), seguidas del número romano del libro y del marginal en arábigo de la norma o disposición en cuestión.

De acuerdo con la numeración marginal en negrita añadida por el editor, y teniendo en cuenta la presencia de algunos números repetidos o bis, el total de disposiciones recogidas en la compilación de impresos legales asciende a más de 991, es decir, a casi mil ⁽¹⁴⁾. En términos comparativos, puede recordarse que la *Nueva Recopilación*, vigente durante el período de formación de la colección del Consejo de Castilla, triplicaba este número, con sus más de tres mil leyes repartidas en nueve libros y doscientos doce títulos. Como ya se indicó, la compilación del Consejo ofrece la ventaja de incluir disposiciones no recopiladas, y que

⁽¹³⁾ En las notas previas, con referencia a las normas de edición seguidas, el profesor Coronas da cuenta de los dos únicos supuestos en los que se ha visto obligado a suplir las carencias, omisiones y roturas de sus fuentes originales: 1) el roto inicial advertido en la Respuesta fiscal de Campomanes sobre visitas de escribanos, de 7 de agosto de 1763 (CCC, V, 43), enmendado con el texto de otro ejemplar existente en la Biblioteca Nacional de Madrid; y 2) la publicación de la Respuesta fiscal de Campomanes sobre amortización o bienes raíces que se adquieren por manos muertas eclesiásticas, de 1765 (CCC, VI, 23), conforme al texto editado por José ALONSO, en su *Colección de las alegaciones fiscales del Excelentísimo Señor Conde de Campomanes*, 4 vols., Madrid, 1841-1843, vol. III, pp. 103-138, por hallarse incompleta en la colección impresa del Consejo.

⁽¹⁴⁾ Distribuidas del siguiente modo: Libro I (104), II (135), III (84), IV (72), V (150), VI (86), VII (72), VIII (59), IX (58), X (48), XI (85) y XII (38).

todas ellas, recopiladas o no, aparezcan sin mutilaciones y por extenso, no extractadas, como consecuencia necesaria de su condición de colección facticia de normas impresas. De este modo, las Reales Provisiones, Cédulas, Decretos, etc. compilados se encuentran con sus fórmulas características de intitulación, dirección, exposición y disposición; y cláusulas preceptivas, de publicación, de validación, data, suscripción y refrendo ⁽¹⁵⁾.

Por otra parte, la gran extensión de la compilación consiliar se debe a que incluye íntegras numerosas alegaciones fiscales, evacuadas por los sucesivos titulares de las Fiscalías del Consejo Real de Castilla con ocasión de la tramitación, consulta y resolución de diversos expedientes, sobre asuntos relativos a materias pertenecientes a su ámbito de competencias, como veremos a continuación. Además, en el resumen alfabético del Libro Índice se advierte que, en determinados conceptos, las disposiciones pertinentes deben ser complementadas con otras colectáneas impresas de providencias generales, respuestas fiscales o memoriales ajustados, cuyo excesivo número impide — se sobreentiende — su acumulación, sin más, a la compilación; su carácter de publicado, de no manuscrito, hace innecesaria doblemente tal labor, al ser aquéllas de fácil consulta para los consejeros y fiscales, principales destinatarios de la colección legal. Este es el caso, siguiendo el orden conceptual de términos del Índice-resumen, de los de *Abastos* ⁽¹⁶⁾, *Cartujos* ⁽¹⁷⁾,

⁽¹⁵⁾ Consúltese, en general, Filemón ARRIBAS ARRANZ, *La confirmación de documentos reales a partir de 1562*, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 59 (Madrid, 1953), pp. 39-49; María de la Soterraña MARTÍN POSTIGO, *La Cancillería castellana en la primera mitad del siglo XVI*, en *Hispania*, XXIV, 95-96 (Madrid, 1964), pp. 348-367; e Id., *Aportación al estudio de la Cancillería real castellana en la segunda mitad del siglo XVI*, en *Hispania*, XXVII, 106 (1967), pp. 381-404; J.J. REAL DÍAZ, *Estudio diplomático del documento indiano*, Sevilla, 1970; Alfonso GARCÍA-GALLO, *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 169-285; Antonio HEREDIA HERRERA, *Recopilación de estudios de Diplomática indiana*, Sevilla, 1985; V. CORTES ALONSO, *La escritura y lo escrito. Paleografía y Diplomática de España y América en los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1986; y Margarita GÓMEZ GÓMEZ, *La Secretaría de la Cámara y de la Real Stampilla: su relevancia en la diplomática de documentos reales*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 15 (Sevilla, 1988), pp. 167-180; e Id., *Forma y expedición del documento en la Secretaría de Estado y del Despacho de Indias*, Sevilla, 1993, pp. 212-248.

⁽¹⁶⁾ «Libro 6º. Corresponden por adición a éste dos tomos en folio, que contienen los Memoriales ajustados del año de 1767 y 768 que de orden del Consejo se escribieron con citación del Ylustrísimo Señor Don Pedro Rodríguez Campomanes, Conde de Campomanes, Fiscal de él y de la Cámara, y de Don Josef de Pinedo, Caballero de la Orden de Santiago, Procurador Síndico general de esta Villa de Madrid, en que se comprehenden los Autos y Providencias dadas por el Consejo sobre diferentes ramos de Abastos de Madrid, desde que en el año de 766 se pusieron de orden de S.M. a cargo de su corregidor y Ayuntamiento por haverse extinguido la Junta que los manejaba: cuya serie de hechos alcanza hasta 20 de Mayo de 768. En el primer tomo se trata, sobre todo de Abastos de carne y pan; y en el segundo, de bacalao, tocino fresco y salado, jabón, aceite y carbón ».

Mesta ⁽¹⁸⁾, *Reintegro* ⁽¹⁹⁾, *Reintegro a la Corona* ⁽²⁰⁾, *Reversión* ⁽²¹⁾ y *Sociedad* ⁽²²⁾; sorprende, en cambio, la ausencia de otros, como *Propios y Arbitrios*, *Regulares* o *Universidades* ⁽²³⁾. Excepcionalmente, y sin

(17) « Al libro 11 (...) corresponde también otro tomo que se compone de un Memorial ajustado de 30 de Septiembre de 1779 del pleito que la Cartuja del Paular siguió el año de 1690 con el prior de Grenoble, sobre elección de prelado; a que sigue un informe o consulta de las violencias y malos tratamientos de los Prelados a sus religiosos legos, escrito por el Ylustrísimo Señor Obispo de Ceuta, Don Josef Domingo Rivero, inquisidor decano del tribunal de Sevilla, y últimamente las respuestas de los señores Fiscales del Consejo ».

(18) « Al libro 8º corresponde por adición un Memorial ajustado que se halla en otro tomo en folio, su fecha 10 de Enero de 1771, hecho en virtud de Decreto del Consejo del expediente consultivo que pende en él en virtud de Real Orden, entre Don Vicente Payno y Hurtado, diputado de la provincia de Extremadura, y el honrado Concejo de la Mesta con interbención de los señores Fiscales del Consejo y Don Pedro Manuel Sáenz de Pedroso y Gimeno, Procurador General del Reyno, sobre que se pongan en práctica los 17 capítulos o medios que en representación puesta en Reales manos propone el diputado de Extremadura, para fomentar la agricultura y cría de ganados, corrigiendo los excesos de los trashumantes ».

(19) « Libro núm. 5º. Dos Memoriales ajustados en un tomo en folio: El primero de 2 de Septiembre de 1762. Adicionado en 30 de Noviembre de 1771. Sobre reintegro y propiedad de cinco despoblados llamados Aribayos, Almancaya, la Mañana, los Barrios y Villanueva de Valdegama, sitios en la tierra que llaman del Vino, jurisdicción de Zamora, cuyo pleito han seguido los quadrilleros y pueblos de dichos partidos con Don Francisco Josef Mayoral, Arcediano de Valencia. El segundo de 7 de Marzo de 1769, adicionado también en 30 de Agosto de 1779 sobre reversión a la Corona de la jurisdicción, señorío y vasallage de la ciudad de Lucena, cuyo pleito han seguido los Señores Fiscales del Consejo, con el Duque de Medinaceli ».

(20) « Al libro 9º. También corresponde por adición un tomo donde está un Memorial ajustado de 15 de Abril de 1776, que por Decreto del Consejo se hizo con citación de sus tres Señores Fiscales y el Procurador general del Reyno, del expediente consultivo sobre una representación hecha a S.M. por los señores Marqués de la Corona y Don Juan Antonio Albalá, fiscales del Consejo de Hacienda, en que solicitan se reintegren a la Corona los bienes y efectos que salieron del patrimonio real por ventas temporales o perpetuas, restituyendo el precio percibido de ellas y expidiendo Real Decreto que prohíba todo pleito en la materia ».

(21) « Libro núm. 5º. Un Memorial ajustado de 7 de Marzo de 1769. Adicionado en 30 de Agosto de 1779 sobre reversión a la Corona de la jurisdicción, señorío y vasallage de la ciudad de Lucena, cuyo pleito han seguido los Señores Fiscales del Consejo con el Duque de Medinaceli, y se advierte que los papeles en derecho están en dicho libro 5º de la colección ».

(22) « Libro núm. 11. Memorias de la Sociedad Económica (*Matritense*) que se hallan en dos tomos y corresponden por adición al de 1780 ».

(23) *Colección de los Reales Decretos, Instrucciones, ... de S.M. para el establecimiento de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reyno. Su administración baxo la dirección del Consejo y de las providencias dadas para su observancia y cumplimiento*, Madrid, 1773; *Colección general de las providencias hasta aquí tomadas por el gobierno sobre extrañamiento y ocupación de temporalidades de los Regulares de la Compañía* (de Jesús) que existían en los dominios de S.M. de España, Indias, e Islas Filipinas a consecuencia del Real Decreto de 27 de febrero y Pragmática Sanción de 2 de abril de este año, 2 vols., Madrid, 1767-1769; y, entre otras, como las formadas para las Universidades

razón aparente, en el propio Libro Índice es extractado el contenido de los capítulos de una Real Pragmática de Felipe V, de 15 de noviembre de 1723, vuelta a publicar el 3 de octubre de 1729, que ordenaba guardar, a su vez, otra promulgada por Carlos II el 21 de noviembre de 1691, renovando su observancia, sobre trajes y gastos superfluos en los vestidos (CCC, II, 62), una de tantas disposiciones de los monarcas españoles contra el lujo, es decir, una de tantas medidas proteccionistas de las fábricas de tejidos bastos, frente a los tejidos finos, de mejor calidad, procedentes del extranjero.

VI. La extensión desmesurada de la colección impresa se incrementa todavía más con la inclusión, como apuntamos antes, de múltiples y variopintos carteles, esquelas y relaciones, de más que dudosa, de imposible definición legal. Su valor es el del precedente burocrático, y en sí mismos resultan bien expresivos de la praxis administrativa y de la concepción de la potestad normativa observadas y vigentes en la monarquía absoluta, y, en lo que aquí atañe, en concreto, en el Consejo Real de Castilla. Muestras de carteles son los que, año tras año (figuran, al menos, los que van de 1725 a 1772), recogían, con todo detalle, los títulos de los sermones cuaresmales predicados corporativamente al Consejo en el Real Convento de San Gil de Madrid (CCC, II, 26, 27, 57, 65, 68, 71, 72, 76, 77, 99, 100, 106, 121, 129; III, 1, 7, 12, 18, 32, 47, 56, 68; IV, 13, 19, 26, 32, 35, 42, 48, 59; V, 5, 8, 18, 25, 39, 67, 87, 101; VII, 1; VIII, 1, 36). Podemos encontrar, igualmente, relaciones nominales de desertores, como la del regimiento de Cantabria en el año 1735 (CCC, II, 95); o listas y relación de las « personas reales, Tribunales, Ministros y Dependientes que han de ser incluidos en el aprovechamiento, y obvención de Despojos, Criadillas y Lenguas desde primero de Enero de 1736 en adelante, que se forma en conformidad de lo resuelto por el Consejo en su Auto de 6 de Diciembre de 1735 » (CCC, II, 101); o los modelos de recibo de los colonos desembarcados en puertos españoles por Juan Gaspar de Thurriegel, con destino a las Nuevas Poblaciones de Sierra Morena y Andalucía, en 1767 (CCC, VI, 9 y 10).

Por lo demás, la compilación publicada de impresos, en su versión de doce libros, no es solamente el « libro de las Leyes del siglo XVIII » — y de los *otros papeles del Consejo*, ya aludidos —, sino, muy en particular, el del reinado de Carlos III, y casi se podría decir que el del período correspondiente al tiempo en el que Campomanes, entre 1762 y 1783, desempeñó la Fiscalía de lo civil primero, y la primera Fiscalía después (desde 1769), del Consejo de Castilla. No es casual, por ello, que la única entrada correspondiente al término de Fiscalía en el Libro

de Valladolid y Alcalá de Henares, la *Colección de los Reales Decretos, Ordenes y Cédulas de S.M., de las Reales Provisiones y Cartas Ordenes... del Consejo de Castilla dirigidas a la Universidad de Salamanca desde el año de 1760 hasta el presente de 1770*, Salamanca, s.f.

Índice sea el Real Decreto de 1 de mayo de 1767, por el que el asturiano fue designado para desempeñar la de la Cámara de Castilla, junto con la Fiscalía de lo civil que ya venía ejerciendo (CCC, VI, 13; *Novísima Recopilación*, IV, 16, nota núm. 4 a la ley 6). Y es la compilación del reinado de Carlos III (hasta 1781) porque a él están dedicados los libros V (1758-1766), VI (1767-1768), VII (1769-1770), VIII (1771-1772), IX (1773-1776), X (1777-1778), XI (1779-1780) y XII (1781); sobre un total de casi mil disposiciones, unas seiscientas, es decir, un 60 por 100, frente al 33 por 100, aproximadamente, de las pertenecientes al reinado de Felipe V (323), y el 7 por 100 del de Fernando VI (72). Finalmente, dada su distribución en libros, resulta quizá más adecuado el subtítulo de la obra que comentamos, el de *Colección de Impresos Legales y otros papeles del Consejo del Castilla*, que el de *libro de las Leyes*, término este último que, por lo demás, evoca una noción de unidad de contenido que, desde luego, no posee. Por eso, también, quizás, el título de *Compilación*, o *Compilación cronológica del Consejo de Castilla* en el siglo XVIII, que aquí utilizamos, se ajuste mejor a su carácter acumulativo, de producto administrativo que se va sedimentando por causas aleatorias, en este caso, el de la publicación mediante la imprenta.

VII. Decíamos antes que una de las causas que explican la gran extensión de la colección de impresos legales es que recoge varias alegaciones fiscales, relativas a diversas cuestiones, pero centradas, básicamente, en materia de *Amortización*, *Gitanos*, *Reversión* a la Corona y *Visitas* de escribanos. En la entrada sobre *Amortización* de bienes inmuebles en manos muertas eclesiásticas nos encontramos con las respuestas fiscales de Francisco Carrasco, marqués de la Corona, de 26 de junio de 1765, y de Campomanes (CCC, VI, 23); en la complementaria de *Manos muertas*, aparte de la minuta con el articulado de la nunca aprobada, ni promulgada, Pragmática « dirigida a detener las enagenaciones de Bienes raíces y derechos perpetuos en Manos muertas » (CCC, V, 93), se halla la « Satisfacción del Fiscal del Consejo, Don Lope de Sierra y Cienfuegos, al suplemento presentado por el Señor Don Francisco Carrasco, Fiscal del de Hacienda, en el Expediente sobre que se ponga límite a las adquisiciones de Manos-muertas », de 14 de enero de 1766 (CCC, V, 103) ⁽²⁴⁾. En la entrada sobre *Gitanos*,

(24) Subraya Bartolomé CLAVERO, *Amortizatio. Ilusión de la palabra*, en *Quaderni Fiorentini*, 17 (1988), pp. 319-358, que históricamente el concepto de *amortización* fue empleado en el sentido regalista, esto es, como medio de contener la tendencia de la Iglesia a aumentar sus inmunidades, y acumular bienes y riquezas. Sólo Jovellanos, en 1794, en su *Informe en el Expediente de la Ley Agraria*, dejó de considerar exclusivamente tal concepto como una regalía del poder político, y se fijó en lo que era una pura y simple forma de propiedad eclesiástica, no un simple control externo de la propiedad corporativa, un principio de imperio civil, y no eclesiástico (pp. 352-358). Ha de acudirse, además, a Pedro de INGUANZO Y RIVERO, *El dominio sagrado de la Iglesia en sus*

junto con las reiteradas Provisiones y Pragmáticas adoptadas en el decurso de la centuria *ilustrada*, represivas, inhumanas, desorbitadamente punitivas, vergonzosas en suma, aparece un orientador resumen del expediente sobre « policía de gitanos para ocuparlos en los ejercicios útiles a la vida civil » (CCC, V, 68), y los dictámenes fiscales, sobre asignación de vecindario o domicilio a los gitanos, de Campomanes (29 de octubre de 1763) y de Lope de Sierra (10 de febrero de 1764) (CCC, V, 69) (25).

bienes temporales, 2 tomos, Salamanca, 1821-1823; así como a Justo FERNÁNDEZ ALONSO, *El « Tratado de la Regalía de Amortización » de Campomanes y el primer proyecto de ley general de amortización a través de los despachos de la Nunciatura*, en *Hispania Sacra*, 21 (Madrid, 1958), pp. 65-82; Salvador de MOXÓ Y ORTIZ DE VILLAJOS, *Las desamortizaciones eclesiásticas del siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (Madrid, 1961), pp. 327-361; Richard HERR, *Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV*, en *Moneda y Crédito*, 118 (Madrid, septiembre de 1971), pp. 37-100; J. BRINES I BLASCO, *El proceso de amortización eclesiástica en el País Valenciano*, en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 3 (Valencia, 1974), pp. 5-30; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El proceso de desamortización de la tierra en España*, en *Agricultura y Sociedad*, 7 (Madrid, 1978), pp. 11-33; ID., *Campomanes y los preliminares de la desamortización eclesiástica*, en su colectánea *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pp. 287-316; e ID., *El marco político de la desamortización en España*, reedic. Barcelona, 1983; J. AZAGRA, *La desamortización de Godoy en Valencia (1799-1807)*, Valencia, 1986; Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Patrimonio y rentas de la Iglesia*, en *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. Artola, vol. III. *Iglesia. Pensamiento. Cultura*, Madrid, 1988, pp. 75-126; Pilar GARCÍA TROBAT, *Las visitas de amortización: una fuente para el estudio de la propiedad eclesiástica*, en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, 2 vols., Valencia, 1989, vol. I, pp. 417-423; Francisco Javier PALAO GIL, *El privilegio de amortización en Valencia: notas sobre su concepto y tipología*, en *Estudios dedicados a la memoria del Profesor L.M. Díez de Salazar Fernández*, 2 vols., Bilbao, 1992, vol. I, pp. 783-797; ID., *Patrimonio eclesiástico y amortización en Valencia: la Catedral y la Parroquia de Sant Joan del Mercat (siglo XVIII)*, Valencia, 1993; e ID., *La legislación foral valenciana en materia de amortización eclesiástica: estudio normativo*, en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 787-845; y Germán RUEDA HERNANZ, *La desamortización en España: un balance (1766-1924)*, Madrid, 1997.

(25) María Helena SÁNCHEZ ORTEGA, *Documentación selecta sobre la situación de los gitanos españoles en el siglo XVIII*, Madrid, 1976; e ID., *Los gitanos españoles. El período borbónico*, Madrid, 1977. También Alfonso LAZO DÍAZ, *Política antigitana de los dos primeros Borbones en el reino de Sevilla: Carmona*, en *Archivo Hispalense*, 175 (Sevilla, 1974), pp. 1-34; Margarita CUARTAS RIVERO, *Los gitanos catalanes en el último tercio del siglo XVIII*, en *Archivum*, 26 (Oviedo, 1976), pp. 283-292; Antonio GÓMEZ ALFARO, *Anotaciones a los censos gitanos de Andalucía*, en *Actas del I Congreso de Historia de Andalucía. Andalucía Moderna (siglo XVIII)*, Córdoba, 1978, vol. I, pp. 239-256; e ID., *La polémica sobre la deportación de gitanos a las colonias de América*, en *Cuadernos Hispano-Americanos*, 386 (Madrid, 1982), pp. 308-336; José LÓPEZ PÉREZ, *Los gitanos en el reino de Valencia en el siglo XVIII, según la documentación del Archivo de Simancas*, en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, 57 (Castellón de la Plana, 1981), pp. 251-259; María del Carmen MELENDERAS GIMENO, *Aportación al estudio de un grupo marginado: los gitanos de Murcia durante el siglo XVIII*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, 39 (Murcia, 1982), pp. 81-138; B. LEBLON, *Los gitanos de España*, Barcelona, 1987; y J. RICO GIMÉNEZ, *Legislar y administrar. El despotismo ilustrado y los gitanos*, en

Por la voz *Reversión* se llega a Pedro Samaniego, Fiscal del Consejo (1748-1752), y a su respuesta sobre incorporación del ducado de Villahermosa, y sus agregados, a la Corona (CCC, IV, 12; pp. 720-765); al memorial ajustado del pleito sobre reversión del señorío, jurisdicción y vasallaje del valle de Orozco, en el Señorío de Vizcaya (CCC, XII, 33; pp. 2445-2619), y la consiguiente alegación fiscal de Campomanes, de 16 de agosto de 1781 (CCC, XII, 33-*bis*; pp. 2620-2641); y a otra respuesta fiscal de Campomanes, en este caso de pertenencia al Real patrimonio de la jurisdicción de la villa de Gallinero de los Cameros, de 31 de octubre de 1781 (CCC, XII, 34; pp. 2642-2656). Pero, otras voces acuden en auxilio del lector, aportando nuevas vías de búsqueda. Así, la de *Propiedad*, con una única referencia, aporta el desperdigado memorial ajustado del pleito de reversión de la villa que se acaba de mencionar, Gallinero de los Cameros (CCC, XII, 11; pp. 2371-2400). La de *Regalía*, que no *Regalías* (que se refieren al ámbito universitario), tan querida de fiscales y consejeros, nos lleva al informe que Campomanes evacuó el 22 de febrero de 1766, sobre incorporación del señorío, vasallaje y jurisdicción de la ciudad de Lucena, que poseía el duque de Medinaceli, marqués de Priego, y de Comares (CCC, V, 104; pp. 1274-1296); y a otro dictamen fiscal, también de Campomanes, fechado el 28 de noviembre de 1765, en relación con el pleito que seguían el procurador y los cuadrilleros de la Tierra del Vino (provincia de Zamora) con Francisco José Mayoral, hijo y sucesor de Ambrosio Mayoral, vecino y regidor perpetuo de la ciudad de Zamora, sobre el « aprovechamiento de los cinco despoblados de Aribayos, la Almancaya, la Manaña, los Barrios y Villanueva de Valdegema », cedido a dicho particular por Felipe V en 1738 (Real Cédula de 7 de septiembre) (CCC, V, 99; pp. 1249-1260). Y la de *Incorporación*, que acoge la alegación de los fiscales del Consejo de Felipe V y Fernando VI, Pedro Colón de Larreategui y Miguel Ric y Egea (1742-1748, ambos), sobre reversión a la Corona de la villa de Castalla, en el reino de Valencia, « infeudada perpetuamente en la persona de Don Ramón de Villanova, a quien ha sucedido (si en ésto puede) el marqués de Dos Aguas » (CCC, III, 31; pp. 527-570); y las reflexiones del fiscal de Felipe V, Juan Ignacio de la Encina y la Carrera (1732-1737), sobre la incorporación del señorío de los Cameros, y otras villas y bienes del marqués de Aguila-Fuente (CCC, III, 38; pp. 576-582) ⁽²⁶⁾. Por último, en lo que

Actas del Coloquio Internacional sobre « Carlos III y su siglo », 2 tomos, Madrid, 1990, t. II, pp. 151-165.

⁽²⁶⁾ Salvador de Moxó, *La incorporación de señoríos en la España del Antiguo Régimen*, Valladolid, 1959; Id., *Un medievalista en el Consejo de Hacienda: Don Francisco Carrasco, Marqués de la Corona (1715-1781)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 29 (Madrid, 1959), pp. 609-668; e Id., *La incorporación de señoríos eclesiásticos, en Hispania*, XXIII, 90 (Madrid, abril-junio de 1963), pp. 219-254; E. ZUDAIRE HUARTE, *Campomanes, desamortizador del monasterio premonstratense de Urdax (Navarra)*, en

atañe a las *Visitas* de escribanos, se cuenta con los informes fiscales elaborados por Lope de Sierra (30 de julio de 1763) y Campomanes (7 de agosto de 1763) sobre dicha cuestión (CCC, V, 42 y 43; pp. 1108-1111 y 1111-1124) (27).

VIII. La inclusión en una colección de disposiciones legales de tan dispares materiales como son las alegaciones fiscales, los extractos de expedientes, las minutas de resoluciones, o de propuestas de providencia, los títulos de nombramiento de diferentes cargos administrativos (28), etc., indica claramente el carácter, y fundamento, no sólo compilador o recopilador que la preside, sino también del derecho de la monarquía absoluta, basado en la suficiente y exclusiva voluntad regia. En efecto, la recopilación no precisaba de método porque en ella no se fundaba el derecho — ni se concebía tal posibilidad de fundación —, sino en la voluntad real, en la voluntad del soberano, que era el monarca. La ley de la recopilación estaba subordinada a la doctrina y a la historia, a diferencia

Hispania Sacra, XXV (Madrid, 1972), pp. 37-74; Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *El ocaso del régimen señorial en la España del siglo XVIII*, en su colectánea *Hechos y figuras del siglo XVIII español*, Madrid, 1973, pp. 1-62; e ID., *El régimen señorial y el reformismo borbónico*, Madrid, 1974; Eugenio GARCÍA ZARZA, *Los despoblados — debesas — salmantinos en el siglo XVIII*, Salamanca, 1978; Mariano PESET REIG y Vicente GRAULLERA SANZ, *Nobleza y señoríos durante el XVIII valenciano*, en *Estudios de Historia Social*, 12-13 (Madrid, 1980), pp. 245-282; José Manuel de BERNARDO ARES, *La situación de los señoríos en el siglo XVIII: el caso de Lucena*, en *I Jornadas de Historia de Lucena*, Sevilla, 1981, pp. 63-83; R. FERNÁNDEZ CARRIÓN, *Funcionalidad económica de los baldíos. El problema de su venta en la Andalucía del siglo XVIII*, en *Revista de Historia Económica*, 3 (Madrid, 1984), pp. 163-182; Guy LEMEUNIER, *Hacienda Real y poderes locales en la Castilla del Antiguo Régimen: las enajenaciones de la Corona*, en *Actas del I Symposium Internacional: Estado y Fiscalidad en el Antiguo Régimen*, Murcia, 1989, pp. 305-321; Ricardo ROBLEDÓ HERNÁNDEZ, *El ascenso de una burguesía agraria: los « granjeros »*. Salamanca, 1780-1840, en Pegerto Saavedra y Ramón Villares (edits.), *Señores y Campesinos en la Península Ibérica*, Barcelona, 1991, t. I, pp. 218-236; Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992, pp. 144-148, 363-377, 382-409 y 433-512; Francisco Javier LORENZO PINAR, *El procurador general de la Tierra del Vino (Zamora) en el siglo XVIII. Ordenanzas de 1795*, en *Studia Historica. Historia Moderna*, X-XI (Salamanca, 1992-1993), pp. 207-230; I. VICENT LÓPEZ, *Domínio, consejo y conciencia en la clausura de la Junta de Baldíos, 1747*, en VARIOS AUTORES, *El mundo hispánico en el Siglo de las Luces*, Madrid, 1996, pp. 1331-1342; y Juan Francisco BALTAR RODRÍGUEZ, *Las Juntas de Gobierno en la Monarquía Hispánica - (Siglos XVI-XVII)*, Madrid, 1998.

(27) Adolfo CARRASCO MARTÍNEZ, *Los instrumentos de control administrativo en el reinado de Carlos III: la visita general de escribanos del Señorío de Vizcaya de 1764*, en *Actas del Coloquio Internacional sobre « Carlos III y su siglo »*, 2 tomos, Universidad Complutense de Madrid, 1990, t. II, pp. 299-309.

(28) Como los de Ricardo Wall (Real Cédula de 29 de octubre de 1756; CCC, IV, 58), Jerónimo Grimaldi, marqués de Grimaldi (Real Cédula de 4 de noviembre de 1763; CCC, V, 65), y José Moñino y Redondo, conde de Floridablanca (Real Cédula de 21 de febrero de 1777; CCC, X, 6) como Superintendentes Generales de Correos y Postas (s.v. *Correos, Superintendencia*).

de la ley de los códigos, que se impondrá sobre ambas. De ahí que la recopilación no sólo pueda ser un cuerpo de escasa sistemática, muy casuístico y de casi nula generalidad en sus disposiciones, sino que esté, por razones genéticas, prácticamente obligado a serlo. La recopilación no es únicamente premetódica, sino expresamente antimetódica. Ha de tenerse en cuenta, además, que el poder de la monarquía absoluta no alcanzaba el grado de concentración que después sí consiguió el Estado de la soberanía constituyente, mediatizado materialmente, como estaba aquél, por las jurisdicciones eclesiástica y señorial, entre otras muchas, de carácter corporativo ⁽²⁹⁾.

Por otra parte, al menos en el siglo XVIII, la forma de las leyes y providencias era el instrumento a través del cual se exteriorizaba la voluntad del monarca. La publicación de las mismas se incluía, pues, en el procedimiento de formación de la voluntad legislativa, siendo las formas de las leyes, a su vez, formas de publicación. De ahí la variedad de formulaciones (Reales Cédulas, Decretos, Provisiones, Pragmáticas, Ordenes), y su envío a diferentes autoridades, que parece responder a una publicación selectiva — un número mayor o menor de destinatarios, que era máximo, por ejemplo, en el caso de las Pragmáticas —, en función de la materia regulada. Es conocido, además, el importante papel que desempeñaba el Consejo Real de Castilla en la publicación de la voluntad del rey. En dicho organismo administrativo, como en los restantes Consejos en sus respectivos ámbitos de competencia, se hacía pública la voluntad regia, manifestada a través de sus reales resoluciones y decretos, pero también se entendía que el Consejo, los Consejos Reales, e incluso las diversas Juntas constituidas al efecto, publicaban esa voluntad, que luego habían de transmitir a determinados órganos y ministros, encargados de su concreta ejecución, o que debían ser conocedores de la voluntad del soberano en una determinada cuestión. Únicamente como consecuencia de la fuerte tendencia igualitaria que

⁽²⁹⁾ Bartolomé CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, pp. 60-61 y 81-83. En la vertiente constitucional de esa monarquía absoluta, en el caso español, resulta de gran interés la perspectiva de Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, *La memoria esquivada del duque de Almodóvar. Lectura de su Constitución de Inglaterra (1785)*, en *Actas del Seminario Internacional sobre «El modelo costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800»*, Istituto di Storia del Diritto e delle Istituzioni (Messina) e Istituto Storico Italo-Germanico (Trento), Mesina, 14-16 de noviembre de 1996, en prensa; también José María PORTILLO VALDÉS, *Los límites de la monarquía. Catecismo de estado y constitución política en España a finales del siglo XVIII*, en *Quaderni Fiorentini*, 25 (1996), pp. 183-263. Es de interés, también, la consulta de Francisco SÁNCHEZ-BLANCO PARODY, *Europa y el pensamiento español del siglo XVIII*, Madrid, 1991; António Manuel HESPAÑHA, *Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna*, en *Ius Fugit*, 3-4 (Zaragoza, 1994-1995), pp. 63-10; y José María INURRITEGUI RODRÍGUEZ, *La República y la Gracia. El lenguaje político de la teología católica y el «Príncipe Cristiano» de Pedro de Ribadeneyra*, Madrid, 1998.

impulsó la Revolución Francesa, y del normativismo liberal que le siguió, la ley pasó a ser una disposición emanada de quien formalmente ostenta la titularidad del poder legislativo, caracterizada, entre otros rasgos materiales, por la generalidad, es decir, por el hecho de ser promulgada para un género o conjunto de individuos, y nunca para un individuo o cuerpo — *corpora* — en particular. En el siglo XVIII, en una sociedad corporativa como todavía era aquella, muchas cédulas y decretos eran dictados con motivo de situaciones concretas, y si bien estaba previsto que fuesen aplicados en casos similares, algunas veces sucedía así, pero en otros muchos agotaban su vida, su curso jurídico, en el caso concreto que las había estimulado, de forma que se puede decir que eran indistintamente normas generales o singulares. Normativa singular ésta que podía desarrollar una función sustitutiva de la general — o *praeter legem* —, o correctora, de mejora o *contra legem* (potestad de gracia regia, de indulto), además de una función perfeccionadora de las normas generales, o *secundum legem* ⁽³⁰⁾.

IX. Ejemplos que prueben lo dicho se hallan en abundancia recorriendo simplemente ese índice de conceptos — y de cuestiones que ocuparon al Consejo de Castilla durante el setecientos —, que es el resumen alfabético del Libro preliminar de la compilación que aquí se comenta: desde *Abastos* hasta *Vales* reales. De otro lado, mediante la referencia de *Abastos* se llega al Auto Acordado de 5 de mayo de 1766, que anuló las rebajas hechas en los precios de los abastecimientos durante los motines de la primavera de dicho año — « con motivo del tumulto, en diversos pueblos del Reyno, y los indultos concedidos por los Magistrados, a excepción de Madrid » (CCC, V, 114 y 115) —. De este modo, los abastos reconducen al orden público, como siempre durante el Antiguo Régimen, pero más con ocasión de revueltas populares, como en este caso del reinado de Carlos III: el hambre, la penuria y la miseria de los súbditos, del pueblo, es materia de policía. Y los fondos de los municipios, el caudal que debía prevenir las carestías y las malas cosechas, objeto de control administrativo, al desconfiar el poder central de su destino en manos de las oligarquías locales. Así se advierte en *Propios*, que destaca la Real Cédula de 18 de agosto de 1760, por la que fue creada en la Corte la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reino, con objeto de que estos ramos « corriesen bajo la dirección del Consejo de Castilla » (CCC, V, 14); o con la consulta de *Arbitrios*,

⁽³⁰⁾ Raquel RICO LINAGE, *Publicación y publicidad de la ley en el siglo XVIII: la «Gaceta de Madrid» y el «Mercurio histórico-político»*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57 (Madrid, 1987), pp. 265-338. Y Jesús LALINDE ABADÍA, *La acumulación de normas en el Derecho histórico español*, en *Anales de la Universidad de La Laguna (Facultad de Derecho)*, 4 (La Laguna, 1966-1967), pp. 5-23; e ID., *La dialéctica española de la normativa singular*, en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974, pp. 585-604.

que desvela la Real Resolución de 19 de junio de 1771, que dispuso que « no se concediesen a los pueblos licencias para invertir los caudales de arbitrios, sin representar a S.M. para el permiso, ni para rompimiento de dehesas » (CCC, IV, 22); o con la de *Pósitos*, que conserva varias Reales Provisiones (de 27 de agosto de 1709, de 23 de junio y 19 de octubre de 1735) previniendo « a las Justicias cuiden de que se reintegren los pósitos en el año inmediato de los granos que en el anterior se habían sacado por la mucha carestía » (CCC, I, 13; II, 94 y 97) ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ Miguel CAPELLA y Antonio MATILLA TASCÓN, *Los Cinco Gremios Mayores de Madrid. Estudio crítico-histórico*, Madrid, 1957; Gonzalo ANES, *Los pósitos en la España del siglo XVIII*, en *Moneda y Crédito*, 105 (Madrid, 1968), pp. 30-69; Rafael SERRA RUIZ, *La albóndiga en el siglo XVIII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41 (Madrid, 1971), pp. 785-807; Julián SAÍZ MILANÉS, *Origen e historia de los bienes de propios*, en *Textos olvidados*, presentación y selección de Fabián Estapé y Rodríguez, Madrid, 1973, pp. 443-489; María del Carmen GARCÍA MONERRIS y José Luis PESET REIG, *Los gremios menores y el abastecimiento de Madrid durante la Ilustración*, en *Moneda y Crédito*, 140 (Madrid, 1977), pp. 67-97; Angeles MORALES MENÉNDEZ, *El pósito y el abastecimiento de trigo en el Madrid del siglo XVIII*, en *Revista de la Biblioteca, Archivo y Museo del Ayuntamiento*, I-II (Madrid, 1977), pp. 129-152; Antonio Miguel BERNAL, *Haciendas locales y tierras de propios: funcionalidad económica de los patrimonios municipales (siglos XVI-XIX)*, en *Hacienda Pública Española*, 55 (Madrid, 1978), pp. 285-312; Adrián BLÁZQUEZ GARBAJOSA, *Ensayo de clasificación metodológica de los bienes de propios*, en *II Jornadas de Metodología y Didáctica de la Historia*, Cáceres, 1983, pp. 147-157; Concepción de CASTRO, *La política ilustrada y el abastecimiento de Madrid*, en *Historia económica y pensamiento social. Homenaje a Diego Mateo del Peral*, Madrid, 1983, pp. 205-236; e ID., *El pan de Madrid. El abasto de las ciudades españolas del Antiguo Régimen*, Madrid, 1987; María José ÁLVAREZ PANTOJA, *Funcionalidad de las haciendas locales: la reforma de los propios y arbitrios sevillanos*, en VARIOS AUTORES, *Estudios de Hacienda: de Enseñada a Mon*, compilados por M. Artola y L. M. Bilbao, Madrid, 1984, pp. 1-15; Francisco NÚÑEZ ROLDÁN, *Haciendas municipales en el Reino de Sevilla a mediados del siglo XVIII*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 12 (Sevilla, 1985), pp. 89-132; Carmen GARCÍA GARCÍA, *Haciendas municipales y bienes de propios: las reformas de Carlos III*, en *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, 1 (Valladolid, 1986), pp. 89-113; Carmen María CREMADES GRINÁN, *Alimentación y consumo en la ciudad de Murcia durante el siglo XVIII (1701-1766)*, Murcia, 1984; e ID., *Economía y hacienda local del concejo de Murcia en el siglo XVIII (1701-1759)*, Murcia, 1986, pp. 223-324; José Ignacio MARTÍNEZ RUIZ, *Finanzas municipales y crédito público en la España Moderna. La hacienda de la ciudad de Sevilla (1528-1768)*, Sevilla, 1991; Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Monarquía ilustrada y haciendas locales en la segunda mitad del siglo XVIII*, en *Fragmentos de Monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, 1992, pp. 455-467; Jesús MARINA BARBA, *Fiscalidad municipal y Hacienda Real. Los arbitrios de la ciudad de Granada (1674-1718)*, en *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, 6 (Granada, 1992), pp. 335-358; Javier INFANTE MIGUEL-MOTTA, *El municipio de Salamanca a finales del Antiguo Régimen. (Contribución al estudio de su organización institucional)*, Salamanca, 1984, pp. 111-194; ID., *Nuevos datos y observaciones sobre la Hacienda del concejo de Salamanca durante el tardofeudalismo*, en *Studia Historica. Historia Moderna*, X-XI (Salamanca, 1992-1993), pp. 169-205; e ID., *Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales durante el tardofeudalismo*, en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 19 (Valencia, 1993), pp. 191-232; Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *Una reforma ilustrada para Madrid. El Reglamento del Consejo Real de 16 de Marzo de 1766*, Madrid,

La entrada de *Agricultura* conserva como pieza de museo, o como descargo de malas conciencias benefactoras quizá, la inaplicada Real Provisión de 12 de junio de 1767 — como se advierte por la fecha, una medida reactiva y defensiva frente a los motines de 1766 —, sobre repartimiento de tierras concejiles: que « todas las tierras labrantías, propias de los pueblos, y las baldías o concejiles que se rompieren en virtud de reales facultades, se dividan en suertes y tasen por labradores justificados y peritos, y hecho así, se repartan entre los vecinos más necesitados, atendiéndose primero a los senareros y braceros; en segundo lugar, a los... labradores de una yunta; en tercero a los que tienen dos, y así a los demás, entendiéndose esto con tal que no subarrienden y paguen la pensión o no las dejen eriales por dos años » (CCC, VI, 21). En la correspondiente a *Repartimiento* o *Repartimientos*, se añaden varias disposiciones complementarias y de desarrollo, igualmente frustradas, incluida la previa Real Cédula de 2 de mayo de 1766, más inmediata al *motín contra Esquilache* y a los motines de provincias (CCC, V, 112; y VI, 49, 51, 63, 71 y 72) ⁽³²⁾. También en relación con

1994; e ID., *Revolución y fiscalidad municipal. La Hacienda de la Villa de Madrid en el reinado de Fernando VII*, Madrid, 1995; Jean-Pierre DEDIEU, *Real Hacienda y haciendas municipales. Siglo XVIII. Castilla*, en José Manuel de BERNARDO ARES y Enrique MARTÍNEZ RUIZ (édits.), *El municipio en la España Moderna*, Córdoba, 1996, pp. 171-189; y Carlos GARRIGA, *La « enfermedad política » de Cataluña: en torno a la Diputación de los colegios y gremios de Barcelona (1773-1775)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67 (1997), vol. I, pp. 721-748.

⁽³²⁾ Ramón CARANDE, *Informe de Olavide sobre la ley agraria*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 139 (Madrid, 1956), pp. 357-462; Antonio ELORZA, *El expediente de reforma agraria en el siglo XVIII*, en *Revista del Trabajo*, 17 (Madrid, 1967), pp. 135-409; J. LÓPEZ SEBASTIÁN, *Reforma agraria en España. Sierra Morena en el siglo XVIII*, Madrid, 1968; Angel GARCÍA SANZ, *Agronomía y experiencias agronómicas en España durante la segunda mitad del siglo XVIII*, en *Moneda y Crédito*, 131 (Madrid, 1974), pp. 29-54; e ID., *El reparto de tierras concejiles en Segovia entre 1768 y 1770*, en *Congreso de Historia Rural. Siglos XV al XIX*, Madrid, 1984, pp. 251-259; Vicente LLOMBART ROSA, *Ley Agraria y Sociedades de Agricultura: la idea inicial de Campomanes*, en *Información Comercial Española*, 512 (Madrid, 1976), pp. 57-67; Margarita ORTEGA LÓPEZ, *El problema de la tierra en el Expediente de Ley Agraria*, Madrid, 1978; ID., *La lucha por la tierra en la Corona de Castilla al final del Antiguo Régimen. El Expediente de Ley Agraria*, Madrid, 1986; e ID., *Conflictividad social y reforma agraria en la España de Carlos III*, en VARIOS AUTORES, *Estructuras agrarias y reformismo ilustrado en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1989, pp. 663 y ss.; Antonio Miguel BERNAL, *La lucha por la tierra en la crisis del Antiguo Régimen*, Madrid, 1979; e ID., *Las agriculturas de España en el siglo XVIII*, en *Estructuras agrarias y reformismo ilustrado en la España del siglo XVIII*, pp. 11-24; Felipa SÁNCHEZ SALAZAR, *Los repartos de tierras concejiles en la España del Antiguo Régimen*, en *La economía española al final del Antiguo Régimen*, vol. I. *Agricultura*, ed. e introducción de G. Anes, Madrid, 1982, pp. 189-258; e ID., *Extensión de cultivos en España en el siglo XVIII*, Madrid, 1988; Ernest LLUCH y Lluís ARGEMÍ, *Agronomía y fisiocracia en España (1750-1820)*, Valencia, 1985; Lluís ARGEMÍ (compilador), *Agricultura e Ilustración*, Madrid, 1988; Ricardo ROBLEDO HERNÁNDEZ, *Economistas y reformadores españoles. La cuestión agraria (1760-1935)*, Madrid, 1993; Gonzalo ANES, *El Informe sobre la Ley Agraria y la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, en *Homenaje a Don*

tales sucesos, y tales providencias — y sus precedentes —, el lector ha de buscar las voces *Granos* (CCC, II, 90 y 92; V, 3, 97, 98, 111 y 133; VI, 12, 29 y 79; VIII, 12), *Libre Comercio* (y la originaria Real Pragmática de 11 de julio de 1765, en CCC, V, 94; siendo ambivalente esta entrada, puesto que también aglutina las disposiciones sobre comercio libre entre los puertos de la península y los de las Indias, en CCC, X, 23, 24, 25, 30 y 31) y *Tasa* (CCC, I, 3 y 7; VI, 81) (33).

Cuando de abastecimientos y cereales se habla, del pan del pueblo, debe hablarse también de mendigos, de esos pobres harapientos, necesitados, menesterosos, que se hallan a la entrada de las iglesias, en los caminos, en las calles, esperando con su escudilla la sopa que se les suministra diariamente en los conventos, y que el siglo ilustrado rebautizará, clasificará y etiquetará de vagos, ociosos y malentretidos, puesto que no contribuyen con su trabajo a la riqueza del reino. Pero la mendicidad que preocupa sigue siendo la que puede poner en peligro el orden público, el orden establecido, sobre todo la que se acumula en la Corte, en la capital, centro de riqueza a cuya luz acuden como moscas — parásitos, en definitiva, se les considera — necesitados y pícaros, desheredados de la fortuna y delincuentes. Tras la voz de *Mendigos*, varios Autos Acordados y Reales Ordenes prescriben reglas de policía para el recogimiento de tan indeseables súbditos en Madrid, los Reales Sitios y sus inmediateces (CCC, II, 116; X, 27, 34, 36, 39 y 41; XI, 53, 84 y 85) (34). Y, junto a la pobreza, la enfermedad, más terrible todavía

Ramón Carande, 2 vols., Madrid, 1963, vol. I, pp. 21-56; Id., *Las crisis agrarias en la España Moderna*, Madrid, 1970; Id., *Economía e Ilustración en la España del siglo XVIII*, reedic. Barcelona, 1981; Id., *Tradición rural y cambio en la España del siglo XVIII*, en *La economía española al final del Antiguo Régimen*, vol. I. *Agricultura*, ed. e introducción de..., Madrid, 1982, pp. XV-XLV; Id., *Sociedad y economía*, en *Actas del Congreso Internacional sobre « Carlos III y la Ilustración »*, 3 vols., Madrid, 1989, vol. II, pp. 1-115; Id., *Informes en el Expediente de Ley Agraria. Andalucía y la Mancha* (1768), ed. y estudio preliminar de..., Madrid, 1990, pp. I-XC y I-XXXIX; e Id., *La Ley Agraria*, Madrid, 1995; y Antonio MERCHÁN ÁLVAREZ, *La reforma agraria en Andalucía. El primer proyecto legislativo*. (Pablo de Olavide. Sevilla, 1768), Sevilla, 1997.

(33) Laura RODRÍGUEZ DÍAZ, *Reforma e Ilustración en la España del siglo XVIII: Pedro Rodríguez de Campomanes*, Madrid, 1975, pp. 179-221; Vicente LOMBART, *Campomanes, economista y político de Carlos III*, Madrid, 1992, pp. 155-190; José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *Campomanes: la Administración del Reino para un ministro de la Monarquía absoluta (1723-1802)*, tesis doctoral, 4 vols., Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 1995, vol. I, pp. 821-1044; y Concepción de CASTRO, *Campomanes. Estado y reformismo ilustrado*, Madrid, 1996, pp. 300-308. Ahora, mi tesis de doctorado ha aparecido publicada en dos volúmenes: *La Monarquía y un ministro, Campomanes*, Madrid, 1997; y *Campomanes y la acción administrativa de la Corona (1762-1802)*, Oviedo, 1998.

(34) Rosa María PÉREZ ESTÉVEZ, *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1976; Id., *Delincuencia en la España del siglo XVIII: los presidiarios de Madrid*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 3 (Madrid, 1979), pp. 259-274; e Id., *El pauperismo español del siglo XVIII y el pensamiento de Campomanes*, en *II Simposio sobre el P. Feijoo y su siglo*, Oviedo, 1983, vol. II, pp. 247-258; Francisco Javier GUILLAMÓN

si es epidémica, y la plaga. A través de las referencias de *Peste y Cuarentena* (CCC, I, 77-88, 91-93, 95-98; II, 7, 36, 42, 54, 58, 124 y 135; V, 15; VI, 44) se puede recrear el clima de terror que invadió a las autoridades españolas con el brote mortal de peste bubónica o peste negra detectado en Marsella, en el verano de 1720, activo durante más de un año, y que se tradujo en un torrente de disposiciones preventivas. Fue este puerto mediterráneo el de la última ciudad infestada del occidente de Europa. España no sufrió sus estragos, y no apareció otra mortífera epidemia, excepción hecha del paludismo endémico — las tercianas — que inficionaba las zonas arroceras de Valencia y los marjales de Murcia, extendiéndose también por Cataluña, la Mancha, la Alcarria y Andalucía, hasta que en los primeros años del siglo XIX brotó con gran virulencia la fiebre amarilla, vómito negro o peste americana en el puerto de Cádiz ⁽³⁵⁾. La plaga, finalmente, podía ser, entre otras calamidades públicas, la de la langosta: *San Gregorio* nos conduce, en pleno reinado de Fernando VI, en mitad de la centuria, a la Real Cédula de 14 de octubre de 1756, que encargaba « a las Justicias hagan decente hospedaje a los portadores de la cabeza de San Gregorio Ostiense, que por haber libertado los campos de langosta, oruga y pulgón, era conducido por varias Provincias » (CCC, IV, 57) ⁽³⁶⁾.

Si se desea introducirse en el ámbito de las reformas administrativas, debe acudirse a *Alcaldes, Alcaldes de Barrio, Cuarteles* (Reales Cédulas, entre otras, de 6 de octubre de 1768, que dividió la población de Madrid en ocho cuarteles, « señalando a cada uno un Alcalde de Casa y Corte y ocho de Barrio, estableciendo dos Salas Criminales, con derogación de fueros en lo criminal o de policía », y de 13 de agosto de 1769, que implantó alcaldes de cuartel y de barrio « en todas las ciudades donde hay Chancillería y Audiencias »; CCC, VI, 82; VII, 83), *Diputaciones* (Auto Acordado de 30 de marzo de 1778, sobre establecimiento de las « Diputaciones de Barrio en Madrid, y de Parroquia en

ÁLVARIZ, *Disposiciones sobre policía de pobres: establecimiento de Diputaciones de barrio en el reinado de Carlos III*, en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, 1 (Madrid, 1980), pp. 31-50; Jacques SOUBEYROUX, *Pauperismo y relaciones sociales en el Madrid del siglo XVIII*, en *Estudios de Historia Social*, 12-13 (Madrid, 1980), pp. 7-228; e Id., *El encuentro del pobre y la sociedad: asistencia y represión en el Madrid del siglo XVIII*, en *Estudios de Historia Social*, 20-21 (1982), pp. 7-226; y Elena MAZA ZORRILLA, *Valladolid: sus pobres y la respuesta institucional (1750-1900)*, Valladolid, 1985.

⁽³⁵⁾ Mariano y José Luis PESET REIG, *Muerte en España. (Política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972, pp. 23-38 y 101-134.

⁽³⁶⁾ Julián ZARCO CUEVAS, *Pleito que se puso en la Abadía de Párraces para el exterminio de la langosta*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, C (Madrid, 1932), pp. 313-348. Comenta este pleito, de mediados del siglo XVII, seguido ante la jurisdicción eclesiástica ordinaria, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Delinquentes y pecadores*, en F. Tomás y Valiente, B. Clavero, A.M. Hespanha, E. Gacto y C. Álvarez Alonso, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 11-31, en concreto, pp. 22-31.

los lugares de su jurisdicción, con la Instrucción de lo que deben observar para socorrer a los jornaleros desocupados y enfermos convalecientes»; CCC, X, 28, 29, 42 y 43), *Diputados del común* y Procuradores Síndicos *Personeros* (CCC, V, 125; VI, 19, 45 y 47; VII, 7 y 28, que no recoge completa, sin embargo, ni mucho menos, la legislación sobre la materia), e *Intendencias* (Real Cédula de 13 de noviembre de 1766, « separando las Intendencias y Corregimientos »; CCC, V, 141) ⁽³⁷⁾. En

(37) Henry KAMEN, *El establecimiento de los Intendentes en la Administración española*, en *Hispania*, XXIX, 95 (Madrid, 1964), pp. 368-395; Gisela MORAZZANI DE PÉREZ DE ENCISO, *La Intendencia en España y en América*, Caracas, 1966; Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970; ID., *Control y responsabilidad de los oficiales reales: notas en torno a una pesquisa del siglo XVIII*, en *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, pp. 141-202; e ID., *Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español*, en *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, pp. 157-196; Francisco Javier GUILLAMÓN ÁLVAREZ, *Campomanes y las reformas en el régimen local: diputados y personeros del común*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 1 (Madrid, 1977), pp. 111-135; ID., *La Real Audiencia de Canarias y el gobierno municipal: establecimiento de los alcaldes de barrio (1769-1803)*, en *Investigaciones Históricas*, 1 (Valladolid, 1979), pp. 161-173; e ID., *Las reformas de la Administración local durante el reinado de Carlos III. (Un estudio sobre dos reformas administrativas de Carlos III)*, Madrid, 1980; Francisco AGUILAR PIÑAL, *Los Alcaldes de Barrio*, Madrid, 1978; Paloma CUESTA PASCUAL, *Los Alcaldes de Barrio en el Madrid de Carlos III y Carlos IV*, en *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, 19 (Madrid, 1982), pp. 363-390; Josep M. TORRAS I RIBÉ, *Els municipis catalans de l'Antic Règim (1453-1808). (Procediments electorals, òrgans de poder i grups dominants)*, Barcelona, 1983; José María GARCÍA MARÍN, *La reconstrucción de la Administración territorial y local en la España del siglo XVIII*, en *La época de los primeros Borbones. La nueva Monarquía y su posición en Europa (1700-1759)*, t. XXIX, vol. I de la *Historia de España*. R. Menéndez Pidal, Madrid, 1985, pp. 177-221; María Dolores RUBIO FERNÁNDEZ, *Diputados del común y síndicos personeros en Alicante: 1766-1770*, en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 6-7 (Alicante, 1986-1987), pp. 87-102; e ID., *Elecciones en el Antiguo Régimen. (La reforma municipal de Carlos III en Alicante, 1766-1770)*, Alicante, 1989; José María GAY I ESCODA, *La culminación de las reformas de la Administración municipal durante la Ilustración: el establecimiento de la carrera de corregimientos y varas y la « Instrucción de corregidores »*, en *Documentación Jurídica*, Revista del Ministerio de Justicia, 60 (Madrid, 1988), pp. 1637-1759; Antonio Carlos MERCHÁN FERNÁNDEZ, *Gobierno municipal y administración local en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1989; Milagros CARICOL SABARIEGO, *Cáceres en los siglos XVII y XVIII. Vida municipal y reformas administrativas*, Cáceres, 1990; Jesús Manuel GONZÁLEZ BELTRÁN, *Reformismo y administración local en la provincia de Cádiz durante el reinado de Carlos III. Un estudio sobre la aplicación y desarrollo de las reformas en los municipios gaditanos*, Jerez de la Frontera, 1991; Encarnación GARCÍA MONERRIS, *La Monarquía absoluta y el municipio borbónico. La reorganización de la oligarquía urbana en el Ayuntamiento de Valencia (1707-1808)*, Madrid, 1991; Christian WINDLER, *Lokale Eliten, seigniorialer Adel und Reformabsolutismus in Spanien, 1760-1808. Das Beispiel Niederandalusien*, Stuttgart, 1992; Jesús MARINA BARBA, *La reforma municipal de Carlos III en Ciudad Real*, Ciudad Real, 1985; e ID., *Poder municipal y reforma en Granada durante el siglo XVIII*, Granada, 1992; Lourdes SORIA SESE, *El juicio de residencia y la rendición de cuentas: análisis comparativo*, en *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, XLVIII,

materia universitaria, de reforma de sus planes de estudio y de sus estructuras de gobierno, las referencias adecuadas son *Cátedras* (CCC, V, 137; VI, 31, 78 y 85; VII, 60 y 61; VIII, 3 y 27; IX, 47), *Colegio Mayor* (CCC, X, 13-18), *Cursos* (Real Provisión de 11 de marzo de 1771, « declarando que los cursos y ejercicios que se hagan por los Profesores regulares o seculares, en cualquier convento o colegio, no sirven para recibir Grados en las Universidades »; CCC, VIII, 7), *Grados, Graduados y Opositores* (CCC, VIII, 19 y 32; XI, 27 y 80), y *Universidades*, que proporciona un útil resumen alfabético de las Reales Cédulas, Provisiones y Cartas Ordenes « expedidas para el mejor gobierno de la Universidad de Salamanca, comprendidas en los tres tomos que ésta imprimió de orden del Consejo » (CCC, XI, 6; además de VII, 8 y 42; XI, 13 y 14) ⁽³⁸⁾.

1-2 (San Sebastián, 1992), pp. 83-100; Enrique ORDUÑA, *Democracia directa municipal. Concejos y cabildos abiertos*, Madrid, 1994; Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (edit.), *La Ilustración política. Las « Reflexiones sobre las formas de gobierno » de José A. Ibáñez de la Rentería y otros discursos conexos (1767-1790)*, Bilbao, 1994; Mauro HERNÁNDEZ BENÍTEZ, *Y después de las ventas de oficios, ¿qué? (Transmisiones privadas de regimientos en el Madrid moderno, 1606-1808)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65 (Madrid, 1995), pp. 705-748; e Id., *A la sombra de la Corona. Poder local y oligarquía urbana (Madrid, 1606-1808)*, Madrid, 1995; Bartolomé CLAVERO, *Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia*, estudio preliminar de las Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla, edición facsímil de las de 1603-1632, Sevilla, 1995, pp. 5-95; Eduardo ESCARTÍN SÁNCHEZ, *La Intendencia de Cataluña en el siglo XVIII*, Barcelona, 1995; María Luisa ÁLVAREZ CAÑAS, *Los corregidores de letras en la Administración territorial andaluza del siglo XVIII*, en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 13-14 (1995), pp. 123-149; e Id., *Corregimientos militares en la Administración territorial andaluza del siglo XVIII*, en E. BALAGUER y E. GIMÉNEZ (edits.), *Ejército, ciencia y sociedad en la España del Antiguo Régimen*, Alicante, 1995, pp. 343-361; Didier OZANAM, *Intendencias e intendentes españoles en el siglo XVIII*, en J.M. de BERNARDO ARES y E. MARTÍNEZ RUIZ (edits.), *El municipio en la España Moderna*, Córdoba, 1996, pp. 335-354; Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, *En busca de Audiencias perdidas*, en *Quaderni Fiorentini*, 25 (1996), pp. 711-727; y José Manuel de BERNARDO ARES, *El régimen municipal en la Corona de Castilla*, en *Studia Historica. Historia Moderna*, 15 (Salamanca, 1996), pp. 23-61. Además de José María GAY I ESCODA, *El Corregidor à Catalunya. Segle XVIII*, Barcelona, 1996; y Carlos GARRIGA, *El Corregidor en Cataluña*, en *Initium*, 3 (Barcelona, 1998), pp. 531-583.

⁽³⁸⁾ George M. ADDY, *The Reforms of 1771: first steps in the Salamanca Enlightenment*, en *The Hispanic American Historical Review*, 4 (1961), pp. 299-366; e Id., *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Durham, 1966; Francisco AGUILAR PIÑAL, *Planificación de la enseñanza universitaria en el siglo XVIII español*, en *Cuadernos Hispano-Americanos*, 268 (Madrid, 1972), pp. 1-22; M.S. RUBIO, *El Colegio-Universidad de Osuna (1548-1824)*, Sevilla, 1976; Mariano PESET REIG, *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 52 (Madrid, 1971), pp. 605-672; Id., *Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45 (Madrid, 1975), pp. 273-339; Id., *Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärten Absolutismus und liberalen Revolution*, en *Ius Commune*, 6 (1977), pp. 172-201; e Id., *Ilustración en Almagro. Una Universidad de la Orden de Calatrava*, en

Resultan también de interés, en el apartado de las reformas administrativas, el establecimiento de Oficios de Hipotecas en las cabezas de partido (*Hipotecas*, 1768), precedente de los actuales Registros de la Propiedad (CCC, VI, 58; X, 22 y 35); la reglamentación de las Notarías eclesiásticas, y de las calidades y circunstancias que debían concurrir en sus titulares (*Notarios*, 1770; CCC, V, 41; VII, 41); la propuesta de creación de un Archivo de Protocolos de los escribanos reales de la Corte (*Protocolos*, CCC, XI, 16) ⁽³⁹⁾; y el fomento de los *Hospicios* y

Hispania, LIII, 183 (Madrid, enero-abril de 1993), pp. 147-176; Mariano y José Luis PESET REIG, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca. Plan general de estudios dirigido a la Universidad de Salamanca por el Real y Supremo Consejo de Castilla en 1771*, Salamanca, 1969; Id., *La Universidad española (siglos XVIII-XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974; Id., *Gregorio Mayáns y la reforma de la Universidad. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades de España (1767)*, Valencia, 1975; Id., *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*, Madrid, 1983; Id., *La renovación universitaria*, en M. SELLÉS, J.L. PESET y A. LAFUENTE (comps.), *Carlos III y la ciencia de la Ilustración*, Madrid, 1987, pp. 143-155; e Id., *Política y saberes en la Universidad ilustrada*, en *Actas del Congreso Internacional sobre « Carlos III y la Ilustración »*, t. III, pp. 31-135; Antonio ÁLVAREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, reedic. Madrid, 1985; Luis Miguel ENCISO RECIO, *La reforma de la Universidad española en la época de Carlos III*, en *I Borbone di Napoli e I Borbone di Spagna. Un bilancio storiografico*, Nápoles, 1985, vol. II, pp. 191-240; Mario MARTÍNEZ GOMIS, *La Universidad de Oribeula (1610-1807). Un centro de estudios superiores entre el Barroco y la Ilustración*, 2 vols., Alicante, 1987; Pilar GARCÍA TROBAT, *Los grados de la Universidad de Gandía (1630-1772)*, en VARIOS AUTORES, *Universidades españolas y americanas*, Valencia, 1987, pp. 175-187; Emilio de la CRUZ AGUILAR, *Lecciones de historia de las Universidades*, Madrid, 1987; Miguel Angel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *Las cuatro Universidades de un consejero del Antiguo Régimen: D. Miguel Alfonso-Villagómez y Lorenzana*, en *Ius Fugit*, Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, 1 (Zaragoza, 1992), pp. 37-46; e Id., *Los directores de la Universidad de Zaragoza en el reinado de Carlos III*, en *Ius Fugit*, 2 (1993), pp. 209-228; Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *Despotismo o Ilustración. Una reflexión sobre la recepción de Almici en la España carolina*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66 (Madrid, 1996), pp. 951-966; J.L. POLO RODRÍGUEZ, *La Universidad salmantina del Antiguo Régimen (1700-1750)*, Salamanca, 1996; Paz ALONSO ROMERO, *Del « amor » a las leyes patrias y su « verdadera inteligencia »: a propósito del trato con el Derecho Regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos*, en *AHDE*, 67 (1997), vol. I, pp. 529-549; y José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *Campomanes, la Reforma universitaria y el control de la enseñanza en la España de la segunda mitad del siglo XVIII*, en *Revista Galega de Administración Pública*, 16 (Santiago de Compostela, mayo-agosto de 1997), pp. 45-148.

⁽³⁹⁾ A. HUARTE, *Orígenes del Archivo de Protocolos de Madrid*, en *Revista de la Biblioteca, Archivo y Museo del Ayuntamiento*, 7 (Madrid, 1930), pp. 194-199; Antonio MATILLA TASCÓN, *Escribanos, notarios y archivos de protocolos en España*, en *Archivum*, 12 (1962), pp. 3-19; e Id., *Notariado, escrituras públicas y Archivos de Protocolos*, en *Boletín de la Asociación Nacional de Archiveros, Bibliotecarios y Documentalistas (BANABAD)*, XVII, 4 (Madrid, 1978), pp. 19-35; José MARTÍNEZ GIJÓN, *Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna, en Centenario de la Ley del Notariado. Estudios Históricos*, vol. I, Madrid, 1964, pp. 263-340; B. MENCHÉN BENÍTEZ, *Antecedentes de la registración de bienes en el Derecho histórico español*, en *Leyes Hipotecarias* y

Hospitales del reino (CCC, II, 122; IV, 21; V, 122 y 140; VII, 18, 46; XII, 12) ⁽⁴⁰⁾. En lo que se refiere al reclutamiento militar y al reemplazo anual del ejército, origen del sistema de quintas, ha de buscarse por *Reemplazo* (CCC, VIII, 11 y 39), *Sorteo*, *Sorteos* (y *Exenciones de sorteo*; CCC, I, 9 y 16; VI, 59; VIII, 10, 16, 18, 40, 44, 45, 52, 53 y 56; IX, 5-9, 10, 11, 12, 24-26, 33-35, 38, 39, 42 y 51-53; X, 3; XI, 5 y 44), *Honores* (CCC, IX, 18) y *Talla* (CCC, II, 117), además de, para las levadas forzosas, *Vagos* y *Vagamundos* (CCC, II, 24 y 79; III, 52; VI, 70; IX, 27; XI, 39, 46, 49, 50, 60, 62 y 67; XII, 9 y 25-28) ⁽⁴¹⁾. El Honrado Concejo de la

registrales de España. Puentes y evolución, t. I. *Leyes de 1861 y 1869*, Madrid, 1974, pp. 29-38; Mariano PESET REIG, *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 527 (Madrid, 1978), pp. 695-716; José BONO, *Historia del Derecho notarial español*, 2 vols., I.1. *La Edad Media. Introducción, preliminar y fuentes* y I.2. *La Edad Media. Literatura e instituciones*, Madrid, 1979 y 1982, vol. I.2, pp. 143-155 y 197-207; María Jesús ÁLVAREZ-COCA GONZÁLEZ, *La fe pública en España. Registros y Notarías. Sus fondos, organización y descripción*, en *BANABAD*, XXXVII, 2 (1987), pp. 7-67; Vicente GRAULLERA SANZ, *Los notarios de Valencia y la guerra de Sucesión*, Valencia, 1987; Carmen María CREMADES GRINÁN, *La Real Pragmática de 1768 como base del impuesto de hipotecas de 1829*, en *Actas del Congreso Internacional sobre « Carlos III y la Ilustración »*, vol. I, pp. 529-536; Carmen CARRACEDO FALAGÁN, *El escribano municipal según una información enviada al Consejo de Castilla el año 1626: requisitos legales para ejercer el oficio*, en *Boletín del Real Instituto de Estudios Asturianos*, XLIV, 133 (Oviedo, 1990), pp. 45-71; y Carmen CAYETANO MARTÍN, *El Ayuntamiento de Madrid y los orígenes del Archivo de Protocolos (1765-1868)*, en *Anales del Instituto de Estudios Madrileños*, 28 (Madrid, 1990), pp. 617-627.

⁽⁴⁰⁾ María JIMÉNEZ SALAS, *Historia de la Asistencia social en España en la Edad Moderna*, Madrid, 1958; José Luis PESET REIG, *Hospitales y hospicios de la España ilustrada, según el « Viaje »*, de Townsend, en *Medicina Española*, 63 (Madrid, 1970), pp. 375-382; Jesús María PALOMARES IBÁÑEZ, *La asistencia social en Valladolid. El Hospicio de pobres y la Real Casa de Misericordia (1724-1847)*, Valladolid, 1975; William J. CALLAHAN, *Caridad, sociedad y economía en el siglo XVIII*, en *Moneda y Crédito*, 146 (Madrid, septiembre de 1978), pp. 65-77; e ID., *La Santa Hermandad del Refugio y Piedad de Madrid, 1618-1832*, Madrid, 1980; Juan Ignacio CARMONA GARCÍA, *El sistema de hospitalidad pública en la Sevilla del Antiguo Régimen*, Sevilla, 1979; Antonio CARRERAS PANCHÓN, *El problema del niño expósito en la España ilustrada*, Salamanca, 1979; Delfín GARCÍA GUERRA, *El Hospital Real de Santiago en el siglo XVIII*, La Coruña, 1983; Enrique JUNCEDA AVELLO, *Historia del Real Hospicio y Hospital Real de la ciudad de Oviedo*, Oviedo, 1984; Asunción FERNÁNDEZ DOCTOR, *El Hospital Real y General de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza en el siglo XVIII*, Zaragoza, 1987; Elena MAZA ZORRILLA, *Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI al XIX*, Valladolid, 1987; y Pedro CARASA SOTO, *El sistema hospitalario español en el siglo XIX (1750-1900)*, Valladolid, 1975; ID., *Crisis del Antiguo Régimen y acción social en Castilla*, Valladolid, 1988; e ID., *Historia de la beneficencia en Castilla y León. Poder y pobreza en la sociedad castellana*, Valladolid, 1991.

⁽⁴¹⁾ Joaquín de SOTTO y MONTES, *El reclutamiento militar en España*, en *Revista de Historia Militar*, 16 (Madrid, 1964), pp. 7-42; e ID., *Organización militar de la Casa de Borbón (siglo XVIII)*, en *Revista de Historia Militar*, 22 (1967), pp. 113-177; C. VIÑES MILLET, *El Cuerpo de Inválidos y su organización en el contexto de la reforma del ejército español del siglo XVIII*, en *Revista de Historia Militar*, 52 (1982), pp. 79-116; Carlos E. CORONA BARATECH, *El ejército y la reforma borbónica española en el siglo XVIII*, en *Florencia Histórica. Homenaje a Fernando Solano Costa*, Zaragoza, 1984, pp. 253-268;

Mesta aparece reducido a los abusos cometidos en el desempeño de sus cargos por los alcaldes mayores entregadores, y los oficiales de su Audiencia, con las disposiciones relativas a su erradicación (CCC, II, 60; IV, 2 y 60; V, 38; XI, 32 y 43) ⁽⁴²⁾. Las medidas de repoblación del reino

Jacques A. BARBIER y Herbert S. KLEIN, *Las prioridades de un monarca ilustrado: el gasto público bajo el reinado de Carlos III*, en *Revista de Historia Económica*, III, 3 (Madrid, 1985), pp. 473-495; VARIOS AUTORES, *Temas de Historia Militar*, II Congreso de Historia Militar, Zaragoza, 1988, 3 tomos, Madrid, 1988; Ramón SALAS LARRAZABAL, *Ejército y Marina*, en *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. Artola, vol. II. *Instituciones políticas. Imperio*, Madrid, 1988, pp. 239-341; Cristina BORREGUERO BELTRÁN, *El reclutamiento militar por quintas en la España del siglo XVIII. Orígenes del servicio militar obligatorio*, Valladolid, 1989; ID., *Administración y reclutamiento militar en el ejército borbónico del siglo XVIII*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 12 (Madrid, 1989), pp. 91-102; e ID., *Los motines de quintas*, en *Cuadernos de Historia Moderna*, 10 (Madrid, 1989-1990), pp. 147-159; Enrique MARTÍNEZ RUIZ, *La celebración de quintas, una cadencia temporal en la España del Antiguo Régimen*, en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 11 (Alicante, 1992), pp. 215-226; José CONTRERAS GAY, *Las milicias en el Antiguo Régimen. Modelos, características generales y significado histórico*, en *Cronica Nova*, 20 (Granada, 1992), pp. 1-29; e ID., *Las milicias provinciales en el siglo XVIII. Estudios sobre los regimientos de Andalucía*, Granada-Almería, 1993; Fernando PUELL DE LA VILLA, *La Ordenanza del reemplazo anual de 1770*, en *Hispania*, LV, 189 (Madrid, enero-abril de 1995), pp. 205-228; José CEPEDA GÓMEZ, *El Ejército en la política española (1787-1843)*, Madrid, 1990; e ID., *La crisis del ejército real y el nacimiento del ejército nacional*, en E. BALAGUER y E. GIMÉNEZ (edits.), *Ejército, ciencia y sociedad en la España del Antiguo Régimen*, Alicante, 1995, pp. 17-49; M. GÓMEZ RUIZ y V. ALONSO JUANOLA, *El Ejército de los Borbones*, 4 vols., Madrid, 1989-1995; y Francisco ANDÚJAR CASTILLO, *Los militares en la España del siglo XVIII. Un estudio social*, Granada, 1991; ID., *Poder civil y poder militar en la España del siglo XVIII*, en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, XXXVIII, 2 (Madrid, 1992), pp. 55-70; ID., *Las élites del poder militar en la España borbónica. Introducción a su estudio prosopográfico*, en José Luis CASTELLANO (edit.), *Sociedad, administración y poder en España en el siglo XVIII. Hacia una nueva historia institucional*, Granada, 1996, pp. 207-235; e ID., *Consejo y consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, Granada, 1996.

⁽⁴²⁾ Matías BRIEVA, *Colección de Leyes, Reales decretos y órdenes, acuerdos y circulares pertenecientes al ramo de Mesta desde el año de 1729 al de 1827*, Madrid, 1828; Julius KLEIN, *The Mesta. A study in Spanish Economic History (1273-1836)*, Cambridge, 1920 (tercera edición en castellano, Madrid, 1981); Jean-Paul LE FLEM, *Las cuentas de la Mesta (1510-1709)*, en *Moneda y Crédito*, 127 (Madrid, junio de 1972), pp. 23-104; Guy LEMEUNIER, *Les « extremeños », ceux qui viennent de loin. Contribution à l'étude de la trashumance ovine dans l'Est castillan (XVI-XIX siècles)*, en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, XIII (Madrid, 1977), pp. 321-359; José Manuel de BERNARDO ARES, *Razones jurídicas y económicas del conflicto entre Córdoba y la Mesta a fines del siglo XVIII*, en *Actas del I Congreso de Historia de Andalucía. Andalucía Moderna (siglo XVIII)*, Córdoba, 1978, vol. I, pp. 99-114; Angel GARCÍA SANZ, *La agonía de la Mesta y el hundimiento de las exportaciones laneras: un capítulo de la crisis económica del Antiguo Régimen en España*, en *Agricultura y Sociedad*, 6 (Madrid, 1978), pp. 283-346; e ID., *El siglo XVIII: entre la prosperidad de la trashumancia y la crítica antimesteña de la Ilustración (1700-1808)*, en G. ANES y A. GARCÍA SANZ (coords.), *Mesta, trashumancia y vida pastoril*, Madrid, 1994, pp. 135-158; Manuel BUSTOS RODRÍGUEZ, *Campomanes y la Mesta. La nueva coyuntura del siglo XVIII*, en *Hispania*, XL, 144 (Madrid, 1980), pp. 129-152; Enrique LLOPIS AGELÁN, *Las explotaciones trashumantes en el siglo XVIII y*

se concentran, como no podría ser de otra forma, en las Nuevas Poblaciones de Sierra Morena y Andalucía, con presencia destacada de su fuero de 1767 (*Población, Poblaciones, Colonos*; CCC, VI, 7, 9, 10, 11, 14, 22 y 24; VII, 22, 23 y 24), sin olvidar la labor emprendida con idéntico fin en « la provincia de Ciudad Rodrigo » (*Repoblación*; CCC, VII, 29) y en la villa de Encinas del Príncipe, provincia de Extremadura (*Fuero*; CCC, XI, 28), y el proyecto fallido de trasladar a la península la *Colonia Griega* establecida en Córcega (CCC, VI, 64) ⁽⁴³⁾. Como reformas de contenido económico-fiscal pueden señalarse las que afectaron al empleo de los

primer tercio del XIX: la cabaña del Monasterio de Guadalupe, 1709-1835, en *La economía española al final del Antiguo Régimen*, I. Agricultura, ed. e introducción de G. Anes, Madrid, 1982, pp. 1-102; Charles J. BISHKO, *Sesenta años después: « La Mesta » de Julius Klein a la luz de la investigación subsiguiente*, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 8 (Sevilla, 1982), pp. 9-57; Nina MICKUN, *La Mesta au XVIII^e siècle. Etude d'Histoire sociale et économique de l'Espagne au XVIII^e siècle*, Budapest, 1983; Hirotaka TATEISHI, *La ganadería trashumante en la España del siglo XVIII*, en *The Journal of Social Sciences and Humanities*, 167 (Tokio, 1984), pp. 1-25; Eloy FERNÁNDEZ CLEMENTE, *Sobre la crisis de la ganadería española en la segunda mitad del siglo XVIII*, en *Cuadernos de Investigación Histórica. Brocar*, 12 (Logroño, 1986), pp. 89-102; P. GARCÍA MARTÍN y J.M. SÁNCHEZ BENITO (comps.), *Contribución a la historia de la trashumancia en España*, Madrid, 1987; Pedro GARCÍA MARTÍN, *La ganadería mesteña en la España borbónica (1700-1836)*, Madrid, 1988; Fermín MARIN BARRIGUETE, *Los ilustrados, la Mesta y la trashumancia*, en *Estructuras agrarias y reformismo ilustrado en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1989, pp. 763 y ss.; ID., *Reformismo y ganadería: el Honrado Concejo de la Mesta en el reinado de Carlos III*, en *Actas del Congreso Internacional sobre « Carlos III y la Ilustración »*, vol. II, pp. 569 y ss.; e ID., *Campomanes, presidente de la Mesta*, en *Actas del Coloquio Internacional sobre « Carlos III y su siglo »*, t. II, pp. 93 y ss.; Gonzalo ANES, *La crítica ilustrada a la Mesta como antecedente doctrinal de la medida de disolución del Honrado Concejo*, en *Mesta, trashumancia y vida pastoril*, pp. 159-188; Emiliano GONZÁLEZ DIEZ, *Mesta. Institución y Derecho*, en *Introducción a la lectura de la edición facsímil del Cuaderno de Leyes y Privilegios del Honrado Concejo de la Mesta*, Valladolid, 1994, pp. 5-15; y Angel GARCÍA SANZ, *Los privilegios de la Mesta: contexto histórico y económico de su concesión y de su abolición, 1273-1836. (Una necesaria revisión de la obra de Julius Klein)*, en *Introducción a la lectura de la edición facsímil del Cuaderno...*, pp. 17-31.

⁽⁴³⁾ Julio CARO BAROJA, *Las « Nuevas Poblaciones » de Sierra Morena y Andalucía. Un experimento sociológico en tiempos de Carlos III*, en *Razas, pueblos y linajes*, Madrid, 1957, pp. 205-232; Manuel CAPEL MARGARITO, *La Carolina, capital de las Nuevas Poblaciones. (Un ensayo de reforma socio-económica de España en el siglo XVIII)*, Jaén, 1970; Juan Rafael VÁZQUEZ LESMES, *La Ilustración y el proceso colonizador en la campaña cordobesa*, Córdoba, 1979; María Isabel GARCÍA CANO, *La colonización de Carlos III en Andalucía. Fuente Palmera, 1768-1835*, Córdoba, 1982; Ana OLIVERA POLL y Antonio ABELLÁN GARCÍA, *Las Nuevas Poblaciones del siglo XVIII en España*, en *Hispania*, XLVI, 163 (Madrid, 1986), pp. 299-326; Miguel AVILÉS FERNÁNDEZ y Guillermo SENA MEDINA (edits.), *Las « Nuevas Poblaciones » de Carlos III en Sierra Morena y Andalucía*, Córdoba-La Carolina, 1985; e ID., *Carlos III y las « Nuevas Poblaciones »*, 3 tomos, Córdoba-La Carolina, 1988; Marcelin D'FOURNEAUX, *Pablo de Olavide. El afrancesado*, trad. al castellano, Sevilla, 1990; Miguel AVILÉS FERNÁNDEZ, *Historiografía sobre las « Nuevas Poblaciones » de Carlos III*, en *Actas del Coloquio Internacional sobre « Carlos III y su siglo »*, t. I, pp. 485-510; Luis PERDICES BLAS, *Pablo de Olavide (1725-1803). El ilustrado*, Madrid, 1992; y José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *Campomanes y las Nuevas Poblacio-*

derechos de portazgo, pontazgo, barcaje y demás imposiciones sobre el tránsito en manos de particulares (Real Cédula de 7 de agosto de 1780, que destinó « los productos de portazgos al reparo de caminos »; *Portazgos*; CCC, XI, 40 y 68); los intentos fracasados de establecimiento de la *Única Contribución*, recogiendo, traducido, el Breve pontificio, de 6 de septiembre de 1757, mediante el cual Benedicto XIV permitió la sujeción a la misma del estado eclesiástico, secular y regular, de los reinos de la Corona de Castilla y León (CCC, IV, 67; además de IV, 3; V, 16 y 17) ⁽⁴⁴⁾; y el curso de los vales reales como instrumento de crédito y de allegar recursos para la depauperada Hacienda Real del último tercio del siglo XVIII, sobrecargada por el peso de los gastos militares (*Vales*; CCC, XI, 41 y 70; XII, 16, 17 y 19) ⁽⁴⁵⁾.

nes de Sierra Morena y Andalucía (1766-1793), en *Boletín del Instituto de Estudios Giennenses*, 163 (Jaén, Enero-marzo de 1997), pp. 185-293.

⁽⁴⁴⁾ Antonio MATILLA TASCÓN, *La Única Contribución y el Catastro de La Ensenada*, Madrid, 1947; e ID., *El primer Catastro de la Villa de Madrid*, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, LXIX, 2 (Madrid, 1961), pp. 463-529; Joaquín NADAL FERRERAS, *La introducción del Catastro en Gerona. Contribución al estudio del régimen fiscal de Cataluña en tiempos de Felipe V*, Barcelona, 1971; e ID., *Una font important per a la història econòmica de Catalunya: el Reial Cadastre, en Homenaje al Doctor D. Joan Reglà Campistol*, 2 vols., Valencia, 1975, vol. II, pp. 209-222; Juan HERNÁNDEZ ANDREU, *La Única Contribución del marqués de la Ensenada y el impuesto único de la escuela fisiocrática*, en *Moneda y Crédito*, 117 (Madrid, junio de 1971), pp. 67-79; e ID., *Evolución histórica de la contribución directa en España desde 1700 a 1814*, en *Revista de Economía Política*, 61 (Madrid, mayo-agosto de 1972), pp. 31-90; Vicente LLOMBART ROSA, *A propósito del intento de reforma de la Hacienda castellana en el siglo XVIII: Campomanes frente al proyecto de Única Contribución*, en *Hacienda Pública Española*, 38 (Madrid, 1976), pp. 123-132; Alfonso OTAZU, *La reforma fiscal en la España moderna. El caso de Extremadura (1749-1779)*, Madrid, 1978; Manuel BUSTOS RODRÍGUEZ, *El pensamiento hacendístico de Campomanes. El proyecto de Única Contribución*, en *Gades*, Revista del Colegio Universitario de Filosofía y Letras, 3 (Cádiz, 1979), pp. 163-191; José Manuel PÉREZ GARCÍA, *Algunas reflexiones en torno a la utilización de los resúmenes generales de la Única*, en *Cuadernos de Estudios Gallegos*, 31 (Santiago de Compostela, 1978-1980), pp. 117-166; José FONTANA LÁZARO, *La supervivencia del mito de la Única Contribución*, en *Hacienda Pública Española*, 17 (Madrid, 1972), pp. 111-119; e ID., *La Hacienda en la historia de España (1700-1931)*, Madrid, 1980; Dolores MATEOS DORADO, *La Única Contribución y el Catastro de Ensenada, 1749-1759*, en VARIOS AUTORES, *La época de Fernando VI*, Oviedo, 1981, pp. 227-240; Carlos ÁLVAREZ GARCÍA, *El Catastro del Marqués de la Ensenada y la Única Contribución en la provincia de Soria (1749-1775)*, en *Celtiberia*, 31 (Soria, 1981), pp. 203-249; Miguel ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pp. 229-279; Juan Luis CASTELLANO CASTELLANO, *La sociedad del Antiguo Régimen y la concepción fiscal de la Ilustración*, en *Hacienda Pública Española*, 87 (Madrid, 1984), pp. 241-254; Javier María Díez DE ULZURRUN, *La Única Contribución. Las « Comprobaciones » del Catastro en 1760 y el intento de 1770*, en *Moneda y Crédito*, 187 (Madrid, diciembre de 1988), pp. 83-99; Miguel ARTOLA y Jesús MARTÍN NIÑO, *La Hacienda*, en *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por M. Artola, vol. II. *Instituciones políticas. Imperio*, Madrid, 1988, pp. 165-237; y Concepción CAMARERO BULLÓN, *El debate de la Única Contribución. Catastrar las Castillas, 1749*, Madrid, 1993.

⁽⁴⁵⁾ Valentín VÁZQUEZ DE PRADA, *Los vales reales en el mercado de Barcelona (1780-1800)*, en *Anuario de Historia Económica y Social*, II (Madrid, 1969), pp. 423-469;

En el capítulo de las regalías de la Corona, de las relaciones entre los poderes civil y eclesiástico, varias son las voces que han de consultarse. Por el *hilo* de los *Asilos*, tejido sobre dos Breves de Clemente XII, de 14 de noviembre de 1737, que declaraban « no gozar de la inmunidad local de las Iglesias los asesinos y salteadores de caminos » (CCC, II, 132 y 133), se llega al *ovillo* del *Concordato*, en este caso, de 1737 (CCC, II, 114; III, 2). Las *Bulas* y *Breves* son contempladas desde la óptica del *regium exequatur*, de su previa presentación, y pase, por y ante el Consejo Real de Castilla, a fin de comprobar si conculcaban o desconocían las regalías del soberano (Reales Pragmáticas de 18 de enero de 1762 y 16 de junio de 1768; CCC, II, 53 y 63; V, 26, 28 y 61 — *Retención* —; VI, 75; VII, 6, 12, 13, 16 y 17; X, 38; XI, 72 — *Preces* —). La creación del Tribunal de la Rota de la *Nunciatura* de España consta a través de otro Breve pontificio, esta vez de Clemente XIV, de 26 de marzo de 1771 (CCC, VI, 41; IX, 44) ⁽⁴⁶⁾. La búsqueda por *Patronato* produce un exiguo resultado: el Real

Earl J. HAMILTON, *El Banco Nacional de San Carlos (1782-1829)*, en VARIOS AUTORES, *El Banco de España. Una historia económica*, Madrid, 1970, pp. 199-231; Javier LASARTE, *Economía y Hacienda al final del Antiguo Régimen. Dos estudios*, Madrid, 1976; Richard HERR, *El experimento de los vales reales*, en *Dinero y Crédito. (Siglos XVI al XIX)*, Actas del I Coloquio Internacional de Historia Económica, dir. por Alfonso Otazu, Madrid, 1978, pp. 115-124; Antonio MATILLA TASCÓN, *Las rentas vitalicias en el siglo XVIII*, en *Hacienda Pública Española*, 55 (Madrid, 1978), pp. 275-283; Reinhard LIERH, *Endeudamiento estatal y crédito privado: la consolidación de vales reales en Hispanoamérica*, en *Anuario de Estudios Americanos*, 41 (Sevilla, 1984), pp. 553-578; Pedro MOLAS RIBALTA, *Las finanzas públicas*, en *La época de los primeros Borbones. La nueva Monarquía y su posición en Europa (1700-1759)*, t. XXIX, vol. I de la *Historia de España*. R. Menéndez Pidal, Madrid, 1985, pp. 223-276; Eugene N. WHITE, *¿Fueron inflacionarias las finanzas estatales en el siglo XVIII? Una nueva interpretación de los vales reales*, en *Revista de Historia Económica*, 3 (Madrid, 1987), pp. 509-526; José Patricio MERINO NAVARRO, *La Hacienda de Carlos IV*, en *Hacienda Pública Española*, 69 (1981), pp. 139-182; e ID., *Las cuentas de la Administración central española, 1750-1820*, Madrid, 1988; Pedro TEDDE DE LORCA, *Los negocios de Cabarrús con la Real Hacienda (1780-1783)*, en *Revista de Historia Económica*, 3 (1987), pp. 527-551; e ID., *El Banco de San Carlos, 1782-1829*, Madrid, 1988; Carlos de la Hoz GARCÍA, *Las reformas de la Hacienda madrileña en la época de Carlos III*, en VARIOS AUTORES, *Carlos III, Madrid y la Ilustración. Contradicciones de un proyecto reformista*, Madrid, 1988, pp. 77-101; María del Pilar PÉREZ GARCÍA, *De las Casas de Moneda al Banco de San Carlos*, en *Actas del Coloquio Internacional sobre « Carlos III y su siglo »*, t. II, pp. 913-918; e I. PULIDO BUENO, *El Real Giro de España. Primer proyecto de Banco nacional*, Huelva, 1994.

⁽⁴⁶⁾ A juicio de Clara ÁLVAREZ ALONSO, *La dudosa originalidad del regalismo borbónico*, en A. IGLESIA FERREIRÓS (edit.), *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona, 1996, pp. 169-206, Mayáns, Campomanes, Álvarez Abreu y algún otro constituyen el grupo de más preclaros regalistas del siglo XVIII. Y, sin embargo, ni sus argumentaciones, ni sus objetivos, resultan originales, pues unas (costumbre inmemorial, prescripción, derecho histórico) estaban ya en las obras de los grandes regalistas de los siglos XVI y XVII; y los otros (prescripción de la amortización de bienes raíces, jurisdicción privativa y provisión regia de todos los beneficios) habían sido peticiones, y derechos, que la doctrina, y los propios procuradores del Reino en Cortes, habían presentado durante largo tiempo, y, en algunos supuestos, desde la Baja Edad Media. La

Decreto de 3 de octubre de 1748, dando « reglas a la Cámara sobre el conocimiento de las causas del Real Patronato » (CCC, IV, 4). La expulsión de la Compañía de Jesús de los dominios de la monarquía, en la península e Indias, la ocupación de sus temporalidades, y su posterior extinción en 1773, ocupa buen número de las disposiciones compiladas: *Extinción* (Breve de Clemente XIV, de 21 de julio de 1773, y Real Cédula de 16 de septiembre, « encargando a los Tribunales Superiores, Ordinarios, Eclesiásticos y Justicias del Reino, cuidasen de (su) ejecución »; CCC, IX, 20, 21, 22 y 23); *Regulares* (CCC, VI, 37, 38 y 39; VII, 20); y *Temporalidades* (CCC, VI, 15, 25, 28 y 43) ⁽⁴⁷⁾. La reforma y reducción

única nota de originalidad que aporta el siglo XVIII es de naturaleza política, y consiste en la existencia misma del Concordato de 1753. Doctrinalmente, salvo por la utilización científica de la historia y la radicalización de sus posiciones, poco es lo que los ilustrados ofrecen como novedad. Y, ni siquiera se plantean la más mínima duda acerca de la función legitimadora de la teología y de la religión, cuya bondad — concluye ÁLVAREZ ALONSO — es sistemáticamente subrayada. Véase, además, P. Manuel F. MIGUÉLEZ, *Jansenismo y regalismo en España. (Datos para la historia). Cartas al Sr. Menéndez Pelayo*, Valladolid, 1895; Vicente RODRÍGUEZ CASADO, *Iglesia y Estado en el reinado de Carlos III*, en *Estudios Americanos*, 1 (Sevilla, 1948), pp. 5-57; Constantino GARCÍA MARTÍN, *El Tribunal de la Rota de la Nunciatura de España. Su origen, constitución y estructura*, en *Anthologica Annua*, 8 (Roma, 1960), pp. 143-278; Alberto de la HERA LÓPEZ-CUESTA, *El regalismo borbónico en su proyección indiana*, Madrid, 1963; e ID., *Notas para el estudio del regalismo español en el siglo XVIII*, en *Anuario de Estudios Americanos*, 31 (Sevilla, 1974), pp. 409-440; Rafael OLAECHEA, *Las relaciones hispano-romanas en la segunda mitad del XVIII. La Agencia de Preces*, 2 tomos, Zaragoza, 1965; José Luis SANTALÓ, *La política religiosa de Carlos III en los primeros años de su reinado (1760-1765)*, en *Archivo Iberoamericano*, 27 (1967), pp. 73-93; María Giovanna TOMSICH, *El jansenismo en España. Estudio sobre ideas religiosas y reforma de la Iglesia. Pensamiento político-religioso de Don Gregorio Mayáns y Siscar (1699-1781)*, Valencia, 1968; ID., *Despotismo e Ilustración en España*, Barcelona, 1976; e ID., *La Iglesia y el Estado. Los Concordatos de 1737 y 1753*, en *La época de los primeros Borbones...*, t. XXIX, vol. I, pp. 277-333; Luis SIERRA NAVA, *Una década de política religiosa de Carlos III vista por los ojos de un Nuncio y un Abate romano, 1766-1785*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 8 (Madrid, 1984), pp. 171-201; Christian HERMANN, *L'Eglise d'Espagne sous le Patronage Royal (1476-1834). Essai d'ecclésiologie politique*, Madrid, 1988; Teófanos EGIDO LÓPEZ, *El regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII*, en *Historia de la Iglesia en España*, Biblioteca de Autores Cristianos, 5 vols., Madrid, 1979, vol. IV, pp. 78-179; e ID., *El Regalismo*, en E. LA PARRA LÓPEZ y J. PRADELLS NADAL (edits.), *Iglesia, Sociedad y Estado en España, Francia e Italia (ss. XVIII al XX)*, Alicante, 1991, pp. 193-217; y Jacinta MACÍAS DELGADO, *La Agencia de Preces en las relaciones Iglesia-Estado español (1750-1758)*, Madrid, 1994.

⁽⁴⁷⁾ Miguel BATLLORI, *La Compañía de Jesús en la época de su extinción*, en *Archivum Historicum Societatis Iesu*, 37 (Roma, 1968), pp. 201-231; José Antonio FERRER BENIMELI, *Sucedió en Graus hace doscientos años. Notas sobre Aranda y la expulsión de los jesuitas*, en *Miscelánea ofrecida al Doctor Lacarra*, Zaragoza, 1968, pp. 181-212; Carlos E. CORONA BARATECH, *Sobre el Conde de Aranda y la expulsión de los jesuitas*, en *Homenaje al Doctor D. Joan Reglà Campistol*, 2 tomos, Valencia, 1975, t. II, pp. 79-106; Teófanos EGIDO, *Motines de España y proceso contra los jesuitas. La « Pesquisa reservada » de 1766*, en *Estudio Agustiniiano*, 9 (1976), pp. 219-260; ID., *Oposición radical a Carlos III y expulsión de los jesuitas*, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 174 (Madrid,

del clero regular, otro importante aspecto de la política eclesiástica carolina, sólo cuenta, en cambio, con referencias a los mercedarios calzados y descalzos, y a los trinitarios calzados de la Provincia de Andalucía: *Reducción* (CCC, IX, 45 y 46) y *Trinitarios* (CCC, VII, 25 y 26) (48). Las consecuencias de los motines de la primavera de 1766 disfrutaban, por su parte, de múltiples entradas, prueba de que tales acontecimientos fueron tenidos muy presentes a la hora de adoptar disposiciones normativas, represoras y preventivas: *Tumulto* (CCC, V, 106, 107, 121 y 136); *Sediciosos* (Pragmática Sanción de 17 de abril de 1774, « prescribiendo el orden de proceder contra los que causen bullicios o conmociones populares », en CCC, IX, 31); *Pasquines* (Auto Acordado de 14 de abril de 1766, « mandando se abstengan en el Reyno de escribir, copiar y esparcir pasquines y papeles sediciosos », en CCC, V, 108, 109 y 110); y *Uso* (Auto Acordado de 1 de abril de 1767, acerca del rumor que se extendió en el primer aniversario del *motín contra Esquilache* sobre un nuevo e inminente levantamiento, como consecuencia de « haberse esparcido la voz de que el Gobierno prohibía a las mujeres el uso de moños, rodetes y agujas en el pelo, obligándolas a que lo trajesen tendido, y a que no usasen hebillas de plata »; CCC, VI, 6) (49).

1977), pp. 529-545; e Id., *La expulsión de los jesuitas en España*, en *Historia de la Iglesia en España*, Madrid, 1979, vol. IV, pp. 746-796; Armando ALBEROLA ROMÁ y Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ, *Las temporalidades de la Compañía de Jesús en Alicante, siglos XVII-XVIII*, en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 2 (Alicante, 1982), pp. 167-210; B. YUN CASALILLA, *La venta de los bienes de las temporalidades de la Compañía de Jesús. Una visión general y el caso de Valladolid (1767-1808)*, en VARIOS AUTORES, *Desamortización y Hacienda Pública*, 2 tomos, Madrid, 1986, t. I, pp. 293-316; Isidoro PINEDO IPARRAGUIRRE, *Los escrúpulos de Carlos III en su actuación política frente a la Santa Sede*, en VARIOS AUTORES, *La Ilustración*, Bilbao, 1988, pp. 33-46; e Id., *Campomanes y los jesuitas después de la Pragmática de expulsión*, en *Letras ds Deusto*, 22 (Bilbao, noviembre-diciembre de 1992), pp. 96-106; Pilar GARCÍA TROBAT, *La expulsión de los jesuitas. Una legislación urgente y su aplicación en el Reino de Valencia*, Valencia, 1992; y Teófanos EGIDO e Isidoro PINEDO, *Las causas « gravísimas » y secretas de la expulsión de los jesuitas por Carlos III*, Madrid, 1994. También, Enrique GIMÉNEZ LÓPEZ (ed.), *Expulsión y exilio de los jesuitas españoles*, Alicante, 1997; José Antonio FERRER BENIMELI (ed.), *La expulsión y extinción de los jesuitas según la correspondencia diplomática francesa*, t. I: 1766-1770; t. II: *Cónega y Paraguay*; t. III: 1770-1773; Zaragoza, 1993-1998; y Teófanos EGIDO, *Aranda y los jesuitas*, en VARIOS AUTORES, *El Conde de Aranda (1719-1798). II Centenario de su muerte*, Zaragoza, 1998, pp. 139-147.

(48) Ángel BENITO DURÁN, *El Supremo Consejo de Castilla informado por su Fiscal don Pedro Rodríguez de Campomanes sobre los monjes basilios del Tardón*, en *Archivo Hispalense*, 180 (Sevilla, 1976), pp. 37-62; Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Campomanes y los « monjes granjeros »*. Un aspecto de la política eclesiástica de la Ilustración, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 1 (Madrid, 1977), pp. 99-110; Adela MORA CAÑADA, *Monjes y campesinos. El Señorío de la Valldigna en los siglos XVII y XVIII*, Alicante, 1986; Concepción de CASTRO, *Campomanes y el clero regular*, en *Actas del Congreso Internacional sobre « Carlos III y la Ilustración »*, vol. I, pp. 467-485; y Antonio Luis CORTÉS PEÑA, *La política religiosa de Carlos III y las Ordenes mendicantes*, Granada, 1989.

(49) Entre la abundantísima bibliografía existente, se puede entresacar: Constan-

Han de destacarse, por último, diversas materias objeto de reforma y de atención en la compilación cronológica de impresos legales del Consejo de Castilla. Así, bajo los epígrafes de *Arancel* y de *Derechos* es recogida la regulación de las percepciones que podían exigir, por el desempeño de sus oficios, los escribanos de Cámara y de Gobierno, los porteros de Estrados y los receptores de Penas de Cámara y Gastos de Justicia del Consejo; los escribanos del Crimen, relatores y oficiales de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte; los tenientes de corregidor de la Villa de Madrid; los relatores y escribanos de Cámara de las Chancillerías de Valladolid y Granada, y de las Audiencias de Galicia, Sevilla, Zaragoza y Valencia, etc. (CCC, I, 45 y 60-74; II, 21; VI, 62, 76 y 80; VII, 9). Consta la aprobación de la observancia del Fuero del *Baylío*, mediante Real Cédula de 20 de diciembre de 1778 (CCC, XI, 2) ⁽⁵⁰⁾; la vigencia de las Reales

cio EGUÍA RUIZ, *Los jesuitas y el Motín de Esquilache*, Madrid, 1947; José NAVARRO LATORRE, *Hace doscientos años. Estado actual de los problemas históricos del motín de Esquilache*, Madrid, 1966; Carlos E. CORONA BARATECH, *El poder real y los motines de 1766*, en *Homenaje. Suma de estudios en homenaje al Ilmo. Dr. Angel Canellas López*, Zaragoza, 1969, pp. 259-277; ID., *Los sucesos de Sevilla y de Jaén en abril de 1766*, en *Hispania*, 137 (Madrid, 1977), pp. 541-568; e ID., *Los motines de la gobernación de Alicante en abril de 1766*, en *Anales de la Literatura Española. Universidad de Alicante*, 2 (Alicante, 1983), pp. 103-132; Pierre VILAR, *El motín de Esquilache y las crisis del Antiguo Régimen*, en *Revista de Occidente*, 107 (Madrid, 1972), pp. 199-249, con nueva y reelaborada versión en *Coyunturas. Motín de Esquilache y crisis de Antiguo Régimen*, en su *Hidalgos, amotinados y guerrilleros. Pueblo y poderes en la historia de España*, Barcelona, 1982, pp. 93-140; Laura RODRÍGUEZ DÍAZ, *El motín de Madrid de 1766*, en *Revista de Occidente*, 121 (Madrid, 1973), pp. 24-49; e ID., *Los motines de 1766 en provincias*, en *Revista de Occidente*, 122 (1973), pp. 183-207; Gonzalo ANES, *Antecedentes próximos del motín contra Esquilache*, en *Moneda y Crédito*, 128 (Madrid, 1974), pp. 219-224; Rafael OLAECHEA ALBISTUR, *Contribución al estudio del « Motín contra Esquilache » (1766)*, en *Estudios en homenaje al Dr. D. Eugenio Frutos Cortés*, Zaragoza, 1977, pp. 213-347; Teófanos EGIDO LÓPEZ, *Madrid, 1766: « Motines de Corte » y oposición al gobierno*, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 3 (Madrid, 1979), pp. 125-153; Pedro RUIZ TORRES, *Los motines de 1766 y los inicios de la crisis del Antiguo Régimen*, en VARIOS AUTORES, *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, pp. 49-111; Antonio RISCO, *Flujos y reflujos del motín de Esquilache*, en *Cuadernos de Historia Moderna*, 5 (Madrid, 1984), pp. 11-36; Manuel BUSTOS RODRÍGUEZ, *Del motín de Esquilache a la inculpación de los jesuitas: visión e información portuguesa de la revuelta*, en *Hispania Sacra*, XXXIX (Madrid, 1987), pp. 211-234; José ANDRÉS-GALLEGU, *Economía, psicología y ética de un motín. Salamanca, 1764*, en *Hispania Sacra*, XXXIX, 80 (1987), pp. 675-711; e ID., *Soria, 1766: el problema de la representatividad y de la participación en la vida pública*, en *Investigaciones Históricas*, 8 (Valladolid, 1988), pp. 109-120; y José Antonio FERRER BENIMELI, *Los jesuitas y los motines en la España del siglo XVIII*, en *Actas del Coloquio Internacional sobre « Carlos III y su siglo »*, t. I, pp. 453-484.

⁽⁵⁰⁾ Juan BOZA VARGAS, *El Fuero del Baylío*, Fregenal, Badajoz, 1898; Teófilo BORRALLA SALGADO, *Fuero del Baylío. Estudio histórico-jurídico*, Badajoz, 1915; Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, *Fuero del Baylío*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, X (Barcelona, 1960), pp. 301 y ss.; Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, *El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta*, en *Anuario de Derecho Civil*, 15 (Madrid, 1962), pp. 999 y ss.; Manuel MADRID DEL CACHO, *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, Córdoba, 1963;

Pragmáticas de Felipe V, de 23 de febrero de 1734 y de 8 de noviembre de 1735, que tan atrozmente castigaban — con pena capital — los simples delitos de hurto cometidos en la Corte o en su rastro (*Hurtos*; CCC, II, 78 y 96); o los infructuosos intentos por evitar los excesos y corruptelas que injustamente se toleraban en los juicios de residencia practicados a corregidores y justicias (*Residencias*; CCC, III, 34, 75 y 79; V, 4 y 78). Otras referencias resultan, por lo demás, descorazonadoras, muy escasamente informativas: *Consejos* únicamente contiene un Real Decreto, de 12 de febrero de 1717, disponiendo que éstos « se junten para despachar en el Palacio que habitó la Reina Doña Mariana de Austria, con todas las Contadurías de sus dependencias » (CCC, I, 53); *Consulta* es, obviamente, la ordinaria de los viernes, del Consejo de Castilla « delante de S.M. » (CCC, V, 148 y 149); *Mil y Quinientas* precisa, a través de una Real Cédula de 10 de marzo de 1778, que el conocimiento de los expedientes sobre tanteo de jurisdicciones, y otros derechos y oficios enajenados de la Real Hacienda, corresponde a la Sala del Consejo de Castilla del mismo nombre (CCC, X, 21), al igual que sucede con el artículo de administración en los pleitos de *Tenuta* o posesión de mayorazgos (CCC, IV, 15); *Competencias* reúne cuatro irrelevantes disposiciones (una de ellas repetida) sobre esta materia, crucial en el régimen de gobierno y administración de la monarquía absoluta (CCC, V, 44, 60 y 96; VIII, 35); y *Jurisdicción*, desordenada y desalentadoramente, con tres entradas — una de ellas se remite a otra anterior —, se basa tan sólo en la Real Cédula de 11 de junio de 1779, que trataba de prevenir « lo que se debe observar en las competencias de jurisdicción ordinaria y militar » (CCC, X, 20; XI, 21, 22 y 56).

X. Como ya ha sido puesto de relieve, y estudiado en profundidad por algunos autores, en la legislación del siglo XVIII es posible detectar el empleo de una tópica característica, y la presencia de un discurso (*sermo*) de uso repetido en las fórmulas de ordenación legal, producto de la influencia de las nuevas categorías culturales y del lenguaje de la Ilustración. La argumentación pragmática, esto es, la valoración de un acto o acontecimiento en función de sus consecuencias, pasadas, presentes o futuras, favorables o desfavorables, y el tópico de la experiencia, son características del pensamiento utilitarista, como lo es el de la Ilustración. La argumentación pragmática pone un gran énfasis en las nociones de utilidad, ventaja, beneficio, contraponiéndolas, cuando lo considera necesario, a sus contrarios: perjuicio, deterioro o decadencia. Son éstas palabras claves del discurso ilustrado. Siendo el *sermo* ilustrado un discurso utilitarista, obsesionado por la utilidad, en el que cobra una importancia fundamental el éxito como criterio de

y Eduardo CERRO y SÁNCHEZ-HERRERA, *Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Baylío*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1973, pp. 109 y ss.; e Id., *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974.

validez, la adecuación de los medios al fin perseguido (siempre presentado como útil, importante, loable, saludable o digno) se convierte en un problema central. También se incorpora al discurso del poder el ideal humanitario de la Ilustración, con un claro paternalismo, mediante la búsqueda declarada y proclamada de la protección, felicidad, prosperidad y comodidad de los súbditos de la monarquía, y de la quietud y tranquilidad públicas. Además, el discurso legislativo, en el caso de la monarquía española, añade, junto al repertorio de cuestiones características de la Ilustración, una constante preocupación por la defensa de la soberanía y de las regalías del monarca ⁽⁵¹⁾.

Abundantes ejemplos de la tópica y de la retórica características de la legislación del siglo ilustrado, del empleo de *ideologemas* (mecanismos argumentativos portadores de ideología), pueden ser extraídos de la compilación impresa del Consejo de Castilla en el setecientos. Por lo demás, en lo que se refiere a la ejecución y aplicación de las disposiciones y providencias en ella contenidas, debe recordarse una de las conclusiones a las que llegó Alexis de Tocqueville (1805-1859) en su lúcida, inacabada y postrera obra, *L'Ancien Régime et la Révolution*, publicada en 1856: « una regla rígida, una práctica blanda; esto es lo que caracteriza al Antiguo Régimen ». Tocqueville conocía admirablemente bien las fuentes administrativas del siglo XVIII en Francia, y pudo constatar la extraordinaria minuciosidad con la que las autoridades procuraban reglamentarlo todo, y la desobediencia crónica en la que incurrieran los destinatarios de tales disposiciones, puesta en evidencia por la reiteración de las mismas providencias con el intervalo de pocos años. Además, la Administración del Antiguo Régimen era tan variada y tan heterogénea que sólo podía sobrevivir si actuaba muy poco. Partiendo de una distinción clásica en su obra, entre gobierno y administración, Tocqueville concluye que el contraste entre la multiplicación de la actividad gubernamental, y su impotencia en la práctica — administrativa —, es lo que explica el descrédito progresivo en el que fue sumiéndose la ley en la Francia del setecientos ⁽⁵²⁾.

(51) Seguimos, fundamentalmente, a Francisco Luis PACHECO CABALLERO, *Retórica, tópica y legislación en el siglo XVIII*, en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona, 1996, pp. 479-503. Consúltese también: Pedro ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: el léxico de la Ilustración temprana en España (1680-1760)*, Madrid, 1992; además de Paul HAZARD, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, Madrid, 1952; José Antonio MARAVALL, *Antiguos y modernos. La idea de progreso en el desarrollo inicial de una sociedad*, Madrid, 1966; e ID., *Estudios de la historia del pensamiento español (siglo XVIII)*, introducción y compilación de María del Carmen Iglesias, Madrid, 1991; y María del Carmen IGLESIAS, *Educación y pensamiento ilustrado*, en *Actas del Congreso Internacional sobre « Carlos III y la Ilustración »*, vol. III, pp. 1-30.

(52) François FURET, *Penser la Révolution française*, París, 1978 (trad. al castellano, Barcelona, 1980), pp. 182-183. De Alexis de TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, trad. al castellano, 2 vols., reedic. Madrid, 1993, vol. I, pp. 77-97, interesan,

Pero, tampoco deben olvidarse las enseñanzas derivadas de la que constituye, sin duda, la tesis principal de *L'Ancien Régime*. Fue el proceso de centralización cumplido por el Antiguo Régimen el que creó la igualdad social, de la cual salió justamente la Revolución. De este modo, una gran revolución administrativa habría precedido a la revolución política. La Revolución no fue una ruptura radical, como se había pretendido, sino que había sido precedida por un proceso de centralización — administrativa, aun con todas sus carencias — que había hecho posible, que había promovido directamente, la igualdad. La Administración centralizada y poderosa, como la que se *pretendió* imponer en el Antiguo Régimen, determinó, a su vez, una extensión y perfección de la igualdad. De ahí que, tras la Revolución, al consagrarse la igualdad como fórmula social única, la centralización administrativa no sólo continúa, sino que se incrementa exacerbadamente. De tal forma que la tendencia hacia la igualdad revolucionaria tiene que valerse necesariamente del instrumento, *nada revolucionario*, de la centralización y uniformización administrativas (53).

Al hojear, simplemente, esta compilación cronológica de disposiciones impresas, y de otros papeles que no son tales, se comprueba esa tendencia hacia la centralización y uniformización administrativas, desde un órgano principal de la Administración central de la monarquía absoluta como fue el Consejo de Castilla; y también, en la medida de lo posible — tratándose de una colección legal —, y según trasluce de las reiteraciones normativas, las deficiencias de aplicación y ejecución de sus disposiciones. En todo caso, como tal fuente de conocimiento del Derecho formalmente vigente entre 1708 y 1781, el lector, el jurista y el historiador necesariamente habrán de colocar esta compilación en su biblioteca, situándola entre la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*, como obra de imprescindible consulta, y extraordinaria utilidad: aunque con la advertencia, eso sí, de que no fue promulgada oficialmente, como las

primordialmente, los siguientes capítulos del Libro II: «Cómo la centralización administrativa es una institución del Antiguo Régimen, y no, como se ha dicho, la obra de la Revolución ni del Imperio» (Cap. II); «Cómo lo que hoy se llama tutela administrativa es una institución del Antiguo Régimen» (Cap. III); «Cómo la justicia administrativa y la garantía de los funcionarios son instituciones del Antiguo Régimen» (Cap. IV); y «Cómo había podido introducirse la centralización en medio de los antiguos poderes y suplantarlos sin destruirlos» (Cap. V). Véase, igualmente, François FURET y Denis RICHEL, *La Revolución Francesa*, Madrid, 1988 (1ª ed., París, 1973); y Denis RICHEL, *La Francia Moderna. El espíritu de las instituciones*, Madrid, 1997.

(53) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea (y la formación del sistema municipal francés contemporáneo)*, 2ª ed. aumentada, Madrid, 1981, pp. 52-53. Acúdase también a Bartolomé CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, en *Quaderni Fiorentini*, 24 (1995), pp. 419-468; e incluso a Pablo FERNANDEZ ALBALADEJO, *Entre la «gravedad» y la «religión»: Montesquien y la «tutela» de la Monarquía Católica en el primer Setecientos*, en José María INURRITEGUI y José María PORTILLO (ed.s.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, 1998, pp. 25-49.

otras dos mencionadas, y de que nunca fue otra cosa que una colección privada. Una obra que, además, ante la prevista publicación por el Centro de Estudios Constitucionales de los libros 13 a 26 (1782-1795) que restan, editados, de nuevo, bajo la responsabilidad del profesor Coronas, se verá definitivamente completa, y podrá ser utilizada por el curioso lector y por el especialista tal y como la conocieron, y manejaron, erratas aparte, los consejeros y fiscales del Consejo Real de Castilla desde los últimos años del siglo XVIII, y principios del XIX.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL « CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO »
NELL'ANNO ACCADEMICO 1997/98

Sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio il prof. James WHITMAN (della Yale Law School), la prof.ssa Maria Rosa PUGLIESE (della Universidad de Buenos Aires), la Lic. Leonor AGUILAR RUIZ (del Departamento de Derecho civil de la Universidad de Sevilla).

Durante il 1998 è stato pubblicato quale n. 51 della « Biblioteca » del Centro il volume di Pio CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, e, quale n. 52, il volume di Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*.

È stata definita l'organizzazione del vol. XXVIII dei 'Quaderni Fiorentini', relativo al 1999, che torna ad avere un contenuto monografico e che sarà dedicato a: « Continuità e trasformazione - La scienza giuridica italiana tra fascismo e Repubblica ».

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)</i>	1
 MODELLI E DIMENSIONI	
PAOLO GROSSI, <i>Modernità politica e ordine giuridico</i>	13
 LA DIMENSIONE GIURIDICA	
PAULO FERREIRA DA CUNHA, <i>La restauration portugaise et sa théorie constitutionnelle</i>	43
UGO PETRONIO, <i>La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")</i>	83
MASSIMO LA TORRE, <i>La lotta del « nuovo » diritto contro il « vecchio » - Georg Jellinek pensatore della modernità</i>	117
BERNARDINO BRAVO LIRA, <i>Entre dos constituciones, histórica y escrita. Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica</i>	151
PAOLO GROSSI, <i>Itinerarii dell'assolutismo giuridico - Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara</i>	169
 FIGURE DELL'ESPERIENZA	
MARIO SBRICCOLI, « <i>Vidi communiter observari</i> ». <i>L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII</i>	231
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario</i>	269
PAOLO GROSSI, <i>Aequitas canonica</i>	379
 LETTURE	
ORAZIO ABBAMONTE, <i>Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie (S. Mannoni)</i>	399
PAOLO BECCHI, <i>Oltre le righe. Hegel e il dibattito intorno alle sue lezioni (C. Cesa)</i>	401
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Happy Constitution. Cultura y Lengua Constitucionales (M. Fioravanti)</i>	405

VINCENZO FERRARI, <i>Lineamenti di sociologia del diritto 1. Azione giuridica e sistema normativo</i> (M.R. Ferrarese)	408
LUCIO FRANZESE, <i>Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario</i> (E. Spagnesi).	412
CATHERINE ANTOINETTE GASSER, <i>Philipp Lotmar 1850-1922, Professor der Universität Bern. Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht</i> (H. Schlosser)	416
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>Panorama histórico da cultura jurídica europeia</i> (A. Serrano González)	420
CARLOS PETIT (ed.), <i>Pasiones del jurista: Amor, memoria, melancolía, imaginación</i> (R. Hyland).	428
<i>Regards sur la complexité sociale et l'ordre legal à la fin du XX^e siècle</i> (A. J. Arnaud).	438
LORENZO SINISI, <i>Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese</i> (I. Soffietti)	442
MANFRED WOLF, <i>Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker. Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre</i> (P. Cappellini).	447
SEGNALAZIONI	453
A PROPOSITO DI...	
GIAN MARIO BRAVO, <i>A proposito di costituzione e di costituzionalismo</i> (intorno a <i>Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale</i>)	461
ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, <i>Sobre epistemología y tradiciones jurídicas</i> (a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand)	475
STEFANO MANNONI, <i>Accentramento e liberalismo nel XIX secolo: il declino di un mito storiografico</i> (a proposito di N. RANDERAAD, <i>Autorità in cerca di autonomia. I prefetti nell'Italia liberale</i>	481
MARIANO PESET - PILAR GARCÍA TROBAT, <i>Francisco Tomás y Valiente, investigador y maestro</i> (a propósito de la publicación de sus «Obras Completas»)	497
GEMINELLO PRETEROSI, <i>Carl Schmitt tra filosofia della tecnica e diritto politico</i> (nota su John P. McCORMICK, <i>Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology</i>)	509
GIOVANNI ROSSI, <i>Dai contratti al contratto: giuristi al lavoro alle soglie dell'età moderna</i> (a proposito di I. BIROCCHI, <i>Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento</i>	517
JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, <i>El Consejo de Castilla y la brújula de las leyes</i> (a propósito de SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ, <i>El libro de las Leyes del siglo XVIII. Colección de Impresos Legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781)</i> ,	537

RAGGUAGLI FIORENTINI

*Attività del «Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno»
nell'anno accademico 1997/98* 579

I collaboratori del ventisettesimo « Quaderno »

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paulo FERREIRA DA CUNHA

Professor de Historia do Direito - Universidade do Minho

Ugo PETRONIO

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma I

Massimo LA TORRE

Istituto Universitario Europeo - Fiesole

Bernardino BRAVO LIRA

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Chile

Mario SBRICCOLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Stefano MANNONI

Prof. Associato di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Claudio CESA

Prof. Ordinario di Storia della filosofia moderna - Scuola Normale Superiore di Pisa

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Maria Rosaria FERRARESE

Prof. Ordinario di Sociologia del diritto - Università di Trento

Enrico SPAGNESI

Prof. Associato di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Hans SCHLOSSER

Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte - Universität Augsburg

Antonio SERRANO GONZÁLEZ

Prof. Titular de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Barcelona

Richard HYLAND

Professor of Law - Rutgers University, Camden, New Jersey

André-Jean ARNAUD

Centre National de la Recherche Scientifique - Paris

Isidoro SOFFIETTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Torino

Paolo CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

Gian Mario BRAVO

Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Torino

Angel LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho civil - Universidad de Sevilla

Mariano PESET

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Valencia

Geminello PRETEROSSO

Dottore di ricerca in filosofia - Scuola Normale Superiore di Pisa

Giovanni ROSSI

Prof. Associato di Storia del diritto italiano - Università di Verona

José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA

Prof. Titular de Historia del derecho - Universidad Complutense de Madrid