

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

29

(2000)



giuffrè editore milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

(ancora sulle fonti del diritto)

1. Tra un millennio e l'altro si parla di fonti. — 2. Epicedio per l'assolutismo giuridico. — 3. Ripensare le fonti nell'età della *globalization*. — 4. Il momento dei ricordi.

1. *Tra un millennio e l'altro si parla di fonti*

Ventinovesimo volume. Siamo cioè vicini al trentesimo. Affermazione, questa, che non vuol essere un omaggio al signore di La Palisse ma sottolineare che la presente 'Pagina introduttiva' è la penultima da me redatta e sottoscritta. Col trentesimo volume, come ho già comunicato privatamente agli amici dei 'Quaderni Fiorentini', si chiude infatti la lunga vicenda della mia Redazione e si avvia una seconda stagione dei 'Quaderni' che, proprio perché affidata all'ingegno e alla cultura di Pietro Costa, non ho molta difficoltà nel preconizzare assai rilevante.

Giacché, per la penultima volta, scrivo da questo scrittoio privilegiato, mi consenta il lettore di tornare ancora una volta su un problema che mi sta molto a cuore: quello delle fonti. Un problema, anzi, il problema più incalzante per il giurista perché problema di radici e di fondazioni, tradizionalmente espresso con terminologia di remota ascendenza da una metafora che sembra segnalare soprattutto il fatto della esterna manifestazione. La metafora può anche essere conservata, a condizione che la si serbi in tutta la sua pregnanza e che dalla manifestazione si risalga a quel serbatoio sotterraneo, profondo, radicale, da dove la sorgente trae contenuto e vitalità. Già, perché parlar di fonti significa non riferirsi mai agli strati superficiali della società, bensì a quelli più riposti e fondanti, significa parlare di fondazioni di un intiero ordinamento giuridico.

E si capisce perché oggi, proprio oggi, se ne discorra tanto. La società, nell'Europa continentale, ha mutato parecchio le sue scelte di fondo, e l'ordine giuridico che dovrebbe rivestirle armonicamente, ancora pensato e risolto con le soluzioni di ieri, ne è scosso. Il rischio è il 'déclin du droit', ossia lo scollamento tra norme e forme giuridiche, da un lato, e sostanza economico-sociale, dall'altro. Ed è ovvio, ed è giusto, ed è opportuno che la scienza giuridica se ne preoccupi, senza aspettare che il problema sia avvertito dal sempre tardigrado se non impotente legislatore.

Anche a solo pescare nella mia esperienza personale, nel giro degli ultimi mesi (vo scrivendo a metà marzo del 2001), sono stato chiamato a levar la mia voce in due ampie riunioni congressuali, tenute nella mia Toscana e tendenti a realizzare una sosta riflessiva sul grande tema: a fine ottobre 2000, in seno a un Convegno fiorentino sulla forma 'Codice' e sulla attualità dello strumento 'codificazione' quale adeguata o inadeguata maniera di consolidarsi del diritto contemporaneo; appena qualche giorno fa, ai primi di marzo, a Pisa, in un Convegno dallo spettro aperto a tutto campo sul problema delle fonti (anche se particolarmente rivolto al terreno del diritto privato).

Due notazioni si impongono: ambedue i Convegni sono stati espressioni di un tessuto universitario ben più vasto di un singolo Istituto, di un singolo raggruppamento disciplinare e, per questo, felicemente, hanno chiamato a protagonisti storici e filosofi del diritto, civilisti commercialisti agraristi lavoristi comparatisti, seduti assieme a un grande tavolo comune di lavoro (a Firenze, anche colleghi stranieri provenienti da esperienze di *civil law* e di *common law* e addirittura dell'estremo oriente); ambedue i Convegni si son risolti in un martellio di grossi interrogativi, a testimonianza di coscienze inquiete di fronte e in mezzo a un ordine giuridico solcato da inquietudini perché in rapida, rapidissima trasformazione.

2. *Epicedio per l'assolutismo giuridico*

Chi scrive — storico del diritto per mestier suo — non ne è né infastidito né turbato. Ciò che lo ha infastidito e turbato — e molto, negli ultimi anni — è stata invece la pigrizia costante dei giuristi di *civil law*, la loro opacità culturale, che li rendeva beati e soddisfatti

delle certezze dell'assolutismo giuridico post-illuministico e post-rivoluzionario. Una veste molto stretta e vincolante per il giurista ma una veste già confezionata da altri, che non lo impegnava in nessun travaglio affaticante, che gli consentiva una esistenza quieta, tanto più che si trattava di un assolutismo giuridico benedetto dai martiri rivoluzionari giacobini e pertanto ammantato da un preteso belletto 'democratico' che pareva concedere assoluzioni pronte a tutti i suoi seguaci.

Assolutismo giuridico: ossia un canale forzato di scorrimento del diritto moderno, quello legislativo, con la sua arrogante idealizzazione e apologizzazione. Malgrado la iniziale indifferenza, io mi son piccato di riproporre negli ultimi anni un siffatto schema interpretativo con una insistenza che si originava dalla convinzione di star percorrendo un sentiero culturalmente pròvvido. Una convinzione che permane intatta mentre redigo questa 'pagina introduttiva', che è avvalorata dalla crescente adesione di tante coscienze criticamente vigili, che non è incrinata dalla voce solitaria di chi, indispettito per l'offesa recata all'altare dei penati giacobini, in pagine venate da irritazione profonda e da umoralità velenosa, respinge lo schema rinunciando, con atteggiamento assolutamente acritico, ad afferrarne il valore liberatorio per il giurista e soprattutto per lo storico del diritto, senza disponibilità a comprendere il richiamo metodologico che il conio dell'elementare sintagma aveva avuto — ed ha ancor oggi — per me.

Qualificare come assolutismo giuridico l'assetto delle fonti del diritto così come si viene concretando dalla fine del Settecento in poi è liberatorio, perché significa affrancazione dai pesanti luoghi comuni tuttora circolanti in tema di illuminismo giuridico, di rivoluzione dell'89, di codificazione e duri a morire perché eretti in sacrario da una occhiuta propaganda bisecolare, perché significa l'esigenza di una visione più complessa e disincantata di un momento acriticamente apologizzato, nel tentativo di recuperarne tutte le valenze, anche quelle storicamente negative. Il che dovrebbe essere proprio il compito dello storico del diritto, ossia dell'intellettuale che meno di ogni altro può appagarsi di favole anche se ben costruite.

È chiaro che il sintagma 'assolutismo giuridico' sia per taluno scomodo e molesto, perché scompiglia certezze inveterate e perché

turba la pigrizia beata dei beoti paghi di continuare a biasciare i soliti rosarii; ma costituisce un richiamo che dà vigilanza e anche arricchimento alla coscienza del giurista.

Parlar di assolutismo giuridico significa infatti non già cancellare la valenza positiva della ammirevole sistemazione sette-ottocentesca delle fonti, ma integrarla, proporle una lettura più complessa segnalando la indubbia valenza negativa che a quella sistemazione si accompagna. Assolutismo giuridico significa infatti che la produzione del diritto, di tutto il diritto, diventa un fenomeno controllato dal potere politico, con una perdita — o almeno una grossa attenuazione — dei suoi legami con la società, e la conseguente ulteriore perdita della spontaneità del meccanismo produttivo ormai formalizzatissimo e privo di quella continuità osmotica coi fatti socio-economici che è il vitale salvataggio di ogni ordine giuridico. Significa anche una contrazione enorme e innaturale della legittimazione a produrre diritto (innaturale in rapporto alla sua intima socialità) e una contrazione conseguente della pluralità delle fonti ridotte a manifestazioni del potere e gerarchicamente composte.

Tutto questo ha gravato sui duecento anni di storia giuridica che sta alle nostre spalle causando un impoverimento del paesaggio giuridico, provocando rischiose separazioni con l'esperienza in costante mutazione e, per ciò stesso, la crisi del giurista (teorico o pratico) esiliato al rango di creatura umbratile sotto la cappa legislativa. Il Novecento giuridico, nel suo aspetto più vitale, può dallo storico essere identificato in una faticosa e difficile affrancazione spostando lentamente ma incessantemente l'asse portante dell'ordinamento dal momento potestativo e autoritario del comando a quello interpretativo-applicativo, cioè alla vita del comando nello spazio e nel tempo, al suo inevitabile attrito con l'esperienza.

E oggi, anno 2001, posso ripetere quell'epicedio per l'assolutismo giuridico di cui già scrissi, proprio su questi 'Quaderni', nel volume diciassettesimo, nel 1988. A distanza di tredici anni quella diagnosi ha trovato una pienissima conferma tra le novità di fine millennio, con i nuovi bisogni ad esse collegati, con l'emergere della precisa coscienza del limite delle vecchie mitologie giuridiche e della necessità di ricercare nuove e più adeguate soluzioni.

3. *Ripensare le fonti nell'età della globalization*

Mai come in questo momento sa di antistorico il continuare a sbandierare modelli legalistici e legalitaristici, mai come in questo momento siffatti modelli mostrano tutta la loro inadeguatezza; e al giudizio dello storico, che denuncia quanto sacrificio sian costati quei modelli per la storia moderna del *civil law*, si accompagna l'osservazione di chi guarda al diritto vivente nel suo farsi quotidiano.

Gli anni immediatamente passati, gli attuali, i prossimi futuri costituiscono un tempo di rifondazione e di ripensamento per le fonti del diritto. Quel fenomeno, a diffusione mondiale, che siamo soliti chiamare con termine di chiara importazione nordamericana come *globalization*, non ci indica soltanto una dominanza a livello internazionale delle grandi centrali economiche e, conseguentemente, una sempre maggiore prevalenza della dimensione economica su quella *stricto sensu* politica, ma ci segnala un nuovo modo spregiudicato e innovatore di percepire e risolvere il problema del diritto e delle sue fonti costruendo sul piano dell'esperienza un paesaggio giuridico trasformato nel profondo e — quel che più conta — essenzialmente differenziato per essenziali scelte di base. Tanto che il fenomeno è giustamente colto da una sociologa italiana del diritto, Maria Rosaria Ferrarese, in un libro recentissimo tutto da leggere e meditare da parte di ogni giurista, come momento di cesura con i vecchi modelli. La *globalization* come autentica 'rivoluzione' anche per il diritto e per i giuristi.

Da questo osservatorio essa ci appare come uno svuotamento del vecchio monopolio di produzione detenuto e gestito gelosamente dallo Stato, svuotamento già realizzato e tuttora in via di realizzazione mediante l'emersione di nuovi soggetti creatori ed elaboratori di norme, col conseguente vistoso risultato del decentramento e della frammentazione della produzione giuridica, nonché della sua privatizzazione.

Si dirà: ciò serve solo ai grandi potentati economici e si risolve nei rapporti fra di essi. Si dirà: alla vecchia arroganza del potere politico monopolizzatore si sostituisce una arroganza di qualità deteriore, quella di un potere economico mercificatore. Il rischio è grosso, ed è ovvio che il fenomeno va osservato e seguito senza ingenuità e incontrollate aperture. Ma l'incrinatura è forte nelle mura

del vecchio castello legale, tanto forte e a proiezione così largamente universale da non fare a meno di investire, col passar del tempo, l'intera cultura giuridica. Ciò che può sembrare il breviario di nuove regole di un circolo esclusivo non tarderà a invadere beneficamente ben oltre i salotti del circolo. Senza contare un'altra circostanza benefica: modelli di *common law* che circolano liberamente nel mondo di *civil law* portando con sé un soffio d'aria nuova.

Un incisivo risultato è la formazione di due strati della giuridicità, quella fornita dal tradizionale nomopoietà, lo Stato, quella che i privati — in sostanza, gli uomini di affari — creano in base ai loro bisogni via via affioranti, che si incarna in invenzioni vivaci agili flessibili, dapprima grezze e fattuali per la loro genesi 'pratica' ma prontamente sottoposte a una tecnicamente sapiente definizione e sistemazione da parte di prestigiose e affinatissime *transnational law firms*, e che trova accoglienza nella giustizia privata facente capo ad arbitri e a corti arbitrali a livello internazionale. Al livello di questo strato si fa insostituibile e impegnativo il ruolo della scienza giuridica, l'unica a potere offrire principii e categorie ordinanti al magma troppo fluido e troppo incandescente delle invenzioni della prassi.

E un ulteriore risultato è che perde parecchio valore la distinzione tra fatto e diritto rigorosa e rigida nel vecchio positivismo formalistico, dal momento che in uno dei due strati è solo una fattualità effettiva che conta senza alcuna preoccupazione di corrispondenza dei principii e delle regole osservati ai modelli offerti dalla tradizione, dal momento che in uno dei due strati non si discorre tanto di validità quanto di effettività. Taluno, avventatamente, ha parlato di 'medioevo prossimo futuro'. Le assonanze sono appariscenti, posto che il diritto medievale si connota sempre per una sua intima fattualità, ma lo storico non può non essere percorso da un brivido di disagio: perché ogni cosa ha il suo tempo, del suo tempo è voce fedele e da questo suo tempo non può essere astratta senza che non si commettano rischiosi errori di prospettiva.

Lasciando da parte fuorvianti assonanze comparative, quel che conta per il giurista di *civil law* è dar mano a una revisione fondamentale del problema delle fonti, una revisione che deve però cominciare dall'interno dell'animo suo, che non può non consistere in una iniziale salutare palingenesi psicologica. Si impone, infatti, per la scienza giuridica la conquista di un sentimento affrancatore:

percepire le fonti non più nel profondo di un sacrario da venerare intatto, bensì quali realtà plastiche da verificare nel *continuum* dell'esperienza e da recuperare alla storia. L'età della *globalization* lo impone. Ma questa auspicata affrancazione è ancora una mèta lontana, e il giurista continua a vegetare nell'ombra della nicchia protettiva fornitagli dal sempre comodo — e per dei personaggi culturalmente pigri, appagantissimo — positivismo giuridico.

Ripensare le fonti! È stato questo l'invito ora latente ora scoperto, che ha circolato nell'ambito del Convegno fiorentino e di quello pisano, con un concorrente invito, ora latente ora scoperto, a rivestirsi di coraggio. Giacché la prima a salire sulla disagiata trincea deve essere proprio la scienza con le sue motivate convinzioni. La scienza, che ha come suo compito specifico la percezione del movimento e del mutamento in atto e la percezione del loro senso, che serba una visione universalistica sovrastante le miserie delle singole proiezioni statuali, può avere e deve avere la forza di denunciare assiomi e mitologie divenuti antistorici e di avviare quella erosione culturale degli uni e delle altre che è il pròdromo necessario per ogni rinnovamento sul piano della ufficialità normativa.

Ma la condizione vera di tutto ciò è una sola: che il giurista alimenti il primo rinnovamento dentro di sé, che la sua coscienza si faccia autenticamente critica quando discorre e tratta di fonti. Le fonti: un patrimonio rigido e indisponibile, perché ciò serviva a garantire il monopolio dello Stato e della legge. Nel tempo della *globalization*, quando Stato e legge vedono assai relativizzato il proprio ruolo, anche il problema delle fonti non può non essere sottoposto a una massiccia relativizzazione, se non si vuol correre il rischio di mantenere intatto un sacrario dedicato a idoli ormai infranti nella comune coscienza.

Occorre prendere atto del ruolo assai più modesto che i nuovi tempi e il nuovo diritto riservano alla legge, prendere atto del complesso e variegatissimo panorama delle fonti. Coerentemente, mandare in soffitta senza rimpianti una nozione meccanicistica di legalità come corrispondenza a un testo normativo autorevole. Questo principio di legalità formale deve cedere a un più comprensivo principio di giuridicità dove la corrispondenza è con i valori di un intero ordine giuridico. Inutile ripeterlo ancora: un ordine giuridico che si distende ben al di là e ben più in profondo dei confini della statualità.

In questo nostro tempo — che è per il giurista assai pregno ma anche assai difficile — c'è un ulteriore sforzo da compiere, che si concreta in un autentico impegno morale. Ne abbiamo accennato più sopra, ma conviene ribadirlo: operare perché la relativizzazione delle fonti sia al servizio dell'intera società civile (e società mondiale) impedendo che un padrone più dispotico (la grande impresa multinazionale) prenda il posto del vecchio Stato burattinaio.

4. *Il momento dei ricordi*

È nostra lodevole consuetudine il ricordo degli studiosi che, scomparsi nell'anno di riferimento del volume, si sono segnalati per fattiva collaborazione nelle nostre iniziative. Ci tocca oggi, da vicino, la morte di Sten Gagnér e di Hans Thieme.

Sten Gagnér, cui mi ha legato una amicizia affettuosa, è ricordato più avanti nel 'Quaderno' da una puntuale rievocazione di Michael Stolleis che gli fu discepolo carissimo. Bástino, dunque, qui poche annotazioni.

Svedese per nascita, bavarese per dimora e insegnamento costanti a München, era uno dei rari colleghi stranieri che, innamorato dell'Italia e della sua cultura, parlava un italiano pressoché perfetto. Il nostro Centro di Studi, che lo ha avuto come professore visitante, gli deve l'organizzazione di un Incontro sulla storiografia giuridica scandinava, che permise di entrare in contatto e prender diretta conoscenza di forze culturali prima scarsamente conosciute (e i cui 'Atti' costituiscono un volumetto della nostra 'Biblioteca'). In occasione della sua visita fiorentina tenne nella nostra Facoltà una splendida lezione sugli itinerari della nozione di 'persona moralis', frutto delle sue riflessioni in ordine a un saggio destinato al volume dei 'Quaderni' sulla persona giuridica. Il perfezionismo di Sten impedì la sua presenza nel 'Quaderno' ma, ohimè, impedì anche che quelle lunghe preziose meditazioni sulle fonti dottrinali medievali e post-medievali, divenute via via sempre più imponenti, prendessero la forma di un volume della 'Biblioteca', come io avevo auspicato e proposto e come lui aveva prontamente accettato. Credo che la storiografia giuridica abbia, in tal modo, perduto un indubbio contributo al chiarimento e alla soluzione di tanti nodi insistenti sulla lunga storia della persona giuridica nella cultura occidentale.

Scrittore non prolifico perché esasperatamente esigente con se stesso, Gagnér ha però lasciato un'opera non caduca, alla quale lo storico del diritto può attingere con la sicurezza di trovarvi sollecitazioni e intuizioni fertili. Anche chi, come me, ha qualche perplessità sul forte nesso di continuità da lui sottolineato fra ideario medievale e moderno con il risultato di anticipazioni a mio avviso discutibili, non può nascondere la propria ammirazione per uno scavo delle fonti sempre operato con assoluta maestria all'insegna di un talento forte e originale. Leggere le sue pagine — mai compilate, mai appiattite in una registrazione di dati — è sempre compiere insieme allo scrittore una felice avventura intellettuale.

Hans Thieme, per lunghi anni docente nella Università di Freiburg im Breisgau, fu accanto a noi in quella che può ben qualificarsi come la prima epifania pubblica del nostro Centro di Studi, e cioè l'Incontro internazionale del 1972 sui rapporti tra Seconda Scolastica e formazione di un diritto privato moderno. Era importante per noi, novizi e inesperti, garantirci la partecipazione, e anche il sostegno, di studiosi autorevoli, e sono ancora grato a Franz Wieacker, Michel Villey e, appunto, Hans Thieme per aver accettato senza esitazioni il mio invito a tenere una relazione. Thieme, fra gli storici del diritto, era forse quello che aveva più capito e sviluppato, dopo le intuizioni di James Brown Scott e di Ernst Reibstein, la forza incisiva della Seconda Scolastica spagnola ed europea nella formazione di una coscienza giuridica moderna, di una Seconda Scolastica ben collocata alla radici del 'moderno'. A mio avviso, è anche questo il suo merito maggiore a livello storiografico.

Non posso, infine, prima di consegnare all'Editore il testo della 'Pagina', non scrivere una integrazione doverosa e confessoria. V'è, fra i saggi del presente 'Quaderno', uno peculiarissimo. È di una giovane studiosa, Alessandra Giuliani, ed è destinato a ricordare forse l'ultima esperienza di studio del padre Alessandro, uno dei più colti e pensosi filosofi italiani del diritto, scomparso nel 1997. Di lui, collaboratore di questi 'Quaderni', non è traccia fra i molti ricordi, che sparsamente ho segnato nelle varie pagine introduttive; ed è opportuno che mi trattenga un momento su questo punto prima del congedo. Fin dal secondo volume Giuliani ha collaborato ai 'Quaderni' con felici pensatissime recensioni. Se il Redattore ha ritenuto

di non poter pretendere da lui collaborazioni più complesse, è stato per il rispetto di uno studioso impegnato nell'Ateneo di Perugia in grosse opere di organizzazione culturale alle quali era giusto che dedicasse la parte prevalente del suo tempo. Giuliani è però stato sempre vicino alle iniziative del nostro Centro con una attenzione che mi veniva cordialmente segnalata dalle frequenti chiamate telefoniche. Egli meritava, dunque, di essere ricordato dal Redattore specificamente e direttamente. Il motivo del mio silenzio è semplice. L'opera di Giuliani, nel suo snodarsi durante il tempo, aveva assunto una complessità e una varietà tali da render difficile il reperimento di un commemoratore valido a non disegnare soltanto un vago profilo apologetico ma a ricostruire la multiforme figura dello scienziato. Sembrò difficile anche a me, incapace a render conto di chi aveva dominato da maestro i campi della storia del pensiero giuridico, della filosofia del diritto, della teoria generale del diritto, del diritto positivo italiano (particolarmente quello processuale), nonché della logica e della sua storia, dell'ermeneutica, di vasti territori della filosofia morale. Sia benvenuto, pertanto, il contributo odierno della figlia di Alessandro che mi permette questo doveroso e affettuoso, anche se conciso, ricordo di uno studioso che si è segnalato al di sopra dello scialbo panorama di onesti compilatori per originalità di impostazione e di risultati, per essere portatore di un progetto culturale di rara consapevolezza.

Modelli e dimensioni

ALESSANDRA GIULIANI

OMAGGIO AD ALESSANDRO GIULIANI
(configurando una idea “classica” e una idea
“moderna” di comunità)

1. L’attenzione che Alessandro Giuliani ha rivolto nei suoi ultimi anni al fenomeno della comunità, merita una particolare considerazione: essa rivela il peculiare atteggiamento di un giurista sensibile — quale lui era — alla dimensione sociale dell’esperienza giuridica. Manifestazione puntuale di questo impegno è il saggio “Il problema della comunità nella filosofia del diritto” (in *La Comunità tra cultura e scienza*, a cura di G. Dalle Fratte, vol. I, Armando, Roma, 1993, pp. 83-97) ⁽¹⁾.

“Il problema della comunità nella filosofia del diritto” costituisce, quindi, il punto ideale di partenza per una ricostruzione del pensiero di Giuliani su questo tema, che sebbene possa apparire un nuovo campo d’indagine, trova in esso la testimonianza di una linea di continuità nel suo cammino di studioso (del quale possiamo, attraverso la bibliografia rimastaci, ripercorrere le tappe) ⁽²⁾.

(1) Questo saggio costituisce il contributo dell’autore al Convegno “Scuola, autonomia e mutamento sociale”, che la “Federazione Provinciale delle Scuole Materne di Trento” organizzava in questa città nei giorni 2-4 giugno 1988. Successivamente, i medesimi temi sono ripresi e ripensati nelle riflessioni su alcune esperienze storiche, come l’esperienza della civiltà comunale italiana e la nascita dello Stato moderno: A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, Milano, 1997 (la cui pubblicazione precede di alcuni mesi la sua scomparsa, che ha luogo il 4 ottobre di quello stesso anno).

(2) Per ulteriori riferimenti alla materia oggetto del presente esame, si rinvia ai suoi saggi: *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, XIII, n. 2-3, 1986, pp. 81-90; *Dal diritto naturale classico al diritto naturale moderno: osservazioni introduttive*, in *L’educazione giuridica*, vol. V (Modelli di legislatore e scienza di legislazione), tomo I, E.S.I., Napoli, 1987, pp. 3-27; *La responsabilità del giudice* (in collaborazione con N. PICARDI), Giuffrè, Milano, 1987 (rist.

Per Giuliani il concetto di comunità non possiede carattere univoco. Infatti il suo discorso si dibatte tra due diverse ed opposte versioni di comunità. Da una parte, la versione che si è venuta elaborando nell'ambito della "filosofia occidentale, dal mondo greco fino all'età media" dove il diritto — come espressione di un medesimo fenomeno — si affianca alla comunità e, quindi, il diritto appare come "la condizione logica ed etica per il mantenimento dell'*ordine giusto* [corsivo dell'autore] all'interno della comunità, che è in persistente situazione di movimento". Dall'altra parte, un'opposta versione di comunità che è riuscita ad imporsi a partire dall'età moderna, e che "rinvia all'ideale utopistico di una comunità senza diritto e pertanto senza conflitti, senza procedure, senza giudici". A quest'ultimo proposito, il nostro autore segnala che dalla spaccatura che si è venuta a creare, tra il concetto di comunità e l'ambito giuridico, deriva l'attrazione della problematica nell'orbita di altre discipline (come la politica, la morale, la sociologia).

Giuliani individua una coincidenza tra il momento del passaggio da un concetto "classico" ad un concetto "moderno" di comunità e il mutamento del concetto di ordine: infatti, per la filosofia politica "l'idea dell'ordine della comunità, e tra le comunità" costituisce "la questione pregiudiziale", poiché "una comunità senza *ordine* si corromperebbe" ⁽³⁾. Con riferimento alla "tradizione occidentale" il nostro autore osserva che il concetto di ordine non è unitario, esistendo "una classe di concetti", dove "le situazioni limite" sono rappresentate dal diritto naturale classico e dal diritto naturale moderno.

aggiornata, 1995); *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 518-579; *L'« ordo iudiciarius » medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Studi in memoria di G. Ambrosetti*, tomo I, Milano, 1989, pp. 201-221 (e in *Rivista di diritto processuale*, XLIII, n. 3, 1988, pp. 598-614); *La procedura: tra logica, etica ed istituzioni*, in *Law and Rights*, ed. V. FERRARI (Proceedings of the International Congress of Sociology of Law [Bologna, 1988]), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 137-153; *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione. Profili giuridici e politici* (Atti del XVII Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica [Napoli, 1988]), Milano, Giuffrè, 1992, pp. 13-56.

⁽³⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, cit., pp. 173-174.

Questa divergenza si riflette — secondo Giuliani — tanto sui presupposti quanto sulle conseguenze di “opposte alternative: tra razionalità ‘giudicatrice’ e razionalità ‘legislatrice’; tra giustizia come reciprocità e giustizia distributiva; tra pluralismo e statalismo” (4). Il concetto di ordine non sarebbe, peraltro, solamente istituzionale, ma altresì logico ed etico: dal “perenne conflitto tra retorica e logica” si modellano, infatti, i due opposti ‘modelli’ di comunità, che si strutturano alla stregua di un ordine, rispettivamente, isonomico e asimmetrico (5). A questo proposito, il nostro autore distingue tra una concezione “classica” della comunità — dove “viene privilegiato il momento dell’ordine giusto che si realizza nella cooperazione involontaria” — e una concezione “moderna” della comunità, che viene sopraffatta dal “momento organizzativo ed ingegneristico” (6). Per quanto si riferisce all’esperienza italiana, Giuliani osserva una continuità tra i valori ‘isonomici’ della democrazia greca fino alle soglie dell’età moderna, passando per la tappa della civiltà comunale.

2. Alessandro Giuliani propone il confronto tra Aristotele ed Altusio, quali figure emblematiche delle concezioni, rispettivamente, “classica” e “moderna” della comunità. Se, da un lato, Aristotele è qui considerato come “il primo grande filosofo del concetto ‘giuridico’ di comunità, intesa come formazione naturale e spontanea”, dall’altro, si osserva che nella dottrina della *consociatio symbiotica* di Altusio va ricercata la genesi dell’idea di comunità, che si è venuta radicando nella tradizione giuridica continentale a partire dall’età moderna.

L’accesso alla concezione aristotelica della comunità è suggerito al nostro autore dalla struttura della dialettica: nella cooperazione dei dialoganti si prefigura una comunità politica, dove il momento della formazione del consenso è cruciale per il mantenimento dell’ordine. Per questa concezione della comunità sarebbe, pertanto, implicita l’idea di conflitto che “è dunque un elemento positivo di integrazione sociale, a condizione che si passi dalla violenza al diritto, dalla eristica alla dialettica”.

(4) *Ibidem*, p. 174.

(5) *Ibidem*, p. 174.

(6) *Ibidem*, p. 174.

D'altra parte, l'amicizia — che assurge a modello dell'«ordine isonomico» nelle comunità (tanto semplici, come la famiglia, oppure come gli Stati) — permetterebbe la realizzazione della giustizia naturale, al di fuori di elementi coercitivi; qui l'amicizia rivela la possibilità di determinare «la giusta composizione dei conflitti», in alternativa al diritto e al processo. L'amicizia sarebbe, pertanto, il concetto chiave per penetrare all'interno della concezione classica della comunità, «in quanto essa rivela la naturale tendenza dell'uomo per la società e lo scambio».

Tuttavia, Giuliani rileva il difetto di unitarietà anche per la nozione di *philia*, quando «essa è in un rapporto di distinzione-connessione con altri concetti come comunità e giustizia: «il cercare come ci si debba comportare con l'amico è cercare cosa sia la giustizia» (*Eth. Eud.*, 1242 a, 22)». È esclusa, quindi, la possibilità di una definizione rigorosa per il concetto di *philia*, al quale però si può accedere attraverso «una definizione dialettica, che è il risultato di una ricerca condotta con la procedura del metodo topico, ossia in termini negativi: l'amicizia va distinta dall'amore». A tal fine, il nostro autore suggerisce una ricerca che prenda l'avvio dal linguaggio ordinario, che è «il fondamentale veicolo del sapere collettivo».

Per questo studioso il concetto classico di *philia* è molto più ampio di quello moderno di amicizia, potendo ricomprendere «ogni società spontanea» (ivi inclusa quella con finalità economiche), dove «la soluzione dei conflitti è affidata — al di fuori di ogni intervento esterno — alla cooperazione delle stesse parti interessate» (7). Giuliani spiega che la problematica rinvia a quella «dell'eguaglianza nello scambio della verità e dell'utilità»; il legame dell'amicizia risulta saldo, quindi, «nella misura in cui ognuno ha il «suo» in virtù dell'eguaglianza «tra ciò che si dà e ciò che si riceve». L'amicizia, intesa in questo modo, configurerebbe — in antitesi ad un'idea «contabile» della giustizia affidata al legislatore (che è quella «distributiva») — un'idea di giustizia come «reciprocità». Ma Giuliani avverte che «l'eguaglianza tra amici è complessa, in quanto deve tenere conto delle disuguaglianze: i valori che sono a suo fondamento — il piacevole, il buono, l'utile — sono relativi e controversi».

(7) L'amicizia — considerata in questi termini — «riflette la sfiducia nei confronti della legge» (*ibidem*, p. 175).

Le riflessioni sulla filosofia aristotelica della comunità inducono il nostro autore a chiedersi quale sia l'influsso di questo pensiero sulla civiltà occidentale. Pur essendo la questione una *terra incognita*, Giuliani riconosce il ruolo fondamentale (“anche se non esclusivo”) del *ius commune* europeo, come veicolo dei valori della filosofia classica (8). Un'impronta di questi ultimi sarebbe da individuare in alcuni principi di ordine politico-costituzionale, nei quali trova realizzazione l'idea classica di *isonomia* (“ossia eguaglianza tra governanti e governati”): “a) il primato della *iurisdictio* rispetto al *gubernaculum*; b) il carattere ‘professionale’ dell'attività del giudice, responsabile di fronte alla comunità; c) il carattere extrastatale del processo (*ordo iudiciarius*), considerato la *Magna Charta* dei diritti individuali e sociali del cittadino”.

Per Giuliani questi principi rivelano una ‘parentela’ tra comunità e diritto, che si riflette tanto sugli istituti del “vicinato” e del “retrato *ad ornatum urbis*” nella esperienza storica dei comuni italiani, come sull'istituto della giuria che viene sperimentato nel sistema di *common law*.

3. In antitesi alla prospettiva aristotelica, Giuliani oppone la dottrina della *consociatio symbiotica* — definita “*communio et communicatio utilium et necessariorum ad vitam humanam*” — che Giovanni Altusio descrive nella *Politica methodice digesta* (1603). Qui è dato rinvenire “la genesi del concetto moderno di comunità organica”, dove è riconosciuta la natura simbiotica dell'individuo (dalla famiglia alla *respublica*) (9). Giuliani ricorda che Altusio costruisce un programma politico-costituzionale sulla base di questa dottrina, privilegiando il principio della sovranità popolare, come diritto inalienabile che è riconosciuto al popolo; in particolare,

(8) A questo proposito, l'autore ricorda “il fenomeno simbiotico, che nell'età media collega la recezione della *lex romana* a quella della topica (dialettica, retorica e sofistica) e della filosofia pratica aristotelica. L'incontro di queste tradizioni rese possibile la definizione dei valori isonomici e comunitari dell'ordine — giuridico, politico, economico — medioevale, che ancora oggi sopravvivono nella idea di *rule of law* e di *due process*” (*ibidem*, pp. 82-83).

(9) Nella nuova idea di comunità che “riguarda la ‘società dell'utile’ e non la ‘società del vero’” — avverte questo giurista — “non è casuale che Altusio pervenga a soluzioni convergenti con le dottrine economiche del mercantilismo” (*ibidem*, p. 176, nota 6).

sottolinea il ruolo che assume la filosofia politica e giuridica del calvinismo nella difesa “dei diritti delle comunità nei confronti della sovranità assoluta del principe” (soprattutto in quei passi dell’opera di Calvino che “apparivano conciliabili con le tesi democratiche dei monarcomachi”). Se nella rappresentazione della *consociatio symbiotica* viene configurata una struttura piramidale — dove le *species consociationis* sono disposte in un ordine ascendente (famiglia, corporazione, comune, provincia e Stato) — Giuliani osserva che risulta impoverita la nozione di comunità, dove lo Stato — che si trova al vertice di tale struttura — “non è un aggregato di individui considerati atomisticamente, ma è al vertice di una combinazione di articolazioni successive”.

Mettendo in discussione una nota interpretazione gierkiana — (secondo la quale “nella teoria altusiana dei diritti dei corpi intermedi va ricercata la prefigurazione dei principi democratici connessi allo Stato di diritto”) — Giuliani segnala che qui lo Stato va considerato come “la comunità per eccellenza”; e ciò lo spiega con un esame dei fondamenti epistemologici e giuridici di quello che definisce come “un pluralismo strutturalmente ‘distributivo’”. Sotto il primo aspetto, va rilevato che una nuova idea di ordine pervade la *Politica methodice digesta*: Altusio — utilizzando le nuove tecniche che introduce Pietro Ramo nella dialettica (1555) — si ispira ad uno “spirito costruttivistico, che è peculiare della idea moderna di una razionalità antiretorica, senza comunicazione e senza dialogo”. Per Giuliani l’applicazione della dialettica ramistica alla politica altusiana spiega il ‘primato’ — che è innanzitutto un *prius* dal punto di vista logico-giuridico — dello Stato sulle comunità intermedie; il che, d’altronde, dissolverebbe “l’originario pluralismo”.

Anche sul piano giuridico — osserva Giuliani — il contributo di Altusio rivela l’insufficienza di un’interpretazione storiografica che sembra trascurare una linea di continuità tra il suo pensiero ‘politico’ e quello ‘giuridico’: se, infatti, la *Politica* è bersagliata dai più radicali difensori dell’assolutismo alla fine del secolo XVII — dall’altra parte — la *Dicaeologica* sarà considerata favorevolmente fino a tutto il secolo successivo. Per Giuliani questa ‘contraddizione’ è solo apparente nella misura in cui si consideri che i due versanti — quello giuridico e quello politico — del pensiero di Altusio conducono ad un medesimo punto: e cioè il rifiuto ad accettare il ruolo dei “Grandi

Tribunali europei” (che, nel passaggio allo Stato moderno, sono i depositari dei valori del costituzionalismo medievale) come ‘rappresentanti’ della comunità.

Per quanto si riferisce alla soluzione ‘giuridica’ di Altusio, Giuliani menziona l’istituzione di un ‘giudice-funzionario’ che pilota un processo che non è più attività extrastatuale (secondo l’idea medievale dell’*ordo iudiciarius*), ma è ormai un “fenomeno burocratico”: anzi, il contributo altusiano costituirebbe “la prima trattazione teorica del processo inquisitorio”. Sotto questo profilo, la soluzione altusiana — spiega il nostro autore — “spianava la strada a conquiste, ritenute fondamentali dai teorici dell’assolutismo: ossia la subordinazione della *iurisdictio* al *gubernaculum*”.

A proposito dell’altro versante del pensiero altusiano, Giuliani sintetizza la tesi di Altusio (che era condivisa con i monarcomachi) — “secondo cui lo ‘Stato-giudice’ non è garanzia dei diritti della comunità”. Per Giuliani la novità del programma politico-costituzionale alternativo che Altusio propone, è costituita dalla sua base scientifica; in questi termini andrebbe, quindi, valutata la istituzione della magistratura degli efori — “eletti dal popolo e rappresentanti della comunità” — come garanti dei diritti di quest’ultima nei confronti del *Summus Magistratus*.

Pur essendo “configurati in termini di diritti e di doveri” i rapporti tra governanti e governati, Giuliani osserva che nella concezione altusiana del ‘primato’ dello Stato “i corpi intermedi finiscono per essere attratti nella gerarchia di un ordine asimmetrico”: in particolare, puntualizza che la “dottrina della *consociatio symbiotica* mette così tra parentesi il problema dell’individuo e dei diritti individuali”. Da queste conclusioni ‘antividualistiche’ Giuliani ricava tre distinti profili nella dottrina altusiana: 1) il carattere pubblico del diritto; 2) il ruolo precario della volontà individuale all’interno delle singole comunità, e 3) l’inefficacia del meccanismo di tutela dei diritti della comunità.

Il nostro autore ricorda come l’idea altusiana di comunità organica persiste in alcune manifestazioni della filosofia politica e giuridica, a partire dal XVIII secolo — (soffermandosi sull’influsso decisivo di Altusio su Rousseau nella formulazione del “contratto sociale”) — , senza però trascurare l’influenza altusiana “nei più vari settori delle scienze sociali”, grazie all’opera del Gierke durante il

XIX secolo. Qui Giuliani rileva la fonte d'ispirazione altusiana "sia nella definizione della dottrina medioevale delle antiche comunità germaniche, sia nella contrapposizione del *Sozialrecht* all'*Individualrecht*". Alla medesima atmosfera culturale Giuliani ricollega, inoltre, "la nota contrapposizione di Ferdinando Tönnies tra la 'comunità' (*Gemeinschaft*) e la 'società' (*Gesellschaft*)", segnalando che "il successo di tali orientamenti va ricercato nella crisi dei valori individualistici ed utilitaristici dello statualismo ottocentesco".

Giuliani sottolinea, in particolare, la resistenza dell'idea altusiana in Gierke, "secondo cui lo Stato è al vertice di tutte le comunità, rispetto a cui esercita un potere di tutela e di controllo". Al riguardo, richiama l'attenzione di Giuliani quanto Gierke affermava in una conferenza del 1902 (sulla natura delle associazioni umane): "... E solo a partire dall'alto valore della totalità rispetto alle sue parti è possibile motivare il dovere morale dell'uomo a vivere per la totalità e, in caso necessario, a morire".

Se la teoria altusiana-gierkiana ha trovato applicazione in varie correnti antistatualistiche del XX secolo (diritto sociale, pluralismo, istituzionalismo, ecc.), Giuliani ricorda l'esperienza del nazismo come un caso limite, dove "malgrado la svalutazione del momento volontaristico, l'idea della comunità organica non sempre è risultata un argine contro le pretese assolutistiche dello Stato-Leviatano e la vocazione totalitaria..."; ciò avviene quando "l'idea del servizio all'istituzione è così assorbente che i diritti dell'individuo vengono a risolversi in un dovere assoluto di fedeltà alla comunità. Una volta marginalizzato il momento giuridico e procedurale, l'idea di *Gemeinschaft* poteva legittimare il *Führerprinzip*: il giudice — rappresentante della comunità vivente — deve attenersi alle direttive del capo".

"Lontana da questi eccessi" — mette in evidenza Giuliani — "è stata la discussione italiana sul pluralismo, che restò sul terreno del diritto; la sua risposta a nuovi problemi e nuove realtà (come i sindacati) non poté però non risentire dei limiti imposti dalla situazione politica. Un fondamentale punto di riferimento è stato l'*Ordinamento giuridico* di Santi Romano, secondo cui l'istituzione è ogni 'ente o corpo sociale', che ha un'esistenza obiettiva e concreta".

4. Alessandro Giuliani — pur ribadendo l'importanza dell'idea di comunità organica nella “formazione del pensiero giuridico a partire dall'età moderna” — avverte, tuttavia, “i limiti, le insufficienze, la povertà di un pluralismo ‘distributivo’ peculiare della fine dell'Ottocento, a cui è restata ancorata la categoria dei diritti sociali”. Egli osserva, a questo proposito, che “il ‘pensiero-comunità’ — a distanza di un secolo dalla formulazione di Tönnies — sta riesplodendo oggi in termini nuovi”.

La circostanza che richiama specialmente la sua attenzione è che questo pensiero “si va manifestando piuttosto al livello di uno stato d'animo collettivo — che coinvolge la stessa comunità internazionale — anziché a quello di una coerente speculazione filosofica e giuridica: basti pensare al fenomeno *Amnesty International*”. Un suo vivo interesse destano le nuove istanze e le nuove aspettative “che rendono precario ogni tentativo di conciliazione non solo con l'idea della sovranità dello Stato, ma anche con la sua tutela”. A questo proposito, Giuliani esprime la necessità di dover definire un ambito di protezione dell'individuo (“come singolo e come appartenente ad una formazione sociale”) nei confronti del potere esecutivo e di quello legislativo. In questo senso, il nostro autore rileva il carattere positivo dell'esperienza italiana dove “è stato l'ideale del ‘buon legislatore’ prefigurato con molta lungimiranza dalla Costituzione repubblicana: art. 9 (tutela del paesaggio), art. 29 (diritti della famiglia), art. 32 (tutela della salute), art. 33 (diritto all'istruzione), ecc.”.

Queste ultime riflessioni conducono Giuliani a considerare una probabile ‘riscoperta’ della “parentela dell'idea di comunità con quella del diritto attraverso la mediazione di nuove problematiche: dalla tutela degli ‘interessi diffusi’ a quella dei ‘diritti umani’”. Tuttavia va osservato che — come suggerisce il nostro autore — “la recezione dei nuovi diritti [si ricordano, ad esempio, il diritto all'ambiente, il diritto alla salute, il diritto all'informazione] ed interessi incontra il primo ostacolo nelle categorie fondamentali della dogmatica giuridica, in cui è educato il giurista continentale: basti pensare alla stessa nozione del diritto soggettivo, costruita per situazioni connesse allo scambio economico (come il diritto di proprietà e il diritto di credito)”.

Giuliani è sensibile allo stato di ‘disorientamento’ che avverte il

giurista d'oggi nell'affrontare le nuove problematiche: queste se — da un lato — non sono ormai “riconducibili al profilo ‘distributivo’ della filosofia della giustizia, dominante nella civiltà giuridica dall’età moderna” — dall’altro lato — “determinano nuovi tipi di conflitto, costitutivamente diversi rispetto a quelli tradizionali”. Il nostro autore ammette che adesso non sarebbe possibile “la precostituzione della soluzione dei nuovi conflitti da parte di un legislatore ‘razionale’, in quanto essi fuoriescono dalla logica di un diritto contabile”: sotto quest’ultimo profilo è esemplare il caso del rapporto tra il diritto all’informazione ed il diritto alla riservatezza, dove “la tutela esclusiva di un diritto (o interesse) finirebbe per comprimere, ed al limite eliminare, l’altro”. Alla luce di queste considerazioni, egli stima ormai superata la dottrina altusiana della comunità organica: “la pretesa paternalistica di sterilizzare la conflittualità è troppo lontana dalle aspettative della coscienza collettiva”.

A questo proposito, Giuliani rileva il carattere di sfida che assume adesso per la filosofia del diritto “la realizzazione di un autentico ordine comunitario — ai vari livelli —”. Nondimeno, egli osserva già i “sintomi della crisi di un’idea dell’ordine sociale, che è una filiazione dell’idea moderna di ragione”, quando nel “nuovo discorso” vengono privilegiati lo “ ‘scambio nel vero’ rispetto allo ‘scambio nell’utile’”, la “giustizia come reciprocità rispetto alla giustizia distributiva”.

Il nostro autore identifica nella “soluzione ragionevole” lo strumento principale per la composizione dei nuovi conflitti: questa andrebbe trovata “all’interno della comunità, e fra le comunità, in una situazione di reciprocità e sulla base del consenso”. In proposito, Giuliani individua la maggiore garanzia ‘giurisdizionale’ (con particolare riferimento alla giurisdizione costituzionale, tanto nazionale come sovranazionale) “nella razionalità della procedura, nella motivazione della sentenza, nella tempestività dell’intervento”. In questo senso andrebbe valutato — secondo il nostro autore — il ruolo fondamentale che assume la Corte di giustizia europea in merito alle fondamenta del “diritto comunitario”.

Come alternativa ai limiti che rivela la “speculazione contemporanea”, Alessandro Giuliani propone “la riscoperta dei valori, collegati alla filosofia classica della comunità”, segnalando la *Scienza Nuova* di Giambattista Vico come un esempio di filosofia “retorica-

mente e giuridicamente impegnata”: quest’opera viene definita un “trattato filosofico sulla comunità”, nel quale il “senso comune è un modo di conoscere basato su una comunità morale e politica”.

Quasi a modo di esortazione per il lettore, il nostro autore conclude il suo saggio indicando che “la genesi della *Scienza Nuova* possa essere ricercata nel pensiero di Vico *iurisconsultus*, ‘filosofo del diritto comune europeo’: i magistrati dei Tribunali supremi — interpreti della ‘giusta’ Ragione di Stato — prefigurano i *sapienti delle repubbliche*”.

STEFANO MANNONI

LA DOTTRINA COSTITUZIONALE DI SIEYÈS

Premessa. — 1. Diritti dell'uomo e individualismo borghese. — 2. Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi. — 3. Liberalismo e tradizione repubblicana. — 4. Potere costituente e rigidità costituzionale. — 5. Accentramento e autonomia locale.

Premessa

“Sieyès, un Newton en politique!” (1). No, forse un Newton è troppo, ma certo un Cartesio sì, e a pieno titolo. Esagerava Sainte-Beuve? Questa lusinga non avrebbe imbarazzato nemmeno un poco il suo destinatario se è vero che questi si trovasse una volta ad esclamare: “la politique est une science que je crois avoir achevée” (2). Nientemeno!

Eppure a questo demiurgo del costituzionalismo rivoluzionario è stato negato l'ingresso nel pantheon dei maestri della filosofia politica, accanto a Montesquieu, Rousseau, Constant e Tocqueville. Proprio colui che ha forgiato tanti concetti a noi così familiari, si vede escluso da un'apoteosi concessa senza esitazione a personaggi meno influenti sul corso degli eventi storici. Perché un destino così crudele?

La spiegazione è nell'appellativo che i contemporanei gli assegnarono non senza una punta di stizza: *faiseur de constitutions*. Sieyès non ci ha lasciato trattati sistematici né opere di profonda erudizione; non ha cercato la gloria battendo la via consueta agli intellettuali di una *flamboyante* consacrazione letteraria né ha percorso le tappe obbligate dell'affermazione sociale nella Francia dei Lumi. Niente concorsi di accademie, nessun apprendistato all'om-

(1) *Causeries du Lundi*, Paris, Garnier, s.d., t. V, p. 209.

(2) Cfr. J.-D. BREDIN, *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Fayard, 1988, p. 16.

bra di mecenati potenti, alcuna amicizia di grido. Solo, di una solitudine superba e fredda, dagli anfratti silenziosi della meditazione si è lanciato a testa bassa nel vivo della lotta, tentando l'impresa sognata da tutti i filosofi politici: fare delle istituzioni il monumento vivente della propria teoria.

Fosse anche solo per tanto ardire, Sieyès meritava l'attenzione deferente di un Benjamin Constant, tacito ammiratore di questo chierico dai disegni prometeici cui il tanto celebre e mondano svizzero deve forse più di un'intuizione ⁽³⁾. Ma vi è ben altro all'attivo dell'uomo che ha dato fuoco con l'inchiostro della sua penna alle polveri delle batterie rivoluzionarie ed è esattamente ciò per cui la sua opera può tuttora parlare al giurista dei nostri giorni. Dietro la cortina di una lingua politica un pò esoterica e arida si cela un vasto repertorio di concetti-cardine dello *ius publicum europaeum*, ovvero di quel patrimonio dogmatico che Carl Schmitt ordinerà in *Verfassungslehre* oltre cento anni dopo senza dimenticare il magistero dell'Abate di Fréjus. Ecco perché ha tuttora senso rendergli omaggio, sebbene molto sia stato fatto negli ultimi anni per restituire a Sieyès il posto che merita nella storia concettuale del diritto pubblico ⁽⁴⁾. Il fatto è che il suo pensiero si snoda lungo

⁽³⁾ Il "forse" è d'obbligo perché nell'opera di Constant l'eredità del costituzionalismo rivoluzionario, inclusa quindi la dottrina di Sieyès, è passata al filtro della riflessione di Necker, straordinariamente influente nella decantazione delle idee dell'autore di *Adolphe*. Fare di Sieyès la principale fonte di ispirazione di Constant equivale a misconoscere proprio questa incidenza della tradizione monarchica inglese, così come rielaborata dallo statista ginevrino che, per tante ragioni, non doveva essere indifferente a chi, via Madame de Stäael, calcava per la prima volta le scene della grande politica. Ciò precisato, bisogna dare atto a P. Pasquino di avere messo in luce importanti affinità tra il concetto di rappresentanza di Constant e le precedenti riflessioni di Sieyès (*Sieyès, Constant e il "governo dei moderni". Contributo alla storia del concetto di rappresentanza politica*, in *Filosofia politica*, 1987, n. 1, p. 86).

⁽⁴⁾ Tra i contributi più rilevanti è da segnalare la traduzione italiana degli scritti editi di Sieyès a cura di G. Troisi Spagnoli, con introduzione di P. Pasquino (J.-E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, t. I. *Scritti editi*, vv. I e II, Milano, Giuffrè, 1993). Mi servirò di questa edizione per citare le opere edite, mentre per i brani inediti ho scelto di tradurli nel testo onde agevolarne la rapida comprensione. In nota, il lettore troverà riportate le monografie da cui queste citazioni sono tratte. Ognuna di queste monografie espone il testo in francese e indica con precisione la collocazione di archivio dei documenti.

l'intero arco della Rivoluzione e di essa riflette a tutto tondo dilemmi e contraddizioni.

Proprio così: dieci anni di meditazione. Non si dimentichi che tanto è durata l'avventura intellettuale di Sieyès, protagonista o spettatore interessato di tutte le grandi svolte della Rivoluzione. Intendo dire che non vi sono scorciatoie disponibili per accedere al suo pensiero poiché nessuno dei singoli documenti che ci ha lasciato può condensarne da solo tutta la dottrina. Occorre dunque, questa dottrina, ricostruirla nella sua interezza, percorrendone tappa per tappa la sofferta evoluzione, fino in fondo. Sì, fino in fondo, incluso quindi l'*année terrible*, quel 1799 che gli studiosi di Sieyès così spesso tendono pudicamente a obliterare, pregiudicando così una schietta comprensione della sua opera: accettiamo infine di confrontarci con un pensiero che della Rivoluzione interiorizza la gloria come le debolezze (5).

Il punto è infatti proprio questo: pur procedendo da un nucleo coerente di premesse, la dottrina di Sieyès interiorizza tutte le tensioni del suo tempo. Senza smarrire la rotta della propria ispirazione, essa concepisce e affina i suoi strumenti nel vivo dell'evento: è la coscienza critica delle forze che modellano le istituzioni costituzionali della *Grande Nation* nel suo momento di selvaggio slancio creativo. Della Rivoluzione essa condivide tutto, la possenza dell'intuizione come il tragico destino di una fenomenale eterogenesi dei fini che sembra trascinare il discorso politico verso lidi opposti a quelli in principio ardentemente agognati. Come spiegare nella bocca di Sieyès una massima oligarchica quale "l'autorità viene dall'alto, la fiducia dal basso"? "Sieyès, homme profond qui était devenu creux", decreterà Victor Hugo. "Il s'était arrêté au tiers-état, et n'avait pu monter jusqu'au peuple. De certains esprits sont faits pour rester à mi-côte" (6).

Nelle poche pagine di questo testo mi sforzerò di restituire i lineamenti essenziali di un pensiero che, a dispetto dei molti studi ad

(5) È sorprendente come P. Pasquino che ha dedicato in anni recenti più di un contributo a Sieyès non abbia consacrato nemmeno una riga all'anno VIII, come se si trattasse di un accidente trascurabile nella sua vicenda intellettuale. Non si comprende proprio perché ciò che conta e merita di essere ricordato dell'Abate si arresti al 1795 quando è lo stesso Sieyès a dirci di considerare il progetto dell'anno VIII l'autentico punto di arrivo della propria meditazione costituzionale.

(6) *Quatrevingt-treize*, Paris, Garnier, 1957, p. 194.

esso dedicati, è stato raramente còlto nella sua unitarietà. Non analizzerò pedissequamente tutti i fronti della sua riflessione (7) e risparmierò al lettore l'ennesima narrazione di eventi ed opere ormai ben conosciute (8) per rendere invece il nòcciolo della dottrina costituzionale nel modo più sintetico possibile. A questo scopo, mi servirò di una scansione di coppie concettuali che possiedono una forte carica icastica in quanto tradizionalmente percepite come intrinsecamente conflittuali, ossia: diritti dell'uomo e individualismo borghese; rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi; liberalismo e tradizione repubblicana; potere costituente e rigidità costituzionale; accentramento e autonomia locale.

1. *Diritti dell'uomo e individualismo borghese*

L'affermazione giusnaturalistica dei diritti dell'uomo è presentata da Sieyès con una determinazione ed un'intransigenza che non lasciano adito a dubbi sulla sua autenticità. La dichiarazione dei diritti assolve innanzitutto la funzione negativa di assestare un colpo mortale a quel particolarismo giuridico che proprio lui aveva denunciato con insuperato vigore alla vigilia della Rivoluzione. In secondo luogo, essa serve da testo fondatore di una nuova integrazione tra gli individui, ora liberati dai ceppi feudali e restituiti alla loro libertà naturale: con questo realizzando il compito positivo di una legittimazione solenne del nuovo ordine artificiale creato dalla volontà del popolo francese.

L'individualismo e il volontarismo di Sieyès non hanno quindi nulla da invidiare in radicalismo a quelli inalberati da Rousseau, ciò

(7) Tralascero ad esempio la ricostruzione delle idee di Sieyès sull'organizzazione del potere giudiziario che considero la parte meno rilevante della sua dottrina (per una messa in contesto delle sue proposte alla Costituente si veda J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris, 1995, pp. 255-295).

(8) Il lettore interessato ad una ricostruzione globale e facilmente accessibile del pensiero politico di Sieyès potrà consultare con profitto l'onesta monografia di M. G. FORSYTH, *Reason and Revolution. The Political Thought of the Abbé Sieyès*, New York, Leicester University Press, 1987 senza trascurare peraltro il vecchio ma ancora utile P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1970 (I ed. 1939). Per una biografia molto leggibile, anche se alquanto sommaria sulla parte dottrinale, si segnala il già citato volume di Jean-Denis Bredin.

che spiega la fortuna, nella storiografia più risalente, dell'interpretazione in chiave rousseauvista della dottrina dell'Abate. Ma differenze vi sono e profonde tra i due autori, fino al punto da rendere incompatibili i due modelli, a dispetto delle comuni radici.

Diversa è innanzitutto la filosofia giusnaturalistica, che in Sieyès procede da una rappresentazione antropologica ottimista di stampo economicistico, mentre in Rousseau scaturisce da una visione sostanzialmente pessimistica della natura umana, astratta da ogni contesto storico. Ancora diverso è il punto di arrivo del loro costruttivismo, che in Sieyès si concretizza nello Stato costituzionale mentre in Rousseau trova il suo coronamento nella Repubblica-ente morale. Laddove il primo ritiene che la logica stessa della moderna produzione renda necessaria una ricostruzione dell'ordine politico all'insegna del comune valore del lavoro, il secondo vede nel riconoscimento dei diritti innati la premessa logica per compiere la conversione collettiva (*via* il contratto sociale) in una comunità politica intesa come valore in sé. Mentre per Sieyès le istituzioni pubbliche sono solo il complemento utile e necessario delle istituzioni economiche, per Rousseau invece la repubblica è il passaggio obbligato del riscatto individuale dalla corruzione di cui la civiltà è responsabile.

Lo Stato-persona giuridica ad alto contenuto etico contro lo Stato-fascio di servizi che asseconda e promuove gli interessi della *Commercial Society*. Questa contrapposizione ci aiuta a capire perché il contratto sociale, che è un elemento così decisivo nel modello di Rousseau, non lo sia affatto in quello di Sieyès, che assegna all'*établissement public* — così egli denomina le istituzioni statali — la funzione di servire una società civile capace già di per sé di autorganizzarsi, seppure in modo precario ed imperfetto. Poiché gli individui sono accomunati dall'impegno nella produzione ⁽⁹⁾ — così crede Sieyès sulla scia di Locke e dei fisiocratici — esiste fra di essi un'identità di interessi abbastanza forte da sdrammatizzare il momento, così cruciale in Hobbes e Rousseau, dell'obbligazione

(9) "Tutte le classi sono relativamente coprodottrici, e direttamente produttrici, perché esse danno tutte qualcuno dei valori elementari di cui si compone il valore venale" ("Classes productives... Tout ce qui travaille", in R. ZAPPERI (a cura di), *E.-J. Sieyès. Écrits politiques*, Paris, Edition des Archives Contemporaines, 1985, p. 55).

reciproca e simultanea degli individui. A Sieyès basta la presupposizione dei diritti dell'uomo e la volontà espressa dalla maggioranza dei consociati di costituire un apparato pubblico per ritenere lo Stato legittimamente fondato. Il suo ragionamento è semplice nella sua aderenza all'assioma lockeano: posto che i produttori condividono tutti il medesimo attaccamento all'ordine e la stessa determinazione a favorire la crescita economica; considerando che gli scambi creano tra gli individui mille legami di mutua dipendenza da cui procede la regolare soddisfazione dei bisogni individuali e collettivi: allora è giocoforza concludere che la decisione della maggioranza non sarà atto di sopraffazione ma semplicemente esercizio di una funzione per conto e nell'interesse di tutta la comunità. La creazione dello Stato costituzionale da parte della maggioranza dei consociati è quindi null'altro che una soluzione molto pragmatica per soddisfare concretamente il problema decisionale in una società troppo occupata a creare ricchezza per abbandonarsi a sterili lotte di fazione. Se disuguaglianza vi è tra gli individui, o questa rimane ineliminabile rientrando nell'ordine naturale delle cose — diversità di talento, di forza e di ricchezza —, o essa appartiene alla sfera dell'arbitrario — il privilegio — e come tale deve essere cancellata: per il resto, quanto ai diritti naturali e civili, gli individui operano su un piano di perfetta similitudine.

Uguali in tutto? Non proprio. Le insidie si annidano nella sfera dei diritti politici poiché è proprio al suo interno che l'Abate non riesce a mantenersi fedele, diversamente da Rousseau, al postulato dell'assoluta parità di diritti. Da lettore attento dei fisiocratici e di Adam Smith, Sieyès paragona le nazioni moderne a un'istituzione economica che all'epoca era da poco affiorata alla superficie del mercato: l'impresa produttiva — l'*atelier* — che impiega molte macchine umane di lavoro, lasciando a pochi fortunati il tempo per la riflessione intellettuale e per occuparsi degli affari pubblici (le classi disponibili). La metafora era ben scelta nella misura in cui integrava l'immagine, a suo tempo forgiata da Turgot, della comunità politica-società per azioni cui i cittadini-azionisti sono interessati in proporzione alle rispettive quote ⁽¹⁰⁾. “I popoli europei

⁽¹⁰⁾ S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, t. 1°, Milano, Giuffrè, 1994, p. 197.

moderni”, dichiara Sieyès all’assemblea nazionale nel settembre 1789, “somigliano ben poco ai popoli antichi. Presso di noi, si tratta solamente di commercio, di agricoltura, di fabbriche ecc. Il desiderio di ricchezza sembra trasformare tutti gli stati d’Europa in vaste officine: si pensa più alla consumazione ed alla produzione che alla felicità. Anche i sistemi politici, oggi sono esclusivamente fondati sul lavoro, le facoltà produttive dell’uomo sono tutto (...). Siamo dunque forzati a vedere nella maggior parte degli uomini, solo delle macchine da lavoro” (11). Impresa — macchine di lavoro — classi disponibili: ecco altrettante metafore che tradiscono una lucidissima visione dei rapporti di produzione del capitalismo nascente, quando ben pochi segni di questa trasformazione erano ravvisabili nella Francia del tempo — già solo questo basterebbe a fare di Sieyès l’araldo geniale del XIX secolo borghese.

Sfortunatamente i calcoli di Sieyès non tornano più con la stessa esattezza quando dall’economia passiamo alla politica. La trasposizione della rappresentazione funzionalistica della società al campo della cittadinanza mostra la corda. Per nulla scontata appare la specularità tra i due ordini di discorsi, economico e politico; niente affatto appagante suona la dichiarazione di fede nell’impatto benefico del progresso civile e della crescita produttiva. La distinzione tra cittadini attivi e passivi, tra i “veri” produttori e coloro che invece godono in modo più o meno parassitario della cosa pubblica senza contribuirvi, non è affatto operazione naturale ed evidente. Essa implica l’ipostasi della gerarchia di valori propria del mondo dell’economia di mercato e la sua imposizione nella sfera del politico, dove avrebbero potuto altrettanto ragionevolmente trionfare valori distinti, autoreferenziali. Altrimenti detto, la scelta di privilegiare la dimensione economico-produttiva reca un’impronta normativa ed ideologica, non deduttiva.

Si potrebbe obiettare, è vero, che Sieyès attenua la portata di questa asserita riflessività di piani (mercato-corpo elettorale), accentuando i tratti repubblicani e volontaristici del suo progetto, come documentano l’idea di connettere l’elettorato attivo al pagamento di un tributo volontario e non al mero censo, la proposta delle liste di eleggibili da aggiornare periodicamente, così come l’enfasi sulle feste

(11) *Discorso sul veto reale*, in *Opere*, cit., t. I, p. 441.

civiche nelle assemblee primarie. Lo sforzo di correggere in senso democratico la tendenza elitista del suo sistema è innegabile, ma questo non basta a riportare l'asse in pari. Resta comunque che il discrimine tra *classes disponibles* e *machines de travail* scorre lungo una linea di confine inevitabilmente arbitraria. Qual è la soglia di imposizione o di reddito indispensabile per concorrere alla vita pubblica? Per quanto si dica che i calcoli di Sieyès, convalidati di fatto dalle scelte della Costituente, realizzassero nella sostanza un suffragio quasi-universale per la realtà sociale dell'epoca — ne venivano escluse categorie sociali marginali, oltre alle donne —, rimane comunque che la limitazione del voto, sommata al procedimento elettorale indiretto (il fitro degli elettori dipartimentali) ⁽¹²⁾ creava una barriera tra individui di cui si era un attimo prima proclamata l'uguaglianza naturale.

Il dramma del costituzionalismo borghese comincia qui, con questa tensione tra assunto ugualitario e logica proprietaria — giacché la proprietà immobile e mobile è sempre e comunque il biglietto di accesso alla capacità politica. Sieyès sperimenta per primo la difficoltà di conciliare due poli che tendono a distanziarsi sotto i colpi di un discorso ugualitario destinato da allora a vagare incontrollato tra i flutti agitati del conflitto politico. La distinzione tra produttori e assistiti, enunciata per asserire i diritti della classe dirigente naturale (la borghesia appunto) contro i suoi nemici storici — l'aristocrazia da una parte, la massa dei nullatenenti dall'altra — non tarderà a ritorcersi contro i suoi autori, non appena la propaganda sanculotta denuncerà nell'egoismo dei ricchi una nuova forma di privilegio antirepubblicano. Per somma ironia della sorte, quella lucida visione dei rapporti di produzione borghese che avrebbe dovuto fondare durevolmente il regno dell'uguaglianza giuridica e della "libertà dei Moderni", nel secolo seguente fornirà alla propaganda socialista e cattolica l'atto di accusa contro la schiavitù, questa sì tutta moderna, delle macchine di

(12) Il sistema elettorale realizzato dalla Costituente prevedeva che i cittadini attivi — coloro che pagavano un tributo equivalente a tre giornate di lavoro — si riunissero nelle assemblee primarie per votare gli elettori dipartimentali i quali, a loro volta, avrebbero scelto i deputati. Per quanto non combaci esattamente con quello di Sieyès, questo sistema ne condivide in buona sostanza le soluzioni tecniche essenziali così come il disegno di "epurare" il suffragio attraverso una serie di filtri successivi.

lavoro umane ⁽¹³⁾. Frattanto Sieyès avrà consumato da molto tempo tutte le formule costituzionali per distillare il precipitato del composto di legittimità ed obbedienza, di individualismo ed uguaglianza. Quando nell'anno VIII enuncerà la massima che “la fiducia proviene dal basso, mentre l'autorità dall'alto” ed affiderà agli elettori il solo compito di selezionare i candidati idonei alle funzioni pubbliche (tra i quali avrebbe operato la scelta il Grande elettore e il Collegio dei conservatori) ⁽¹⁴⁾ la parabola è ormai giunta al termine: l'uguaglianza dei diritti politici è conseguita al prezzo di privare il loro momento più saliente, le elezioni, di ogni funzione di indirizzo politico. Ecco perché i liberali dell'Ottocento con sano buon senso archiveranno questa lezione per imboccare la strada di una schietta disuguaglianza censitaria, almeno idonea, nella sua brutale semplicità, ad alimentare il circuito politico della linfa vitale elettorale. Il senso pratico di Guizot e Thiers hanno la meglio del raffinato costruttivismo di Sieyès nella preferenza accordata all'elezione diretta e censitaria, piuttosto che ad un suffragio universale depotenziato da una lunga serie di filtri. Del resto, a quell'epoca, nessuno renderà più omaggio al giusnaturalismo, drasticamente ripudiato da una borghesia che cerca nella storia e nell'ideologia nazionale radici più salde della propria egemonia.

Quel che preme sottolineare è, in ultima analisi, questo: il travaglio della Rivoluzione sulla rappresentanza non lascia tracce durature: si spegne con l'estinguersi degli ultimi fuochi della passione repubblicana nel 1799. Ma per mettere più in chiaro le ragioni di uno scacco così clamoroso, conviene soffermarsi ancora brevemente

⁽¹³⁾ “The metaphysical division of human society into producers and idlers, which Sieyès used to motivate a moderate and « bourgeois » French Revolution, turned out to have further revolutionary potentialities he never dreamed of” (W.H. SEWELL, *A Rhetoric of Bourgeois Revolution? The Abbé Sieyès and What is the Third Estate?*, Duke University Press, Durham and London, 1994, p. 203).

⁽¹⁴⁾ Nel progetto di costituzione che Sieyès predispone nell'anno VIII (1799) si prevede che i cittadini debbano designare i candidati alle funzioni comunali, i quali a loro volta designeranno i candidati alle funzioni dipartimentali che infine indicheranno gli idonei alle cariche nazionali. Il Collegio dei conservatori, organo di membri nominati a vita che si rinnovano per cooptazione, doveva scegliere i deputati nella “parte ascendente”; il governo, a sua volta nominato da Grande Elettore (espresso e revocato dal Collegio dei conservatori), doveva scegliere i funzionari esecutivi sul versante “discendente”.

mente sulle idee di Sieyès in merito a questo aspetto decisivo della sua dottrina costituzionale.

2. *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*

“La sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione per cui non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta: o è quella stessa, o è un'altra; non c'è via di mezzo. I deputati del popolo non sono dunque né possono essere i suoi rappresentanti; non sono che i suoi commissari: non possono concludere nulla in modo definitivo. Ogni legge che non sia stata ratificata direttamente dal popolo è nulla; non è una legge” (15).

Il costituzionalismo rivoluzionario riceve in eredità da Rousseau questa sentenza di condanna senza appello della rappresentanza. Sotto la bandiera della democrazia diretta verrà combattuta dapprima la battaglia delle Sezioni comunali contro le opzioni dell'Assemblea costituente, poi quella dei giacobini contro il progetto girondino nel 1793. La costituzione dell'anno I, mai applicata, reca le tracce di questa concezione tanto negli articoli sull'attività legislativa quanto in quelli sulla revisione costituzionale, giacché in entrambi prevede l'intervento delle assemblee primarie del popolo, seppure in una forma eventuale (legislazione) o propositiva (revisione costituzionale) (16). La stessa idea di governo rivoluzionario teorizzata da Robespierre è, se si vuole, un atto di fedeltà verso il Contratto sociale. Una volta appurata l'impossibilità di una democrazia diretta deliberante, minacciata come è da nemici interni ed esterni, la parte virtuosa del popolo fa dono di sé alla Repubblica. Il Comitato di salute pubblica si fa interprete della volontà generale,

(15) Contratto sociale libro III, cap. XV “dei deputati o rappresentanti”.

(16) Art. 59 “Quaranta giorni dopo l'invio della legge proposta, se, nella metà dei dipartimenti, più uno, il decimo delle assemblee primarie di ciascuno di essi, regolarmente formate, non ha reclamato, il progetto è accettato e diviene legge. Art. 60. Se vi è reclamo, il Corpo legislativo convoca le assemblee primarie”. Art. 115 “Se nella metà dei dipartimenti, più uno, il decimo delle Assemblee primarie di ciascuno di essi, regolarmente formate, domanda la revisione dell'atto costituzionale, o il mutamento di qualcuno dei suoi articoli, il Corpo legislativo è tenuto a convocare tutte le Assemblee primarie della Repubblica, per sapere se vi è luogo a una Convenzione nazionale”.

garantendo con la persona dei suoi membri la rispondenza delle proprie decisioni all'interesse beninteso della comunità: "Se esiste un corpo rappresentativo, un'autorità principale, costituita dal popolo, spetta ad essa il compito di sorvegliare e di reprimere, incessantemente, tutti i funzionari pubblici. Ma chi mai reprimerà quell'autorità, se non la sua virtù personale?" (17).

Lontana mille miglia da questa concezione della rappresentanza è la dottrina di Sieyès, punto di convergenza di ben tre influenti tradizioni: la riflessione della filosofia politica classica sulla selezione dei migliori; il discorso fisiocratico-illuminista sulla rappresentanza degli interessi e sulla deliberazione razionale; la nuova intuizione della divisione del lavoro come principio-guida dell'organizzazione economico-costituzionale. Della divisione del lavoro ho già detto, e mi limito qui ad aggiungere solo che per Sieyès la politica come professione è una conseguenza ineluttabile della crescente articolazione delle *Commercial Society* contemporanee: "l'interesse comune, il progresso stesso dello stato sociale, richiedono che si faccia del governo una professione a parte" (18). Scopo del sistema elettorale deve essere quello di favorire la selezione dei migliori senza però che la funzione rappresentativa divenga monopolio di un'oligarchia: di qui l'elezione indiretta, i mandati brevi e la panoplia di strumenti (liste di eleggibili, radiazioni) per consentire all'opinione pubblica di valutare il rendimento della classe politica. I rappresentanti non esprimono la volontà precostituita dei propri elettori, ma deliberano essi stessi al meglio per conto della nazione. Il rapporto tra paese reale e paese legale è quello lockeano di fiducia, di *trust*. In questa parte, il discorso classico dell'aristocrazia repubblicana si aggiorna nella versione tecnocratico-funzionalistica della divisione del lavoro sociale.

La domanda ulteriore che Sieyès si pone è se i rappresentanti debbano essere espressione anche di interessi concreti. In altre parole, la rappresentanza richiede solo dei decisori razionali o anche dei portavoce degli interessi prevalenti nella società? La risposta dei fisio-

(17) M. ROBESPIERRE, *Sui principi della morale politica*, in *La Rivoluzione giacobina*, a cura di U. CERRONI, Pordenone, Edizioni Studio Tesi, 1984, p. 167.

(18) *Osservazioni sul rapporto del Comitato di costituzione*, in *Opere*, cit., t. I, p. 477. Sieyès definisce "travaux de la souveraineté" le incombenze della classe politica, creata "pour instruire et maintenir l'ordre social" (cfr. J. GUILHAUMOU, *Nation, individu et société chez Sieyès*, in *Genèsis*, avril 1997, p. 12).

cratici era molto lineare: posto l'assioma che l'interesse dei proprietari e quello dello Stato sono identici, una rappresentanza formata esclusivamente di proprietari realizza perfettamente la sintesi tra particolare e generale; inoltre, poiché i proprietari sono la classe disponibile per eccellenza, la razionalità della decisione è automaticamente garantita. Il superamento della teoria economica fisiocratica costa a Sieyès una serie di complicazioni proprio nella sfera della rappresentanza. L'apertura ad interessi economici altri che quelli della proprietà terriera e la valorizzazione di funzioni sociali tanto essenziali quanto non monetizzabili come le professioni intellettuali richiede all'Abate uno sforzo di immaginazione non indifferente per conciliare *intérêt* e *raison*. Negli anni della Costituente (89-91), egli si sbarazza del problema proponendo di accordare ai dipartimenti che contribuissero di più alle casse dello Stato — che cioè producessero più ricchezza — un numero di deputati maggiore. L'idea, accolta dalla Costituente, era empiricamente efficace ma teoricamente pericolosa, laddove accreditava l'impressione che i dipartimenti fossero qualcosa di più di mere circoscrizioni elettorali — *sections du même tout*. Se i cittadini attivi erano uguali fra loro perché il dipartimento dell'Orne avrebbe dovuto pesare più di quello della Seine-inférieure in ragione del gettito fiscale prodotto? Non è un caso che nel progetto costituzionale di Condorcet, nel 1793, questa variabile-capacità contributiva finisca per cadere, restando solo il fattore popolazione come elemento determinante nella creazione della rappresentanza. Nel contempo, Sieyès ha continuato a saggiare in varie direzioni alla ricerca della formula più appropriata. Nel discorso che pronuncia alla Convenzione il 20 luglio 1795 un passaggio raramente notato ci svela una delle linee di sviluppo del suo pensiero. “Nella mia idea”, dichiara Sieyès, “se si volesse proprio la migliore delle istituzioni, si dovrebbe adottare una combinazione che attribuisca al Corpo legislativo un numero all'incirca uguale di individui votati alle tre grandi attività, alle tre grandi industrie che danno movimento e vita ad una società prospera, parlo dell'industria rurale, dell'industria cittadina e di quella ovunque presente, che ha per oggetto la cultura dell'uomo. Un giorno verrà che ci si renderà conto che sono questi i problemi importanti” (19). Quel giorno non è mai venuto;

(19) *Opinione di Sieyès su alcuni articoli dei titoli IV e V del progetto di costituzione pronunciata alla Convenzione il due termidoro dell'anno III*, in *Opere*, cit., t. II, p. 800.

Sieyès non ha tenuto fede alla sua promessa di sciogliere questa formula sibillina. Nell'anno VIII, punto di arrivo della sua meditazione, non vi è traccia alcuna di questa rappresentanza degli interessi. Ciò che l'Abate proporrà allora è una formazione della rappresentanza mirata esclusivamente alla selezione della classe politica, funzionale quindi alla ricerca di un'aristocrazia repubblicana. Non è difficile capire perché l'accenno alla rappresentanza esplicita ed organizzata degli interessi sia caduto in prescrizione: l'Antico Regime, con le sue corporazioni e privilegi, è troppo vicino perché la Rivoluzione possa accedere ad una riabilitazione dell'interesse che, per quanto presentata in versione rinnovata e inedita, richiama pur sempre quella in onore prima dell'89.

La conclusione è, come ho anticipato sopra, che la Rivoluzione chiude la sua decade di frenetica esplorazione degli arcani della rappresentanza, approdando a lidi che sono opposti a quelli toccati da questa istituzione quale noi la conosciamo oggi. Che si tratti delle liste di eleggibili di Sieyès o dell'elezione indiretta prediletta nel 1791 e nel 1795; che si metta in luce l'assenza di un dibattito sugli interessi o la negazione di qualsiasi mediazione organizzativa (club, "partito" o altro) tra individuo e rappresentanza nazionale; che si insista sul misconoscimento del concetto di manifesto elettorale o piuttosto sulla persistenza dell'elezione-scelta dei notabili virtuosi, il risultato è sempre lo stesso: dobbiamo constatare che il costituzionalismo rivoluzionario — Sieyès incluso — ha imboccato una strada destinata a risultare perdente. Il fatto stesso che la legittimazione carismatica di Napoleone trionfi così facilmente dei sofisticati meccanismi congegnati dall'Abate ci dice da solo quanto la sua dottrina avesse clamorosamente mancato il bersaglio.

3. *Liberalismo e tradizione repubblicana*

Il costituzionalismo di Sieyès merita certamente l'aggettivo di "liberale" se con liberalismo s'intende, così come ammesso nell'accezione corrente del termine, una teoria politica che mira alla garanzia dei diritti *via* l'articolazione e il controllo dei poteri pubblici. In effetti, tutto lo sforzo dell'Abate è, sin dall'inizio, teso ad individuare i congegni della grande macchina istituzionale atti ad

assicurare il primato dei diritti individuali, principio e fine ultimo di tutta l'organizzazione politica.

Eppure il liberalismo di Sieyès non ha convinto tutti coloro che della sua opera si sono occupati. È sembrato a taluni che il suo pensiero rivelasse una forte inclinazione statalista, venata persino di organicismo, nonché uno spiccato dirigismo che di liberale avrebbe ben poco, tradendo piuttosto la continuità con una concezione sovradeterminata, 'metafisica', della sovranità e dello Stato, passata evidentemente indenne per l'autodafé del 14 luglio. Poiché il chiarimento di questo dubbio è cruciale per la comprensione dell'intero costituzionalismo rivoluzionario, non resta quindi che passare in rassegna gli argomenti addotti per sostenere contro il Nostro i tre capi di accusa di organicismo, dirigismo, antipluralismo.

Cominciamo con il supposto organicismo di Sieyès. Non ci vuole molto per capire che l'origine di questa tesi è tutta nella grande enfasi che il Nostro pone sulla legge e sul legislatore, soprattutto negli scritti degli anni 1789-91. L'impressione è che il sistema di Sieyès sia in qualche modo sbilanciato in direzione della punta della piramide costituzionale piuttosto che in quella del riconoscimento dei diritti innati dell'uomo. Il legislatore, in particolare, in quanto espressione della rappresentanza politica, pare occupare nel progetto di Sieyès una posizione così cruciale da fare pensare ad un'appropriazione collettiva da parte dell'assemblea della sovranità strappata al re. Sarebbe avvenuta allora non una desacralizzazione della sovranità, dissolta una volta per tutte nell'apoteosi dei diritti dell'uomo, bensì solo una sua trasposizione dal corpo del re a quello di un'assemblea che svolge esattamente la stessa funzione del sovrano-persona fisica: incorpora il popolo, gli dà una voce, ne riassume simbolicamente l'unità ⁽²⁰⁾. In effetti, nel discorso sul veto regio, questa assimilazione del popolo al corpo fa per la prima volta capolino, seppure in una forma abbastanza blanda: "il popolo, lo ripeto, in un paese che non è una democrazia (e la Francia non ne sarebbe capace), il popolo non può parlare, non

(20) "Les représentants étaient devenus le corps visible, faillible et mortel du corps invisible et perpétuel de la Nation, personne mystique n'ayant voix et n'ayant mains que par les élus qui lui prêtent figure tangible" (M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, p. 26).

può agire se non attraverso i suoi rappresentanti” (21). Negli scritti ulteriori, in specie inediti, la metafora è spinta alle sue estreme conseguenze quando Sieyès nega al popolo prima della designazione della rappresentanza politica nazionale la titolarità di una volontà comune: “l’integrità nazionale, non è anteriore alla volontà del popolo riunito che non è altro se non la sua rappresentanza. È lì che comincia l’unità. Nulla dunque è al di sopra della rappresentanza: essa sola è il corpo organizzato. Il popolo disperso non è un corpo organizzato, esso non ha né una volontà, né un pensiero, né alcunché come uno” (22).

L’ovvia risposta a questa insistenza sulla predicazione metaforica di Sieyès è che le metafore andrebbero prese per quello che sono nell’economia di un discorso politico come quello del Nostro: ovvero come meri strumenti retorici che mirano alla persuasione dell’uditorio mediante una torsione semantica della parola (23). Basta chiedersi quali scopi perseguisse il locutore nell’enunciare quelle proposizioni per afferrare il senso del ricorso ad immagini che servivano solo a rafforzare l’argomentazione — a meno che non si voglia esplorare la dimensione inconscia del campo metaforico di Sieyès, ciò che esula dai nostri interessi. Ora, non richiede molto sforzo intuire quali obiettivi Sieyès perseguisse nelle circostanze in cui ebbe a servirsi di metafore organiciste e quali pericoli si trovasse a fronteggiare. Nel 1789 la minaccia proveniva tanto dal re, che rivendicava la partecipazione al potere legislativo, quanto dal basso, da chi contestava la preclusione da parte dell’Assemblea costituente di ogni forma di democrazia diretta. Su entrambi i fronti Sieyès reagisce mediante una fermissima difesa delle ragioni della rappresentanza politica elettiva che paragona, senza del resto troppa originalità, alla testa del corpo politico. Diverso è il suo scopo nell’anno III e VIII. Allora l’esigenza è divenuta quella di conferire la massima autorità al congegno supremo della *machine* costituzionale, quella Giuria costituzionale (poi Collegio dei conservatori) cui

(21) *Discorso sul veto regio*, *Opere*, cit., t. I, p. 444.

(22) Citato da S. MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 272.

(23) Mi sembra che A. de Baecque, nel suo brillante studio su metafore e politica nella Rivoluzione francese, esageri notevolmente la portata dell’immagine organicista in Sieyès, attribuendole un valore semantico che essa proprio non ha (*Le corps de l’histoire*, Paris, Calmann-Lévy, 1993, pp. 128-129).

Sieyès affida la soluzione del problema fondamentale del diritto pubblico: la regolazione della tensione tra mutamento e conservazione. *Machine* ho detto. Se proprio si vuole prendere sul serio le metafore di Sieyès è su questa che occorre soffermarsi poiché essa rivela l'autentica vocazione costruttiva e cartesiana del suo pensiero, per nulla omogeneo all'organicismo tradizionale. A meno di non cercare l'interpretazione autentica presso l'autore, prestando ascolto a Sieyès quando ci mette in guardia dal cedere alle sirene del linguaggio metaforico. "Non ho dimenticato una lezione di magnetismo animale", ricorda Sieyès nell'anno III, "il professore ad un certo momento si fa scrupolo di impiegare un'immagine sicuramente molto comune; egli paragona, non so più che cosa, ai vetri di una finestra; l'uditorio era come morto; ma, a questa parola finestra, vedo che tutti si volgono leggermente e con gravità verso quella del locale. La mente fino a quell'attimo vuota, benché fissa, si riempie all'istante, ognuno pensa alle proprie finestre, e quale stretto rapporto fra una finestra e migliaia di idee! (...) Ecco il pericolo delle immagini..." (24). Ammonimento da meditare!

Veniamo ora al secondo malinteso, quello del presunto dirigismo di Sieyès o, per dirlo altrimenti, della sua diffidenza per il mercato e, per converso, simpatia per la regolazione (25). Smontare questa tesi è ancora più semplice che nel caso precedente. Basta innanzitutto prestare attenzione agli scritti di Sieyès, tanto editi che inediti, per verificare rapidamente che essi sono costellati di dichiarazioni di fiducia nel contratto, visto non solo come istituto-chiave della sfera economica, ma pervasivo di tutti i rapporti sociali. "Le proprietà pubbliche", si legge in un brano inedito, "sono amiche dell'uguaglianza, senza dubbio, purché tutto nella giusta misura. Se voi scoraggiate il lavoro individuale togliendogli una parte troppo forte di prodotto, voi diminuite il lavoro e presto le proprietà pubbliche deperiscono con quelle degli individui. Per il fatto che le proprietà pubbliche sono favorevoli all'uguaglianza, non bisogna

(24) *Opinione sul progetto di costituzione pronunciata alla Convenzione il due termidoro dell'anno III*, in *Opere*, cit., t. II, p. 805.

(25) Questa tesi è sostenuta, invero con poca documentazione e scarso rigore definitorio, da M. DORIGNY, *La formation de la pensée économique de Sieyès d'après ses manuscrits (1770-1789)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1988, pp. 17-34.

certo mettere tutto in proprietà pubblica. Levate al lavoro, all'industria, il loro principio naturale, la spontaneità di un essere libero nel conseguire l'oggetto nascosto nella sua volontà, e voi ridurrete il prodotto al centesimo. Questa specie di uguaglianza democratica sarebbe la schiavitù più dura e il tipo di vita che essa necessiterebbe sarebbe la più triste al mondo" (26). Da geniale visionario quale è Sieyès riesce persino ad immaginare una società civile che sbriga tutti i servizi essenziali ed utili nella forma del contratto di assicurazione e di appalto. Assistiamo alla trasposizione del contratto alla dimensione istituzionale ogniqualvolta egli ci descrive il principio di sussidiarietà tra privato-societario e pubblico-statale in una luce fortemente imprenditoriale, dominata fino in fondo dal principio-cardine della divisione del lavoro. "Un paese senza governo pubblico", annota Sieyès in uno dei suoi quaderni, "potrebbe ancora essere amministrato e prosperare mediante semplici associazioni che, offrendo di fare tale o talaltro servizio pubblico, troverebbero senza dubbio dei sottoscrittori 1) perché le esigenze collettive sarebbero senz'altro avvertite; 2) perché tanto vale pagare per sottoscrizione che mediante imposta: anzi meglio perché con la prima si paga meno" (27). Nelle righe di Sieyès persino un istituto giuridico tradizionalissimo come la *ferme* (l'appalto) assume connotati di grande modernità nel momento stesso in cui viene inserito all'interno della dinamica produttiva generale. Tutti i servizi pubblici sono suscettibili di essere appaltati, tanto più se comportano oneri di spesa per il cittadino, in quanto il concessionario privato li sbrigherà con maggiore economia ed efficienza.

Ma poi questa dimostrazione era davvero necessaria per liberare Sieyès dal sospetto di indulgere nel dirigismo? Sarebbe stato certamente più semplice approfondire il cosiddetto discorso liberista della "mano invisibile" abitualmente assunto a pietra di paragone dell'autonomia del mercato per concludere quanto enfatica sia la contrapposizione secca tra regolamentazione da una parte e *laissez-faire* dall'altra. Chi sfogliasse le Lezioni di Glasgow di Adam Smith vi troverebbe un'analisi accurata delle funzioni legislative, amministrative e regolamentari del tempo, alle quali l'economista scozzese

(26) Cit. MANNONI, *op. cit.*, pp. 323-324.

(27) *Ibidem*, p. 323.

finisce per guardare con più pragmatismo di quanto ci si aspetterebbe dal teorico della “mano invisibile” (28). Come dire che persino tra i depositari dell’ortodossia liberista si può trovare una rappresentazione del ruolo dei poteri statali meno semplicistica di quella che gli viene così spesso attribuita. A più forte ragione non deve sorprenderci di scoprire in Sieyès, che appartiene ad un nazione dotata di forti istituzioni statali, una sofisticata disamina dei servizi pubblici, filtrata alla luce della nuova consapevolezza del mercato.

Il terzo punto è quello dell’antipluralismo di Sieyès. L’avversione per l’interesse di gruppo, frutto di intollerante radicalismo individualista, non può non suonare inquietante a chi è da sempre abituato ad associare pluralismo e libertà (29). “La difficoltà principale”, scriveva Sieyès alla vigilia della Rivoluzione, “proviene dunque dall’interesse per il quale un cittadino si accorda con alcuni altri esclusivamente. Quest’ultimo interesse permette di concentrarsi, di far lega; a causa di esso si concepiscono dei progetti pericolosi per la comunità; a causa di esso nascono i nemici pubblici più temibili” (30). La riserva antipluralista è — come negarlo? — intransigente; i margini lasciati per uno sviluppo spontaneo di formazioni intermedie assai ridotti; lo sbocco, l’esito di questa diffidenza altrettanto ovvio: per forza di cose, date siffatte premesse, la legge diviene l’arbitra assoluta della legittimità di iniziative superindividuali. Che ne è allora del liberalismo di Sieyès? Prima di tutto chiediamoci in quali circostanze queste parole sono state scritte. Quando sbarrava la strada all’interesse di corpo il Nostro aveva in mente una minaccia precisa e storicamente fondata: la corporazione, l’ente intermedio, l’ordine, il privilegio. La sua presa di posizione aveva pertanto un valore più negativo che positivo, mirava a combattere un nemico che proveniva dal passato più che a prescrivere per il futuro. In secondo luogo è sufficiente un breve giro d’orizzonte nella letteratura politica coeva per verificare che la diffidenza e l’ostilità verso la *fazione* costituiscono un tema ricorrente del discorso politico, anche al di là

(28) Cfr. l’introduzione di E. PESCIARELLI alle *Lezioni di Glasgow*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1989, pp. XCI-XCII.

(29) Sul punto ha richiamato l’attenzione L. JAUME, parlando di un “libéralisme problematique” (cfr. *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1987).

(30) *Che cos’è il Terzo Stato*, in *Opere*, cit., t. I, p. 278.

dell'Atlantico dove, già nel 1787, i *Federalist Papers* avevano messo in guardia in termini inequivocabili contro i rischi impliciti nell'attivismo politico di gruppi organizzati ⁽³¹⁾. In quel tempo ben raramente fazione assume un connotato positivo: essa evoca piuttosto discordia, egoismo, disonestà. In linea con questa cultura politica, Sieyès rifiuta di abbandonare il gioco politico alla dialettica naturale delle associazioni politiche perché vi scorge il rischio di una degenerazione in scontro di interessi particolari, a tutto detrimento dell'interesse generale. Senonché, l'idea che egli coltiva non è di negare *tout court* il confronto pluralistico, bensì di istituzionalizzarlo all'interno dell'organizzazione costituzionale, facendo dei singoli organi i portavoce di interessi distinti. La sua fantasia istituzionale si sbizzarrisce nel corso della sua carriera di statista: nel 1789 accarezza il progetto di suddividere l'assemblea nazionale in sezioni; nel 1795 e nel 1799 avanza la proposta di affidare al governo, da una parte, al tribunato dall'altra, il compito di difendere le rispettive politiche di fronte al corpo legislativo, sorta di tribunale chiamato a pronunciare una sentenza sotto forma di legge. Non può quindi negarsi a Sieyès l'apertura al pluralismo, seppure ad una versione di questo assai distante dalla forma moderna del partito politico, destinata del resto a rimanere estranea alla filosofia politica della Rivoluzione francese.

Semmai la domanda da porsi è in che misura il liberalismo dell'Abate sia contaminato, se così si può dire, dalla tradizione repubblicana, e condivida in questo modo scopi e valori che appartengono alla "libertà degli Antichi" più di quanto non entrino nella sfera della "libertà dei Moderni" di cui egli è stato considerato precursore, con largo anticipo rispetto a Benjamin Constant. Scorrendo le opere di Sieyès, tanto inedite quanto edite, non può in effetti sfuggire la ricorrenza di suggestioni tipiche di una cultura politica che da Platone, passando per Harrington arriva sino ed oltre la Rivoluzione americana ⁽³²⁾. Il tema dell'aristocrazia repubblicana come quello dell'educazione civica dell'individuo sono tipici di

(31) "By a faction I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community" (Madison, articolo n. 10, in *The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1961, p. 78).

(32) Cfr. B. MANIN, *La democrazia dei moderni*, Milano, Anabasi, 1992, pp. 27-42.

questa corrente di pensiero che combina in sé un elemento elitista — la repubblica dei migliori — con uno democratico — la rigenerazione degli individui per farne buoni cittadini. Non è nemmeno sbagliato affermare che questi temi ruotano più o meno strettamente intorno al vecchio *leitmotiv* dello Stato misto ⁽³³⁾, paradigma intramontabile di una cultura politica così impregnata di classicismo da formulare i concetti più innovativi all'interno dell'involucro linguistico e metaforico più tralatizio. Di questa cultura e di questa tradizione Sieyès è sicuramente debitore quando immagina sotto il nome di Giuria costituzionale (poi Collegio dei conservatori) una sorta di moderno eforato di 120 saggi che si rinnova per cooptazione e veglia sulla costituzione, proteggendola e aggiornandola. Lo stesso può dirsi quando egli si preoccupa di istituire alla base della piramide, nelle assemblee primarie, un circuito di integrazione repubblicana fatto di prove civiche, di feste, di pacifici ostracismi, tutte reminiscenze di una virtù scolpita nelle narrazioni letterarie greche e romane.

Guardiamoci da giudizi precipitosi. Una volta svelata questa dipendenza del Nostro dal fondo culturale comune a tutto il suo secolo, bisogna subito aggiungere che tale constatazione non intacca nemmeno un pò la qualifica di liberale che abbiamo poco innanzi tributato alla sua dottrina. A fugare i dubbi residui soccorre la filosofia politica con una distinzione all'interno del discorso liberale che suona molto calzante nella misura in cui permette di esplicitare concettualmente una dicotomia essenziale per la classificazione degli autori riconducibili a questa variegatissima corrente. La distinzione in questione è quella tra liberalismo realista e liberalismo critico ⁽³⁴⁾, evoluzionista opposto a costruttivista ⁽³⁵⁾. Le due coppie sono, in ultima analisi, parallele; l'idea che intendono esprimere è in buona misura la stessa: nella famiglia liberale sono riconoscibili due tendenze che, partendo

⁽³³⁾ È l'osservazione di T. HAFEN che ha ritrovato in Sieyès svariate tracce di uno sforzo di aggiornamento della *Mischerfassung* (*Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyès*, Stuttgart-Wien, Haupt, 1994, pp. 206-213).

⁽³⁴⁾ Riprendo questo dualismo da S. MAFFETTONE, *Liberalismo filosofico contemporaneo*, in S. MAFFETTONE, S. VECA (a cura di), *Manuale di filosofia politica*, Roma, Donzelli, 1996, pp.73-75.

⁽³⁵⁾ Questa contrapposizione deve la sua notorietà a F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., Milano, Saggiatore, 1989, pp. 519-521.

da premesse opposte e seguendo argomentazioni alternative, giungono a risultati comparabili. Nella prima (realista/evoluzionista) il punto di partenza è l'individuo storico e una concezione descrittiva della società; gli strumenti giuridico-istituzionali sono quelli offerti dalla tradizione; la libertà viene garantita nel rispetto degli equilibri sociali esistenti. La seconda (critico/costruttivista) prende le mosse dall'individuo astratto e da una concezione normativa della società; predilige l'innovazione istituzionale e legislativa; propende per un atteggiamento critico verso gli assetti sociali dati, ritenendo che un'autentica libertà non possa prescindere da una loro seppure parziale riforma. Per quanto sommaria possa sembrare, e sia in effetti, questa contrapposizione, essa serve tuttavia a chiarire perché Sieyès possa essere considerato un liberale a dispetto dell'influenza repubblicana di cui risente: egli appartiene alla seconda declinazione di liberalismo e con lui un buon numero di coloro che hanno calcato le scene della Rivoluzione ⁽³⁶⁾.

Questa conclusione apparirà del resto tanto più accettabile non appena si percorra l'itinerario del liberalismo storico ottocentesco. Arrivati a Stuart Mill balzano subito agli occhi le analogie tra la sapiente combinazione di elitismo e democrazia che troviamo nel saggio sul *Representative Government* e le riflessioni ben antecedenti di Sieyès. Il voto multiplo accordato alle *élites* naturali così come la divisione del lavoro legislativo tra commissione proponente e camere altro non sono che una formula più raffinata e politicamente più accettabile dei progetti dell'Abate. Rendiamo al Nostro quanto gli appartiene: conciliare i diritti di libertà, la forza del numero e il governo dei saggi: il liberalismo europeo erediterà da Sieyès questo rompicapo fino alla Prima Guerra Mondiale.

4. *Potere costituente e rigidità costituzionale*

“Non temiamo di ribadirlo: una nazione è indipendente da qualunque forma; e in qualunque modo essa voglia, è sufficiente che questa sua volontà si manifesti, perché ogni diritto positivo venga

⁽³⁶⁾ Come osserva a giusto titolo M. BARBERIS, *Thermidor, le libéralisme et la modernité politique*, in R. DUPUY, M. MORABITO, 1795. *Pour une République sans Révolution*, Campus de La Harpe, Presses Universitaires de Rennes, 1996, p. 129.

meno dinanzi ad essa che è la fonte e l'arbitro supremo di ogni diritto positivo" (37). *In principio erat verbum*. La rottura è consumata: la forza liberatoria della parola ha raggiunto l'acme; il dio-popolo ha definitivamente spodestato ogni altra autorità, trascendente o secolare che sia. Nel momento stesso in cui questa frase è profferita l'Antico regime è virtualmente morto: *voluntas, non auctoritas, facit legem*.

Nemmeno il Contratto sociale di Rousseau sprigiona una forza così dirompente. La volontà generale non è la stessa cosa del potere costituente: la prima esige l'unanimità, al secondo basta il volere della maggioranza; la prima dà vita al popolo nella sua unità, il secondo lo presuppone già esistente; la prima è continua e permanente, il secondo intermittente. Ad una volontà sempre sfuggente perché essenzialmente morale (38), Sieyès sostituisce una volontà di potenza del tutto reale: il potere costituente; al concetto-limite di contratto sociale, tanto possente quanto astratto, oppone un'istituzione concreta e visibile: la costituzione. Rousseau non intende affatto imprigionare la volontà generale in una gabbia che essa stessa dovrebbe darsi in quanto l'autolimitazione del volere gli sembra una contraddizione in termini: "è assurdo che la volontà si ponga delle catene per l'avvenire" (39). Sieyès ritiene invece che darsi una costituzione equivalga a garantire libertà e progresso, giusta il principio di divisione del lavoro: la funzione pubblica, regolarmente organizzata, risparmia al cittadino tempo prezioso per i suoi affari. Marx guarderà con ammirazione a tanta sfida, a tanto coraggio, a tanta immaginazione, così lontani dallo scenario ordinato di una Germania ossequiente dove "ad ogni ceto mancano quella grandezza d'animo che si identifica, sia pure momentaneamente, con l'anima del popolo, quella genialità che dà alla forza materiale l'entusiasmo

(37) *Che cos'è il Terzo Stato?*, in *Opere*, cit., t. I, p. 258.

(38) "Si potrebbe dire, senza troppo tradire il pensiero dell'autore, che la volontà generale è quella di un cittadino qualunque quando, consultato su questioni riguardanti l'intera collettività, *prescinde dai propri pregiudizi e dalle proprie preferenze personali* ed esprime un parere che in teoria potrebbe riscuotere l'approvazione unanime dei concittadini, e che pertanto potrebbe assurgere a legge universale, valida per tutto il corpo dello Stato" (R. DERATHÉ, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, trad. it., Bologna, Mulino, 1993, p. 289).

(39) *Contratto sociale*, libro secondo, capitolo I "la sovranità è inalienabile".

per diventare potere politico, quell'ardire rivoluzionario che scaglia in faccia all'avversario le parole di sfida: *io non sono nulla e dovrei essere tutto...*" (40).

Eppure il ragionamento non torna così facilmente neanche in Sieyès. Da una parte resta il dubbio che il popolo, una volta spogliatosi delle sue prerogative, divenga ostaggio della creatura cui ha dato vita, ovvero sia dei poteri costituiti. Dall'altra rimane il timore che un ordine costituzionale rigido non sia al riparo dai sussulti del potere costituente, tanto più violenti e incontrollabili perché troppo drastico è stato lo spodestamento del popolo-sovrano. Come bilanciare stabilità e movimento? Il dilemma cui siamo abituati dopo mezzo secolo di apprendistato della rigidità delle costituzioni scritte comincia ad assillare Sieyès già agli esordi della sua riflessione. La sua meditazione a questo proposito imbrocca subito le due strade distinte della garanzia della costituzione e della revisione che si ricongiungeranno solo nella fase conclusiva della Rivoluzione.

"Chi sarà il giudice supremo?" La domanda echeggia in *Che cos'è il Terzo Stato* (41) e risuonerà frequentemente nei discorsi di Sieyès. Dare alla costituzione un giudice che si pronunci sui conflitti tra i poteri che da essa promanano e sulle violazioni contro di essa perpetrate: nulla di più logico, si direbbe. Ciononostante la risposta definitiva si farà attendere a lungo, fino al 1795. Il perché non ci è difficile intuirlo. Ipotizzare, come fa lo stesso Sieyès, che il popolo-corpo elettorale, riunito nelle assemblee primarie, potesse essere convocato o autoconvocarsi per sciogliere i nodi costituzionali era pura follia in un frangente come quello degli anni 1789-93. "Il mezzo che noi cerchiamo consiste nel reclamare una delegazione straordinaria del potere costituente" (42): la proposta suona talmente eccentrica e improbabile nel bel mezzo dell'agitazione rivoluzionaria da meritare l'oblio cui il suo stesso autore la condanna. Non sorprende che nell'anno III, dopo un lustro di intenso approfondimento, Sieyès possa esprimere ed ufficializzare un progetto decisa-

(40) *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione* (in K. MARX-F. ENGELS, *Opere*, t. III (1843-1844), Roma, Editori Riuniti, 1976, p. 201).

(41) *Opere*, cit., t. I, p. 259.

(42) *Discorso sul veto regio*, in *Opere*, cit., t. I, p. 447.

mente più maturo laddove individua in un organo *ad hoc*, la Giuria costituzionale (poi Collegio dei conservatori), la funzione di garanzia della costituzione.

Peccato però che la novità e la modernità di questa intuizione vengano offuscate proprio dalla preminenza stessa che l'istituzione della Giuria viene ad assumere nei piani dell'Abate. Ad essa infatti Sieyès riconduce anche la soluzione di un secondo problema che tanto lo aveva impegnato nel corso delle sue meditazioni: intendo dire la revisione della costituzione. Ora, un organo che cumula due funzioni così cruciali come garanzia e revisione ⁽⁴³⁾ semplicemente urta il buon senso e fuoriesce dai binari del costituzionalismo liberale cui Sieyès vorrebbe rimanere fedele. Alla costituzione egli non dà più un supremo regolatore, ma un *dominus*, con buona pace del principio che gli è tanto caro: *divisez pour empêcher le despotisme, réunissez pour empêcher l'anarchie*. Per comprendere la gravità di questa caduta basta guardare un attimo proprio alla seconda missione che Sieyès assegna alla Giuria: la revisione della costituzione.

Nessuna generazione può assoggettare le altre alle proprie leggi: questa massima è un vero *topos* del discorso politico rivoluzionario di fine Settecento ⁽⁴⁴⁾. La ritroviamo sotto la penna di Jefferson in una forma singolarmente radicale: "ogni costituzione ed ogni legge muore naturalmente al termine dei 19 anni. Se viene imposta più a lungo, è un atto di forza e non di diritto" ⁽⁴⁵⁾. La sentiamo ripetere ancora dai rivoluzionari francesi e tra questi da Sieyès che propone la convocazione periodica di convenzioni per verificare l'esigenza di aggiornare la costituzione: "un popolo ha sempre il diritto di

⁽⁴³⁾ Taccio della terza incombenza che Sieyès vorrebbe attribuire all'organo — giudice di equità — solo perché non fa che accentuare il tratto eccentrico e irrealistico del suo progetto. M. Gauchet ha ragione quando rimprovera a Sieyès di avere tentato di bilanciare lo svuotamento del momento elettorale con l'esaltazione oltre ogni ragionevolezza dei poteri di controllo: "tout se passe comme si l'exorbitante croissance des pouvoirs de contrôle des pouvoirs venait compenser la disparition du peuple souverain comme acteur politique et pôle identificatoire" (*La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995, p. 229).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in ZAGREBELSKY, PORTINARO, LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 172-184.

⁽⁴⁵⁾ M. SYLVERS, *Il pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson. Saggio introduttivo e antologia di testi*, Manduria, Laicata, 1993, p. 276.

rivedere e riformare la sua Costituzione. È anche opportuno determinare delle epoche fisse in cui questa revisione avrà luogo, quale che ne sia la necessità” (46). Il diritto di rivedere la costituzione è forse l’espressione somma del potere costituente: perché dunque spogliarne il popolo a beneficio di un organo rappresentativo permanente come la giuria costituzionale? *Ratio, non voluntas, facit legem*. La risposta che cerchiamo è qui, nella rivincita della *ratio* contro la *voluntas*. Dopo aver consegnato al popolo-orologiaio lo scettro del potere costituente Sieyès glielo toglie per farne un ingranaggio dell’orologio-costituzione, destinato a funzionare da solo, secondo un *motus perpetuus*. Dare un colpo iniziale alla macchina costituzionale: ecco a cosa si riduce ora il ruolo del potere costituente. Un areopago di 120 saggi che si autoriproduce per cooptazione diviene l’arbitro supremo del gioco istituzionale e il nocchiero dell’arca costituzionale. Non vi è chi non veda che il potere costituente pare a questo punto confiscato a beneficio di un’aristocrazia repubblicana di dubbia legittimazione più che regolarizzato nel rispetto della sua essenza profondamente democratica.

Se dunque la Giuria costituzionale-Collegio dei conservatori è ascrivibile al novero degli antesignani delle moderne corti costituzionali, ciò può dirsi in modo molto indiretto e, alla fine, poco significativo. La pessima prova data dal Senato del Primo e Secondo Impero, entrambi parenti prossimi dell’istituzione immaginata da Sieyès, non ha certo contribuito a fugare le perplessità che già tra i contemporanei dell’Abate essa aveva suscitato. Quello che resta di duraturo su questo versante dell’opera di Sieyès è dunque soprattutto la sua precoce scoperta che una costituzione scritta e rigida deve avere il suo giudice: non è poco, se consideriamo i tempi e i luoghi in cui ad essa venne data voce.

5. *Accentramento e autonomia locale*

Nell’importante testo di Sieyès, i *Preliminari della Costituzione*, al governo viene appena accennato e la funzione pubblica menzionata solo per sottolinearne la dipendenza dalla volontà del popolo.

(46) *Preliminari della costituzione. Riconoscimento ed esposizione ragionata dei diritti dell’uomo e del cittadino* (luglio 1789), art. XXXII, in *Opere*, cit., t. I, p. 398.

Questa sommarietà è del tutto naturale vista la natura del documento che vuole innanzitutto esplicitare il senso della dichiarazione dei diritti. Adottando una prospettiva dal basso, dai diritti individuali verso l'apparato pubblico, Sieyès tende naturalmente ad accentuare il carattere libertario delle prerogative individuali e ad enfatizzare la natura derivata e meramente strumentale del potere statale. Leggendo gli articoli dei *Preliminari* viene in mente la formula liquidatoria riservata da Thomas Paine al governo: " Government is no farther necessary than to supply the few cases to which society and civilization are not conveniently competent; (...) the more perfect civilization is, the less occasion has it for government, because the more does it regulate its own affairs, and govern itself " (47).

Altrove (48) la melodia suonata dal Nostro è tutta diversa al punto da passare, agli occhi della storiografia meno recente, come il padrino di un sistema amministrativo "violentemente accentratore" (49).

La verità si trova in realtà nel mezzo, così come i copiosi inediti hanno permesso di mettere in luce.

Sieyès non condivide certo la rappresentazione del governo come "male necessario" così diffusa tra i repubblicani radicali. Egli crede invece che il governo sia uno strumento utile e prezioso, a condizione di essere bene costituito. Il punto è tutto qui e ciò spiega lo spazio dedicato da Sieyès ai progetti di organizzazione della funzione governativa. Distinta dalla legislazione, assoggettata al controllo di un'autorità superiore indipendente (prima il Re, poi il Grande elettore) (50), la funzione governativa si vede riconoscere nei

(47) *Rights of Man*, in *The Life and Major Writings of Thomas Paine*, a cura di Ph. S. FONER, New York, Citadel Press, 1993, pp. 357-358.

(48) In particolare nel *Discorso sul veto regio* dove Sieyès si scaglia contro l'anarchia municipale, rivendicando l'esigenza di un'amministrazione fortemente unitaria e geometrica che spazzasse via le vecchie circoscrizioni e privilegi territoriali ereditati dall'Antico Regime.

(49) BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., p. 90.

(50) La differenza tra monarchia e repubblica si riduceva per Sieyès proprio a questo: il carattere piramidale o meno dell'esecutivo. Il re, come poi il Grande Elettore, gli parevano più indicati di un organo collegiale per svolgere la funzione di supervisor del governo. È appena il caso di aggiungere che l'opzione per il re non significa per nulla

piani dell'Abate importanti prerogative quali il potere regolamentare, l'iniziativa legislativa e la supervisione sull'amministrazione territoriale. Solo la supervisione però. Il punto da tenere a mente è che Sieyès, nel momento stesso in cui spezza una lancia a favore di un governo efficiente ed autorevole, bilancia subito questa concessione all'"établissement public" consolidando un'ampia sfera di autonomia locale sotto forma di "pouvoir municipal". Sulla carta di Cassini ritaglia ampie circoscrizioni comunali (720 comuni) per concentrarvi un potere municipale elettivo e autorevole. Quindi, in sintesi, la "funzione discendente" ⁽⁵¹⁾ si vede garantita la necessaria speditezza, ma senza sacrificio di un ragionevole decentramento.

La reputazione di un Sieyès accentratore e paladino di un'amministrazione forte è probabilmente dovuta al ruolo decisivo giocato da questi nella divisione dipartimentale della Francia. Senonché, l'azzeramento e la ricostruzione dell'organizzazione territoriale del paese non perseguiva un disegno accentratore: mirava solo ad assicurare le condizioni istituzionali necessarie per lo svoglimento del circuito costituzionale, dall'elezione alla rappresentanza e da questa all'esecuzione della legge (circuito "ascendente e discendente", così come lo definisce Sieyès).

E con questo abbiamo esaurito un altro importante capitolo della teoria costituzionale di Sieyès ⁽⁵²⁾.

* * *

Il miglior modo di rendere giustizia ad un personaggio della statura di Sieyès è quello di cercare di riprodurne fedelmente la

sostegno al principio monarchico: il re di Sieyès è sempre e comunque un organo creato dal potere costituente: una mera istituzione suscettibile di essere cancellata a discrezione del vero sovrano, il popolo.

⁽⁵¹⁾ Sieyès distingue tra governo vero e proprio e funzione amministrativa. Per semplificare, si può dire comunque che il tratto unitario essenziale della funzione discendente sia quello della presenza di una linea gerarchica dal centro alla periferia, assicurata dalla nomina dall'alto di un certo numero di funzionari (per un'analisi in dettaglio si veda MANNONI, *op. cit.*, pp. 303-340).

⁽⁵²⁾ Chi desiderasse approfondire l'organizzazione giudiziaria e militare immaginata da Sieyès può trovarne una sintetica descrizione, alla luce anche degli inediti, in HAFEN, *Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyès*, cit., pp. 271-312.

dottrina. Non altro occorre per apprezzare la grandezza di un pensiero che ha percorso da solo la creazione rivoluzionaria della costituzione quando nessuno era in grado di intravederne nemmeno l'ombra. Tanto basta per misurare lo scarto tra il geniale Abate e le disorientate comparse della scena rivoluzionaria che grazie agli scritti di quest'uomo scontroso e solitario hanno intuito il senso delle vicende che stavano vivendo⁽⁵³⁾. Nominare è creare e la parola di Sieyès ha reso visibile nel discorso sulla Costituzione una logica ed una dinamica che non erano accessibili ai più dei suoi contemporanei: "*He gave man speech, and speech created thought, Which is measure of the Universe; And Science struck the thrones of Earth and Heaven*"⁽⁵⁴⁾. A noi resta un senso di stupore, di vertigine quasi, di fronte ad un'energia creativa e ad un ardore della volontà che ci scuotono da un lungo torpore. Imponente persino nelle sue cadute, Sieyès evoca un'età dell'oro che sembra irrimediabilmente tramontata per il pensiero costituzionale. In tempi di fiacca incertezza, bere alla sua fonte ci servirà forse a ritrovare il coraggio dell'immaginazione.

NOTA SULLA VITA DI SIEYÈS

Emmanuel Joseph Sieyès nasce a Fréjus il 3 maggio 1748 nella famiglia di un impiegato del fisco e maestro di posta. Studia a Parigi ai seminari di Saint-Sulpice e Saint-Firmin da dove esce ordinato sacerdote nel 1772. Protetto del vescovo Lubersac, diviene nel 1783 gran vicario di Chartres. Il suo apprendistato politico comincia nel 1787 con la partecipazione all'esperimento delle assemblee provinciali tentato da Calonne *in extremis* per riformare la monarchia. Membro di quella di Orléans si distingue per le sue proposte di modifica della "ventesima" ma intuisce subito l'inadeguatezza del tentativo di evitare lo scontro frontale con la società di ordini. Eccolo quindi pubblicare alla vigilia della Rivoluzione tre testi-cardine in rapida successione: *Il Saggio sui*

⁽⁵³⁾ Una recente e documentata ricerca ha messo in luce la lentezza con cui la grande massa dei deputati della Costituente approda alla lucida consapevolezza rivoluzionaria conquistata da Sieyès con almeno due anni di anticipo (T. TACKETT, *Becoming Revolutionary. The Deputies of the French National Assembly and the Emergence of a Revolutionary Culture (1789-1790)*, Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1996).

⁽⁵⁴⁾ P. B. SHELLEY, *Prometheus Unbound*, atto secondo, scena IV.

privilegi, le Osservazioni sui poteri e sui mezzi di cui i rappresentanti della Francia potranno disporre nel 1789 e, infine, Che cos'è il Terzo Stato?. Conquistata un'immediata celebrità, viene eletto agli Stati Generali dal Terzo di Parigi. Tra i fautori della conversione degli Stati Generali in "Assemblea Nazionale", Sieyès partecipa al secondo come al terzo comitato di costituzione svolgendo un ruolo di primo piano nell'elaborazione della Costituzione del 1791 così come nella predisposizione dei progetti di suddivisione dipartimentale della Francia. Prodigia i suoi sforzi per scongiurare una deriva insurrezionale, ma la fuga a Varennes lo disillude sulla possibilità di confidare nell'adesione del re alla costituzione.

Dopo la caduta della monarchia, eletto alla Convenzione, vota la morte del re ed entra con Condorcet nel comitato di costituzione che predispone il primo progetto di costituzione repubblicana. Coll'inasprirsi del conflitto tra Montagna e Gironda, si dimette dal Comitato ritirandosi nell'ombra da cui uscirà solo dopo la caduta di Robespierre.

Nell'anno III (1795) prende parte al dibattito sulla nuova costituzione che lo vede schierato su posizione polemiche rispetto al progetto della Commissione degli Undici. Pur non essendo riuscito a fare valere le sue idee costituzionali, Sieyès giocherà un ruolo di prima grandezza negli anni del regime direttoriale. Ambasciatore a Berlino nel 1798, l'anno successivo viene eletto al Direttorio. Da qui prepara la strada al colpo di stato di Bonaparte che considera l'unica via di uscita dalla crisi istituzionale in cui il regime si dibatte.

Autore del progetto alla base della costituzione dell'anno VIII (1799), Sieyès viene emarginato da Bonaparte in un carica senatoria, dopo che erano state respinte le sue proposte per mettere al riparo la costituzione dall'irruenza autoritaria e dalle ambizioni del Generale. Silenzioso, defilato e ininfluenza durante gli anni del Consolato e dell'Impero, Sieyès lascia il paese per l'esilio belga al ritorno dei Borboni, scontando così il voto favorevole al regicidio.

Inizia da allora un lungo declino fisico e mentale che si concluderà in Francia dopo che l'avvento della Monarchia di Luglio aveva permesso il ritorno degli esiliati della Rivoluzione. Muore a Parigi nel 1836.

DANIELA TAFANI

KANT E IL DIRITTO DI PUNIRE (*)

1. La fondazione del diritto di punire. — 2. Il criterio di determinazione delle pene. — 3. I limiti del diritto di punire: la pena di morte.

In una lettera a Leonhard Creuzer, Karl von Savigny aveva chiesto chiarimenti — nel gennaio del 1800 — sulla fondazione kantiana del diritto di punire, che egli trovava massimamente ripugnante ⁽¹⁾. Dalle spiegazioni di Creuzer, Savigny concludeva che Kant avesse sostenuto, senza fondarla, una teoria retributivistica del diritto penale: la pena doveva essere inflitta a chi avesse agito ingiustamente ed essere commisurata a tale azione ingiusta. Kant pareva limitarsi a presupporre come moralmente necessario il nesso del male fisico con la colpa — senza fornire alcuna fondazione del diritto di punire — e ad assumere un criterio del tutto arbitrario di determinazione della pena, non sussistendo nella realtà, secondo Savigny, alcuna gradazione tra le ingiustizie, alla quale commisurare il male da infliggere ⁽²⁾.

Savigny non fu il solo a ritenere che l'idea della retribuzione morale esaurisse il contributo kantiano alla dottrina del diritto penale. A partire dalla pubblicazione, nel 1797, dei *Principi metafisici della dottrina del diritto* — e fino ai nostri giorni — Kant è infatti

(*) Desidero ringraziare la professoressa Letizia Gianformaggio per le sue osservazioni — che spero di aver messo a frutto — a una versione precedente di questo articolo.

(1) A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Bd. 1: *Der junge Savigny*, Berlin, C. Heymann 1927, p. 145.

(2) *Ivi*, p. 148.

apparso come il sostenitore di una teoria assoluta della pena ⁽³⁾, indebitamente trasposta dall'ambito morale a quello giuridico ⁽⁴⁾.

Una simile interpretazione confonde tuttavia due questioni che, nella discussione settecentesca sul diritto di punire, erano affrontate in modo variamente congiunto ⁽⁵⁾: la questione del fondamento del

⁽³⁾ Si dicono *teorie assolute* le teorie *retributivistiche*, ossia quelle che fondino le pene sulla loro necessità morale (*punitur, quia peccatum est*) e *teorie relative* quelle *utilitaristiche*, che fondino invece le pene sulla necessità, da parte dello Stato, di perseguire certi scopi, quali la sicurezza pubblica e dunque la minimizzazione dei delitti (*punitur, ne peccetur*). Le prime intendono le pene come un fine, le seconde come un mezzo. V.L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza 1989, pp. 239 e sg., 276 in nota; H. MAYER, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln, W. Kohlhammer, 1953, p. 27.

⁽⁴⁾ Già nel 1797, Fichte respingeva la dottrina penale kantiana, che avrebbe presentato la pena “non come un mezzo, ma essa stessa come un fine”, fondandola “in un imperscrutabile imperativo categorico” (*Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, in J.G. FICHTE, *Gesamtausgabe*, a cura di R. Lauth, H. Jacob, H. Gliwitsky, Stuttgart-Bad Cannstadt, Frommann-Holzboog 1962 e sgg. — d'ora in poi GA — I.4, pp. 60, 76; trad. it. a cura di L. Fonnesu, Bari, Laterza 1994, pp. 229, 245 e sgg.). Per un'analoga collocazione di Kant tra i sostenitori di una teoria retributivistica della pena, v. ad es. R. EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, s. v. *Strafe*, vol. III, Berlin 1930⁴, p. 160; H. MAYER, *Strafrecht*, cit., p. 30; *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, a cura di A. Erler, E. Kaufmann, s. v. *Strafe*, vol. IV, Berlin, E. Schmidt 1990, col. 2026; M. BLOCK, *Dictionnaire général de la politique*, s.v. *Peines*, vol. II, Paris, O. Lorenz 1864, p. 509; P. EDWARDS (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York and London, MacMillan 1967, s.v. *Punishment*, a cura di S.I. Benn, vol. VII, p. 30; H. CAYGILL, *A Kant Dictionary*, London, Blackwell 1995, pp. 271 e sg. W. Schild, *Ende und Zukunft des Strafrechts*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 70 (1984), pp. 71-112, attribuisce a Kant una teoria assoluta della pena, ma riconosce e affronta il problema del rapporto, nella dottrina kantiana, tra pene morali e pene pragmatiche, ossia, nell'ambito del diritto penale, tra giustizia e prudenza.

⁽⁵⁾ V. ad es. J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, vol. II, Leipzig 1775⁴, Nachdruck Hildesheim, G. Olms 1968, coll. 1002-1017. Walch distingueva la questione teoretica della definizione della pena (chi può punire, chi può essere punito, cosa sia un delitto e quale sia lo scopo finale delle pene) dalla questione pratica delle regole di giustizia e di prudenza da seguire nella comminazione della pena. J. Von Sonnenfels, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, Bd. 1, Wien 1787⁵, p. 455, distingueva il punto di vista del legislatore, che infligge la pena affinché non si violi la legge, dal punto di vista del giudice, che punisce perché la legge è stata violata. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (d'ora in poi Rph), Berlin 1821, § 99, Anm.; trad. it. a cura di G. Marini, Bari, Laterza 1999, p. 89: “Le diverse considerazioni che attengono alla pena come apparenza e alla sua relazione con la coscienza particolare, e concernono le conseguenze sulla rappresentazione (l'intimorire,

diritto di punire, ossia della giustificazione dell'esistenza della pena, e quella del criterio di distribuzione e determinazione delle pene (6). Fonte primaria di tale indistinzione concettuale, da parte degli interpreti, è il fatto che Kant abbia dedicato tematicamente al "diritto di punizione e di grazia" il paragrafo dei *Principi metafisici della dottrina del diritto* che tratta in realtà non del fondamento del diritto di punire, già affrontato nell'*Introduzione*, bensì dei soli criteri di determinazione della pena (7). La tesi per cui "la legge penale è un imperativo categorico" è parsa così — anziché l'identificazione del requisito essenziale della pena giusta, ossia che essa segua infallibilmente il giu-

l'emendare ecc.) al loro luogo, cioè in modo precipuo meramente rispetto alla *modalità* della pena, son certo di essenziale riguardo, ma presuppongono la fondazione che il punire sia *giusto* in sé e per sé".

(6) Una chiara distinzione di tali questioni si trova invece in D. SCHEID, *Kant's Retributivism*, in "Ethics", 93 (1983), pp. 262-282, il quale presenta la dottrina penale kantiana come un "retribuzionismo parziale", e in R. BRANDT, *Gerechtigkeit und Strafgerechtigkeit bei Kant*, in *Kant in der Diskussion der Moderne*, a cura di G. Schönrich e Y. Kato, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1997², pp. 425-463. La distinzione tra *minaccia* e *esecuzione* della pena è proposta da B. SHARON BYRD, *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in "Law and Philosophy", 8 (1989), pp. 151-200. Interpretazioni eccessivamente libere, che tuttavia tengono conto sia dell'aspetto utilitaristico che di quello retributivistico della pena in Kant, in S. WILLIAMS HOLTMAN, *Toward Social Reform: Kant's Penal Theory Reinterpreted*, in "Utilitas", 9 (1997), pp. 3-21; T.E. HILL, Jr., *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution?*, in "Jahrbuch für Recht und Ethik", 5 (1997), pp. 291-314. W. Schild distingue l'aspetto utilitaristico da quello retributivo, ma è a quest'ultimo che riconduce la fondazione kantiana della pena (*Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants*, in *Festschrift für Wolfgang Gitter*, a cura di M. Heinze, J. Schmitt, Wiesbaden 1995, pp. 831-846). O. Höffe ritiene dominante, nella dottrina penale di Kant, la teoria retributiva, ma riconosce un ruolo e un "peso morale" anche alla funzione preventiva e intimidatoria (*Vom Straf- und Begnadigungsrecht*, in *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, a cura di O. Höffe, Berlin, Akademie 1999, pp. 213-233). J.-C. Merle, infine, respinge le cosiddette interpretazioni "miste", sostenendo che esse rimandino, malgrado la pretesa contraria, a una fondazione retributivistica del diritto di punire (*A Kantian Critique of Kants Theory of Punishment*, in "Law and Philosophy", 19.3.2000, pp. 311-338). Merle propone il principio della prevenzione speciale, ossia della riabilitazione del criminale, come più coerente con il principio kantiano del diritto di quanto non sia la dottrina penale elaborata dallo stesso Kant.

(7) *La metafisica dei costumi* (d'ora in poi MS), trad. it. a cura di G. Vidari, Bari, Laterza 1989, pp. 164-172; *Kant's gesammelte Schriften*, a cura dell'Accademia Prussiana delle Scienze (d'ora in poi *Ak*), VI, pp. 331-337. La traduzione italiana è stata, quando opportuno, tacitamente modificata.

dizio di colpevolezza — l'affermazione di una dottrina retributivistica della punizione giuridica. In campo giuridico, così come in ambito morale, Kant avrebbe sostenuto l'esistenza di una legge che si impone come vincolante ad ogni ente razionale e che contiene un'interpretazione in senso retributivistico della responsabilità, che qualifica cioè ogni trasgressione come meritevole, in sé, di punizione, rendendo quindi moralmente e giuridicamente necessario che alla colpa, o al delitto, faccia seguito una punizione ⁽⁸⁾. A sostegno di tale interpretazione pare deporre la tesi, sostenuta da Kant in ambito etico, della necessità morale di una giustizia retributiva:

nell'idea della nostra ragion pratica c'è ancora qualcosa che accompagna la trasgressione di una legge morale, ed è l'esser *meritevole di punizione*. [...] La punizione è dunque un male fisico che, anche se non fosse legato con ciò che è moralmente cattivo come conseguenza *naturale*, dovrebbe comunque esservi legato come conseguenza in base ai principi di una legislazione morale ⁽⁹⁾.

La tesi che la ragion pratica esiga un nesso causale tra colpa morale e sofferenza non implica tuttavia una fondazione analogamente retributivistica della pena giuridica. Lo stesso Kant, al con-

⁽⁸⁾ V. ad es. M. SALOMON, *Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht*, in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 33 (1912), pp. 1-34; G. SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in "Rivista di filosofia", 20 (1929), pp. 25-58; U. KLUG, *Abschied von Kant und Hegel*, in *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, a cura di J. Baumann, Frankfurt am Main 1968, pp. 36-41; trad. it. a cura di A. Bazzoni, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè 1989, pp. 3-9; S. FLEISCHACKER, *Kant's Theory of Punishment*, in "Kant-Studien", 79 (1988), pp. 434-449; J.G. MURPHY, *Kant's Theory of Criminal Punishment*, in *Proceedings of the Third International Kant Congress*, Dordrecht 1972, pp. 434-441; M.A. CATTANEO, *Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, a cura di R. Brandt, Berlin, New York 1982, pp. 321-334; *idem*, *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia e Diritto 1993, p. 58; M. FORSCHNER, *Kant versus Bentham. Vom vermeintlich kategorischen Imperativ des Strafgesetzes*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, cit., pp. 376-398; S. MELD SHELL, *Kant on Punishment*, in "Kantian Review", 1 (1997), pp. 115-135.

⁽⁹⁾ *Critica della ragion pratica*, trad. it. in I. KANT, *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, UTET 1970 (d'ora in poi SM), pp. 175 e sg.; *Ak*, V, p. 37. V. anche SM, p. 201; *Ak*, V, p. 61: "Se a qualcuno che provoca e infastidisce volentieri la gente pacifica, un giorno le cose vanno male ed è rispedito a casa con un sacco di botte, si tratta certamente di un *Übel*, tale però da riscuotere l'approvazione di tutti e la considerazione

trario, chiariva, in una lettera a J.B. Erhard del 21 dicembre 1792, come la pena *quia peccatum* fosse riservata a Dio, precisando, quanto all'ambito giuridico, che "la connessione immediata fra i concetti di trasgressione e punibilità serve ai governanti da *giustificazione*, e non da precetto, nei loro provvedimenti", ossia che l'avvenuta trasgressione è condizione della facoltà di punire, mentre la necessità delle pene giuridiche è in sé "solo ipotetica", ossia condizionata dallo scopo di essere "*medicinalis* per il criminale" e "*exemplaris* per gli altri", e di produrre dunque, come vedremo tra poco, il movente giuridico. ⁽¹⁰⁾

1. *La fondazione del diritto di punire*

Malgrado la sua generale ascrizione a Kant, la tesi che il fondamento del diritto di punire sia da rintracciarsi nella retribuzione morale non solo non è sottoscritta da Kant, ma è inconciliabile con la distinzione tra diritto ed etica, quale egli la propone. Proprio il diritto di punire contraddistingue infatti per Kant il diritto rispetto all'etica, in quanto le pene costituiscono lo strumento che produce il movente giuridico, ossia il mezzo di costrizione che, in ambito giuridico, procura obbedienza alle leggi ⁽¹¹⁾. Tale movente non

di esso come *gut* in sé, anche se non ne risulta niente di più; anzi, colui stesso che ha ricevuto le botte non può non riconoscere, con la sua ragione, che ben gli sta, perché vede messa in pratica rigorosamente quella proporzione tra benessere e buona condotta che la ragione gli presenta necessariamente".

⁽¹⁰⁾ *Ak*, XI, pp. 398 e sg.; trad. it. in I. KANT, *Epistolario filosofico*, a cura di O. Meo, Genova, Il Melangolo, 1990, pp. 314-318. Con ciò Kant contraddiceva la quinta delle tesi che Erhard gli aveva sottoposto, in base alla quale "lo scopo della pena non può essere né la riparazione del danno, né l'emendazione, né l'esempio" (*Ak*, XI, pp. 306 e sg.; trad. it. cit., p. 314 in nota). Cfr. Refl. 8029: "Alle Strafe im staat geschieht wohl zur correction und zum Exempel, aber sie muß allererst um des Verbrechens an sich selbst willen gerecht seyn, *quia peccatum est*"; Refl. 8041: "Doch müssen sie als vorkehrungsstrafen zuvorderst gerecht seyn. Sie sind als bloße Mittel wohl erlaubt aber nur als Vergeltungen gerecht" (*Ak*, XIX, pp. 586, 589).

⁽¹¹⁾ La pena non esaurisce i possibili mezzi di costrizione, ma Kant non pare ammetterne altri. La *minaccia* della pena contenuta nella legge è presa in considerazione, ma essa o coincide con la legge penale, oppure, qualora non si intenda far seguire effettivamente la pena al delitto, consiste in un inganno ed è perciò assolutamente inaccettabile (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in *Ak*, XXVII, 2.1, p. 554).

costituisce un elemento esteriore, che si aggiunga alle leggi affinché esse siano rispettate, ma è analiticamente incluso nelle leggi stesse. Kant pone infatti come carattere definitorio di una legge che essa non si limiti a prescrivere come doverosa un'azione, ma che sia altresì in grado di imporsi effettivamente alla volontà:

In ogni legislazione si trovano due elementi: in *primo luogo* una legge, che rappresenti *oggettivamente* come necessaria l'azione che deve essere fatta, cioè che eriga l'azione a dovere; in *secondo luogo* un impulso, che unisca *soggettivamente* con la rappresentazione della legge il motivo che determina la volontà a questa azione ⁽¹²⁾.

Mentre la legge morale si rivolge alla forma delle massime e dunque alla *Gesinnung*, imponendo un dovere la cui idea, per il rispetto che automaticamente suscita negli esseri razionali, è essa stessa capace di determinare la volontà all'adempimento, la legge giuridica concerne la forma delle relazioni meramente esterne degli arbitri e deriva il proprio carattere vincolante da "motivi patologici di determinazione della volontà" ⁽¹³⁾. Poiché dunque il diritto in senso stretto non esige altro movente "se non quello puramente esterno" ⁽¹⁴⁾ e in particolare quello che faccia leva sulle aversioni piuttosto che sulle inclinazioni, tale movente deriva da una costrizione esterna ⁽¹⁵⁾. La dimostrazione kantiana del nesso analitico tra concetto del diritto e facoltà di costringere ⁽¹⁶⁾ coincide dunque con la dimostrazione della tesi che valga per il diritto ciò che vale per l'etica, ossia che il movente sia incluso immediatamente nella legge, e non esteriormente collegato ad essa ⁽¹⁷⁾. Poiché il diritto è l'in-

⁽¹²⁾ MS, pp. 19 e sg.; *Ak*, VI, pp. 218 e sg.

⁽¹³⁾ MS, p. 20; *Ak*, VI, p. 219.

⁽¹⁴⁾ MS, p. 37; *Ak*, VI, p. 232.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Refl. 7271: "Zum äußeren Gebote ist der Bewegungsgrund nicht die Pflicht. Das Sollen ist hier der Zwang. [...] Der *imperativus iuridicus* [...] ist der *imperativus* der Gewalt, welche Rechtmäßig ist, und seine necessitirende Kraft ist auch nur in proportion mit dieser Gewalt" (*Ak*, XIX, p. 299).

⁽¹⁶⁾ MS, p. 36; *Ak*, VI, p. 231; cfr. *Moral Mrongovius II*, in *Ak*, XXIX, 1.1, pp. 618 e sg.

⁽¹⁷⁾ MS, p. 36; *Ak*, VI, p. 232: "il diritto non deve essere concepito come composto di due parti, cioè della obbligazione secondo la legge, e della facoltà che colui il quale per mezzo del suo arbitrio vincola l'altro, avrebbe di costringerlo all'adempimento, ma si può far consistere immediatamente il concetto del diritto nella possibilità dell'accordo della coazione generale e reciproca con la libertà di ognuno".

sieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà" (18) e poiché "diritto e facoltà di costringere significano [...] una cosa sola", il concetto del diritto può essere espresso, in modo dinamico, come "la legge di una coazione reciproca necessariamente accordantesi con la libertà di ognuno secondo il principio della libertà universale" (19).

Che l'analiticità del nesso tra il diritto e il relativo movente richieda una dimostrazione deriva dal fatto che la creazione del movente giuridico avviene, a differenza che in ambito etico, attraverso una costrizione, ossia per mezzo di un atto che — in quanto ostacolo opposto alla libertà — ha bisogno di essere legittimato moralmente (20). Un ostacolo alla libertà intesa secondo leggi universali è infatti ingiusto, ma proprio perciò, in base al principio di contraddizione, è giusto quell'ostacolo, ossia quella costrizione, che sia opposto a "un certo uso della libertà" che "è esso stesso un ostacolo alla libertà secondo leggi universali" (21).

Tale legittimazione (*Befugniß*) a costringere coincide, per Kant, con il diritto di punire, di cui è dunque assicurata la fondazione (22). Che la pena costituisca il mezzo privilegiato di costrizione è affermato da Kant non solo nelle lezioni e nelle riflessioni (23), ma, altrettanto chiaramente, nei *Principi metafisici della dottrina del diritto* (24).

(18) MS, p. 35; *Ak*, VI, p. 230.

(19) MS, p. 37; *Ak*, VI, p. 232.

(20) Cfr., sul tema, M. KAUFMANN, *The Relation between Right and Coercion: Analytic or Synthetic?*, in "Jahrbuch für Recht und Ethik", 5 (1997), pp. 73-84. Per la tesi che in Kant la legge giuridica non includa analiticamente il proprio movente, cfr. invece W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin-New York, W. de Gruyter 1984, pp. 33 e sgg.

(21) MS, p. 36; *Ak*, VI, p. 231.

(22) Cfr. R. BRANDT, art. cit, p. 451.

(23) *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: "Es wird ein Zwang nöthig seyn, der seiner maxime des Eigennutzes das Gegengewicht hält [...]. Man lasse ihn die genaueste Controlle fürchten, man strafe ihn" (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 522; v. anche p. 482); "eine Strafe soll ja ein Zwang seyn, der der Übertretung der Freiheitsgesetze opponirt wird" (*ivi*, p. 554); Refl. 8026: "Strafe ist das Zwangsmittel, den *Gesetzen* achtung zu verschaffen" (*Ak*, XIX, p. 585).

(24) MS, p. 205 in n.; *Ak*, VI, p. 363: "ogni punizione [...] contiene una costrizione meramente unilaterale". Sul rapporto tra coazione e pena, cfr. H. OBERER,

Solo la triplice assimilazione dei concetti di movente giuridico, coazione e pena consente infatti di rendere conto della tesi kantiana per cui le “leggi, [...] naturalmente, quando vi sono delinquenti nel popolo, saranno anche leggi penali” (25), esposta sbrigativamente in quanto mera riaffermazione dell’analiticità del nesso tra legge giuridica e facoltà di costringere. Analogamente, la trattazione kantiana del diritto di necessità è comprensibile solo qualora si intenda la legge penale come fondata sul diritto di costringere, anziché sulla retribuzione morale. La “conservazione di se stesso per mezzo della violenza” è infatti giudicata da Kant come “non punibile”, seppur colpevole, perché “la punizione, con la quale la legge minaccerebbe il colpevole, non potrebbe essere maggiore per lui della perdita della vita” e dunque “una legge penale di questo genere non otterrebbe mai l’effetto che si propone”, ossia non potrebbe costituire un movente sufficiente a garantire il rispetto della legge (26).

La facoltà di punire coincide dunque per Kant con la possibilità della creazione di un movente giuridico (27) ed è fondata perciò in

Über einige Begründungsaspekte der kantischen Strafrechtslehre, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, cit., pp. 399-423; O. HÖFFE, *Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, cit., pp. 335-375.

(25) MS, p. 169; *Ak*, VI, p. 335. Cfr. Refl. 8036: “Das recht zu strafen gründet sich nicht auf ein *pactum* sondern unmittelbar aufs Gesetz. Denn alle Gesetze sind strafgesetze” (*Ak*, XIX, p. 588); *Naturrecht Feyerabend*: “Das Übel, das mit der Übertretung des Gesetzes verbunden ist, ist Strafe, und die Gesetze sind *leges poenales*” (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1390).

(26) MS, p. 41; *Ak*, VI, pp. 235 e sg. Cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in cui Kant presenta il *casum necessitatis* come l’inapplicabilità di un diritto naturale allo stato civile: “In statu civili [...] muß man annehmen, daß eine Handlung die sonst unerlaubt war, per casum necessitatis erlaubt werde, und daß der Handelnde nicht gestraft werden könne, weil es kein Gesetz geben kann, das die Unterlassung der Handlung cum effectu gebieten könnte” (*Ak*, XXVII, 2.1, pp. 599 e sg.); Refl. 7192, in *Ak*, XIX, p. 268. V. anche lo scritto kantiano *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in *Ak*, VIII, p. 300 in nota; trad. it. a cura di F. Gonnelli, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Bari, Laterza 1995, p. 146 in nota: “sarebbe una legge assurda quella di minacciare qualcuno di morte se non ha affrontato volontariamente la morte in circostanze pericolose”.

(27) Cfr. G.S.A. MELLIN, *Encyclopädisches Wörterbuch der kritischen Philosophie*, s. v. *Strafe*, vol. V, Jena und Leipzig 1802, p. 392: la pena è “l’effetto giuridico di una colpa, che è minacciato dalla legge, così da poter essere il movente per l’omissione dell’azione”; J.S. BECK, *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*, Zweyter Theil,

modo utilitaristico, se con ciò si intende — com'è consuetudine e come intendeva anche Kant — *ne peccetur* ⁽²⁸⁾. L'idea che la legge penale mirasse a creare il movente giuridico era del resto largamente condivisa tra i contemporanei di Kant ⁽²⁹⁾. Ben più controversa, invece, era la questione del rapporto tra diritto di costringere e diritto di punire, che implicava una presa di posizione sui rapporti tra diritto naturale e diritto pubblico, ossia tra i diritti originari che la ragione ascrive agli individui isolati, in un ideale stato di natura ⁽³⁰⁾, e i diritti

Halle 1798, p. 447: “Affinché non esistano certe azioni, la legge determina per esse delle conseguenze che, secondo la conformazione della natura umana, sono aborrite dal suddito, e che, in quanto conseguenze necessarie di certe azioni, diventano per lui un movente per ometterle”; G.L. REINER, *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut und Augsburg 1801 (riprod. nella collana Aetas Kantiana, Bruxelles 1973), p. 201: “le leggi [...] devono essere *leggi penali*, perché altrimenti sarebbero prive di ogni effetto, e dunque non sarebbero leggi”.

⁽²⁸⁾ Cfr. D. SCHEID, art. cit., pp. 269 e sg.: “[...] Kant's argument for a legal system with coercive enforcement is a *consequentialist* argument”. S. Fleischacker (art. cit., p. 437) respinge le interpretazioni utilitaristiche della dottrina penale kantiana in quanto non renderebbero conto dello *ius talionis*; una simile obiezione, tuttavia, implica, senza argomentarlo, che nella fondazione del diritto di punire debba essere incluso un particolare criterio di determinazione delle pene.

⁽²⁹⁾ Cfr. J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, cit., col. 1009: “le pene sono assolutamente necessarie. Se infatti non ci fossero simili mezzi di costrizione, le leggi sarebbero vane”; J. VON SONNENFELS, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, cit., pp. 455 e sg.: “La pena dunque [...] è un male fisico, che viene annesso alla legge, per trattenerne, attraverso la sua rappresentazione, dalla violazione”; G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena 1790, p. 114: “*Pena* è la comminazione di un male fisico a causa di un'azione compiuta, per distogliere l'agente o altri da simili azioni future”; J. GRUNER, *Versuch über Strafen. In vorzüglicher Hinsicht auf Todes- und Gefängnisstrafen*, Göttingen, J.G. Rosenbusch 1799, p. 25; K.H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Principien*, Erster Theil, Leipzig 1794, p. 189: la pena *politica* è “un male fisico legato a un'azione dannosa, a causa della sua dannosità [...] per intimidire l'autore dell'azione, o altri uomini”; la “pena *morale* [...] spetta solo a Dio”; J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, in GA, I,4, p. 60; trad. it. cit., p. 229: “La pena è mezzo per il fine ultimo dello Stato — la sicurezza pubblica — e l'unico scopo che con essa ci si pone è impedire la trasgressione tramite la sua minaccia”; E.F. KLEIN, *Von der Zurechnung der Verbrechen zur Strafe, nach dem gesunden Menschenverstande*, in “Archiv des Criminalrechts”, 4. Bd., 3. St. (1802), pp. 7-31: “la pena deve essere un mezzo per far passare la voglia di commettere un crimine a coloro che altrimenti ne avrebbero l'intenzione”.

⁽³⁰⁾ Cfr. ad es. G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 6: “Il *diritto naturale* (*jus naturae*) è la scienza che insegna i diritti coattivi [...] dell'uomo nello stato

che la ragione riconosce allo Stato nei confronti dei suoi cittadini. Una volta ammesso che i diritti naturali coincidessero con i diritti coattivi⁽³¹⁾, ossia tali da rendere moralmente lecito — o addirittura doveroso⁽³²⁾ — al loro detentore l'uso della forza contro eventuali aggressori, si poteva affermare o negare l'identità di tale coazione con la pena. Nel primo caso il diritto dello Stato a punire risultava immediatamente derivabile dal trasferimento dei diritti individuali di coazione; nel secondo, invece, la fondazione del diritto di punire richiedeva il ricorso a un elemento ulteriore, quale il consenso dei cittadini, ossia un contratto, oppure quale il diritto dello Stato all'autoconservazione, e dunque al mantenimento della sicurezza pubblica. Così, da un lato, chi, come Schaumann, identificava sia la coazione che la pena con una forma di intimidazione, poteva derivare il diritto naturale di punire dal diritto naturale di costringere⁽³³⁾ e sostenere che tale diritto di punire fosse trasferito alla società civile dai suoi singoli membri, detentori di tale diritto già in quanto uomini⁽³⁴⁾; chi

di natura". Per K.H. Heydenreich (*System des Naturrechts nach kritischen Principien*, cit., pp. 15 e sg., 24), l'idea dello stato di natura consentiva di rappresentare i diritti umani al di fuori della società civile e dello Stato, ma sotto la legge morale. K.L. Reinhold aveva respinto come inutile l'ipotesi dello stato di natura, ritenendo comunque che il diritto naturale comprendesse "tutti i diritti coattivi *esterni*, in quanto sottostanno alla sanzione della legge morale" (*Briefe über die kantische Philosophie*, Leipzig 1792, pp. 417 e sg.). Cfr. Refl. 7084: "Das Gantze Recht der Natur ist ohne bürgerliche Ordnung eine bloße Tugendlehre und hat den Nahmen eines Rechts blos als ein Plan zu äußeren möglichen Zwangsgesetzen, mithin der bürgerlichen Ordnung" (*Ak*, XIX, p. 245).

⁽³¹⁾ V., sul tema, C. CESA, *Introduzione. Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, in *Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, a cura di L. Fonnesu e B. Henry, Pisa, Pacini 2000, pp. 9-38.

⁽³²⁾ G. Hufeland aveva derivato il diritto di costringere dal dovere corrispondente (*Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig 1785, pp. 243 e sgg.; v. anche *idem*, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 28, pp. 40 e sgg.), suscitando, com'è noto, le perplessità di Kant (v. la recensione kantiana del *Saggio* di Hufeland del 1785, in *Ak*, VIII, pp. 127-130, trad. it. a cura di F. Gonnelli, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., pp. 119-122).

⁽³³⁾ J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, Halle 1795 (riprod. nella collana Aetas Kantiana, Bruxelles 1969), pp. 234 e sgg.

⁽³⁴⁾ *Ivi*, p. 238. Cfr. J.F. RUNDE, *Die Rechtmäßigkeit der Todesstrafen aus Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts vertheidigt*, in J.F. PLITT, *Repertorium für das peinliche Recht*, Frankfurt am Main 1786, pp. 268-301; p. 283: "La differenza [...] sta solo nel nome, non nella cosa. Ciò che nello stato di natura si chiama *autodifesa* e *vendetta*, viene chiamato *pena*, quando si trovi nelle mani del potere supremo"; C.C.E.

invece, come Hufeland — e come Heydenreich, in aperta polemica con Schaumann — riteneva che la pena, proprio in quanto intimidazione, eccedesse la mera coazione, mirando non alla semplice conservazione o riappropriazione di un bene, ma a determinare l'altrui comportamento futuro, sosteneva che la pena richiedesse quantomeno un tacito contratto ⁽³⁵⁾.

La posizione kantiana sul rapporto tra stato di natura, coazione e pena, conferma come il diritto di punire sia fondato nella necessità di assicurare un carattere effettivamente vincolante alla legge giuridica. Lo stato di natura è infatti per Kant uno stato non giuridico, non perché sia, di per sé, uno stato di ingiustizia, bensì perché in esso il principio universale del diritto, pur mantenendo intatto il proprio contenuto prescrittivo, si trova privo della necessaria forza vincolante. Nello stato di natura manca “una costrizione esterna pubblicamente legale” ⁽³⁶⁾, manca cioè un potere, esterno agli eventuali contendenti, capace di assicurare l'esecuzione delle leg-

SCHMID, *Grundriß des Naturrechts*, Frankfurt und Leipzig 1795, p. 79: “La coazione giuridica può essere rappresentata come *pena giuridica* in riferimento a quella persona che la subisce a causa di un'offesa”; T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1795², ristampato in *idem*, *Das Recht der Natur*, Aalen, Scientia 1969, pp. 74-75; L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, p. 241: “Ogni uomo ha per natura un diritto coattivo contro colui che lo offende”; p. 244: “Ogni coazione è un male fisico [...] Un male fisico che sia inflitto a un altro a causa di un'offesa, è una *pena*. Dunque la coazione, il cui fondamento sia la sola offesa, è una pena”; p. 245: “la pena è dunque un mezzo di coazione, e precisamente un mezzo di coazione giusto”; H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Erlangen, J.J. PALM 1797, p. 118: “Il diritto penale è [...] il diritto di usare un mezzo di costrizione contro chi agisca ingiustamente. Questo diritto è di ogni singolo cittadino, così come di ogni società statale”; J. GRUNER, *Versuch über Strafen*, cit., p. 26: “Ogni offeso ha, nello stato di natura, il *diritto di punire*, in virtù del suo diritto di coazione”.

⁽³⁵⁾ G. HUFELAND, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, cit., pp. 262 e sg.; *idem*, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 50: “ho dunque diritto alla coazione solo fintanto che ho una speranza realistica nella conservazione o riappropriazione di un bene attraverso la coazione. Nessun diritto coattivo alla pena o alla vendetta”; p. 115: “La pena in senso proprio può fondarsi solo su un contratto (espresso o tacito)”; K.H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Principien*, cit., p. 175: “L'uso della forza che sia conforme al diritto non ha di mira né la vendetta né la pena”; pp. 190 e sgg.: con la pena *politica* “vengono inflitti dolori a un uomo, in riferimento ad azioni che o egli o altri potrebbero compiere in futuro”; il “diritto penale tra uomini liberi [...] presuppone sempre il consenso e il contratto”.

⁽³⁶⁾ MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312.

gi⁽³⁷⁾. Ed essendo costitutivo di ogni legge non la mera obbligazione, ma altresì il movente, lo stato di natura, in cui al movente giuridico si provvede in modo individuale e potenzialmente arbitrario⁽³⁸⁾, è da considerarsi come “uno stato di assenza del diritto”⁽³⁹⁾. Kant riconosce dunque un diritto individuale di coazione⁽⁴⁰⁾, ma nega che esso coincida con il diritto di punire⁽⁴¹⁾, giacché i singoli, per il carattere irrimediabilmente soggettivo dei loro giudizi e per l'insufficienza delle loro forze, non possono garantire né che la coazione sarà conforme alla legge, né che sarà irresistibile⁽⁴²⁾, e il

(37) MS, p. 141; *Ak*, VI, pp. 312 e sg.: “secondo la forma, le leggi nello stato di natura contengono [...] le stesse condizioni prescritte dalle leggi nello stato civile, in quanto esso sia pensato unicamente secondo concetti razionali; tutta la differenza è che nello stato civile sono indicate le condizioni che assicurano l'esecuzione [...] delle leggi nello stato di natura”. Cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “in Rücksicht ihrer Rechte es in statu naturali et civili dieselben bleiben” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 589); Refl. 7996: “Recht habe ich auch im *statu naturali* und bin dabey noch frey. Weswegen bin ich denn in den *statum civilem*, wo ich Befehlen gehorchen muß, getreten? Um meines Rechts gesichert zu seyn. Erstlich, wenn es sollte bezweifelt werden, damit ein öffentlich Gesetz da sey, auch ein Richter, der den Fall unter dem Gesetze subsumire; Zweytens aber, mein nunmehr ausgemachtes durch Gewalt zu unterstützen” (*Ak*, XIX, p. 576).

(38) MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312: “anteriamente alla costituzione di uno stato pubblicamente legale, uomini singoli, popoli e Stati non potranno mai essere garantiti da prepotenze reciproche, e ciò a causa del diritto di ognuno di fare *quanto gli sembra giusto e buono*, senza dipendere in ciò dall'opinione degli altri”.

(39) MS, pp. 140 e sg.; *Ak*, VI, pp. 312 e sg.

(40) MS, p. 134; *Ak*, VI, pp. 307: nello stato di natura “non è necessario aspettare le ostilità reali; egli è autorizzato a impiegare una coazione verso colui che, per la sua natura stessa, lo minaccia”.

(41) Cfr. *Naturrecht Feyerabend*: “Dieses macht den wesentlichen Unterschied zwischen *statum civilem* und *naturalem*. Im *statu naturali* [...] der *laesus* hat Recht sich zu vertheidigen, aber nicht zu strafen. Strafen setzen schon immer einen *superiorem* voraus.” (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1390); Refl. 7677 (*Ak*, XIX, p. 486). Cfr. la contrapposizione hegeliana della *vendetta*, “come azione positiva di una volontà *particolare*” e quindi come “*nuova lesione*”, nell'ambito del diritto astratto (Rph, § 102; trad. it. cit., p. 92), alla *pena*, che ha luogo nella società civile: “In luogo della parte lesa entra in scena qui l'*universale* leso, che nel giudizio ha realtà peculiare, e prende su di sé la persecuzione e punizione del delitto, la quale pertanto cessa d'esser il contraccambio soltanto *soggettivo* e accidentale attraverso la vendetta e si muta nella verace conciliazione del diritto con se stesso, in *pena*” (Rph, § 220; trad. it. cit., p. 177).

(42) Cfr. Refl. 7816: “Das Zwangsrecht besteht darin, daß einer, der Recht hat, befugt ist, eine Zwingende Gewalt zu errichten, die seinem rechte assistire und der der andre also unterworfen sey: Weil aber nicht jede Gewalt zum Zwange hinreichend ist,

loro esercizio dei diritti coattivi non può dunque coincidere con la “coazione legale e pubblica” (43), ossia con la manifestazione della forza vincolante della legge stessa (44).

2. Il criterio di determinazione delle pene

La distinzione tra il fondamento del diritto di punire e il criterio di determinazione delle pene fu, seppur non chiaramente tematizzata, costantemente rispettata da Kant. Che Kant avesse trattato il tema della pena a due livelli diversi, rimasti tuttavia indistinti agli occhi di molti dei contemporanei (45), non sfuggì a Beck, il quale si premurò pertanto di ribadire la non assimilabilità delle due questioni. L’affermazione kantiana per cui la pena deve essere inflitta al

wenn eine gleiche ihr kann entgegengesetzt werden, so hat das Recht nur einen schlechten Vorzug, wenn es keine andre gewalt zur Begleitung hat als die eigne” (*Ak*, XIX, p. 524).

(43) MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312. Cfr. Refl. 7445: “Die positive Gesetze sind es allein, welche den Unterthan äußerlich obligiren, in Ansehung der natürlichen gilt keine äußerliche Gerechtigkeit” (*Ak*, XIX, p. 380). Per l’idea, analoga, che, affinché la pena fosse tale, dovesse trovarsi la minaccia in una legge positiva, cfr. T. SCHMALZ, *Das natürliche Staatsrecht*, Königsberg 1804, ristampato in *idem*, *Das Recht der Natur*, cit., p. 84. L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 272, identificando coazione e pena, sosteneva che la coazione stessa dovesse essere preventivamente annunciata.

(44) Kant sottolinea come tale forza obbligatoria, costituendo per ciascuno il movente al rispetto della legge, dia al contempo a ciascuno la garanzia che i suoi diritti saranno rispettati (MS, p. 134; *Ak*, VI, pp. 307). Cfr. Refl. 7989: “Im Staat muß eine einige *potestas legislativa* seyn; diese muß zugleich die höchste irresistible Gewalt haben. Nun kan sie zwar aus mehreren Personen oder Theilen bestehen, die alle einen Antheil an der Gesetzgebung und Gewalt haben, aber nicht aus solchen, die zwar gesetzgebend aber nicht gewalthabend seyn, weil sie sonst keinen durchs Gesetz obligiren können, indem sie nicht zugleich dabey schützen können” (*Ak*, XIX, p. 574). Per una diversa interpretazione del rapporto, in Kant, tra coazione e pena, cfr. S. SHARON BYRD, art. cit., p. 181.

(45) V. ad es. J.H. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat- und öffentliche Recht*, Halle 1798, pp. 433 e sgg. Tieftrunk confondeva egli stesso le due questioni; Stephani, invece, riteneva che Kant avesse sostenuto il principio del taglione come criterio di determinazione delle pene, senza prima interrogarsi sul diritto di punire e i suoi limiti (H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, cit., p. 117).

criminale “soltanto *perché egli ha commesso un crimine*” (46) — osservava Beck — “non deve essere confusa con il principio, dal quale derivano le leggi penali”, e che consiste nell’istituzione di un meccanismo che, associando una pena a ogni trasgressione della legge, produca un agire conforme al diritto (47). Lo stesso Kant, del resto, di fronte alla recensione di Bouterwek (48), si trovò costretto a inserire un’aggiunta, nella seconda edizione della *Metafisica dei costumi*, chiarendo che il principio del taglione costituiva non il fondamento del diritto di punire, trovandosi quest’ultimo già analiticamente incluso nel concetto del diritto pubblico (“La semplice idea di una costituzione politica tra gli *uomini* implica di già il concetto di una giustizia penale” (49)), bensì la soluzione alla questione “se i modi di punizione siano indifferenti al legislatore”, ossia se le pene, “quando sono solamente mezzi atti a reprimere il delitto (50)”, siano arbitrariamente associabili ai delitti (51).

Una soluzione utilitaristica al problema della fondazione del diritto di punire lasciava in effetti impregiudicata, riguardo alla determinazione delle pene, l’alternativa tra utilitarismo e retributivismo. Si poteva sostenere sia che la pena, legittimata in quanto produttrice del movente giuridico, traesse da tale funzione anche la propria misura, e fosse dunque da commisurare alla forza dei

(46) MS, p. 164; *Ak*, VI, p. 331.

(47) J.S. BECK, *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*, cit., p. 450.

(48) F. BOUTERWEK, nella sua recensione dei *Principi metafisici della dottrina del diritto* (in “Göttingische Anzeigen von Gelehrten Sachen”, 28. St. (1797), pp. 265-276) aveva sostenuto che il “diritto naturale di punire” fosse ricondotto da Kant a “uno stretto Jus talionis” (p. 276).

(49) MS, p. 205; *Ak*, VI, p. 362.

(50) Su quali reati dovessero essere considerati delitti, ossia attribuiti alla competenza del diritto penale, v. W. NAUCKE, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant*, in “Schleswig-Holsteinische Anzeigen”, 9 (1964), pp. 203-211.

(51) MS, p. 205; *Ak*, VI, p. 362. Cfr. Refl. 7698: “Ob er dazu so harte Mittel brauchen kann, als er will, e. g. auf den kleinsten Diebstahl den Tod. Der Mensch ist nicht als ein *Mittel* zu anderer Bestem auszuopfern” (*Ak*, XIX, p. 493); *Naturrecht Feyerabend*: “Steht aber der Grund und die Beschaffenheit der Strafen in des summi imperantis Willkühr? Gesetze sind auch willkürlich. Strafe setzt Strafwürdigkeit voraus [...] Auch in Ansehung der Beschaffenheit der Strafen ist er von der Natur der Sache schon zu gewissen verbunden” (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1390).

moventi delittuosi ⁽⁵²⁾, sia che la comminazione della pena dovesse soggiacere comunque, indipendentemente da ciò che legittimava l'esistenza delle leggi penali, a criteri di giustizia ⁽⁵³⁾. Kant sostenne questa seconda soluzione, elaborando una teoria retributivistica della determinazione della pena. Il principio della retribuzione assolve dunque il compito, nella dottrina penale kantiana, di determinare chi e quando debba essere punito, mentre uno specifico principio retributivistico, lo *ius talionis*, fissa la qualità e quantità delle pene. È evidente come tale adesione al retributivismo non comporti alcuna confusione tra etica e diritto, giacché non implica affatto né il ricorso alla necessità morale del nesso tra male fisico e colpa, né il riferimento alla *Gesinnung* di chi delinqua, indispensabili invece qualora si sostenga, nell'ambito del criticismo, una teoria retributivistica del fondamento del diritto di punire. A escludere che la pena possa essere intesa come una retribuzione morale è del resto lo stesso ambito di competenza del diritto, che non si estende al territorio della coscienza e, dunque, neppure alla formulazione di giudizi morali ⁽⁵⁴⁾. Quando si tratti della comminazione della pena, la pena *quia peccatum* è dunque da intendersi quale argine contro

⁽⁵²⁾ V. ad es. J. VON SONNENFELS, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, cit., p. 463: “La *misura universale* della pena è dunque da cercare unicamente nei *moventi* dei delitti”; G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 269: “Gli scopi della pena ne determinano la misura”; E.F. KLEIN, *Von der Zurechnung der Verbrechen zur Strafe*, cit., p. 12: “La grandezza della pena deve essere proporzionata alla grandezza dello stimolo al delitto”, oltre che alla dannosità delle conseguenze del crimine e alla pericolosità delle caratteristiche dell'animo presupposte dal crimine commesso.

⁽⁵³⁾ Cfr. G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, cit., col. 1012: la considerazione delle pene da un punto di vista pratico ha a che fare col rapporto tra le regole della giustizia, che impongono doveri, e le regole della prudenza, che guidano il perseguimento di scopi; J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, cit., p. 236: “Tutte le pene positive [...] sottostanno, in quanto atti dell'arbitrio, alla legge della giustizia”.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Praktische Philosophie Powalski*: “In dem Staat wo pragmatische Strafen notwendig sind, betrachten wir die Handlungen nicht nach den Gesinnungen sondern äußerlich, denn hier wird gar nicht auf die moralität gesehen” (*Ak*, XXVII, 1, p. 151); Refl. 8041: “Alle Strafen und Belohnungen sind entweder *vorkerbrende* oder *vergeltende* [...] Die Vergeltende zeigen an, daß sie das Übel, welches das Verbrechen anrichtet, ihn selbst fühlen lassen und sind möglich nach aller Regel der Weisheit. aber in der Staatsverfassung, da nicht auf die Moralität gesehen wird, nicht rathsam ” (*Ak*, XIX, p. 589).

ogni possibile arbitrio e quindi come principio di giustizia. La tesi che la “*punizione giuridica*” non possa “mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene”, ma debba essere inflitta al criminale “soltanto *perché egli ha commesso un crimine*”⁽⁵⁵⁾ affianca così del tutto coerentemente, a una fondazione utilitaristica del diritto di punire, un principio garantista quanto al criterio di distribuzione delle pene⁽⁵⁶⁾. Kant respinge così l'utilitarismo quale criterio di comminazione delle pene: il legittimo perseguimento della sicurezza collide infatti con la giustizia, quando accetti di trattare l'uomo *solo* come un mezzo⁽⁵⁷⁾.

Stabilito *quando* si debba punire qualcuno, Kant passa a esaminare *come* lo si debba punire, e presenta, quale principio a priori del diritto penale, la legge del taglione⁽⁵⁸⁾, ossia la regola dell'uguaglianza tra pena e delitto⁽⁵⁹⁾. L'idea giusnaturalistica che la pena

⁽⁵⁵⁾ MS, p. 164; *Ak*, VI, p. 331; v. anche MS, p. 205 in nota; *Ak*, VI, p. 363 in nota: “Bisogna distinguere qui la *giustizia penale (iustitia punitiva)*, dove il fondamento della *penalità* è *morale (quia peccatum est)* dalla *prudenza penale*, dove esso è puramente *pragmatico (ne peccetur)* e riposa sull'esperienza dei mezzi più efficaci a reprimere il delitto.” Cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Man unterscheidet daher inter justitiam et prudentiam poenitivam; letzere bestimmt blos die Größe der Zwangsmittel, so den Übertreter des Gesetzes treffen können; sie ist daher, da jede Strafe auf Gerechtigkeit gegründet seyn muß, auch der justitia poenitiva untergeordnet” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 551); *Praktische Philosophie Powalski*: “In der Politic haben die Strafen keine andre Nothwendigkeit als so fern sie dienen böse Thaten abzuhalten. [...] Jede poena exemplaris ist ungerecht, wenn sie nicht als poena vindicativa gerecht ist. [...] Die Strafe die als vindicativa zu hart ist, die ist als correctiva (mehrentheils) ungerecht” (*Ak*, XXVII, 1, p. 150).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 363: “C'è un legame evidente tra la natura retributiva della pena e la sua funzione di prevenzione generale dei delitti: [...] la pena esercita una funzione preventiva o intimidatoria soprattutto se è inflitta a chi l'ha ‘meritata’”.

⁽⁵⁷⁾ Del tema si occupa M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè 1981; *idem*, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale, in Illuminismo e legislazione penale*, cit., pp. 15-61; *idem*, *Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, cit.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Refl. 7699: “Das principium der legum poenalia nach dem *iure talionis*” (*Ak*, XIX, p. 493).

⁽⁵⁹⁾ MS, p. 164; *Ak*, VI, p. 332: “Ma qual principio e quale misura la giustizia pubblica deve mai seguire per determinare la specie e il grado della punizione? Nessun altro principio se non quello dell'uguaglianza”. Dubbi sulla necessità che le pene dovessero eguagliare in atrocità i delitti erano stati invece espressi da J.G.H. FEDER, *Über*

debba essere non solo commisurata alla gravità del delitto, ma eguagliarne altresì la specie e il grado del male inflitto ⁽⁶⁰⁾, è un elemento arcaico del pensiero di Kant ⁽⁶¹⁾, non suscettibile di una giustificazione che sia derivabile dalla sua dottrina morale; poiché infatti in base al principio universale del diritto sono lecite solo quelle azioni che possano coesistere con la libertà di ciascuno secondo una legge universale, chi compie un'azione deve essere disposto ad accettarne l'universalizzazione. Ma Kant non sostiene che chi compie un furto meriti di sperimentare la totale abolizione del diritto di proprietà, bensì solo che, non rispettando tale diritto, il ladro ne privi se stesso ⁽⁶²⁾: non si tratta dunque che della legge del contrappasso ⁽⁶³⁾, giustificata in base al principio per cui “*volenti*

die Todesstrafen, in J.F. PLITT, *Repertorium für das peinliche Recht*, cit., pp. 36-44, p. 44; H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, cit., p. 117, mostrava stupore e sconcerto per l'adozione, da parte di Kant, del principio del taglione, che egli riteneva dettato dalla sola brama di vendetta.

⁽⁶⁰⁾ V., sul tema, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 384 e sgg.

⁽⁶¹⁾ Per un esplicito residuo della mentalità magica da cui il principio del taglione deriva, cfr. J.A. Bergk, il quale accoglieva da Kant lo *ius talionis*, pur con una sua decisiva restrizione alla perdita dei soli diritti esterni del cui godimento si fosse privato qualcun'altro: “Lo Stato [...] vuole perciò soltanto *rendere l'azione illegale*, attraverso il diritto del taglione, *come non accaduta*” (*Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, Zweiter Theil, Leipzig, J.G. Beygang 1798, p. 205, corsivo mio).

⁽⁶²⁾ MS, p. 166; *Ak*, VI, p. 333: “Colui che ruba rende incerta la proprietà di tutti gli altri; egli priva dunque se stesso (secondo il diritto del taglione) della garanzia per ogni proprietà possibile”. Non è dunque corretto affermare, come S. Fleischacker (art. cit., p. 442), che la pena faccia vivere il criminale sotto la legge che egli ha istituito con la propria massima, giacché, col taglione, ci si limita a fare a lui ciò che egli ha fatto ad altri. Il cosiddetto “argomento della legge” o “dell'autosussunzione” fu invece formulato da Hegel: nell'azione del delinquente “come azione di un *essere razionale* è implicito che essa è qualcosa di universale, che ad opera di essa è stabilita una legge che egli nella sua azione ha riconosciuto per sé, sotto la qual legge egli dunque può venir sussunto, come sotto il *suo diritto*” (Rph, § 100; trad. it. cit., pp. 89 e sg. V., sul tema, P. BECCHI, *Il doppio volto della pena in Hegel*, in “Verifiche”, 3-4 (1999), pp. 191-209).

⁽⁶³⁾ MS, p. 165; *Ak*, VI, p. 332: “il male immeritato che tu fai a un altro del popolo, lo fai a te stesso. Se oltraggi lui, oltraggi te stesso; se rubi a lui, rubi a te stesso [...]”. Cfr. Refl. 7289: “Das *principium* der rächenden Strafen (in Ansehung der Verbrechen gegen andere) beruht darauf, daß ein jeder sich jederzeit bewußt ist, daß, was er gegen einen andern thut, das füge er nach der Regel der Gerechtigkeit sich selbst zu” (*Ak*, XIX, p. 303). R. Brandt (art. cit., pp. 455 e sgg.) interpreta il diritto penale

non fit iniuria”: la pena coincide così con la perdita del diritto corrispondente a quello violato, che il criminale, avendo agito come se tale diritto non valesse, non può più pretendere di detenere; nessuno può lamentarsi, secondo Kant, del fatto che venga applicata a lui una massima che egli stesso ha adottato ⁽⁶⁴⁾. Il principio del taglione fissa dunque l’entità della pena, ma non può, secondo Kant, costituirne la giustificazione: mentire a chi ci abbia mentito, ad esempio, ripagandolo con la sua stessa moneta, è di per sé ingiusto, e la natura retributiva di una simile azione non può renderla meno ingiusta ⁽⁶⁵⁾.

La legge del taglione fornisce inoltre, secondo Kant, da un lato una garanzia contro ogni possibile arbitrio ⁽⁶⁶⁾ e, dall’altro, un criterio meramente formale di determinazione della pena, un punto fermo al quale ancorarsi ⁽⁶⁷⁾, di contro alla costitutiva incertezza che caratterizza tutte le decisioni prudenziali, e quindi anche l’individuazione dei mezzi più efficaci per il promuovimento della sicurezza ⁽⁶⁸⁾.

kantiano come un ramo della giustizia distributiva; sulla questione del tipo di giustizia a cui il diritto penale debba essere ricondotto, cfr. J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, cit., col. 1009.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. J.H. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat- und öffentliche Recht*, cit., p. 440: lo Stato “deve infliggere al cittadino disobbediente il dolore che è effetto della sua massima, quando essa sia pensata come legge causale”; L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 258: “ogni offesa merita di essere punita con la perdita di un bene uguale a quello violato”.

⁽⁶⁵⁾ *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Es wird durch Vergeltung eines Unrechts die Handlung an sich nicht gerecht, und gegen das Gesetz der Moralität bleibt eine Handlung ungerecht, wemgleich der andere sich nicht über Unrecht beklagen dürfte” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 703).

⁽⁶⁶⁾ MS, p. 165; *Ak*, VI, p. 332: “Soltanto la legge del taglione (*ius talionis*) [...] può determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia”; MS, p. 206; *Ak*, VI, p. 363: “Decretare delle pene arbitrarie [...] è cosa letteralmente contraria al concetto di una giustizia penale”; cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Dies jus talionis leidet so wenig Ausnahme, daß es dem Richter nicht einmal erlaubt ist, eine Strafe für die andere zu substituieren [...] Allen substituirten Strafmitteln fehlt es an proportion, sie arten in bloße Willkührlichkeit aus” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 555).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Refl. 7917: “das Recht der Wiedervergeltung [...] gar keinem Zweifel ausgesetzt ist” (*Ak*, XIX, p. 553).

⁽⁶⁸⁾ MS, p. 205; *Ak*, VI, p. 363: “io considero il *ius talionis*, quanto alla forma, come la sola idea che possa determinare a priori il principio del diritto penale (non derivata dall’esperienza, i cui mezzi sarebbero i più potenti a questo scopo)”.

Proprio contro il carattere aprioristico della legge del taglione era tuttavia diretta la principale obiezione dei suoi detrattori: del taglione essi rilevavano infatti da un lato l'inapplicabilità nei casi in cui non si trattasse né di lesioni fisiche, né di omicidio, e dall'altro, ritorcendo contro i suoi sostenitori il celebre "occhio per occhio", il carattere meramente illusorio della pretesa uguaglianza tra pena e delitto, giacché — ad esempio — cavare per punizione un occhio a un criminale che ne abbia uno solo equivale a infliggergli una menomazione, la cecità, ben più grave di quella causata da questi alla vittima a cui egli, per ipotesi, abbia cavato uno dei due occhi (69).

Proprio per neutralizzare una simile obiezione, Kant proponeva un'applicazione non letterale del principio del taglione, bensì tale da tener conto dell'effetto della pena sul criminale, nonché dei casi, come lo stupro, in cui il contrappasso, in quanto "delitto verso l'umanità in generale", non fosse ammissibile (70).

Quanto alla conciliabilità tra una fondazione utilitaristica del diritto di punire e un ferreo, seppur non letterale contrappasso, quale criterio unico di determinazione delle pene, Kant non pare aver nutrito mai alcun dubbio (71). La questione era invece sollevata

(69) V. ad es. V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen; Probe eines Kommentars über den Beccaria*, in "Deutsches Museum", Leipzig Jg. 1776, 8. St., pp. 667-694, p. 683. Cfr. anche Rph, § 101 Anm.; trad. it. cit., p. 91: "Se [...] si resta fermi all'astratta, specifica uguaglianza, allora [...] è molto facile presentare la retribuzione propria della pena (come furto per furto, rapina per rapina, occhio per occhio, dente per dente, dove per di più si può rappresentarsi l'agente come sdentato o con un occhio solo) come assurdità". Hegel ammetteva che il criterio della retribuzione dovesse essere l'uguaglianza tra pena e delitto, ma contrapponeva all'"uguaglianza nelle caratteristiche specifiche" del delitto l'uguaglianza "nelle caratteristiche essenti in sé della lesione, — secondo il valore della medesima" (Rph, § 101; trad. it. cit., pp. 90 e sgg.).

(70) MS, pp. 165 e sg., 205 e sg.; Ak, VI, pp. 332, 363. Una simile applicazione non letterale reintroduceva tuttavia proprio quelle valutazioni empiriche da cui la legge del taglione, in quanto criterio formale, avrebbe dovuto prescindere.

(71) Cfr. *Naturrecht Feyerabend*: "Er muß strafen, um Sicherheit zu verschaffen, und da muß er solche Strafen machen, die der Sicherheit des laesi in künftigen Fällen angemessen sind, das muß er nachm jure talionis ausfindig machen [...] Auf solche Art wird die beste Sicherheit geschafft" (Ak, XXVII, 2.2, pp. 1390 e sg.). V., per un'analogo congiunzione di utilitarismo e *ius talionis*, L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 249: la pena giusta è quella che costituisce un movente sufficiente per omettere l'offesa, quando sia rappresentata come conseguenza inevitabile dell'offesa stessa; p. 244: la pena è giusta quando la sua grandezza è determinata dalla grandezza

da Fichte, il quale individuava sì anch'egli il "principio materiale delle pene positive" nella "pena dell'ugual perdita" o "*poena talionis*" (72), ma ne subordinava l'applicazione alla sua conciliabilità con la salvaguardia della sicurezza pubblica. Fichte individuava infatti il fine della legge penale nella salvaguardia della sicurezza, assegnandole dunque, come Kant, la funzione di produrre il movente giuridico (73). Ma la fondazione kantiana del diritto di punire non era del tutto indipendente dal criterio di determinazione delle pene. Se infatti la *poena talionis* fosse risultata inefficace a fungere da movente, la legittimità delle pene non avrebbe più potuto essere fondata sul diritto di coazione, giacché esse, per ipotesi, non avrebbero costretto ad alcunché. La restrizione — da parte di Kant — della legittimità delle considerazioni utilitaristiche entro il rispetto del principio del taglione si limitava dunque a presupporre che tale rispetto fosse conciliabile, almeno in linea di principio, con quelle stesse considerazioni (74). Fichte, invece, assegnava la priorità alla

dell'offesa; p. 258: "ogni offesa merita di essere punita con la perdita di un bene uguale a quello violato". Della perfetta conciliabilità, nella teoria kantiana, del principio del taglione con la funzione deterrente della pena si dichiara convinta S. Sharon Byrd, art. cit., pp. 184, 192 e sg.; scettica, invece, S. Williams Holtman, art. cit., p. 18. I. Primoratz ha negato — in polemica con D. Scheid, art. cit. — che vi sia alcuna differenza pratica tra il presunto retributivismo parziale di Kant, che adotta una fondazione utilitaristica del diritto di punire, e il retributivismo *tout court*, giacché in entrambi è un principio retributivo a determinare interamente la comminazione e la misura della pena (*On "Partial Retributivism"*, in "ARSP-Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 71 (1985), pp. 373-377).

(72) J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, p. 61; trad. it. cit., p. 229.

(73) *Ibidem*.

(74) La subordinazione della prudenza alla giustizia penale era presentata da Kant in modo analogo al rispetto della gerarchia tra le massime prescritto in campo etico, senza che egli si avvedesse degli esiti potenzialmente aporetici di una tale subordinazione nell'ambito della dottrina del diritto. Nei casi di conflitto tra i due principi, infatti, l'utilità doveva senz'altro essere sacrificata, quand'anche ciò avesse implicato l'impossibilità di far valere una considerazione utilitaristica. Così come è lecito che si persegua la propria felicità, secondo Kant, ma a tale ricerca si deve rinunciare ogni volta — fossero anche tutte — che essa collide con la legge morale, allo stesso modo è lecito perseguire, attraverso le pene, la sicurezza dello Stato, ma tale fine deve essere abbandonato ogniquale volta non sia conciliabile con il rispetto dei criteri di giustizia che lo *ius talionis* stabilisce. Se però in campo morale la possibilità che la legge morale sbarri costantemente il passo a chi cerchi la propria felicità è per Kant questione trascurabile — visto

funzione dissuasiva delle pene, e subordinava perciò l'applicazione del taglione alla sua funzione di contrappeso, ossia alla sua capacità di neutralizzare i moventi anti-giuridici ⁽⁷⁵⁾, prescrivendo pene più aspre nei casi di inadeguatezza del taglione al perseguimento della sicurezza pubblica ⁽⁷⁶⁾.

3. *I limiti del diritto di punire: la pena di morte*

Nel dibattito settecentesco sul diritto penale, la pena di morte ⁽⁷⁷⁾ costituisce una questione *sui generis*, giacché da una medesima fondazione del diritto di punire si potevano trarre conseguenze opposte quanto all'ammissibilità della pena capitale. L'affermazione o la negazione della legittimità della pena di morte richiedevano infatti, rispetto alla difesa di un generico diritto di punire, un argomento ulteriore, che fissasse l'*estensione* di tale diritto. Difensori e avversari

che l'uomo è destinato non alla felicità, ma alla moralità (cfr. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in SM, pp. 51 e sg.; *Ak*, IV, pp. 395 e sg.) — nell'ambito del diritto la fondazione del diritto di punire sulla necessità di un movente giuridico implica che l'eventuale inconciliabilità di giustizia e prudenza politica priverebbe di qualsiasi giustificazione l'esistenza della pena. L'inconciliabilità tra fondazione utilitaristica del diritto di punire ed elezione del taglione a criterio di commisurazione delle pene è un'aporia interna al pensiero di Kant, che non autorizza, tuttavia, né a negare la distinzione tra i due piani, né ad affermare che Kant abbia fondato il diritto di punire sul retributivismo etico.

⁽⁷⁵⁾ J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I,4, pp. 62 e sg.; trad. it. cit., p. 231: "L'unico fine della punizione civile, l'unica misura della sua entità, è la salvaguardia della possibilità della sicurezza pubblica".

⁽⁷⁶⁾ *Ivi*, in GA, I,4, p. 63; trad. it. cit., p. 231: "Quella violazione fine a se stessa è invece da punire più duramente perché il timore della pena più leggera, quella dell'ugual perdita, non garantisce, di fronte ad essa, una sicurezza sufficiente".

⁽⁷⁷⁾ Enorme impulso fu dato alla discussione dallo scritto di CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764, più volte tradotto e commentato in lingua tedesca. V., sul tema, Cesare Beccaria. *Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, a cura di G. Deimling, Heidelberg 1989; A. WANDRUSZKA, *Beccaria e la Germania*, in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene"*. Torino, 4-6 ottobre 1964 (=Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche, Serie 4, n. 9), Torino 1966, pp. 295-303; B. KREUTZIGER, *Bibliographie zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte der Abhandlung "Dei delitti e delle pene" Cesare Beccarias und zur Strafrechtsreformbewegung im deutschsprachigen Raum des 18. Jahrhunderts*, in "Das Achtzehnte Jahrhundert", 12 (1988), Heft 1, pp. 89-116.

della pena di morte si trovano perciò uniformemente distribuiti tra i sostenitori delle due teorie del diritto di punire, fondate sul diritto naturale di coazione e, rispettivamente, su un contratto.

La pena di morte pareva giustificata, a partire dal diritto naturale di coazione, non appena si fosse affermato il carattere illimitato di tale diritto, trasmissibile dai singoli allo Stato⁽⁷⁸⁾; se tuttavia in un ipotetico stato di natura il diritto all'autodifesa si estendeva necessariamente fino alla soppressione dell'altro, almeno nel caso in cui la sua innocuità non fosse stata perseguibile in altro modo, lo Stato era invece in grado di rendere inoffensivo il criminale, una volta che questi fosse stato in suo potere, anche senza togliergli la vita. Di qui la tesi di chi, pur ammettendo un diritto naturale all'autodifesa, negava la legittimità della pena di morte⁽⁷⁹⁾ o ne restringeva l'ambito di applicazione ai casi in cui lo Stato si fosse trovato, come il singolo, a non poter garantire altrimenti la propria sicurezza⁽⁸⁰⁾.

(78) V. ad es. J. MÖSER, *Patriotische Phantasien*, Stuttgart 1970, pp. 199 e sg.: "il diritto alla vendetta privata si estende, nello stato di natura, quanto la forza"; una volta trasferito allo Stato tale diritto, ciò che abbisogna di una giustificazione non sono perciò per Möser le esecuzioni, bensì i casi in cui il criminale sia conservato in vita; J.F. RUNDE, *Die Rechtmäßigkeit der Todesstrafen*, cit., p. 283; anonimo, *Etwas über die Anwendung der Todesstrafen und peinlichen Gesetze*, in "Archiv für die theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit", 2. Teil, 1788, pp. 222-257; p. 214; T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, cit., p. 113.

(79) Cfr. J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, cit., p. 253: "lo Stato [...] ha, come ogni uomo, una piena facoltà [Befugniss] di legittima difesa. Ma non di questa *legittima difesa* si tratta nella domanda sulle *pene* di morte"; V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen*, cit., p. 685; a partire dal diritto naturale dei singoli all'autodifesa, J. Von Sonnenfels aveva riconosciuto allo Stato il diritto di punire con la morte, quando ciò fosse stato necessario per la sicurezza comune, negando però contestualmente che un simile caso, una volta catturato il criminale, si desse mai (*Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, cit, pp. 497 e sg.); H.A. VEZIN, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, in "Berlinische Monatsschrift", 2 (1795), pp. 312-346; pp. 321 e sg.

(80) Cfr. H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, cit., pp. 120 e sgg.: la pena di morte "può aver luogo solo quando la sicurezza non possa essere ristabilita attraverso un male minore" (p. 121). L'espressione "sicurezza" è in realtà ambigua — come notava J.A. Bergk in *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 216 e sg., e in *Über Strafen, als bloße Sicherheitsmittel des Staats; zur Antwort auf des Herrn Direktor Klein's Aufforderung. Nebst einigen vorläufigen Bemerkungen von E. F. Klein*, in "Archiv des Criminalrechts", 2. Bd., 3. St., (1800), pp. 144-160 — e ad essa ricorrevano sia gli oppositori della pena di morte,

Nell'ambito del contrattualismo la discussione sulla pena di morte verteva invece sulla possibilità psicologica, da un lato, e sulla liceità morale, dall'altro, del consenso, da parte dei contraenti, alla pena capitale. Dato l'interesse dei cittadini alla protezione dei loro diritti individuali, la verosimiglianza o inverosimiglianza psicologica dell'accettazione di una clausola sulla pena di morte dipendeva dalla tesi dell'indispensabilità, o, rispettivamente, del carattere superfluo della pena di morte per il mantenimento della sicurezza pubblica; un ipotetico contraente si sarebbe infatti sottoposto al rischio di perdere la vita solo qualora l'avesse considerato indispensabile per la salvaguardia dei propri diritti⁽⁸¹⁾. La liceità morale di un simile consenso dipendeva invece — oltre che dalla dimostrazione della sua inassimilabilità al suicidio⁽⁸²⁾, condannato pressoché unanimemente — dallo statuto del diritto alla vita. Quel contratto che avesse attribuito allo Stato la facoltà di punire con la morte era infatti dichiarato nullo da chi considerava la vita come un diritto inalienabile⁽⁸³⁾, o la collocava al di fuori dell'ambito dei diritti civili, sotto la sola giurisdizione di Dio⁽⁸⁴⁾.

disposti ad ammettere quest'ultima solo quando in pericolo fosse stata l'esistenza stessa dello Stato, che i sostenitori della pena capitale, i quali identificavano la salvaguardia della sicurezza con la funzione genericamente intimidatoria svolta dalle pene.

(81) V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen*, cit., p. 681: "appare incomprensibile il perché si dovrebbe aver dato [...] allo Stato il libero potere [...] di derubare della vita, per certe azioni, senza necessità e senza utilità".

(82) Cfr., per la tesi contraria, H.A. VEZIN, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, cit., pp. 327 e sg.: "Quando però il cittadino dà all'autorità il mandato di ucciderlo [...] in certi casi esattamente predeterminati, [...] è come se egli in tali casi [...] si suicidasse. [...] Egli ha perciò trasferito all'autorità un diritto che egli stesso non aveva".

(83) Cfr. G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, p. 110; T. von HIPPEL, *Nachrichten die von K. Untersuchung betreffend. Ein Beitrag über Verbrechen und Strafen*, 1792, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, p. 160: "Lo Stato non ha che diritti contrattuali e trasferiti", ma il diritto di vita e di morte non può essergli stato trasferito, perché "la vita non è una proprietà dell'uomo"; J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, pp. 254 e sg.

(84) H.A. VEZIN, *Das peinliche Halsrecht der Teneriffaner, ein Märchen, wie es mehrere giebt; mit Anmerkungen*, Osnabrück 1783, pp. 73 e sg.: la pena di morte non è giustificata che negli Stati teocratici, che stanno sotto il diretto governo di Dio; in tutte le altre costituzioni, essa costituisce una lesione dei diritti dei sudditi e, ad un tempo, della maestà di Dio; *idem*, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, cit., p.

Un posto a parte, tra i sostenitori della pena di morte, era occupato da coloro che, negando che la morte potesse costituire una pena, respingevano l'espressione “*pena di morte*”, riconoscendo tuttavia allo Stato il diritto di uccidere il delinquente, trasformatosi, attraverso il delitto, da cittadino in nemico ⁽⁸⁵⁾.

Quanto al panorama teorico complessivo, si può senz'altro concordare con la diagnosi che ne faceva Bergk nel 1798: i difensori della pena di morte erano ben più numerosi dei suoi detrattori ⁽⁸⁶⁾, e gli argomenti di entrambi i partiti miravano in genere ad affermare o negare la necessità, l'utilità o la liceità morale della pena di morte, assai più che la sua legittimità giuridica ⁽⁸⁷⁾. Lo stesso Beccaria —

327; J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Erster Theil, pp. XXII e sg.; 170 e sg.; Zweiter Theil, pp. 185 e sgg.; V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen*, cit., p. 688.

⁽⁸⁵⁾ Varianti di tale tesi, di derivazione rousseauiana, erano sostenute da K.A. CÄSAR, *Denkwürdigkeiten aus der philosophischen Welt*, 4. Bd., Leipzig 1787, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 134 e sg.: “L'espressione *pena di morte*, presa alla lettera, contiene un concetto contraddittorio. *La pena* presuppone uno stato *ordinario*, *l'uccisione* uno *straordinario*”; T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, cit., p. 113: “attraverso la violazione della legge [...] il trasgressore del contratto della società spezza il legame che lo univa a questa, diventa suo nemico, ed essa è dunque autorizzata contro di lui come contro un nemico”; *idem*, *Das natürliche Staatsrecht*, cit., p. 82: “lo Stato ha la facoltà di procedere contro il *delinquente* [...] come contro un nemico. Lo Stato è in stato di guerra contro di lui”; J.H. ABICHT, *Die Lehre von Belohnung und Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerliche Vergeltungsgerechtigkeit...*, 2. Band, Erlangen 1797, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, p. 179: “L'autorità [...] non ha alcun *diritto alla pena di morte*: poiché la morte non può affatto essere una pena”, ma “è comunque autorizzata a usare la morte come un *giusto mezzo per la sicurezza*”; J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, p. 74; trad. it. cit., p. 243: “se lo Stato uccide il criminale non lo fa *come Stato*, ma come *forza fisica più grande*, come mera forza naturale. [...] La morte del condannato non è affatto una pena, ma soltanto una misura di sicurezza. Ciò ci dà l'intera teoria della pena di morte. Lo Stato come tale, come giudice, non uccide; esso, semplicemente, dichiara nullo il contratto”.

⁽⁸⁶⁾ J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, p. 207.

⁽⁸⁷⁾ *Ivi*, pp. 196 e sg.; 206 e sg.; 224. Cfr. J.G.H. FEDER, *Über die Todesstrafen*, cit., p. 40: “Alla fine la ricerca sulla legittimità delle pene di morte nello Stato si fonda dunque interamente, malgrado i diversi fondamenti dei diritti di punire, sulla sola questione di quanto esse siano necessarie o evitabili”; H.A. VEZIN, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, cit., p. 331, osservava come si fosse soliti dedurre la legittimità della pena di morte dalla sua inevitabilità; K.H. Heydenreich aveva formulato la distinzione — senza tuttavia rispettarla, secondo Bergk — tra la conformità della pena

osservava Bergk — aveva affermato che la pena di morte sarebbe stata giusta nel caso in cui fosse stata necessaria, rovesciando così il corretto ordine delle questioni, giacché la legittimità era da accertare preliminarmente, e la domanda sulla necessità dell'ingiusto non poteva perciò neppure essere posta ⁽⁸⁸⁾.

La posizione di Kant — a favore, com'è noto, della pena di morte — era, da un lato, comune, quanto al suo contenuto, a quella della maggioranza dei suoi contemporanei, e originale, invece, quanto agli argomenti su cui egli rifiutava di fondarla. Per Kant, infatti, la questione della pena di morte non poneva, rispetto alla fondazione del diritto di punire, il problema ulteriore dell'estensione di tale diritto, né richiedeva un esame del carattere necessario o superfluo della pena di morte ai fini del mantenimento della sicurezza pubblica; l'utilità della pena di morte come mezzo di intimidazione era infatti una questione empirica, irrilevante sul piano razionale puro del diritto. La pena di morte non era che un tipo specifico di pena, e la questione non solo della sua legittimità in astratto, ma altresì dei casi in cui essa fosse da applicare ⁽⁸⁹⁾ era automaticamente risolta attraverso il criterio a priori di determinazione della qualità e quantità della pena, che Kant individuava, come abbiamo visto, nello *ius talionis*. In base a tale principio, la pena di morte è l'unica pena adeguata a un assassinio, giacché “non c'è

di morte a uno scopo e la sua conformità al diritto, ossia tra utilità e giustizia (*Grundsätze des natürlichen Staatsrechts*, Erster Theil, Leipzig 1795, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 163 e sgg., 259 e sgg.).

⁽⁸⁸⁾ J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Erster Theil, pp. 172 e sg. in nota. V. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi 1994, par. 28, pp. 62 e sg. Cfr. J.E.F. SCHALL, *Von Verbrechen und Strafen, eine Nachlese und Berichtigung zu dem Buche des Marchese Beccaria eben dieses Inhalts*, Leipzig 1779, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 103 e sg.: “La pena di morte [...] è l'unica pena [...] efficace e sicura e la sua giustizia riposa sulla sua necessità”.

⁽⁸⁹⁾ Non possiamo soffermarci qui sui casi del duello e dell'infanticidio, che Kant esaminava separatamente, concludendo comunque che “l'imperativo categorico della giustizia penale (che l'uccisione di un altro dev'essere punita con la morte) sussiste sempre” (MS, pp. 170 e sg.; *Ak*, VI, pp. 335 e sgg.). Sul tema, cfr. R. BRANDT, *El desafío de Kant ante la pena de muerte para los duelos y el infanticidio*, in *Ética y Antropología: un dilema kantiano*, a cura di R.R. Aramayo e F. Oncina, Granada, Comares 1999, pp. 1-22.

nessuna *omogeneità* tra una vita per quanto penosa, e la morte; e di conseguenza non esiste altra uguaglianza fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale”⁽⁹⁰⁾. Se la legge del taglione individua i delitti meritevoli della pena capitale, l’identità di legge giuridica e legge penale implica che la rinuncia a punire coincida con la negazione della legge stessa, ossia con la dichiarazione della liceità della trasgressione della legge. È perciò che “l’ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe [...] venir giustiziato”, secondo Kant, quand’anche “la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri”⁽⁹¹⁾, perché — come abbiamo visto — in quanto mezzo di costrizione la pena costituisce, dal punto di vista dinamico, l’essenza stessa del diritto.

La soppressione della vita di un essere razionale non viola necessariamente, secondo Kant, il diritto dell’umanità nella persona del delinquente⁽⁹²⁾. Nell’assiologia kantiana, infatti, a nulla di ciò che sia disgiunto da una volontà buona si può ascrivere valore assoluto⁽⁹³⁾. Neppure la vita, dunque, è un bene in sé, quando non se ne sia degni⁽⁹⁴⁾: “l’essenziale non è che l’uomo viva a lungo [...], ma che, finché vive, viva onorevolmente, rispettando la dignità dell’umanità; se non può più vivere così, egli non può più vivere affatto e la sua vita morale è giunta al termine”⁽⁹⁵⁾.

Per chi avesse voluto sostenere la legittimità della pena di morte, il confronto con Cesare Beccaria era, al tempo di Kant, imprescin-

⁽⁹⁰⁾ MS, p. 166; *Ak*, VI, p. 333.

⁽⁹¹⁾ MS, pp. 166 e sg.; *Ak*, VI, p. 333. Cfr. Refl. 7917, in *Ak*, XIX, p. 553. Cfr., sul tema, R. ZACZYK, *Staat und Strafe-Bemerkungen zum sogenannten "Inselbeispiel" in Kants Metaphysik der Sitten*, in *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit. Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft*, a cura di G. Landwehr, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1999, pp. 73-87.

⁽⁹²⁾ Per la tesi dell’incompatibilità tra la difesa della pena di morte e i capisaldi della dottrina morale di Kant, v. S.S. SCHWARZSCHILD, *Kantianism on the Death Penalty (and Related Social Problems)*, in “ARSP-Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 71 (1985), pp. 343-372.

⁽⁹³⁾ *Ak*, IV, p. 393; SM, p. 49.

⁽⁹⁴⁾ V. Refl. 7191: “Das Leben ist an sich nicht ein Gut, sondern so fern man dessen würdig ist” (*Ak*, XIX, p. 268).

⁽⁹⁵⁾ I. KANT, *Lezioni di etica*, trad. it. a cura di A. Guerra, Bari, Laterza 1998, p. 179.

dibile, e lo stesso Kant non vi si sottraeva ⁽⁹⁶⁾. Agli argomenti utilitaristici di Beccaria Kant non replicava, avendo già chiarito come la determinazione della pena in base considerazioni empiriche non potesse fornire che principi “oscillanti”, costitutivamente inadeguati a “determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione” ⁽⁹⁷⁾.

Contro la pena di morte Beccaria aveva formulato anche un argomento di natura contrattualistica, sostenendo anzitutto l'impossibilità psicologica del consenso alla pena capitale, e, in secondo luogo, l'impossibilità morale, ossia la non liceità, di un simile consenso. Condividendo con Beccaria il ricorso all'idea del contratto originario, Kant si vedeva costretto a confutare la tesi che tale idea implicasse l'illegittimità della pena di morte. A differenza degli altri difensori, in ambito contrattualistico, della pena di morte, Kant non riteneva tuttavia di dover dimostrare la possibilità psicologica e morale del consenso alla pena di morte. L'idea del contratto — sosteneva infatti Kant — non implica affatto che la legge, e quindi anche la legge penale, siano costruttivisticamente oggetto del consenso; l'idea del contratto non è che l'idea dell'atto “col quale il popolo stesso si costituisce in uno Stato” ⁽⁹⁸⁾. Quanto al contenuto della legge, non è affatto in questione quale legge adottare in sede di contratto originario, poiché è la ragione a presentare all'uomo una legge, alla quale egli deve solo sottomettersi ⁽⁹⁹⁾. Il principio universale del diritto esiste, secondo Kant, indipendentemente dal consenso delle parti, che non può quindi vertere sul contenuto della legge stessa, bensì soltanto sull'uscita dallo stato di natura e sulla

⁽⁹⁶⁾ Delle obiezioni kantiane agli argomenti di Beccaria si trovano abbozzi e varianti nel *Naturrecht Feyerabend* (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1391) e nelle Refl. 7912 e sgg., 8031 (*Ak*, XIX, pp. 551 e sgg., 586 e sg.). Sul rapporto tra Kant e Beccaria, cfr. R. MONDOLFO, *Beccaria e Kant*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 5 (1925), fasc. IV, pp. 617-619; J. EBBINGHAUS, *Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit*, Kant-Studien. Ergänzungshefte 94, Bonn, Bouvier 1968, pp. 91-104; M.A. CATTANEO, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale*, cit.; I. PRIMORAC, *Kant und Beccaria*, in “Kant-Studien”, 69 (1978), pp. 403-421.

⁽⁹⁷⁾ MS, p. 166; *Ak*, VI, p. 332.

⁽⁹⁸⁾ MS, p. 145; *Ak*, VI, p. 315.

⁽⁹⁹⁾ Per l'interpretazione contraria, cfr. S. WILLIAMS HOLTMAN, art. cit., pp. 8, 10 in nota.

sottomissione “a una costrizione esterna pubblicamente legale” (100). La posizione di Beccaria costituisce perciò per Kant uno “snaturamento del diritto”, perché subordina a un accordo tra i contraenti e ad una valutazione dei loro rispettivi interessi l’elaborazione di una legge che ha invece il medesimo statuto della legge morale, e un “sofisma”, giacché assimila la legge penale al risultato di una risoluzione della volontà, invece che all’oggetto di un giudizio della ragione, con la paradossale conseguenza di ricondurre la pena ad un male che sia voluto dal delinquente medesimo (101).

Quanto all’appello alla coscienza comune, ossia al generale disprezzo per il carnefice (102), di cui Beccaria si era servito contro la pena di morte, Kant opponeva a tale riferimento ai sentimenti dei cittadini un doppio rimando, ai cittadini e soprattutto al condannato, che più di ogni altro, quanto meno per interesse, avrebbe dovuto sostenere l’ingiustizia della propria sorte. Invece, secondo Kant, “non si è mai udito che un condannato a morte per assassinio si sia lamentato che la pena fosse troppo forte e quindi ingiusta; se egli tenesse un tale linguaggio ognuno gli riderebbe in faccia” (103).

A tale affermazione replicò Fichte, il quale concedeva che con la pena di morte non si facesse alcun torto all’assassino (104), ma negava che gli uomini potessero arrogarsi il diritto di *punire* con la morte, usurpando in tal modo la prerogativa divina del governo morale del mondo (105). Con ciò Fichte accusava Kant di confondere morale e diritto, e di porre a fondamento della giustizia penale la retribuzione che avrebbe avuto luogo “in un ordinamento morale del mondo, sotto un giudice onnisciente in base a leggi morali”. Fichte interpretava così la posizione kantiana alla luce delle affermazioni di L.H.

(100) MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312.

(101) MS, pp. 168 e sgg.; *Ak*, VI, p. 334 e sg.

(102) “Quali sono i sentimenti di ciascuno sulla pena di morte? Leggiamoli negli atti d’indignazione e di disprezzo con cui ciascuno guarda il carnefice, che è pure un innocente esecutore della pubblica volontà, un buon cittadino che contribuisce al bene pubblico” (*Dei delitti e delle pene*, cit., p. 67).

(103) MS, p. 168; *Ak*, VI, p. 334.

(104) Cfr. L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 245.

(105) J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, pp. 76 e sg.; trad. it. cit., pp. 246 e sg.

Jakob, il quale aveva definito per l'appunto la pena come la “conseguenza giuridica” di un’offesa “in un ordine morale” ⁽¹⁰⁶⁾. Lo stesso Jakob, tuttavia, avrebbe distinto — verosimilmente sollecitato a ciò dalla critica di Fichte — le pene morali dalle pene giuridiche, chiarendo il significato della propria tesi in termini non sospettabili di retributivismo etico:

Una pena è [...] giusta quando può essere pensata come possibile in un ordine *giuridico*. [...] Un male, la cui rappresentazione — quando l’offensore se lo fosse rappresentato come una conseguenza certa e inevitabile della sua offesa — sarebbe stata un movente a lui sufficiente per omettere l’offesa, può essere pensato come possibile in un ordine *giuridico* per mezzo di una legge. In un tale ordine il fine sommo e ultimo è infatti *il libero [...] esercizio dei diritti* di tutti in armonia ⁽¹⁰⁷⁾.

La pena di morte era dunque legittimata, per Jakob come già per Kant, non dalla necessità morale della retribuzione etica, bensì dall’assunzione del principio del taglione quale criterio di determinazione delle pene. Fichte, che pur condivideva l’accettazione della regola del taglione, e che, come abbiamo visto, riconosceva allo Stato il diritto di uccidere il criminale ⁽¹⁰⁸⁾, non poteva tuttavia ammettere la legittimità della *pena* di morte, poiché egli fondava il diritto di punire su un *contratto di espiazione* ⁽¹⁰⁹⁾ che riconosceva ai cittadini il diritto ad essere puniti, anziché esclusi dallo Stato, per le loro trasgressioni. La nullità del contratto nei riguardi degli assassini e dei criminali incorreggibili comportava per Fichte la loro esclusione

⁽¹⁰⁶⁾ L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 244.

⁽¹⁰⁷⁾ L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1802², pp. 209 e sg. (corsivi miei). Nella prima edizione, del 1795, il riferimento era stato all’ordine morale, anziché all’ordine giuridico: “Una pena è [...] giusta quando può essere pensata come possibile in un ordine *morale*. [...] Un male, la cui rappresentazione — quando l’offensore se lo fosse rappresentato come una conseguenza certa e inevitabile della sua offesa — sarebbe stata un movente a lui sufficiente per omettere l’offesa, può essere pensato come possibile in un ordine *morale* per mezzo di una legge. In un ordine *morale* il fine sommo e ultimo è infatti *la libera [...] attività di tutti gli esseri morali* in armonia” (p. 249, corsivi miei).

⁽¹⁰⁸⁾ V. più indietro, n. 82.

⁽¹⁰⁹⁾ J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, p. 60; trad. it. cit., p. 228.

dallo Stato, ossia la loro espulsione dal paese, ma non la loro soppressione, se non per legittima difesa ⁽¹¹⁰⁾.

Per Kant, invece, la legge penale non derivava da un contratto, ma costituiva, in quanto istituzione di un meccanismo coattivo, l'essenza stessa del diritto ⁽¹¹¹⁾. La fondazione del diritto di punire non richiedeva perciò che alla regola dell'uguaglianza tra pena e delitto — giustificata in quanto criterio formale, e quindi a priori, di determinazione delle pene — si desse mai alcuna eccezione.

⁽¹¹⁰⁾ *Ivi*, in GA, I.4, pp. 73 e sg. ; trad. it. cit., p. 243. Sull'illegittimità della pena di morte in Fichte, cfr. A. PHILONENKO, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, Paris, J. Vrin 1968, pp. 172-174.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *Sul detto comune*, in *Ak*, VIII, pp. 289 e sg., trad. it. a cura di F. Gonnelli, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 137.

La dimensione giuridica

BARTOLOMÉ CLAVERO

CONSTITUYENCIA DE DERECHOS ENTRE
AMÉRICA Y EUROPA:

*Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American
Constitution, Constitution of Europe* ⁽¹⁾

1. *Creation*: el *Bill of Rights* como génesis. — 1.1. Una pieza original: la criatura inexistente. — 1.2. Generación nada espontánea: entre enmiendas, el texto. — 1.3. Una historia redoblada: primer acto, de los poderes. — 1.4. Recreación en el arranque: segundo acto, de los derechos. — 1.5. Ilustraciones someras: prensa, jurado y *common law*. — 2. *Reconstruction*: el *Bill of Rights* como deuteronomio. — 2.1. Punto de partida definitivo: la esclavitud abolida. — 2.2. Presentación de los sujetos: varones blancos y demás. — 2.3. Todo un trayecto: del pueblo al individuo y viceversa. — 2.4. Constitución documentada y enmendada: texto y origen. — 2.5. Estaciones en vía muerta: España, 1869, y otras europeas. — 3. Epílogo: autoridad constitucional y dependencia cultural.

1. Creation: *el Bill of Rights como génesis*

No man is allowed to be a judge in his own cause,
because his interest would certainly bias his judgment.

Nadie puede ser juez y parte porque el interés sesga
el juicio.

JAMES MADISON (1787)

The Bill of Rights, la Declaración de Derechos, de Akhil Amar es un libro que se presenta dividido en dos partes como el subtítulo debidamente anuncia: *Creation y Reconstruction*, creación y reconstrucción, con un *afterword* o epílogo. Es un primer aviso de que una

(1) Para abordaje y tratamiento me sirvo, lo confieso, de pretextos, el principal, AKHIL REED AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998, al que se remiten mis citas directas entre paréntesis en texto; el segundo y el tercero, BRUCE ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, Mass., Harvard

materia que en principio pudiera parecernos a nuestras alturas más bien sencilla, la de formular unos derechos de libertad para un sistema de Constitución, tal vez no lo sea tanto o no lo resulte en absoluto. Así ocurre al menos en los Estados Unidos de América, en esta entidad sin nombre propio a la que el libro se dedica en exclusiva no sintiendo necesidad mínima de que el título haga la advertencia. *American Constitution* se le dice sin empacho a esa concreta. Quizás, ya veremos, el desliz no sea tan indebido y pueda hacerse en efecto gracia de este otro aviso. No empecemos desconfiando. Como gesto adopto el índice, el desdoble de entrada con epílogo de salida, aunque las categorías que lo articulan, las de creación sin constitución y recreación con reconstitución, pues así de asimétrico se sustanciará el binomio, no vayan luego a resultar del todo coincidentes entre libro y lectura.

Entre libros y lecturas varios trato de *constituyencia*, esto es, de agencia constituyente. *We the People*, nosotros el pueblo, se determina por medio inicialmente de *Bill of Rights*, de declaración de derechos, para logro finalmente de *Freedom's Law*, de ordenamiento de libertad, todo esto que ha venido en acreditarse con la calificación de constitucional. Pues *Constitution*, Constitución con la mayúscula distintiva, es hoy la expresión básica y sintética del empeño, mientras que *constituency*, constituyencia, el sujeto que se expresa y la forma de expresarse, ambos extremos. ¿Resulta todo esto así de sencillo? No lo es para nada en el caso de la *American Constitution*, la de los Estados Unidos, que contemplo no tanto por interés intrínseco

University Press, 1991-1998, I, *Foundations*, II, *Transformations*, hasta el momento, y RONALD DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York, Oxford University Press, 1996, con los que cometo la flagrante injusticia de relegarlos a notas, como corresponsal activo el uno y contrapunto pasivo el otro, y para los cuales, como en general, no pagino las remisiones a fin de paliar desatención con incitación a visita y trato sin intermediario; el penúltimo, Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, tercera edición actualizada en curso, es víctima de la injusticia mayor, pues figura sólo para ubicarnos en la *American Constitution* que se dice por él, DWORKIN y en general. Para localizaciones cruzadas, la edición académica estadounidense suele ofrecer buenos índices. A la entrada última del pentateuco de mi subtítulo, JOSEPH H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1999, acudiremos con los bártulos, ahora quizás mejor dicho, de las lecciones americanas.

como por una determinada transcendencia exterior, la que puede presentar ahora de cara a Europa. Procedamos con las dos partes, la de *Creation* y la de *Reconstruction* de una *Constitution*, y el *afterword* o epílogo. *With a little help from my friends*, con la ayuda decisiva de unas lecturas amigas, espero no desentonar gratuitamente.

1.1. *Una pieza original: la criatura inexistente*

El *Bill of Rights* o Declaración de Derechos de los Estados Unidos de América, esta pieza primordial de la Constitución, representa como texto, sin género alguno de dudas, una criatura sumamente peculiar. De entrada, no existe. No se le tiene literalmente. Lo que por tal puede pasar ni se cualifica a sí mismo con la denominación, ni encabeza una Constitución, ni tan siquiera consiste en un documento, capítulo o conjunto alguno de pronunciamientos o artículos bien determinado, reconocible y manejable sin problemas tan primarios como éste de la identidad. A pesar de ello, pese a todo esto y a las derivaciones, desde hace al menos un medio siglo, dicho *Bill* incierto está prestando fundamento a la jurisprudencia constitucional de libertades y garantías más incisiva en sus dominios y más influyente fuera de sus fronteras. Luego haberlo, haylo. De algún modo, aunque sea por su propia interpretación, se ha producido. Un texto puede ser producto de la lectura.

Tamaño peculiaridad comporta problemas serios desde luego. Puede por supuesto que sean primordialmente internos, estadounidenses en exclusiva, pero unos intereses, si la influencia existe, han de trascender. La cuestión entonces no sólo importa a los Estados Unidos de América. Cuando Akhil Amar, tras una década de estudios y publicaciones destacando entre la abundante literatura consagrada al asunto durante los últimos tiempos ⁽²⁾, nos asegura en su libro homónimo que con el *Bill of Rights*, con este americano

(2) Con este bagaje sobre el que ahora puede producirse, *Bill of Rights* es un libro sumamente manejable y legible. Entre los trabajos previos, ha habido anticipación del núcleo que me dirijo en especial a valorar: A.R. AMAR, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, en *Yale Law Journal*, 101, 1992, pp. 1193-1284. Mis referencias a A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, son siempre al libro. Anunciándolo en su obra precedente, lo titulaba *The Creation and Reconstruction of the Bill of Rights*, con este otro orden de factores el producto.

concreto o más bien inconcreto, se afrontan los interrogantes de un destino, “where we are, where we come from” (p. 288), de dónde venimos y dónde nos encontramos, puede que en ese sujeto de *we*, de nosotros, estemos en algún grado comprendidas constituyencias y ciudadanías, agencias sociales constituyentes y constitucionales, no estadounidenses. Seríamos así bastantes más que *We the People*, el cuerpo político proclamado como constituyente en la cabecera y arranque del texto constitucional: “We the People of the United States (...) do ordain and establish this Constitution”. Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos disponemos e implantamos esta Constitución. Mas puede que *we*, nosotros, y *the people*, el pueblo incluso más mayúsculo, sean ahora entidades escindidas y que la esquizofrenia afecte de modo neurálgico a los derechos mismos, a unos *rights* americanos, los estadounidenses, y tal vez además a unos nuestros, a los europeos de nación varia. Ya veremos sobre una y otra cosa, sobre *Bill of Rights* y también sobre *We the People*.

Akhil Amar viene del derecho y va al derecho, pero durante la excursión realiza una cuidada obra de historia. Una cosa y la otra, lo juroológico y lo historiográfico, confluyen para el caso en el objeto, en un texto ya vetusto además de siempre incierto que, inexistente y todo, sigue vigente y pujante. Por tiempos cercanos se ha acentuado incluso presencia e importancia. Durante el último medio siglo, en base a ese peculiar *Bill of Rights*, a esta criatura irreal, se ha consolidado una jurisprudencia de libertades con valor constitucional y hasta constituyente por lo que así toca a los derechos. Y ha habido una reacción. Desde los años ochenta especialmente, viene desarrollándose por los mismos medios jurídicos de los Estados Unidos un planteamiento textualista y originalista, una vuelta al texto y al origen, con el fin paladino de intentar desprender del propio constitucionalismo las adherencias del tiempo que serían unos derechos o unas lecturas liberales de ellos. Así por lo menos se fomenta la historiografía. La evidencia de la historia abonaría la rareza de la libertad.

Frente a una jurisprudencia de libertades no siempre ciertamente establecida con inequívoco respaldo de texto constitucional, volviendo al mismo, la tendencia originalista trata de recuperar un sentido genuino del *Bill of Rights*, de un primer registro de derechos. Hay un acuerdo de base. Una y otra, la jurisprudencia de libertades y la ten-

dencia de orígenes, entienden por tal, por *Bill of Rights*, esencialmente, pues no siempre en exclusiva, las diez primeras enmiendas simultáneas, añadidas casi de inmediato, de la Constitución federal de entonces y, otras adiciones mediante, de hoy. Aquellas primitivas se formularon en 1789, acto seguido de la entrada en vigor del texto constitucional, y quedaron establecidas en 1791. El primer año se proponen por el Congreso federal y el segundo están ratificadas por un número suficiente de Estados ⁽³⁾. De entonces y en tal modo vendría el *Bill of Rights*. Hace dos siglos, no se tenía por supuesto el sentido de la libertad como premisa de Constitución ni tampoco del individuo como sujeto de derecho que tenemos ahora. Con esto, el originalismo puede rendir tan mal constitucionalismo como buena historiografía. Inmediatamente produce lo primero y también bastante en directo conduce a lo segundo ⁽⁴⁾.

Como operación constitucional, la de recuperación originalista del *Bill of Rights* peca ante todo de ingenua. ¿Qué textualismo en directo va a caber cuando el primer problema histórico y así jurídico es el del texto mismo? El *Bill of Rights* estadounidense resulta un documento de problemática identidad material y no sólo formal. Nada se ha establecido jamás bajo tal determinado concepto en este constitucionalismo federal. Hablamos, como habla Amar, del sistema común sin tomar en cuenta la diversidad constitucional entre los Estados, la serie de constitucionalismos estatales que entonces podía ser de entidad más sustantiva y de número además creciente. Hubo incluso variantes constitucionales tan inconcebibles para hoy como las esclavistas, sistemas de libertad conociendo y reconociendo esclavitud, lo cual sólo nos interesará, como interesa a Amar, por lo

⁽³⁾ *US Constitution*, art. V: “The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution (...)”, para la iniciativa federal que ahora importa, pues se admite también de los Estados, requiriéndose en todo caso que sea “ratified by the legislatures of three fourths of the several States, or by conventions in three fourths thereof (...)”, no interesándonos más pormenores de momento, pues alguno que otro lo hará luego. Procedo en el mismo texto, acompañando traducción, y no en notas, a las citas constitucionales y otras cuando requieran comentario para la economía de mi exposición.

⁽⁴⁾ Para muestra significada de lo primero ROBERT H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, 1990; de lo segundo, JACK N. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, 1996.

que trascienda al constitucionalismo común, el federal, y no por sí mismo. Ya veremos cuánto será, también más de lo que hoy se suela imaginar. He ahí otro síntoma nada leve de ingenuidad. ¿Qué originalismo constitucional cabe cuando el origen fuera esclavista?

Originariamente, la referida decena inicial de enmiendas no fue *Bill of Rights*, billete, declaración o registro semejante de derechos constitucional y constituyente, ni parece con todo que pudiera serlo. “Our Constitution, unlike most modern ones, does not contain any formal declaration or bill of rights”. Al contrario que la mayoría de las Constituciones modernas, la nuestra, la estadounidense, reconocidamente no contiene ninguna declaración o billete formal ni material de derechos. Esto podía decirse por voz autorizada al cabo de un siglo (p. 288). Podría repetirse en rigor todavía hoy. El *Bill of Rights* sencillamente no existe. No es pieza ninguna tangible. Es criatura fantasmagórica. Comenzamos por engañarnos y quizás por defraudar si pensamos y decimos otra cosa. Expresándolo de otro modo, digamos que la cuestión no resulta nada sencilla. Que se tenga algo sin que exista, si no misterio, es complejo en el doble sentido de complicación y de trastorno.

1.2. *Generación nada espontánea: entre enmiendas, el texto*

Un procedimiento previsto de reforma constitucional mediante propuesta federal y ratificaciones estatales a lo primero que conduce, con la serie inicial de la decena, es a sentarse por vía de apéndice lo que parece hoy la base, el *Bill of Rights*, pero que entonces no está nada claro que lo fuese. Unas primeras enmiendas, dichas diez simultáneas y casi inmediatas, fueron especificaciones ulteriores y no fundamentaciones retroactivas de la Constitución. Así fue y así se entendió. Durante un buen tiempo del siglo XIX, la jurisprudencia de interés constitucional tanto de la Corte Suprema federal como de las congéneres estatales entiende claramente por *bill of rights* el propio en su caso del respectivo Estado y no suele aplicar la expresión a las enmiendas federales que ciertamente, desde la primera según ahora por nuestra parte comprobaremos, toman en consideración derechos o tal parece. Como acusa el mismo uso lingüístico (pp. 284-286), por unos primeros tiempos judicialmente

no se asume que las mismas contuvieran un *bill* o declaración de derechos de valor constitucional y alcance constituyente.

Por consideración tanto de libertades como también de poderes, los estatales, por liberalismo como por federalismo o antes y más por lo segundo que por lo primero, tales enmiendas sólo constituían en origen limitaciones para instituciones sobrevenidas, las federales. Como tales cortapisas de dirección unilateral funcionaron durante un buen periodo. No parece que pudieran dar base ni en principio la dieron a un constitucionalismo de libertades compartido y común entre federación y Estados o así a un sistema constitucional integrado y sustantivo. El texto que pasa por *Bill of Rights*, porque hoy parezca serlo y tal vez lo sea ⁽⁵⁾, no lo es en origen. Si fuéramos originalistas y además consecuentes, habríamos de certificar la inexistencia, condolernos con el pésame ante tan onerosa defunción y callar a partir de ahora y para siempre acerca de tamaño impedimento.

En cuanto que pieza constitucional, aquel texto venía a limitar unos determinados poderes existiendo otros en aquel tiempo de más peso que escapaban a sus determinaciones. Procedía además en base a una Constitución, la de entonces y de hoy, que, creando las instituciones federales, habilitándolas, ya hacía lo propio, limitarlas. Frente a tales poderes federales y aparte los otros también virtualmente constitucionales, los estatales, las libertades que se interponían como limitaciones no sólo constaban en unas primeras enmiendas. No esperaron a éstas para operar ni tampoco para manifestarse. En la misma Constitución de arranque, la de antaño y hogaño, se contienen derechos y uno tan primario, aunque no aquí en tal grado, cual el de *habeas corpus*, junto a algún otro de validez incluso frente a los Estados ⁽⁶⁾. ¿Cómo iba a hablarse de un *Bill of Rights* que sólo

⁽⁵⁾ Como muestra, la del mejor banco actual para el caso y además en expansión, la del proyecto *Avalon* de la Universidad de Yale en internet, < <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm> >. Las primeras enmiendas entran mediante el epígrafe de *Bill of Rights* y otros propios de cada una también muy sintomáticos.

⁽⁶⁾ Art. I, sec. 9: "(...) The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it. No bill of attainder or ex post facto law shall be passed (...)"; sec. 10: "No State shall (...) pass any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts (...)". La obra en conjunto, que seguiré registrando, de A.R. AMAR, no sólo *The*

se iniciase a continuación apendicularmente, a partir de la primera enmienda?

Comenzaría así por arriesgarse pérdidas clamorosas o postergaciones sensibles. Unas piezas constitucionales, la Constitución como sus añadidos, registraban unos derechos no como base ni tampoco exactamente como apéndice, sino como expediente más ocasional y disperso, con la concentración eventual de las primeras enmiendas, para ir restringiendo poderes federales allí donde su propia habilitación por parte de los Estados no dejara suficientemente clara la limitación constitutiva. Tales mismas adiciones, las enmiendas coetáneas y casi inmediatas a la Constitución de partida, la decena de 1789, presentaban fórmulas de restricción directa de poderes federales entre el registro de libertades y también para darles entrada a éstas últimas. Si formarían un *Bill of Rights*, su misma presentación estaría aparentemente invirtiendo unos términos de constituyencia entre libertad y poder.

La primera enmienda es al efecto paradigmática: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

El Congreso federal no hará ley referente al establecimiento de religión ni prohibiendo la libertad de profesión religiosa, como tampoco reduciendo la libertad de expresión ni la de prensa ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y presentar peticiones a las instituciones políticas. No puede el legislativo federal, pero las legislaturas y otros poderes de los Estados, si no se ven eficazmente

Bill of Rights, se ocupa tanto del instrumento en general como de los derechos en particular con dichas garantías de entrada frente a poderes, el *habeas corpus*, presentarse persona para reconsiderarse detención, y la prohibición de *bills of attainder*, juicios parlamentarios, *ex post facto laws*, leyes retroactivas, y las otras que se entienden también lesivas al irrumpir con parcialidad en relaciones tenidas por privadas, *laws impairing the obligation of contracts*, esto último que no se dice respecto a la federación pues entonces no tenía competencia en materia contractual, la que luego le vendrá no por enmienda, sino por interpretación extensiva de la Constitución, particularmente de una cláusula del art. I, sec. 8, sobre comercio entre Estados, que habremos de ver a otro efecto, el de relaciones con *indian tribes* o pueblos indígenas que a su vez será objeto de entendimiento todavía más expansivo.

impedidos por sus propias Constituciones, pueden entonces perfectamente hacer todo ello, tanto establecer religión como limitar libertades, hasta tal punto éstas, las que constaban en las enmiendas federales, no constituían en origen principios de un constitucionalismo. Ni material ni formalmente había un texto ni complejo alguno de artículos o pronunciamientos que pudiera tenerse a dicho nivel por declaración de derechos. No en vano se ahorra jurisprudencialmente la expresión de *Bill of Rights*. Al menos no se defraudaba entonces como quizás se esté haciendo retrospectivamente ahora.

¿De dónde viene entonces la ocurrencia? También de entonces, no se tenga duda. El invento no se debe a textualistas, originalistas ni a clase ninguna de epígonos recientes. No se les regale el mérito o impute el pecado. Si hay una responsabilidad primera, no es de la historiografía ni del constitucionalismo retrospectivo. Fue además una culpa feliz. Desde un primer momento se habla de las enmiendas inmediatas como *bill of rights* manteniéndose la expresión durante décadas con un sentido no técnico por la razón esto de que unas jurisprudencias constitucionales, la federal y las estatales, se resistían a adoptarla. La cuestión ya podemos estar apreciando que no era meramente léxica. Quienes hablaban de *Bill of Rights* con referencia a las primeras enmiendas federales lo hacían por tomarse los derechos en serio y para traerlos así a la posición consiguiente de constituyencia. Intentaban elevar la declaración a las mayúsculas, lograr así para todos los Estados Unidos, y no sólo para algunos de entre ellos, el *Bill of Rights* del que entonces se careciera como orden común (pp. 286-287). No es que dieran gato por liebre, sino que pretendían cobrar la pieza, esta clave esencial del constitucionalismo. Hubo toda una pugna apelativa que fue constitucional pues la denominación implicaba la virtualidad. El nombre podía ser la cosa.

Para la posición de los derechos como libertades constituyentes había base en el mismo texto. Existía un *bill of rights* federal latente, todavía con las minúsculas, entre la Constitución y las enmiendas. Los poderes de este nivel se habían limitado por consideración de los correspondientes del estatal, mas por el trámite de unos elementos de otro género pues no implican apoderamientos a no ser individuales, los de unos derechos de libertad. A los efectos constituyentes propios, con la expresión de *bill of rights* podía tratarse, no de sustituir los textos ni de añadirse alguno inédito, sino de alterar

la relación entre las piezas mediante elevación de las primeras enmiendas. En algún momento la modificación se produjo y ello afectó al sentido y no sólo al alcance de las mismas libertades textualmente registradas. Tal es la historia que Akhil Amar identifica y reconstruye. Comienza por advertirla pues resulta esto realmente necesario. Por lo usual se atribuye a un momento histórico primigenio del constitucionalismo en general y de éste, el estadounidense, en particular un paradigma o una antropología de los derechos de libertad del individuo que resulta posterior dificultándose con ello extremadamente la misma captación de su importancia, percepción de sus implicaciones y conciencia de sus gajes.

A esto acude *Bill of Rights*, el libro; Akhil Amar, el autor. Lo hace de forma textual, centrándose en los documentos de valor constitucional. No es opción de filología, sino de derecho (pp. 295-301), pues al fin y al cabo en los textos se contiene la autoridad de la constituyencia, la que se ejerciera a través de congresos y convenciones, debates y ratificaciones. Otras empresas con similar objetivo no originalista de reconstrucción de historia para la inteligencia de derecho comienzan por no atenerse o por hacerlo menos a dicha constancia textual (7). Pueden pensar que textualismo es originalismo, este pecado mortal de ingenuidad. Pero Akhil Amar ofrece prueba de que la distinción cabe y procede no sólo desde luego en el terreno del constitucionalismo actual, sino también y particularmente para su dimensión histórica no reducida a interpretación presente. Lo hace aunque no siempre sepa apreciarse (8). He aquí ahora el libro, *Bill of Rights*. Ahí está su recorrido por el tiempo conduciendo más acá de los orígenes históricos a partir y a través de los textos constitucionales por consideración precisa de derecho sin confundir con todo ello los términos. Pues se mueve en un medio de constitucionalismo materialmente escrito o documentado, su

(7) Es el caso más significado de la obra en curso de B. ACKERMAN, *We the People*, el segundo de los títulos y motivos sobre los que quiero decir algo más, aunque no sea tanto como de *Bill of Rights*.

(8) Quien nos ubica en el universo de la *American Constitution*, L.H. TRIBE, *Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation*, en *Harvard Law Review*, 108, 1995, pp. 1221-1303, tiende a asimilar las posiciones de ACKERMAN y de AMAR en su crítica protextualista sin originalismo al menos deliberado, todo esto como buen constitucionalista al día.

textualismo es punto conveniente de partida y no necesario de llegada (9).

Su textualismo es pacífico y sencillo, el de tomarse unos textos, los constitucionales, verdaderamente en serio, más de lo que suele hacerse por la historiografía e incluso por el constitucionalismo sobre todo de mirarse al pasado como en el caso estadounidense es obligado dada la propia antigüedad (pp. 301-307). La razón básica de la seriedad es que tocan a derechos. *Rights as Constitution*, Derechos como Constitución, es la idea de arranque de *Bill of Rights*, Declaración de Derechos, para el ordenamiento más propiamente tal, constitucional, como para el título de Akhil Amar (10). Trata del propio caso, de los Estados Unidos de América, pero la fábula también puede que hable de nosotros, de otros sujetos actuales de libertades. Hay una trayectoria constitucional de la que quizás al final participemos unos y otros, unas y otras. No hay un origen que interese además sólo en casa.

Textualismo e incluso originalismo o los dos términos confundidos primándose el segundo pueden traer cuestionario que encierra enjundia pues toca al asunto de la autoridad constituyente con el problema crucial de su situación en el tiempo y la continuidad ulterior hasta hoy entre acción de democracia y garantía de libertad, nada menos todo ello (11), pero en el caso estadounidense, en un caso de constitucionalismo viejo y renovado sin pérdida de tracto, su mero planteamiento como método parece una simpleza. No hay texto, sino textos, ni origen, sino orígenes. Y puede que todo esto no interese en efecto tan sólo a los Estados Unidos de América. Vayamos a verlo. Hagámoslo adoptando nosotros mismos a ultranza, pues hay buenas razones, el textualismo, con la confianza de que Akhil Amar ya se encargará de ofrecernos claves de lecturas para la eventual opacidad de los textos mismos.

(9) A.R. AMAR, *Our Forgotten Constitution: A Bicentennial Comment*, en *Yale Law Journal*, 97, 1987, pp. 281-298.

(10) A.R. AMAR, *The Bill of Rights as Constitution*, en *Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 1131-1210, adelantando también, como a continuación *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, claves del libro.

(11) PABLO DE LORA, *La interpretación originalista de la Constitución: Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, 1998.

Tomemos los textos formando texto, una Constitución más sus enmiendas, sin otro género de componentes por igual de documentales que sean, como legislación o como también, es decir tampoco, jurisprudencia. A aquellos solos nos atenemos. Ya se cuece bastante en los Estados Unidos entre sus registros constitucionales estrictos. Conocen éstos incidencias acumuladas de repercusiones múltiples sin necesidad de salirse del propio terreno. Experimentan entendimientos e interpretaciones que no sólo se superponen y estratifican, sino que llegan a penetrarse y fecundarse o tal vez también a esterilizarse, ya veremos, alcanzando hasta unas raíces y unos frutos menos naturales que híbridos. Atraviesan reconstituciones que no pasan por la sustitución de los documentos. Permanecen siempre, sin cambio alguno, los textos. Las mismas enmiendas materialmente consisten en meros añadidos, puras adiciones, pudiendo realmente resultar con la simple suma mucho más que complejas reformas. He aquí un constitucionalismo que evoluciona manteniéndose o se transforma conservándose. En su trayectoria hay origen, pero no alguno que guarde su sentido, uno en singular al que poder acudirse y del que traer causa. Es difícil desde luego imaginar que todo esto tan peculiar pueda interesar fuera de los Estados Unidos. Podrá hacerlo por la misma razón del textualismo, la de los derechos. Mas el comienzo es otro.

1.3. *Una historia redoblada: primer acto, de los poderes*

La historia que ofrece Akhil Amar interesa al derecho o más bien a los derechos y de este modo al constitucionalismo, pero el comienzo es de poderes. Nos expone hasta qué punto resulta engañosa la apariencia actual ya consolidada, por obra básicamente de la jurisprudencia federal, que ofrece un *Bill of Rights* cual declaración originaria de derechos de libertad y además individual, cual posición de principios entendidos en el texto de unas enmiendas mucho más allá de lo que ellas literalmente autorizan por presumirse ahora que los mismos, unos cánones de libertades, las presiden, inspiran, informan y sustentan desde un inicio. El panorama expuesto por Amar, por su *Bill of Rights*, es bien distinto.

Se trata de que en origen las libertades figuran no por sí mismas, sino para limitar unos contados poderes, y también de que entre las mismas no comparecen entonces con valor propio unos derechos de

carácter individual, los que están hoy fundamentalmente presumiéndose. Léanse o reléanse tales enmiendas, la decena primera estadounidense que suele ser lo que se encuentra como *Bill of Rights* en cualquier colección actual de *Declaraciones de Derechos* o similar, y parecerá imposible, por lo que ahí vemos con nuestros propios ojos, dicha ausencia. Sabemos leer y leemos. Comparecen claramente las libertades. ¿Cómo no iban entonces a estar figurando en el momento de redacción del texto hace no mucho más del par de siglos en unos tiempos ya constitucionales? Estar, resulta que estaban y no estaban. La mirada era otra, no la nuestra. Entonces se registran y no operan salvo para la limitación de algunos poderes, tampoco de todos, lo que es decisivo para la propia reducción o incluso neutralización como libertades.

Hay más que Akhil Amar viene a explicarnos. Las libertades individuales no figuraban o al menos no operaban porque las formulaciones de derechos que hoy nos parecen de individuos podían ser entonces más bien de comunidades. Mírese la primera enmienda que acaba de reproducirse íntegra. Decíamos que se dirigía tan sólo, limitándolo, a poder federal, pero ofrece la impresión de que lo hace alegando derechos del individuo y presentando entonces una doble faceta interconectada, la de salvedad por una parte de poderes estatales y por otra de libertades individuales, de ambas cosas relacionadamente, con lo cual, motivándose lo uno por lo otro, lo primero por lo segundo, pudiera resultar que todos los apoderamientos, todos, quedasen limitados por consideración de libertad del individuo en último o entonces primer término, el que importa a constituyencia. Mas puede que no haya esto originariamente, sino una concepción también así de integrada, pero a favor en cambio de poderes. Amar nos advierte.

Las libertades de religión, de expresión, de prensa, de reunión y de petición que están considerándose en la primera enmienda pueden ser originariamente de mayorías, no de minorías ni, aún menos, de individuos. La reserva cabe que sea a favor de las comunidades políticas locales ellas mismas entonces bastante integradas y cuya integración por medio del dominio de la mayoría es lo que está salvándose frente a los poderes federales más distantes o menos comunitarios en este sentido de accesos y controles mayoritarios. Los congresos estatales y, más todavía, los jurados vecinales,

éstos a efectos más locales, no cumplirían entonces otra función constitucional o sería esa la primaria. La primera enmienda o también todo el conjunto de la decena coetánea, con las dos últimas que forman parte del lote y que a veces hoy se excluyen del *Bill of Rights* con mayúsculas porque de forma más clara no parece que registren derechos interesantes a los individuos, cobran así un sentido más integrado en un contexto federal y no libertario ⁽¹²⁾. Entiendo *libertarismo*, como entiende Amar, no en el sentido europeo de anarquista o ácrata, sino en el americano de posición constitucional de libertades como premisa eficaz de ordenamientos. Esta concepción existía y pugnaba desde un inicio, pero se neutralizaba por entonces fácilmente en base al propio constitucionalismo establecido (pp. 137-162). Al asunto no interesa el hecho de las prácticas inconstitucionales, sino el derecho de las posibilidades constitucionales.

People es el sujeto no sólo de Constitución, *We the People*, sino también el de libertades, tal y como comparece en la misma primera enmienda, en el momento concretamente del derecho de reunión pacífica, o según se manifiesta más paladinamente en la novena y la décima, las últimas de la serie inicial que a veces hoy se excluyen por no cerrarse el *Bill of Rights* con pronunciamientos potencialmente adversos al derecho del individuo en aras del pueblo. *People*, sin embargo, hoy puede y suele entenderse en un contexto constitucional de este tipo como expresión general no refundida de los individuos que participan en el ejercicio de libertades, del pueblo en este sentido identificado con ciudadanía de ejercicio ante todo individual. Hoy, términos colectivos pueden flanquear y solapar sin cancelar ni neutralizar sujetos individuales. Esto es ahora, pero no entonces, como tampoco por aquellos tiempos se separaban de la serie primera las enmiendas octava y novena. Tenía un sentido el lote entero. *People* en origen significa exactamente el colectivo refundiendo y ninguneando, imponiendo y brindando posibilidades y

(12) Amendments IX y X: "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"; "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people". Ambas así remiten a *the people*, y no al individuo, como sujeto último o primero que enseguida veremos.

garantías a la mayoría sobre la minoría inclusive en ésta la última o primera, según se mire, la más minoritaria de todas, el individuo (pp. 20-45, para las libertades de la primera enmienda).

Insisto, como insiste Amar, pues ya matizaré luego, en que nada de ello tiene por qué significar que el individuo hubiera de estar por completo ausente de aquel primer tiempo. Se trata de que al menos no ocupaba la posición constitucional que ahora se le presume. El sujeto operativo de libertad era otro, la mayoría de base, aunque también pudiera figurar el virtual, el individuo al cabo. El mismo referido uso semántico de llamar *bill of rights* a las primeras enmiendas federales, aquel que la jurisprudencia no hacía suyo, tenía también o quizás ante todo, antes que nada, dicha implicación de concebir y predicar como sujeto de libertad al individuo. Mas no era esto por entonces base del constitucionalismo imperante.

Es cosa realmente ya sabida. La visión de Amar se produce sobre un terreno bastante abonado por estudios que vienen poniendo en evidencia la presencia y pujanza de *republicanismo* frente a *libertarismo* para entonces, para la propia formación de aquel constitucionalismo, lo primero, lo de republicano, en el sentido de idea y práctica de la república como comunidad no sólo constituyente por delante del individuo, sino también constituida por encima del mismo, procediendo la ocurrencia de tiempos en los que éste, el personaje individual, ni siquiera era concebible como sujeto de derecho y menos de derechos de libertad. Es corriente a la que no le falta un fuerte impulso de historiografía ⁽¹³⁾. Para el *Bill of Rights* y sus beneficiarios tenemos variantes de lecturas. Cuando no se reduce a las primeras ocho enmiendas, el *people* de las dos siguientes puede hoy entenderse republicanamente como la comunidad política y sus poderes o libertariamente como el conjunto de los individuos y sus derechos. La historia abona la primera lectura.

(13) Sobre todo a partir del amplio recorrido de JOHN G.A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975. Para visión crítica, JOYCE APPLEBY, *Liberalism and Republicanism in the Historical Imagination*, New York, 1992. Para ponderación desde perspectiva jurídica, Nomi MAYA STOLZENBERG, *A Book of Laughter and Forgetting: Kalman's "Strange Career" and the Marketing of Civic Republicanism*, en *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 1025-1084, a propósito de otro abordaje crítico con el republicanismo comunitario, LAURA KALMAN, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven, 1996.

Podríamos contrastar el panorama ofrecido por Akhil Amar o el republicano en general con el usual hoy en clave también histórica por los medios más sensiblemente libertarios del constitucionalismo estadounidense. El problema no residiría en el seguro contraste, sino en la también segura proyección, en el hecho de que el mismo libertarismo se endose a un origen y que esto parezca esencial para la propia legitimación y autoridad de un constitucionalismo en la actualidad. Aunque no milite en el originalismo, aun en este caso más ordinario, el estadounidense todo parece obligado a un fondo originalista. Así por lo visto, y con sensiblería libertaria desde luego, cabe también concebirse un *freedom's law*, ordenamiento de libertad por la base constitucional de los derechos (14). ¿No hay otra? Amar va a mostrarnos que la alternativa de procedimiento es posible. ¿Y no se produce o al menos arriesga contaminación de origen con la proyección de destino aun en el caso del constitucionalismo de libertades más convencido? Dejemos esto pendiente para más tarde.

En un constitucionalismo que ha de partir de textos vetustos, los propios predicados de los derechos de libertad y de su sujeto individual se ven obligados a proyectarse en un origen. Constitucionalmente se gana. Historiográficamente se pierde. La ganancia prevalece en valor muy por encima de la pérdida desde luego o al menos para un criterio de derechos, pero ¿por qué perderse nada? ¿Qué necesidad hay? Akhil Amar piensa, por lo que hace, que ninguna. Y no vaya a maliciarse. Con él no estamos frente a un republicano comunitarista dispuesto a sacrificar libertades individuales ante el altar de unas mayorías políticas, capaz de situar al individuo por detrás y por debajo de la república o a tenerlo incluso como resulta y función suyas (15), todo esto que es característico del textualismo originalista y que ciertamente encuentra sustento entre unos orígenes o más bien así con el origen dicho en singular. Mas Amar comienza por entenderlo en plural. No parece insensible al comunitarismo, pero es sensible al libertarismo. No lo digo por

(14) R. DWORKIN, *Freedom's Law*, es entrega miscelánea de una obra también en curso aun con variedad de títulos girando sobre el motivo desde *Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, y ampliada al año siguiente. Ya está reconocida la injusticia de que sea el tercero del pentateuco recibiendo poco más que registro y apunte.

(15) CARLOS THIEBAUT, *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitarias y neoaristotélicas al programa moderno*, Madrid, 1992.

conocimiento personal, sino por noticia de su obra ⁽¹⁶⁾. Textualista, pero no de un solo texto, y no originalista, al menos no de un primer origen, Akhil Amar abre horizonte.

1.4. *Recreación en el arranque: segundo acto, de los derechos*

“All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los mismos y del Estado de residencia. Ningún Estado hará ni aplicará ninguna ley que reduzca los privilegios y las inmunidades, libertades y garantías, de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado privará a ninguna persona de vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de derecho, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes. He aquí, mediante ratificación de 1868, la primera sección de la enmienda décimo cuarta de la Constitución de los Estados Unidos.

Observemos ante todo unas novedades de lenguaje que lo son de categorías a este nivel constitucional del federalismo estadounidense. Hay novedad en el sujeto de derechos y en el destinatario de limitaciones como extremos siempre interconectados. El primero, literalmente tal, es *the person*, el individuo, sin cualificación además ni si-

⁽¹⁶⁾ Aparte alguna confesión generacional a la que me referiré luego, el libro ofrece un sumario profesional que resulta en apariencia, como es uso, de lo más neutro, salvo que haya y se tengan claves. La página web de la Universidad de Yale, donde actualmente profesan tanto AKHIL AMAR como BRUCE ACKERMAN, brinda fotos y no mucha más información. Compárese el contrapunto, en el sitio de la Universidad de New York, de la entrada de RONALD DWORKIN, incluyendo materiales complementarios de su obra impresa. Estoy consultando en junio del 2000. Como libros y que ahora interesen a la lectura principal, también se tiene de A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven, 1997; y en colaboración con ALAN HIRSCH, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, New York, 1998.

quiera ciudadana para unas garantías constitucionales de derechos primarios a la vida, la libertad, la propiedad y consiguiente amparo judicial. *Person*, la persona, ya comparecía en las primeras enmiendas, así en la quinta para beneficio de unas garantías judiciales y procesales sin tal alcance de principio, dado el contexto más que los propios incisos y dado también un giro negativo de entrada del posible sujeto. Posibilidad sin embargo había: “No person (...) shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law” (17). Ninguna persona será privada de vida, libertad o propiedad sin debido proceso de derecho. Así ya rezaba la quinta enmienda. Pero no hubo más al efecto por aquellos concretos incisos.

Comenzaba originalmente por ocurrir que *person* también era término textual para esclavo sin entenderse por ello que se comprendiera en tales otros pronunciamientos, los que pudieran suponer derechos (18). No cabía ni el concepto en plan genérico para significarse individuo. Este último o primer extremo ya hemos detectado que Amar no lo advierte, pero advertirá la esclavitud

(17) Amendment V: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

(18) Art. I, sec. 2: “(...) Representatives and direct taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective numbers, which shall be determined by adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indian not taxed, three fifths of all other persons (...)”, siendo estas últimas *persons* los esclavos, como también se comprenden bajo el mismo término en art. IV, sec. 2: “(...) No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due”; e igualmente, pues no otra cosa que tráfico de esclavos es la importación de personas que se dice, en art. I, sec. 9: “The migration or importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight (...)”, en lo que se abunda en art. V, el de procedimiento de enmienda: “(...) no amendment, which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight, shall in any manner affect (...)” a dicha cláusula del tráfico negrero, sin nombrarlo nunca, como a la esclavitud tampoco.

como veremos. Se ocupa del efecto. Contempla la evidencia y considera las consecuencias de que tan sólo ahora en los años sesenta del siglo XIX, y no en el origen de varias décadas antes, la expresión de persona pueda venir a primera posición acreditándose ante todo como sujeto de libertad. No asciende al concepto entonces primero de referencia. La antropología del sujeto, la propia categoría del individuo, no le parece cuestión tan histórica ni por tanto con posibilidad de novedosa (19).

Novedad comienza también por haber en la misma ciudadanía declarándose ahora inequívocamente la de los Estados Unidos compatible con la de cada Estado: “citizens of the United States and of the State wherein they reside”, como ya hemos visto. Pueden así los Estados compartir principios constitucionales, unas libertades. Conforme a la historia anterior, no es novedad inferior la de que entonces, ahora, el destinatario principal de la declaración no sean los Estados Unidos en conjunto, unos poderes federales, sino cada Estado en particular, los poderes estatales. *No State*, ningún Estado, hará ni forzará leyes lesivas para los privilegios de los ciudadanos ni para los derechos de las personas, como también hemos visto que se prosigue. He aquí en síntesis y suma, por virtud de la enmienda décimo cuarta, un *Bill of Rights* con mayúsculas que continúa sin investirse formalmente con el nombre. Está remitiéndose de hecho al federal ahora ya así entendido en las primeras enmiendas, pero sin efectuarse expresamente la remisión y sin reconocerse tampoco como tal, como *Bill of Rights*. ¿Lo tenemos realmente? ¿Cómo encajan entonces las piezas?

Mala o buenamente, según se mire. Existe aquí toda una problemática crucial del constitucionalismo estadounidense a la que Akhil Amar acude con evidencias remozadas y en la que se adentra con visión renovadora. Se trata del problema de la *incorporation* que se dirá luego y dice hoy, esto es, de la conversión de un presunto *Bill of Rights* federal por gracia de la enmienda décimo cuarta en pieza constitucional equivalente y menos virtual respecto a todos y cada

(19) JOHN PHILLIP REID, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, 1988, y J.N. RAKOVE, *Original Meanings*, con capítulo de derechos, afinan el sentido histórico de unas manifestaciones de libertad, pero tampoco de la categoría del individuo como sujeto.

uno de los Estados así como al conjunto. Estaríamos con todo esto, con los *Rights as Constitution*, con los Derechos como Constitución, con tal efecto de una tal incorporación, nada menos que ante la aparición del constitucionalismo integrado y sustantivo anteriormente imposible por aquellas latitudes.

Con tan ambicioso objetivo se propuso y progresó dicha enmienda, la décimo cuarta, pero sin poderse especificar la intención en el texto, dadas las dificultades originarias de identificación formal de un *Bill of Rights* federal que incorporar a los constitucionalismos estatales para fundar uno común y las subsistentes para la elevación expresa de los derechos mismos a base de la Constitución entonces realmente compartida y transitiva. El propio texto de la enmienda ofrecía las pistas de unas insinuaciones por paralelismos de lenguaje. La quinta hemos visto que ya habla de que nadie, *no person*, pueda ser privado de *life, liberty, or property, without due process of law*, la misma expresión que se registra en la enmienda décimo cuarta. La relación deliberada podrá ser clave para la eficacia más general que ahora, y no antes, puede alcanzar el principio. Potenciándose el propio alcance, será también la vía principal de la *incorporation* que se dice y las novedades que se producen.

Tal misma intención incorporacionista se ha negado y sigue poniéndose en duda de forma que se devalúa e incluso ignora el valor reconstitutivo de la enmienda (pp. 187-197), pero Amar abunda en la evidencia de que la misma ante todo persigue, aun con notables frustraciones legislativas y reticencias jurisdiccionales ⁽²⁰⁾, dicho efecto de integración entre contitucionalismos por presidencia del federal mediante formulación algo indirecta por la deficiencia de base en el término de un *bill of rights* originario sin mayúsculas de identidad propia (pp. 197-214). Que la *incorporation* no fuera ni con mucho inmediata, con dichas falencias políticas y resistencias jurisprudenciales prevaleciendo durante cerca de todo un siglo, no significa que no quedara constitucionalmente formulada de confor-

⁽²⁰⁾ La cita, que he reproducido y traducido en texto, ofrecida por A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, p. 288: "Our Constitution, unlike most modern ones, does not contain any formal declaration or bill of rights", data de 1880, de tiempo así bien posterior a la enmienda décimo cuarta, perteneciendo además a todo un juez de la Corte Suprema federal. He ahí ya un originalismo, el más consecuente como hemos visto, sin respaldo de razón para su tiempo porque lo tuviera para el origen.

midad además con un indudable propósito reconstituyente. No es que entrara en vía muerta, aunque hasta hoy lleguen posiciones que la niegan hasta tres y más veces ⁽²¹⁾.

Aparte el abanico de teorías entre las negativas o sólo distanciadas y las vindicadoras de una incorporación automática y completa, queda en la práctica la suerte de la enmienda sometida al tenor respectivo de la serie primera, la de 1789, o también más erráticamente a las oportunidades y las derivas de unas jurisprudencias, la federal inclusive y ahora ante todo, supliendo carencias legislativas ⁽²²⁾. Mas de ella y la secuela, de la enmienda décimo cuarta a través de *incorporation* o lo que tal se dice, viene directamente al cabo del tiempo, recobrándose y animándose un paso nunca perdido por entero, el libertarismo constitucional estadounidense de la segunda mitad del siglo XX. Ha llegado a ser de estilo en la historiografía constitucional la negación o la ignorancia de este fenómeno incorporacionista ⁽²³⁾. No abundan evidencias durante un buen tiempo y puede parecer luego un invento ya feliz, ya desgraciado, según posiciones posteriores. Cabe que, produciéndose, no se trate estrictamente de incorporación, esto es, de puro traslado y simple asunción de algo existente previamente, sino de creación de todo un constitucionalismo sobre la base antes imposible de los derechos y con pie en textos precedentes. Aunque defienda y mantenga empeñadamente el término de incorporación, no otra cosa es lo que muestra en definitiva Ahkil Amar, su *Bill of Rights*. Anuncia que viene a depurar y refinar la lectura del fenómeno

⁽²¹⁾ Por significación, como muestrario, RAOUL BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Mass., 1977, y edición viva, con adiciones, de 1997; también, sin la vencida, el mismo R. BERGER, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Norman, 1989.

⁽²²⁾ RICHARD C. CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, 1981; MICHAEL K. CURTIS, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham, 1986; WILLIAM E. NELSON, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Cambridge, Mass., 1988; MICHAEL J. PERRY, *We the People: The Fourteenth Amendment at the Supreme Court*, New York, 1999.

⁽²³⁾ Como muestra puntualizada de unos buenos cronistas, W.E. NELSON y J.P. REID, *The Literature of American Legal History*, New York, 1985, pp. 54 (1963) y 180 (1971).

incorporacionista sin ponerlo como tal en duda. Y cumple (pp. 215-230) (24).

Entre unas y otras posturas, las refractarias y las incorporacionistas o también las que entienden que la incorporación no es originaria, sino proyectada, Amar expone un panorama bastante más matizado. Ante todo tenemos lo que ya nos consta de que las enmiendas originarias se dirigían a la limitación de poderes federales en consideración y beneficio ante todo de los estatales. ¿Cómo puede luego, ahora, apuntarse hacia éstos? Véase lo primero, lo ya visto de la prohibición de establecimiento de religión por parte del Congreso federal porque fuera cuestión reservada a la competencia de los Estados. Si a tal propósito se respondía, ¿cómo puede ahora, luego, limitarse lo que en origen potenciaba? ¿Y qué principio preside ahora? ¿El de una libertad religiosa como derecho finalmente del individuo? Pero esto no existía como tal en el texto ni tampoco viene a añadirse de forma expresa. Primitivamente sólo se registraba para reforzarse la limitación del poder federal y no por sí mismo. Mas ahora resulta efectivamente que no sólo se trata de la aplicación general de unas limitaciones particulares, sino de un efecto mucho más profundo, de la transformación que se produce en el mismo registro de los derechos pudiendo pasar así de motivo a principio (pp. 246-257, para la libertad religiosa). El sujeto es finalmente el individuo, *the person*, y las libertades pueden ser al fin predicados y atributos suyos. El *Bill of Rights* con mayúsculas, algo que antes no existía, podrá ser producto y no premisa ni referencia de la presunta incorporación. La lectura crea el texto. Con otras expresiones por no abandonar el término de *incorporation*, lo advierte y expone Akhil Amar.

Derecho por derecho de la enmienda décimo cuarta va comprobando Amar toda una metamorfosis. Punto por punto hace el repaso de posibilidades y problemas de una extensión que, mante-

(24) Simultáneo es el tratamiento también incisivo y en buena parte complementario que B. ACKERMAN, *We the People*, II, *Transformations*, depara a la metamorfosis constitucional que se cifra en la enmienda décimo cuarta. Ambos, tanto ACKERMAN como AMAR, tienen razón al subrayar que ésta no es la perspectiva usual de un constitucionalismo como el estadounidense aquejado del consabido originalismo con antelación, por encima y sin dependencia de su manifestación tendenciosa que también existía antes de recibir el nombre.

niéndose un tracto, no podía plantearse como establecimiento formal de un *Bill of Rights* común e integrador de constitucionalismos estatales con el federal por las mismas deficiencias del propio de éste último, el entendido ahora en las primeras enmiendas. Van poniéndose así también de manifiesto unas dificultades que el mismo Amar no siempre afronta. La principal parece la del propio expediente constitucional de *incorporation* tan incierta como su término de referencia, la de este arrastre de incertidumbres bien reales respecto a los pronunciamientos a la postre constituyentes sobre derechos de libertad. Aquella operación de integración de un impreciso *bill of rights* con minúsculas por causa de su fondo comunitario llegando a cancelar libertades individuales con otro igualmente innominado que ya mereciera en cambio las mayúsculas por su planteamiento libertario situando al individuo como sujeto primordial, todo esto que se encierra en la extensión mediante enmienda, no tenía por qué intentarse necesariamente con tal procedimiento tan cargado de incertezas, lastrado de dificultades y grávido de resistencias.

¿No hubo planteamientos constituyentes más francos y así más procedentes y en fin halagüeños para los derechos de libertad mismos? El caso es que se produjeron, pujaron e incluso de algún modo, aunque fallidamente, operaron, por cuanto que pudo entenderse que, apoderando expresamente una enmienda al Congreso o estándolo ya por una precedente cercana como luego veremos, cabría generarse una reconstitución más expedita e inmediata mediante simple legislación con tal base constitucional (25). No era esto tampoco una nueva Constitución, lo que también se planteó sin éxito, pero se acercaba algo más que el resultado definitivo, el de un rosario de tres cuentas como misterios, las enmiendas décimo tercera a décimo quinta con la décimo cuarta por medio, que ahora, tras unas ilustraciones, es lo que contemplaremos. Hubo conciencia de la servidumbre de este procedimiento de rectificaciones constitucionales como sucedáneo del replanteamiento constituyente que el objetivo de los derechos implicaba. Había en el primer origen y puede que se crezca con el tracto de enmienda por el segundo un problema serio de constituyencia.

(25) EARL M. MALTZ, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*, Lawrence, 1990.

Mas esto es asunto que Amar no considera. Se evita de este modo afrontar los costos quizás más gravosos de la misma continuidad por el fondo y el encadenamiento del rosario de las enmiendas respecto al texto de la Constitución primitiva con todas sus cargas, lastres y servidumbres, con todo un calvario a las espaldas y mucho de padecimiento también al frente. Ya vimos que se empezaba impidiendo o al menos neutralizando la propia categoría de la persona como individuo y desde luego su actuación en el orden constitucional de una forma y con un alcance que Amar no acaba de reconocer y tratar. Con la conexión entre momentos fundacionales, entre primer y segundo acto, la *incorporation* matizada protagoniza la obra y domina la escena bajo una iluminación de candilejas que resulta finalmente más favorecedora de lo que tal vez mereciera. Hay contraste, pero a mi entender insuficiente, con las sombras de una historia que puede acabar afectando, mediante el continuo constitucional, a nuestro presente o al menos, en todo caso, al suyo.

1.5. *Ilustraciones someras: prensa, jurado y common law*

La principal aportación del *Bill of Rights*, el libro, es a mi juicio la percepción del alcance de la llamada incorporación respecto a la posición constituyente de los derechos y el repaso refinado, como dice, de los mismos entre orígenes, entre primer y segundo acto que tal vez debieran invertirse. No voy a seguirle a todo lo largo de su recorrido. Para eso está el propio trabajo, el libro mismo, no vaya a suplantarle el comentario y encima sin privarse de la crítica. A fin de que pueda apreciarse la entidad del aporte en dicho extremo de la gestación de un *Bill of Rights*, aunque siempre incierto, a la altura de los años sesenta del siglo XIX y no con anterioridad, voy a contemplar un par de apartados de diverso carácter, el de un derecho de libertad, la de expresión mediante la prensa, y el de una garantía de institución, la del jurado. Comienzo por lo primero, por el segundo derecho que hemos visto comparecer, tras el de libertad religiosa, en el primer artículo ahora de un *Bill of Rights*, la primera enmienda, *the freedom of speech* incluyendo *the press*, la divulgación de la expresión por escrito e impreso. Veamos sumariamente.

Dejemos al margen, pues no superan el contraste con la evidencia histórica, las visiones que ven allí, en origen, una libertad

individual de expresarse. Se trataba de bastante menos, de una limitación de poder federal mediante un derecho comunitario de las mayorías. Pudiera ser incluso algo todavía de inferior grado. Respecto al capítulo de la prensa, esto se ha puesto de relieve con respaldo en este caso de la evidencia histórica ⁽²⁶⁾. *Freedom of the press*, libertad de imprenta, había de significar entonces lo que supusiera para el ordenamiento establecido en el momento constituyente de la enmienda, esto es, según se refleja en los propios textos constitucionales, para el derecho inglés o *common law*, donde la facultad susodicha tan sólo constituía proscripción de censura, exclusión de intervenciones preventivas, sin ningún requerimiento de limitación para las represivas que pudieran fácilmente redundar con su severidad en la disuasión llana del ejercicio sobre todo en los campos religioso y político. La limitación federal estaría a su vez limitada dejándose así un amplio espacio a la intervención judicial e incluso a la legislativa. El mismo Congreso federal al que se dirige la primera enmienda, siempre que no entrase en el terreno de la censura previa, podría todavía actuar. De hecho lo hizo enseguida con una legislación antisediciosa que, conforme a la categoría inglesa de libertad, cabría sin mayor problema. Amar no niega realmente nada de esto, pero entra en matizaciones desde un inicio.

En la enmienda primera, entre libertad religiosa y la de expresión por delante y libertades de reunión y petición acto seguido, por mucho que no se declarasen como tales, con esta compañía más cercana limitando poderes, el registro de la libertad de imprenta no podía tener un sentido tan extremadamente limitado. Ya desde entonces, desde un inicio, presenta una potencialidad muy superior a la del *common law*, del cual también se distancia por su alcance comunitario en manos de las mayorías en los Estados. Para el mismo derecho inglés podía tener entonces una implicación relativamente más individualista, lo que luego podrá recobrase por parte de los Estados Unidos. Entre prácticas de los Estados particulares fuertemente lesivas de las libertades registradas en la primera enmienda y el añadido de una federal, la décimo cuarta, de compromiso cons-

(26) LEONARD W. LEVY, *Emergence of Free Press*, New York, 1985, que es versión revisada y ampliada de su *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History* (1960).

titucional para con los derechos de las personas, entre lo uno y lo otro corre toda una historia de reivindicación libertaria a favor de los individuos y de las minorías frente a las imposiciones de las mayorías. Esto también se constitucionaliza por dicha nueva enmienda con la transformación consiguiente del derecho de referencia, la libertad de imprenta, así ya no expediente político de mayorías, sino garantía constitucional de minorías comenzándose por la mínima de todas, el individuo mismo. Frente al poder federal, las libertades eran una cosa; frente a todos los poderes, resultan otra (pp. 159-161, 223-224 y 231-246). Ahora pueden ser principios constituyentes aunque la actuación de tal alcance no se afrontara con franqueza o se solapase de dicho modo bajo la forma de enmienda.

La transformación también afecta al orden institucional mucho más allá de lo que los textos expresan. Ocurre en los dos orígenes, en el primero como en el segundo. Buen índice es el jurado que cobra desde un inicio una significación constitucional muy superior y también distinta a la que tenía en el *common law*. Se convierte en forma de determinación de ordenamiento como contrapeso directo de unos poderes legislativos que así radicalmente se limitan ⁽²⁷⁾. Amar abunda y recalca (pp. 81-118 y 269-274). Habría una verdadera *jury review*, una revisión por los jurados antes que por los jueces, de la legislación y otras actuaciones públicas con el recurso en manos de las mayorías locales como reforzamiento institucional decisivo de las respectivas comunidades. Subrayemos que esta ahora llamada *jury review* podía interesar al amparo de derechos incluso frente a ley, al menos para los sectores establecidos, en grado superior y de modo más eficaz entonces que la revisión por jueces ⁽²⁸⁾. Tal sería en todo caso la significación originaria primordial de la presencia del jurado expresada por lo demás en las primeras

⁽²⁷⁾ Con capítulos ambos sobre la significación constitucional del jurado, J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, I, *The Authority of Rights*, Madison, 1986; SHANNON C. STIMSON, *The American Revolution of the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton, 1990.

⁽²⁸⁾ Para relativización actual de la llamada *judicial review*, la central sin jurado, respecto a la historia, CHRISTOPHER WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-made Law*, New York, 1986; ROBERT L. CLINTON, *"Marbury v. Madison" and Judicial Review*, Lawrence, 1989.

enmiendas más pálida y limitadamente pese a la propia insistencia y al registro expreso del *common law* (29).

La institución del jurado, con toda su potencialidad de cara incluso a la ley, pudo llegar a ser al menos en algunos Estados una plaga no muy distante del vigilantismo o matonismo y del linchamiento para unas minorías y para los individuos no identificados con las corrientes dominantes o no pertenecientes a las mayorías o sectores que, siéndolo o no, contarán con la clave de los poderes. En el contexto original de las primeras enmiendas, de aquel presunto *bill of rights* con minúsculas, no es cosa todo esto que contrastara o que tuviera que parecer contraria al propio constitucionalismo, mas sensación y opinión adversas crecerían desde luego entre las víctimas, entre quienes no se resignaban a dichos apoderamientos sociales. El jurado no cumpliría en su caso ni una función de garantía propia del *common law*. Todo esto se experimentaba y debatía antes de la enmienda décimo cuarta. A ello también vino, aunque tampoco es que lo exprese de una forma mínimamente paladina. El texto no siempre ofrece la pista. Si nos redujéramos, a fuer de textualistas, a la lectura exclusiva del estricto corpus constitucional, hay claves que se nos escaparían. Por eso estamos comentando el *Bill of Rights* de Amar y no directamente el texto en bruto.

Con la suma del nuevo texto, con la enmienda décimo cuarta, igualmente se produce la transformación respectiva, la ya sabida. Hemos visto que habla de *due process of law*, debido proceso de derecho, donde venía comprendiéndose, conforme al *common law*, el jurado en posición cardinal. ¿Se entiende ahora incluido de igual forma, con el mismo alcance? Si es así y con su importancia, ¿por

(29) Amendments VI y VII: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district where the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law (...); “In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States than according to the rules of the common law”, esto además de la enmienda quinta ya citada. Y antes en la misma Constitución, art. III, sec. 2: “(...) The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury (...)”. Para las garantías procesales frente a poderes, inclusive el judicial, tratamiento más específico y crítico que en *The Bill of Rights* ofrece el propio A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure*, con especial incidencia en el jurado.

qué no se especifica? Si resulta de otro modo y con sus implicaciones, ¿por qué no se puntualiza? Estamos siempre con las dificultades de la incertidumbre de referencia del *bill of rights* federal y de resultados del *Bill of Rights* común. También puede haber incerteza respecto al *common law*. Amar aprecia su recuperación de signo constitucional, lo que más concretamente supondría la revitalización de los *Commentaries* de Blackstone, pero también existía una tradición del propio ordenamiento inglés menos favorable a derechos y la indudable conexión blackstoniana pudiera ser ahora problemática a los concretos efectos constitucionales. Contaba el *common law* con su propio *bill of rights* que tampoco lo era en origen y que dudosamente lo representaba en América aun teniéndose por recibido ya con el nombre desde tiempos de dependencia. Que este ordenamiento, el *common law* de tradición inglesa, fuera uno de los factores genéticos del constitucionalismo estadounidense, no significa ni que respondiera a un signo inequívoco ni que se mantuviese inalterado con la concurrencia de libertades ⁽³⁰⁾.

A nuestros efectos, podría hacerse la comprobación respecto a la cuestión básica del sujeto de libertad que en la obra de Blackstone es *the individual* y no en cambio, como en la enmienda, *the person*, significando allí esto otro la condición jurídica conforme a posición social ⁽³¹⁾, y resultando de este modo todo ello más propio de tiempos de discriminaciones institucionalizadas que de libertades comunes, como en los textos estadounidenses primeros al fin y al cabo. Esto ya lo hemos constatado. Amar sabemos que no se ocupa de este núcleo antropológico, pero la relativa discontinuidad constitucional desde el origen que ha observado con el *common law* en relación a la prensa como libertad podría también haberla detectado respecto al jurado

⁽³⁰⁾ JAMES R. STONER JR., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence, 1992, interesando también la *Constitutional History of the American Revolution* de J.P. REID, particularmente el primer volumen ya citado, *The Authority of Rights*, y el cuarto, *The Authority of Law*, Madison, 1993.

⁽³¹⁾ WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. A facsimile of the first edition of 1765-1769*, Chicago, 1979, libro I, *Of the Rights of Persons*, capítulo I, *Of the absolute Rights of Individuals*, como categoría además así primera *the person* pese a la calificación de *absolute* para derechos del *individual*, habilitándose y discriminándose por la condición social para la propia determinación del sujeto de libertad.

como garantía y con carácter finalmente más general. No lo hace así. Y expreso una duda. ¿No es la compatibilidad primera entre dos sentidos contrarios de *person*, el de hombre tanto libre como no libre, *person* sin más, la *free person*, y *person held to service*, el esclavo ⁽³²⁾, y el mantenimiento ulterior del término, habiendo a la vista alternativa, en este curso textualista, no es ya esto una señal de hipoteca no saldada enteramente por una enmienda como la décimo cuarta? Todavía veremos, pues aún, salvo para el alcance de un término, el de *person*, ni hemos hablado de la esclavitud.

En todo caso, mediante tal movimiento de enmienda y tras la historia habida, el jurado recobra su sentido de garantía de derechos de libertad más característico del *common law*, aun con el tracto de sus restricciones, y menos del primer constitucionalismo estadounidense, al tiempo que se manifiesta como no tan funcional por estos lares americanos a tal determinado efecto garantista de cara ampliada a la generalidad de la población. Y esto también interesa neurálgicamente a una libertad como la de prensa. Tras la enmienda décimo cuarta, para minorías y para individuos no identificados con los sectores dominantes, para el caso concreto de la contramayoría que es siempre piedra de toque del constitucionalismo, unos jueces federales, a pesar de que tampoco es que vinieran precisamente distinguiéndose por la sensibilidad para con los derechos, podrían ofrecer comparativamente mayores garantías que unos jurados vecinales. Podemos estar, más que en ultramar, casi en las antípodas del origen constitucional por efecto de la inversión de las confianzas y desconfianzas

(32) Lo hemos visto en el texto primero, el de la Constitución, *free person* computando como unidad a efectos representativos y contributivos mientras que el esclavo menos identificado, *other person*, contando como tres quintos que así potencian, sobrerrepresentándose en la Cámara de Representantes, la presencia federal de la misma propiedad esclavista (art. I, sec. 2), a lo que también en origen mira la paridad de representación de los Estados entonces directa en el Senado (art. I, sec. 3) y que, en cuanto que paritaria, el art. V, el de enmiendas, declara intangible; el carácter constitutivamente interestatal de esta cámara llega hasta la enmienda XVII, ratificada en 1913. Voy añadiendo detalles porque vayamos apreciando en el propio texto una presencia esclavista que habremos por supuesto y enseguida de considerar. *Person held to service* ya también lo hemos visto en dicho mismo origen textual, el de la Constitución, como condición tan *personal* que niega legitimación para el amparo judicial fuera incluso de la jurisdicción del Estado esclavista (art. IV, sec. 2).

que inspiraron los primeros textos. Fueron antifederales en el sentido de proestatales y ahora pueden cambiar las tornas.

Seguimos en el curso y el tracto de un mismo constitucionalismo que no procede únicamente de evolución y acomodación del *common law*. En su genoma, hay genes más liberales incluso ⁽³³⁾. Potencian no sólo derechos de libertad, sino instituciones de garantía además. También por las mismas filiaciones y adaptaciones podían arrastrarse servidumbres a las que ahora se les ha lanzado la carga en profundidad de una enmienda sin formalizarse ruptura. No hay solución de continuidad en el propio orden constitucional desde un origen de tracto textual. Y esto representa un extremo nada marginal ni desdeñable. Es base y médula con las que no se enfrenta *Bill of Rights*, el libro ni tampoco desde luego, si es que existe, un texto de tal nombre. Amar lo que explica es el alcance para el jurado, la prensa, otros derechos y todo el conjunto de ellos, esto como Constitución, *Rights as Constitution*, la verdadera común de los Estados Unidos, sólo ahora y no antes. Ya es mucho. Pero habrá más. Hay la servidumbre que en esta fase de segundo acto y primera importancia se produce y arraiga, una hipoteca finalmente. Llegamos al meollo.

2. Reconstruction: *el Bill of Rights como deuteronomio*

I have been frequently asked how I felt when I found myself in a free State.

A menudo me preguntan por mis sentimientos tras lograr huir hasta un Estado sin esclavitud.

FREDERICK DOUGLASS (1845)

Reconstruction es término antonomásico por estas latitudes americanas para la reintegración y recuperación de los Estados Unidos, y en especial de los que habían defendido la esclavitud y fueron derrotados, tras la guerra que comportara la abolición.

⁽³³⁾ Es evidencia bien adquirida incluso en un contexto republicano desde BERNARD BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., 1967, y reforzada en dicho ámbito, frente a la reacción antilibertaria que no es todo el republicanismo historiográfico, desde FORREST MC DONALD, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*, Lawrence, 1985.

Entendido así, es asunto del que ya nos hemos ocupado, pues la enmienda décimo cuarta fue posible por ese mismo acontecimiento y desenlace de carácter bélico. Akhil Amar en efecto lo trata dentro de su segunda parte. Sin embargo, creación y recreación, construcción y reconstrucción, no son momentos que tome por mi parte exactamente en el mismo sentido que él por la suya. Incluso la fase creativa puede ser que venga en un segundo lugar con el problema entonces de que exista uno primero guardándose la secuencia. Venimos ya detectándolo. Hasta tal punto esto puede ser así que, si no hubiera *incorporation*, no habría *Bill of Rights*; si no hubiera enmienda décimo cuarta, no habría, tal y como se origina, reproduce y presenta, Constitución común en los Estados Unidos.

Aunque Amar de lo que hable es de *new birth* y de *rebirth*, de renacimiento y casi de resurrección (pp. 284-294), crearse y no con exactitud recrearse el mismo *Bill of Rights as Constitution*, el billete de los Derechos como Constitución estadounidense, será quizás ahora, en los años sesenta del siglo XIX, y no en origen, no en 1789, cuando ocurra. Puede así que tengamos todo un deuteronomio, algo que, superponiéndose como estrato superior de un palimpsesto entre textos, podría ser lo verdaderamente normativo para el curso ulterior y hasta hoy en el caso de este constitucionalismo. El génesis pierde importancia si no acaba de crear el mundo o más todavía si resulta un arranque frustrado. Mas puede también seguir siempre pesando si la creación definitiva, la que verdaderamente cuaja, no hace tabla rasa y se plantea como tal, sino que lo hace como recreación que además se presta al recreamiento, a un recreo en el que tal vez al final participemos. Está todavía por ver si todas estas aventuras y desventuras constituyentes en América nos alcanzan e interesan a quienes andamos por Europa sin ser estadounidenses ni tampoco proponérselo.

2.1. *Punto de partida definitivo: la esclavitud abolida*

“Such bills (of rights) generally begin with declaring that all men are by nature born free. Now, we should make that declaration with a very bad grace, when a large part of our property consists in men who are actually born slaves”. Tal género de declaraciones, las de derechos, comienzan por lo común sentando que todos los hombres

nacen iguales por naturaleza, así que con menudo malaje vamos a hacerla nosotros cuando buena parte de nuestra propiedad consiste en hombres nacidos realmente en la esclavitud, he aquí la clave que podía advertirse desde un inicio (p. 294). Cabía hacerse la observación perfectamente por aquellos tiempos entre las primeras enmiendas y la décimo cuarta o más bien la décimo tercera que es la que acababa de proceder, mediante ratificación de 1865, a la abolición de la esclavitud con su primera sección: “Neither slavery, nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”. Ni en los Estados Unidos ni en lugar alguno bajo su jurisdicción podrá haber esclavitud ni trabajo no voluntario salvo esto como pena por convicción de delito mediante proceso debido. La clave de la abolición tampoco representa hoy ningún secreto, pero mérito de Akhil Amar es la recuperación de la evidencia para explicación de la historia e inteligencia así de Constitución. El *Bill of Rights* con mayúsculas por constitucional y por constituyente era imposible sin más mientras que se mantuviera la institución de la esclavitud. Ya hemos visto que, existiendo, no cabía ni la categoría de *person*, persona, como individuo y así sujeto posible de libertad.

Ya por la enmienda de la abolición, por su sección segunda, se apoderaba al Congreso federal para proceder legislativamente como si quedara con ella sentada la base constitucional común de los derechos frente a los Estados, pero, pese a intentos, no fue éste el entendimiento que se impuso e hicieron falta más enmiendas. Se sumará una décimo quinta que habrá también de contemplarse. Todas se verán en la precisión de repetir el apoderamiento del Congreso ⁽³⁴⁾. Establecida con su valor constitucional la primera de la serie, la décimo tercera, la justicia no necesitaba habilitación, pero precisaba un impulso que podía procurar la ley. Unas jurisprudencias, no solamente las propias de Estados esclavistas, sino también la federal, venían avalando la esclavitud y sus secuelas, que las había a la contra del propio constitucionalismo. No sólo es que no pudiera

⁽³⁴⁾ Amendment XIII, sec. 2: “Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”; XIV, 5: “The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article”; XV, 2, igual que XIII, 2.

predicarse francamente un principio de libertad para premisa de la abolición. Era también que, en un contexto de formulaciones de derechos, el esclavismo obligaba a las prácticas más represivas y además a las preventivas, las menos constitucionales, frente al ejercicio de libertades comenzándose por todas las registradas en la primera enmienda federal. He ahí el factor corruptor de aquel constitucionalismo todo, también del federal con sus dependencias territoriales, entonces importantes, e incluso de los propios de los Estados no esclavistas. Las mismas posibilidades de formación de una ciudadanía estadounidense, con pie en la Constitución ⁽³⁵⁾, se habían neutralizado por un apoyo jurisprudencial que llegara al extremo de la denegación de acceso a la justicia suponiendo presunción de esclavitud por la apariencia del color con cierta base constitucional esto también ⁽³⁶⁾.

“The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude”. El derecho al voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no será denegado ni reducido por los Estados Unidos ni por ningún Estado suyo en base a raza, color o condición previa de servidumbre. Es la sección primera de la enmienda décimo quinta, ratificada en 1870, tercera y última de la serie que en pocos años concluye con la esclavitud y,

⁽³⁵⁾ Art. III, sec. 2: “The judicial power shall extend (...) to controversies (...) between citizens of the different States (...)”; art. IV, sec. 1: “Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other State (...)”; sec. 2: “The citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several States (...)”; sec. 4: “The United States shall guarantee to every State in this Union a republican form of government (...)”; art. VI: “(...) The Constitution, and the laws of the United States (...), shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)”; todo esto además del uso ocasional de la expresión de *citizen of the United States* en capítulos también de ciudadanía común como los electorales de legislativo y ejecutivo.

⁽³⁶⁾ Art. IV, sec. 2 ya citada: “(...) No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due”, diciendo lo de cierta o relativa porque cabía desde luego la contraposición de la también citada sección cuarta del mismo artículo: “The citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several States (...)” sin acepción alguna, tampoco de color.

una vez que la primera del lote, la décimo tercera, no ha bastado, viene a extraer algunas consecuencias. Así las cosas, a efectos constitucionales la intermedia, la décimo cuarta, resulta la más importante por ser la que permite el nexo con las primigenias, las de 1789, y la metamorfosis del *bill of rights* original en el *Bill of Rights* definitivo al menos hasta hoy.

Digo esto de lo definitivo porque no ha habido ulteriormente otras reconstituciones similares respecto a otros elementos aparte éste más extremo de la esclavitud. Otra cosa se ha pretendido, pero careciéndose de la evidencia al efecto primera, la textual de orden estrictamente constitucional ⁽³⁷⁾. Que quedaban todavía pendientes no afrontados con dicho alcance reconstitutivo lo acusa la propia enmienda décimo cuarta en cuyo texto más extenso se produce por esta sucesión de documentos constitucionales la primera aparición expresa de la exclusión por sexo y la reiteración de otra que ya se registraba en la Constitución primitiva, la de antaño y de hoy ⁽³⁸⁾. Se habla ahora, en la sección segunda de la enmienda décimo cuarta, de *male inhabitants* y de *male citizens*, habitantes varones y ciudadanos varones, para el descarte así explícito de las mujeres, y a análogos efectos excluyentes se hace también referencia a *indians non taxed*, indios no contribuyentes ⁽³⁹⁾. Y no es lo único que lastra este

⁽³⁷⁾ B. ACKERMAN, *We the People*, II, *Transformations*, para quien el *New Deal* o política social de los años treinta del siglo XX produce una mutación constitucional, una tercera a sumarse y mediante la que corregirse la primera fundacional y la segunda reconstitutiva, la consecuente con la abolición, ésta con el efecto final de favor a derecho del individuo centrado en la propiedad, ya no esclavista, sin cabida para tal género de política.

⁽³⁸⁾ Como normas igualmente constitucionales, las enmiendas suelen encontrarse por extenso en las ediciones de la Constitución de los Estados Unidos. A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, pp. 309-312, reproduce las diez primeras y la décimo cuarta también completa, el conjunto que más se acerca a tal cosa incierta, el *Bill of Rights*. En ediciones de *Declaraciones de Derechos* suele incluirse como la estadounidense sólo la decena inicial de enmiendas, como si no existiera *incorporation* o lo que sea que realmente genera este *Bill of Rights*.

⁽³⁹⁾ Amendment XIV, sec. 2: "Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indian non taxed. But when the right to vote (...) is denied to any of the male inhabitants (...), the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole of number of male citizens (...)"

momento realmente generativo del *Bill of Rights* con mayúsculas. Akhil Amar mira a lo primero, a la creación que tiene por recreación, más que a lo segundo, a la implicación generativa. En base y gracias a su misma exposición, digamos primero de los derechos y luego de los sujetos, no sólo así, como tales, de los afroamericanos.

La abolición de la esclavitud es un pie forzado de todo este replanteamiento constitucional solapadamente constituyente y finalmente fundacional. No fue integral ni coordinado ni siquiera para su capítulo de superación de la lacra. Su propia sucesión de fases, el encadenamiento entre la enmienda décimo cuarta y la décimo quinta por la deficiencia sobrevinida de la décimo tercera, produce desarticulaciones y vacíos entre derechos. De allí parece que procede la consolidación de una distinción escindiendo entre los civiles y los políticos, *civil rights* que resultan algunos públicos, como los de expresión y reunión, y otros que también lo son, como los de participación, *political rights*, y facilitándose la sustracción precisamente de éstos (pp. 216-218, 258-261 y 269-274). Tal y como si no fueran libertades humanas inmediatamente activables con la cancelación de la esclavitud y pudieran entonces concesivamente dosificarse, se introducen diferencias entre derechos como categorías distintas porque unos, los dichos civiles, se confieren así, más que se reconocen, con mayor facilidad que los otros, los participativos. Y con esto se arriesga o llega incluso a perderse una conexión que no dejaba de presuponerse por el conjunto de las primeras enmiendas, la de carácter comunitario que vincula estrechamente facultades de pensamiento y conducta con derechos de comunidad y participación. En este constitucionalismo, dado el tracto previo y también este origen definitivo, lo que no será fácil o resultará realmente difícil es que se produzcan planteamientos y prácticas más integradores de concepciones y ejercicios de unas libertades que así comienzan por tomarse como constitucionalmente dispensables.

Hay también así lagunas y nada secundarias. Obsérvese la forma reductiva como se ha definido la participación política por parte de la enmienda décimo quinta: *to vote*, mediante el sufragio. ¿No hay otros derechos de participación constitucional? ¿Y el de ser votado? ¿Y el de participar en la institución del jurado? ¿Y el de acceder indiscriminada y regularmente a funciones públicas? Hoy puede argumentarse que en la expresión de votar cabe entenderse la inclusión

de estas otras participaciones o al menos, pues en él se delibera y vota, la del jurado (pp. 273-274), pero entonces, aun cuando se pretendiera el derecho, no se entendía en el texto. El *right to vote* de la enmienda décimo quinta va en singular y no en plural porque sólo se refiere al sufragio. No se había declarado por este texto un derecho más integral de participación constitucional. Es además cosa que se podía distinguir y escindir de los derechos civiles declarados en la décimo cuarta. Cabía diferenciarse y discriminarse entre el *civil right* a ser juzgado mediante jurado y el *political right* a formar parte del mismo como si esto otro fuera constitucionalmente secundario.

La exclusión tanto en jurados como en legislaturas y en toda la serie existente de nomenclaturas sería un recurso aplicado a fondo con efectos todavía no muy dispares a los de degradación más generalizada de derechos que produjera la esclavitud. También era algo constitucionalmente factible. Cabían las prácticas más segregacionista incluso por medios federales en teoría más comprometidos con las enmiendas décimo cuarta y décimo quinta (40). Akhil Amar se muestra consciente de todo esto, pero no se plantea ni afronta la responsabilidad del procedimiento de enmiendas y de la forma como se produjeron las de un definitivo arranque para la propia concepción y práctica de los derechos de libertad. Para abolirse la esclavitud y con el encadenamiento de enmiendas, comenzaba por partirse de la autoridad constituyente de los esclavistas siguiéndose y así legitimándose su procedimiento constitucional de reforma sin espacio suficiente en orden a una reconstitución más propia.

2.2. *Presentación de los sujetos: varones blancos y demás*

También es Akhil Amar bien consciente de que las enmiendas finalmente fundacionales, las de la serie abolicionista y particularmente la décimo cuarta, no sólo interesan y alcanzan a una población afroamericana. Aparte ya la repercusión más generalizada en el campo mismo de los derechos, hay otros contingentes afectados, especialmente, por lo que Amar contempla, el de las mujeres, el de quienes no pertenecen al género *male*, el masculino. *Bill of Rights*, el

(40) DESMOND KING, *Separate and Unequal: Black Americans and the US Federal Government*, Oxford, 1995.

libro, no considera en cambio el caso de los *indians*, el indígena, aunque hemos visto que su presencia o más bien su ausencia no deja de registrarse por el *Bill of Rights*, la enmienda. Mas un interés suplementario bien apreciable de la obra de Amar es que advierta y trate la cuestión del género, el peso de la construcción social del sexo, en el terreno constitucional con ocasión y a propósito de la transformación que genera la enmienda décimo cuarta. Con razón subraya este particular de que afectara a más población que la afroamericana, comenzándose por la femenina (pp. 304-305, con referencia oportuna a circunstancias históricas personales). Lo hace desde luego a todos y todas por el alcance general que tiene, pero también en particular a otros sectores diferenciados de población.

La afectación viene del primer origen. Frente a la usual narrativa historiográfica del constitucionalismo que no entra a cuestionar los reconocimientos genéricos de derechos, Amar lo hace desde un principio. Aquellas comunidades locales especialmente reforzadas por el federalismo original y por el primero enmendado lo eran de varones blancos, *white males*, los sujetos de igual forma constituyentes de los Estados Unidos y de cada Estado. Ellos formaban legislaturas, jurados y todo el resto de las nomenclaturas. Eran los titulares y agentes de los derechos registrados en declaraciones estatales y enmiendas federales. Fueron quienes constituyeron. La inviabilidad a largo plazo del primer planteamiento constitucional también radicaba en tal reducción extrema de la población constituyente. Una minoría fungía de mayoría o lo era realmente para el constitucionalismo primero. Su identificación y delimitación como comunidad política toda no resultaba cuantitativa, sino cualitativa, de esta forma autoinstituida mediante Constitución. Ilustrando con la prensa y el jurado, he dicho mayoría debiendo decir minoría. Raza y sexo conferían fundamentalmente la credencial. Lo hacían no exactamente estos factores, pues el primero por sí ni tiene existencia, sino la construcción social de una tal apariencia, la racial, y diferencia, la sexual.

De origen, antes de que viniera a especificarlo la enmienda décimo cuarta, ya se entendía la exclusión constitucional de la mujer. Al principio, un término cual el de *person* y todas las formas pronominales en uso, en cuanto que referencia, si no todavía sujeto, de valor constitucional, podía entenderse sin mayor problema que hacía acepción de género, como *the man*, el hombre genérico. Igual

que el ser humano esclavizado, la mujer en cuanto tal podía entrar o no en el término de *person* según tuviera o no implicación activa y autónoma de derecho. Se le podía excluir sin necesidad de manifestarse. Dicha otra enmienda debió en cambio especificar: *male inhabitants* y *male citizens*, habitantes y ciudadanos varones. Ya no era tan pacífica la exclusión. De hecho venía relativizándose por empeño y pujanza de la parte interesada. Mujeres ya estaban ejerciendo unos *civil rights*, derechos públicos que no llegaban a la participación institucional pues el acceso seguía constitucionalmente cerrado y contra esto no bastan unas prácticas sociales.

Por ahí viene también gestándose la esquizofrenia entre derechos que podrá consolidarse inmediatamente tras la abolición de la esclavitud. Tras la enmienda décimo tercera, la abolicionista, presentándose enseguida la alegación de que el contingente de población emancipada accede entonces a los derechos personales y ciudadanos, a todos ellos, un argumento socorrido en contra es, como presunta evidencia, el de la condición de la mujer, la cual demostraría con su ejercicio efectivo de libertades la posibilidad de la distinción no sólo entre lo personal y lo ciudadano, sino también, dentro de lo segundo, entre lo civil y lo político. A tal composición artificiosa responde la misma sucesión de las enmiendas hasta la décimo quinta quedándose a su vez a medio camino. Son datos todos ellos que advierte Amar.

Aun con la superior exclusión formal de la mujer en los derechos de participación tras las enmiendas décimo cuarta y décimo quinta, la asimilación entre color y sexo mantuvo una operatividad. Se vuelve incluso a una suerte de equiparación. En 1920 la enmienda décimo novena garantiza a la mujer el sufragio, *to vote*, tan sólo esto ⁽⁴¹⁾. No es únicamente que también falten en este texto, pese a intentos, otras formas igualmente participativas, otros derechos junto al voto, sino además que no se registra constitucionalmente, a este nivel, un principio de indiscriminación por razón de sexo como el que la enmienda décimo quinta supone para la raza o el color, esta apariencia. Respecto a la mujer en cuanto tal, a este otro sujeto excluido en origen, no ha

(41) Amendment XIX, sec. 1: "The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex"; sec 2, igual que XIII, 2.

habido una reconstitución equivalente por vía de enmienda. Ha podido insinuarse y progresar por medio de una jurisprudencia de interés e incluso valor constitucional, pero esto es interpretación, no texto. Esto plantea también serios problemas de autoridad constituyente en unos tiempos que ya pueden ser, tras la enmienda décimo novena y no antes, de democracia ⁽⁴²⁾. A lo que ahora nos interesa, la abolición de la esclavitud ha sido con todas sus propias servidumbres, con toda su hipoteca, la reconstitución definitiva hasta hoy. Por ella se crea y por ella pasa el *Bill of Rights* actual con la ristra de incertidumbres que así arrastra.

Junto a la mujer, podría hablarse del trabajo que caracteriza, el que se presta por cuenta ajena. Entonces se asimilaban ambos supuestos, el femenino y el laboral, por un estado de subordinación antes doméstica o privada que pública o constitucional. Así ocurría en los Estados Unidos ⁽⁴³⁾. La comunidad política originaria, la constituyente, estaría formada por varones blancos y además propietarios o trabajadores por cuenta propia. Pero el punto no consta en unos textos, los constitucionales, a no ser que lo consideremos como la cara oculta y oscura del registro de la propiedad, *the property* que figura junto a la vida y la libertad tanto en la enmienda quinta como en la décimo cuarta, o que intentemos dar un sentido más general a expresiones que aparecen en la Constitución como *those bound to service for a term of years*, quienes se sujetan voluntariamente a trabajo por cuenta ajena sin reserva de libertad durante un espacio de tiempo, un estado que, afectando usualmente a población blanca endeudada por inmigración, podía asimilarse ocasionalmente, pero no confundirse ni siquiera transitoriamente con la esclavitud ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ De que no suele entenderse datada de este modo la posibilidad de la democracia en su relación misma con los derechos, puede ser también indicio la circunstancia personal de que no conozca, lo que no quiere decir por supuesto que no exista, una sola edición del *Bill of Rights* estadounidense extendiéndose a dicho único pronunciamiento constitucional de derecho de la mujer y haciéndolo así de paso, con la compañía de las enmiendas que vienen recibiendo esta superior consideración, algo más que un detalle de arrepentimiento.

⁽⁴³⁾ CHRISTOPHER L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, Mass., 1993.

⁽⁴⁴⁾ Art. I, sec. 2 ya citada: "(...) adding to the whole number of free persons,

En el capítulo propietario también se da la transformación (pp. 77-80 y 268-270), la ya sabida por virtud de la enmienda décimo cuarta. En origen, por las primeras, hay limitación de poder federal, pero no derecho de propiedad, el cual cuando se entroniza en realidad, como el primero además que se incorpora y hace valer judicialmente, es tras la abolición de la esclavitud. Ahora es cuando podría darse constitucionalmente dicha identificación propietaria, además de masculina, de la comunidad política con el arrastre incluso amplificado de la consecuente discriminación del trabajo por cuenta ajena. Pero, al contrario que respecto al sexo y aparte de que existiera realmente el problema ⁽⁴⁵⁾, el texto no da pie. También con su consecuencia, Amar no lo considera.

Hay otro caso registrado, éste sí textualmente, en aquellas enmiendas finalmente fundacionales, en la décimo cuarta concretamente. Ya lo hemos advertido, como también que Amar tampoco lo toma en consideración pese en el caso a la misma consigna documental. Bien consta ⁽⁴⁶⁾. Conviene contemplarlo pues complica y enriquece sumamente el panorama. Es un factor superior de incertidumbre. No resulta asimilable a los otros supuestos. Los *indian non taxed*, los indios no contribuyentes, son excluidos de la enmienda creativa de la ciudadanía estadounidense, la décimo cuarta, porque ni eran ciudadanos ni parece que quisieran serlo. Formaban pueblos, *peoples* en plural, con derecho propio. La exclusión ya figuraba con los mismos términos en la Constitución ⁽⁴⁷⁾.

including those bound to service for a term of years, and excluding Indian non taxed, three fifths of all other persons (...)", éstos últimos, *other persons* sin más identificación, los esclavos de quienes así claramente se distinguen dichos otros *bound to service*. Pueden a otros efectos asimilarse, como ha podido apreciarse en el pasaje también conjuntamente ya citado de la sección segunda del artículo cuarto: "No person held to service or labor (...)", donde *service* es en cambio esclavitud y *labor* tal otra forma de servicio también dicho. *Service* además comparece, sin posibilidad de equívoco, con la acepción de función o representación públicas.

⁽⁴⁵⁾ Comparativamente, como menos textualista, B. ACKERMAN, *We the People*, puede entenderlo clave viniendo por ello a dicha consideración constitucional del *New Deal*; como más, parece mostrarse escéptico A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, pp. 299-300.

⁽⁴⁶⁾ JOHN R. WUNDER, "Retained by the People": *A History of American Indians and the Bill of Rights*, New York, 1994; VINE DELORIA JR. y DAVID E. WILKINS, *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin 1999.

⁽⁴⁷⁾ Ha podido ya verse en el pasaje doblemente citado de la sección segunda del

Advirtamos la licencia de la misma creación ciudadana por parte de los Estados Unidos con su referida enmienda décimo cuarta: *all persons born or naturalized*, todas las personas nacidas o naturalizadas en su territorio siempre que hagamos abstracción, como entonces se hacía, de la presencia indígena que era primera y así se desplazaba y reducía. Hasta la ciudadanía por mero nacimiento bajo presión inmigratoria, esto que se entiende característico y hasta proverbial de los Estados Unidos ⁽⁴⁸⁾, es algo incierto, como todo el *Bill of Rights* resultante al fin y al cabo. Sólo parecen ciertas a nuestras alturas las mayúsculas en uso. Y para ello, para el capítulo indígena, no hay enmienda constitucional alguna de momento ni tampoco, no cabiendo asimilación con otros supuestos tratándose de pueblos, una jurisprudencia que pueda realmente suplir ⁽⁴⁹⁾. Son cosas todas éstas que Amar sencillamente elude. *Bill of Rights*, el libro, resulta menos definitivo que *Bill of Rights*, la criatura del segundo acto y hasta hoy, pues no hay tercero.

2.3. *Todo un trayecto: del pueblo al individuo y viceversa*

Nos importa la criatura e interesa por ello el libro, *Bill of Rights* uno y otro. Ofrece el último buenos elementos para reflexiones que trasciendan al caso estadounidense. Pone de relieve un doble momento, el comunitario y el libertario, en una historia constitucional que pudiera no ser tan privativa. También ilumina una ilación, la de los derechos precisamente, tal vez menos generalizada en el curso temporal de los diversos constitucionalismos. Esta misma relación entre fases implica que algo finalmente básico, el individuo como sujeto de libertad, esté presente desde un inicio y a todo lo largo de esta historia, al menos de la estadounidense, bien que con un valor tan diversificado

artículo primero: "(...) adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indian non taxed, three fifths of all other persons (...)", excluyendo *indians* e incluyendo esclavos para el cálculo de la representación de las *free persons*, las personas libres, varones blancos, así los esclavistas con premio.

⁽⁴⁸⁾ RUTH RUBIO, *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge, 2000.

⁽⁴⁹⁾ D. E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, 1997.

que su predicamento resulta en principio compatible no sólo con el despotismo de la mayoría que es además minoría, sino hasta con la esclavitud. La forma originaria de pensarse y actuarse la comunidad política, una comunidad de varones blancos, permite sobrentendidos claves no siempre luego presentes para la historiografía. La historia constitucional sigue teniendo mucho de apologética incluso de forma inconsciente con recursos tan sencillos como el de la lectura ingenua de los textos, comenzando por entender todo individuo cuando se dice, por ejemplo, *person*, o por no plantearse de frente el alcance de la expresión y sus implicaciones.

La imagen que por Amar se nos ofrece de la primera comunidad constitucional creo que encierra una validez trascendente al caso. Hay unos orígenes y unas derivaciones de los que no se tiene la exclusiva. Unos derechos de libertad de sujeto individual están de partida concebidos e incluso consignados, pero más bien como motivación en el sentido de legitimación de una estructura política que comienza por erigir a una minoría en mayoría. El sujeto de referencia, aun formulado genéricamente, no es el individuo y punto, sino una determinada materialización del mismo con cualificaciones bien entendidas como la de color y sexo. Así, con tales mimbres, se forma una comunidad constitucional para la que unas instituciones no sólo políticas como la parlamentaria, sino también judiciales como el jurado, pueden ser mecanismos e instrumentos de poder antes que funciones y garantías de derecho. Aunque tuviera y tenga curso el término, no hay cuestión de democracia ni puede haberla, salvo restricta, cuando se parte de una reducción tan extrema y constitutiva de la comunidad política activa, *People* o Pueblo, *Nation* o Nación y otros términos adornados con mayúsculas que, entendiéndose equivalentes, también se dijera y se diga ⁽⁵⁰⁾.

Los Estados Unidos partieron de unas bases de fuerte tejido y sentido comunitario bajo dicha conformación discriminatoria de toda una mayoría del propio pueblo o de lo que no lo era porque así que-

⁽⁵⁰⁾ B. CLAVERO, *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, pp. 11-40, para el sujeto, y 46-74, para el jurado. La cuestión prematura de la democracia me la plantea MAURIZIO FIORAVANTI en estos *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, pp. 405-408.

daba excluido del mismo, *We the People* en singular y con mayúscula. Partieron de unas formas también excluyentes de otros pueblos, *peoples* indígenas en plural. Naturalmente no tiene sentido, sin arriesgarse al ridículo fuera de la propia parroquia, un originalismo actual referido a dicho principio productor de los primeros textos. Mas tampoco es alternativa ya no digo para la historiografía, sino ni siquiera para el constitucionalismo, la invención de tradición en consideración de libertades. Se impide así la percepción de unos lastres constitutivos que, tracto mediante, pueden todavía estar gravitando sobre un presente. El individuo como sujeto de libertad que se proyecta en la historia puede y suele contaminarse de forma que dificulta su propia posición actual más constitutiva y menos discriminatoria. *Bill of Rights*, el libro, ofrece prueba de que la depuración historiográfica puede contribuir al esclarecimiento constitucional. A la contra lo es también de que la ficción, cualquiera que fuere, se acaba pagando, aunque sólo sea por la ceguera que inhabilita.

Ya no es mera motivación la presencia del individuo en la enmienda décimo cuarta. Ahí está efectivamente como sujeto de libertades para un *Bill of Rights* así constitutivo, mas no del todo mayúsculo por siempre incierto. Ni siquiera puede plantearse francamente. No quiere perderse el tracto con el origen de la comunidad de varones blancos que lo impedía. Y ello afecta no sólo a la estética, sino también al derecho de unos textos constitucionales y a su misma autoridad constituyente. Se sigue restringiendo el sujeto y discriminando entre libertades. Puede hacerse constitucionalmente, esto que aquí nos importa. La transformación en todo caso es de fondo. Con todos los problemas que se arrastran y los que encima se generan, ahora, tras la susodicha enmienda, existe el individuo y existen sus libertades a unos efectos no sólo legitimadores del sistema, sino también operativos del ordenamiento. También ahora se redefine la comunidad política en los términos de entrada más abiertos: *all persons*, todas las personas, y casi punto. Basta en principio con el nacimiento. ¿Dónde queda *the People*, el pueblo con mayúscula aunque fuera minoría, aquel colectivo de referencia del propio constitucionalismo y el agente bien efectivo, como comunidad de hombres blancos, de uno primero? He aquí también unos problemas.

A partir de la enmienda décimo cuarta, la desarticulación constitucional de los derechos, entre los *civil rights* y los *political*

rights, lo resulta también de la comunidad política a la que ambas categorías crucialmente interesan. No basta el individuo como sujeto para estructurarla. Y no son factores escindibles. La antropología constituyente afecta a la estructura constitucional desde un inicio ⁽⁵¹⁾, como seguirá haciéndolo. El pueblo que en principio había, el de fuerte impronta comunitaria, resulta luego insostenible aunque se resista a disolverse e incluso a desapoderarse. Se mantenía sobre discriminación, segregación y exclusión. Va perdiendo identidad y poder en la medida de unas superaciones, en el grado en que éstas llegan a plantearse y asentarse. No se trata en ningún caso de expansión progresiva de la comunidad constitucional primigenia integrando sucesivamente nuevos sujetos, esto más optimista que suele convencionalmente narrarse por la historiografía constitucional. Es un caso de sustitución nunca cumplida del todo. El pueblo originario resulta inviable. Estaba internamente afectado por los propios confinamientos y ostracismos, los que producía y le sustentaban. No sólo tenían un alcance privado, de privación de derechos personales, la discriminación por sexo, la segregación por color ni la exclusión por nación o naciones, las indígenas. Y no alcanzaban a todos los supuestos unos efectos beneficiosos y también retardados de las enmiendas definitivas, las que permiten la existencia, bien que siempre incierta, de un *Bill of Rights*.

Sobre todo lo último, el capítulo indígena, quedaba todavía fuera de agenda, igual que sigue. Entre *people* estadounidense y *peoples* indígenas no hay modo de formar una comunidad política cuando comienza incluso por faltar el momento constituyente del consentimiento común, la constituyencia entre constituyencias. Aun habiéndose practicado formas de articulación convenidas por iniciativa sobre todo indígena ⁽⁵²⁾, aunque también la Constitución federal excluía a *indians non taxed*, indígenas no contribuyentes, por entender a las *indians tribes*, a los pueblos indios, en una posición

⁽⁵¹⁾ JACK P. GREENE (ed.), *The American Revolution: Its Character and Limits*, New York, 1987; MARYANNE C. HOROWITZ (ed.), *Race, Gender, and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Rochester, 1992.

⁽⁵²⁾ FRANCIS JENNINGS, *The Ambiguous Iroquois Empire: The Covenant Chain Confederation of Indian Tribes with English Colonies from its Beginnings to the Lancaster Treaty of 1744*, New York, 1984; ROBERT A. WILLIAMS JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, 1997.

entre los Estados propios y los extranjeros más bien intermedia o incluso externa ⁽⁵³⁾, una política y una jurisprudencia, las estado-unidenses, entraron enseguida por los derroteros menos considerados bajo la contradicción más flagrante para la pretensión de constituir un pueblo en singular, *We the People* que proclamaba la Constitución, entendiendo que dicha misma mención un tanto neutra de los pueblos indígenas está apoderando sobre ellos a los Estados Unidos, parte y juez. Los tiempos de la abolición de la esclavitud y sus consecuencias constitucionales también dieron paso en este capítulo, pese a todas las enmiendas, al recrudecimiento de intervenciones sin consenso para una integración así desconsiderada con derechos no sólo de individuos sino también de pueblos ⁽⁵⁴⁾. A estos efectos no había constitucionalismo que valiera ni hay enmienda constitucional que valga. Ante el *Bill of Rights*, Akhil Amar hace visible el sexo junto al color, pero sigue cegado para la presencia indígena que, por ser de pueblos, así en plural, plantea un interrogante anterior y superior ⁽⁵⁵⁾.

Hay avatares del individuo, de los individuos, y los hay del pueblo, de los pueblos. No siguen el mismo curso. No lo hacen en el caso de los Estados Unidos abocando a un serio desequilibrio entre escenarios por más constitucional el de los primeros que el de los segundos o éste con diferencia el más incógnito. *We the People*, nosotros el pueblo, este sujeto político entronizado desde el origen primigenio del constitucionalismo federal, constituye hoy, presente y todo siempre en el texto, una referencia aún más incierta que la del

(53) Art. I, sec. 8, en cláusula, la tercera, ya aludida: “The Congress shall have power (...) to regulate commerce with Nations, and among the several States, and with Indian tribes (...)”, que es una segunda y última comparecencia indígena tras la de los *indians non taxed* ya vista, salvo luego la reiteración de enmienda XIV.

(54) Sidney L. HARRING, *Crow Dog's case: American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge, Mass., 1994; BLUE CLARK, *Lone Wolf v. Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln, 1994; JEFFREY BURTON, *Indian Territory and the United States, 1866-1906: Courts, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman, 1995.

(55) He ampliado algo las referencias por ser punto ciego bastante común o por quererse incluso elevar a principio constitucional una ceguera que llega a completa para la presencia indígena y se queda en visión de sombras para la afroamericana: ANDREW KULL, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge, Mass., 1992.

inexistente *Bill of Rights*. Son dos piezas fundamentales en el arranque que no encajaban entonces, más definida la primera que la segunda, ni encajan ahora, cuando ocurre la inversa. El orden de los factores altera el producto incluso cuando no parece que deba darse una jerarquía entre ellos, sino una relación de pareja por reconocimiento mutuo de partida y con continuidad. La posición final y completa de *Bill of Rights* por delante de *We the People* no afecta menos seriamente al constitucionalismo que la ordenación inversa de otra época porque ahora lo haga de distinta forma y con diversos efectos. Y la hipoteca obliga aunque se eluda el pago. Si no hay atención sobre la marcha, habrá ejecución con transcurso del tiempo. Tenemos gravámenes que están bien a la vista por los terrenos de una cultura jurídica que, como el cine, es de producción americana e importación europea.

Llega a producirse por dichos medios una grave quiebra y polarización entre libertarismo y comunitarismo como si hubieran de ser factores frontalmente incompatibles. ¿Es que cabe sin comunidad realmente libertad que no sea puramente negativa de inmunidades frente a poderes entonces ajenos? Se renuncia realmente a la articulación. Colectividad y autoridad constituyentes, las cuestiones básicas de constituyencia, son extremos teóricamente postergados y prácticamente neutralizados. Jurisprudencia doctrinal y judicial, ésta también al efecto sin jurado, está supliendo. A propósitos constitucionales e incluso a los constituyentes de derechos pueden estar rigiendo ahora más unas magistraturas y hasta unos profesorados que una constituyencia que se viene predicando democrática desde antes de la enmienda décimo novena. La misma jurisprudencia libertaria no encuentra posibilidades de textualizarse por vía de este procedimiento, el que dejara establecido la comunidad primigenia de hombres blancos a favor sobre todo del poder de los Estados, ni por medio de otras formas de autorización que pudieran resultar hoy más democráticas ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ A.R. AMAR, *Of Sovereignty and Federalism*, y *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, ambos en *Yale Law Journal*, 96, 1987, pp. 1425-1520, y 94, 1994, pp. 457-508; también del mismo, *Popular Sovereignty and Constitutional Amendment*, en Sanford LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, 1995. La admisión de

A estas alturas tampoco vamos a extrañarnos de que se eludan cuestiones básicas cuando el propio cuerpo político anda desarticulado sin posibilidad visible de vertebrarse por efecto muy directo del modo como ha venido integrándose sin solución de tracto mediante enmienda o arrepentimiento de dicha misma comunidad primitiva ⁽⁵⁷⁾. Dicho de otro modo, el problema no es el de existencia de ciudadanías compuestas y complejas, sino el de carencia de una constituyencia común por congregación de constituyencias varias. La dada ahí es la sabida, la originaria de varones blancos, la de este originalismo establecido. Tiene su lógica que el asunto, de no afrontarse de hecho, se hurte de derecho. No va a espantarnos a estas alturas otra prueba de que el constitucionalismo tiene puntos ciegos.

Lograremos ganancias y sufriremos pérdidas con la eventual influencia. Tenemos finalmente bien afirmado el principio del individuo humano y sus libertades, pero menos, bastante menos si algo, el de la comunidad política y sus poderes precisos para los derechos mismos ⁽⁵⁸⁾. ¿No está todo ello pesando más allá del propio ámbito del constitucionalismo estadounidense gracias hoy a la propia difusión que se granjea precisamente por registro y constancia de tal principio, el del individuo como sujeto de libertad? De algún modo, figura desde un origen. Con más certidumbre, lo tenemos ahora. Acompaña un resto que puede afectar neurálgicamente al individuo mismo. No voy a proceder ahora a un balance, pues mi conocimiento no alcanza, pero me permito, para ir saludando y despidiendo, una reflexión y un contraste antes de librar y concluir el presente comentario con el debido epílogo.

posibilidades más democráticas de reconstitución, todavía superior en B. ACKERMAN, *We the People*, colaborador igualmente de *Responding to Imperfection*, es motivo importante de la reacción crítica de L.H. TRIBE, *Taking text and structure seriously*. Ahora, A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, no incide en esto.

⁽⁵⁷⁾ B. ACKERMAN, *We the People*, viene a plantear el problema de la propia constituyencia por ausencia originaria de mujeres, afroamericanos e indígenas con la necesidad consiguiente de reconstitución aún pendiente, pero también a entender, con el olvido en este momento particularmente de los últimos o en realidad primeros, los indígenas, que las cooptaciones consecutivas están llevando a unos términos aceptables.

⁽⁵⁸⁾ Para muestrario y contraste nuevamente, R. DWORKIN, *Freedom's Law*, acen tuando lo primero a fuerza de torcer texto y eliminar historia.

2.4. *Constitución documentada y enmendada: texto y origen*

“The tale I have tried to tell in this book is, in some important ways, textual”. El cuento que relato es, más que nada, textual, nos dice Amar (p. 295). Texto ya sabemos que no hay, sino textos; ni origen, sino orígenes, lo que puede aseverarse en especial respecto a unos Estados Unidos por su propio sistema de producción textual. No es sólo que haya pluralidad, sino también que no hay singularidad. Cada texto es, si no legión ni multitud, variedad. Dado el federalismo constituyente y no sólo constituido, los textos se producen, no mediante acuerdo parlamentario y refrendo popular comunes, sino por medio de lo primero, una propuesta, y de las ratificaciones requiriendo debates de asambleas varias, las de Estados, pues no de *peoples*, los indígenas, y no bastando conformidad simple, con lo que ya puede añadirse de lectura creativa de texto en el mismo momento genético. Los textos en último o primer término resultan incluso, además de plurales, más orales que escritos. Así de plural es también el origen, el respectivo de cada texto ⁽⁵⁹⁾.

Texto tenemos y en su forma existe la Constitución misma. No hay otra. Si no es así del todo escrita, si no puede identificársele completamente con la escritura, se le tiene documentada y tal es su existencia. La realidad de la Constitución es el texto, un texto hecho de textos, aunque unos orígenes sean orales ⁽⁶⁰⁾. Inyectados ahora, parece que irreversiblemente, derechos nuevos en documentos viejos por jurisprudencia de la Corte Suprema, la federal estadounidense, ya no es tiempo de unos intentos por contraponer y superponer como Constitución no escrita especie alguna de derecho natural de libertades ⁽⁶¹⁾, sino que lo resulta de afrontar la complejidad misma de un texto como el constitucional viejo y nuevo,

⁽⁵⁹⁾ Son cuestiones que plantea con evidencias el propio A.R. AMAR, *Our Forgotten Constitution*, citado.

⁽⁶⁰⁾ JED RUBENFELD, *Reading the Constitution as Spoken*, en *Yale Law Journal*, 104, 1995, pp. 1119-1185, viniendo a considerarla como escrita, con agradecimientos, entre otros, a BRUCE ACKERMAN y AKHIL AMAR, colegas los tres en Yale.

⁽⁶¹⁾ Como muestra señalada de coyuntura en la que parecía peligrar la jurisprudencia federal de libertades, THOMAS C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, en *Stanford Law Review*, 27, 1975, pp. 703-717, abundando luego y matizando después: *The Constitution as Scripture*, en la misma revista, 37, 1984, pp. 1-25. Lo primero se convierte en material didáctico sin la contextualización precisa: JOHN H. GARVEY y T.

muerto y vivo, todo en una pieza, o poco menos, mejor o peor articulada.

¿Qué significa entonces el texto vetusto y complejo así actualizado y viviente? ¿Cómo se le entiende hoy? ¿La Constitución dice lo que dijo en su momento, incluso en su gestación oral de foros varios, o lo que manifiestan sus palabras hoy para el lector común o para el experto, para la ciudadanía o para la jurisprudencia, pues tampoco sería lo mismo? ¿Procede el originalismo o el actualismo? Podemos venir viendo que ninguno. Lo primero resulta imposible, además de conductor a evidencias demasiado vergonzosas para ser constitucionales, mientras que lo segundo es ficción y manipulación. ¿Qué cabe entonces? ¿Cómo nos manejamos con textos plurales que forman un texto singular, el constitucional, y que tienen por tanto que significar, para poder regir social y jurisprudencialmente, algo presentable y no contradictorio?

Comencemos por la cuestión del número. Igual que entre pueblo e individuos, la pluralidad y la singularidad, lo referido en singular, el texto, digamos que es la suma no refundida de lo dicho en plural, los textos, unas piezas nada clónicas e incluso potencialmente conflictivas. Mas no hay por qué cancelar ni disimular la variedad constitutiva. Constitución de los Estados Unidos de América no sólo es el documento que se produjera y sigue en pie con dicha específica denominación, sino el mismo y la extensión de sus enmiendas sin excepción alguna, desde las primeras de 1789 hasta la última de momento, la vigésimo séptima, de 1992, según y como no deja usualmente de editarse todo ello bajo la misma rúbrica de *US Constitution* o traducciones. Nada se toca con los añadidos, pero todo puede alterarse. Habrá que comenzar haciéndose cargo.

Hoy forma parte del texto constitucional estadounidense tanto la enmienda décimo octava que prohibía desde 1920 producción, tráfico y consumo de bebidas alcohólicas, como la vigésimo primera que en 1933 abolía a su vez la abolición. Ambos textos han sido texto y todavía lo son. Siguen justamente figurando en las ediciones completas de la Constitución neutralizándose entre sí, de tal modo vivos. ¿Dónde está entonces el origen para hoy? No hay prevalencia

ALEXANDER ALEINIKOFF, *Modern Constitutional Theory: A Reader* (1989), Saint Paul, 1994, pp. 103-115.

en derecho de igual rango, el constitucional, a no ser la temporal, primando entonces la segunda fecha, la más reciente. Para el conjunto, para el complejo, nos situaríamos en 1992, en la última enmienda que ha progresado. La lectura del palimpsesto, de esta formación de estratos antiguos solapados por los nuevos, tendría que comenzar por ser a la inversa, como la árabe o la hebrea. A partir de ahí, de nuestro mismo momento prácticamente, tendríamos que entender toda la ristra de textos formando texto. No es el origen, sino el destino, lo que ha de regir, al menos de entrada, si no por regla general, la lectura del conjunto, la del complejo que forma.

La inteligencia de un palimpsesto nunca resulta sencilla y menos la de uno como éste, el constitucional en general y el estadounidense muy en particular. No basta en su caso ni siquiera la linealidad inversa que puede resultar palingenesia directa, esto tan indeseable, por originalista, además de malsonante. Los estratos se entrecruzan penetrándose de forma que puede ser tanto fecunda como esterilizante y que con todo se presta en efecto a las manipulaciones más varias. De hecho, este constitucionalismo norteamericano, de buena o mala gana, ha de ser intra e intertextual. No puede proceder ni reducirse a la lectura corrida de un texto en marcha ninguna, en directa o en reversa, pues ha de comenzar por componerlo. En la composición consiste la propia tarea de su inteligencia. Igual que del originalismo cuando no se constituye y radicaliza como tendencia, puede decirse que la inter e intratextualidad es un hecho antes que un sesgo. El reto que se plantea entonces es el de adquirir conciencia para aquilatar tratamiento ⁽⁶²⁾.

Mas el propio conjunto textual crea problemas irresolubles para la composición más integrada del texto mediante la necesaria lectura no lineal. Sólo cabe relativamente. No puede casarse indisoluble ni pasablemente lo que se forma de piezas insuficientes, refractarias y algunas hasta inservibles. No es puzle, sino galimatías, ni laberinto, sino trampa. Basta leer a constitucionalistas estadounidenses manipulando jurisprudencia y otros materiales para rellenar huecos y conferir sentido a unos textos imposibles por andar sobrado de lo uno y escaso de lo otro. Tal es la composición. Recomposición realmente no parece que quepa de lo que no ha estado compuesto

(62) A.R. AMAR, *Intratextualism*, en *Harvard Law Review*, 112, 1999, pp. 747-827.

ni se produce para componerse. Ante la suficiencia artificiosa de intertextualismos varios, comiencese también advirtiendo que los fragmentos de Constitución, los textos integrantes del texto, sencillamente no encajan ni pueden ⁽⁶³⁾. Cabe añadirse que ante las carencias se opera mediante dicho uso hoy común de añadirse piezas espurias o al menos impertinentes, el de colacionarse selectivamente sobre todo textos jurisprudenciales como si fuesen de por sí constitucionales. El texto no basta, pero para eso está entonces la lectura, la que realmente lo genera aunque no lo reconozca.

Entremos entonces por la entrada, la del destino, no la del origen, ateniéndonos al texto. Conforme a la lectura inversa, comencemos por la enmienda que ha de ser, por última, la primera. Mas con ella y con el mantenimiento del tracto entre los textos, resulta que este palimpsesto constitucional nos gasta una broma no poco reveladora además de bastante pesada y nada graciosa. Enmienda de 1992 es propuesta de 1789, un texto literal de entonces sin alteración tampoco de una coma ni posibilidad alguna de cambio por origen no sólo material, sino también formal. El proceso de ratificación de la última enmienda ha durado todo este tiempo de más de dos siglos. Es un texto que figuraba entre las primeras de origen y que no ha cubierto hasta esas alturas de 1992 el requisito de la aceptación por una mayoría cualificada de los Estados. Mira al control ciudadano, interponiendo sufragio, de las retribuciones en las legislaturas federales ⁽⁶⁴⁾. Las últimas ratificaciones, las decisivas, han respondido a un repunte de la reacción frente a ese mundo del federalismo que presiona a los Estados. A su incitación ha concurrido el intento fracasado de una enmienda dirigida a establecer por fin el principio de no discriminación en derecho ninguno por causa alguna, inclusive la de sexo, en el seno de la ciudadanía. Fijaba un término de caducidad para las ratificaciones estatales y no las ha logrado. Es

⁽⁶³⁾ ADRAIN VERMEULE y ERNEST A. YOUNG, *Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism*, en *Harvard Law Review*, 113, 2000, pp. 730-777, alcanzando también, como Hércules, a DWORKIN, por su trabajo sobre *Hard Cases*, con figura de juez hercúlea, recogido en *Taking Rights Seriously*.

⁽⁶⁴⁾ Amendment XXVII: "No law, varying the compensation for the services of the senators and representatives, shall take effect, until an election of representatives shall have intervened", no diciéndose de elecciones al Senado pues los senadores se designaban entonces, como ya hemos recordado, directamente por los Estados.

broma sin gracia, pero tiene método. No es esta nueva reconstitución conforme a los derechos de libertad, sino aquella vieja desconfianza frente a las instituciones federales, algo de origen que parecía superado, la inspiración del texto que figura finalmente como estrato último en la superficie del palimpsesto para la lectura que habría de regir la inteligencia del complejo ⁽⁶⁵⁾.

De 1789 a 1789 pasando por 1992 y todas las fechas intermedias, hemos rizado el rizo, vuelto al origen así en singular nuevamente, como si se cancelara tanta historia que anda de por medio. Mas ya nos consta con creces que el viaje es infactible. No tiene retorno porque tampoco cuenta con la ida. No es que falten las alforjas, sino que ni siquiera hay trayecto. El originalismo usual del constitucionalismo estadounidense, el que no se profesa ni tampoco beligeramente como tal tendencia, se limita a presumir que las libertades de hoy se contienen en los textos de ayer pues la presunción la requiere el propio tracto constitucional. Dejad que los originalistas paladinos desentierren a los muertos resucitando y exponiendo la vergüenza de la comunidad primitiva ahora imposible, la varonil y esclavista. Tengamos la decencia de ignorarla hoy sin más. ¿Qué importa ahora tal origen? 1789 es 1992 y no la inversa. De esta forma el trayecto cabe sin pérdida de autoridad de los textos que integran la Constitución, desde *We the People* hasta la última enmienda. Ahí estarían las categorías germinales de las libertades actuales. A falta de enmiendas que las consagren como la frustrada del principio de no discriminación, la facultad constitucional de hoy, una jurisprudencia doctrinal o judicial, resulta la comadrona que no ha gestado con sudor a la criatura, pero que se ocupa con cariño de ella ⁽⁶⁶⁾. Todo este constitucionalismo nos gasta a su modo la broma, como si 1992 pudiera ser 1789 lo mismo que, según resulta, la viceversa.

¿Reiteramos pérdidas, servidumbres y lastres? Constituyen una hipoteca ruinosa por descompensada para el propio patrimonio, para todo un capital acumulado. El justo repudio de la comunidad

⁽⁶⁵⁾ B. CLAVERO, *¡Aún dicen que la democracia es cara!*, en *Derecho de los Negocios*, 26, 1992, pp. 13-15, sobre esta historia poco donosa de la última enmienda.

⁽⁶⁶⁾ Valga abusivamente, pues está tan anunciado el uso como confesado el abuso, la misma muestra del contrapunto, R. DWORKIN, *Freedom's Law*, sobre tal género de supuestos.

vergonzosa está implicando la renuncia a *We the People* o, tal vez mejor, *we the peoples*, nosotros y nosotras pueblos y personas constituyentes concurriendo sin mayúsculas. Si es necesario comenzar por rectificar el primer pronunciamiento, el que identifica el sujeto primero de la acción constitucional, no es posible ni plantearse con la previsión de que sólo cabe el añadido de enmienda bajo procedimiento además hoy prácticamente bloqueado. Las cuestiones de constituyencia por lo común ni se formulan (67). No hace falta hacerlo si 1789 puede ser 1992 y contamos con quienes saben resolver con la prestidigitación el entuerto. Estamos en manos expertas. Podemos confiarnos.

Así se crea el ambiente más favorable a la dependencia del reconocimiento y garantía de libertades, no de comunidades constituyentes, de la determinación democrática de los individuos en su ámbito, sino de grupos profesionales y sectores institucionales, de escuelas jurídicas y cortes judiciales. Así también se priman las inmunidades frente a los poderes respecto al acceso constitutivo a ellos, a la propia formación participativa de las instituciones a partir y en beneficio de las libertades, tal y como si ésta pudieran todavía limitarse o venir ahora a contraerse a una privacidad. Así consiguientemente acaba teniendo incidencia el propio libertarismo más en el mundo de la economía que en el de la política, aun no llegando ni acercándose a la exclusiva. Así en todo caso presiden, no los textos constitucionales exactamente, sino las lecturas jurisprudenciales, ya doctrinales, ya también o sobre todo judiciales. Así claudicamos por confiarnos. Los mismos textos que forman texto quedan a disposición no de sus teóricos productores, de unas constituyencias ciudadanas, sino de sus actuales manipuladores, de unos responsables judiciales y doctrinales del propio constitucionalismo. Con tracto y desenlace, la reconstitución es entonces la que resulta imposible en unos términos mínimamente democráticos.

Los textos son las lecturas, productos suyos incluso y más todavía cuando el transcurso del tiempo les ha privado sin remedio para hoy de todo sentido genuino. Si no cabe la renovación franca,

(67) Ya hemos dicho que B. ACKERMAN, *We the People*, lo hace, pero descartando finalmente el ejercicio a efectos prácticos de modo que no parece quedar pendiente para el volumen que falta, el de *Interpretations*.

la cuestión que procede es la de quién lee, la de quiénes tienen el poder de hacerlo. Son quienes bautizan sobre mojado, quienes dicen lo que significan las palabras dadas y gastadas, quienes producen 1992 sobre 1789. Para atravesar así el espejo, la credencial no la confiere la historiografía, la capacidad de recuperar origen, pero tampoco la jurisprudencia, la facultad de producir sentido. Ha de ser una cultura desde luego la que permita la lectura necesaria, pero no alguna especializada o restringida, sino la común ciudadana, la efectivamente compartida y experimentada por la misma agencia social de las libertades, la constituyente. El problema reside entonces en la forma como se manifiesta y acredita una vez que el procedimiento reconstituyente a mano, el de las enmiendas o de reforma, no está a la altura de los tiempos ni se encuentra realmente disponible. Es de por sí limitado y está además inoperativo o se halla prácticamente inoperante. Con todo el debate habido durante las últimas décadas en el campo no sólo doctrinal, sino también en el político, cruzándose y frustrándose propuestas de enmiendas de lo más variopintas, no consigue progresar ninguna planteada en nuestros tiempos y a sus alturas desde 1971 (68).

En todo caso, a falta de determinación y de autorización constituyentes, de ambas cosas, la jurisprudencia podría pensarse que debiera adoptar una postura más modesta de interpretación responsable no sólo de texto constitucional, sino al mismo tiempo e igualmente de cultura social o mejor de culturas sociales en plural, las constituyentes. Pero no parece que se encuentre precisamente dispuesta. No da muestras. El cuestionamiento de la autoridad propia es lo primero que rehuye la jurisprudencia cuando está eludiendo los problemas de constituyente como si los derechos se instituyeran por simple predicación. Una doctrina constitucional se construye sobre una jurisprudencia constitucional, constitucionales ambas, cuando la misma cualificación que comparten resulta problemática. Están supliendo y así suplantando la autoridad propia de la comunidad o comunidades

(68) Amendment XXVI, sec. 1: "The right of citizens of the United States, who are eighteenth years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age"; sec. 2, igual que XIII, 2. Para información sobre enmiendas incluyendo las frustradas se cuenta con JOHN R. VILE, *Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and Amending Issues, 1789-1995*, Santa Bárbara, 1996.

constituyentes y constituidas o por constituir. También inventan al componer los textos recomponiéndolos. Lo mismo que el *Bill of Rights*, la jurisprudencia constitucional, si no es toda sin más, la de todas las jurisdicciones y cortes o tribunales bajo Constitución común, tampoco existe o también es producto de la lectura, la experta desde luego. Ya no digamos de la inconsciencia de la doctrina que se presume constitucional sin el menor escrúpulo.

“This is a book written not just for lawyers and judges but for ordinary citizens who care about our Constitution and our rights. And here, I think, lies perhaps the strongest reason for offering and account of the Bill of Rights that takes text seriously”. Es éste un libro, nos advierte Amar (p. 296), que se ha escrito, no exactamente para juristas y jueces, para doctrina y jurisprudencia, sino para la ciudadanía común que se preocupa por *nuestra* Constitución y *nuestros* derechos, donde puede que resida, nos recalca, la razón más sólida para tomarse en serio el textualismo. Apreciado ya esto segundo, sopesemos lo primero ⁽⁶⁹⁾. Estimemos ante todo la sensibilidad que acusa al dirigirse, no a facultad o especialidad, sino a constituyencia, a la ciudadanía toda o más bien sólo a la propia, la *nuestra*, la suya con mi subrayado. Ahí, entre su conciudadanía, busca lectura, audiencia e interlocución. Entre sus previsiones, no se encuentra la de que pudiera haber un *we*, nosotros sin ir más lejos, más ancho que un *people*, su pueblo y además en singular.

⁽⁶⁹⁾ Recordemos también lo dicho de que AKHIL AMAR es autor, junto a ALAN HIRSCH, de *For the People: What the Constitution Really Says About Yours Rights*, prácticamente además en paralelo con *The Bill of Rights*. Según datos que tomo por internet de Amazon.com, el primero aparece en febrero del 98 y el segundo, el que venimos leyendo, en abril del mismo año. Pues no se pone en cuestión el pueblo destinatario, *For the People* podría haberse llamado *We the People* si no existiera con anterioridad no sólo el primer volumen de la serie en curso de ACKERMAN, sino también, al menos y más significadamente, el título de F. McDONALD, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, Chicago, 1958. También se tiene ahora, entre lo ya citado, M.J. PERRY, *We the People: The Fourteenth Amendment at the Supreme Court*. El subtítulo de MC DONALD aludía por su parte a un clásico de cuya introducción se ha encargado luego él mismo, CHARLES A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), New York, 1986, acentuando el peso de grandes intereses propietarios y comerciales. No ha reutilizado McDONALD el título de *We the People* en prosecciones propias sobre orígenes de la Constitución y no sobre ésta como origen, nuestro asunto.

Mal podía hacerlo cuando, respecto al propio *Bill of Rights*, a propósito de esta cuestión tan primera que puede interesar a cualquier individuo, a toda persona, no se plantea problema actual de constituyencia, esto entonces primerísimo. Con razón comete la inconsciencia de no advertir en título que el libro versa sobre los Estados Unidos de América sin sospecha al parecer ninguna de que ello pueda resultar procedente porque el asunto trascienda más allá del propio pueblo.

2.5. *Estaciones en vía muerta: España, 1869, y otras europeas*

Hay en la trayectoria del constitucionalismo estadounidense una valiosa originalidad indudablemente o tal creo. ¿En qué otro caso aparte de éste se produce con continuidad un registro textualizado de todo un canon constitucional, el hilo rojo de libertades, entre motivación y fundación con algún grado de actividad siempre, sea límite o principio? ¿En cuál otro existe secuencia y variedad de tratamiento entre extremos interesantes a tal base del constitucionalismo, la de unos derechos de libertad y su prevalencia última frente a ley y otros poderes por muy constitucionales que fueren? ¿No hay así constancia por aquella América en este ámbito jurídico determinado, para tal capítulo básico de los *rights*, de una cultura entre social y profesional que ha fallado en cambio por Europa y de la que ahora ésta se beneficia y no, como suele presumirse, al contrario? Esto parece sin duda ⁽⁷⁰⁾.

La cuestión es actual y ha sido también pasada. En los mismos años cuando se producía por los Estados Unidos la abolición de la esclavitud y comenzaba así aquel constitucionalismo a rehabilitarse públicamente también hacia el exterior con la generación definitiva de su *Bill of Rights*, el inexistente que cobra entonces no sólo cuerpo, sino también espíritu, en aquellos mismísimos años, por

⁽⁷⁰⁾ Es el punto justo de arranque de B. ACKERMAN, *We the People*, I, *Foundations*. Mas no conozco algún tratamiento en concreto del remozamiento doctrinal del constitucionalismo estadounidense tras la abolición de la esclavitud no menos o más decisivo, con su mismo hilo de continuidad, que el famoso de primer momento. Entre los volúmenes, como muestra, de Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law*, I, 1780-1860 (1977), y II, 1870-1960: *The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, 1992, la cuestión se escapa.

España se planteaba una reconstitución mirando en dicha dirección americana, y no a otra alguna en Europa, para adoptar la base debida de *Declaración de Derechos*. Se llega en la inspiración a la traducción. Cuerpo y también espíritu podían trasladarse. Por Europa puede ofrecerse caso que cabe entonces contrastar. Recorre su propio camino no poco significativo entre libertades y poderes, las primeras ya netamente concebibles como individuales en el propio terreno constitucional (71). No en su concepción, sino en su practicabilidad, estará por Europa entonces el problema.

“La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquiera otro no consignado expresamente”, dice la Constitución española de 1869 en un artículo, el vigésimo noveno, del título de las libertades, que es el primero, *De los españoles y sus derechos*. “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”, había dicho unas décadas antes la enmienda federal novena de los Estados Unidos. El intento español iba en serio y por ello ahora se copiaba. No se hace al pie de la letra. Hay diferencias en el texto y también, alcanzándolo, en el contexto. No existe aquí el federal, con lo que el pronunciamiento no cabe que se hiciese ni entendiera a favor de unos poderes como allí los estatales. En la copia española, la reserva es claramente, sin posibilidad de equívoco, en beneficio de los derechos del individuo.

¿Es ésta la razón de que no se le diera traducción al término del pueblo, *the people*? ¿No podía mantenerse como expresión ahora de la comunidad política que así reconocía y garantizaba libertades? ¿No estaba ya cobrando en los mismos Estados Unidos una significación compatible, aparte desencajes, con la posición como sujeto del individuo o incluso potenciadora del mismo? ¿Por qué realmente, teniéndose a la vista y pudiendo guardar un sentido, no se incluye? Literalmente, en tal pronunciamiento español, en esta traducción, no hay identificación alguna de sujeto, ni individual ni colectivo. Si he dicho que es el individuo es porque se desprende, sin

(71) B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo y razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 129-158.

género posible de dudas, del registro constitucional de derechos donde se contiene, dicho título primero ⁽⁷²⁾.

El trasplante provoca síntomas acusando problemas similares, inclusive el de la persistencia de esclavitud en las colonias para lo que la Constitución, su título décimo, tan lejos del de los derechos, tiene sus previsiones bien ajenas en principio a algún compromiso abolicionista por motivo de libertad, afectando con la inhibición, cuando menos, a toda la población no metropolitana: “Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar, cuando hayan tomado asiento los Diputados de Cuba o Puerto Rico, para hacer extensivo a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución. El régimen por que se gobiernan las provincias españolas situadas en el Archipiélago filipino será reformado por una ley”. Esto es el título entero. La disponibilidad política de los derechos es todo su contenido. Y tampoco es que esto chocara de frente con el título de los derechos, cuyo artículo último, aun con plazos y otras precauciones, ya permitía una más generalizada disposición política. Por otra parte, la declaración de libertades cuidaba de discriminarlas entre *españoles* al alza y *extranjeros* a la baja. Y como para las *indian tribes* en los Estados Unidos, cabría esa tercera posición para la población colonial, para toda ella o más bien quizás tan sólo para la de procedencia europea y mestiza, pues de la indígena se hacía abstracción y no entraba ni en cuenta. La esclavitud, existente en las colonias, tampoco era visible para la Constitución.

He aquí una buena puesta en cuestión por parte de la propia Constitución tanto del pueblo en cuanto que comunidad política, con la discriminación de unas colonias, como también del individuo en su calidad de sujeto de libertad, con la supeditación de sus derechos. Mas no son extremos nuevos a estas alturas. En relación con la referencia americana, la de los Estados Unidos, tenemos los problemas sabidos y alguno más añadido que diré. Quizás sea por aquí el principal. A esto vamos, pues el resto resultaría reiterativo o también podría desviarnos. Como pretendo regresar, no quiero

⁽⁷²⁾ Puede verse en RAQUEL RICO (ed.), *Constituciones históricas: Ediciones oficiales*, Sevilla, 1989.

alejarme totalmente del *Bill of Rights*, ni de la criatura del libro. Y no interesa ahora desde luego esta historia particular española como pueda hacerlo, por su influjo actual, aquella estadounidense.

Se miraba por España a los Estados Unidos en busca de algo que escaseaba o que incluso puede decirse que faltaba a lo ancho de Europa, esto era una cultura de derechos de libertad para sujeto individual, bien que todavía restringido por razón no sólo exterior de colonialismo, sino también y ante todo interior de sexismo, pues no deja de haber más inclusive la repercusión colonial en la metrópolis. Como el *male citizen*, tenemos desde el mismo anuncio del epígrafe en el catálogo constitucional de importación un sujeto limitado de libertades, *el español*, significándose así el género masculino con exclusión entendida del femenino. Por latitudes europeas se conocía y experimentaba por supuesto la limitación del sujeto con construcción social del sexo y demás elementos, pero no una cultura de libertades que aun con todo esto cabía y que también se había planteado en los orígenes constitucionales respectivos de las diferentes experiencias, naufragando y hundiéndose en profundidades por entonces imposibles.

Eso, tal programa extraviado por estos lares, por todo un continente prácticamente, es lo que se encuentra entonces formulado en el referido título, *De los españoles y sus derechos*, donde tal pronunciamiento de libertad no numerada identificativo de toda una precedencia de derechos sobre ordenamiento se comprende en el texto por estos penates hispanos. Y el puerto de origen de la importación ya consta, como constaba. Lo que se buscaba para unos fundamentos podía ofrecerse efectivamente desde América y no en cambio entonces por Europa. Se sabía donde se miraba. Mas un texto, por muy constitucional que sea, no genera sin más ni de por sí cultura y menos si social y no sólo académica o profesional, que a la corta tampoco. No puede en suma improvisarse ⁽⁷³⁾. Es el problema añadido y principal que digo.

(73) Hay trabajos, incluso recientes, sobre la cultura del constitucionalismo en España a lo largo del XIX, pero ahorro el registro pues vagan y divagan con la carga pesada de la indefinición del propio objeto, del sustantivo cultural como del adjetivo constitucional o viceversa, esto sustantivo y aquello adjetivo, no sirviendo así a nuestros efectos. Para introducción a un punto de arranque que alcanza a América y no resulta

Se venía por Europa, al menos por la continental, de un sistema que se profesaba constitucional primando poderes y no derechos. Perdiéndose hasta el espacio de la motivación de libertades, incluso esto, el propio constitucionalismo se cifraba, aparte prácticas más laxas, en identificación de ordenamiento con legislación y en correspondiente reducción de la justicia a función de ley, poder al cabo (74). No quedaba espacio ninguno o alguna cabida efectiva para derechos de libertad con amparo judicial. Era una forma más descompensada de imposición de minoría como si fuera mayoría y como si en esto consistiera el sistema cualificado con la denominación de constitucional. En este cuadro, que ya se estaba haciendo y acabaría por ser característicamente europeo, ¿de qué forma cabía que se produjera el implante de los derechos como Constitución, de las libertades como motivos y principios del sistema, aunque fuera todavía con hipotecas como la del género, la de construcción social del sexo? Es lo que se intentó a aquellas alturas en España y por lo que se miró a los Estados Unidos de América. La vía muerta es entonces Europa.

Entonces se cosechó en España el más sonado de los fracasos no sólo por adversidades más o menos contingentes que ahora no vienen al caso, sino también por la contrariedad de fondo, lo que aquí interesa. Por mucha presunta ciencia jurídica que se tuviera, tampoco ciertamente excesiva, se carecía por completo de cultura operativa de derechos. No la había política para plantearse una legislación que no se les sobreordenara, como tampoco jurídica para desempeñarse una justicia que los amparase. Se careció también de tiempo para que la importación diera fruto, pero el poco que se tuvo fue suficiente para provocarse el cortocircuito más sombrío en el propio ordenamiento teóricamente regido por derechos de libertad. La frustración fue la evidencia y el legado (75).

muy disimilar al estadounidense o no lo es tanto como suele presumirse, sólo que pronto fallido y luego no recuperado: JOSÉ MARÍA PORTILLO, *La Nazione Cattolica. Cadice 1812: Una Costituzione per la Spagna*, Manduria, 1998.

(74) B. CLAVERO, *La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, pp. 604-645, a propósito de Paolo GROSSI *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998, o también, como ahora, a despropósito, pues me sirvo del libro, lo confieso, para tratar por mi parte del motivo.

(75) CARMEN SERVÁN, *“Como losa de plomo”: El derecho a la libre emisión del*

Resulta el caso una parábola. Puede hacerlo. Aquel avatar no es nada singular sobre todo a la larga y hasta hoy. Aquí, en España, no existe entonces originalidad. Ha habido más estaciones no sólo desde luego españolas. Hay toda una serie por renovación textual que la implica efectivamente constitucional tras la guerra europea de principios del siglo XX alcanzando a la neutral o al menos no beligerante España en 1931. Con traducciones también por medio, aquí se hace acopio de textos con vistas a la propia reconstitución (76). ¿Qué tenemos a la vista? ¿Qué se tenía entonces?

Se hablaba de nuevo constitucionalismo y se producían ciertamente novedades. No todas importan por igual. Lo hace menos la que más suele destacarse, la de extensión no generalizada a derechos sociales y garantías institucionales, atenciones para sectores o grupos y avales para corporaciones u organizaciones. Porque figuren entre derechos constitucionales, no lo son constituyenciales. No interesan ni afectan a constituyencia como los de libertad más netos. Importa más el fuerte acento que se aprecia en éstos mismos con expresiones incluso de no discriminación, pero también con bastante marcada reclusión en la propia ciudadanía, y con previsiones de implantación y desenvolvimiento, pues no de eficacia inmediata ni tampoco de garantía judicial en especial esto frente a legislación, por cuyo medio exclusivo, el de la ley de carácter parlamentario, suele programarse puesta en práctica y resultar con ello, justicia mediante, subordinación. Hay entonces casos de establecimiento de algún tipo de jurisdicción constitucional sobre legislación, con esta virtualidad, pero no constitutivamente por mirarse al amparo de libertades. No es el compromiso con derechos, sino la instalación de poderes,

pensamiento en el constitucionalismo de 1869, en JOSÉ MARÍA INURRITIGUI y J.M. PORTILLO (eds.), *Constitución en España: Orígenes y destinos*, Madrid, 1998, pp. 397-423; JESÚS VALLEJO, *Orden, libertad, justicia: Figuración constitucional republicana (1873)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, I, pp. 821-845. También lo es, igual homenaje, el primero.

(76) Adolfo POSADA (introducción), NICOLÁS PÉREZ SERRANO y CARLOS GONZÁLEZ POSADA (selección y traducción), *Constituciones de Europa y América*, Madrid, 1927; BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH (ed.), *Las Nuevas Constituciones del Mundo. Textos íntegros de las de Alemania, Baviera, Prusia, Austria, Checoslovaquia, Dantzig, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Méjico, Polonia, Rumania, Rusia, Turquía, Uruguay, Vaticano y Yugoslavia*, Madrid, 1931, todo ello en portada e inclusive así Italia y el Vaticano.

diciéndose que así vienen a racionalizarse, lo que suele textualmente encabezar una hornada europea de nuevas Constituciones. Son novedades en suma importantes, pero también insuficientes ⁽⁷⁷⁾.

En tal oleada constituyente no puede decirse que se concibiesen ni funcionalizasen los poderes respecto a libertades. Figuran éstas claramente aunque no siempre con la distinción. Se les reserva lugar relevante de capítulo identificado de derechos, mas no presiden. No acaban de venir a posición de constituyencia como *Bill of Rights* que merezca mayúsculas. Abunda en el impedimento la misma concurrencia de derechos constituyenciales junto a otros que no reúnen la condición ni pueden. El propio ejercicio constituyente resulta de poder más que de derecho. Incide ante todo sobre los libertades mismas sin reconocimiento suficiente ni consecuente de la primacía. Y fueron experiencias fallidas tanto la de España, 1931, como la mayoría apabullante del resto, salvo alguna americana. Tampoco es ahora que hubiera originalidad excesiva por parte ni mérito de ninguno de los casos por Europa.

Ni a unos efectos limitados parecen aprovecharse por entonces los posibles préstamos del patrimonio constitucional de los Estados Unidos de América. El caso suele estar ausente de colecciones textuales que miran por un nuevo y no un viejo constitucionalismo. No sería ajena a esta indiferencia la circunstancia palpable de que por allá en aquellos años no hubiera más innovación de texto que la prohibición del alcohol seguida tan sólo por el sufragio femenino y de que no se diera tampoco una suplencia jurisprudencial como la que se ha producido más tarde. La jurisprudencia, al contrario que la legislación, no era huésped ni anfitrión de colecciones. Por los Estados Unidos hubo cambios, pero no se elevaron ni trascendieron a este nivel y efectos, los constitucionales ⁽⁷⁸⁾. Existía el hilo de

⁽⁷⁷⁾ PEDRO CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1919-1939*, Madrid, 1987. De la época, como puede ante todo interesar, ofrece capítulos elocuentes sobre derechos, tampoco primeros y también traducidos entonces, el mismo B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Madrid, 1934; *Derecho constitucional internacional*, Madrid, 1936.

⁽⁷⁸⁾ El autismo usual de la *American Constitution* y de sus tratadistas, palmario no sólo respecto a otras experiencias, sino también en relación al derecho internacional que está afrontando unos mismos problemas de *rights* y *peoples* desde hace medio siglo, puede ser factor solapado incidiendo seriamente en la equiparación práctica por parte de

los derechos de libertad con posibilidad de acceso directo y ordinario al amparo judicial bajo la cultura jurídica y social que la práctica ya implicaba, pero esto es lo que no estaba por entonces muy expuesto ni disponible para vistas exteriores ⁽⁷⁹⁾. Porque en Europa se diera algún debate académico de un pasado, como el de los orígenes americanos de los derechos, no había por ello constancia constitucional de un presente. Comunicación de este orden faltaba. Si una influencia americana en su caso no hubiese salvado de la debacle europea, tampoco es que quepa entonces achacarle responsabilidad alguna en la quiebra. Podrá confluirse luego contribuyendo también la historiografía al tanto de aquella incomunicación ⁽⁸⁰⁾.

Por la envergadura de la apuesta y la inmensidad del fracaso, la parábola de aquellos años podría representarla Alemania, 1919, la Constitución de Weimar, con la tradición propia de identificación entre constitucionalismo e imperio de la ley sin premisa ni espacio de derechos de libertad y la frustración ahora de unos escenarios y

B. ACKERMAN, *We the People*, II, *Transformations*, entre enmiendas abolicionistas y, sin forma equivalente, política social del *New Deal*, pues para la perspectivas exterior como para la superior, con el efecto imaginable de una textualización formal de dicho otro cambio, no parece que quepa comparación.

⁽⁷⁹⁾ Todavía hoy lo que viene a revalorizarse para entonces desde perspectiva exterior puede ser la influencia de Europa como si no cupiera cultura en rigor jurídica de otra matriz. Valga la muestra del primer *classico* americano para una revista europea de planteamiento constitucional en un ámbito necesitado: THOMAS WOODROW WILSON, *Lo studio dell'amministrazione* (1887), en *Storia. Amministrazione. Costituzione*, 1, 1993, pp. 17-41, traducción de FABIO RUGGE y ubicación, pp. 43-60, de ARNALDO TESTI. Mas no se contó con término americano de comparación en momento ulterior de confrontación entre experiencias: *Amministrazione e Costituzione. Storiografie a confronto* (1995), en dicha revista, 5, 1997, pp. 69-314.

⁽⁸⁰⁾ El repaso no sólo del iuspublicismo, sino también del iusprivatismo de la Europa occidental por aquellos tiempos, del francés como del alemán, del italiano como del español, no creo que depare más sorpresa que la singularidad de quienes, muy contados, se interesan e informan de aquel mundo constitucional americano como excepción que confirma la regla de una ignorancia por entonces generalizada. Para lo que se tenía por ciencia del derecho en Europa, el constitucionalismo estadounidense no parece que fuera materia no ya curricular, sino tampoco especializada. Y es capítulo que ha de desbrozarse el de esta incomunicación además mutua. Viene introduciéndose, como puede verse en estos mismos *Quaderni Fiorentini*, CARLOS PETIT, "A Contributor to the Method of Investigation": *Sobre la fortuna de Gény en América*, 20, 1991, pp. 201-269, y *La anécdota americana de Federico Cammeo*, 22, 1993, pp. 547-560.

medios parlamentarios y jurisprudenciales abiertos desde dicha fecha, también éstos segundos con las posibilidades y, sobre todo, las servidumbres de una doctrina jurídica y política muy desenvuelta y activa ⁽⁸¹⁾. Podríamos contemplar esta experiencia frustrada y frustrante. Cabría proseguirse con otras ilustraciones europeas del trayecto realmente en corto entre fletes constitucionales de derechos de libertad y naufragios ordinarios de las libertades mismas mediante la adversidad decisiva del ambiente y la meteorología que se tiene por ciencia jurídica, a veces ciertamente mucha, o por cultura sin más en el respectivo mundo del derecho, a favor en definitiva de instituciones y poderes. Cada lector o lectora podrá sumar a su gusto y conforme a sus conocimientos, pues los míos son limitados. El protagonismo de España en este apartado es fungible a nuestro efecto, no a otros desde luego. Ciudadanía constitucional obliga. Si fuera alemán, hubiera tratado seguramente en directo de la esperanza y el revés de Weimar ignorando España, 1869, como tantos otros casos. Así es al fin y al cabo como suele plantearse un derecho comparado o una historia constitucional general más incipiente.

3. *Epílogo: autoridad constitucional y dependencia cultural*

Federal courts have a special mission in defending substantive personal interests from governmental action that overreaches because of its unduly limited constituency.

Unos tribunales intensifican su misión de defender al individuo frente al Estado por defecto de constituyencia política.

LAURENCE TRIBE (1978)

La frustración de cosecha llevará a la importación de mercancía. Viene aconteciendo con la jurisprudencia constitucional estadounidense durante la segunda mitad del siglo XX. Escarmentándose también por supuesto y ante todo en carne propia, con la ayuda

⁽⁸¹⁾ Tratando el caso desde tales perspectivas e intereses, PETER C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, 1997.

americana de la última postguerra para Europa occidental vino a la postre, pese al propio orgullo, constitucionalismo. Del planteamiento y la experiencia, con el fracaso incluido, de aquel que se dijo nuevo tras la primera guerra generalizada del siglo se ha sacado desde luego algún provecho por la misma Europa ⁽⁸²⁾, pero hay toda una cultura jurídica en casa que ha de proceder a su propia enmienda debiéndose mirar fuera del continente. Se hace a los Estados Unidos no siempre confesadamente y a veces hasta con inconsciencia. Para constituyencia de libertades, para la posición de unos *Rights as Constitution*, de los Derechos como Constitución, ¿qué otra experiencia viva se tenía? Hoy es una entre otras distinguiéndose si acaso por su activismo ⁽⁸³⁾, pero no entonces, no cuando se recupera en forma ya continua el constitucionalismo por Europa desde hace no mucho más de medio siglo.

Capítulo más ilustrativo podría aún ser el de libertad de prensa, como cabe que ahora muestre un caso algo postrero en estos menesteres de una recuperación constitucional, el de España sin ir para mí más lejos en espacio ni tiempo ⁽⁸⁴⁾, pero ya no vamos a hacer parada y fonda ni aquí ni en sitio alguno. Añadamos un solo ejemplo por primero, el del derecho a la vida sin debido proceso en contra que valga. ¿Qué modelo va a ofrecer una Constitución que sigue teniéndola, igual que en 1789, como competencia de los Estados inclusive los internos, sin principio común, en lo que se refiere a disposición pública por vía de pena de muerte? Además ocurre que se cuenta con base para su abolición desde aquellos mismos tiempos y así para el originalismo ordinario de hoy ⁽⁸⁵⁾. Pues bien, pese a

(82) Respecto a Alemania es la consideración última, la de que el constitucionalismo logrado de la postguerra debe mucho al fracasado de Weimar, de P.C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*. Igual podría decirse del español de 1978 respecto al de 1931.

(83) LOUIS HENKIN y ALBERT J. ROSENTHAL (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, New York, 1990; THOMAS CAROTHERS, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, 1999.

(84) PABLO SALVADOR (director), *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990; *El derecho de libertad*, Madrid, 1993.

(85) Amendment VIII: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted". Pero adviértase también algo ya citado y esto es que, por la sección primera de la enmienda décimo tercera, la mismísima de abolición de la esclavitud, ha quedado expresamente aceptada la servidumbre como

todo, en lo que toca a otra disposición más primaria, la propia, la jurisprudencia constitucional estadounidense puede ofrecer actualmente posiciones y criterios mereciendo atención ⁽⁸⁶⁾.

Sin mucho temor a la hipérbole, cabe decir que el constitucionalismo de los Estados Unidos está hoy marcando por medio de un desenvolvimiento jurisprudencial, pues no del planteamiento textual, un horizonte fuera también de sus fronteras no sólo por estilo, sino también por contenido y ante todo por la presuposición de una autorización constituyente, esta jurisprudencial, al margen de previsiones constituciones, aquellas textuales ⁽⁸⁷⁾. La misma Europa viene integrándose por vía jurisprudencial que encubre inconstitucionalidad ciudadana haciendo virtud de la necesidad y no dejando de mirar a los Estados Unidos sobre todo cuando quiere empeñadamente convencerse de que se trata de tal cosa, de procedimiento virtuoso y no viciado. Ahora también por Europa se suple a manos llenas constituyencia con jurisprudencia ⁽⁸⁸⁾. Llegamos como *afterword*, por esta vía de epílogo, a la *Constitution of Europe*, nuestra última rúbrica ⁽⁸⁹⁾. Viene produciéndose de modo que agradece el ejemplo de suplencia entre autoridad constitucional y dependencia cultural.

La historia jurídica de la integración europea corre por cauces más institucionales a partir de los Estados que constituyenciales con base en los respectivos *peoples* o de un pueblo en singular por común. Entre acuerdos por gobiernos de comunidad económica en los años cincuenta y de unión política en los noventa, transcurre todo un proceso integrativo sustancialmente en manos de la rama

pena, el trabajo forzado como cosa muy distinta a la reducción de condena. En términos generales, pues no para estos extremos, respecto al derecho penal hoy procesalmente descompensado entre partes pública y acusada con perjuicio adicional de las víctimas, interesa particularmente de A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure*, aunque se ciña al caso estadounidense o tal vez por ello y su influencia.

⁽⁸⁶⁾ CARMEN TOMÁS-VALIENTE, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999.

⁽⁸⁷⁾ VÍCTOR FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997.

⁽⁸⁸⁾ MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE y JOSEPH H. WEILER (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlín, desde 1985.

⁽⁸⁹⁾ Quinta lectura del pentateuco, la del recién citado JOSEPH H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*.

institucional más discreta, la judicial, desde temprano. La Corte comunitaria, la de Luxemburgo, viene sentando, con inspiración de jurisprudencia estadounidense, principios de superioridad, efecto directo y poderes implícitos de un orden europeo granjeándose la complacencia de tribunales y jueces así apoderados con elementos de contraste frente al propio ordenamiento interno, el de los Estados. A la evolución judicial tampoco se resisten los gobiernos en la medida en que conservan y refuerzan su control sobre el proceso político de acuerdos constituyentes de forma que a su vez se apoderan de cara a los respectivos parlamentos mientras que no pierden poder respecto al común europeo, el de Estrasburgo, sin autoridad éste de constituyencia. Constitutivamente hay así para Europa derechos de libertad, mas no *peoples* ni *people*, no pueblos ni pueblo ⁽⁹⁰⁾. ¿No es el caldo ideal de cultivo para el ingrediente jurisprudencial venido de América? ¿Qué más queremos que esa inconstituyencia aún más extremada que la de una receta providencial?

No lo remedia de momento ni tiene visos por ahora, con todo su predicamento y desarrollo, el derecho que se dice internacional. Cuando viene a superar el handicap de orden disponible entre Estados, reproduce a su modo la desarticulación y descompensación entre derechos. A la distinción bien problemática, pues bloquea constituyencia y reduce ciudadanía, entre *political rights* y *civil rights* se ha sumado, con el constitucionalismo de entreguerras, una presunta generación nueva de derechos, los sociales, y luego también, ya en el orden internacional, toda una remodelación que, si agrupa *political and civil rights*, no es para potenciar los primeros, sino para diferenciar conjuntamente unos y otros, políticos y civiles, tanto de los *economic, social and cultural rights* como de otra supuesta generación, la tercera, de unos derechos colectivos entre los que alcanzarían acomodo postrero los *peoples' rights*, los derechos que habrían de interesar a constituyencia. ¿Qué integración o, como

⁽⁹⁰⁾ Sobre todo ello ofrecen perspectivas bien penetrantes, como también acusan síntomas nada inocentes, por cuanto que no contemplan más *peoples* que los Estados o más constituyencias que las constituidas, los ensayos propios que reúne J.H. WEILER en su *Constitution of Europe* bajo el interrogante de fábula nada infantil para el caso: *Do the new clothes have an emperor?*

interrogante previo, qué depuración cabe? La literatura corriente de *human rights*, de los derechos humanos gracias a los cuales el orden internacional ya no se encuentra a disposición de los Estados, se mueve entre tal especie de categorías y tal ocurrencia de generaciones sin concebir el problema de constituyencia ni darle cabida. Tratándose así de un orden sustantivamente constitucional por virtud de los derechos humanos, una jurisprudencia como la estadounidense puede que sirva y sustente más de lo que reconoce y aparenta, pues no suele mostrarse internacionalista. Y el hecho es que también a este nivel supraestatal los Derechos como Constitución, *Rights as Constitution*, priman con la faceta positivísima de la libertad como base y la más bien negativa de falta de otro cimiento ⁽⁹¹⁾.

Una jurisprudencia como la estadounidense está alcanzándonos y más que lo hará. Conviene el esclarecimiento a los efectos constitucionales mismos. Entre libertarismo y comunitarismo, entre actualismo y originalismo, entre conceptismo y textualismo, entre depuraciones y mixturas varias, un constitucionalismo en el sentido de teoría y doctrina con respaldo de jurisprudencia viene atravesando por las últimas décadas por los Estados Unidos la estación más floreciente y también la más polémica con alineaciones y enfrentamientos de indudable implicación política, cuando no de confesión paladina ⁽⁹²⁾. El mismo Akhil Amar, de producirse en forma analítica respecto a momento actual como ocurre para la materia procesal penal, se sitúa en posiciones características ahora, dentro de la

⁽⁹¹⁾ Para la conformación última de momento, por seleccionar en un campo bien vasto dentro de una misma colección que además cuida reediciones actualizadas, DOMINIC MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1991; MATTHEW CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, 1995; THOMAS D. MUSGRAVE, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997.

⁽⁹²⁾ CLARA ÁLVAREZ, *Debate constitucional norteamericano entre la Guerra de Vietnam y la Guerra del Golfo, o la Constitución como pre-texto, en estos Quaderni Fiorentini*, 26, 1997, pp. 487-547. Véase también ahora en *The New York Review of Books* de 9 de marzo y 27 de abril de este año 2000 la durísima polémica a propósito del *affair* de Bill Clinton y Monica Lewinsky, de su amplia panoplia de implicaciones constitucionales, entre RONALD DWORKIN y RICHARD POSNER, con su calidad éste ahora de juez federal.

política estadounidense, del espectro republicano más que del demócrata. Hay alineamientos adicionales, como el escolástico. Es el propio Amar quien alardea también por escrito, pues supongo que antes en clase, de que el trato menos respetuoso con los textos en el campo constitucional, este enviciamiento metodológico, sea estilo de Harvard y no de Yale, su Universidad. Pero nada de esto, ni lo político ni lo académico en el sentido de lo jurídicamente partidista y lo intelectualmente sectario, creo que tenga aquí por qué importarnos demasiado. Hacia el exterior hay una influencia de menú menos variado en una línea hoy más bien libertaria, actualista y conceptista o no comunitaria, no originalista y no textualista, como si esta serie segunda fuera algo además inescindible en sí e incommunicable con la primera. Esto es lo que puede estar creando dependencia.

Hoy suele caracterizarse el sistema estadounidense por parte de panoramas comparativos trazados desde el exterior, por gracia de historia o de derecho comparados, como constitucional y democrático con prevalencia de lo primero y detrimento de lo segundo en razón de los derechos, de su identificación con Constitución. Si quiere hacerse la indebida distinción, cabe entenderse y explicarse por garantía de libertades, se asuma o se cuestione, que la dimensión constitucional prevalezca sobre la democrática o que la *privacy* quede por encima de cualquier *publicity* o que el libertarismo llegue así a cancelar comunitarismo. Respecto al extremo de la democracia, se incide ante todo en el usual equívoco de reducirse a determinación electoral de mayoría sin cuestión teórica ni necesidad práctica de otra participación ni de comunidad constituyencial, pudiéndose de este modo contraponer a constitucionalismo. Ahora nos interesa tanto que tal pueda ser la imagen exterior como que el referente interior ofrezca realmente base por estas alturas, pues tampoco antes, para ese cuadro, aun con toda la pérdida no sólo de historia y trayecto, sino también de perfiles y corrientes, que así usualmente se produce ⁽⁹³⁾.

⁽⁹³⁾ Como mera muestra, con ocasión del bicentenario respectivo y a propósito de TIZIANO BONAZZI (ed.), *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Bolonia, 1988, MARIA ROSARIA FERRARESE, *Attualità della Costituzione americana*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, pp. 521-531.

Frente a la idea todavía más divulgada por efecto en buena parte de propaganda, los Estados Unidos ofrecen hoy en el terreno constitucional, no un modelo de democracia en realidad minada por fallo de constituyencia, sino concepciones y experiencias de libertades y garantías respecto a la dimensión que ahí se distingue de *civil rights*, de derechos personales y los sociales de pensamiento y debate, y no así en relación a la vertiente de unos *political rights*, los más estrictamente políticos de participación y organización conforme a la misma concurrencia ⁽⁹⁴⁾. Ofrecen un buen cuerpo de jurisprudencia de este determinado interés constitucional. Para la materia básica de unas libertades más y mejor que para otras cosas, una especie de modelo identificado con el caso estadounidense parece, según todos los visos, que hoy está privando y en camino de acabar por arrasar con su constancia de derechos, con su incerteza de *people* o incluso inexistencia de comunidad al efecto básico constituyente, si no también al ordinario de ciudadanía, y con todo esto de la constituyencia advirtiéndose poco y hasta nada. Sobra, pues falta, la ilustración.

Abundan los indicios. Hay síntomas que acusan. Responden ahora realmente al modelo del caso, el de libertad sin pueblo, incluso quienes creen no compartirlo. Acontece así cuando, impugnándose el planteamiento de derechos de libertad y queriéndose a

⁽⁹⁴⁾ Cuando las Casas Americanas, una especie de consulados culturales e intereses más oscuros de los Estados Unidos, fueron clausuradas a finales de los años sesenta entre el ahorro presupuestario y el escándalo político, en el caso de Sevilla la biblioteca fue donada a la Facultad de Derecho, donde, con su agrupamiento de llegada y su sello en portadillas (*United States Information Service. Seville, Spain. Casa Americana. Sevilla*), guarda una cierta identidad dentro de la sección de Derecho Constitucional ofreciendo tal otra imagen de propaganda, la de democracia. A través de dichas mismas Casas se habían organizado generosas excursiones constitucionales por aquellas latitudes para estudiantes de licenciatura de derecho. Fui invitado a la de 1966. Entre nuestras visitas no faltaron de instituciones judiciales, con la Corte Suprema federal comprendida, en aquellos tiempos de pleno vuelo libertario suyo, pero el mensaje de la organización, uno especialmente sensible para quienes vivíamos todavía por Europa bajo dictadura, era el otro, el de democracia. Por la distorsión entre discurso y evidencia más el peso de mis prejuicios europeos, pues no españoles, volví entonces con la impresión de fraude. Aparte contingencias personales o quizás también generacionales, la exposición social a los efectos de propaganda conoce desde luego otras vías más difusas y eficientes que la de hospitalidad y generosidad perdidas de aquellos servicios americanos de casas, bibliotecas y excursiones.

continuación afinar con alarde de conocimiento respecto a la experiencia estadounidense, se identifica el texto del *Bill of Rights* con las primeras ocho enmiendas sin advertirse la implicación sustantiva que ya nos consta en la ocurrencia. Solamente se distinguen de las dos siguientes en el lote primitivo de la decena porque con posterioridad dan más fácilmente pie para presumirse derechos del individuo y no del pueblo o al menos éstos no por delante de los otros, de los individuales. Igual que comunitarismos extremos por América, hay nacionalismos a ultranza por Europa, algo parecido sólo que respecto al Estado, los cuales ni siquiera, por fortuna para el individuo, saben serlo o no osan ⁽⁹⁵⁾.

Ya es signo de dominio que, sin requerir siquiera conciencia ni complicidad, un caso pueda imperar como si fuera paradigma. Bien lo hace ahora un presunto modelo americano con sus logros y con sus lastres que también alcanzan, éstos como aquellos, a los derechos de libertad. La importación beneficia y la aduana grava con globalización en marcha y todo. Cabe extrañarse ante el peso de la misma carga. ¿Bastan, en el mejor de los casos, los *Rights as Constitution*, los Derechos como Constitución, para fundarse un *Freedom's Law*, un ordenamiento de libertad, uno que no sólo la reconozca y garantice, sino que también la potencie y active, cuando falla *the people*, la comunidad política, y a esto además no se le concede importancia ni constituyente ni constitucional, ni de base ni de función, con el primer efecto de resultar secundaria o incluso indiferente la dimensión participativa o autodeterminativa de la libertad misma? Si bastasen, sobrarían desde luego constituyencias

⁽⁹⁵⁾ Como simple muestra de todo ello, STÉPHANE RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1998, p. 447 para la referencia a “les huit amendements à la constitution américaine formant *Bill of Rights*” puntualizando: “N.B. Il y eut dix amendements adoptés ensemble mais, en dépit d'une affirmation sans cesse répétée, seuls les huit premiers forment *Bill of Rights* selon les auteurs américaines”. También hay ahora muestra tangible de la recepción para el caso: ELISABETH ZOLLER (ed.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, París, 2000. Incidentalmente agregó que sobre bases tan precarias como las reflejadas por la puntualización de RIALS suele todavía conducirse la comparación entre billetes americanos y franceses cuyo debate arrancara por mérito de GEORG JELLINEK en el perno penúltimo entre siglos, entre el XIX y el XX, lo cual toca en todo caso a orígenes anteriores a los que aquí nos están ocupando.

y, si me apuran, hasta legislaturas. Sería suficiente la justicia. Es impresión que no raramente se difunde ahora ⁽⁹⁶⁾.

Aparte casos y variantes, fuera de los Estados Unidos con su orgullo constitucional encubriendo textualidad obsoleta, en el supuesto ordinario por Europa con textos renovados pudiendo disimularse dependencia cultural, entre una situación y otra con sus características desde luego bien diversas, ¿de qué sirve toda la problemática provocada por el originalismo con base propia en América o la suscitada también ahí, en tales latitudes, por un comunitarismo que se entiende igualmente incompatible y alternativo al libertarismo con su concreto apoyo textual? Con esta polarización, se execran hoy comunidades en nombre y aras de las libertades más que viceversa. Se entroniza como constituyente y constitucional una base propia cual si pudiera ser universal. Lo cual pesa severamente en la historiografía. Últimamente, desde los años ochenta, su terreno está minándose por la batalla americana entre un republicanismo de signo fuertemente comunitario y un libertarismo de posición beligerantemente contraria trazándose un escenario de incompatibilidad y enfrentamiento que es, con todo, fruto de proyección historiográfica y no de evidencia histórica ⁽⁹⁷⁾.

A nuestros efectos constitucionales, a tales propósitos más importantes desde luego que los historiográficos pues no vamos a

⁽⁹⁶⁾ Para afloramiento de problemática por reducción virtual de constitucionalismo a derechos en variedad de casos, DAVID M. BEATTY (ed.), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht, 1994; PHILIP ALSTON (ed.), *Promoting Human Rights through Bill of Rights: Comparative Perspectives*, New York, 1999.

⁽⁹⁷⁾ No me voy a extender ahora con una historiografía que el propio AKHIL AMAR ha tenido la habilidad de sortear. J. APPLEBY, *Liberalism and Republicanism*, y L. KALMAN, *The Strange Career*, citadas, ejemplos, creo, de reacciones que arrojan al bebé vivo con el agua sucia de la bañera comunitaria. Para conciencia de la distorsión por el enfrentamiento desde los mismos años ochenta en sede historiográfica, F. McDONALD, *Novus Ordo Seclorum*, citado; MICHAEL LIENESCH, *New Order of the Ages: Time, the Constitution, and the Making of Modern American Political Thought*, Princeton, 1988. El título común constituye la leyenda inscrita en el sello de los Estados Unidos en 1782. Pues no va en el panteón de mi subtítulo, puedo excusarme de debatir la originalidad fundacional estadounidense respecto a la historia precedente incluso en su relación con la ulterior, la que aquí miramos. Habría un tanto que decir a propósito del originalismo republicano que se ha inventado su propia tradición historiográfica elevando el pedigree hasta los *Origins of the American Revolution* de BERNARD BAILYN, ya también citado, y la *Creation of the American Republic* de GORDON WOOD, aún por citar.

poner la profesión académica por delante y por encima de la ciudadanía constituyente, mediante la execración de comunidad, de esto hoy tan común y a la moda en los medios digamos que intelectuales, acaba perdiéndose una dimensión constituyente que no se satisface ni agota con el reconocimiento de los derechos de libertad a la par que empobreciéndose de una forma así radical toda la vertiente constitutiva de una ciudadanía que no puede ser ni nunca de hecho es, aunque se pretenda, indiferenciada por indiferente a la cultura particular en la que se socializan y con la que se identifican de nacimiento o también opcionalmente, de capacitarse, los sujetos mismos de libertades, los individuos. Andan perdidos entre América y Europa los asuntos esenciales de constituyencias ciudadanas comenzándose por los de antropología o concepción y práctica de los sujetos, de los individuales y de los colectivos en su relación necesaria por mutua ⁽⁹⁸⁾.

No se recuperan por mérito de una historiografía polarizada, pero tampoco de alguna filosofía ni de práctica ninguna habida por muy acendrada que se tenga. Fuera de dicho contexto, el estadounidense, ¿a qué vienen, a la contra, artificios teóricos como el afamado que distingue, para la extracción de libertades, entre manifestaciones sólo germinales, lo que vendría dado por el texto, y conceptos hechos y derechos, todo lo que habría de quedar en manos de una jurisprudencia, de la doctrinal y la judicial, de modo que se cancela historia y se fuerzan documentos conservándose prestigio e infundiéndose anacronismo en el texto mismo cuando ha quedado irremediablemente anticuado y sin capacidad generativa propia, como lo testimonia el último vástago, la última enmienda que ha nacido moribunda de vieja? ¿A qué aprovecha el vicio de la necesidad hecha virtud de una suplencia e incluso suplantación del texto constitucional por una jurisprudencia, la doctrinal y la judicial, que pretende compartir y hacerse cargo de condición y rango

⁽⁹⁸⁾ Para muestrario más que triple por variedad y también contrariedad de enfoques y vistas, LEON SHELEFF, *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, Londres, 2000; WILL KYMLICKA y WAYNE NORMAN (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, New York, 2000; B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, 2000, siendo mi asunto de *present constituency in diverse societies*, constituyencia actual en sociedades particularmente complejas.

marginándose o hasta imposibilitándose la propia autoridad constituyente de las comunidades democráticas? ¿De qué sirve y, sobre todo, qué implica el cultivo forzado del tracto y de los precedentes? ¿Y dónde quedan las constituyencias que pueden autorizar legítimamente el ordenamiento? ⁽⁹⁹⁾.

Cubriéndose con doctrinas deficiencias de derechos, se minan y subvierten cosas elementales que sólo pueden ser además comunitarias como la determinación y operatividad de las constituyencias. Incertísimo hoy el pueblo, con la incógnita definitiva de la referencia no tan mayúscula, por más amplia, de *we the people*, se priman derechos de privacidad y así también se favorece la libertad en el mundo de la economía de forma definitivamente descompensada con respecto al universo de la política ⁽¹⁰⁰⁾. Sin recordarse por lo usual el acontecimiento por no considerársele el origen hasta hoy definitivo, parece ahora que resulta constitucionalmente de recibo el planteamiento consolidado con la serie de enmiendas abolicionistas de la esclavitud distinguiendo y postergando los *political rights* o derechos políticos más importantes para las vertientes no sólo legitimadora y garantista, sino también para la estructural y la orgánica mismas, para el constitucionalismo todo ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Por no cansar, no insistiré en que toda esta ristra de insinuaciones particularmente se dirigen, si quiere personalizarse, a la obra en construcción de R. DWORKIN, *Freedom's Law*, tampoco diré que última entrega en volumen pues acaba de publicar *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, New York, 2000. Ignoro en cambio si resultaré cansino de insistir en algo que pienso claro a estas alturas de mi propia obra. No discuto las posiciones concretas de DWORKIN, por las que guardo todo mi respeto y hasta todas mis simpatías, sino su método alegre de imputación textual con pérdida de ubicación en la propia historia y el escoramiento de su concentración en materia de libertad, de *rights*, con ignorancia de constituyencia, de *peoples*.

⁽¹⁰⁰⁾ La muestra al respecto más significada, en este caso por más extrema, podría ofrecerla RICHARD POSNER, el de la actual polémica con RONALD DWORKIN, tras toda su obra de *Law and Economics* nugatoria a la postre de Constitución, pero este ídolo de la economía tampoco figura en el pentateuco de mi subtítulo, así que puedo hacer gracia y ahorrarme el enredo en berenjena tamaño. Como está advertido, por libertarismo vengo entendiendo el constitucional, el de autonomía del individuo, y no el económico, el de juego del mercado, con sus supuestos éste de tiempo constitucional y signo no constitucional, quedando así fuera de nuestro asunto.

⁽¹⁰¹⁾ La postergación también presenta su dimensión historiográfica comenzándose por la percepción del acontecimiento. Hoy más que ayer, cediendo la revolución francesa posiciones de originalidad e ingenuidad en el ámbito constitucional, se hace viva

Parece que así resulta no sólo en aquellos Estados Unidos con sus secuelas a la vista. Lo privado en solitario o por excelencia, como si no hubiera cuestiones previa y constante de constituyencia activa ni ulterior y necesaria de ciudadanía participativa, puede venir a entenderse *freedom's law*, ordenamiento efectivo de libertad⁽¹⁰²⁾. Y he dicho lo del pueblo no tan mayúsculo y bastante más amplio porque hoy puede ser abrumadora mayoría la que se comprende en el *we*, nosotros sin acepción de género, no estándolo en *the people* de referencia, la conciudadanía de Akhil Amar además así en singular, ni tener por qué quererlo. Una cosa es que nos alcance culturalmente un constitucionalismo; otra que lo haga normativamente una Constitución y encima tan lastrada, inclusive con derechos y todo su predicamento, como es el caso de la estadounidense⁽¹⁰³⁾.

“Great as men like Madison and Jefferson were, they lived and died as slaveholders, and their Bill of Rights was tainted by its quiet complicity with the original sin of slavery”. Grandes y todo que fueran, James Madison y Thomas Jefferson, éstos que siguen considerándose autoridades constitucionales fuera también de los Esta-

para la historiografía general del constitucionalismo la primera formación federal americana, por lo común con el anacronismo de conferírsele entidad propia en lo tocante a derechos. ¿Cuándo en cambio se considera el alcance constituyente de la forma inconstituyente como se produce la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos no sólo para su caso, sino también a la larga para otros? Para éstos también puede decirse que sobran, puesto que faltan, referencias. Una historiografía constitucional general apenas está naciendo y aún esperan muchos pañales para secreciones y excrementos. Puedo decirlo o más bien balbucearlo. Confróntese B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, o la traducción parcial, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra Costituzione e Codice*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, pp. 95-129.

⁽¹⁰²⁾ Frente a las series de títulos mostrencos como *We the People, Novus Ordo Seclorum* o también *Bill of Rights*, DWORKIN tiene la buena costumbre de acuñarlos más originales y no menos sintéticos desde *Taking Rights Seriously*, el de mayor éxito o el mayormente parafraseado, generando a su vez serie de cosas *prese sul serio* de la que hemos tenido una muestra, la de LAURENCE TRIBE, *Taking text and structure seriously*.

⁽¹⁰³⁾ Dentro del campo jurídico tampoco faltan reflejos antineocoloniales, si se me permite la palabrota, en la dirección inversa del arranque referido de BRUCE ACKERMAN, *We the People*, como ahora el broche de cierre de la *prefazione*, dirigida a público anglosajón antes que al doméstico, de PAOLO GROSSI, *Scienza giuridica italiana: Un profilo storico, 1850-1950*, Milán, 2000.

dos Unidos, vivieron y murieron como propietarios de humanidad, quedando su *Bill of Rights*, el estadounidense de las diez primeras enmiendas, empañado por su tranquila connivencia con aquel pecado original, el de la esclavitud, el mayor de todos los que, cual también la pena de muerte, han conocido cabida en el constitucionalismo. Lo advierte respecto a lo uno, pues no a lo otro, el mismo Amar (p. 293). Y hemos visto que el empañamiento pudiera ser con todo incluso mayor, perdiéndose toda transparencia. Definitivo hasta hoy el *Bill of Rights* ⁽¹⁰⁴⁾, aquel que se creara, más que se recreara, en el momento antiesclavista que no suelta del todo amarras, la misma desautorización de unas autoridades de origen pudiera no ser, con el nexo, tan plausible. Dando por tal y por bueno el renacimiento, Amar ofrece alternativas propias de dicho mismo momento abolicionista de una insuficiencia que parece de lo más palmaria ⁽¹⁰⁵⁾.

Entre orígenes en plural como andamos, ¿hacen realmente falta autoridades de origen en singular ninguno y más aún, o menos entonces, entre constituyencias distintas? ¿Tenemos no sólo que adoptar una religión tan reverencial, sino también que hacernos para ejercicio de adoración propia con el altar de los padres fundadores

⁽¹⁰⁴⁾ Para ubicación y documentación contrastadas, sin detrimento del notorio papel de JAMES MADISON, se cuenta con NEIL H. COGAN (ed.), *The Complete Bill of Rights: The Drafts, Debates, Sources, and Origins*, New York, 1997. Y se tienen también ahora reunidos los ensayos de PAUL FINKELMAN, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, New York, 1996. Se trata de orígenes que no nos han ocupado de los orígenes que nos han interesado.

⁽¹⁰⁵⁾ Evitando en todo caso autorizar al abolicionismo militarista o también, pues lo hubo, terrorista, y cuidadoso con la corrección de introducir autoridades tanto femenina como afroamericana, A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, p. 293, *seriously* propone las alternativas de *Uncle Tom's Cabin* de HARRIET BEECHER STOWE, *La Cabaña del Tío Tom* que no era ciertamente en origen literatura infantil; de la vida de FREDERICK DOUGLASS, con su obra periodística, y *last but not the least*, en primer lugar la verdad, de las intervenciones congresuales de JOHN BINGHAM, quien propuso e impulsó la enmienda clave, la décimo cuarta, para la *incorporation*, esto es entonces la sínsolución de continuidad. Para el caso creo que más significativo de esta serie hubo autobiografía, HOUSTON A. BAKER Jr. (ed.), *Narrative of the Life of Frederick Douglass, an American Slave*, Middlesex, 1982, p. 143, en el capítulo último, la cita que encabeza mi segunda parte. La novela también cuenta con un anexo de *Facts and Documents upon which the story is founded* publicado en su día por la misma H.B. STOWE e igualmente con ediciones hoy vivas. La microhistoria no es un invento del siglo XX.

y ninguna madre, de una tal partenogénesis masculina aparte de esclavista nada menos? ¿Hemos de compartir devoción y culto tan desviados? Tampoco vamos a pasarnos sin remisión ni piedad a la maldición y el anatema. No echemos al final por la borda, si logramos venir ejerciéndolas, unas virtudes de ecuanimidad y ponderación. Mi primer encabezamiento quiere representar un paupérrimo recordatorio de que Madison, igual que Jefferson, puede decirnos todavía cosas sensatas, ¿quién lo duda? El problema sin embargo estriba en el detalle menudo de que, incluso para las simplezas ⁽¹⁰⁶⁾, sus manifestaciones vengán y sigan cobrando y recibiendo autoridad constitucional. No ocurre solamente por los Estados Unidos. A Madison no deja de alegársele como voz autorizada por España en 1869 y, entre quienes rehuyen el rigor del textualismo propio, más exigente por renovado, y creen que con ello dan además muestra de cultura superior, hoy todavía. Evito el compromiso de ponerme a ilustrar lo que puede incluso comprarse en manuales o cursos de derecho constitucional.

Ilustraciones huelgan, pero no me resisto a soltar todavía alguna que otra malicia de lo más inocentísima. El responsable y mentor principal de las diez primeras enmiendas que acaban identificándose más o menos, mejor o peor, en superior o inferior medida, para mayor o menor juego y margen de libertad, con el *Bill of Rights*, no otro notoriamente dicho padrino y paladín que James Madison, puede que goce hoy, en nuestro terreno del derecho constitucional a través de historiografía o también directamente, de autoridad más consagrada o al menos no tan contrastada fuera de los Estados Unidos que dentro ⁽¹⁰⁷⁾. Hay citas que son formas de culto más que

⁽¹⁰⁶⁾ La cita de arranque, la de mi primer encabezamiento, la tomo del *Federalist* n. 10, al comienzo del octavo párrafo. Ya sé que a una simpleza, como esa de que nadie es buen juez en causa propia, se le pueden siempre buscar las vueltas y hasta las revueltas. Como ciudadanos, no sería AKHIL AMAR, por concernido, el mejor analista, ni yo, por influido, el crítico óptimo. Lo dejó dicho nada menos que JAMES MADISON: "No man is allowed to be a judge in his own cause, because his interest would certainly bias his judgment", con cuya traducción he cometido una incorrección al verter *nadie* en el lugar de *no man* o ningún hombre, esto es, respecto a expresión que ni siquiera tomaba por implicación ninguna a la mujer en consideración.

⁽¹⁰⁷⁾ Fundamentalmente desde la obra de GORDON S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, 1969, que está en el origen de la renovación

de cultura. Sobre todo en materia de constitucionalismo, si no se conduce en dirección al texto y cuando el uso forma parte propia o más bien impropia del razonamiento, no reduciéndose a respaldo o contraste, la citolatría resulta síntoma grave de dependencia dura. Obsérvese lo extendida que anda la adicción. La misma historia constitucional suele producirse concediendo crédito a quienes menos hubieran de merecerlo según el dicho del propio Madison, el que nos encabeza ⁽¹⁰⁸⁾. En el mejor de los supuestos, resulta fotografía con la pose más agraciada del modelo componiendo figura, el arte ya no digo menos crítico, sino más falsamente realista por todo lo que solapa y así abstrae sin advertirlo. La inconsciencia ante el dominio del caso se reproduce fácilmente por la historiografía.

Incierto y todo que fuese y lo siga siendo, inconsistente incluso en texto como en cita, en autoridad como en autorización, aquel billete de derechos y sus oráculos, cual aquella Constitución y sus mentores, se hallan presentes con sus secuelas. Lo está sobre todo y enteramente el texto. Y el escrito arrastra voz, lo que queda de las voces de entonces como si no hubiera de por medio toda una algarabía, la de tantísimas palabras mereciendo autoridad no inferior por distantes o incluso ajenas de un origen primero que además arranca en falso y no es el definitivo ni mucho menos. Y ante todo,

de la historiografía constitucional estadounidense, viene revalorizándose lo que, por contraste con *The Federalist*, la colección de escritos de JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY en defensa y explicación de la Constitución durante el proceso de ratificación, se conoce con no poca injusticia bajo el término negativo de *antifederalism*, el pensamiento producido por quienes de modo no menos razonado plantearon oposición o reservas (HERBERT J. STORING, ed., *The Complete Anti-Federalist*, Chicago, 1981), con lo que se ha abierto notablemente el campo de las posibles autoridades para el originalismo más tendencioso y también de las potenciales evidencias para el constitucionalismo más consciente. Y frente a todo aquel complejo existe también y sobre todo la sensibilidad actual para con los sujetos no originarios del propio constitucionalismo, algo bastante más pujante en medios estadounidenses que en los europeos por su misma presencia social y visibilidad incluso académica.

⁽¹⁰⁸⁾ Como muestra significada de constitucionalista en terreno historiográfico, yendo así también del derecho al derecho pasando por la historia, sin constancia de la revisión en curso y con el Madison oracular de costumbre en el trance, ROBERTO L. BLANCO-VALDÉS, *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, con versión italiana.

constitucionalmente, importa el texto. Sumando textos para formar, el procedimiento de enmiendas bien sabemos que no toca ni una tilde de los que quedan precediendo. Léase o reléase el constitucional originario y actual, de entonces y de hoy, para encontrarse no tan disimuladas la institución de la esclavitud y otras servidumbres, el estigma de las culpas originales, *the original sin* como nos dice Amar ⁽¹⁰⁹⁾, produciendo vergüenza propia y ajena a la ciudadanía no identificada en su fuero interno con la comunidad originaria, la de los colonos blancos, se exteriorice o se guarde. No sólo es cuestión de estética. Resulta historia que no pasa del todo y que aún pesa en algo ⁽¹¹⁰⁾. Mas no se le tema. No es el lobo feroz ni otro

⁽¹⁰⁹⁾ Todos somos al fin incorrectos. Aparte otras impertinencias incluyendo también la del pecado, para estructurar el comentario he hecho uso de expresiones como *génesis*, *deuteronomio* y alguna otra que son ajenas, por lo que infiero de nombre y retrato, pues no de dicha mención de un *original sin*, a la cultura de procedencia de AKHIL AMAR y no en cambio, con el problema consiguiente de eventual desenchaje, al constitucionalismo propio más imbuido de religión de lo que ahora confiesa, con *thanksgivings* y todo, o de lo que parece estar diciéndose a estas alturas por la primera enmienda y su jurisprudencia. Con nuestras propias incorrecciones, aunque lo fueran sólo por préstamos alegres de lenguaje, son pistas falsas además lo que sembramos sobre mojado. Ahora intenta asimilar como casos de estudio entre antropológico y etnográfico el textualismo religioso y el jurídico, o más concreta y forzadamente el bíblico y el constitucional, VINCENT CRAPANZANO, *Serving the Word: Literalism in America from the Pulpit to the Bench*, New York, 2000.

⁽¹¹⁰⁾ Art I, sec. 2, ya citada triplemente, si no más: "(...) adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indian non taxed, three fifths of all other persons (...)"; art. IV, sec. 2, ya citada también por partida triple o cuádruple: "No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due"; también, sólo citado una vez, art. I, sec. 9: "The migration or importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight (...)". Todo esto, la esclavitud y el tráfico de esclavos, sigue figurando literalmente en el texto de la *US Constitution*, como también dicha expresión de *indian non taxed* y la siguiente también ya citada de *indian tribes* entre Estados Unidos y los extranjeros que hoy resulta más ofensiva que en origen por venir sirviendo de apoyo arbitrario de un principio de poder federal sin contraste constitucional sobre los pueblos indígenas de forma que esto se entiende hoy ofensivamente contenido en el texto, mediante el originalismo respectivo, por quienes lo sufren en carne propia. Junto a todo ello, ya no hay que decir, por estar dicho, de los giros del texto constitucional en masculino originariamente excluyente ni tampoco de los que

cuento de terror, sea infantil o adulto, ingenuo o perverso. Es pasado que puede ser presente con más facilidad si se le ignora. Conocerlo y tratarlo viene a situarnos y puede rehabilitarnos, lo que no tiene por qué resultar nada malo. Habilitación de derechos falta y de poderes sobra.

Si se quiere moraleja, hela. No es buena o mala cosa, afectándonos, la historia, pues pasado no hay otro, sino que lo son, alcanzándonos, las historietas, pues la historiografía es varia y marca así la diferencia o puede hacerlo. Pues constituye cultura más neta que bruta, puede interesar a efectos prácticos lo segundo en mayor medida que lo primero. Tal vez importe lo que imaginamos en firme más que lo que heredamos en vuelo, la invención con base más que la tradición con truco ⁽¹¹¹⁾. Del *Bill of Rights* de Akhil Amar, del texto producido por la lectura, cabe extraerse, si lo resulta, la moral del cuento, la enseñanza de la historieta, nuestra moraleja. Nos hemos alejado en momentos del libro o quizás no tanto por estar siempre, entre identificación precaria, incorporación problemática y traducción infiel, con el *Bill of Rights*, con el texto nuclear incierto y todo o, más incluso, inexistente y mucho. Le hemos acompañado en la ronda y visita a la morada del fantasma incorporándonos al séquito comanditaria e informadamente, nosotros y vosotras con las existencias efectivas de volumen y de texto, a fin de ver, como Amar

acercan el trabajo por cuenta ajena, si no a la esclavitud, a la servidumbre, que no es poco. Quienes se identifican más espontánea o pacíficamente, den o no las iniquidades por superadas, con el género de sujeto de partida, el varón blanco, no vamos a extrañarnos de que no encuentren hoy especial problema en nada de ello y entiendan, por decirlo suavemente, que la deconstrucción es artificio, y la corrección, ridículo.

⁽¹¹¹⁾ Frente al maniqueísmo que viene alimentándose por ERIC HOBSBAWM y TERENCE RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, y acentuándose hasta llegar de momento, pues no se le ve término, a JON JUARISTI, *El bosque originario: Genealogías míticas de los pueblos de Europa*, Madrid, 2000, estoy con el citado L. SHELEFF, *The Future of Tradition*, en hacernos cargo de la evidencia de que no toda tradición es gratuita ni toda invención inconsistente, ya no digo que me acuerde en la forma como concreta la propia sugerencia, pues se empeña en la identificación tribal de unos pueblos sin Estados que resulta radicalmente limitadora de sus posibilidades de constituyencia. Sin ir más lejos, en historia e historiografía constitucionales pueden encontrarse excelentes ejemplos de retroproyección operativa con originalismo y todo. Mas tampoco voy a adentrarme ahora por tamaño berenjenal que AKHIL AMAR, sin la piedra de toque de la presencia indígena a los mismos efectos comparativos de la propia tradición constitucional, ignora supinamente.

quería, de dónde venimos, dónde nos hallamos y también, ya por nuestra cuenta y riesgo, de quiénes nos fiamos o qué podemos esperar de la residencia de nuestra confianza como es el caso actual en manos de jurisprudencia y doctrina de nación norteamericana. De ella procede como a ella pertenece el *Bill of Rights*, el espíritu y el médium, el alma y un cuerpo, Akhil Amar ⁽¹¹²⁾.

Aunque entre luces y sombras el *Bill of Rights* de Akhil Amar no haya sido siempre nuestra guía, nos ha ayudado a cobrar conciencia de sesgos y otros rasgos más o menos agradados o más o menos desgraciados, pues de todo hay, tanto de la criatura como de sus progenitores y de un resto largo de la familia hasta una última generación o quizá penúltima, no otra que la nuestra (pp. 304-305, circunstancias históricas suyas, también en casi todo, salvo constituyencia, mías, aun siendo mayor en edad, y seguramente tuyas, si no por igual, en alguna medida, lector o lectora amigos). Es virtud doble, por ciencia y por derecho, de historiografía que nos alcanza, potenciándose con la duplicación el interés más allá de lo que ella misma parece capaz de imaginarse. Un título no anunciaba la concreción a los Estados Unidos al darlo por supuesto sin sospecha

⁽¹¹²⁾ Como anágrafe también mostrenco, *The Bill of Rights* de AMAR es un libro entre tantos ostentando el mismo título y teniendo que añadir subtítulo, así lo distintivo. La primera idea titular del autor, *The Creation and Reconstruction of the Bill of Rights* como ya dije, podía haber sido preferible y también probablemente más honesta. En la tirada *paperback* (no he visto la *hardcover*), lo que pasa a ser subtítulo, *Creation and Reconstruction*, ni siquiera va en portada, figurando aquí en solitario *The Bill of Rights*, como si no fuera otra lectura entre tantas con vocación e incluso posibilidades de crear texto. De momento, hace unos días, mediado junio del 2000, frente a las expectativas republicanas, la Corte Suprema federal ha ratificado el valor constitucional de las reglas más garantistas en el proceso penal comenzándose desde la primerísima actuación policial, el mantenimiento con dicho rango expreso de unas exigencias cuya disponibilidad legislativa, por democrática, AMAR defiende con buenos argumentos textuales para el único caso que le interesa, el propio. Afortunadamente, ni su libro ni el de nadie, por mucho que se ostente el título con exclusividad incluso de portada, es *The Bill of Rights* y punto. Desafortunadamente, un pequeño colegio judicial es quien determina a efectos que son constituyentes alcanzando a derechos. Su jurisprudencia sólo puede ser modificada por él mismo, por la propia Corte Suprema señoreando sobre precedentes y sobre leyes, o por la vía de enmienda constitucional hoy bastante infactible, como ya también nos consta. Las teorías más abiertas de reforma democrática de ACKERMAN y de AMAR no gozan de un consenso mínimo para pensarse en su práctica ni tampoco es que se enfrenten con las cuestiones más de fondo de comunidad y constituyencia.

aparente de que la materia propia trascendiese. Esto al menos podemos remediarlo. *With a little help from my friends*, con menudo auxilio de amistades nuevas, cabe que nos hagamos cargo. De ti y de mí habla la fábula, no vayas a ponerlo en duda a estas alturas. Todos los casos son un caso y ninguno, tampoco el propio, es paradigma. Si alguno lo resulta, no debiera. No sólo España o también Europa más o menos entera, sino incluso los Estados Unidos de América, los que se han apropiado del nombre por partida doble a falta de mejor apelativo pues no se quería indígena de aquella geografía ⁽¹¹³⁾, pueden resultar dependientes y fungibles. No hay dominio de caso, como si fuera paradigma, que redima ni salve. Así es la historia y su contingencia.

Lo dice la fábula o debiera. Sea nuestra definitiva moraleja. Con minúsculas y en plural la entera serie para que el sujeto de nosotros, inclusive vosotras, el de nosotras y vosotros todas y todos, no opere ni pueda hacerlo de forma excluyente ni discriminatoria en fase

⁽¹¹³⁾ El que se tenía más a mano era el de *Hodensaunee*, el nombre de la liga indígena, de la *Covenant Chain of Indian Tribes* a la que ya he aludido, en la cual comenzaron también a integrarse las colonias británicas con anterioridad a una independencia así doble, respecto a Europa y también respecto a la propia América. De haberse desarrollado sobre dicha base la confederación primera y federación definitiva de los Estados Unidos, según previsión que no dejó de hacerse por entonces en tratados con pueblos indígenas, una constituyencia menos excluyente hubiera sin duda producido un constitucionalismo más equitativo. Imposibilitado otro desenvolvimiento, hoy *Hodensaunee* es nombre ajeno y adverso identificando una confederación de tribus entre Estados Unidos y Canadá que reclaman reconocimiento internacional desde que hubo una organización de este género, pues, antes que de Naciones Unidas, ya lo requirió de la Sociedad de Naciones con formalidad y sin éxito. Para el constitucionalismo sustantivo que así puede aún existir en esta vertiente que, pese al empeño de los Estados Unidos por todos los medios a su alcance desde el efectivo del ejército hasta el no menos eficiente del cinema, no acaba de ser historia contrafactual, B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala*, epílogo. Contrahistoria completa en cambio resultaría que imaginásemos lo que hubiera supuesto de cara a Europa, pues no digamos para la entera América, dicha otra constituyencia entonces posible de unos Estados Unidos. Luego aquí, en estas páginas, no procede. Pero añadamos todavía, con expresión incorrecta, que la imposición de nombre por bautismo tampoco es que redima del pecado. Por parte de México, el caso al que aludí cuando salvaba algún constitucionalismo americano de la cosecha de entreguerras, bien vecina se tiene la suplantación con solapamiento del pueblo mexicana, el de lengua nahua, todavía existente y numeroso. ¿Mas cuántas son las inconstituyencias potenciales entre América y Europa a las que no nos hemos ni asomado?

ninguna ni para paradigma alguno, *we the peoples* acordaríamos *bills of rights* participándonos *freedom's laws* o así pudiendo en libertad comunicarnos libertades. ¿Resulta tan llano y sencillo? Sigue sin parecerlo para la *American Constitution*, para la *Constitution of Europe* ni para el resto largo que quede, la mayoría. Parafraseando títulos y hermanando autoridades, las más amigas ahora de Akhil Amar, Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, Laurence Tribe y también Joseph Weiler ⁽¹¹⁴⁾, nos aguarda todavía la tarea de *taking rights, peoples, and texts seriously* y no ocuparnos tan sólo de los dos extremos, la labor de hacerlo para todo ello con pareja seriedad a fin de lograr no otra cosa que *Constitutions* más cumplidas. Habremos de tomarnos la serie en serio de modo sintonizado y equilibrado, tampoco por sí solo lo primero, el factor de los derechos, con el objeto de que lo último, el texto comenzándose por *the bill* y así, como sujeto de constituyencia, por *the peoples*, este intermedio obligado, pueda realmente dar base operativa a *freedom's law*, a ordenamiento comunicante por la vía misma de libertad y no por

(114) El trato aquí bien desigual para con BRUCE ACKERMAN, *We the People*, RONALD DWORKIN, *Freedom's Law*, y LAURENCE TRIBE, *American Constitutional Law*, en relación a AKHIL AMAR, *The Bill of Rights*, e incluso patentemente entre el mismo trió, como interlocutor secundario el de cabeza, contrapunto servicial el del medio y simple figurante el de la cola, es arbitrariedad tan clamorosa que resulta alarde mi confesión en primera nota. De intimar también con ellos podríamos todavía ser justos y extendernos. TRIBE nos sitúa ante los difíciles y casi imposibles requerimientos textualistas del constitucionalismo estadounidense, forzados ahí siempre en lo que toca a derechos. DWORKIN polemiza con el originalismo palingenésico recogiendo en el libro escritos que contribuyeron a frustrar el empeño de Ronald Reagan como presidente por hacer magistrado de la Corte Suprema a ROBERT BORK, el citado por su *The Tempting of America*. ACKERMAN ya he indicado que plantea la cuestión de constituyencia, no digo la de *constituency* ordinaria de habilitación por sufragio de la representación, sino la básica de autorización constituyente por parte de la comunidad política, la de varones blancos en el caso para 1789 y hasta hoy, pues, respecto al *Bill of Rights* o lo que por tal se tiene, no es otra para la *incorporation* o lo que fuere, lo que así persiste en unos fundamentos constitucionales. A lo primero parece reducirse la aguda alusión a inconstituyencia política o base electoral por parte de TRIBE, la cita de mi último encabezamiento, el de este epílogo, tomada de la primera edición de su *American Constitutional Law*. Entre debates mayores y anécdotas menores, entre originalismo corriente, el inevitable con el texto obsoleto, y sustracción por abstracción también común, la conveniente de adversidades para la propia constituyencia, cunde todavía la materia problemática para el presunto modelo. Pero tampoco es caso concreto, ni siquiera el suyo, lo que aquí exactamente nos interesaba.

otra. Con predicarse abstraídamente *the rights* no basta ni a afectos teóricos, ya no digamos a los prácticos.

Resulta la pregunta identificativa de la fábula que nos expone nuestra última lección amiga, la quinta del pentateuco, la europea. No todo va ser enseñanza, buena o mala, mejor o peor, de los Estados Unidos de América. *Do the new clothes have an emperor?* ¿No tenemos por un lado los ropajes y por otro todavía los príncipes más bien desnudos y además tan crecidos como potentes cual se ofrece a la vista pública sin precisión de que sea especialmente penetrante? ⁽¹¹⁵⁾. Necesitamos las miradas ingenuas de una infancia, de este silencio, también para las cosas del constitucionalismo. No sobra para nada la historia desde unos inicios. La madurez satisfecha y con ello olvidadiza ya se sabe que tarda en reconocer la pérdida tanto de visión como de reflejos. Es desgaste de vida incluso aunque fuera bien nacida, lo que no es el caso constitucional.

Tampoco es que la tarea aplazada de unas necesarias investiduras, por la desnudez habida, se reserve exactamente, por muy maduras que se presuman, a especialidades y erudiciones, a quienes escriben y publican o a quienes leen y analizan un género sofisticado de literatura reincidente como el que por profesión y con devoción cultivamos, a quien produce o a quien consume por ejemplo y sin ir

⁽¹¹⁵⁾ En la nota precedente, si no hago mención de nuestro quinto elemento, JOSEPH WEILER, *The Constitution of Europe*, con el subtítulo de la pregunta que es título de unos de sus ensayos, no es por hacer excepción, pues, aparte siempre la injusticia no menos imperdonable por más que confesa, sus respuestas y propuestas, a mi juicio, tienden también a quedarse a medio camino, con el bloqueo de la cuestión constituyente, de toda ella, por la asunción teórica de la realidad presente de los Estados constituidos cuales *peoples* o naciones sin mayor problema en Europa como en América, y porque al fin y al cabo aquí no he intentado ocuparme de ningún caso en particular, tampoco en sí del nuestro, el europeo. Demasiado lejos he venido, aunque resulte ser a casa, con lo que comenzara siendo una reseña a propósito de un *Bill of Rights*, uno más entre otros, el del primer y principal pretexto. Metido ya en repeticiones, ¿he de reiterar también que de nuestros autores amigos, de WEILER, de TRIBE, de DWORKIN, de ACKERMAN y de AMAR, lo que cuestiono no está entre lo que exponen, sino en lo que eclipsan? El problema último a mi entender no radica en que toda obra que produce luz arroja sombra, sino en que falta percepción del claroscuro con toda su importancia, si se me concede que la tiene, para la perspectiva. Así es común y difuso padeciéndolo por doquier el constitucionalismo, si no es que mi propósito resulta un despropósito a mayores efectos que el más inocente de la excusa. Los textos han sido pretextos porque el texto no existe.

más lejos estas resabiadas páginas. A nuestras alturas, también es que pueden sobrar doctrinas e historias constitucionales al tiempo que faltar sujetos y agencias constituyentes, pues no acaban de redondearse por mucho que se vengán dilatando. Entre libros y lecturas, entre estudios y ediciones, puede cobrarse conciencia, pero no suplirse carencia. A cada cual lo suyo, esto ni nos corresponde ni nos cabe en exclusiva ninguna. Para eso está la constituyencia o seguramente debiera.

Comenzándose por constitucionalistas y prosiguiéndose con especialistas en la historia particular o también, de darse, en una común del grado que fuere, mas alcanzándose y afectándose ante todo y sobre todo, en todo caso y con todo efecto, a ciudadanías, nos arrogamos una autoridad impropia por suplente. No contamos con otorificación genuina. Hartamos de sucedáneos porque ayunamos de credenciales. Con tanta ciencia y experiencia entre constitucionalismo e historiografía, falla en la práctica, como también derivadamente en la teoría, un derecho constituyencial, franqueza y expedición de constituyencias.

ELISABETTA GRANDE

COMPARAZIONE DINAMICA E SISTEMA
GIURIDICO STATUNITENSE:
analisi di una circolazione incrociata di modelli (*)

1. Introduzione. — 2. La circolazione incrociata dei modelli nel sistema statunitense: modello privatistico e modello penalistico a confronto. — 2.1. La circolazione del modello privatistico statunitense in Europa. — 2.2. L'importazione del modello penalistico europeo negli Stati Uniti d'America. — 3. *Comparison involves history*: breve storia delle importazioni e delle esportazioni dei modelli nel sistema statunitense. — 3.1. Il fronte privatistico. — 3.2. Il fronte penalistico — 3.2.1. Il formalismo giuridico: grande assente nello sviluppo del diritto penale americano. — 3.2.2. Qualche possibile spiegazione. — 3.2.3. Dal realismo alla penalistica americana contemporanea: un neo-formalismo tutto penale? — 4. Il "prestigio" come causa di circolazione dei modelli: che significato affidargli?

1. *Introduzione*

Il presente lavoro si propone di descrivere e di tentare di fornire una possibile spiegazione ad un fenomeno osservabile nel sistema giuridico nord-americano: la circolazione incrociata di modelli.

L'analisi del sistema statunitense, nella prospettiva del comparatista, offre all'attenzione del suo osservatore un dato che può in prima battuta apparire sorprendente: si tratta dello iato, in termini di circolazione, riscontrabile fra modello privatistico e modello penalistico (sostanziale).

A partire soprattutto dal secondo dopoguerra, il modello privatistico nord-americano si presenta, infatti, quale oggetto di una vasta diffusione all'estero ⁽¹⁾ (dal Giappone ⁽²⁾, ad Israele ⁽³⁾), alla

(*) Testo della relazione svolta al XIV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, "Cento anni di comparazione giuridica. Verso il XXI secolo", Caserta-Capri 3-5 giugno 1999, Giornate dedicate a Rodolfo Sacco.

(1) Si tratta del più straordinario veicolo di diffusione all'estero del *common law*

Russia ⁽⁴⁾, al continente africano ⁽⁵⁾, all'America Latina ⁽⁶⁾, ma soprattutto — per l'interesse che il fenomeno riveste a causa del-

(cfr. ampiamente U. MATTEI, *Common law-Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, *passim* e part. pp. 12 ss.), tenendo presente che il *common law* americano, assumendo caratteri squisitamente propri rispetto al genotipo inglese, non può più essere in alcun modo confuso con il diritto della madre-patria

(²) Il cui diritto, nel suo strato moderno, si presenta oggi largamente influenzato dal modello americano, che si è sostituito, inizialmente per via di imposizione, quindi per ragioni legate al prestigio, al modello tedesco in aree importanti, quali per esempio il diritto commerciale. Per una analisi della diffusione del diritto privato americano in Giappone cfr. per esempio H. ODA, *Japanese Law*, London, 1992 e, più in generale, F. UPHAM, *Law and Social Change in Postwar Japan*, Camb. Mass., 1987.

(³) Dove la diffusione del modello americano ha permesso al *common law* di sopravvivere e contrastare la pressione esercitata dal *civil law* importato dagli immigrati europei dopo la seconda guerra mondiale, per modo che ancora oggi il sistema israeliano può essere classificato fra i sistemi misti. Sul punto si veda U. MATTEI, *Common law*, cit., p. 13. Cfr., inoltre, per maggiori dettagli in ordine alla circolazione dei modelli in Israele, R. SCHLESINGER-H. BAADE-P. HERZOG-E. WISE, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, Foundation Press, 1998, p. 297 ss. e bibliografia ivi citata. Il modello israeliano viene altresì esaminato da L. SAPORITO in *Il modello israeliano di diritto civile*, in *Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, Salerno, 1998; nonché da S. COLOMBO, voce *Israele* in *Digesto quarta ed., Discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. X, Torino, 1993.

(⁴) In Russia e nei paesi del centro ed est Europa operano organizzazioni americane di supporto (quali il CEELI-Central and East European Law Initiative), che influenzano l'evoluzione del diritto in senso "americanizzante". Sul punto cfr. J. REITZ, *System Mixing and in Transition: Import and Export of Legal Models, General Report of the Fifteenth International Congress of Comparative Law*, 26 luglio-1° agosto, 1998, Bristol, England, p. 6 ss.

(⁵) In Africa il modello americano si impone oggi anche laddove nel passato il sistema di riferimento occidentale è stato di *civil law*: cfr. sul punto L. FAVALI-E. GRANDE-M. GUADAGNI (CURR.), *New Law for New States: politica del diritto in Eritrea*, L'Harmattan-Italia, 1998. Testimoniano la diffusione del modello americano in Africa gli studi di Mattei e di Brietzke sul sistema etiopico (U. MATTEI, *The New Ethiopian Constitution: First Thoughts on Ethical Federalism and the Reception of Western Institutions*, in E. GRANDE cur., *Transplants, Innovation and Legal Tradition in the Horn of Africa*, L'Harmattan-Italia, 1995, p. 111 ss.; P. BRIETZKE, *Ethiopia's "Leap in the Dark": "Private" Federalism and Self-Determination in the New Constitution*, in *Transplants, Innovation and Legal Tradition*, cit., p. 65 ss.), lo studio di U. Mattei sul diritto sud-Africano (voce *Sud-Africa*, *Digesto quarta ed., Discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XIX, Torino, 1999), il caso della Liberia descritto da R. SCHLESINGER, *op.cit.*, p. 296, e più in generale lo studio di L.E. TRAKMAN, *The Need for Legal Training in International Comparative and Foreign Law: Foreign Lawyers at American Law Schools*, 27 *J. Legal Education* 509, 511-12 (1976). Sulla circolazione dei modelli in Africa e per ulteriori

l'inversione del moto circolatorio — nei sistemi europei, tradizionalmente abituati ad esportare, non ad importare, i propri modelli culturali (7)); il modello penalistico statunitense, viceversa, attraversa attualmente una fase di importazione dall'estero e non è mai stato oggetto di circolazione al di fuori dei confini domestici.

Il dato porta a riflettere su due ordini di considerazioni.

In un primo senso, esso ci indica che quando si parla di circolazione di modelli non si può fare riferimento al diritto di un sistema giuridico come ad un *modello unitario*. Se all'interno di un medesimo sistema giuridico possono infatti convivere esportazioni ed importazioni, la circolazione, e quindi l'esportazione o l'importazione di un modello, dovrà essere riferita ai singoli settori, sub-settori o istituti del sistema che si osserva e non al suo complesso (8).

conferme di quanto si viene dicendo, cfr. R. SACCO, *Il diritto africano*, Torino, 1995, *passim* ed in particolare si confrontino i medaglioni posti alla fine del volume.

(6) I cui sistemi giuridici, pur essendo generalmente classificati come appartenenti all'area di *civil law*, hanno subito l'influenza del modello americano non soltanto nell'area del diritto costituzionale e pubblico (da cui resta peraltro escluso il diritto penale), ma altresì in vari settori del diritto privato. Il dato appare fra l'altro confermato dall'adozione dell'istituto del *trust* in un alto numero di stati del centro e del sud-America: per dettagli cfr. P.J. EDER, *The Impact of the Common Law on Latin America*, 4 *Miami L.Q.* 435, 438-40 (1950). Per maggiori informazioni in relazione ad altre aree del diritto privato latino-americano influenzate dal modello di *common law*, cfr. P.J. EDER, *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*, New York, 1950. Sulla circolazione del modello nord-americano in sud-America e sui problemi generati dall'esportazione nei paesi latino-americani di concetti ed approcci al diritto propri del pensiero nord-americano, cfr.: J.A. GARDNER, *Legal Imperialism, American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, Wisconsin, 1980.

(7) Oltre a quanto si verrà dicendo nel paragrafo seguente a fondamento dell'assunto, particolarmente interessante appare, in riferimento al sistema inglese, la notazione secondo cui: "(...) Un fenomeno di circolazione inversa dalle ex colonie alla madrepatria si paleserà a chiunque entri in una libreria giuridica inglese: il case book troneggia sugli scaffali accanto (o talvolta anche invece) all'opera trattatistica. La qual cosa, ancorché recentissima, non può essere assolutamente sottovalutata, perché sta a significare che l'altissimo numero di nuove facoltà di giurisprudenza presso le università e i politecnici inglesi non si adeguano nel metodo di insegnamento al 'tutorial' di Oxford e Cambridge, ma abbracciano sempre più numerosi il case method americano", così U. MATTEI, *Common law*, cit., p. 297.

(8) Il quadro potrebbe subire delle complessificazioni laddove si prendessero in considerazione variabili che mostrassero come anche all'interno di un medesimo settore del diritto possono verificarsi contemporaneamente esportazioni ed importazioni di

In un secondo senso esso porta a domandarci che cosa stia alla base della circolazione stessa; perchè, cioè, un modello circola e l'altro no, quali sono le cause dell'imitazione, quale — in sostanza — il significato da attribuire al termine *prestigio*, cui Rodolfo Sacco, com'è noto, riconduce l'origine della maggior parte dei fenomeni di circolazione giuridica e che, com'è altrettanto noto, egli lascia volutamente indefinito ⁽⁹⁾.

L'indagine che segue mira a dare una prima, parziale, risposta a tale ultimo interrogativo.

2. *La circolazione incrociata dei modelli nel sistema statunitense: modello privatistico e modello penalistico a confronto*

2.1. *La circolazione del modello privatistico statunitense in Europa*

Che il modello privatistico nord-americano circoli diffusamente, e non solamente presso sistemi originariamente esclusi dalla *Western Legal Tradition*, ma altresì in Europa, culla dei sistemi di *civil law* e di *common law* tradizionalmente oggetto di ampia esportazione, è fenomeno che in molti osservano o hanno osservato ⁽¹⁰⁾. Il dato ci è stato recentemente riproposto con forza da Wolfgang Wiegand ⁽¹¹⁾.

modelli. Per complessificare il quadro e dare ragione delle ulteriori circolazioni all'interno di uno stessa branca del diritto occorrerebbe tuttavia introdurre una tassonomia dei modelli della circolazione giuridica formulata tenendo presente che accanto ad un modello giuridico per così dire "scientifico-culturale" o "a sub-tradizione tecnico-giuridica" (dove ovviamente il riferimento è a A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN-A. GAMBARO-B. POZZO, *Property, Propriété, Eigentum, Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, p. 3 ss.), esistono almeno altri due modelli: il primo definibile quale modello di "politica del diritto" o "a sub-tradizione politico-filosofica" (vale qui la medesima considerazione di cui sopra), il secondo individuabile come modello efficiente. Rinviando ad altra sede tale introduzione (cfr., ora, E. GRANDE, *Imitazione e diritto, Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000) è opportuno chiarire che qui ci si occuperà in via esclusiva della circolazione del modello "scientifico-culturale".

⁽⁹⁾ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 148 ss.

⁽¹⁰⁾ Per tutti, cfr. U. MATTEL, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, 42 *Am.J.Comp. L.* 195 (1994).

⁽¹¹⁾ W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, 39 *Am.J.Comp. Law* 229 (1991).

In un saggio apparso sull'*American Journal of Comparative Law* di qualche anno or sono, Wiegand giunge addirittura a paragonare l'attuale "american era" alla diffusione del *Corpus Juris* in Europa nel periodo dello *ius commune*. Le analogie fra le due circolazioni passerebbero essenzialmente per due fattori, in entrambi i casi presenti.

Il primo di essi sarebbe costituito da una lingua universalmente compresa, capace di veicolare scienza e cultura. Allora il latino, oggi l'inglese consentirebbero la comunicazione globale necessaria ad una rapida e profonda diffusione del modello.

La presenza di università prestigiose dove studenti e studiosi stranieri apprendono il metodo e le soluzioni praticabili, da utilizzare in via diretta o sussidiaria nel sistema di origine, rappresenterebbe il secondo fattore di diffusione del modello nelle due situazioni. Se infatti nel periodo dello *ius commune* europeo i giovani studiosi attraversavano le Alpi per frequentare le università italiane o francesi, consci del notevole ritorno — in termini economici e di potere — che un simile investimento avrebbe comportato; ugualmente motivati appaiono oggi i giovani europei che, sempre più numerosi, attraversano l'Atlantico per poter ricevere un'istruzione giuridica presso università americane ⁽¹²⁾. In entrambi i casi l'ampia recezione del modello appreso costituirebbe la risultante ultima a livello di sistema di tali frequenti e diffusi soggiorni di studio.

I numerosi casi di importazione europea di regole e soluzioni proprie del diritto nord-americano, in settori importanti del diritto privato, quali il *corporate law*, il *security and banking law*, ma anche il *tort law* o la materia dei contratti, portati ad esempio dallo studioso tedesco, ne fondano le affermazioni.

(12) L'imperialismo intellettuale nord-americano passa, d'altronde, anche per vie diverse rispetto alla sponsorizzazione in patria dei futuri discenti stranieri in terra statunitense, su cui si sofferma W. WIEGAND. Le ragioni che di fatto spiegano l'esistenza di una regola quale la "two years rule" (che obbliga lo straniero che ha studiato negli Stati Uniti d'America a ritornare in patria per un periodo di tempo di almeno due anni al termine del soggiorno di studi americano, vietandogli di lavorare per il medesimo periodo negli Stati Uniti), praticata nei confronti di coloro che ottengono una borsa di studio Fulbright da parte del governo americano per studiare negli Stati Uniti, chiariscono l'assunto. Sul punto si veda U. MATTEI, *Intellectual Leadership*, cit., p. 207, nota 91.

Quanto sostenuto da Wiegand trova d'altronde conferma in precisi dati che testimoniano l'ampia portata del fenomeno.

A livello di circolazione di regole è sufficiente pensare alla diffusione che la soluzione statunitense di una responsabilità oggettiva per danno da prodotto ha avuto dal caso *Escola* del 1944⁽¹³⁾ in poi, passando per una recezione giurisprudenziale nei sistemi tedesco⁽¹⁴⁾ e francese⁽¹⁵⁾, fino a diffondersi in tutta Europa attraverso lo strumento normativo comunitario della direttiva (Direttiva 85/374)⁽¹⁶⁾.

Sul piano della tecnica legislativa, la circolazione del modello statunitense appare evidente nelle proposte, sempre più autorevolmente sostenute, di utilizzo dello strumento del *Restatement* quale tecnica uniformatrice del diritto europeo, in luogo del classico strumento di *civil law* rappresentato dal codice⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944); quindi *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 59 Cal.2d 57, 377 P.2d 897 (1963).

⁽¹⁴⁾ Cfr. il famosissimo caso detto "peste dei polli", deciso nel 1968 dal *Bundesgerichtshof* tedesco (pronuncia del 26 novembre, 51 BGHZ 91). L'influenza americana sulla decisione è messa in rilievo da R. SCHLESINGER, *Comparative Law*, cit., p. 629-30, il quale nota come la corte tedesca faccia addirittura uso del termine "*strict liability*" in inglese. La circolazione della soluzione per via dottrinarina, attraverso l'esposizione all'insegnamento accademico nelle *law schools* statunitensi di alcuni giovani studiosi tedeschi, è inoltre sottolineata da M. WILL, *Asides on the Nonharmonization of Products Liability Laws in Europe*, in P. HERZOG (cur.), *Harmonization of Laws in the European Communities: Products Liability, Conflict of Laws and Corporation Law: fifth Sokol Colloquium*, Charlottesville-Va, 1983.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Cour de Cassation (Civ. 17.2.1965, Bull. Cass. 1965 III rev. 133)* e B.E. HERZOG, *The French Law of Product Liability, A Creature of the Courts*, in P. HERZOG (cur.), *Harmonization*, cit., p. 3.

⁽¹⁶⁾ Direttiva sull'approssimazione delle leggi, regolamenti e disposizioni amministrative degli Stati membri in relazione alla responsabilità per danni da prodotto del 25 luglio 1985, GUCE No. L 210, p. 29. Sul punto cfr. G. PONZANELLI, *The European Community Directive on Products Liability*, in P. SCHUCK (cur.), *Tort Law and the Public Interest: Competition, Innovation and Consumer Welfare*, New York, 1991.

⁽¹⁷⁾ Cfr. O. LANDO, *Principles of European Contract Law/ An Alternative or A Precursor of European Legislation*, in *RabelsZ* 1992, p. 261 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "Codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali ed il neo positivismo*, in *Il Foro it.*, parte V, 1998, p. 62 ss.; si vedano, inoltre, i saggi di H. KÖTZ, E. HONDIUS, A. HARTKAME, in M. BUSSANI-U. MATTEI (curr.), *Making European Law, Essays on the "common core" project*, Trento, 2000.

La circolazione a livello di movimento di idee è testimoniata dalla vastissima diffusione in tutta Europa dell'approccio realista ⁽¹⁸⁾ o di quel metodo che va sotto il nome di *law and economics* ⁽¹⁹⁾.

Ancora, a livello di pratica economico-finanziaria, gli istituti del *leasing*, del *factoring* o del *franchising* offrono uno straordinario esempio di circolazione del modello americano in terra europea ⁽²⁰⁾.

L'osservazione del fenomeno, sia pur accompagnata dalla dettagliata descrizione delle vie attraverso cui esso si realizza, non fornisce ancora, tuttavia, alcuna spiegazione in ordine alle sue cause. Nel testimoniare la forte circolazione del modello privatistico nord-americano in Europa, Wiegand non chiarisce in sostanza perché le università americane siano divenute prestigiose o per quale motivo la lingua inglese abbia assunto la *leadership* nella comunicazione giuridica.

2.2. *L'importazione del modello penalistico europeo negli Stati Uniti d'America*

Che il modello penalistico sostanziale nord-americano nella fase attuale recepisca modelli continentali è impressione che si ricava in via immediata da un'analisi, ancorché superficiale, della letteratura penalistica statunitense.

Già nel 1962 ⁽²¹⁾, in un articolo apparso sul *Cambridge Law Journal*, Sanford Kadish introduceva il mondo di *common law* alla distinzione fra una colpevolezza di tipo psicologico o *mens rea* di fattispecie (che il penalista della *Boalt Hall School of Law* identificava con una "*mens rea in a special sense*") ed una *mens rea* coincidente con il concetto di colpevolezza di tipo normativo (laddove il riferimento terminologico andava allora ad una "*mens rea in a general sense*"),

⁽¹⁸⁾ Per tutti, si veda G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. COOTER e J. GORDLEY, *Economic Analysis in Civil Law Countries*, 11 *International Review of Law and Economics* 261, 1991. In Europa ha visto la luce da ultimo la *Encyclopedia of Law and Economics*, B. BOUCKAERT-G. DE GEEST (curr.), Cheltenham, UK-Northampton, Ma., U.S.A., 2000.

⁽²⁰⁾ Per tutti cfr. A. FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countrade, cash and carry, merchandising, know-how, securization*, Torino, 1996; Id., *Il Franchising*, Torino, 1990.

⁽²¹⁾ S. KADISH, *The Decline of Innocence*, 26 *Camb.L.J.* 273-290 (1968).

familiarizzando in tal modo la dottrina americana con categorie concettuali tipiche della teoria generale del reato tedesca (22).

L'opera di George Fletcher del 1978, *Rethinking Criminal Law* (23), conferma la fortissima influenza del pensiero tedesco in terra nord-americana. Ciò risulta evidente non solo se si osserva l'altissimo numero di citazioni relative al diritto ed alla dottrina tedesca contenute nel testo — laddove, com'è noto le citazioni rivestono spesso il ruolo di vere cartine di tornasole della circolazione dei modelli —, ma anche qualora si presti attenzione alla ricostruzione sistematica degli elementi del reato così come operata dal professore della *Columbia Law School*.

Il lavoro, tuttavia, che forse più di ogni altro chiarisce la portata della recezione americana di stili, modelli e categorie concettuali di matrice tedesca è rappresentato da un articolo di Paul Robinson, il cui paradigma concettuale (già annunciato due anni prima (24)) viene

(22) “(...) (T)here are two principal categories of mens rea which should be distinguished. The first category we can call mens rea in its special sense. In this special sense mens rea refers only to the mental state which is required by the definition of the offence to accompany the act which produces or threatens the harm. An attempt to commit a crime consists of an act which comes close to its commission done with the purpose that the crime be committed. Unlawful assembly is joining with a group in a public place with intent to commit unlawful acts. (...) That the absence of the mens rea, in this special sense of the required mental state, precludes liability in all of these cases is of course a merest tautology. This is the way these crimes are defined. But it is important to see that they are so defined because the special mens rea element is crucial to the description of the conduct we want to make criminal. (...) The second category of mens rea qualifications to liability is that of legal responsibility, which includes the familiar defences of legal insanity and infancy. These qualifications differ in several particulars from the mens rea qualifications of the first category. In requiring mens rea in the first, special, sense the law is saying that it does not hold a person where he has shown himself by his conduct, judged in terms of its totality, including his mental state, to be no different than the rest of us, or not different enough to justify the criminal sanction. In requiring mens rea in the sense of legal responsibility, the law absolves a person precisely because his deficiencies of temperament, personality or maturity distinguish him so utterly from the rest of us to whom the law's threats are addressed that we do not expect him to comply...” così S. KADISH, *op. loc. ult. cit.*.

(23) Il riferimento è qui alla sua opera più generale, anche se appaiono moltissimi i lavori di Fletcher che richiamano il modello tedesco e testimoniano il continuo dialogo intrapreso con la dottrina d'oltreoceano.

(24) Mi riferisco all'articolo apparso sull'*Hastings Law Journal* del 1980, dal titolo *A Brief History of the Distinctions in Criminal Culpability*, 31 *Hastings L.J.* 815.

in un breve volgere di anni ripreso ed ampliato dallo stesso autore in vari scritti, fra cui una monografia ⁽²⁵⁾, molti lavori apparsi su *law reviews* americane ed un *course book* (nonché un manuale) fra i più adottati nelle *law schools* statunitensi ⁽²⁶⁾.

Si tratta di un articolo apparso sulla *Columbia Law Review* del 1982, dal titolo “*Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*”, che rivoluziona la tassonomia delle cause di esonero dalla responsabilità penale nel diritto anglo-americano.

Tradizionalmente modellate su esigenze di tipo processuale, secondo uno schema che evidenzia la natura interstiziale del diritto sostanziale di *common law* rispetto alle regole del processo ⁽²⁷⁾, le *criminal defenses* nell'impostazione classica si distinguono fra “*affirmative*” e “*non-affirmative defenses*”. Le prime — fra le quali rientrano indistintamente le ipotesi di mancanza di coscienza e

⁽²⁵⁾ *Criminal Law Defenses*, S. Paul-Minn., 1984.

⁽²⁶⁾ Si fa in particolare riferimento ai *Fundamentals of Criminal Law* (apparso nel 1988 per i tipi della Little, Brown and Company) le cui citazioni della dottrina tedesca, ma soprattutto gli interi passi nell'ambito dei “*materials*”, dedicati a testi dottrinali e giurisprudenziali tedeschi, confermano la forte attenzione per quel modello. Il manuale, del 1997, è intitolato *Criminal Law* ed è edito dalla Aspen Law and Business di New York.

La recezione del metodo e delle categorie concettuali della dottrina tedesca da parte di Robinson è, d'altronde, sottolineata da Joachim Herrmann, in un articolo dal titolo “*Causing the Conditions of One's Own Defense: The Multifaced Approach of German Law*” (apparso sulla *Brigham Young Univ.L.Rev.* del 1986, p. 747), in cui l'autore tedesco fa, tra l'altro, notare come nell'affrontare il tema della causazione volontaria di una situazione scriminante o scusante (dove il riferimento è ad un lavoro di P. Robinson dal titolo “*Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine*”, 71 *Va.L.Rev.* 1, 1985), Robinson — nel tentativo estremo di raggiungere una coerenza sistematica sull'argomento, cui neppure la dottrina tedesca aspira — adotti un approccio del tutto inusuale per il pensiero americano, tipico viceversa dello stile tedesco: “Professor Robinson's rigorous effort to achieve system and harmony is unusual in American criminal law thinking. It breaks away from the traditional Common Law method which tends to move from the particular to the particular and which is dominated by pragmatic and problem-oriented discussions. The search for generalization and systematization as demonstrated by Professor Robinson's theory is a characteristic feature of the German criminal law method.”, così J. HERRMANN, nell'Introduzione; ed ancora: “The comparison of Professor Robinson's theory with German law has revealed interesting similarities in the treatment of methodological problems and practical questions”, così J. HERRMANN nelle conclusioni.

⁽²⁷⁾ Su cui *infra* nel testo.

volontà della condotta (c.d. *automatism*), la provocazione, l'errore di diritto qualora rilevante, le cause di giustificazione o ancora le ipotesi di carenza di imputabilità — si caratterizzano perché introducono nel processo questioni nuove. Rispetto a tali questioni, il *prosecutor* (che rappresenta la pubblica accusa) non ha un obbligo probatorio iniziale al fine di poter continuare a sostenere l'accusa. In relazione agli altri elementi del reato egli è, viceversa, gravato di un c.d. *evidential burden*, ossia di un primo onere probatorio, alla cui soddisfazione deve provvedere. In caso contrario il giudice assolverà, tramite un *direct verdict of acquittal* (una sorta di proscioglimento anticipato) ⁽²⁸⁾. Nelle ipotesi di *affirmative defenses*, l'*evidential burden* non è in capo all'accusa, ma alla difesa. Spetterà, così, all'imputato sollevare la questione della esistenza di una *defense*, fornendo prove sufficienti a far sorgere dubbi intorno alla sua sussistenza ⁽²⁹⁾.

Nella delicata allocazione del peso probatorio iniziale (c.d. *prima facie evidence*) da affidare all'una o all'altra parte in sede processuale in relazione ai differenti elementi del reato ⁽³⁰⁾, si

⁽²⁸⁾ Qualora, infatti, il *prosecutor* non sia in grado di fornire una "*prima facie evidence*" del suo caso, non presenti cioè prove in prima battuta idonee a sostenere l'accusa, il giudice del dibattimento dovrà ordinare alla giuria di emanare un verdetto di assoluzione (*directed verdict of acquittal*), che avrà carattere definitivo essendo al *prosecutor* precluso l'appello. Soltanto nel caso in cui il giudice lasci la giuria libera di decidere ed a fronte di un verdetto di condanna dichiara la mancanza di prove sufficienti a sostenere l'accusa (assoluzione *nonostante veredicto*), al *prosecutor* sarà consentito di impugnare la sentenza di proscioglimento.

⁽²⁹⁾ Soddisfatto che sia l'*evidential burden*, la cui soglia di superamento costituisce da sempre l'oggetto di un ampio dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza anglo-americane (si consenta di rinviare sul punto alle annotazioni ed alla bibliografia riportata nella mia voce *Justification and Excuse*, in *Digesto quarta ed., Discipline penalistiche*, vol. VII, Torino, 1990, nota 3), diversamente risolta è la successiva questione relativa a chi spetti l'ulteriore onere probatorio (c.d. *persuasive burden* o *ultimate burden* o più semplicemente *burden of proof*). Quest'ultimo, parametrato al criterio del convincimento della giuria *beyond any reasonable doubt*, grava infatti sempre sul *prosecutor* in relazione a tutti gli elementi rispetto ai quali doveva sopportare anche l'*initial burden* e spesso grava sul medesimo anche in relazione alle *defenses*. Nelle ipotesi — variabili da stato a stato — in cui l'onere probatorio conclusivo intorno all'esistenza di una *defense* spetti all'imputato, lo *standard* probatorio si ridurrà tuttavia di norma alla "*preponderance of evidence*".

⁽³⁰⁾ Ricerca che tiene conto tanto della necessità di tutelare il diritto dell'accusato

enuclea così, nella prospettiva classica del *common lawyer*, la categoria — destinata ad avere efficacia sostanziale — delle *affirmative criminal defenses*.

L'ottica di Paul Robinson si presenta del tutto eterodossa.

L'autore osserva le *criminal defenses* abbandonando la prospettiva legata al contesto processuale in cui sono destinate ad operare e le classifica — su un piano puramente sostanziale — in relazione al loro rapporto con gli elementi positivi della responsabilità penale, i quali vengono a loro volta organizzati secondo una piramide concettuale, di chiara matrice tedesca, le cui categorie generali sono in ultima analisi quelle che un penalista concettualista continentale individuerrebbe come tipicità, antigiuridicità obbiettiva e colpevolezza normativa.

Le *defenses* sono quindi raggruppate — con diverse etichette — a seconda che escludano l'uno o l'altro di tali elementi, per modo da rompere con la tradizione a matrice processuale e sposarne al contempo una a matrice concettuale e sostanziale, modellata su quella tedesca.

Nella prima categoria rientrano i casi in cui sono negati gli elementi definizionali espliciti o impliciti del reato (si parla allora di *failure of proof "defenses"* e *offense modifications*). Una seconda categoria comprende le ipotesi in cui ciò che viene escluso è, secondo la tassonomia continentale, l'antigiuridicità obbiettiva: la corrispondente categoria di *defenses* è, nella teorica di P. Robinson, costituita dalle *justifications*. Nella categoria delle *excuses* sono, viceversa, presi in considerazione i casi in cui è la *blameworthiness* (nozione del tutto ricalcata in Robinson sul concetto tedesco di colpevolezza normativa) a venire meno ⁽³¹⁾.

Ancora, Paul Robinson fa riferimento ad un'ulteriore categoria di *defenses*, a sua volta per nulla sconosciuta alla dogmatica tedesca. Si tratta dell'ipotesi in cui siano assenti alcuni speciali requisiti richiesti nel pubblico interesse ("*Besondere Strafwürdigkeits — oder*

al silenzio, quanto delle esigenze di economia processuale e di semplificazione dell'altrimenti troppo arduo onere probatorio gravante sull'accusa. Per maggiori dettagli si consenta di rinviare alla mia voce *Justification and Excuse*, cit., p. 310 ss.

⁽³¹⁾ "*Acts are justified; actors are excused*", chiarisce P. ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, cit., p. 229, raggruppando nella categoria delle *excuses* i casi di mancanza di imputabilità, di errore sul divieto, e di necessità scusante.

Strafbedürftigkeitselemente”) per l’attribuzione di una responsabilità penale in capo all’autore di un fatto tipico (in senso oggettivo e soggettivo), antiggiuridico e personalmente rimproverabile; ipotesi per la quale Robinson individua la categoria concettuale delle *Nonexculpatory Public Policy Defenses* ⁽³²⁾.

(32) “The term defense is commonly used, at least in a casual sense, to mean any set of identifiable conditions or circumstances which may prevent a conviction for an offense. Current law recognizes a surprising variety of such possible bars to conviction, from amnesia to withdrawl. Upon examining the functions of and the rationales supporting these rules and doctrines, five general categories become apparent. They may be termed failure of proof defenses, offense modification defenses, justifications, excuses, and nonexculpatory public policy defenses. Failure of proof defenses are nothing more than instances where, because of the ‘defense’, the prosecution is unable to prove all the required elements of the offense — the objective conduct, circumstance, and result elements and their corresponding culpability requirements. Offense modifications are similar in that they essentially modify or refine the criminalization decision embodied in the definition of the particular offense, but frequently appear outside of the definition of the offense. The remaining three groups of defenses — justifications, excuses, and nonexculpatory public policy defenses — are general defenses; they theoretically apply to all offenses, even when the required elements of an offense are satisfied. They represent principles of exculpation or defense that operate independently of the criminalization decision reflected in the particular offense. A justified actor engages in conduct that is not culpable because its benefits outweigh the harm or evil of the offense; an excused actor admits the harm or evil but nonetheless claims an absence of personal culpability; and an actor exempt under a nonexculpatory public defense admits the harm or evil and his culpability but relies upon an important public policy interest, apart from blamelessness, that is furthered by foregoing (his) conviction. (...) Table: A System of Defenses: *Failure of Proof ‘Defenses’* (Examples): Mistake that negates an element of the offense, Intoxication that negates an element of the offense, Mental illness that negates an element of the offense, Partial Responsibility/Diminished Capacity, Impossibility that negates an element of the offense, Consent that negates an element of the offense, Provocation, Alibi — *Offense Modifications* (Examples): Renunciation, Impossibility defense, De minimis Infraction, Consent defense, Extreme Emotional Disturbance, Victim cannot be accomplice, Conduct inevitably incident cannot be complicity, Wharton’s Rule — *Justifications*: Lesser Evil (including necessity); Authorized use of defensive force: Defense of Others, Self-Defense, Defense of Property, Defense of Premises/Habitation; Authorized use of aggressive force — public authority: Law Enforcement Authority, Authority to Mantain Order and Safety, Parental Authority, Benevolent Custodial Authority, Medical Authority, Authority to Prevent Suicide, Judicial Authority, Military Authority, General Public Authority — *Excuses*: Not product of actor’s determination: Involuntary Act Defense (including reflex action, convulsion); Defect in perception or knowledge of physical nature of conduct or consequences: Insanity, Intoxication, Somnambulism, Automatism; Ignorance of crimi-

La recezione di una sistematica tradizionalmente estranea al diritto penale di *common law* non potrebbe davvero essere più evidente.

Al di là dei dettagli, non sempre coincidenti (e sui quali peraltro anche i penalisti tedeschi si presentano a volte divisi), la struttura concettuale del reato è infatti nelle sue linee essenziali ripresa interamente dal modello continentale tedesco, laddove il modo di osservare il fenomeno “reato” passa, nella prospettiva accolta da Robinson, attraverso categorie ordinanti da tempo elaborate, secondo il ben noto metodo dogmatico-concettuale risalente alla *allgemeine Rechtslehre*, da quella dottrina ⁽³³⁾.

L’influenza della dogmatica tedesca e della c.d. “concezione tripartita del reato” (secondo cui il reato è costruito come un “fatto tipico” — *Tatbestand* —, anti-giuridico — *rechtswidrig* — e colpevole — *schuldhaft*), che in Germania domina fin dai tempi di Frank e di Goldschmidt ⁽³⁴⁾ attirando sotto la propria egemonia culturale quasi tutti i sistemi della *Western legal tradition*, appare pertanto raggiungere oggi anche il nuovo continente.

nality or wrongfulness of conduct: Insanity, Subnormality, Intoxication, Immaturity, Mistake (Official Misstatement of Law, Unavailable Law, Mistake as to Justification: Unlawful Orders); Impairment of control: Insanity, Intoxication, Duress, Hypnotism — *Nonexculpatory Public Policy Defenses*: Statute of Limitations, Double Jeopardy, Diplomatic Immunity, Testimonial Immunity, Plea-Bargained Immunity, Judicial, Legislative, and Executive Immunities, Incompetency, Amnesia, Dismissal based upon exclusionary rule or prosecutorial misconduct, Entrapment.”, così P. ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, *A Systematic Analysis*, cit., pp. 203, 242-243.

⁽³³⁾ È quasi superfluo ricordare come la costruzione del reato nelle sue varie componenti analitiche, effettuata allo scopo di apprestare uno schema mentale gradualmente ordinato e dotato di validità generale per affrontare la trattazione della responsabilità penale, sia il prodotto dell’elaborazione dottrinale tedesca del secolo scorso ed in particolare del sistema c.d. “classico” di v. Liszt e Beling. Successivamente raffinata attraverso le più moderne concezioni della colpevolezza (cfr. R. Frank, *Der Aufbau des Schuldbegriffs*, Jur. Fak. Giessen-FS, 1907 e J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in: *1 Festgabe für R.v. Frank*, Tübingen, 1930, p. 428 ss.) — ed in tale sua configurazione recepita da Paul Robinson — tale costruzione dogmatica è ancora oggi celebrata come il “capolavoro e l’articolo d’esportazione numero uno della dottrina penale tedesca” (cfr. K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte Generale*, Padova, 1993, p. 31).

⁽³⁴⁾ Cfr. nota *supra*.

3. Comparison involves history: *breve storia delle importazioni e delle esportazioni dei modelli nel sistema statunitense*

3.1. *Il fronte privatistico*

Lo iato che in termini di circolazione di modelli si produce nel sistema statunitense richiede una spiegazione. Quali sono le cause dell'imitazione del modello privatistico statunitense nel mondo e quali quelle dell'importazione del modello tedesco da parte della dottrina penalistica americana?

La storia delle importazioni e delle esportazioni dei modelli nel sistema statunitense può essere d'aiuto nella ricerca di una risposta alla questione.

Senza ripercorrere le tappe della recezione del *common law* dalla madre patria inglese o quelle dell'influenza del modello francese sul diritto nord-americano ⁽³⁵⁾, è in questa sede interessante osservare come il sistema statunitense abbia, in via di successione cronologica, altresì importato il modello privatistico tedesco. È questo il momento in cui Christopher Columbus Langdell — che nel 1870 diviene preside della *Harvard Law School* — fonda l'“accademia americana”, ossia la nuova *élite* dei professori; ciò che, com'è noto — rivoluzionando l'intero rapporto fra le fonti del diritto — comporterà una profonda cesura fra *common law* inglese e *common law* statunitense.

È quasi superfluo indicare il debito che dal punto di vista metodologico il formalismo di Langdell contrae nei confronti di Savigny — fondatore della scuola storica — e della pandettistica (civilistica) tedesca. La formazione presso università tedesche dei più autorevoli esponenti del formalismo langdelliano ⁽³⁶⁾, le ampie

⁽³⁵⁾ Cui vanno ricondotti i tentativi di codificazione di D.D. FIELD a New York o le recezioni dal diritto continentale notate nei commenti di Kent, su cui si veda A. WATSON, *Chancellor Kent's Use of Foreign Law*, in M. REIMANN (cur.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, 1993, p. 45 ss.

⁽³⁶⁾ James Barr Ames, primo allievo di Langdell ad Harvard — dove nel 1873 viene chiamato come professore, anche su spinta del rettore Eliot, all'età di 27 anni — riceve fra il 1869 ed il 1870 parte della propria formazione accademica presso università tedesche e, nelle parole di Reimann, “*returned to America imbued with German scholarship*” (cfr. M. REIMANN, *A Career in Itself-The German Professoriate as a Model for*

citazioni di quella dottrina ⁽³⁷⁾, il metodo dogmatico nell'approccio al fenomeno giuridico, che passa per l'enucleazione di principi generali storicamente individuati e successivamente sistematizzati per modo da fornire teorie unitarie sempre più generali ed astratte, testimoniano la forte recezione della metodologia fondamentale tipica della pandettistica tedesca ⁽³⁸⁾.

American Legal Academia, in M. REIMANN cur., *The Reception of Continental Ideas*, cit., pp. 173-4 e bibliografia ivi citata).

In quel torno di anni, con punte particolari verso fine secolo, d'altronde — secondo un movimento pendolare significativamente opposto rispetto a quello che registra oggi Wolfgang Wiegand — numerosissimi furono gli studiosi americani che si recarono a studiare presso le prestigiosissime università tedesche, dove insegnavano Savigny, Bluntschli, Puchta o von Vangerow. Sul punto cfr. C.F. THWING, *The American and the German University*, New York, 1828, pp. 18, 207-18; D. SHUMWAY, *The American Law Students of the University of Göttingen*, in *German American Annals, New Series*, 1910, pp. 171-185; J. HERBS, *The German Historical School in American Scholarship*, Ithaca/New York, 1965; J.M. HART, *German Universities*, New York, 1878, pp. 158-160, 394; D. CLARK, *Tracing the Roots of American Legal Education*, 51 *Rabels Zeitschrift* 313, pp. 320-2 (1987).

⁽³⁷⁾ Il pensiero va nuovamente a J.B. AMES ed alle sue *Lectures on Legal History* (Cambridge/Mass., 1913).

⁽³⁸⁾ Per uno studio che analizza le influenze del pensiero tedesco sulla nascente classe dei professori americani, definita “la scuola storica” americana di Harvard (così M. REIMANN, *A Career in Itself*, cit., 179), si veda ampiamente M. HOEFELICH, *Savigny and his Anglo-American Disciples*, 37 *Am.J.Comp.L.* 17 (1989); ID., *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, Londra, 1997; P. STEIN, *The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America*, 52 *Va.L.Rev.* 403 (1966). Lo stesso J. Beale, d'altronde, afferma che “l'impulso dato agli studi giuridici dai lavori di Savigny e della sua scuola ha avuto una estensione enorme in tutto il mondo civile, influenzando profondamente il pensiero giuridico” anche della “età dello studio scientifico”, che era ai suoi esordi in America; così J. BEALE, *The Development of Jurisprudence During the Past Century*, 18 *Harv.L.Rev.* 271, 283 (1905).

Oliver Wendell Holmes, parlando ad Harvard della eccessiva semplicità di Story, espresse fiducia intorno alla possibilità che le cose potessero cambiare, “*now that American scholars followed their German colleagues*”: O.W.Holmes, *The Use and Meaning of Law Schools and their Methods of Instruction*, 3 *L.Q.R.* 118 (1887), così come citato da M. REIMANN, cit., p. 172. John Henry Wigmore, dal canto suo affermò che nell'ultima generazione “*Germany has been generally spoken of in this country as the preeminent home of science and learning among modern nations*”: così J.H. WIGMORE, *A Proposal to Restore the True Status of French Science and Learning in America*, 49 *Chicago Legal News* 243 (1917).

La fortissima attenzione nei confronti della pandettistica tedesca da parte della nascente classe dei professori americani è inoltre testimoniata dall'altissimo numero di

Anche le regole e le partizioni del diritto privato continentale vengono a volte fatte proprie dal formalismo americano. Si pensi qui alla distinzione fra contratti unilaterali e contratti bilaterali oppure a quella, sconosciuta al *common law* precedente, fra diritti assoluti e diritti relativi, o ancora all'istituto del *declaratory judgment*, che, nell'analisi di chi ha dedicato particolare attenzione al problema, appare come un chiaro fenomeno di importazione dal modello continentale ⁽³⁹⁾.

La stessa formula universitaria, nella sua organizzazione accademica, risulta essere un portato della circolazione del modello tedesco ⁽⁴⁰⁾.

Affascinati dal predominio di cui, nella competizione fra formanti del diritto, i professori tedeschi godevano all'interno del loro sistema, Langdell e la sua nuova classe di accademici americani paiono averne deliberatamente copiato lo schema organizzativo. La presa di coscienza che solo la creazione di una classe di professori a tempo pieno, sgravati da impegni pratico-professionali, dedicati unicamente al diritto in quanto "scienza", avrebbe potuto far nascere un formante dottrinale forte, sembra infatti avere spinto Langdell a prendere a modello il "migliore fra gli esempi viventi" fra i quali scegliere: la scienza giuridica e le università tedesche ⁽⁴¹⁾.

traduzioni inglesi delle opere della pandettistica tedesca (tutte scrupolosamente raccolte, fra l'altro, nella biblioteca di Harvard), che alla fine del secolo ne coprivano quasi interamente la produzione. Per un primo elenco delle traduzioni di Savigny, Puchta, Thibaut ed altri pandettisti tedeschi cfr. M. REIMANN, *A Career in Itself*, cit., note 13 e 19 pp. 170 e 171.

Sul tema del "non secondario capitolo della circolazione del modello giuridico tedesco nel *common law*" rappresentato "dal trapianto dell'ansia di scientificità, che fu propria della pandettistica, sul *case law* americano" realizzatosi nel periodo del formalismo langdelliano, si veda ampiamente U. MATTEI, *Common Law*, cit., p. 280 ss.

⁽³⁹⁾ E. BORCHARD, *The Declaratory Judgment, A Needed Procedural Reform*, 28 *Yale L.J.* 105 (1918); E.R. SUNDERLAND, *A Modern Evolution in Remedial Rights, The Declaratory Judgment*, 16 *Mich.L.Rev.* 69 (1917).

⁽⁴⁰⁾ Sul punto si veda, con ampiezza di dettagli, D. CLARK, *Tracing the Roots of American Legal Education*, cit.; M. REIMANN, *A Career in Itself*, cit., p. 165 ss.

⁽⁴¹⁾ Langdell riconobbe apertamente che intendeva porre le *law schools* americane "nelle stessa posizione occupata dalle facoltà giuridiche nelle università dell'Europa continentale", così C.C. LANGDELL, *Harvard Celebration Speech*, 3 *L.Q.R.* 124 (1887).

Solo infatti un gruppo di professori capace di organizzare per principi la scienza giuridica ⁽⁴²⁾, attraverso quel metodo storico-dogmatico che la pandettistica tedesca aveva insegnato, avrebbe potuto aspirare a creare un sistema logico che li avrebbe in definitiva resi responsabili dello sviluppo di quella scienza, epperò stesso punto di riferimento obbligato per chiunque dovesse applicare le regole giuridiche. Il risultato sarebbe stato, nelle parole di Ames, che la dottrina americana avrebbe raggiunto il livello di quella tedesca, dove “l’influenza delle sue opinioni nei tribunali è tanto forte, se non più forte, di quella del precedente giudiziale” ⁽⁴³⁾.

Sulla spinta di simili considerazioni, le novelle *law schools* americane, ufficialmente integrate nell’apparato universitario, furono modellate sull’archetipo delle università tedesche. Professori a tempo pieno (il primo dei quali fu proprio James Barr Ames), esclusiva devozione all’insegnamento ed alla ricerca, selezione del corpo docente in base a puri meriti accademici, reclutamento per cooptazione, furono, insieme all’istituzione di severi *standard* di ammissione degli studenti universitari, le caratteristiche — del tutto nuove rispetto al passato — delle nascenti facoltà di diritto americane ⁽⁴⁴⁾.

(42) La cui individuazione era fino a quel momento mancata del tutto.

(43) Così J.B. AMES, *Lectures*, cit., p. 364.

(44) Con lo stile particolarmente vivace che connota tutto il suo volumetto, GRANT GILMORE (ne *Le Grandi Epoche del diritto americano*, trad.it. in *Giuristi stranieri di oggi*, C. MAZZONI e V. VARANO curr., Milano, 1988, pp. 55-6) così dipinge le caratteristiche delle nuove facoltà di giurisprudenza: “Prima dei tempi di Langdell, il professore di diritto tipico era stato un avvocato od un giudice in pensione — come il cancelliere Kent — oppure un incaricato a tempo definito che convogliava la maggior parte del proprio tempo e della propria energia ad altri fini. Langdell scelse i docenti per la sua facoltà fra i neo-laureati in giurisprudenza che non avessero mai esercitato la professione forense, e che non intendessero farlo; la loro funzione doveva consistere nel dedicare tutto il proprio tempo all’insegnamento e alle pubblicazioni. Questi giovani, che riceverono la cattedra prima dei trent’anni reagirono assai positivamente alla nuova mansione in un numero sorprendente di casi, ed alcuni continuarono l’attività fino a novant’anni; non erano infrequenti i corsi tenuti da fuori ruolo dopo i cinquant’anni di insegnamento. Ed il fatto che i corsi sul contratto, sull’illecito extracontrattuale o, a ben vedere, quasi tutti, venissero ancora impartiti negli anni venti da professori che erano giunti alla facoltà negli anni ottanta del secolo scorso, conferiva una notevole continuità al processo educativo (...). L’impatto di questa intensa relazione tra un’ottima facoltà ed un corpo di studenti particolarmente dotato sembra essere stato immenso sul lungo periodo. Dopo tre anni

Il *case method* — ossia quel metodo per cui discente e docente analizzano insieme i casi, al di là di una verità preconcepita e secondo un approccio che stimola lo spirito critico dello studente — reso celebre da Langdell ⁽⁴⁵⁾, si accompagna così, nel periodo del formalismo americano, alla stesura di trattati che, sulla falsariga della pandettistica di ispirazione tedesca, elaborano teorie generali unitarie nei vari campi del diritto civile americano. I professori — divenuti una classe — a partire dal 1870 sapranno infatti redigere, nei grandi settori del diritto privato, opere dottrinarie a carattere sistematico, idonee, secondo i desideri di Ames, ad “essere classificate fra le migliori in qualsiasi paese” ⁽⁴⁶⁾.

Il *case-book* americano, genere letterario necessario allo sviluppo del nuovo metodo didattico, raccoglierà allora soltanto quei casi che, confermando le verità delle teorie generali, si presenteranno come “giusti”, ossia dotati di un significato scientifico. Il che, se da un lato assolve al compito di agevolare lo studio di un diritto che a causa della massa di decisioni pubblicate dalla *West Publishing Company* era diventato di difficilissima governabilità ⁽⁴⁷⁾, dall’altro lato spiega

trascorsi a Cambridge, o in qualunque altra facoltà giuridica lo studente non sarebbe mai più stato la stessa persona; veniva ‘timbrato’, marchiato, sottoposto a lavaggio del cervello per tutta la vita. Ed i laureati delle grandi facoltà di giurisprudenza, sia che ritornassero ai rispettivi stati di origine, sia che entrassero a far parte dei grandi studi legali ‘nuovo stile’ di New York, di Boston, di Filadelfia o di Chicago, inesorabilmente ed in grandissima proporzione divenivano figure di spicco nelle successive generazioni di avvocati e di giudici.”

⁽⁴⁵⁾ Nonostante il *case method* ed il suo supporto didattico — il *case book* — vengano presentati come “una creazione giuridica americana interamente originale (...) scaturita dal pensiero e dalle caratteristiche individuali di un solo uomo, Cristopher Columbus Langdell” (così J. REDLICH, *The Common Law and the Case Method in American Universities Law Schools; A Report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*, New York, s.d., ma 1914, p. 9), il metodo c.d. socratico fu prima di Langdell già proposto dall’*Attorney General* degli Stati Uniti B.F. BUTLER (BENJAMIN F. BUTLER, *Plan for the Organization of A Law Faculty in the University of the City of New York*, New York, 1835, p. 25) ed il primo *case book* non si può far risalire a Langdell (*Selection of Cases on the Law of Contracts* del 1870-1), bensì a E.H. BENNETT e F.F. HEARD: *A Selection of Leading Cases in Criminal Law*, pubblicato nel 1856-7. Sicuramente, tuttavia, fu Langdell a diffondere il *case method* e l’uso del *case book*.

⁽⁴⁶⁾ J.B. AMES, *The Vocation of the Law Professor*, (lezione tenuta nel 1901), in J.B. AMES, *Lectures on Legal History*, cit., p.365.

⁽⁴⁷⁾ Se la selezione delle pronunce, attraverso il *case book*, consente di aggirare il

la disposizione sistematica delle pronunce giurisprudenziali all'interno dei *case books* della civilistica formalista.

Il formalismo americano, con la sua ansia di scientificità, vedrà il proprio declino intorno agli anni venti del novecento ed insieme a quella “grande epoca” del diritto statunitense si consumerà anche — sul fronte privatistico — la fase della recezione di modelli stranieri. Se, infatti, il realismo americano trova ancora, com'è noto, parte delle sue radici nel mondo giuridico tedesco (in Jhering, ma anche nella scuola del diritto libero di Ehrlich, Kantorowicz e Bülow⁽⁴⁸⁾), in quel momento storico, tuttavia, il modello privatistico americano aveva già smesso di importare ed era pronto a diventare il modello prestigioso da esportare⁽⁴⁹⁾.

Tre sono i dati che ai presenti fini pare a questo punto importante evidenziare.

Il primo è che la pandettistica tedesca del secolo scorso si caratterizza per un forte metapositivismo metodologico.

problema dell'impossibile gestione degli innumerevoli casi pubblicati a partire dagli anni ottanta del secolo scorso dalla *West Publishing Company* (con il *National Reporter System*), l'elaborazione dottrinale di principi generali, attraverso cui ordinare il fenomeno giuridico, permette di risolvere i problemi di approccio allo scibile giuridico, determinati da un canto dall'abolizione delle *forms of action* che — sia pur su un piano processuale — avevano in precedenza dato un'organizzazione alla materia, d'altro canto dovuti alla crescita esponenziale e disordinata degli *statutes* emanati in quel periodo.

(48) Cfr. per tutti J.E. HERGET-S. WALLACE, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 *Va. L.Rev.* 399 (1987).

(49) Cfr. U. MATTEI, *Intellectual Leadership*, cit., p. 205. Cfr., altresì, M. REIMANN, *A Career in Itself*, cit., il quale così sottolinea il diverso rapporto con il modello straniero proprio del formalismo rispetto al post-formalismo: “Pound for one, drew heavily on Jhering and Ehrlich and even saw the new German Civil Code, mistakenly, as a manifestation of sociological jurisprudence. Yet, Ames veneration of Windscheid, and Pound's respect for Jhering were very different matters. Ames and his generation admired the learned German professors themselves, i.e. their erudition, influence, and status. Pound and other reformers, like Cardozo, were interested only in their insights. In other words, Windscheid was important to Ames as a symbol of classical legal science but Jhering mattered to Pound only as a source of ideas”, così M. REIMANN, *A Career in Itself*, cit., p. 197.

Se, dunque, parafrasando Mathias Reimann, i formalisti erano pronti a copiare il modello tedesco, i post-formalisti ne trassero solamente gli spunti per sviluppare una metodologia originale.

La Germania del trattato di Vienna è suddivisa in trentanove stati sovrani, in ognuno dei quali sono all'opera altrettanti legislatori, molti dei quali codificano. Il diritto che viene studiato ed insegnato nelle università dai professori, però, trascende le singole norme locali. La dottrina tedesca, infatti, di fronte alla scelta se ripiegarsi sulle fonti di ciascuno dei trentanove stati oppure lavorare su modelli sovrastatali e sovrapositivi, opta per la seconda soluzione ed elabora una scienza comune: il diritto dottorale a base pandettista. I paradigmi concettuali della dottrina germanica insieme al suo metodo sistematico-dogmatico — slegati da ogni riferimento ad una particolare struttura statale — sapranno diffondersi trionfalmente ⁽⁵⁰⁾.

Il secondo dato che mi pare rilevante è la coincidenza che si nota fra il momento in cui il modello tedesco smette di costituire un punto di riferimento per gli studiosi del diritto privato in America e la forte attenzione che la dottrina tedesca dedica al *BGB*, nuovo codice civile della Germania unita, che rappresenta il risultato dell'elaborazione giuridica dottorale precedente. Il maggior positivismo che inevitabilmente tale approccio comporta ⁽⁵¹⁾, pare la non ultima ragione del minor interesse della dottrina americana verso quello che prima aveva costituito un modello da importare.

Un ultimo dato va sottolineato.

Fra gli anni venti e trenta del secolo scorso — ossia nel periodo in cui la civilistica americana si rende indipendente — si produce, negli Stati Uniti d'America, quell'inversione di *leadership* all'interno dei formanti cui Ames aveva a suo tempo aspirato. Il fenomeno è osservato da Cardozo, che nel 1931 nota come la componente dottrinale del diritto avesse ormai preso il sopravvento su quella giudiziale ⁽⁵²⁾. Analogamente, nel 1926, Learned Hand, riconosce apertamente come i giudici fossero viepiù destinati a rivestire un

⁽⁵⁰⁾ Cfr., a fondo, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 240 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. sul punto, R. SCHLESINGER, e al., *Comparative Law*, cit., p. 281.

⁽⁵²⁾ “*The sobering truth*”, ebbe a dire B. CARDOZO, nell'Introduzione a: *Selected Readings on the Law of Contracts: from American and English legal Periodicals*, New York, 1931, p. ix “is that leadership in the march of legal thought has been passing in our day from the benches of the courts to the chairs of universities”.

ruolo subordinato rispetto ai professori ⁽⁵³⁾. Il dato è confermato dall'analisi di Max Rheinstein ⁽⁵⁴⁾ e l'osservazione di Mathias Reimann, per cui “dopo tutto, se Story divenne un professore fu perché era un giudice eminente; ma se Frankfurter, allievo di Ames, divenne un giudice ciò accadde perché egli era un eminente professore” ⁽⁵⁵⁾ è più che mai eloquente.

Dal realismo in poi, i grandi movimenti d'idee esportati in tutto il mondo trovano la loro origine in terra americana. Il *legal process*, il metodo della *law and economics* e quello dei *critical legal studies* diffondono il modello privatistico statunitense anche in Europa, secondo un moto circolatorio inverso rispetto al passato.

3.2. *Il fronte penalistico*

3.2.1. *Il formalismo giuridico: grande assente nello sviluppo del diritto penale americano*

Se quanto fin qui esposto riassume la situazione, prodottasi da Langdell in poi, negli Stati Uniti in relazione al modello privatistico, del tutto diverso si presenta lo stato delle cose per ciò che riguarda il fronte del diritto penale.

Prima di Langdell le grandi opere di riferimento della penalistica americana trovano innanzitutto radice nella madre patria in-

⁽⁵³⁾ “We (the judges) must look to you (the law professors), as we have increasingly come to do, as the sources of the only adequate learning in this part of our common work. The reports during the last quarter century are proof enough of the truth of what I say; they show an increasing tendency to accept as authoritative the conclusions of the great writers. It is, I think, entirely clear that we have here a new differentiation, that you will be recognized in another generation anyway, as the only body which can be relied upon to state a doctrine, with a complete knowledge of its origin, its authority and its meaning”, così LEARNED HAND, “*Have the Bench and the Bar Anything to Contribute to the Teaching of Law ?*”, 24 *Mich.L.Rev.* 466, 468 (1926).

⁽⁵⁴⁾ M. RHEINSTEIN, *Leader Groups in American Law*, 38 *U.of Chicago L.Rev.* 687 (1971); ma già, ID., *Critique: Contracts to Make a Will*, 30 *N.Y.U.L.Rev.* 1224 (1955), dove l'autore chiarisce l'importanza delle opere dottrinarie quali fonti del diritto.

⁽⁵⁵⁾ M. REIMANN, *A Career in Itself*, cit., 201. Fra gli altri, conferma l'inversione di *leadership* all'interno dei formanti del diritto nord-americano, H.F. Goodrich, *The Role of the Law School in a Democratic Society*, *U.Ill.L.For.* 253, 259 (1956).

glesi e sono rappresentate dal terzo volume degli *Institutes* di Coke e dal quarto volume dei commentari di Blackstone, intitolato “*Of Public Wrongs*”. Fra gli autori americani, il cancelliere Kent non dedica grande attenzione al diritto penale, ma in via generale si può dire che intorno alla metà del secolo XIX la dottrina privatistica e penalistica americane potevano contare sulle medesime fonti letterarie (Coke, Blackstone, Kent, Story, Dane) ed erano accomunate dal presentarsi prive di una elaborazione sistematica per principi generali che “disseppellisse il diritto sostanziale dagli interstizi del diritto processuale” (56).

Le strade delle due discipline erano tuttavia destinate a separarsi presto.

Bishop e Warthon inaugurano i primi tentativi americani di dare un’organizzazione originale, sia pur assai rudimentale, al diritto penale.

Nel 1856 e nel 1858 Joel P. Bishop scrive i due volumi dei suoi “*Commentaries on the Criminal Law*”, il cui successo è reso palese dal numero di edizioni — addirittura tredici — che vengono successivamente pubblicate. Né la fama di Bishop è circoscritta agli Stati Uniti, come testimonia il conferimento all’autore — nel 1884 — di una laurea *ad honorem* in Svizzera, presso l’Università di Berna.

Come Bishop, anche Francis W. Wharton riceve apprezzamento come penalista in Europa (57) (sarà l’Università di Edimburgo ad attribuirgli, nel 1883, la laurea *ad honorem*) ed i fitti rapporti da lui intrattenuti con il mondo giuridico continentale sono confermati dall’influenza che il pensiero tedesco esercita in molti dei suoi scritti (58).

(56) Così G. MUELLER, *Crime, Law and the Scholars, A History of Scholarship in American Criminal Law*, Seattle, 1969, p. 29.

(57) Già nel 1847 F. WHARTON scrive il suo “*A Treatise on the Criminal Law of the United States*”; tuttavia, soltanto quando, nelle successive edizioni, prenderà a modello il lavoro di Bishop potrà tentare una sistematizzazione della materia.

(58) Già nel 1870, in 26 *Atl. Monthly* 69, F. WHARTON pubblica la recensione di un testo di diritto penale tedesco, dal titolo “*Criminal Law at Home and Abroad*”. Nel 1883 egli scriverà un articolo, intitolato *Comparative Criminal Jurisprudence*, in 4 *Crim.L.Reg.* 1, che ne mette in luce la conoscenza della dottrina tedesca ed il desiderio di importarne le soluzioni.

Entrambi gli studiosi rimarranno, però, significativamente al di fuori della grande esperienza universitaria americana. Come ebbe a scrivere l'*American Law Review*, in una nota intitolata "*Honors to American Lawyers*", Bishop — che non fu mai professore — “è rimasto all’ombra della più grande università americana” (dove l’allusione è ovviamente ad *Harvard*) “e non ha ricevuto da essa il minimo riconoscimento, non più di quanto ne avrebbe avuto se fosse stato un isolano delle Fiji che avesse vissuto tutta la sua vita in una capanna senza uscirne” (59).

Né una sorte migliore, per ciò che concerne l’attenzione da parte della nascente accademia americana, dovette toccare a Wharton, che divenne docente presso una università poco prestigiosa come la *Cambridge Divinity School (Massachussetts)* e non fu mai preso in considerazione né dalla grande *Harvard Law School* né dalle facoltà sue consorelle.

L’atteggiamento negativo dell’accademia americana nei confronti di Bishop e Wharton non era che il riflesso del più generale distacco nei confronti del diritto penale come branca del sapere scientifico da parte della nascente classe dei professori.

Fra i Langdelliani non vi sono penalisti, o per lo meno non figurano penalisti accademici. Il diritto penale nelle grandi facoltà viene insegnato da pratici oppure da grandi studiosi di altre branche del sapere giuridico. È quest’ultimo il caso di Beale, di Wigmore e poi di Pound.

Vale la pena di notare come Joseph H. Beale, che quando scrive in tema di *conflicts of law* elabora teorie generali e si dedica all’organizzazione sistematica della materia (60), come penalista (insegna infatti diritto penale ad Harvard) rediga un *case book* (61) e curi la seconda edizione del *May’s Law of Crimes* (62), senza viceversa operare alcun tentativo di sistematizzazione della disciplina. Il suo *case book* — così come tutti i *case books* che lo elessero a

(59) 19 *Am.L.Rev.* 103 (1885).

(60) Per tutti cfr. J. BEALE, *Conflict of Laws: Restatement n. 1-5*, ALI, Philadelphia, 1925-29.

(61) Intitolato *Cases on Criminal Law*, pubblicato nel 1893-4, che vide quattro successive edizioni, l’ultima delle quali nel 1928.

(62) Nel 1893.

modello ⁽⁶³⁾ — si presenta come un asistematico resoconto delle pronunce delle *Appellate Courts*, mentre il suo *textbook* e gli articoli che scrisse in tema di diritto penale “prestavano un’attenzione disordinata alle singole fattispecie di reato e tendevano ad evitare i principi generali” ⁽⁶⁴⁾.

Né per più di mezzo secolo dopo di lui i *case books* ed i *textbooks* di diritto penale organizzarono sistematicamente la materia ⁽⁶⁵⁾, mentre i lavori di Bishop e Wharton verranno via via modificati nelle successive edizioni fino a perdere qualunque dimensione teorica e analitica ⁽⁶⁶⁾. Il diritto penale viene essenzialmente considerato un diritto per pratici, da affrontare casuisticamente “*as merely a practical exercise in forensics and oratory*” ⁽⁶⁷⁾.

Senza una classe di penalisti accademici manca dunque una produzione letteraria trattatistica, volta ad elaborare categorie generali ed astratte, analoga a quella che in altri campi del diritto aveva consentito l’edificazione di teorie generali unitarie. Come Wechsler, accingendosi a redigere il *Model Penal Code*, ebbe ad osservare — ben ottanta anni dopo che il formalismo aveva fatto il suo ingresso in America — il diritto penale americano non aveva fino ad allora avuto nessun Wigmore o Williston che avesse provveduto a dare ordine alle relative dottrine e principi ⁽⁶⁸⁾.

Senza una produzione trattatistica di tipo sistematico da affiancare al metodo casistico nella didattica, d’altronde, il genere *case book*

⁽⁶³⁾ R. POUND, nel suo *Joseph Henry Beale*, 56 *Harv.L.Rev.* 695, 696 (1943), scrisse: “*His (di Beale) Cases on Criminal Law is the foundation of more than one subsequent book still in use*” e G. MUELLER, nel 1969, ebbe ad aggiungere “*That Beale’s work was considered worthy of imitation was to prove most unfortunate for the further development of criminal law in America*”, in *Crime*, cit., 57.

⁽⁶⁴⁾ Così G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 59.

⁽⁶⁵⁾ Per un’ampissima panoramica dei lavori prodotti dalla dottrina americana fino agli anni sessanta di questo secolo, si veda G. MUELLER, *Crime*, cit.

⁽⁶⁶⁾ Riferendosi alla tredicesima edizione dei Commentari di Bishop, G. Mueller la giudica “*a far cry from Bishop’s original masterpiece*”, così G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 39.

⁽⁶⁷⁾ Così G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 57.

⁽⁶⁸⁾ “(N)o Williston or Wigmore has undertaken to chart the contours of the subject, ordering its doctrine, rules and practice in the light of underlying policies and bringing critical intelligence to bear upon the whole”, così H. WECHSLER, *The Challenge of a Model Penal Code*, 65 *Harv.L.Rev.* 1097, 1098 (1952).

doveva decretare — come aveva a suo tempo pronosticato Bishop ⁽⁶⁹⁾ — la condanna a morte di ogni astrazione nel campo penalistico.

Non c'è da stupirsi, dunque, se nel 1926 Roscoe Pound, facendo il punto sulla situazione della penalistica contemporanea, lamentasse con parole dure il disinteresse mostrato sul piano accademico per il diritto penale (“Abbiamo abbandonato il campo completamente in mano ai ciarlatani” ⁽⁷⁰⁾) e domandasse con insistenza che le *law schools* americane cambiassero atteggiamento nei confronti di questa disciplina ⁽⁷¹⁾.

Al di là di una valutazione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla mancanza di una teoria generale e di una parte generale del diritto penale in America, il dato che mi preme porre in luce è come il diritto penale non viva la fase del formalismo, vissuta viceversa fino in fondo negli Stati Uniti d'America da altre branche del sapere giuridico ed in particolare dal diritto privato.

3.2.2. *Qualche possibile spiegazione*

Volendo allora cercare di individuare le ragioni della lunga assenza di un periodo formalista nel diritto penale americano è forse possibile far riferimento a due ordini di considerazioni.

È innanzitutto immaginabile che il motivo per cui — fra la fine dell'ottocento e gli anni venti del secolo scorso — il diritto privato americano, ma non il diritto penale, passa attraverso la fase del formalismo, dipenda dai diversi tempi in cui nel mondo giuridico tedesco viene raggiunta la piena elaborazione logica del sistema dogmatico nei due settori del diritto.

Se intorno alla metà dell'ottocento la pandettistica civilistica germanica aveva già prodotto tutte le sue opere più significative —

⁽⁶⁹⁾ J. BISHOP, *The Common Law as a System of Reasoning: How and Why Essential to Good Government; What its Perils, and How Averted*, in 22 *Am.L.Rev.* 1 (1888).

⁽⁷⁰⁾ R. POUND, “*What Can Law Schools Do For Criminal Justice?*” discorso presentato di fronte all'AALS a Chicago nel dicembre 1926 e poi pubblicato in 6 *Am.L.S.Rev.* 127, 132 (1927).

⁽⁷¹⁾ Cfr., fra gli altri, R. POUND, *Toward a Better Criminal Law*, 60 *ABA Rep.* 322 (1935); *Id.*, Introduzione a Rollin M. Perkins, *Cases on Criminal Law*, Brooklyn, 1950, xiiii.

poi prontamente tradotte in lingua inglese —, sarà solo agli albori del novecento che Beling e v. Liszt consegneranno alla scienza penalistica tedesca la scoperta della concezione del reato c.d. tripartita, che costituirà la base per ogni successiva costruzione dogmatica (72). La discrasia temporale nelle due branche del diritto, riflettendosi sulla circolazione dei rispettivi modelli, potrebbe allora, almeno in parte, spiegare il ritardo con cui la penalistica americana si avvicina alla dogmatica di ispirazione tedesca.

Una seconda ragione della mancata partecipazione del diritto penale americano alla fase formalista è forse ricollegabile alle regole del processo nord-americano, la cui struttura dimostrerebbe così un forte impatto sulle regole sostanziali.

In un sistema processuale come quello statunitense — c.d. “biforcato” — la presenza della giuria quale giudice del fatto — che non motiva il proprio verdetto di innocenza o colpevolezza — sembra, infatti, in un duplice senso, giustificare la diffidenza, o perlomeno il disinteresse, nei confronti di un formalismo concettuale a livello sostanziale.

In primo luogo un verdetto che non offra spiegazione in ordine ai passaggi logico-giuridici effettuati per raggiungere la decisione, vanifica in concreto il significato di garanzia proprio del formalismo, laddove la garanzia passa per la possibilità di controllare *ex post* che il giudice abbia rispettato le regole e dato applicazione alle categorie sostanziali.

In secondo luogo, la giuria, composta da membri laici privi di qualunque istruzione giuridica, utilizzerà con grande difficoltà pa-

(72) La costruzione del reato come fatto tipico (*Tatbestandsmäßigkeit*), antigiuridico (*Rechtswidrigkeit*) e colpevole (*Schuld*), che esprime una costruzione concettuale degli elementi della responsabilità per gradi, secondo un ordine ascendente (a sua volta costituente il riflesso di un diverso livello di coinvolgimento “criminale”: cfr. sul punto W. HASSEMER, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, in A. ESER, e G. FLETCHER cur., *Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, Freiburg i.Br.: Max-Plank-Institut für Ausländ. u. Internat. Strafrecht, 1987, vol. 1, pp. 181 ss.), nasce infatti con E.V. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 e con F.V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, (21ma e 22ma edizione), Berlino, 1919, salvo essere sviluppata e modificata dalla successiva dogmatica tedesca. Per un’analisi delle tappe attraverso cui la teoria del reato si sviluppa in Germania cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto quarta edizione, Discipline penalistiche*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 238 ss.

rametri concettuali che siano eccessivamente tecnico-professionali. Ad un maggior tasso di astrattezza delle categorie ordinanti adoperate dal giurista corrisponderà, allora, una minor possibilità di applicazione concreta da parte della giuria, che non saprà farne uso.

È sufficiente prestare attenzione alla *law in action* americana per trovare conferma di quanto si viene dicendo. Il recente caso Goetz, descritto da George Fletcher nei suoi risvolti sostanziali e processuali⁽⁷³⁾, offre un concreto esempio di come, nelle stesse parole del suo osservatore privilegiato⁽⁷⁴⁾, “gli edifici giuridici eretti con la più grande cura si sgretol(i)no al tocco del buon senso dei giurati”⁽⁷⁵⁾. L’analisi di quel processo chiarisce come il percorso logico osservato dai giurati si dimostri assai diverso da quello seguendo il quale accusa e difesa avevano impostato l’intera strategia processuale e come il passaggio delle consegne ai primi determini la vanificazione della sistematica, all’interno della quale i secondi si erano mossi per tutta la durata del processo. A conferma di quanto le categorie concettuali create dai giuristi per i giuristi siano scarsamente fruibili da chi a quelle categorie non sia stato in precedenza familiarizzato, la giuria rivoluziona, infatti, le istruzioni fornitele dalla corte in punto di diritto, interpretandole autonomamente, secondo schemi assolutamente laici⁽⁷⁶⁾.

(73) Cfr. G. FLETCHER, *A Crime of Self-Defense. Bernhard Goetz and the Law on Trial*, 1988, trad. it. *Eccesso di difesa*, in *Giuristi stranieri di oggi*, C. MAZZONI e VARANO (curr.), Milano, 1995.

(74) Il quale saprà *ex post* ricostruire le dinamiche decisionali della giuria.

(75) Così G. FLETCHER, *op. ult. cit.*, p. 221.

(76) L’accusa di tentato omicidio per Bernhard Goetz nasce dal suo coinvolgimento — il 22 dicembre 1984 — in una sparatoria nella metropolitana di New York, che lo vede protagonista di un attacco a colpi di pistola nei confronti di quattro giovani neri, i quali gli avevano ripetutamente domandato cinque dollari. L’ultimo colpo recide il midollo spinale di uno dei quattro, che a causa di ciò rimarrà paralizzato per la vita.

Il punto di diritto sul quale gli avvocati dell’accusa e della difesa giocano l’intera partita processuale, riguarda la possibilità di applicare la scriminante della legittima difesa putativa in favore di Goetz. Durante tutto il corso del processo, infatti, né il giudice, né l’accusa — ma neppure la difesa — metteranno in dubbio l’esistenza di un *actus reus* accompagnato dalla necessaria *mens rea*. La giuria, tuttavia, non affronterà mai la questione della legittima difesa putativa, ma, attribuendo al termine “*intention*” un significato assai diverso da quello affidatogli dai giuristi, giudicherà Goetz irresponsabile seguendo percorsi mentali lontani dalla logica di chi aveva familiarità con le categorie giuridiche create dal *common lawyer*.

D'altra parte, se l'ordine mentale dell'analisi "scientifica" è anche un criterio di logica probatoria e processuale ⁽⁷⁷⁾, cosicché i due livelli — della sostanza e del processo — inevitabilmente interferiscono l'uno con l'altro, la perdita di efficacia di quell'ordine concettuale sul piano processuale non potrà che fargli perdere di significato anche a livello sostanziale: da qui il disinteresse per il formalismo giuridico.

Nella medesima prospettiva appare altresì chiaro il motivo per cui il sistema anglo-americano utilizza tradizionalmente una costruzione del reato — opposta rispetto alla concezione c.d. tripartita tedesca — definita "olistica" o ad un solo livello, dove — come dice Albin Eser facendo riferimento alla metafora del palazzo che abbia un unico piano — a due sole entrate (l'*actus reus* e la *mens rea*) fanno da contrappunto più uscite (le cause di non punibilità), senza che queste ultime siano poste su differenti livelli gerarchici — o piani più alti del palazzo — in corrispondenza con gli elementi del reato da esse negati ⁽⁷⁸⁾. L'esigenza di semplificazione che — a causa della presenza dell'istituto della giuria — la prassi di *common law* avverte in modo particolare, dà ragione di una tale impostazione pragmatica.

Assai meno incisivo si presenta invece l'impatto della giuria sulle regole e sulle categorie ordinanti del diritto privato. Qui la diversa struttura del processo, che contempla la fase preliminare del *plea-*

⁽⁷⁷⁾ Descrivendo il significato ultimo della sistematica tedesca che trova origine nei lavori di Beling e v. Listz, Donini osserva: "La caratteristica di questa tripartizione è che essa esprime sia l'ordine mentale dell'analisi scientifica e sia, a un tempo, un criterio di logica processuale e probatoria (...)", così M. DONINI, *Teoria del Reato*, cit., p. 239.

⁽⁷⁸⁾ "So both crime concepts" ci dice Albin Eser, mettendo a paragone il sistema tedesco e quello anglo-americano " — to use the image of a building — show a different structure as well as different facade. On the one side the German crime concept is constructed like a multi-story house in which one must, in order to reach full punishability, ascend floor by floor to reach the highest level. In this model, each floor has an outside exit from liability in the form of differently ranked defenses... On the other side, the common law crime concept appears more like a one-story bungalow with two main entrances in the form of "actus reus" and "mens rea" and many exits constituting (equally ranked) defenses — with the consequence that, for lack of full punishability, it does not matter too much whether this entrance is barred or that exit open": così A. ESER, *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, in A. ESER E G. FLETCHER (curr.), *Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, cit., vol. I, p. 23.

ding, interamente gestita da giuristi professionisti ⁽⁷⁹⁾, offre infatti concreto spazio applicativo ai paradigmi concettuali astratti eventualmente elaborati da una dottrina formalista.

3.2.3. *Dal realismo alla penalistica americana contemporanea: un neo-formalismo tutto penale?*

Se la penalistica americana non vive la fase del formalismo giuridico, essa vive in maniera assai diversa rispetto alla dottrina privatistica anche la successiva grande epoca del diritto statunitense: la fase del realismo ⁽⁸⁰⁾.

Il realismo acquista infatti il suo preciso significato, come metodo di approccio al fenomeno giuridico, in quanto movimento di idee contrapposto al formalismo.

E d'altronde, quale significato storico e giuridico avrebbe avuto un Corbin, senza un Williston che l'avesse preceduto? Che bisogno avrebbe avuto il primo di mettere in luce la frammentarietà delle regole giuridiche attraverso l'analisi dei fatti dei casi ⁽⁸¹⁾, se ciò non

⁽⁷⁹⁾ Dove molte questioni di diritto trovano soluzione nella individuazione fra le parti della questione di fatto da sottoporre all'attenzione della giuria. Sulla funzione svolta dai *pleadings* nello sviluppo del diritto civile inglese cfr. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3 ed., Londra, 1990, p. 84. Cfr., sul tema del *pleading* in generale, U. MATTEI, *Common Law*, cit., p. 29; A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, 1996, p. 91 ss.; G. JAMES, *A Treatise on the Principles of Pleading in Civil Actions*, New York, 1899; G. HAZARD, *American Civil Procedure: An Introduction*, New Haven, 1993; J. FLEMING-G. HAZARD-J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, Boston, 1992; G. HAZARD-C. TAIT-W. FLETCHER, *Pleading and Procedure - State and Federal: Cases and Materials*, New York, 1999.

⁽⁸⁰⁾ Riferendosi alla prima fase del realismo americano Gerhard Mueller nota come: "Unless one seeks to classify Karl N. Llewellyn, Thurman Arnold and Underhill Moore as criminal scholars — simply because they all wrote bits and pieces of interest to criminal lawyers — there was, indeed, no criminalist at all among the founders of legal realism in America. Columbia was the 'hotbed of academic realism', yet her criminal law teacher, Jerome Michael, was not 'one of the boys'", e poi ancora: "While law and legal education thus experienced a major revamping by 'realism', criminal law, at least at the outset, was at best a fringe beneficiary of the movement..." , così G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 113.

⁽⁸¹⁾ Fra i numerosi scritti di ARTHUR CORBIN sul tema del contratto spicca il trattato, intitolato *Contracts: A Comprehensive Treatise on the Contract Law*, pubblicato per la prima volta nel 1950, per i tipi della West.

avesse potuto condurlo a dimostrare l'infondatezza delle formule teoriche unitarie, dichiarate universalmente valide da chi prima di lui aveva scritto in tema di *Contracts* ⁽⁸²⁾?

Senza enunciati unitari da combattere, senza teorie e principi generali da sottoporre a falsificazione, il diritto penale è dunque inevitabilmente destinato a vivere solo marginalmente l'esperienza del realismo.

D'altra parte, le conseguenze estreme — in termini di demolizione di ogni certezza in ordine alla regola di diritto in concreto applicata — cui il realismo può giungere, costituiscono per il penalista una fonte di preoccupazione maggiore rispetto al suo collega privatista.

Una teorica che, identificando i giudici come unica fonte del diritto, ne postuli anche l'irrazionalità delle decisioni, in quanto basate più su pregiudizi o idiosincrasie che su norme giuridiche, non può infatti che apparire terribilmente pericolosa agli occhi di chi osservi il diritto penale nella prospettiva post-illuminista delle garanzie per l'individuo.

Ciò, tuttavia, non significa che la penalistica americana sia rimasta totalmente estranea alla cultura realista o non ne abbia subito alcuna influenza.

Innanzitutto, quando anche il diritto penale americano riuscirà a vantare delle teorie e dei principi generali, la lezione del realismo non potrà essere dimenticata e pochi fra i penalisti saranno disposti a credere che i principi generali sono sempre in grado di governare i particolari casi concreti.

Il penalista, nel mondo di *common law*, è d'altronde perfettamente consapevole della complessità della regola giuridica, la cui fonte non identifica mai con la sola legge, anche quando accetta il principio secondo cui i *common law crimes* (ossia le fattispecie criminose giudizialmente create) devono essere banditi ⁽⁸³⁾. Lo *statute*, attraverso l'interpretazione del giudice, rientra nel circuito

⁽⁸²⁾ Il riferimento è ovviamente a SAMUEL WILLISTON, *The Law of Contracts*, New York, la cui prima edizione è del 1920.

⁽⁸³⁾ Ciò che generalmente accade con l'emanazione dei primi codici penali americani alla fine dell'ottocento. Sulla permanenza di *common law crimes* in America cfr. W.R. LAFAVE e A.W. SCOTT, *Criminal Law*, 2 ed., S. Paul - Minn., 1986, supp. 1998, p. 64 ss.

del *common law* e la consapevolezza che il giudice è fonte del diritto, anche penale, si manifesta attraverso quelle tecniche — figlie del realismo — che, sotto la copertura di false etichette (vedi: *mistake of law*), impediscono la retroattività di pronunce giurisprudenziali che mutano in senso sfavorevole all'imputato un precedente orientamento delle corti ⁽⁸⁴⁾.

Pure sotto un differente profilo il realismo farà il suo ingresso nel mondo del diritto penale: anche i *case books* di *criminal law* assumono con il tempo la veste di “*cases and materials*” ⁽⁸⁵⁾, dando spazio a materiale diverso dai soli casi, su cui erano viceversa costruiti i *case books* del periodo di Langdell.

I penalisti acquistano inoltre interesse per il dato sociale ⁽⁸⁶⁾ e per un approccio di tipo interdisciplinare al fenomeno giuridico: ciò che, alcuni decenni dopo, si rifletterà nella richiesta di collaborazione presso psichiatri, sociologi ed esperti in misure correzionali, alla redazione del *Model Penal Code*.

⁽⁸⁴⁾ Per maggiori dettagli sulla questione mi permetto di rinviare ai miei lavori: *La sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale e l'esperienza di common law: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 415 ss. e *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un antinomia?*, in *Pol.Dir.*, 1996, p. 469 ss.

⁽⁸⁵⁾ Il primo *case book* ad evidenziare nel titolo i “*materials*”, è il “*Cases and Other Materials on Criminal Law and Procedure*” di A. HARNO del 1933 (Chicago, Callaghan and Co.). Già F. SAYRE, nel suo *case book* del 1927 (*A Selection of Cases on Criminal Law*, Rochester, New York con introduzione di R. POUND) aveva però inserito materiale diverso dai meri casi. Tuttavia, Mueller fa notare come: “The criminal law casebooks which followed Sayre’s were as yet very cautious about the new fad (quella, cioè, di inserire *extra-legal materials*)” e poco oltre, sempre in relazione al medesimo tema, osserva che “The ‘social jurisprudents’, the ‘pragmatists’ and the ‘realists’ must have been a bit disappointed about the minimal response to their challenge among the professor of criminal law, at least in so far as their classroom life was concerned”, così G. MUELLER, *Crime*, cit., pp. 114 e 115.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. per esempio A. HARNO, *Rationale of a Criminal Code*, 85 *U.Pa.L.Rev.* 549, 561-62 (1937), che nell’indicare il corretto modo di procedere di un ipotetico codificatore, afferma: “The work of the draftman should be preceded by searching investigations into the underlying causes for the social situations which appear to call for relief and then be followed by further studies to determine whether the definitions proposed are designed to meet the situation. In the substantive part of the code it is essential to define anti-social behavior; we must define crimes. But on what are these definitions to be based? Surely on social data, this involves determining what a social problem is and how to go about giving it relief”.

La fine della seconda guerra mondiale vede il diritto penale americano ancora largamente dominato da un atteggiamento estremamente casuistico ed i lavori di coloro che per primi tentano l'individuazione di dottrine in qualche misura generali sono per lo più confinati a singoli settori della disciplina ⁽⁸⁷⁾.

La sorpresa irrispettosamente manifestata nel 1944 da Sebastian Soler, studioso argentino in visita negli Stati Uniti, di fronte alla scoperta della assenza di una parte generale del diritto nord-americano, chiarisce, meglio di ogni altra descrizione, la distanza metodologica che esisteva fra il mondo giuridico di *common law* e quello di *civil law*. "Una teoria del diritto penale che non riesce ad edificare un sistema non può né aspirare alla dignità di scienza, né alla più modesta dignità di disciplina universitaria. (...) Devo esprimere una certa sorpresa, nel constatare che in un paese come gli Stati Uniti, di sentimenti democratici così profondamente radicati, le cattedre universitarie, con pochissime eccezioni, non sono andate oltre il mero empirismo di un 'case system', né hanno notato la teorica importanza di una solida struttura della parte generale del diritto penale basata su un metodo consapevolmente applicato", ebbe a dire, infatti, il dottrinario argentino durante una conferenza ⁽⁸⁸⁾.

L'ansia di scientificità che tali considerazioni esprimono, già peraltro manifestata dieci anni prima da Michael e Adler al tempo

⁽⁸⁷⁾ Sotto questo profilo il lavoro di gran lunga più importante è l'articolo, suddiviso in due parti, di J. MICHAEL e H. WECHSLER "A Rationale of the Law of Homicide", apparso nel 1937 su 37 *Colum.L.Rev.* 701 e 1261. Fra gli altri, ad esso si affiancano, sia pur in tono minore, gli scritti di Edgerton in tema di *corporate liability*, di F. SAYRE (*Present Significance of Mens Rea in the Criminal Law, Harvard Legal Essays* 399, 1934; *Mens Rea*, 45 *Harv.L.Rev.* 974, 1932; *Criminal Attempts*, 41 *Harv.L.Rev.* 821, 1928; *Public Welfare Offenses*, 33 *Colum.L.Rev.* 689, 1930), di A. HARNO (*Intent in Criminal Conspiracy*, 89 *U.Pa.L.Rev.* 624, 1941), W. HITCHLER (*Homicide-Degrees of Murder: Wilful, Deliberate and Premeditated Killings*, 51 *Dick.L.Rev.* 183, 1947), E. Keedy, J. Strahorn, O. SNYDER (*Liability for Negative Conduct*, 35 *Va.L.Rev.* 445, 1949) e R. PERKINS (*The Doctrine of Coercion*, 19 *Iowa L.Rev.* 507, 1934; *Partial Insanity*, 25 *J.Crim.L. and Crim.* 175, 1934; *Negative Act in Criminal Law*, 22 *Iowa L.Rev.* 659, 1937; *Ignorance and Mistake in Criminal Law*, 35 *U.Pa.L.Rev.* 35, 1939; *A Rationale of Mens Rea*, 52 *Harv.L.Rev.* 905, 1939; *Parties to Crime*, 89 *U.Pa.L.Rev.* 581, 1941), i quali continueranno a lavorare alla ricerca di principi comuni della disciplina.

⁽⁸⁸⁾ Così S. SOLER, *The Political Importance of Methodology in Criminal Law*, 34 *J.Crim.L. and Crim.* 366, 367, 369 (1944).

della stesura di *“Crime, Law and Social Science”* nel 1933 (“Nessun tentativo è stato operato per rendere chiara la comprensione del diritto penale attraverso la costruzione di una scienza razionale”⁽⁸⁹⁾), troverà finalmente soddisfazione nel 1947 con la redazione della prima opera a carattere sistematico capace di offrire una parte generale al diritto penale americano.

Si tratta del lavoro di Jerome Hall, dal titolo *“General Principles of Criminal Law”*, con il quale l’autore — recuperando il metodo che più di due generazioni prima aveva caratterizzato i trattati della dottrina privatistica langdelliana — mira, nelle sue stesse parole, alla creazione di una vera e propria “scienza del diritto penale”⁽⁹⁰⁾.

Grande conoscitore del diritto penale continentale, Jerome Hall scriverà due anni dopo un *case book*, la cui organizzazione sistematica degli argomenti è (per espresso riconoscimento del suo futuro co-autore⁽⁹¹⁾) modellata sull’approccio continentale. Il metodo dogmatico che, sulla scorta della pandettistica tedesca, da tempo domina il diritto penale europeo fa così capolino, intorno alla metà del secolo scorso, anche nel nuovo continente⁽⁹²⁾.

(89) “No attempt has been made to clarify the subject matter of criminal law by the construction of a rational science”: così J. MICHAEL e M. ADLER, *Crime, Law and Social Science*, New York-Londra, 1933, p. 373. Poche righe prima gli stessi autori commentavano: “A rationale science of the Anglo-American criminal law does not now exists (...). Existing textbooks and commentaries are at best merely compilations of statutes and rules under conventional and uncriticised rubrics. The casebooks employed in legal instruction clearly exhibit the absence of any systematic analysis of the provisions of the criminal law”, così J. MICHAEL e M. ADLER, *Crime*, cit., pp. 371-2.

(90) J. HALL, *Prolegomena to a Science of Criminal Law*, 89 *U.Pa.L.Rev.* 549 (1941), che diventerà poi il primo capitolo dei *General Principles of Criminal Law*, pubblicato nel 1947 (per la Bobbs Merrill di Indianapolis) e successivamente nel 1960.

(91) Cfr. G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 203.

(92) Quanto J. HALL faccia proprio il metodo dogmatico, percepito come unica metodologia “scientifica” idonea a risollevere le sorti di un diritto penale “cenerentola” fra le materie giuridiche, risulta chiaro dal desiderio di enucleare categorie sempre più generali ed astratte per costruire un sistema di perfezione quasi matematica: “By doctrines I mean such notions as those concerning mistake of fact and law, necessity, coercion, infancy, insanity, intoxication, solicitation, attempt and conspiracy. In order to have the substantive criminal law fully defined one needs to unite the special part with the doctrines.(...) Principles are broader generalizations than doctrines. There you ascend to a higher level of abstraction and, viewing the fusion of the specific part and the doctrines you ask: what are the common ideas which run through this whole field of

Alcuni *case books* seguiranno la nuova impostazione per principi generali inaugurata da Jerome Hall. Fra questi il primo è “*An Introduction to Criminal Justice*” del 1953 di Snyder ⁽⁹³⁾, cui si associeranno il *case book* di Perkins del 1958 ⁽⁹⁴⁾, quello di Hall e Glueck dello stesso anno ⁽⁹⁵⁾ ed il nuovo Paulsen e Kadish del 1962 ⁽⁹⁶⁾.

Fra i manuali, il “*Criminal Law*” di Perkins del 1957 e il “*Clark and Marshall on Crimes*” rivisto da Wingersky (6 ed. del 1958), seguiranno a loro volta il nuovo approccio dogmatico.

Per quanto il lavoro di Jerome Hall avesse rotto il ghiaccio nei confronti di un’impostazione casuistica ed empirica della materia, è significativo il dato che la sua fama fu sicuramente maggiore in Europa che negli Stati Uniti.

La prima grande opera sistematica di forte impatto sul mondo statunitense, infatti, arrivò più di un decennio dopo, nel 1962, con il *Model Penal Code*, modello di codice penale destinato ad essere

criminal law? (...) The principles permit and require one to ask the correct questions about each crime. And of course, so far as the relevance of this for constructing a science of criminal law is concerned, one has only to look at any book of physics to realize that most of the progress in the physical sciences is due to the formal side of those sciences. The laws of physics are organized into a system so that a mathematical physicist, for example, never goes into a laboratory. He works equations on paper and then the experimental physicist takes the theorist’s conclusion and tests it in the laboratory. We shall never attain any such rigorous organization of criminal law, but that objective is nonetheless important”, così J. HALL, *The Three Fundamental Aspects of Criminal Law*, in *Essays in Criminal Science*, (G. MUELLER cur.), South Hackensack, N.J.-Londra, 1961, pp. 159, 160, 162-3. Cfr. anche J. HALL, *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, New York, 1958, p. 8.

⁽⁹³⁾ O. SNYDER, *An Introduction to Criminal Justice: Text and Cases*, Boston, 1953, del quale P. MORROW, nella sua recensione, scriveva: “Il professor Snyder ha scelto, felicemente, nell’opinione di chi scrive, di organizzare il suo materiale in modo tale che i concetti generali riguardanti tutte le condotte criminose fossero trattati per esteso prima di affrontare l’esame dei singoli reati.”, così P. MORROW, *Book Review*, 6 *J.Legal Educ.* 132, 133 (1953) (mia la traduzione).

⁽⁹⁴⁾ R. PERKINS, *Cases and Materials on Criminal Law and Procedure*, 2 ed., Brooklyn, 1958.

⁽⁹⁵⁾ L. HALL e S. GLUECK, *Cases on Criminal Law and Its Enforcement*, 2 ed., S.Paul-Minn., 1958.

⁽⁹⁶⁾ M. PAULSEN e S. KADISH, *The Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials*, Boston, 1962.

adottato in un breve volgere di tempo da quasi tutte le giurisdizioni americane.

Sponsorizzato culturalmente dall'ALI (*American Law Institute*) ed economicamente dalla *Rockefeller Foundation*, al di là della forte partecipazione come *Reporters* e *Consultants* di moltissimi esperti e la periodica revisione da parte dei membri dell'*American Law Institute*, il *Model Penal Code* si presenta sostanzialmente come il prodotto di un solo uomo: Herbert Wechsler⁽⁹⁷⁾. L'aspirazione di Wechsler consiste nel realizzare, nelle sue stesse parole, "un progetto che perlomeno permetta al diritto penale di raggiungere le altre discipline per quanto riguarda la produzione di un trattato sui più importanti temi della materia e la loro soluzione, per modo che i futuri legislatori, le future corti e i futuri amministratori del diritto penale siano in grado di derivarne un'utile guida. La speranza è di produrre un commentario che contribuisca a porre la letteratura sistematica del nostro diritto penale sullo stesso piano degli altri ben sviluppati settori del diritto"⁽⁹⁸⁾.

Profondo conoscitore della letteratura continentale — come testimonia l'ampio numero di citazioni di diritto straniero contenute nella prima edizione del suo *case book* (scritto insieme a Jerome Michael)⁽⁹⁹⁾ —, Herbert Wechsler produrrà nello spazio di dieci anni (dal 1952 al 1962) un modello di codice che — forse perché volto ad assumere la veste di progetto codificatorio guida per tutte

(97) Cfr. sul punto, G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 157: "As each important code in history reveals the strong personality of its principal draftsman, so does the Model Penal Code reflect the strong personality of Herbert Wechsler" e J. SIGLER, *Understanding Criminal Law*, Boston, 1981, p. 281: "The proposals for the criminal law contained in parts I, III, and IV of the completed Model Penal Code were based largely upon Professor Wechsler's formulations. (...) As with all such collective products, many experts influenced the final language, but there is little doubt about the chief sources of the Model Penal Code".

(98) Così H. WECHSLER, *The Challenge of a Model Penal Code*, 65 *Harv.L.Rev.* 1097, 1130 (1952).

(99) J. MICHAEL e H. WECHSLER, *Criminal Law and its Administration: Cases, Statutes, Commentaries*, Chicago, 1940, per la cui stesura Wechsler si avvale anche dell'aiuto di Nino Levi, rifugiatisi in America per sfuggire alle persecuzioni fasciste. Inoltre, prima di intraprendere la realizzazione del progetto codificatorio, Wechsler parteciperà al processo contro i crimini di guerra di Norimberga, così avvicinandosi ulteriormente al mondo giuridico di *civil law*.

gli stati americani e non studiato per diventare il codice di un singolo sistema statale — sarà in grado di offrire uno schema di parte generale del diritto penale modellato su categorie generali ed astratte, come mai in precedenza un progetto codificatorio americano aveva saputo fare ⁽¹⁰⁰⁾.

Il *Model Penal Code* verrà ampiamente recepito dagli stati dell'Unione (due terzi dei quali hanno ad oggi codificato, o ricodificato, seguendo la sua impostazione) ⁽¹⁰¹⁾ e per questo motivo risulterà capace di modificare l'intero approccio al diritto penale americano ⁽¹⁰²⁾, il cui studio dopo di allora non potrà più essere affrontato senza tenere nel dovuto conto le costruzioni giuridiche proposte da quel codice modello.

“Il *Model Penal Code* ha modellato le carriere dei docenti, ha influenzato il contenuto ed il metodo dell'insegnamento universitario ed è diventato la guida alla conoscenza del diritto penale per moltissimi studenti”, ci dirà Gerhard Mueller ⁽¹⁰³⁾; esso “ha offerto

⁽¹⁰⁰⁾ Sulla storia delle codificazioni del diritto penale nel mondo di *common law* e sulle peculiarità del *M.P.C.* in rapporto ai precedenti tentativi di codificare negli Stati Uniti, cfr. S. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law: Wechsler's Predecessors*, 78 *Colum. L.Rev.* 1098 (1978), nonché A. CADOPPI, *Dalla Judge-Made Law al Criminal Code — Progetti di codici penali nei paesi di common law, tra istanze dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 923 ss.

Diviso in quattro parti, (I) *General Provisions*, (II) *Definition of Specific Crimes*, (III) *Treatment and Correction* e (IV) *Organization of Correction*, il *Model Penal Code* tratta per la prima volta anticipatamente ed in via generale nozioni quali l'elemento psicologico, il rapporto di causalità, il concorso di persone, le scriminanti e la loro supposizione erronea, il tentativo, l'istigazione e la *conspiracy*; distingue, recuperando categorie sistematiche tedesche, fra stato di necessità giustificante (*necessity*) e stato di necessità scusante (*duress*) ed è attento alla classificazione dei reati in base agli interessi tutelati.

⁽¹⁰¹⁾ “In pochi casi uno stato ha adottato interamente il *Model Penal Code*. Ma in nessun caso la riforma ha potuto evitare l'impatto delle formulazioni del Codice Modello” ci dice S. KADISH, in *Codifiers of the Criminal Law*, cit., p. 1144.

⁽¹⁰²⁾ “This code has nearly revolutionized legal thinking about criminal law”, così, fra le tante affermazioni analoghe, J. SIGLER, *Understanding Criminal Law*, cit., 281.

⁽¹⁰³⁾ G. MUELLER, *Crime*, cit., p. 162. A conferma della validità attuale di quanto Mueller affermava nel 1969 è sufficiente osservare come le prefazioni ai recenti manuali di diritto penale americano non manchino mai di sottolineare l'importanza che il *M.P.C.* riveste nella struttura di ciascuno di tali lavori. Cfr., per esempio, R. PERKINS, *Criminal Law*, New York, 3 ed. 1982, prefazione: “The Model Penal Code, completed since the first edition was published, represents the most outstanding contribution ever offered in

un testo che ha rivitalizzato la dottrina penalistica, fornito un nuovo punto di partenza per i lavori accademici in materia” fino a “permeare e trasformare il diritto penale sostanziale del paese”, testimonierà a sua volta Sanford Kadish ⁽¹⁰⁴⁾.

L'imposizione di una sistematica in campo penale dall'alto, attraverso lo strumento legislativo, se da un canto segna allora la posizione subordinata della dottrina penalistica americana nei confronti del legislatore ⁽¹⁰⁵⁾, d'altro canto obbliga la dottrina stessa a fare i conti con categorie e concetti generali, per la comprensione e l'elaborazione dei quali il riferimento obbligato sembra essere il modello continentale, da secoli maestro nella costruzione delle “parti generali” ⁽¹⁰⁶⁾. Fra i vari sistemi europei, sarà poi al modello tedesco — dimostratosi capace di attirare sotto la propria influenza culturale un altissimo numero di sistemi stranieri, non soltanto appartenenti alla *Western Legal Tradition* ⁽¹⁰⁷⁾ — che la penalistica americana si

the attempt to improve the criminal law. A multitude of references to its provisions will be found herein.”, oppure P. ROBINSON, *Criminal Law*, New York, 1997, prefazione: “... Because of the influence of that Code on state recodifications, with a few important exceptions, the Model Penal Code now represents American criminal law as much or more than does any other code. Thus this volume's study nearly always includes a discussion of the Model Penal Code's position, as well as the most common deviations from it”.

⁽¹⁰⁴⁾ Così S. KADISH, *Codifiers of the Criminal Law*, cit., pp. 1140, 1144.

⁽¹⁰⁵⁾ Laddove, come si è detto, la paternità del M.P.C. non si presenta come ascrivibile alla dottrina penalistica in generale, quanto piuttosto, ed assai più limitatamente, ad uno solo fra gli studiosi di quella branca del sapere.

⁽¹⁰⁶⁾ È infatti già a partire dal cinquecento, con la nascita delle cattedre di *Criminalia* che si svilupperanno i primi approcci sistematici al diritto penale in Europa, di cui il trattato di Tiberio Deciani, pubblicato postumo nel 1590, rappresenta un esempio. Per una storia dei sistemi penali cfr., per tutti, F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986.

⁽¹⁰⁷⁾ L'egemonia della cultura penalistica tedesca attira infatti sotto la sua sfera di influenza non soltanto l'Italia (“sul piano delle categorie sistematiche l'Italia vive da un secolo sotto l'influenza della dogmatica tedesca”, afferma per esempio MASSIMO DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 238), l'Austria, la Svizzera, la Spagna, il Portogallo, l'America Latina, ma anche la Corea del Sud, Taiwan ed il Giappone (cfr. S. DANDO, *The Criminal Law of Japan: The General Part*, Littleton-Colorado, 1997), fino a raggiungere sia pur con alcune riserve, i paesi scandinavi (cfr. N. JAREBORG, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, in A. ESER e G. FLETCHER curr., *Justification and Excuse*, cit., vol. I, p. 412 ss; R. LAHTI, *Rechtfertigungs und Entschuldigungsprobleme im Bereich medizinischer Tätigkeit*, in A. Eser e G. FLETCHER curr., *Justification and Excuse*, cit., vol. II, 1988, p. 1415 ss.), il

rivolgerà del tutto naturalmente per indagare e sviluppare le categorie sistematiche del *M.P.C.*

La familiarizzazione con la cultura penalistica tedesca negli Stati Uniti passa a volte per un accesso diretto alla letteratura germanica ⁽¹⁰⁸⁾. Altre volte il mondo penalistico americano viene a contatto con la dogmatica tedesca attraverso un passaggio intermedio, costituito dai lavori in inglese di chi, come Kirchheimer ⁽¹⁰⁹⁾, von Hentig ⁽¹¹⁰⁾, Wolff ⁽¹¹¹⁾ o Schwenck ⁽¹¹²⁾, aveva già potuto offrire la propria esperienza in America prima dell'inizio della seconda guerra mondiale, in veste di rifugiato dalle persecuzioni naziste; o di chi, come Gerhard Mueller, porta a conoscenza dell'accademia americana gli sviluppi del pensiero tedesco, sia direttamente ⁽¹¹³⁾, che mediante la

centro-est Europa — Polonia, Croazia, Estonia (ma si veda S. POMORSKI, *Reflections on the First Criminal Code of Post-Communist Russia*, 46 *Am.J.Comp.L.* 375, part. 380 s.) e perfino il Sud-Africa (cfr. C.R. Snyman, *The Attack on German Criminal Legal Theory: A Retort*, in 102 *The South African L.J.* 120, 1985, in polemica con J.J. Du PLESSIS, *Hans Welzel's Final-Conduct Doctrine: An Importation from Germany We Could Well Do Without*, in 101 *The South African L.J.* 301, 1984, in ordine all'opportunità di importare categorie concettuali tedesche.) Sul punto cfr., per una panoramica generale, H.H. JESCHECK, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, in *ZStW*, 1985, vol. 98, p. 7.

Ciò che è inoltre interessante notare sono le forti analogie intercorrenti fra le due culture giuridiche attualmente egemoni, di cui in questa sede si discute: la cultura privatistica americana e quella penalistica tedesca. In entrambi i contesti la letteratura del modello "prestigioso" cita e considera solo se stessa ed in entrambi i sistemi le istituzioni accademiche volte ai rapporti internazionali (Fullbright scholarship, Max-Planck-Institut o Alexander von Humboldt Stiftung) si risolvono in strumenti di esportazione della cultura locale. Sul punto, per quel che riguarda la situazione della penalistica tedesca e dei suoi rapporti a senso unico con le culture giuridiche straniere, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 240-1, nota 83.

⁽¹⁰⁸⁾ Penso qui a studiosi come GERHARD MUELLER o GEORGE FLETCHER.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Criminal Omissions*, 55 *Harv. L.Rev.* 615 (1942); ID., *The Act, The Offense and Double Jeopardy*, 58 *Yale L.J.* 513 (1949).

⁽¹¹⁰⁾ H.von Hentig, *The Doctrine of Mistake, A Study in Comparative Criminal Law*, 16 *U.Kan.City L.Rev.* 17 (1947).

⁽¹¹¹⁾ H.J. WOLFF, *Criminal Justice in Germany*, 42 *Mich.L.Rev.* 1067 (1944).

⁽¹¹²⁾ E. SCHWENCK, *Criminal Codification and General Principles of Criminal Law in Germany and the United States — A Comparative Study*, 15 *Tul.L.Rev.* 541 (1941).

⁽¹¹³⁾ G. MUELLER, *The German Draft Criminal Code 1960 — An Evaluation in Terms of American Criminal Law*, *U.of Ill.L.F.* 25 (1961).

traduzione di opere straniere sponsorizzata dal *Comparative Criminal Law Project* di New York di cui Mueller è presidente ⁽¹¹⁴⁾.

La partecipazione americana all'*Association Internationale de Droit Pénal*, a partire dal 1961, faciliterà i contatti con il mondo giuridico d'oltre oceano e la pubblicazione su riviste americane di "interpretazioni autentiche" da parte di famosi dottrinari tedeschi ⁽¹¹⁵⁾, contribuirà a sua volta alla diffusione del modello penalistico tedesco negli Stati Uniti.

Il ruolo subordinato che la dottrina penalistica americana riveste nei confronti del legislatore si accompagna, d'altronde, ad un rapporto altrettanto sofferente nei confronti del formante giudiziale, che risulta scarsamente influenzato dalle costruzioni giuridiche accademiche.

"(...) Legislatori e Corti non tengono in alcun conto i teorici del diritto penale", lamenta George Fletcher in un recente saggio ⁽¹¹⁶⁾, notando come "le Corti rifiut(i)no di prendere in considerazione gli strumenti concettuali — come la delucidazione del concetto di *mens*

⁽¹¹⁴⁾ Fra gli scopi del *Comparative Criminal Law Project* figura al primo posto la familiarizzazione dei penalisti americani con il sistema ed il metodo del diritto penale fuori degli U.S.A., per il cui raggiungimento il *Project* prevede l'uso di tre metodi: 1) seminari 2) scambi di punti di vista e 3) pubblicazioni. Fra queste ultime compaiono due serie di traduzioni in inglese: la prima dedicata ai codici stranieri, la seconda ai manuali ed alle monografie. Nel secondo caso spesso la familiarizzazione con il pensiero penalistico tedesco è doppiamente indiretta, laddove essa passa attraverso la traduzione di opere non tedesche, che pur tuttavia sono fortemente influenzate dalla dogmatica germanica.

L'ammirazione per il pensiero penalistico d'oltre oceano ed il desiderio di fare riferimento al modello continentale per lo sviluppo delle dottrine penalistiche americane è, d'altronde, reso esplicito da Mueller già nel 1958: "I would not be so bold as to contend that foreign criminal law scholars and legislators have solved all problems about which we are completely in the dark. But I certainly have found that on many questions, especially those of the general part of criminal law, our foreign colleagues are making much more sense than we do", così G. MUELLER, *The Teaching of Comparative Law in the Course on Criminal Law*, 49 *J.Crim.L., C.and P.S.* 101, 102, e 11 *J.Legal Ed.* 59, 61 (1958).

⁽¹¹⁵⁾ Penso qui per esempio a A. ESER, *Justification and Excuse*, 24 *Am.J.Comp.L.* 621 (1976); ID., *The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime*, 4 *Duquesne Univ.L.Rev.* 354 (1966); a W. NAUCKE, *An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts*, 3 *Brigham Young Univ.L.Rev.* 305 (1984); a J. HERRMANN, *Causing the Conditions of One's Own defense*, cit.; o a W. HASSEMER, *Justification and Excuse in Criminal Law: Theses and Comments*, *Brigham Young Univ.L.Rev.* 573 (1986).

⁽¹¹⁶⁾ G. FLETCHER, *The Fall and Rise of Criminal Theory*, 1 *Buffalo Crim.L.Rev.* 275, 282-3 (1998).

rea (in rapporto alla colpevolezza) o la distinzione fra cause di giustificazione e scusanti — che permetterebbero al giudiziario di affermare solidi e vincolanti principi di responsabilità”. “La generale indifferenza nei confronti del lavoro della dottrina penalistica”, darebbe inoltre ragione, secondo Fletcher, “dello stato disastroso del *case law* in campo penale”, che, paragonato all’alto livello tecnico-professionale raggiunto dalle *opinions* che gli stessi giudici rendono in campo civile, non troverebbe altrimenti alcuna spiegazione.

Al di là delle valutazioni sul piano del dover essere, ciò che qui interessa osservare è come quell’inversione di *leadership* fra formanti del diritto nord-americano, che Benjamin Nathan Cardozo e Max Rheinstein notavano essersi consumata all’interno del settore privatistico più di sessanta anni fa, non abbia ad oggi ancora coinvolto il campo penale.

Debole nella competizione con le altre componenti giuridiche, la dottrina penalistica americana, infine, non partecipa ai grandi movimenti di idee che hanno reso celebre il modello privatistico americano all’estero. Scarsissimo è infatti l’impatto sul fronte penalistico del *law and economics movement* o dei *critical legal studies* ⁽¹¹⁷⁾, laddove diverse appaiono le fasi di sviluppo delle due discipline: penale e civile.

4. *Il “prestigio” come causa di circolazione dei modelli: che significato affidargli?*

Il “prestigio” è l’elemento che rende un modello giuridico desiderabile da parte di altri sistemi; un modello circola perché è

⁽¹¹⁷⁾ Sul punto si veda ancora G. FLETCHER, *The Rise and Fall*, cit., p. 278 s.

Diverse sono le ragioni dello scarso impatto sul diritto penale dei due movimenti di pensiero indicati. Se, infatti, i *Critics* si sono dedicati in misura estremamente ridotta al diritto penale, molti sono viceversa gli studi di analisi economica applicati al settore penalistico (vedi già G. BAKER, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, 76 *J. of Political Economy* 169, 1968; per un aggiornamento bibliografico ed una rassegna di problemi, cfr. R. COOTER-T. ULEN, *Law and Economics*, 3 ed., Reading, Mass. 2000, pp. 427ss.). La *law and economics* non ha tuttavia trovato accoglimento presso i penalisti tradizionali o classici, che ne hanno evidenziato i forti limiti nell’applicazione al loro settore di studi. Ciò non esclude che singole aree del diritto penale — penso qui al settore dei *white collar crimes* — non siano state ampiamente influenzate da un approccio di tipo economico.

“prestigioso”, ci dice Rodolfo Sacco ⁽¹¹⁸⁾. Il modello privatistico americano e quello penalistico tedesco sono modelli sicuramente prestigiosi e per questo motivo ricevono ampia diffusione all'estero.

Qual è, tuttavia, il significato del termine prestigio? Che cosa rende un modello prestigioso?

Alla luce di quanto fin qui esposto è forse ora possibile tentare di fornire una — sia pur parziale — risposta a tale interrogativo.

Il breve quadro delle esportazioni e delle importazioni vissute nell'ultimo secolo in campo civile e penale dal mondo giuridico statunitense sembra indicare il seguente dato: un modello — o quantomeno il modello che vorremmo definire come “scientifico-culturale” (o, seguendo un'impostazione ormai classica, “a sub-tradizione tecnico-giuridica” ⁽¹¹⁹⁾) — circola, se la sua dottrina presenta contemporaneamente due qualità. La prima consiste nel godere di una posizione di predominio all'interno dei formanti del proprio sistema e nell'esservi perciò riconosciuta quale componente autorevole del diritto. La seconda nell'essere caratterizzata da un forte metapositivismo metodologico, laddove solo una cultura giuridica di ampio respiro, capace di elaborare indirizzi ed approcci al diritto che trascendano le singole peculiarità locali, può aspirare all'emanazione di quel fascino che la fa apparire come un prodotto non esclusivamente nazionale e quindi desiderabile da parte degli altri sistemi ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ “L'elemento che più generalmente è alla base delle recezione è il desiderio di appropriarsi le attribuzioni altrui, quando queste attribuzioni siano caricate di una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome “prestigio”. La spiegazione ora data, basata sul prestigio, è tautologica, né il diritto comparato dispone di una definizione della parola “prestigio” (la cui analisi compete, se mai, ad altre discipline). Ma la operatività del “prestigio” è un postulato indispensabile per spiegare la circolazione di moltissimi modelli culturali (...)”, così R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 148.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, cit.

⁽¹²⁰⁾ Sul punto cfr. ampiamente U. MATTEI, *Intellectual Leadership*, cit., *passim* e spec. p. 213 “...The more a legal culture takes a narrow positivistic approach, focusing on a certain particular text or on local issues, the less likely it is to achieve leadership within the worldwide scholarly community” e 217: “Leading legal ideas which exert influence are those which useful in understanding law and which are not too narrowly limited to the peculiarities of one given system”.

Sono queste le caratteristiche della pandettistica tedesca che esporta il proprio modello privatistico negli Stati Uniti alla fine dell'ottocento.

Sono queste le caratteristiche della dottrina civilistica americana dal realismo in poi, la quale, mentre ha assunto la *leadership* all'interno del sistema, si disinteressa altresì delle singole norme locali vigenti nei 51 differenti ordinamenti americani ed insegna e studia un diritto americano generale e sovrapositivo.

Sono queste, ancora oggi, le caratteristiche della dottrina penalistica tedesca, il cui approccio nei confronti del diritto non è mai stato esegetico, ma sempre metapositivo. Il codice penale tedesco del 1871 non rappresenta, infatti, a differenza del successivo *BGB*, il frutto più maturo dell'elaborazione scientifica precedente, e la penalistica tedesca — libera da vincoli legislativi — elabora le proprie categorie e costruzioni dogmatiche al di là ed indipendentemente dalle — peraltro scarsissime — definizioni contenute nello *StGB*; né un tale atteggiamento dottrinale sarà destinato a mutare a seguito della riforma del 1975, che pure — in qualche misura — tenta la via delle definizioni codicistiche degli istituti dogmatici ⁽¹²¹⁾.

Le due qualità sopra indicate non caratterizzano congiuntamente, invece, né la dottrina privatistica tedesca successiva all'emanazione del *BGB* — troppo occupata ad analizzare il nuovo codice, simbolo della perfezione sistematica —; né la dottrina penalistica americana, ancora oggi troppo debole nella competizione con le altre componenti del diritto.

In prima approssimazione la storia pare, dunque, offrirci la seguente indicazione ⁽¹²²⁾: un modello circola perché circolano i

⁽¹²¹⁾ Sull'assenza di definizioni legislative dei concetti dogmatici (quali colpa, dolo, rapporto di causalità, ecc.) nel codice penale tedesco, teorizzata da una dottrina che non vuole essere assoggettata a vincoli legislativi, cfr. — per un'esposizione del dibattito relativo alla definizione legislativa della colpa — G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 71 ss.; in relazione al problema dei conflitti di doveri si veda A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1953. Più in generale, cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

⁽¹²²⁾ Per un'analisi dei rapporti intercorrenti fra storia del diritto e diritto comparato, cfr. i lavori presentati al 32esimo incontro del *Deutschen Rechtshistorikertag* tenutosi a Regensburg il 22 settembre, 1998 ed in particolare, M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 1999, 531 ss.

programmi, le metodologie e gli indirizzi della sua dottrina, che, come ci è dato sapere, è il più transnazionale dei formanti e per questo il più idoneo a veicolare l'esportazione di una cultura giuridica ⁽¹²³⁾.

(123) Sul punto cfr. P.G. MONATERI, *'Legal Doctrine' as a Source of Law. A Transnational Factor and A Historical Paradox*, in *Italian National Reports to the XIIth International Congress of Comparative Law*, Sidney, 1986.

PAOLO GROSSI

OLTRE LE MITOLOGIE GIURIDICHE DELLA MODERNITÀ (*)

1. Mitologia giuridica come strategia vincente della modernità. — 2. Progetto moderno del diritto e complessità dell'universo giuridico. — 3. Riduzioni moderne: una visione potestativa del diritto. — 4. Verso il recupero della complessità: la scoperta del diritto come ordinamento. — 5. Verso nuove fondazioni della positività del diritto. — 6. Interpretazione-applicazione e nuovi confini della positività del diritto. — 7. Verso il declino della mitologia giuridica post-illuministica.

1. *Mitologia giuridica come strategia vincente della modernità*

Sembra quasi un accostare due contrarii quando — come si fa nel titolo di questa prolusione — si mettono accanto ‘mitologie’ e ‘modernità’. Nella comune coscienza, infatti, il richiamo al ‘moderno’ evoca un tempo percorso e dominato dal vittorioso smantellamento di antiche mitizzazioni sedimentate e abbarbicate nel costume grazie a due conquiste dell'umano progresso: la secolarizzazione e il conseguente possesso di verità scientifiche evidenti. Esiliata finalmente in un cantuccio appartato la vecchia approntatrice di favole, la Chiesa Romana, l'orgoglio è tutto di guardare il mondo con occhi incorrotti capaci di leggervi le verità in esso immanenti, verità non

(*) Generosa iniziativa del Comune di Amalfi è stata la istituzione nel 1999 del Premio internazionale Duca di Amalfi, uno dei pochissimi riservati a un giurista; premio che ha visto vincitore nella sua prima edizione il grande civilista italiano Pietro Rescigno. Nel 2000 il premio è stato assegnato all'autore delle pagine che seguono; le quali rappresentano il testo della ‘prolusione ufficiale’ tenuta il 1° settembre 2000 nella Sala consiliare del Municipio di Amalfi secondo il programma del Comitato organizzatore. Trattandosi di un discorso rivolto a un pubblico eterogeneo, costituito soprattutto da non-giuristi, debbono ritenersi giustificati taluni riferimenti elementari. Nella redazione scritta si omettono le doverose parole di circostanza pronunciate in esordio.

rivelate (e pertanto indimostrate) ma piuttosto *scoperte* nella solida e concretissima natura delle cose.

Eppure, se lo storico libera il suo sguardo da vizii apologetici, questa civiltà, che ha la puntigliosa pretesa di proporsi come dissacratrice e demolitrice di miti, mostra al contrario di esserne una formidabile costruttrice. Per calare al nostro campo d'indagine, il giurista che abbia occhi disincantati non può fare a meno di rilevarlo in quelle forti correnti del giusnaturalismo settecentesco così incisive nella modellatura del moderno, che siamo soliti qualificare come l'illuminismo giuridico dell'Europa continentale. Qui si può forse rinvenire la più intelligente, la più consapevole, la più abile fonderia di miti giuridici mai riscontrabile nella lunga storia giuridica occidentale; un complesso di miti organicamente immaginati e affiancati che danno vita ad una vera e propria mitologia giuridica.

Non sono certo il primo ad usare questo sintagma; i giureconsulti, per esempio, sanno bene che specificamente ad esso è dedicata una 'voce' di quei 'Frammenti di un dizionario giuridico' che sono il lucido testamento intellettuale di Santi Romano, forse il più pensoso giurista italiano del Novecento ⁽¹⁾. L'interesse di Romano non è né storico né filosofico; come sempre, egli si pone problemi di teoria giuridica impegnandosi a non varcarne i confini. È, tuttavia, singolare che la sua esemplificazione attinga quasi esclusivamente nel grande ideario sei-settecentesco: stato di natura, contratto sociale, rappresentanza politica, uguaglianza giuridica, volontà generale, e così via. È un ideario che compone e congiunge in sé spregiudicatezza metodologica e, insieme, ricerca di una fondazione mitica, offrendoci lo sconcertante prospetto di un ceto intellettuale che ritiene irrinunciabile quella operazione fondativa,

Non dimentichiamo che, per la storia giuridica continentale, il secolo XVIII è momento di rottura, di discontinuità profonda — pervicacemente voluta — con il passato. Abbiamo più sopra accennato alla secolarizzazione; le sue conseguenze sono note e sono enormi ma con un risultato strategicamente negativo: le nuove conquiste politico-giuridiche palesavano la loro debolezza senza il tenace sostegno delle metafisiche religiose, domandavano a loro

(1) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, voce *Mitologia giuridica*.

volta di poggiare non sulle sabbie mobili della storia ma più in là, più a fondo o, se vogliamo, più al di sopra dove i venti storici non arrivavano a squassare e sradicare.

A questo serve il mito nel suo significato essenziale di trasposizione di piani, di processo cioè che costringe una *realtà* a compiere un vistoso salto di piani trasformandosi in una *metarealtà*; e se ogni realtà è nella storia, dalla storia nasce e con la storia varia, la metarealtà costituita dal mito diventa una entità metastorica e, quel che più conta, si assolutizza, diventa oggetto di credenza piuttosto che di conoscenza. Il risultato strategicamente negativo derivante dalla secolarizzazione può essere esorcizzato unicamente con una orditura mitologica.

L'illuminismo politico-giuridico ha bisogno del mito perché ha bisogno di un assoluto a cui aggrapparsi; il mito supplisce egregiamente alla carenza di assoluto che si è attuata e colma un vuoto altrimenti rischiosissimo per la stessa stabilità della nuova intelaiatura della società civile. Le nuove ideologie politiche economiche giuridiche hanno finalmente un supporto che ne garantisce la inalterabilità.

Vedremo tra poco nella sua concretezza questo tessuto ideologico che si intreccia indissolubilmente con una trama mitica. Allo storico del diritto preme di fissare liminalmente una riflessione, che è anche un ammonimento metodologico: costringere la realtà storica a un salto di piani non implica soltanto la sua trasposizione, bensì anche la sua trasfigurazione; sotto la copertura della credenza essa lascia la dimensione relativa che è tipica della storia e subisce una assolutizzazione. Lo storico avverte di trovarsi di fronte a prodotti storici assolutizzati nella coscienza collettiva e profondamente deformati nel loro volto originario. Le istanze mitizzatrici segnano e stravolgono tutta una cultura giuridica, nella quale si esalta la perdita di storicità di principii istituiti figure, originati tutti ovviamente da scelte storiche, suscitati da carnali interessi di classe, ma collocati nella sicura nicchia protettiva rappresentata dal mito. Il paesaggio storico depone confusione disordine terrestre complessità per ridursi a un disegno semplice nitido lineare.

Lo storico del diritto, nella sua funzione primaria di coscienza critica del giurista di diritto positivo ⁽²⁾, non può che diffidare di

(2) Questa visione dello storico del diritto e del suo ruolo in seno agli studi

paesaggi troppo semplici, memore che la complessità è la ricchezza di ogni clima storico, e avanza legittimamente il sospetto che quella geometria semplice sia il frutto di un sapientissimo artificio, si risolve in una costruzione artefatta; e sarà questo, già nei primi del Novecento, negli anni di prime incrinature dell'ideario giuridico post-illuministico, il sospetto che affornerà nei giuristi più consapevoli appena che gli occhi si siano cominciati a liberare dal velame suadente di bisecolari suggestioni ⁽³⁾.

La cerebralità e finitezza del paesaggio si rivelava nella sua stessa armonia di costruzione geometrica dove tutto appare esatto e preciso, contenuto com'è nel rigore di linee angoli cerchi. Il problema ineliminabile e insolubile è che non di astratte figure si discorre ma di creazioni e creature storiche incontenibili nei rigorismi d'un teorema. Eppure, di un vero teorema politico-giuridico si tratta.

Ripercorriamone da vicino i suoi tratti: il nuovo assetto socio-politico ha da essere democratico, in opposizione al decrepito assetto cetuale, esprimente cioè la volontà generale della nazione; la quale ha il suo unico e conveniente strumento di espressione nella rappresentanza politica intesa come rappresentanza di volontà; il nuovo Parlamento è pertanto il depositario della volontà generale e la sua voce a livello normativo — la legge — si identifica con la volontà generale; il principio di legalità, cioè la conformità alla legge di ogni manifestazione giuridica, diventa la regola fondamentale di ogni democrazia moderna. Tutto torna perfettamente come in un teorema o, per scendere ad attrezzi a noi più congeniali, come in un sillogismo.

Dietro questo proscenio dove tutto viene idealizzato, dietro questo ragionar per modelli, resta in ombra lo Stato monoclasse, lo

giuridici e alle Facoltà universitarie di Giurisprudenza ho ribadito ripetutamente negli ultimi anni; recentemente ed espressamente nella mia lezione dottorale alla Università di Sevilla che è leggibile anche in lingua italiana; cfr. P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997).

⁽³⁾ Icasticamente, da Santi Romano in parecchi suoi saggi costituzionalistici ma soprattutto nel discorso inaugurale modenese del 1907 su 'Le prime carte costituzionali'; con respiro filosofico, dal primo Capograssi del 'Saggio sullo Stato' (1918), delle 'Riflessioni sull' autorità e la sua crisi' (1921), de 'La nuova democrazia diretta' (1922). Per un inquadramento di queste voci nel panorama dottrinale italiano, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente pp. 112-114 e 120-121.

spesso strato di filtri tra società e potere, la elitarità esclusiva delle forme di rappresentanza, la grossolana difesa di polposi interessi che tutto il purissimo teorema veniva a tutelare e a rinsaldare (4). E per lo storico del diritto appare carica di venature ideologiche la verità assiomatica che la legge e soltanto la legge esprime la volontà generale e, come tale, produce e condiziona ogni manifestazione della giuridicità; ovvero sia, quanto viene proposto come verità si prospetta, a un esame più incalzante, piuttosto come una pseudo-verità tutelatrice nella sostanza di interessi particolari dei detentori del potere.

Filosofi, politologi, giuristi si eran però dati da fare per costruire il castello inespugnabile di una suadentissima mitologia politico-giuridica; inespugnabile perché rispetto ad essa si imponeva, più che una conoscenza, una credenza; e di credenze ci siamo abbeverati e appagati fino a ieri, fino quasi ad oggi. La propaganda illuministica e post-illuministica aveva colto nel segno centrando con precisione il proprio obiettivo.

Ora, il titolo di questa prolusione si capisce meglio e si capisce quale ne sia il suo fine elementare: un pacato esame critico che consenta allo storico del diritto di andare oltre le mitologie giuridiche della modernità, di liberarsi delle ombre gigantesche abilmente create da una straordinaria lanterna magica, ripopolando un paesaggio storico di creazioni e creature concretamente viventi ricondotte nella concretezza delle loro reali proporzioni.

2. *Progetto moderno del diritto e complessità dell'universo giuridico*

La grande operazione, che si consolida in Francia a fine Settecento e che tende parossisticamente a ridurre il diritto nella legge, ha parecchi significati, ma ve n'è uno su cui la apologetica liberale ha sempre sorvolato e che, invece, conviene sottolineare per la sua incisività sugli sviluppi futuri: si aveva piena coscienza della enorme rilevanza del diritto, di tutto il diritto, ovviamente anche del diritto privato in una cultura squisitamente borghese attentissima alla sfera patrimoniale; di conseguenza, si tendeva, a una sua monopolizza-

(4) Pagine lucide e culturalmente consapevoli ha scritto G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, Introduzione, pp. X-XI.

zione da parte del potere; di conseguenza, si veniva a vincolare strettamente, quasi indissolubilmente, diritto e potere; di conseguenza, il diritto, che per tutto lo scorrere della civiltà medievale era stato dimensione della società e perciò manifestazione prima d'una intiera civiltà, diventa dimensione del potere e dal potere resta nel suo intimo segnato. In altre parole, si esaspera la dimensione autoritaria del 'giuridico', esasperando altresì la sua allarmante separazione dal 'sociale'.

Non ha torto l'uomo della strada anche dei nostri giorni, che reca in sé ancora freschi i cromosomi del proletario dell'età borghese, a diffidare del diritto: lo percepisce come qualcosa a lui completamente estraneo, che gli piove sul capo dall'alto come un tegolo dal tetto, confezionato nei misteri dei palazzi del potere ed evocante sempre gli spettri sgradevoli della autorità sanzionatoria, il giudice o il funzionario di polizia.

È stata questa la più grossa tragedia del diritto continentale moderno, di essere identificato in una dimensione patologica della convivenza civile, in un meccanismo legato alla violazione dell'ordine costituito. Ohimè, il diritto più crudamente e severamente sanzionatorio, quello penale, è sembrato assurgere a modello della giuridicità proprio per consistere nella piena espressione della potestà punitiva.

Questa dimensione potestale del diritto — che constatiamo anche recentissimamente e convintamente riaffermata, addirittura in un testo introduttivo per novizii ⁽⁵⁾ — è fuorviante perché, assumendo la dimensione patologica a cifra di identificazione, fa dimenticare la autentica fisiologia del fenomeno giuridico e ne fraintende l'essenza. La fisiologia del giuridico è di essere intimamente compenetrata con la fisiologia della società, ovverosia è al centro della φύσις di questa, strutturalmente partecipe di questa. Non è lo strumento coercitivo del sovrano o lo spazio per i voli teorici di un dottrinario; può *anche* esserlo, può diventarlo, ma *prima* è qualcosa di più e d'altro. Appartiene all'essere di una società, condizione ineliminabile perché quella società viva e continui a vivere come

(5) Dal costituzionalista Maurizio PEDRAZZA GORLERO, *Il potere e il diritto-Elementi per una introduzione agli studi giuridici*, Padova, Cedam, 1999, che si prefigge di ricollocare il potere politico al centro del fenomeno giuridico.

società né si tramuti in un ammasso di uomini in perenne rissa fra di loro.

Il diritto, per la sua tensione a incarnarsi, prima di essere potere, norma, sistema di categorie formali, è esperienza, è cioè una dimensione della vita sociale. Urge recuperare la giuridicità oltre lo Stato e oltre il potere, urge recuperarla alla società come realtà globale, con un recupero che è, prima di ogni altro, ufficio del giurista.

Se vi insistiamo oggi, in questo anno Duemila, dopo che tutto il secolo precedente è stato ricco di affioramenti e fermenti in questo senso, è perché constatiamo che tante consapevoli percezioni non son valse a incrinare nel cuore del giurista — più nel cuore che nel suo assetto razionale — quelle compatte mura di Gerico costituite da statalismo e legalismo; per lui le trombe di Giosuè debbono ancora suonare, o sono suonate invano. Eppure, è stato questo — e ben ottanta anni fa — il merito principale del Santi Romano teorico del diritto, quando ha indicato nella società il referente della giuridicità ⁽⁶⁾, con un messaggio tanto citato dalla riflessione scientifica successiva quanto respinto nella adesione spirituale dei lettori citanti ⁽⁷⁾.

Si badi. Prendere coscienza della socialità del diritto non significa arrestarsi alla affermazione elementare e, tutto sommato, banale che dovunque c'è una pluralità di uomini, ivi c'è diritto. Deve essere invece il punto d'avvio per una coscienza ulteriore: che il necessario vincolo fra società e diritto implica la riscoperta della complessità di quest'ultimo. Specchio della società, ne riflette la struttura variegata stratificata differenziata. In conclusione, il diritto non è e non può essere la realtà semplice e unilineare come la pensarono i nostri avi settecenteschi. Se una siffatta conclusione si giustificava allora per la valenza strategica che allora assumeva, oggi appare soltanto come un segno di aridità culturale e nulla più.

I nostri avi lo pensarono nello Stato e per lo Stato, ma con ciò stesso lo sottoposero a un radicale impoverimento. Rispetto alla

⁽⁶⁾ Con tutta una serie di contributi riflessivi di diritto pubblico generale, che si snodano nei primi due decenni del Novecento e che culminano in quel classico della letteratura giuridica italiana che è *L'ordinamento giuridico* pubblicato nel 1917-18.

⁽⁷⁾ Lo rilevava con amarezza lo stesso Romano, prefando la seconda edizione del suo libello (cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, Prefazione).

globalità del sociale lo Stato, come apparato, come indispensabile apparato di potere, ne costituisce una cristallizzazione; per di più uno Stato che, per parecchi buoni motivi, viene costruito quale persona dalla giuspubblicistica ottocentesca e come tale separato dal magma fluidissimo della società.

Fu — lo sappiamo — una operazione geometrica di estrema semplificazione, particolarmente grave nel mondo dei soggetti ormai ridotto a un palcoscenico di persone individue pubbliche e private. Di tutta questa operazione lo storico deve rilevare un risultato di estremo impoverimento: si era seppellita o ignorata o rimossa in nome di una mitologia-ideologia giuridica costrittiva e di una strategia al suo servizio una parte cospicua di ricchezza vitale dell'ordinamento giuridico del sociale; urge riscoprire il tesoro nascosto, ossia tutta la svariata gamma di ricchezze dell'universo giuridico.

3. *Riduzioni moderne: una visione potestativa del diritto*

In questo fine secolo, se vogliamo serbare oggettività al nostro sguardo, siamo in grado di contemplare i rischi (e anche i danni) del normativismo che ci ha così conquistati, di un diritto ridotto a norme sanzioni forme. Pensare il diritto come norma (e, quindi, ovviamente, come sanzione) significa continuare a pensarlo come potere, perché significa coagulare ed esaurire l'attenzione dell'ordinamento nel momento in cui il comando si produce e si manifesta.

Per una visione squisitamente normativa ciò che conta è il 'comandante' e la sua volontà imperativa (o, se vogliamo, i 'comandanti' e la loro volontà imperativa), mentre contano assai poco gli utenti della norma e la vita della norma nella utilizzazione che ne fa la comunità dei consociati. Il problema interpretativo della norma, in questa ottica ristretta, non può non ridursi a un procedimento di ricostruzione — procedimento previsto con aritmetica precisione — della volontà imperativa nel momento in cui essa si separò dal 'comandante' (sempre antropomorficamente pensato) e si coagulò in un testo immobilizzandosi in esso fino all'erompere di una nuova, contraria o diversa, manifestazione di volontà.

Insomma, far capo alla norma, lo si voglia o non lo si voglia, significa sempre e in ogni modo concepire il diritto in modo potestativo, legarlo strettamente al potere, anche se si tratta di

potere di cui si percepisce la riottosità, e che è pertanto una realtà pericolosa da controllare orientare arginare. Far capo alla norma e al sistema di norme significa anche imboccare la strada di una separazione netta fra produzione e applicazione del diritto, fra comando e vita, fra un comando che si conchiude e si esaurisce in un testo e la vita che continua e diviene malgrado il testo e ben spesso oltre e contro il testo: è la strada che conduce a un formalismo talora esasperato nella sua astrattezza.

È la strada che vediamo percorrere a uno dei protagonisti della riflessione giuridica del Novecento, l'austriaco Hans Kelsen, il cui messaggio scientifico ha avuto uno straordinario successo fra i giuristi ed è ancor oggi particolarmente ascoltato. In un discorso prolusivo come il nostro, che non vuole imboccare i molti sentieri delle possibili particolarizzazioni, è però indispensabile che si accenni alla avventura intellettuale di Kelsen sia per la sua valenza esemplare, sia appunto per la sua carica mordente.

Kelsen è sempre riuscito a parlare al cuore del giurista di ieri e di oggi per parecchi buoni motivi: in primo luogo, perché non è un filosofo che parla, ma un giurista tecnico e impegnatissimo in grosse operazioni costituzionali ⁽⁸⁾ anche se nutrito di eccellenti letture filosofiche e dotato di notevole forza speculativa; in secondo luogo, perché la sua è autenticamente una avventura intellettuale, rispettabilissima come tentativo appassionato di ricerca di nuove fondazioni epistemologiche per la *scientia iuris* dopo tanti dubbii demolitivi sulla sua scientificità accumulatisi nel corso dell'età moderna; in terzo luogo (e vengo al punto che più ci preme in ordine al fine di questa prolusione), perché, anche se tutta la sua opera può essere vista come un grandioso esorcismo contro il potere attraverso la sua razionalizzazione formale-normativa ⁽⁹⁾, avendo prescelto il punto di vista della norma come perno dell'ordine giuridico, momento essenziale deve necessariamente essere il tempo della sua produzione, evento essenziale il comando, contenuto essenziale la coercizione,

⁽⁸⁾ Un esempio: la Costituzione austriaca del 1920; da ultimo, cfr. G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato-Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽⁹⁾ Ottima la ricostruzione che ne offre A. CARRINO, *L'ordine delle norme-Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, 1990², uno studioso benemerito per traduzioni italiane di opere kelseniane e per iniziative di riflessione in Italia sul pensiero di Kelsen.

manifestazione essenziale la sua forma, con il risultato che il grandioso esorcismo si palesa come sostanzialmente inefficace, e il potere domina indirettamente ma con una presenza greve tutto l'itinerario kelseniano quasi come il coro nell'antica tragedia greca ⁽¹⁰⁾.

Al giurista moderno imperativista e formalista sorride parecchio la costruzione kelseniana di una 'Dottrina giuridica pura' anche se si risolve in un castello di forme, in una armonia astratta di linee angoli cerchi, insomma in una geometria che doveva trarre forza da se stessa ma che era scaturita dal nulla e nel nulla si fondava.

4. *Verso il recupero della complessità: la scoperta del diritto come ordinamento*

Il richiamo a Kelsen serve per indicare l'èsito estremo a cui può condurre un diritto ridotto a un universo di norme e sanzioni; è un universo ben povero, che rischia di galleggiare sulla società o addirittura, perversamente, di forzarla e di condannarla nei suoi sviluppi vitali. Giova, invece, insistere sul diritto come ordinamento.

Non si tratta di un espediente linguistico sostituendo un termine all'altro e lasciando immutato il contenuto. Ordinamento significa l'atto di ordinare, del mettere ordine; e ordine è nozione preziosa ⁽¹¹⁾ almeno in un suo aspetto: fa i conti con la realtà sottostante, la presuppone nella sua onticità se vuol raggiungere il fine di ordinarla e non di coartarla; di conseguenza, ne registra e ne rispetta tutta la complessità. Assumere il diritto come ordinamento ha, dunque, il significato di iniziare il tentativo di recupero della complessità, della complessa ricchezza dell'universo giuridico.

Forse, noi giuristi non ne abbiamo piena consapevolezza, ma siamo ancora, in buona misura, gli eredi e le vittime della grande riduzione illuministica. "Illuminismo significa ampliamento della capacità umana di cogliere e di ridurre la complessità del mondo", "svi-

⁽¹⁰⁾ Senza contare che è facile il rilievo come "il problema del potere giuridico è venuto assumendo un rilievo sempre maggiore nelle ultime opere" (N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche politiche-Saggi su Kelsen, Horkheimer, Habermas, Luhmann, Foucault, Rawls*, a cura di M. Bovero, Milano, Il Saggiatore, 1982, p. 6).

⁽¹¹⁾ Una lettura assai istruttiva è quella di F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987, una riflessione dal respiro aperto, che disegna per il giurista nuove e più sicure frontiere.

luppo di meccanismi di riduzione della complessità”, consiste nella comprensione ma anche riduzione di complessità. Questo ci ha lucidamente insegnato Niklas Luhmann⁽¹²⁾, un mentore che fino a ieri ogni giurista si sentiva in dovere di citare almeno una volta nella sua opera (quasi come lo zelante musulmano nel suo obbligo di compiere una visita a La Mecca durante il corso della sua vita). Luhmann, il teorico della complessità, con la sua sociologia dalle rinverdate fondazioni illuministiche, diventa anche il teorico della riduzione:

La riduzione ha avuto ed ha le sue valenze positive: il paesaggio giuridico è semplice, pertanto è chiaro; illuminato da una sapiente regia centralistica è anche armonioso. Insomma, un paesaggio suadente che soffre agli occhi dello storico di due vizi gravi: la astrattezza e, consequentissima, la artificiosità.

Altra volta io ho evocato in contrappunto l'arcadia letteraria che, partendo dalla esigenza di liberarsi dei grovigli del barocco, arrivò però alla suprema finzione di pastorelli imparruccati ed incipriati. Il palcoscenico giuridico non è popolato di pastorelli, ma di modelli sì, modelli formali estratti da un irrealistico mondo prestorico e — quel che è importante — tutti soggetti individuali; dei quali due soltanto fungono da protagonisti, lo Stato-persona e l'individuo abbiente.

La perdita più sostanziosa che consegue a questa operazione riduttiva (che è — lo sappiamo — una callidissima operazione strategica) è quella della dimensione collettiva della società ormai contratta nella cristallizzazione statuale. Soffocata dalla totalità macrocollettiva dello Stato e dalla dialettica esclusiva 'Stato-individuo' è tutta la articolazione comunitaria fisiologica alla società, a ogni società, la quale si esprime in comunità, è e non può non essere comunità di comunità. Era la articolazione esasperatamente valorizzata nell'antico regime con il protagonismo di famiglie, aggregati soprafamiliari, corporazioni, associazioni assistenziali e religiose, aggregati sociali e politici intermedi.

Al centro della riscoperta della complessità dell'universo giuridico occorre riscoprire anche quella dimensione collettiva, cioè di microcollettività, pesantemente sacrificata dal progetto individualista.

(12) N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, Milano, Il Saggiatore, 1983; le citazioni sono rispettivamente, a p. 75 e a p. 83.

Lo storico, percettore di una linea lunga, sa che, per la scienza giuridica, il corso del Novecento è stato un lento ma costante affioramento di una coscienza più ampia valevole a recuperare le forze collettive precedentemente represses con la violenza o, tutt'al più, esorcizzate con l'irrelevanza. Una conquista faticosa, e dai risultati gramí, almeno nei suoi primi passi.

Per averne un saggio di collaudo, basta aprire e scorrere il Codice civile italiano del 1942, che pure è anche espressione del clima corporativistico dell'Italia di quegli anni: è facile osservazione che il fenomeno associativo è considerato in modo riduttivo; è valorizzato quello nascente da un contratto come sono i varii contratti di società e, primi fra essi, le società commerciali; timida è la presenza di quelle associazioni libere che il legislatore — quasi per sottolineare un deprezzamento — chiama 'associazioni non riconosciute' contrapponendole alle formalizzatissime 'persone giuridiche'.

Si ignorano le società intermedie. Occorrerà attendere la Costituzione repubblicana del 1948 perché, grazie all'impulso del solidarismo cattolico di un Mortati e di un Dossetti, alle formazioni sociali sia riconosciuto il ruolo che esse, di fatto, avevano nella società. In mezzo al generale disinteresse dei privatisti italiani dell'immediato secondo dopo-guerra segnalò il grande merito culturale del mio predecessore in questa investitura ducale amalfitana, il civilista Pietro Rescigno, che, nutrito di una eccellente preparazione sociologica, ha cominciato a studiare le più cospicue manifestazioni associative (e cioè partiti e sindacati), da privatista ma senza stemperarne la valenza in un generico e anonimo associazionismo, e cogliendole invece quali autentiche formazioni sociali ⁽¹³⁾.

Una considerazione va fatta: ci sono strati e dimensioni dell'universo giuridico da disseppellire e valorizzare; certamente l'esperienza giuridica italiana, anche la attuale, ha una estensione e una profondità ben maggiori di quanto può coprire l'ombra protettiva ma condizionante della esperienza politica dello Stato. Il diritto, nella sua autonomia, forte delle sue radici nel costume sociale, ha vissuto e vive, si è sviluppato e si sviluppa anche al di fuori di quel cono d'ombra, anche fuori dei binarii obbliganti del cosiddetto

(13) I principali saggi cui si fa riferimento possono ora leggersi in: P. RESCIGNO, *Persona e comunità-Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987.

diritto ufficiale: conseguenza inevitabile di non essere dimensione del potere e dello Stato, ma della società nella sua globalità.

Non è un discorso anarcoide, ma piuttosto la registrazione di quella realtà effettiva che è la pluralità degli ordinamenti giuridici. È il grande regno delle libertà del diritto, che non coincide affatto con il solo maestoso e autorevole ordinamento giuridico dello Stato. Quella che fu, ai primi dei Novecento, una felice intuizione dottrinale ha la sua verifica puntuale nell'effettività della vita giuridica sol che non si abbia sul nostro naso degli occhiali deformanti. Come storico del diritto, ho toccato e tocco con mano questa realtà pluriordinamentale quando, per compito inerente al mestier mio, sono chiamato a occuparmi delle proprietà collettive dell'arco alpino, soprattutto dell'arco alpino orientale: un assetto giuridico affondante in costumanze primordiali, che non è avventato qualificare come preromane, che fanno a pugni con la configurazione individualistica e quiritaria della proprietà moderna spalleggiata dal diritto ufficiale, che hanno avuto una continuità di vita appartatissima fino ai tempi nostri, che lo Stato moderno ha sempre tentato di 'liquidare', non ha mai mancato di perseguire e snaturare. Come storico del diritto non ho esitazione nel registrare nello stesso territorio dello Stato italiano ordinamenti giuridici originari, ordinamenti alieni, che nascono da antropologie diverse (se non opposte) e sono portatori di diversi (se non opposti) valori giuridici, che hanno la sacrosanta pretesa di convivere con la ufficialità dominante perché sono il segno della complessità della esperienza giuridica che il diritto dello Stato non esaurisce.

Ho, come altre volte, fatto riferimento al caso delle proprietà collettive per la mia familiarità con esso, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi. La conclusione è scontata, ed è che il paesaggio giuridico, proprio perché innervato nel sociale, è per sua natura complesso, e va rispettato e recuperato in questa complessità. L'età moderna, età di mitologie giuridiche, si è rattrappita in un costringente orizzonte di modelli, e la complessità dell'esperienza giuridica è stata notevolmente sacrificata. Visione potestativa del diritto, sua statualità, sua legalità hanno costituito un osservatorio deformante, giacché, puntando unicamente sul momento e sull'atto della produzione, la regola giuridica si presenta come norma, cioè come comando autoritario dell'investito del potere.

5. *Verso nuove fondazioni della positività del diritto*

È un osservatorio che va, se non depresso, integrato; a questo proposito, la visione ordinamentale può fungere da vero salvataggio.

Ripetiamolo: ordinamento è nozione che ha al suo cuore quella di ordine; e ordine, proprio perché non può prescindere dalla realtà da ordinare, proprio perché è necessariamente ascolto e accoglimento di istanze provenienti dal reale, si pone quale preziosa mediazione fra autorità e società e non assume l'aspetto sgradevole della coercizione. Se è vero che si parla correntemente di un ordine che un tempo regnò sotto il tallone russo a Varsavia in forza di un enorme tributo di sangue e di morti, o si parla dell'ordine di Hitler o di quello di Stalin ottenuti con la violenza poliziesca, è chiaro che qui siamo di fronte a un falsante simulacro di ordine.

L'ordine è — questo sì — nozione rigorizzante perché compone e sistema la rissa inevitabile dei fatti storici di per sé riottosi e slegati; ordine implica rigore, così come rigore implica la trasformazione in diritto di ogni incomposta e magmatica realtà sociale. La visione di un diritto 'mite', come viene proposto nel suadente disegno di uno dei nostri più intelligenti e colti costituzionalisti italiani ⁽¹⁴⁾, ci appare consegnata alle trame di una felice idealizzazione più che a quelle di una diagnosi realistica.

Una cosa è però certa: l'ordine, se è rigore, se rigorizza il mondo indocile dei fatti, significa però rispetto della complessità e della pluralità del reale; è cioè l'opposto di massificazione e di semplificazione forzosa. L'ingegno aguzzo di Tommaso d'Aquino, contemplatore di un paesaggio universale non ancora frammentato né politicamente né giuridicamente e invece percorso e sorretto da una ordinatrice coscienza collettiva — il paesaggio del secolo XIII —, lo puntualizza bene in una di quelle precisazioni dove emerge nitida la sua eccezionale forza speculativa: "esse unum secundum ordinem, non est esse unum simpliciter", l'unità realizzata mediante l'ordine non è mai una unità semplice ⁽¹⁵⁾. In altre parole, ordinare non significa sottoporre il reale a una palingenesi fittizia facendo 'de albo

⁽¹⁴⁾ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite-Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

⁽¹⁵⁾ S. TOMMASO, *Summa contra gentiles*, II, c. 58.

nigrum', costruendo una unità smentita dai fatti sottostanti, ma componendo quella unità complessa e plurale sì da permettere alle diversità di diventare forza di quella unità senza annichilirsi. Come sottolinea lo stesso Tommaso, l'ordine è unità che armonizza ma rispetta le diversità (16).

Di tutto questo è urgente tener conto dopo che per due secoli ci siamo affannati in un assillante zelo di formalizzazione e di sclerotizzazione della positività del diritto. Parlar di diritto positivo ha valso fino a ieri far riferimento a una nozione chiusa, impermeabile.

Il giurista la pronunciava con insipiente orgoglio intendendo riferirsi a un universo di norme conchiuso in sé come una fortezza di confine, forte della sua separatezza da tutto il resto che statualità ufficialità autoritarierietà approfondivano in un fossato invalicabile. E il giurista si è compiaciuto di questa corazza senza capacitarsi dell'inchiodamento e della immobilizzazione che per lui costituiva.

Era — ed ancor oggi è — una nozione di positività che non ci restituisce se non opacamente la complessità che l'ordine giuridico è chiamato a organizzare e non a tradire; che però si continua a tradire quando il diritto positivo continua ad essere pensato come un universo di norme, un castello di comandi, posto (*positum*) da una autorità formalmente investita del potere e pertanto munita del crisma tranquillizzante della ufficialità.

Tutto ciò è, da un punto di vista culturale, cioè per una cultura giuridica che voglia prefiggersi come valida ordinatrice del presente, una posizione tanto criticamente bassa da impedire una osservazione compiuta. Questo ieri, che potevamo sperare completamente superato, continua nell'oggi all'interno della coscienza di molti giuristi, soprattutto dei pratici diseducati da una dottrina giuridica che ha abdicato alla sua nobile funzione pedagogica. Questo ieri continua nell'oggi con la perfetta vigenza dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1942, che conferma il dogma della statualità del diritto e fissa i confini della giuridicità identificandoli con quelli dello Stato. So bene che quell'articolo è palesemente violatore del pluralismo giuridico impresso nella nostra carta costituzionale, so bene che i giuristi più consapevoli lo hanno ritenuto

(16) S. TOMMASO, "Ordo includit distinctionem, quia non est ordo aliquorum nisi distinctorum" (*Scriptum in 4. Libros Sententiarum magistri Petri Lombardi*, 1.20.1.3.1 c).

reliquia di convinzioni passate, ma so altrettanto bene che le reliquie — finché ci sono, esposte al pubblico — possono anche ricevere la venerazione degli insipienti. Come ho altre volte sostenuto, sarò più tranquillo quando l'art. 12 verrà cancellato dalla nostra splendida codificazione come traccia inammissibile dello statualismo autoritario fascista in modo non dissimile da come si sono prontamente espunte le tracce immonde sul primato della razza ariana.

Un segno efficace dell'ambiguo spartiacque in cui ci stiamo ancora trovando è una iniziativa presa una decina d'anni fa da un intelligente filosofo italiano del diritto, Giuseppe Zaccaria, che ha chiamato a raccolta parecchi colleghi di disciplina ma anche provvidamente alcuni cultori del diritto positivo per discutere su 'Diritto positivo e positività del diritto' (17).

Nella sua presentazione del volume Zaccaria insiste, con rara coscienza del grande bisogno di rifondazione culturale dell'attuale giurista, su "l'organismo globale della positività", sul "funzionamento necessariamente 'plurale' della positività" (18) additando con giustezza un traguardo da compiere con urgenza, e cioè l'improcrastinabile allargamento della tradizionale sclerotica nozione di positività del diritto.

Se l'invito del coordinatore è raccolto e sviluppato da alcuni giusfilosofi, soprattutto da Francesco Viola (19), la pagina dei cultori del diritto positivo italiano si pone, invece, all'insegna di una sostanziale ambiguità; eppure, nell'amministrativista Guido Corso e nel commercialista Mario Libertini, Zaccaria poteva contare su due colti e sensibili rappresentanti della nostra giuristica.

Il saggio di Corso è dominato dall'idea di fondo del primato della norma disegnando un giuspubblicista come personaggio in disperata ricerca di norme (20); e precisa Corso: "il giurista positivo, anche il più disposto a riconoscere gli apporti della giurisprudenza, avverte la norma come un *quid* che logicamente e idealmente

(17) Torino, Giappichelli, 1991.

(18) G. ZACCARIA, *Presentazione, ibidem* (i testi citati sono a p. XII).

(19) F. VIOLA, *Tre forme di positività nel diritto, ibidem*.

(20) G. CORSO, *In che senso il diritto positivo costituisce un vincolo per il giurista, ibidem*, pp. 42-43.

precede e condiziona l'interpretazione" (21), dove mi sembra ripetersi con ostinatezza quella separazione fra norma e interpretazione che ha spesso condannato a morte per soffocazione zone delicate del sistema normativo.

Libertini sembra ancora avvinto da dei lacci culturali dei quali però non intende sbarazzarsi; ed è tutto teso a fornir loro qualche giustificazione che possa appagare la sua limpida coscienza di fine giurista. "L'accettazione di una etica della legalità — egli scrive — per cui il rispetto delle leggi è espressione del più generale principio di civiltà dello 'stare pactis' e quindi riconoscimento della appartenenza di tutti i cittadini alla stessa organizzazione sociale" (22); "la fedeltà alla legge va intesa non come obbedienza ad un comando, ma come leale esecuzione di un patto" (23), "il principio di lealtà impone l'accettazione dell'idea del primato del potere legislativo e quindi il dovere di 'prendere sul serio' le scelte politiche del legislatore" (24), dove, a parte il rigurgito di argomentazioni paleo-giusnaturalistiche, si ritorna al vecchio fondamento mitico di un potere legislativo — e quindi politico — che interpreta ed esprime con fedeltà il bene comune ed è quindi in grado di rappresentarlo normativamente. Insiste Libertini nel timore che non si fosse ben capito: "riconoscere il principio (l'esigenza, il valore) della tassatività delle fonti è anche un modo per 'prendere sul serio' lo Stato; e ciò mi sembra a tutt'oggi indispensabile (necessario ancorché non sufficiente) se si hanno a cuore certi valori e scopi politici (libertà, uguaglianza e sicurezza degli individui)..." (25); concludendo per lo "accoglimento del postulato della sovranità, unità e completezza dell'ordinamento statale" e la "tassatività delle fonti formalmente riconosciute" (26), soluzione giuspositivistica che "resta più moderna e più duttile" (27). Una linea lunga, linea bisecolare, sembra continuare in questa pagina, e lo tradisce quella vena risorgimentale, quasi deamicisiana, di cui è intrisa.

(21) CORSO, *ibidem*, p. 54.

(22) M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, *ibidem*, p. 74.

(23) *Ibidem*, p. 75.

(24) *Ibidem*, p. 76.

(25) *Ibidem*, p. 89.

(26) *Ibidem*, p. 90.

(27) *Ibidem*, p. 92.

6. *Interpretazione-applicazione e nuovi confini della positività del diritto*

Se ci siamo dilungati sull'iniziativa di Zaccaria e su taluni apporti, è perché il tutto ci sembra sintomatico del travaglio attuale del giurista italiano quando ci si introduce nel santo dei santi del moderno diritto borghese, e cioè il recinto delle fonti, che assomiglia molto a quello spazio sacro dove solo una suprema gerarchia sacerdotale aveva ingresso. L'invito di Zaccaria è sostanzialmente non raccolto dai cultori del diritto positivo ancora tutti inviluppati nel loro protettivo mantello di normativismo legalista. Un punto specifico di questo invito viene espressamente respinto, quello a "spostare l'accento sulla dimensione ermeneutica" ⁽²⁸⁾ quale componente interna, essenziale, della positività della norma.

È la conquista che resta ancora da compiere. La teoria ermeneutica ha fatto, nel corso del Novecento, passi da gigante, con un indubbio ravvicinamento fra momento normativo e momento interpretativo-applicativo. Siamo ben lontani dal tessere oggi l'elogio dell'esegesi, anche se vi sono pur stati recentemente dei rigurgiti neo-esegetici. Ma il salto del fosso, quello che ci avrebbe permesso di rompere con le pastoie normativistiche e acquisire una visione ampia e integrale della normatività e della positività, questo salto non abbiamo avuto il coraggio di fare, verisimilmente perché non avevamo le liberatorie capacità culturali e perché la tradizione post-illuministica ha avuto buon gioco su operatori troppo fragili.

Il saggio di Guido Corso poco sopra menzionato mi sembra che stia a indicare l'ultimo anello di una lunga catena, catena ancora solidissima. Eppure, nell'arco del Novecento, v'erano pur stati messaggi nella opposta direzione, che dovevano essere ben ricevuti perché provenienti non dalla fantasia di un filosofo ma da robusti tecnici del diritto ben immersi nella prassi quotidiana (il primo nome che mi viene a mente è quello di un autore a me caro, il commercialista Ascarelli).

L'unico strumento per togliere al diritto il tradizionale ripugnante smalto potestativo e autoritario era ed è di concepire la

⁽²⁸⁾ Come lo stesso Zaccaria precisa nella sua *Presentazione* del volume (*ibidem*, p. X).

normazione come un procedimento che non si compie con la produzione ma che ha un momento susseguente, il momento interpretativo, come interno alla formazione della realtà complessa della norma; insomma, l'interpretazione quale momento essenziale della positività della norma stessa, condizione ineliminabile per il concretarsi della sua positività.

Certamente, per arrivare a questo, occorrono altri occhiali sul naso dei giuristi; occhiali che non sminuiscano l'interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso; occhiali che siano disposti ad accogliere entro il paesaggio giuridico anche la comunità degli utenti in funzione non meramente passiva, che siano disposti ad ammettere non un solo protagonista monocratico (il detentore del potere) ma una pluralità folta di soggetti. Forse, è proprio giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatari del comando.

Avviandoci alla conclusione di questa prolusione, il suo senso può essere raccolto con la indicazione di due recuperi.

Il diritto è più applicazione che norma. Guai se lo si immobilizza in un comando, tanto più se il comando trova la propria immobilizzazione in un testo; guai se la regola giuridica diventa e rimane testo cartaceo. Il rischio probabile è la separazione dalla vita.

Il diritto è, in primo luogo, ordinamento; col che si vuole sottolineare, al di là del cambio terminologico, che la sua autorità sta nei contenuti di cui si intesse e che propone, sta nel suo essere lettura obbiettiva del reale, tentativo di razionalizzazione del reale. È un'autorità che muove dal basso, che rende spontanea l'accettazione sociale e l'osservanza; l'osservanza — che è il mistero grande del diritto — perde per ciò stesso la ripugnanza della coercizione. Con il diritto-ordinamento anche l'uomo della strada può riconciliarsi.

7. *Verso il declino della mitologia giuridica post-illuministica*

Abbiam parlato di contenuti e di razionalizzazione del reale ed è una deviazione brusca rispetto a come il progetto giuridico borghese si era andato fra Sette-Ottocento definendo con un progressivo processo consolidatorio.

La norma suprema al vertice della piramide gerarchica, cioè la legge, è in questo progetto un contenitore vuoto, perché — essendo per definizione assiomatica espressione della volontà generale — non ha dai diversi contenuti alcun contributo alla sua figura essenziale. Una norma è infatti legge non in grazia di determinati contenuti ma per la sua provenienza dal detentore delle sovranità che la filtra mediante un rigoroso procedimento formale.

La legge vuota era una sorta di sapientissima forma entro la quale un legislatore onnisciente infallibile onnipotente poteva ospitare a suo arbitrio qualsiasi contenuto. L'ordinamento giuridico, risolto in un grande scheletro legislativo, ammetteva un solo cordone ombelicale, quello col potere, l'unico da cui traesse vitalità nutrimento effettività, mentre non ne riconosceva alcuno con la complessità della società.

In un simile assetto legicentrico e legolatrico il supremo principio costituzionale è pertanto quello di legalità, che funge da preziosa cerniera concludente; ed è chiaro che è una legalità concepita in senso strettissimo quale rispetto della forma-legge; ed è chiaro perciò che è legalità sia il rispetto della legge che proibisce l'omicidio (con tutto il suo carico etico), sia della legge che sancisce il primato di una razza sull'altra e impone diminuzioni di capacità per gli appartenenti a un *ethnos* ritenuto inferiore. Ossia il principio di legalità perde qui ogni sua valenza garantistica per rappresentare soltanto il fossato invalicabile che circonda perfettamente e chiude il castello mitico così edificato. Di ciò sarebbe bene che i tanti legalisti inconsapevoli, legalisti ad ogni costo, si rendessero finalmente conto.

È ovvio che questa mitologia sottoposta all'usura di due secoli di vita giuridica si è lentamente e beneficamente deteriorata, via via che la dommatica di cui si cementava rivelava il proprio carattere mitico; ed è ovvio che oggi il profondo fossato circondante il castello si sia per buona parte colmato. Ma con quanta lentezza e con quanta fatica in questa nostra Europa continentale così caratterizzata e quasi marcata a fuoco dalla abilissima propaganda post-illuministica!

Appena ieri, colui che vi parla ha ricevuto con soddisfazione un ricco volume in cui si compendia il lavoro di un gruppo di ricerca, promosso e coordinato con sensibilità e intelligenza critica da Michele Scudiero, sul problema della discrezionalità del legislatore

nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana nel decennio 1988-1998 (29). La discrezionalità del legislatore! Uno dei curatori dell'opera collettiva ha ben ragione di qualificarlo "tema indocile" (30) nel suo aspetto di clamorosa e rovinosa incrinatura nelle mura del castello mitologico di cui si è or ora parlato, con la previsione di un giudice delle leggi e il crollo del mito dell'infallibilità.

E finalmente, da tempo, la nostra Corte Costituzionale fa precisi e incisivi richiami alla ragionevolezza come limite dell'azione legislativa e al diritto vivente. A un esame formalistico possono anche apparire delle semplici "formule verbali" (31); lo storico non ha invece esitazione nel vedervi le tracce della faticosa ricerca di ancoraggi (magari grezzi e imperfetti) alla conquista di quel traguardo di civiltà giuridica che è, deposto lo schermo inappagante del mito, la legge giusta, la giustizia delle leggi. Una conquista che il cemento mitologico-dommatico ha reso incerta e difficile.

La Francia, questo laboratorio della modernità giuridica continentale, ne è lo specchio più fedele; sarebbe infatti istruttivo ripercorrere l'erta salita, piena di ostacoli e di tortuosità, al cui sommo, nel 1958, con la Costituzione della Quinta Repubblica, si arriva alla previsione, con il *Conseil Constitutionnel*, di un giudice delle leggi; e sarebbe istruttivo ripercorrere il dibattito costellato di incredibili asperità (32); e sarebbe istruttivo seguire l'impegno con cui la sinistra democratica francese, nella sua veste di autentica erede dei programmi giacobini, ha interpretato quella previsione come un 'coup d'état permanent' (33), come un permanente fattore di rischio per la

(29) *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli, Jovene, 1999.

(30) S. STAIANO, *Introduzione*, *ibidem*, p. XIII.

(31) Così L. PALADIN, *Esiste un 'principio di ragionevolezza' nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (Atti del Seminario, Roma 13-14 ottobre 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p.164 ss.

(32) Si veda, nel già citato volume curato da Scudiero e Staiano, il saggio di A. PATRONI GRIFFI, *Il Conseil Constitutionnel e il controllo della 'ragionevolezza': peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese*.

(33) Il riferimento è al celebre *pamphlet* di FRANÇOIS MITTERRAND, *Le coup d'état permanent*, Paris, Plon, 1964 (cfr. *Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques*, ed. L. Favoreu, Aix-en-Provence, Presses Universitaires, 1988, Introduction).

stabilità del sublime progressivo edificio costituzionale progettato negli anni fertili della Rivoluzione.

Un punto solo ci preme di rilevare a chiusura e conclusione di questo discorso: ragionevolezza, adeguatezza, non arbitrarietà, richiamo al diritto vivente, al di là del loro essere indicatori generici e anche ambigui, hanno almeno il senso e il valore di un tentativo di appiglio al di sotto delle forme. Le mitologie, che hanno giocato un ruolo tanto fondativo nel progetto giuridico borghese, non reggono di fronte ai bisogni e alle richieste della società contemporanea, estremamente complessa sotto i profili sociale, economico, tecnologico. Al di sotto delle ossature formali — lineari, semplici, armonicissime — v'è una costituzione materiale che preme e di cui urge tener conto se non si vuole arrivare a separazioni che trasmòdino in strappi.

Il diritto — e tanto meno il diritto moderno — non può abdicare alla sua dimensione formale, fornendo categorie alla incandescente fluidità dei fatti sociali ed economici, tuttavia con la coscienza sempre viva che quelle categorie dànno forma e figura a un sapere incarnato, a una storia vivente. Insomma, di categorie ordnanti deve sempre trattarsi, che pescano nel reale, che non galleggiano sul reale, com'è proprio di ogni fenomeno autenticamente e non fittiziamente ordinativo. Essere e dover essere necessariamente si mescolano condannando le teorie pure fra le mirabili esercitazioni retoriche di ingegnossissimi giuristi.

Ha ragione Gustavo Zagrebelsky quando — qualche anno fa — affermava risolutamente: “l'idea di diritto che lo Stato costituzionale attuale implica non è entrata pienamente nell'aria che respirano i giuristi” ⁽³⁴⁾. A una vecchia idea di legalità, legalità formale, va sostituendosi e sempre più deve sostituirsi una legalità diversa che tenga infine pienamente conto dei due piani di legalità in cui ormai si articolano i moderni ordinamenti, quello — per intendersi — codicistico e quello costituzionale, questo secondo esprimente la società nei suoi valori portanti e non soltanto la cristallizzazione assai più povera dello Stato-apparato.

E deve finire l'idea che il diritto si fa mediante leggi e che solo il legislatore è soggetto giusproduttivo capace di trasformare tutto in diritto quasi come un re Mida dei nostri giorni. Ohimè, quante volte

⁽³⁴⁾ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 4.

i prodotti normativi dei legislatori moderni sono lontani dall'essere diritto! L'ipertrofia e la ipervalutazione della legge sono costate già molto care alla società e cultura dell'Europa continentale e alle zone mondiali da essa condizionate. In un'ottica siffatta si è parlato di 'decodificazione' e addirittura di 'delegificazione'. L'esigenza è una e una soltanto: togliere alla legge quel ruolo totalizzante e socialmente insopportabile che l'età borghese le ha dato.

Solo un folle potrebbe pensare di fare a meno d'una presenza di norme imperative generali o anche di Codici. Non abbiamo invece bisogno dello strumento, a lungo andare, pernicioso di leggi e Codici che, col dettaglio di una minuta regolamentazione della vita economica e sociale, rischiano di restar lettera morta un istante dopo la promulgazione perché rifiutati dalla comunità degli utenti o, peggio ancora, fniscono per imbavagliare la comunità impedendole di esprimersi secondo il divenire del costume e l'evolversi delle realtà economiche e degli assetti sociali.

La rapidità del mutamento contemporaneo in tutte le sue manifestazioni esalta un primato della prassi. Quanti istituti, soprattutto nel diritto degli affari, sono intuiti inventati modellati nella pratica quotidiana, mentre il legislatore nazionale o comunitario si limita a intervenire tardivamente appropriandosi di quanto già l'uso aveva efficacemente consolidato! Il futuro diritto dell'economia tende ad avere un volto geneticamente estrailegislativo con un forte contributo offerto dalla riflessione scientifica.

E si assiste a "mutati attori e protagonisti del processo giuridico", a "diverse modalità di produzione e funzionamento delle regole giuridiche" ⁽³⁵⁾, a una crescente privatizzazione della produzione giuridica: vitali centrali nomopoietiche (ossia produttive di regole giuridiche puntualmente osservate dai privati) sono ormai collocate in nuclei sociali economici culturali ben lontani dagli Stati ⁽³⁶⁾.

È un rilievo che mi piace far qui, in seno alla *Civitas Amalfitana*, nella sede del suo municipio, in questa straordinaria fucina giuridica

⁽³⁵⁾ Come ben si esprime una intelligente sociologa del diritto in un libro tutto da leggere e meditare da parte del giurista (cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione-Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 7).

⁽³⁶⁾ Si tratta di istituzioni internazionali di organizzazione culturale, di grossi studii professionali, di gruppi imprenditoriali, e così via.

medievale, dove mercanti e navigatori intraprendenti han concorso a creare, poveri di leggi e di scienza, forti della propria capacità di ascolto delle forze economiche, fidando quasi unicamente su sensibilità e intuizione, il diritto commerciale e marittimo della coinè mediterranea dell'età di mezzo ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Ai mercanti e navigatori amalfitani, che avevano solidi punti di appoggio nel mediterraneo orientale, fu dato di importare un folto insieme di consuetudini greche. Cfr. G. P. BOGNETTI, *La funzione di Amalfi nella formazione di un diritto comune del Medioevo*, in *Mostra bibliografica e Convegno internazionale di studi storici del diritto marittimo medioevale*, — Amalfi, luglio-ottobre 1934, Atti, Napoli, Assoc. Italiana di diritto marittimo, 1934, pp. 50-51.

MASSIMO LA TORRE

UN GIURISTA NEL CREPUSCOLO DI WEIMAR Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller (*)

1. Premessa. — 2. Il pensiero politico: socialismo e nazione. — 3. L'analisi del fascismo. — 4. La dottrina giuridica: decisionismo e rivolta contro il formalismo. — 5. La teoria della sovranità. — 6. Un difensore della Repubblica di Weimar. Dal decisionismo alla rivalutazione della costituzione formale. — 7. Verità e politica.

1. *Premessa*

La figura di Hermann Heller ⁽¹⁾ è intimamente legata alla storia della Germania tra le due guerre mondiali; eppure egli di nascita non è tedesco, cittadino del *Reich* guglielmino, ma suddito di Sua Maestà Apostolica Francesco Giuseppe, sovrano dell'Impero Asburgico. Nasce infatti a Teschen an der Olsa, una cittadina posta tra quella che è oggi la Repubblica ceca e i territori dell'allora vasto e possente *Reich* germanico. La sua è una famiglia d'estrazione borghese e di religione ebraica. Nel 1915 Heller conclude gli studi di diritto a Graz, seconda città dell'Austria e sede d'una rinomata Università (vi aveva insegnato fino a qualche tempo prima Ludwig Gumplowicz, e vi insegnerà qualche anno dopo Joseph Schumpeter). Nel 1914 si era arruolato volontario come tanti suoi coetanei. Combatte sul fronte

(*) Questo saggio è il frutto di un soggiorno di studio presso l'Università di Kiel reso possibile grazie ad una borsa della Fondazione Alexander von Humboldt.

(1) Per un profilo biografico generale di Heller, si legga K. MEYER, *Eine biografische Skizze*, in *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*, a cura di Ch. Müller e I. Staff, Nomos, Baden-Baden 1984, pp. 65 ss., e Ch. MÜLLER, *Hermann Heller (1891-1933). Vom liberalen zum sozialistischen Rechtsstaat*, in *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, a cura di « Kritische Justiz », Nomos, Baden-Baden 1988, pp. 268 ss. e ancora Ch. MÜLLER, *Hermann Heller: Leben, Werk, Wirkung*, in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, II ed., a cura di Ch. Müller, Vol. 3, Mohr, Tübingen 1992, pp. 429

russo, vi riporta un seria malattia cardiaca, ed è testimone della fine della monarchia e dello smembramento dell'Impero. Nell'Austria ridotta a una specie di moncherino, rosicata da ogni lato dalle rivendicazioni territoriali dei paesi confinanti, in questo Stato ridotto a una *Alpenrepublik* (come lo definisce Joseph Roth) Heller non può più riconoscersi. Ciò è comune a una generazione di reduci della Grande Guerra, e comunque a molti dei sudditi dell'Impero asburgico che si sentono d'improvviso privati della loro identità politica e persino, in casi estremi, esistenziale.

L'“uomo senza qualità” di Robert Musil è innanzitutto un uomo con un passaporto austroungarico ora divenuto solo un pezzo di carta. La “qualità” che gli manca è in primo luogo quella dell'antica cittadinanza sopranazionale offerta dall'Impero. A differenza però di numerosi suoi concittadini d'un regno perduto, di Roth e Musil per esempio, che rimarranno per sempre dei *Heimatlosen*, dei “senza patria”, Heller non sembra avere troppi rimpianti per la monarchia degli Asburgo. Si trova anzi subito un'altra “città” della quale vale essere membro: questa è la Germania di Weimar. Si comprenderà dunque quanto forte sia il vincolo che lega l'identità stessa di Heller alla prima repubblica tedesca.

ss. Una eccellente bibliografia delle sue opere è quella di H. RÄDLE, *Bibliographie der Veröffentlichungen Hermann Hellers*, in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, Vol. 3, cit., pp. 414-428. Per una valutazione complessiva dell'opera di Heller, sono utili W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staats-theoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, II ed., Nomos, Baden-Baden 1983, G. ROBBERS, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Nomos, Baden-Baden 1984, ST. ALBRECHT, *Hermann Hellers Staats- und Demokratieverfassung*, Campus, Frankfurt am Main 1983, e E.-J. LEE, *Der soziale Rechtsstaat als Alternative zur autoritären Herrschaft. Zur Aktualisierung der Staats- und Demokratietheorie Hermann Hellers*, Duncker & Humblot, Berlin 1994. Un contributo diligente è quello di U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Herman Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Prisma, Napoli 1989. Sempre valida rimane l'analisi di Renato Treves che a Heller ha dedicato uno dei suoi saggi più belli (vedi R. TREVES, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller*, ora in ID., *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, pp. 153 ss.). Per una interpretazione alquanto sopra le righe del pensiero di Heller visto come la migliore teoria del diritto possibile per difendere e rifondare la democrazia contemporanea cfr. D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon, Oxford 1997.

2. *Il pensiero politico: socialismo e nazione*

Heller è socialista ⁽²⁾. Un giorno prima della sua *Habilitation* alla Facoltà di Giurisprudenza di Kiel, mentore Gustav Radbruch che li insegna diritto pubblico, diritto penale e filosofia del diritto, Heller chiede la tessera della S.P.D., il partito di August Bebel e Karl Kautsky. È il 9 marzo 1920; quattro giorni dopo il generale Kapp tenta di rovesciare la repubblica con un *putsch* militare ⁽³⁾. A Kiel Heller e Radbruch, quest'ultimo socialista già prima della guerra, provano, insieme ad un gruppo di operai dei cantieri navali, ad opporsi alle truppe del contrammiraglio von Levetzow. Le armi però scarseggiano ed i due decidono di venire a patti con i militari golpisti. Si tenta di definire i termini di un accordo per la resa degli operai. Ma i militari tagliano corto ed arrestano i due. Li sottopongono ad un giudizio sommario, e sono solo le esitazioni d'uno dei componenti dell'improvvisata corte marziale — per cui la decisione è rinviata di qualche giorno — a salvare Radbruch e Heller dal plotone d'esecuzione. La corte marziale emette una condanna a morte, ma quando il *putsch* è ormai fallito; sono trascorsi appena cinque giorni dal loro arresto.

Ma il 9 marzo 1920 è importante per ragioni che oltrepassano l'ambito della biografia di Heller e attengono al suo pensiero politico. Nel giorno del suo ingresso nel partito socialdemocratico egli fa mettere a verbale che non condivide due punti del programma del partito: il materialismo storico e l'internazionalismo. È da qui dunque — credo — che deve iniziarsi il discorso sulla teoria politica e giuridica di Heller.

Come si è detto, Heller è un socialista, più esattamente un socialdemocratico alla maniera di Bebel e Kautsky. Ma gli sono ancora più vicine le ide "revisioniste" di Bernstein e la prospettiva del "freier Volkstaat" di Lassalle ⁽⁴⁾. Ciò diverrà esplicito, oltre

⁽²⁾ Sul socialismo di Heller, cfr. R. WASER, *Die sozialistische Idee im Denken Hermann Hellers. Zur politischen Theorie und Praxis eines demokratischen Sozialismus*, Helbing & Lichtenham, Basel 1985.

⁽³⁾ Una vivace testimonianza di questo tentativo golpista si trova in E. TROELTSCH, *Die Fehlgeburt einer Republik. Spektator in Berlin 1918 bis 1922*, a cura di J. H. Claussen, Eichborn, Frankfurt am Main 1994, pp. 125 ss.

⁽⁴⁾ Si legga H. HELLER, *Die politischen Ideenkreise der Gegenwart* (1926), in Id.,

che nelle sue riserve rispetto al programma ufficiale del partito, nella sua attivissima partecipazione al cosiddetto Circolo di Hofgeismar contrapposto, all'interno della S.P.D., ai marxisti ortodossi del gruppo di Hannover (5). La partita tra i due gruppi diviene scontro aperto alla terza *Reichskonferenz* dei giovani socialisti che ha per tema "Stato, nazione e socialdemocrazia" ed ha luogo a Jena il 12 e 13 aprile 1925. I relatori sono, per quelli di Hofgeismar, Heller e, per gli "hannoveriani", l'austromarxista Max Adler. Nel congresso Heller ripropone le tesi del suo libro, pubblicato qualche mese prima, *Sozialismus und Nation*. La lotta di classe — sostiene — non dev'essere solo lotta economica, scontro di interessi, ma soprattutto battaglia culturale tesa all'affermazione della nazione come suprema forma di vita. In questo *Kulturkampf* deve riconoscersi allo Stato il valore d'unità decisionale imprescindibile dotata d'un certo carattere di universalità rispetto agli interessi presenti nella società che la esprime. In questo intervento riappaiono dunque, questa volta sotto forma di tesi propositive, le due riserve avanzate da Heller al suo ingresso nel partito socialdemocratico.

Egli innanzitutto non condivide le posizioni del materialismo storico. Ciò significa che egli non crede nella supremazia del fattore economico sul politico. La storia è il risultato di più cose di quanto ammetta il materialismo storico, e soprattutto della lotta politica e ideologica. Questa tesi potrebbe però essere condivisa anche da un anarchico o da un socialista libertario o liberale, ed è infatti uno dei punti su cui ad esempio tanto l'anarchico Mikhail Bakunin quanto i socialisti liberali Francesco Saverio Merlino e Carlo Rosselli fanno leva nella loro critica del marxismo. Una volta riconosciuta la rilevanza del fattore politico nella storia non è ancora detto quale valenza debba attribuirsi a un tale riconoscimento. Accertato che il potere politico è uno dei motori principali del movimento storico, si può ad esempio, senza incorrere in nessuna contraddizione, ritenere che allora, assunto il fine della società senza classi, quel potere vada

Gesammelte Schriften, a cura di Ch. Müller, II ed., vol. 1, Mohr, Tübingen 1992, pp. 389-391.

(5) Cfr. F. OSTERROTH, *Der Hofgeismar-Kreis der Jungsozialisten*, in « Archiv für Sozialgeschichte », 1964, pp. 525 ss.

direttamente aggredito, controllato, ridotto, o addirittura abolito. Si può ritenere che il potere politico sia una costante della società umana, e che tuttavia proprio per ciò si debbano sviluppare delle strategie di addomesticamento di quel potere — come è il caso del socialismo libertario dell'appena menzionato Saverio Merlino o di Andrea Caffi. Heller invece percorre un'altra strada. Qui il riconoscimento dell'influenza del potere politico nel prodursi degli eventi storici è già l'espressione di un giudizio di valore, giudizio *positivo*. Contro Marx, nel nome di Lassalle, Heller lancia l'accusa di *anarchismo*. È un po' la medesima accusa mossa al marxismo, e negli stessi anni, da Hans Kelsen, anch'egli, non a caso, rivendicando la superiorità dell'impostazione lassalliana (6). Il marxismo non riesce ad accettare lo Stato; esso rappresenta così in fin dei conti una teoria *anarchica*, con tutti i difetti (in particolare l'estremismo e l'utopismo) delle dottrine anarchiche, senza però il vantaggio che queste offrono d'essere esplicite nel loro rifiuto del potere politico.

Egli non rifiuta comunque le filosofie della storia come tali, ovvero le concezioni che attribuiscono alla storia un fine intrinseco. Rifiuta solo quelle filosofie della storia che mettono in sordina il ruolo (e il valore) del potere politico. Il potere politico svolge un ruolo fondamentale nell'evolversi delle vicende umane, ed è un bene che sia così — è questo, in buona sostanza, il pensiero di Heller. L'«estinzione» dello Stato, preconizzata dalla teoria politica marxista, è per lui una vera e propria sciocchezza. Lo Stato svolge un ruolo fondamentale, quello della difesa della comunità; è « garanzia dell'operare comune degli uomini » (7). È il comunitarismo, la rivendicazione della priorità assiologica della comunità al di sopra degli individui, ciò che separa dunque il socialismo dall'anarchismo: la socialdemocrazia « non può fare nessuno passo in avanti verso i suoi obiettivi senza attribuire in ogni caso concreto alla comunità un valore superiore a quello dell'individuo. Per ciò non v'è contrapposizione maggiore di quella tra l'anarchismo — che si sforza di

(6) Si veda per esempio H. KELSEN, *Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus*, Hirschfeld, Leipzig 1924.

(7) H. HELLER, *Sozialismus und Nation* (II ed., 1931), in Id., *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., p. 487.

considerare ogni istituzione sociale dal punto di vista dell'individuo — e il socialismo »⁽⁸⁾.

Heller prima d'ogni cosa segnala l'impoliticità della dottrina marxista. La sua concezione economicistica della storia non è in grado di offrire alcun corpo di principi politici operativi. Vi è un'insufficienza di fondo nel pensiero di Marx, ed è l'estrema disattenzione per la politica. « Im übrigen aber führt von dem für die Wissenschaft sicherlich höchst fruchtbaren Versuch, die Gesellschaftstotalität einheitlich aus der Grundtatsache der gesellschaftlichen 'Produktion' zu begreifen, kein Weg zu einer politischen Maxime »⁽⁹⁾. Il marxismo condivide — dice Heller — la concezione provvidenziale della storia di cui si nutre il liberalismo. La *fede* del progresso di questo si fa in quello *scienza* del progresso. La differenza tra i due è piuttosto in ciò che è concepito essere il soggetto del progresso. Mentre per il liberalismo l'armonia sociale risulta dalla concorrenza degli *individui*, il medesimo risultato si dà per il marxista dalla concorrenza delle *classi*. In entrambi i casi da una visione parziale della realtà sociale e da una considerazione egoistica degli interessi risulta, come per un colpo di bacchetta magica, l'affermazione dell'interesse generale. « È chiaro che qui la fede del progresso del liberalismo si fa scienza del progresso, e che in Hegel si sovrappongono infine interesse soggettivo e ragione oggettiva. Mentre però in Hegel il *laissez faire* dell'egoismo senza limiti delle aggruppazioni statali produce l'*ordre naturel* e realizza il *Weltgeist*, nel marxismo è ancora lo sfrenato egoismo economico di classe ciò cui spetta il compito di realizzare l'armonia sociale »⁽¹⁰⁾. L'interesse generale così non è questione di regole politiche convenzionali né per il liberalismo né, ed a maggior ragione, per il marxismo, giacché per entrambi la società è retta non da accordi e sforzi volontari dei consociati, bensì eminentemente da automatismi che sfuggono alla disposizione dei cittadini.

⁽⁸⁾ H. HELLER, *Staat, Nation und Sozialdemokratie*(1925), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., pp. 531-532. « Anarchismus und Sozialismus verhalten sich praktisch zueinander wie Feuer und Wasser » (ivi, p. 532).

⁽⁹⁾ H. HELLER, *Die politische Ideenreise der Gegenwart*, cit., p. 382.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 384.

Il rifiuto del materialismo storico è inoltre giustificato da un argomento apparentemente meno politico e più filosofico: l'accusa rivolta a Marx di riproporre una visione naturalistica, causalistica, infine "adialettica", della realtà sociale. Heller è troppo influenzato dall'idealismo hegeliano e dalla recezione di questo da parte delle cosiddette scienze dello spirito per poter digerire e apprezzare la parte d'empirismo che a Marx proviene dalle sue frequentazioni del positivismo francese e dell'empirismo anglosassone. Il paragone di Marx con Darwin compiuto da Engels ⁽¹¹⁾ a fini apologetici contiene tuttavia un grano di verità, e segnala la vicinanza del marxismo col positivismo naturalistico e ultradeterministico di fine Ottocento. Ciò però non può che urtare la sensibilità del Nostro. La società non è governata — a suo parere, — esclusivamente o principalmente da relazioni causali, ma anche e soprattutto da rapporti "ideali" o "di senso" che possono essere intesi solo da una prospettiva culturalistica e dialettica. L'accento sull'elemento "ideale" o "culturale", sulla *Kultur*, ha qui inoltre una immediata implicazione polemica. La filosofia della cultura, nella prospettiva di Heller come di altri suoi rappresentanti, non ha soltanto il senso di un'impostazione metodologica contrapposta al positivismo "ottocentesco", ma vuole anche rivendicare la necessità, il valore o l'eccellenza di una certa forma di vincolo sociale, quella della *Kultur* per l'appunto, caratterizzata da un estremo grado di omogeneità di concezioni etiche, e da un'elevata coesione sociale, di fronte alla *Zivilisation*, a una società cioè individualista, pluralista, dunque disomogenea, e di conseguenza tristemente decadente. Dietro una tale "filosofia della cultura" fa capolino la tesi del "tramonto dell'Occidente" di Oswald Spengler.

L'altro punto di dissenso con la "vulgata" socialista e socialdemocratica è — come si è detto — l'*internazionalismo*. Per Heller l'unità fondamentale della vita sociale non è l'individuo ma nemmeno la classe. È la *nazione* la "forma di vita" elementare entro la quale, o a partire dalla quale, si sviluppa ogni relazione sociale. Uno dei riferimenti immediati di tale modo di pensare è il libro di Otto Bauer *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie* (1907) più

(11) In merito cfr. le osservazioni di H. ARENDT, *Religion und Politik*, in ID., *Zwischen Vergangenheit und Zukunft*, a cura di U. Ludz, Piper, München 1994, pp. 315 ss.

volte citato nei suoi scritti. Così gli piace ripetere una frase un pò ad effetto di Gustav Radbruch: « L'Internazionale è una costruzione in massi di nazioni, non un edificio in mattoni di individui [Die Internationale ist ein Quaderbau aus Nationen, nicht ein Ziegelbau aus Einzelnen] » (12).

Nella prospettiva di Heller la nazione è la portatrice o la sede della *Kultur*, è lo spazio della imprescindibile omogeneità di valori, la “comunità” *par excellence*. L'“uomo” come tale è una povera astrazione (« Der Mensch ist eine tote gedankliche Abstraktion » (13)); ha esistenza invece come espressione d'una certa formazione sociale. E la formazione sociale primigenia e decisiva è la comunità nazionale. Questa è la risultante di due forze parallele, una spirituale (essenzialmente culturale: linguaggio, morale, diritto, arte, religione, economia), l'altra materiale: « in particolare terra e sangue[vornehmlich Boden und Blut] » (14). Si noti qui la distanza dalla concezione marxista dei fattori determinanti dell'essere sociale. Se la distinzione tra “spirituale” e “materiale” adoperata da Heller può ricordare la dialettica di “sovrastuttura” e “struttura” tipica delle dottrine marxiste, là dove lo “spirituale” di Heller corrisponderebbe alla “sovrastuttura” dei marxisti, e il suo elemento “materiale” alla loro “struttura”, va notato innanzitutto che l'economia fa parte per Heller dell'ambito “spirituale”, mentre egli menziona come componenti della determinante “materiale” il territorio geografico (*Boden*) e la razza (*Blut*), fattori del tutto irrilevanti nel pensiero marxista. D'altra parte, in questa proposta teorica, lo “spirituale” non è, come accade invece alla “sovrastuttura”, del tutto subordinato all'elemento “materiale”: tra i due v'è una relazione di dipendenza reciproca.

Heller è dunque un nazionalista, e nemmeno dei più blandi — almeno su un piano meramente teorico —, giacché riconosce il ruolo determinante del territorio e persino della razza (15). Il suo nazio-

(12) G. RADBRUCH, *Kulturlebre des Sozialismus. Ideologische Betrachtungen*, Dietz, Berlin 1922, p. 33.

(13) H. HELLER, *Sozialismus und Nation*(II ed., 1931), in ID., *Gesammelte Schriften*, a cura di Ch. Müller, Vol. 1, II ed., cit., p. 464.

(14) *Ibidem*.

(15) Heller prende però in maniera netta le distanze dalle teorie razziste: « Will man das Wort 'Rasse' hier gebrauchen, so muß man sich klar sein, daß damit lediglich

nalismo “teorico” si fa però quasi subito anche “politico”. Il socialismo — afferma — può essere solo “nazionale”, giacché è solo la nazione ad offrire un ambito praticabile d’azione e di senso all’azione umana. La lotta di classe è così lotta “nazionale”. « Klasse muß Nation werden! Nicht aus der Nation heraus, sondern in die Nation hinein wollen wir uns kämpfen! » (16). Dimodoché Heller non si sente di condannare il pathos nazionalista dell’agosto 1914 allorché il coltissimo popolo tedesco si era gettato entusiasticamente nella guerra mondiale ebbro di sentimenti patriottici. E vede sempre il trattato di Versailles come uno stato di fatto degradante per la nazione germanica, e quindi da combattere e superare. Da combattere — sembra ad un certo punto — anche con la forza delle armi. « Non desideriamo la guerra » — scrive (17). Ma subito dopo cita il discorso di August Bebel del 7 marzo 1904, in cui questi dichiarava la disponibilità della classe operaia a imbracciare le armi « là dove sia in gioco l’esistenza della Germania » (18). Il popolo tedesco ha diritto all’autodeterminazione e all’unità nazionale negatagli dal Trattato di Versailles. Ora — continua Heller— tale autodeterminazione dipende in ultima istanza dalla forza militare e dal possesso di armi pesanti (19). Perciò il disarmo imposto alla Germania dai “Francesi” (contro cui soprattutto si rivolge l’attacco di Heller) è illegittimo e — è sottinteso — non va rispettato. A questo proposito Heller giunge a definire i gruppi clandestini della destra militare che accumulano e nascondono armi “un paio di ragazzi stupidi”, innocui in confronto alla “corona di spine” di Stati vassalli della Francia che circondano il territorio martoriato della Germania. « Frankeich hat uns mit einem Dornenkranz von Staaten umgeben, die unter französischer Botmäßigkeit folgende Truppen in Millionen Kriegsstärke aufweisen » (20); e segue una lista accurata delle forze in campo. La

eine durch geschichtliche Schicksale aus verschiedenen Bestandteilen durch Wechselheiten erwachsene Blutverfestigung gemeint sein kann, die in jeder Generation von neuen gelockert, von neuem gemischt und von neuem gefestigt wird » (H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 453).

(16) Ivi, p. 474.

(17) Ivi, p. 523.

(18) Vedi ivi, p. 524.

(19) Vedi *ibidem*.

(20) Ivi, p. 521.

polemica non si dirige solo contro Versailles (il trattato di Versailles) ma anche contro Ginevra (vale a dire contro la *Società delle Nazioni* che lì aveva sede). La *Società delle Nazioni* — per il Nostro — si è rivelata il “trust dei vincitori”, « che considera suo compito principale la santificazione degli attuali rapporti di forza, dunque la repressione violenta della Germania » (21).

Heller attacca l'idea pacifista — nella Germania di Weimar simboleggiata da personaggi come Kurt Tucholsky e Carl von Ossietzky, il cui destino dopo il 30 gennaio 1933 non sarà certo meno tragico. « L'eroismo a comando della guerra di macchine e di gas dei nostri giorni è di certo qualcosa di giustamente assai sospetto. Ma *ancora più sospetto* dal punto di vista etico e pratico mi sembra essere il pacifismo tuo e di molti altri, che avversa la guerra perché questa fa soffrire » (22) — dice K. uno dei due protagonisti d'un dialogo sulla pace, che è un pò *l'alter ego* dell'autore. Il sacrificio della guerra non è per Heller necessariamente un male, di certo non lo è solo perché “fa soffrire” gli individui; il coraggio militare è una virtù repubblicana che bisogna coltivare e saper dimostrare allorquando sono in gioco i supremi interessi della collettività: « una guerra giusta può essere “qualcosa di sublime” » (23). E del resto non oppone egli all'ideale della *Sekurität* rinfacciato a Hans Kelsen — permanente obiettivo d'una polemica tanto aggressiva quanto instancabile e, almeno agli occhi dei posteri, ingiustificata — l'ineliminabile realtà del “vivere pericolosamente” (24)? « Chi dice sì alla vita, dice sì allo stesso tempo ad una demoniaca unione di opposti » (25).

Anche la tradizione internazionalista del movimento operaio

(21) Ivi, p. 522.

(22) H. HELLER, *Gespräch zweier Friedensfreunde* (1924), in Id., *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., p. 423, corsivo mio. L'ostilità di Heller per il pacifismo ricorda da vicino un'analogo avversione nutrita da Max Weber, il cui pensiero è anch'esso impregnato di “Machtstaatsgedanke”. Si legga per esempio M. WEBER, *Zwischen zwei Gesetzen*, in Id., *Gesammelte Politische Schriften*, a cura di J. Winckelmann, V ed., Tübingen 1988, in particolare p. 144.

(23) H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, cit., p. 525.

(24) H. HELLER, intervento sulla relazione di Hans Kelsen “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit” tenuta a Vienna il 23 aprile 1928, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer », Heft 5, 1929, pp. 111 ss.

(25) H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, cit., p. 525.

non riscontra la sua approvazione. « La politica socialista — scrive nel breve articolo *Der Sinn der Politik* — non vuole nemmeno un ordine internazionale mediante l'annientamento delle differenze nazionali ». E aggiunge che non bisogna « puntare su una politica estera di riconciliazione dei popoli che ancora non esiste, né aspirare a un futuro senza Stato che non è possibile » (26). La conclusione è allora che « l'idea di Stato nazionale tedesco e quella di “socialismo tedesco” devono « trovare una via comune per la realizzazione dell'idea approfondita da Marx e Lassalle di un popolo generale tedesco organizzato in un nuovo potere nazionale » (27).

In maniera alquanto suggestiva, e secondo un modello impiegato anch'esso dal pensiero reazionario, Heller contrappone il nazionalismo all'imperialismo. La prospettiva internazionalista — dice quest'argomento — è quella occupata non tanto dal movimento operaio quanto dal capitalismo che si è fatto mondiale e che, mosso unicamente da fini economici (di profitto economico), ha perso (seppure lo ha mai avuto) qualsiasi ancoraggio in una forma comunitaria di vita sociale, in una *patria* insomma. È il capitalista il “senza patria; il proletario invece è inserito in una collettività originaria che dà senso alle sue sofferenze ed alla sua lotta. Si tratta allora di contrapporre all'Internazionale del capitale la nazione operaia. In particolare il compito del movimento socialista tedesco « consiste nel realizzare l'idea della vera comunità di popolo socialista [den Gedanken der wahren sozialistischen Volksgemeinschaft] di contro all'Oriente bolscevico ed all'Occidente capitalista » (28). Il tramonto dell'Occidente non investe dunque il socialismo e la nazione che ha la missione storica di realizzarlo: la Germania. Questa pertanto è concepita come estranea alla tradizione politica occidentale, al decadente liberalismo. Essa è soprattutto — in linea con la tradizione inaugurata dal Fichte dei *Discorsi alla nazione tedesca* — né Oriente né Occidente: *Mitteleuropa* (29).

(26) H. HELLER, *Der Sinn der Politik* (1924), in ID., *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., p. 434.

(27) H. HELLER, *Hegel und die deutsche Politik* (1924), in ID., *Gesammelte Schriften*, vol. 1, cit., p. 255.

(28) H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, cit., pp. 525-526.

(29) Per amor del vero va detto che Heller si interroga a un certo punto sulla effettiva possibilità offerta dallo Stato nazionale alla risoluzione dei problemi sociali delle

In questa prospettiva nazionalismo e socialismo non rappresentano concezioni del mondo tra loro contraddittorie e irconciliabili, devono piuttosto cercare una sintesi dei rispettivi principi e riformarsi l'uno mediante il riconoscimento e la recezione dei tratti essenziali dell'altro. In un certo senso essi sono concetti affini, giacché l'idea di nazione implica l'idea d'una collettività legata da vincoli ingiustificabili mediante considerazioni meramente individuali e dunque una specifica solidarietà tra i suoi membri, e quest'ultima solidarietà può essere considerata come il principio ultimo dell'idea di socialismo. *Sozialismus und Nation*, oltretutto il titolo del suo scritto programmatico del 1923 (ripubblicato senza modifiche nel 1931), potrebbe ben essere il motto riassuntivo del pensiero politico di Heller — almeno fino al 30 gennaio 1933, il giorno della nomina di Hitler a cancelliere del *Reich*.

Tuttavia, nel libro *Die politische Ideenreise der Gegenwart*, pubblicato qualche anno dopo *Sozialismus und Nation*, vale a dire nel 1926, i toni nazionalisti si attenuano. Qui si afferma in maniera esplicita che — in considerazione della crescente internazionalizzazione del capitale e delle sempre più strette connessioni delle economie dei vari Stati, sì che si profila un vero e proprio spazio economico mondiale — il socialismo, per realizzarsi, non può fare a meno di un'associazione internazionale dei lavoratori. «Naturalmente — scrive — viviamo ancora in un ordine sociale capitalistico, nel quale ad una velocità impressionantemente rapida si sviluppano istituzioni socialistiche. Ovviamente non può tracciarsi un limite preciso oltre il quale lo Stato capitalista cessa di esistere e ha inizio quello socialista. Questo limite però non verrà di certo oltrepassato

società europee, i quali già al suo tempo presentavano una rilevante dimensione sopranazionale. La prospettiva nazionalistica non gli impedisce così di preconizzare una più ampia unità culturale e politica che ricomprenda le varie nazionalità europee. Egli così supera l'angusto orizzonte del nazionalismo tedesco e si fa portavoce dell'esigenza di una nazione *europaea*. Si legga H. HELLER, *Die politischen Ideenreise der Gegenwart* (1926), ora in Id., *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., p. 374: «Schließlich erscheint es nach dem Weltkrieg allgemein als höchst fragwürdig, ob bei der überaus engen gesellschaftlichen Verflechtung der europäischen Staaten der Nationalgedanke allein noch fähig ist, die Besonderung und den Kampf dieser Staaten zu legitimieren, ob nicht vielmehr die Nationalidee ergänzt werden muß durch ein umfassenderes Substrat *Europa*, in dessen Namen allein noch die gegenwärtige Staatskrise überwunden werden könnte» (corsivo nel testo).

fino a quando non saranno superate le frontiere degli Stati nazionali e non si sarà costruita una solida organizzazione politica internazionale » (30). E il libro si conclude con l'augurio che ci si possa presto incamminare verso gli Stati Uniti d'Europa, necessari ormai per ringiovanire il vecchio e stanco continente (31).

3. *L'analisi del fascismo*

Non ci sarebbe forse bisogno di ricordare che l'altro punto qualificante del pensiero politico di Heller è l'antifascismo. Del nazismo egli, socialista ed ebreo, è una delle prime vittime. Gli viene tolta la cattedra di diritto pubblico a Francoforte sul Meno (che è data al nazista Ernst Forsthoff), ed è costretto ad emigrare, prima a Londra, e poi a Madrid ospite dell'*Instituto de estudios políticos*, su proposta e intervento di Fernando de Los Rios, il quale è spesso citato come *il* socialista liberale spagnolo. Heller però non è affatto un socialista liberale. Il suo sospetto, la sua ostilità anzi, verso il liberalismo, da lui accusato d'essere addirittura l'anticamera dell'anarchismo (32), è uno dei motivi conduttori tanto della sua opera teorica quanto della sua battaglia politica. Ed è proprio questa sua ostilità verso il liberalismo che rende la sua opzione antifascista teoricamente debole, tanto che all'indomani del suo ritorno dall'Italia dove si era recato nel 1928 per studiare di prima mano il regime fascista l'amico Gustav Radbruch gli domanda se non sia per caso nel frattempo diventato "filofascista". Si tratta ovviamente di una domanda scherzosa ed ironica, che pure qualche fondamento sia

(30) H. HELLER, *Die politische Ideenkreise der Gegenwart*, cit., p. 407.

(31) Vedi *ivi*, p. 409.

(32) Accusa questa che si ritrova in Bismarck che ai liberali giudicati sovversivi preferiva la disciplinata socialdemocrazia. In merito, si legga una pagina di Thomas Mann: « Trotzdem, die bürgerliche Kultur mochte noch lachen damals; sie schien aere perennius, und die Sozialdemokraten waren die letzten, sie ernstlich zu bedrohen. Bismarck verabscheute ihren theoretischen Internationalismus, wie er den der Parteikatholiken, der 'Ultramontanen' verabscheute und als reichsfeindlich brandmarkte. Im Grunde aber erkannte und anerkannte er in der Sozialdemokratie eine Partei des Etatismus und der Staatsdisziplin, und was er wirklich haßte, war der Liberalismus, der Freisinn, von dem er sagte, daß er dem Anarchismus viel näher stehe als die Sozialdemokratie » (TH. MANN, *Meine Zeit*, in *Id.*, *Über mich selbst. Autobiographische Schriften*, Fischer, Frankfurt am Main 1994, p. 11).

pure labile doveva avere, se Heller si affretta a rispondergli per tranquillizzarlo, e riaffermare la sua fede democratica: « Sie wollen wissen, ob ich Philofascist von Italien zurückgekehrt bin. Im Gegenteil: Mussolini hat mich zum begeisterten Demokraten gemacht » (33).

Frutto del suo soggiorno in Italia è il libro *Europa und der Faschismus*, una delle prime serie analisi del regime mussoliniano. Il libro è attento, informato, accurato. La prospettiva adottata è quella, più che d'un giurista, d'uno scienziato politico, anche se le questioni giuridiche sollevate dallo Stato fascista non vengono trascurate o messe in sordina. Si tratta d'un vero e proprio *studio* di scienza politica, non d'uno scritto polemico o di propaganda antifascista. La ricerca è fredda e dettagliata; anzi qui e là traspare una certa eccessiva comprensione del punto di vista fascista. L'analisi rischia talvolta di farsi da "comprendente" "comprensiva". Durante il viaggio in Italia Heller rimane positivamente sorpreso da un certo ordine che regna nel paese: « Ciò che oggi chiunque viaggi in Italia attribuisce, a ragione, al pugno di ferro del governo fascista è certamente l'organizzazione e la tecnica dei trasporti, in precedenza molto mediocri, i mezzi di trasporto puntuali e puliti, il buon funzionamento della posta e dei telefoni » (34). Ma non è questo a rendere il libro discutibile e a segnalare una certa debolezza teorico-politica della posizione di Heller; sono le ragioni da lui addotte per rigettare il fascismo come proposta politica. Il punto chiave è che a suo avviso il fascismo non è un regime politico moralmente ingiusto per il fatto d'essere una dittatura o per il fatto di conculcare diritti fondamentali. « La dittatura — scrive nel capitolo conclusivo del libro — come ogni altra forma di organizzazione politica, non è né buona né cattiva. Solo il contenuto concreto di una particolare dittatura in una situazione storica determinata è decisivo per attribuire o meno valore ad essa » (35). Non è tanto la limitazione delle

(33) Lettera di Heller a Radbruch del 23 novembre 1928, citata in H. P. SCHNEIDER, *Positivismus, Nation und Souveränität. Über die Beziehungen zwischen Heller und Radbruch, in Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, a cura di Ch. Müller e I. Staff, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1985, p. 181, nota 26. In merito cfr. anche G. ROBBERS, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, cit., p. 36

(34) H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, trad. it. cit., p. 179.

(35) H. HELLER, *ivi*, p. 200.

libertà e dei diritti individuali a costituire un problema per il Nostro. Del resto non era pronto egli stesso a limitare certi “eccessi” di libertà ritenuti dannosi per la moralità e l'integrità della collettività nazionale? Non scrive forse nell'articolo *Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform* del 1931, che: «vogliamo vedere soppresse legalmente tutte le altre sfrenatezze, come la libertà di diffamare della stampa, la libertà sudicia del cinema, la libertà dozzinale del commercio editoriale ed altre simili libertà»⁽³⁶⁾, dopo aver precisato che: «approviamo lo Stato autoritario per ragioni sia socialiste sia politico-nazionali»⁽³⁷⁾.

Heller è contro il fascismo non perché questo sia uno Stato autoritario o una dittatura, ma perché è privo — a suo avviso — d'un vero programma e non riesce a dare espressione alle esigenze vitali della collettività nazionale né a soddisfare i bisogni urgenti delle sue forze produttive. «Ciò che dà al fascismo il marchio della pura reazione non è tanto che esso sia una dittatura ma che la legittimazione della sua pretesa di dominio dittatoriale consiste in fondo in nient'altro che in un “artificio religioso”, in una mitologia del come-se, e in un'intelligente tecnica propagandistica»⁽³⁸⁾. Il problema dunque per Heller è innanzitutto che il fascismo non riesce ad esprimere un'autentica mitologia politica, un vero e proprio corpo di idee e principi, una *Weltanschauung* epocale. Se fosse però capace di ciò, la protesta della maggioranza che rifiuta di sottomettersi alla decisione della minoranza sarebbe ingiustificata. «Besäße die diktierende Minorität die neuen lebensnotwendigen Gehalte, in deren Namen sie die Unterwerfung unter die demokratische Majorität abzulehnen vermochte, dann könnte sie allerdings eine Elite sein, die fähig wäre, eine konkrete, dem neuen Leben adäquate Autorität, Hierarchie und Disziplin zu schaffen»⁽³⁹⁾. D'altra parte, un'ulteriore fonte di legittimità il fascismo potrebbe trarre dalla soluzione del conflitto di classe. Se esso riuscisse a fare del “corporativismo” qualcosa di più di una trovata propagandistica,

(36) H. HELLER, *Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform* (1931), in ID., *Gesammelte Schriften*, Vol. 2, cit., p. 417.

(37) Ivi, p. 413.

(38) H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, trad. it. a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1987, p. 197.

(39) H. HELLER, *Europa und der Faschismus*, cit., p. 607.

allora non lo si potrebbe contrastare col ricorso all'argomento della soppressione delle libertà individuali. « Se la dittatura fascista implicasse una decisione politica di fondo su cui le forze produttive della nazione potessero fare affidamento, se cioè essa fosse effettivamente una soluzione "corporativa" della questione di classe, l'obiezione che la maggioranza democratica fa al regime, di non avere cioè un programma ben formulato, cadrebbe » (40).

Heller ha davanti solo l'esperienza italiana. La sua valutazione del "corporativismo" tende così a minimizzarne la portata teorica, visto che il movimento di Mussolini era stato fortemente voluto da industriali e latifondisti e reso regime dall'appoggio determinante della monarchia e delle alte gerarchie ecclesiastiche. Troppo evidenti erano le simpatie degli ambienti del grande capitale e della piccola borghesia impiegatizia e commerciale verso il regime fascista per poter credere che esso fosse seriamente il portatore di una dottrina sociale rivoluzionaria e di una nuova *Weltanschauung* epocale. Il "corporativismo" italiano è *quasi* una macchietta, una mascherata ad uso e consumo del capitale industriale. Heller così è scettico sulla capacità del fascismo di risolvere il conflitto di classe, di rimodellare dal profondo la società italiana; dunque non lo prende sul serio. Ed è nel giusto, come dimostrerà il 25 luglio 1943, quando dal giorno alla notte non si troverà più un fascista in Italia alla notizia dell'arresto del "Duce" da parte dei carabinieri del Re. Ma il fascismo italiano è solo una forma temperata d'un "qualcosa" che proprio nel *Reich* germanico sta emergendo in forme più "pure" ed estreme. Di fronte a questa emergenza Heller è abbastanza cieco. Le critiche ch'egli dirige contro il fascismo rispetto alla montante marea nazista sono armi spuntate. La dittatura nazista non è priva d'un programma ben formulato che esprima « die neuen lebensnotwendigen Gehalte, in deren Namen sie die Unterwerfung unter die demokratische Majorität abzulehnen vermochte ». Ma quand'anche lo fosse, non le manca una mitologia potente, tale da mobilitare la nazione tedesca; il suo intento è genuinamente rivoluzionario, ed è in grado — come dimostrerà ben presto — d'una "decisione politicamente fondamentale accettabile per le forze produttive della nazione".

Heller, almeno fino al 30 gennaio 1933, non si rende conto che

(40) H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, trad. it. cit., pp. 197-198.

l'auspicata sintesi di nazionalismo e socialismo si è già realizzata, non nel nome di Lassalle ma in quello più plebeo ed ancora abbastanza innocente di Hitler. Il suo atteggiamento ricorda, sotto questo profilo, quello di Hans Kelsen, pure da lui tanto criticato. Kelsen — come è noto — difende la democrazia con l'argomento del relativismo o noncognitivismo etico: poiché non è possibile raggiungere una verità in etica, allora tutte le posizioni morali sono lecite. Dal relativismo etico si deduce l'affermazione del pluralismo politico e della democrazia. Solo un nuovo Cristo — aggiunge Kelsen — che fondi la sua verità su una presunta origine divina può sfidare la democrazia, giacché per lui, ma solo per lui, non varrebbe la relatività dei valori ⁽⁴¹⁾. Con ciò Kelsen crede di aver detto una parola definitiva contro il fascismo. Purtroppo non è così, perché questo, ma assai più il nazionalsocialismo, è il messaggio di un *Anticristo*, anch'esso assolutamente certo della propria verità, perché espressione d'un ente dai tratti divini, lo "spirito del popolo", "terra e sangue". Contro questo, l'argomento relativista non ha alcuna forza, è un fervecchio, come lo è d'altra parte il principio formale di universalizzabilità. Il nazista non arretrerà d'un millimetro nella sua volontà di sterminio dinanzi alla considerazione che, se per caso egli stesso fosse razzialmente "impuro", dovrebbe anch'egli essere eliminato ⁽⁴²⁾. Del pari Heller crede di poter sfidare il fascismo negandogli la dignità di rappresentare un'ideologia autentica, fornita di principi e di valori, capace di muovere le masse e di motivare fortemente una élite. Al fascismo, e al nazismo, mancherebbe « questa decisione politica di fondo circa i valori, la pretesa coerente di un nuovo fondamentale senso della vita » ⁽⁴³⁾.

Nell'ultimo articolo pubblicato in Germania prima dell'avvento di Hitler al potere, *Autoritärer Liberalismus?*, in cui si mettono allo scoperto i veleni delle dottrine politiche autoritarie ormai vincenti, in particolare quelli sparsi a piene mani da Carl Schmitt, e si fiuta l'imminenza della catastrofe che incombe, Heller taglia corto con lo Stato

(41) Vedi ad esempio H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed., Mohr, Tübingen 1929.

(42) In merito cfr. R. M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford University Press, Oxford 1963.

(43) H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, trad. it. cit., p. 201.

totale. Questo è reclamato da varie parti, da settori autoproclamatasi “idealisti”, e reso popolare da uno Ernst Jünger, « der — scrive Heller — das ursprünglich dem italienischen Faschismus entstammende Schlagwort vom totalen Staat bei uns verbreitet hat » (44). « Lo Stato totale — dice ancora Heller — è un’impossibilità pratico-politica » (45). Ciò perché non vi sarebbe nella società attuale nessuna forza o ideologia politica che possa ambire ad essere talmente pervasiva da non arrestarsi dinanzi ad una qualche sfera di intimità dei consociati. Tantomeno di ciò è capace il fascismo italiano o quello tedesco degli Jünger, degli Schmitt e del meno raffinato Adolf Hitler. « Tutte le volte che nella storia moderna si è mirato ad una totalità sia pur relativa dello Stato, si è sempre presentata al contempo la necessità di una *religion civile* unitaria dettata dallo Stato. Una autorità, che voglia motivare più che la nostra condotta esteriore e determinare anche la nostra interiore umanità, e vincolare la nostra coscienza e le nostre opinioni, deve potersi richiamare a qualcosa di più della mera superiorità di forze o di considerazioni utilitarie [...]. Ora in Germania senza dubbio manca allo Stato sia esso “autoritario” o “totalitario” ogni tipo di fondamento metafisico-religioso, onde esso non può presentarsi come autorità ultima nemmeno nel terreno generale della cultura spirituale né può determinare immediatamente la comunità culturale » (46).

Al fascismo dunque — in questa prospettiva — non ci si oppone con una dottrina morale sostanziale, ma mediante argomenti formali, metaetici o metapolitici. Ciò rivela innanzitutto un’incomprensione del fenomeno fascista, banalizzato o ricondotto alla “normalità” dei regimi dispotici o autoritari precedenti, senza riconoscere la terribile novità che esso preannunzia e produce. Il giurista socialista — razionalista e illuminista *malgré tout* — non riesce ad intendere che le “religioni civili” possono anche essere idolatriche e demoniache, e che la forza del nazionalsocialismo è proprio quella di rappresentare una sorta di culto satanico di massa (47). Anche in

(44) H. HELLER, *Autoritärer Liberalismus?* (1932), in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. 2, cit., p. 648.

(45) *Ivi*, p. 649.

(46) *Ibidem*.

(47) Ciò invece, e quasi allucinatamente, vede Joseph Roth, certo tutt’altro che un giurista o uno scienziato politico. Si legga J. ROTH, *Der Antichrist*, Allert de Lange, Amsterdam 1934.

Italia dinanzi all'irruzione d'un movimento politico che non aveva precedenti — il fascismo — a molti era parso che Mussolini fosse un nuovo Crispi, e che il suo regime non fosse altro che uno Stato autoritario paternalista dai tratti comunque ancora liberali.

L'incomprensione tuttavia è più profonda, ed è duplice. In primo luogo si tratta d'una grave incomprendimento della logica del discorso morale: contro un argomento etico poco o nulla vale un argomento metaetico ovvero considerazioni sociologiche o politologiche. Contro chi pretende il potere assoluto sulla vita dei suoi simili e afferma il *Führerprinzip* ben misera e vana cosa è ricordargli che non v'è una giustificazione assoluta dei giudizi di dover essere oppure dimostrargli l'"impossibilità pratico-politica" dello Stato totale. Per opporsi, tanto argomentativamente quanto concretamente (nei fatti, per motivare una condotta), al *Führerprinzip*, bisogna ricorrere a principi in contraddizione con quello, per esempio al principio dell'autonomia della persona umana; si ha bisogno cioè non di metaetica o di scienza politica, bensì di teoria morale e politica normativa. L'altra incomprendimento, connessa a quest'ultima, riguarda i fondamenti giustificativi della democrazia e il valore assiologico di questi. La democrazia ha valore e dunque può difendersi non perché non vi sia nulla che abbia valore e che possa giustificatamente difendersi, ma perché essa è una specifica "forma di vita", dotata d'una propria "concezione del mondo", d'un modello normativo ideale, d'un "mito fondante" — se si vuole —: il governo del popolo da parte del popolo. Ma a Heller, affascinato dal *Machtstaatsgedanke* (l'ideale dello "Stato di potenza" ch'egli deriva, pur con qualche cautela, dalla filosofia politica di Hegel ⁽⁴⁸⁾) non era dato di servirsi senza riserve del modello normativo democratico.

(48) Vedi H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte* (1921), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., per esempio, pp. 24-25, e 238-240. Può essere interessante segnalare che Julius Binder, convertitosi al hegelismo negli anni Venti e acceso nazionalista (è lui il maestro di un buon numero di giuristi nazisti che si raccoglieranno nella famigerata "Scuola di Kiel", di Karl Larenz tra gli altri), rimprovera a Heller di fornire del pensiero politico di Hegel un'immagine esageratamente decisionistica: «Naturalmente è un'esagerazione mostruosa e un misconoscimento del pensiero hegeliano affermare, come fa Heller, che il potere nazionale [*die nationale Macht*] sia per Hegel lo scopo supremo» (J. BINDER, *Staatsraison und Sittlichkeit*, Junker und Dünhaupt, Berlin 1929, p. 59).

Heller infatti adotta una teoria della democrazia come “forma di dominio”, *Herrschaftsform*, e non come superazione di questo, la quale si caratterizza per il fatto d’essere inevitabilmente *rappresentativa*, nel senso che una democrazia diretta vista anche quale modello ideale estremo è ritenuta un’assurdità. La teoria della democrazia di Heller presuppone invece un centro di potere che sfugga al controllo democratico ovvero al giudizio dei cittadini: « Anche nella democrazia con uguali *chances* sociali il popolo può dominare [*herrschen*] solo mediante una organizzazione del dominio [*Herrschaftsorganisation*]. Ogni organizzazione necessita d’una autorità, e ogni esercizio di potere soggiace alla legge dei piccoli numeri; coloro che rendono attuale le prestazioni organizzatrici unitarie di potere devono sempre disporre di un certo grado di libertà decisionale e dunque d’un potere non democraticamente vincolato » (49). Anche in democrazia rimane valida la “legge dei piccoli numeri”, « das Gesetz der kleinen Zahl » (50). Dietro una tale affermazione può intravedersi facilmente l’influsso della scienza politica elitistica di un Pareto o di un Michels.

Heller è in parte prigioniero della teorizzazione (ed esaltazione) del “capo”, della *Persönlichkeit* tanto comune nella cultura tedesca dei primi decenni del secolo e così bene rappresentata (ed irrisa) da Thomas Mann nella figura di Mijnheer Peeperkorn, un personaggio del *Zauberberg*. Così — per il Nostro — « una moltitudine senza capo sarebbe un grido inarticolato oppure una rissa confusa [*Führerlose Menge wäre unartikulierter Schrei oder ungeordnete Schlägerei*] » (51). E il rapporto tra massa e capo è visto come quello

(49) H. HELLER, *Staatslehre* (1934), III ed., Nijhoff, Leyden 1971, p. 247. Ernst-Wolfgang Böckenförde utilizza questa tesi di Heller nella sua critica della nozione di democrazia come centrata normativamente sull’ideale d’una partecipazione diretta dei cittadini alla decisione della cosa pubblica: cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion*, in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, II ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992, pp. 379 ss.

(50) H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in ID., *Gesammelte Schriften*, Vol. 2, cit., p. 426. Cfr. W. LUTHARDT, *Staat, Demokratie, Arbeiterbewegung. Hermann Hellers Analysen im Kontext der zeitgenössischen sozialdemokratischen Diskussion*, in *Staatslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 96.

(51) H. HELLER, *Gesellschaft und Staat* (1924), in ID., *Gesammelte Schriften*, Vol. 1, cit., p. 265.

tra materia informe e un principio che dà forma: « Affinché una massa priva di vincoli divenga creatrice, essa abbisogna del capo. Il rapporto tra massa e capo è quello stesso che intercorre tra contenuto e forma ordinatrice » (52). È per questa ragione che Heller non può intendere che qualcuno concepisca la democrazia come regime politico *senza capi*. Per questo critica una volta di più Hans Kelsen: « Con questi presupposti il logicista può comprendere la democrazia solo come nomocrazia spersonalizzata. Per questa ragione alla sua idea “idea di democrazia” corrisponde “l’assenza di capi”. La sua idea astratta della legge ammette soltanto individui astratti, e nessuna concreta individualità. « Nella democrazia ideale non v’è posto per chi possiede temperamento di capo » (KELSEN, *Vom Wert und Wesen der Demokratie*, 1929, p. 79). L’esistenza di capi e di capi per temperamento nella realtà politica non solo è incomprendibile dal punto di vista del nomocrate, ma rappresenta per il valore e l’essenza della sua democrazia un male assai deplorabile di tale realtà, che va il più possibile eliminato » (53).

Ma se per giustificare una dittatura basta che vi sia un *Führer* (termine, vale ancora la pena di ricordare, diffusissimo nella letteratura politica tedesca del primo dopoguerra tanto a destra quanto a sinistra, e amato anche da Max Weber, oltreché da personaggi peraltro “scientificamente” solidi della fatta d’un Julius Binder convinto *Deutschnationaler* (54)), se, perché una élite possa sottrarsi al principio maggioritario della democrazia e alla discussione pubblica che tale principio presuppone, basta che la élite sia *autentica*, vale a dire sia capace di farsi obbedire e seguire, la *Führertum* per giustificarsi deve solo essere in grado di costituire una *Gefolgschaft*, ovvero produrre sentimenti di identificazione e di lealtà rispetto alla figura del “capo”. In tal caso però anche il fascismo e il nazional-

(52) *Ibidem*.

(53) H. HELLER, *Europa und der Faschismus*, in Id., *Gesammelte Schriften*, Vol. 2, cit., p. 477.

(54) Né al fascino del *Führer* si sottrae il liberale e kantiano Leonard Nelson, che ne fa anzi uno dei motivi della sua riflessione teorico-politica. Di lui si legga per esempio *Erziehung zum Führer* (1920), e *Führerziehung als Weg zur Vernunftpolitik* (1921), ora entrambi in L. NELSON, *Gesammelte Schriften in neun Bänden*, a cura di P. Bernays et al., Vol. 8, *Sittlichkeit und Bildung*, Felix Meiner, Hamburg 1971, rispettivamente pp. 497 ss. e 523 ss.

socialismo possono presentarsi come regimi politici pienamente legittimi, giacché i loro “duci”, i Mussolini e gli Hitler, non mancano della forza di magnetizzare individui e gruppi, di motivarli fino all'estremo sacrificio della vita, di rappresentare per loro un modello ideale, un esempio di “buona vita”. Non sono certo i “duci” o *Führer* a mancare nell'Europa tra le due guerre mondiali — come constata con una certa dose di sarcasmo lo stesso Heller ⁽⁵⁵⁾.

4. *La dottrina giuridica: decisionismo e rivolta contro il formalismo*

Hermann Heller ha grandi meriti per ciò che concerne il rinnovamento metodologico della dottrina giuridica dell'Europa continentale, in particolare per ciò che concerne il diritto pubblico. La sua influenza sulla giuspubblicistica della Repubblica federale tedesca è importante tanto sotto l'aspetto per l'appunto metodologico quanto per ciò che riguarda l'adozione — determinante per la configurazione istituzionale del nuovo Stato tedesco — della formula dello “Stato sociale di diritto”. Questa formula — come è noto — è riproposta nell'articolo 1 della Costituzione spagnola del 1978 ed è dunque alla base del rinnovamento democratico della Spagna contemporanea. Qui può intravedersi un legame ulteriore di Heller con la Spagna oltre a quello suggellato dalla morte dell'“ebreo errante” in terra iberica ⁽⁵⁶⁾.

Heller è un gran critico dei “classici” del pensiero giuridico pubblicistico germanico, in particolare di quella che è stata chiamata la linea “Gerber-Laband-Jellinek-Kelsen”. Ora, questa tradizione di pensiero giuridico, in particolare quella rappresentata dall'opera di Gerber e di Laband, costituisce il nucleo della dottrina che ha “fondato” concettualmente il diritto pubblico moderno dell'Europa continentale, e dunque di ciò che oggi intendiamo, in Germania come in Spagna o in Italia, come lo *Stato*. Tale impresa teorica, dai

⁽⁵⁵⁾ Vedi H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politik* (1930), in ID., *Gesammelte Schriften*, Vol. 2, cit., p. 620.

⁽⁵⁶⁾ Non posso qui soffermarmi sulla fortuna dell'opera di Heller, largamente tradotta in castigliano, sulla cultura giuridica spagnola e ibero-americana. In merito cfr. l'introduzione di Antonio Lopez Piña in H. HELLER, *Escritos políticos*, Alianza, Madrid 1985.

grandiosi riflessi istituzionali, si caratterizza per una qualità per certi versi singolare, la pretesa mancanza di qualità materiali, ovvero la separatezza. La separatezza qui è duplice: è tanto della scienza (il diritto) quanto del suo oggetto, lo Stato.

Ciò va di pari passo con un processo di progressiva “autonomizzazione” del politico, sia dalla dimensione normativa “forte”, dalla morale, sia da una fisicità o materialità connessa a quella dei soggetti umani. Qui l’“autonomia del politico” si dà grazie alla ricostruzione giuridica della nozione di Stato (come “persona giuridica”) operata dal positivismo giuridico ottocentesco, in particolare da quello tedesco a partire dall’opera di Friedrich Carl von Gerber passando per Paul Laband e Georg Jellinek ⁽⁵⁷⁾ fino a giungere all’opera di Hans Kelsen, che qualcuno ha definito il più grande giurista del ventesimo secolo. Invero Kelsen rappresenta sia ideologicamente (è un convinto democratico) sia metodologicamente (è un normativista estremo) una novità rispetto ai suoi predecessori. Particolarmente significativi sono la sua critica al concetto di Stato come “persona giuridica” e il suo rifiuto della nozione di “sovranità” in direzione di una ulteriore de-essenzializzazione della nozione di Stato. Nondimeno Kelsen, per sua stessa ammissione, sviluppa una concezione del diritto, ampiamente statalista e coercitivistica, e decisamente avversa a qualunque commistione della sfera giuridica con elementi provenienti dalla morale e dalla politica, che può plausibilmente considerarsi una filiazione della “rivoluzione metodologica” compiuta da Gerber e da Laband e continuata da Georg Jellinek.

L’operazione compiuta da questo giuspositivismo è apparentemente semplice. Si afferma innanzitutto la specificità della “scienza” giuridica in quanto indipendente per un verso dalla filosofia morale e politica, e per altro verso dalla sociologia e dalla scienza politica. La avalutatività e la “purezza” sembrano costituire l’ideale metodologico di questa scuola. La sua mossa teorica decisiva non è però tanto questa della separatezza della conoscenza giuridica quanto quella della proiezione di tale specificità della “scienza” sull’oggetto della scienza medesima. In questa prospettiva la scienza si giustifica

⁽⁵⁷⁾ Su questa vicenda interessanti annotazioni si trovano in C. SCHMITT, *Hugo Preuss, Junker und Dönhaupt*, Berlin 1930.

non per esigenze metodologiche, ma in quanto essa corrisponde ad un certo oggetto che è originariamente autonomo e “puro”, una versione particolare del *Sollen*, ad istituzioni e concetti giuridici di cui lo Stato è quello fondamentale; l’esistenza di una scienza autonoma dello Stato finisce per sancire l’esistenza autonoma (a-morale, a-politica, a-sociale) dello Stato.

Mentre il diritto pubblico pre-gerberiano, di estrazione essenzialmente francese, connette fortemente l’analisi giuridica a considerazioni filosofico-politiche, in particolare in virtù della nozione di *costituzione*, di modo che si afferma che il diritto costituzionale è solo quello che soddisfa determinati requisiti di legittimità procedurale (una deliberazione pubblica e discorsiva, la separazione dei poteri) e sostanziale (i diritti dell’uomo e del cittadino), la “scienza” del diritto pubblico germanico a partire da Gerber ricostruisce lo Stato come organismo, ovvero come persona o ente giuridico a sé stante, indipendente rispetto agli individui che ne sono membri e indifferente rispetto a principi normativi forti. Se principi vi sono in una prospettiva siffatta, questi agiscono nell’ambito del contingente contesto politico e non intaccano il nocciolo duro della “giuridicità” delle istituzioni e dei concetti. Dietro Gerber, Laband e Jellinek v’è una concezione storicistica e organicistica dei fenomeni sociali. Così Jellinek, in uno dei suoi ultimi scritti, può ancora affermare che « lo Stato è in primo luogo un fenomeno storico e sociale, che il diritto può ordinare ma non produrre »⁽⁵⁸⁾.

La concezione di uno Stato come realtà a sé stante, come portato storico o come organismo, che trae la propria giustificazione esistenziale da una pretesa specifica natura della istituzione (che si sottrae perfino alla forza costitutiva del diritto) raggiunge due obiettivi ambiziosi. Innanzitutto si oscura la dinamica interna (tanto istituzionale quanto soprattutto giustificativa) dell’organizzazione statale. Se lo Stato non è un intreccio di relazioni tra soggetti, o il risultato di norme e convenzioni poste da soggetti ma ha una sua originaria realtà, sicché non è lo Stato a presupporre regole e convenzioni bensì queste ultime lo Stato, allora lo Stato può presentarsi come una entità già di per sé, per il suo intrinseco movi-

⁽⁵⁸⁾ G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Häring, Berlin 1906, p. 43.

mento, “razionale” e legittima. La razionalità e la legittimità gli derivano dalla sua realtà come entità organica ovvero *collettiva* originaria. Saranno così le attività individuali, dei singoli, e non quelle dello Stato, a doversi giustificare dinanzi a quella primigenia realtà. Se la realtà primigenia è lo Stato e non le regole (il diritto), non si tratterà più di misurare o giudicare lo Stato con riferimento alle regole (al diritto), ma viceversa saranno le regole (il diritto) a dover essere sottoposte a un giudizio di conformità con la natura intrinseca e irriducibile dello Stato.

L'altro ambizioso obiettivo del giuspositivismo germanico è l'affermazione della sovranità dello Stato. In ciò invero non v'è troppa differenza tra Gerber, Laband e Jellinek, i loro colleghi francesi, e la “analytical jurisprudence” di Jeremy Bentham e John Austin. Se la “persona” Stato è di tal natura « che non riceve da un potere esterno ad essa ma ritrova esclusivamente in se stessa i motivi del proprio agire »⁽⁵⁹⁾, allora la sovranità è una qualità intrinseca all'organismo statale e non abbisogna di ulteriori giustificazioni. Qualsiasi teoria politica normativa diviene superflua. L'ipotesi contrattualista, sia pure solo come riferimento ideale, può tranquillamente essere dimenticata se non rudemente accantonata. Il giuspositivismo organicista germanico è insomma una teoria del diritto come “sistema autopoietico” *avant la lettre*.

D'altra parte la proposta dello Stato come “organismo” o “persona giuridica” avanzata da Gerber e sistematizzata da Laband e soprattutto da Georg Jellinek può essere intesa come una risposta — liberale, se si vuole — alle teorie ancora influenti nella Germania della seconda metà dell'Ottocento secondo le quali lo Stato viene identificato senza residui nella signoria del monarca ovvero di un sovrano soggetto umano. Sono le cosiddette *Herrschertheorien*, per le quali la sovranità è attribuito non di enti impersonali bensì di individui materiali concreti⁽⁶⁰⁾. Ora, tanto il *droit politique* francese, radicato in una visione normativa della politica, quanto qualsiasi

⁽⁵⁹⁾ C. F. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, p. 22.

⁽⁶⁰⁾ In merito, vedi G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, in ID., *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 1, Häring, Berlin 1911, in particolare pp. 416 ss.

Herrschertheorie non permettevano nessun decisivo progresso all'“autonomia del politico”. Il “nostro” Stato, quello che oggi ci è — per così dire — familiare, rinchiuso proceduralmente in se stesso, autoreferenziale, è dunque un figlio legittimo dell'elaborazione teorica del giuspositivismo germanico della seconda metà dell'Ottocento. L'eco della tradizione democratica della Rivoluzione francese ci giunge attenuato e filtrato dalla dottrina dello Stato come “persona giuridica”.

Orbene, Hermann Heller si scaglia con forza contro questa scuola giuspositivistica, e ne fa il ricorrente obiettivo polemico dei suoi scritti giuridici. Le critiche maggiori sono però rivolte a Hans Kelsen. Ciò si giustifica innanzitutto per il fatto che dei grandi rappresentanti della dottrina giuspositivistica di diritto pubblico Kelsen è l'unico vivente al tempo in cui Heller scrive. Dei teorici del positivismo giuridico Kelsen non è però il più influente, almeno in Germania, dove tra gli anni Venti e Trenta è ancora forte l'influsso di Georg Jellinek (da non confondere col figlio Walter anch'egli eminente giuspublicista). Jellinek è però, rispetto a Gerber ed a Laband, assai più consapevole e raffinato circa le implicazioni filosofiche delle dottrine dello Stato ed è aperto al pluralismo metodologico per ciò che concerne lo studio del fenomeno giuridico e statale. A questo proposito basti ricordare la sua famosa *Zwei-Seiten-Theorie* dello Stato per cui quest'ultimo va studiato da due punti di vista alternativi e tuttavia complementari: quello strettamente giuridico e un altro sociologico-politico ⁽⁶¹⁾. Una tale teoria anticipa o contiene in nuce molto dell'impostazione critica di Heller. Nondimeno il concetto di Stato proposto da Jellinek non differisce in nulla da quello di Gerber e Laband. Lo Stato è il potere supremo dotato di forza capace d'imporre le proprie decisioni: « Wesentliches Merkmal ist Dasein einer Staatsgewalt. Staatsgewalt ist aber nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, Herrschergewalt aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht. Der Umfang dieser Herrschergewalt ist für ihr Dasein ganz gleichgültig. Wo ein Gemeinwesen aus ursprünglicher Macht und mit ursprünglichen Zwangsmitteln Herrschaft über seine Glieder und sein Gebiet

⁽⁶¹⁾ Si legga G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, III ed., VII rist., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1960, pp. 9-12.

gemäß einer ihm eigentümlichen Ordnung zu üben vermag, da ist ein Staat vorhanden » (62). Questo modo di pensare di Jellinek — e della tradizione giuspubblicistica dominante nella Germania guglielmina — riecheggerà costantemente nell'opera di Heller.

Heller si è formato nell'atmosfera culturale della Monarchia asburgica. Quale fosse la cultura politica egemonica tra Vienna, Praga e Budapest a cavallo tra Ottocento e Novecento è descritto efficacemente da una pagina di Franz Werfel, uno tra i più sensibili scrittori austriaci del primo dopoguerra. Anche nell'Impero multinazionale degli Asburgo così come nel *Reich* bismarckiano — ci dice Werfel — è lo Stato il mito fondante della società civile. « Lo Stato era sacro, un valore superiore, simile al paradiso, che si era stabilito in incognito sulla terra per salvare i peccatori. L'impiegato più alto in grado era Dio. Dio però era un organo invisibile, al quale si poteva ricorrere direttamente solo per via gerarchica con l'assistenza del funzionario di basso e alto grado. Dio non indossava nessuna uniforme né militare né civile. Sua Maestà Apostolica Imperiale e Reale, l'Imperatore a Vienna, portava come prossimo in grado un'uniforme di generale con le foglie di quercia nel colletto, grazie a cui si distingueva dagli altri generali. A partire dall'Imperatore la scala gerarchica proseguiva senza interruzione verso il basso fino all'ultimo piolo, dove stavano gli allievi della prima d'un ginnasio statale imperiale e reale » (63). Con una certa approssimazione questa pagina di Werfel è la traduzione letteraria della dottrina dello Stato di Georg Jellinek, austriaco anche lui — vale ricordare. Ora, Heller pure niente affatto monarchico, pure socialista, pure cittadino leale della nuova repubblica tedesca, perpetua questa idea della centralità assoluta dello Stato, centralità non solo tecnico-organizzativa ma anche e soprattutto etica e ideologica. Lo Stato di Heller non è quello del liberalismo, ente strumentale ai bisogni e subordinato ai diritti degli individui, bensì è proprio quello dello statalismo prussiano e asburgico, quello del nazionalismo germanico, della comunità organica di valori, dell'ethos compatto d'una collettività superiore ontologicamente e moralmente a qualunque individuo. Lo

(62) Ivi, pp. 489-490.

(63) F. WERFEL, *Der Abituriententag. Die Geschichte einer Jugendschuld*, Fischer, Frankfurt am Main 1994, pp. 41-42.

Stato di Heller da questo punto di vista risulta essere il medesimo di Jellinek, il quale ironico e condiscendente con le “utopie” dei liberali tedeschi del Quarantotto è ammirato e servizievole rispetto alla ragione di Stato incarnata da Bismack (64): è lo Stato dotato dei caratteri dell'assoluta sovranità (*l'Obrigkeitsstaat*) e dell'intrinseca eticità (lo “Stato etico” di hegeliana memoria) (65).

Georg Jellinek è inoltre il teorico della cosiddetta “normative Kraft des Faktischen” (66), un'idea che non è lontana da analoghe formulazioni di Heller: i fatti esprimono o segnano una pretesa alla validità dell'accaduto. *Faktizität und Geltung*, ora il titolo del libro giusfilosofico di Habermas (67), è una coppia di concetti ricorrenti nell'opera di Heller. E in quest'opera essi si accompagnano in una sorta di rapporto dialettico: non v'è validità senza una loro efficacia o una “positività o “fatticità” retrostante, e viceversa non v'è “fatticità” senza che questa costituisca già una condizione, e getti un ponte — per così dire — verso la “validità”, la “forza normativa”, il diritto insomma. La “fatticità” di cui qui è parola non è solo e tanto l'efficacia di norme già statuite, quanto e soprattutto la positività di condotte che per il loro concreto ripetersi ed affermarsi conterrebbero *in nuce* un elemento di normatività, d'obbligatorietà, a prescindere dal fatto d'essere oggetto di una normazione esplicita e deliberata. Per Jellinek non solo lo *status quo* ma anche un *fait accompli* esprime una situazione giuridica. Anche l'*usurpatore* quindi, in tanto in quanto esso sia in grado d'esercitare un'autorità *effettiva*, è *nel suo diritto*, agisce giuridicamente, giacché in tale situazione non v'è più un'istanza esterna all'*usurpatore* medesimo la quale sia in grado di dire cos'è il diritto (e d'imporlo). « Die Ausübung der Staatsgewalt durch den Usurpator schafft sofort einen neuen Rechtszustand, weil hier keine Instanz vorhanden ist, die die Tatsache der Usurpation

(64) Si legga G. JELLINEK, *Die Entstehung der modernen Staatsidee*, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, a cura di W. Jellinek, Vol. 2, Häring, Berlin 1911, pp. 52-53.

(65) Vale a questo proposito ricordare che è lo stesso Heller a ricollegare in modo esplicito Jellinek a Hegel, per quanto il primo avesse manifestato più volte una certa distanza rispetto al grande filosofo tedesco. Si legga H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland*, cit., p. 192.

(66) Vedi G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 337 ss.

(67) Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992.

rechtlich ungeschehen machen könnte» (68). Contro la formula terribile di Carl Schmitt “Der Führer schützt das Recht”, che giustifica il massacro di vari veri o presunti oppositori compiuto da Hitler per mano delle sue S.S. nel giugno 1934, Jellinek potrebbe (dal punto di vista giuridico) obiettare assai poco.

Né può sostenersi che Kelsen sul punto della “forza normativa del fattuale” sia del tutto distante da Jellinek. Per il primo — vale ricordare — il diritto internazionale pubblico è sovraordinato a quello nazionale, rappresentando una serie di norme dalle quali le disposizioni degli ordinamenti nazionali derivano la loro validità *giuridica*. E a sua volta il diritto internazionale pubblico si basa per Kelsen — che segue in ciò la dottrina dominante — sul *principio di effettività*. Questo dice: è giuridico qualunque ordine che sia in grado di imporsi, vale a dire di farsi obbedire effettivamente, nell’ambito di un certo territorio come ordine normativo supremo. Si potrebbe così sostenere che la *Grundnorm* dello *Stufenbau* kelseniano sia proprio tale principio. Il che ci condurrebbe alla conclusione che è proprio la “forza normativa del fatto” (che invero non è nient’altro che il “principio di effettività” della dottrina internazionalistica) il punto archimedeo della costruzione kelseniana. La differenza rispetto a Jellinek risiederebbe allora soltanto in ciò che quest’ultimo concepisce la *normative Kraft des Faktischen* come un principio psicologico (69), mentre Kelsen farebbe assumere al principio di effettività la qualità d’una categoria epistemologica trascendentale. Il principio di effettività sarebbe non una disposizione propria della costituzione psichica degli individui, com’è per Jellinek, bensì un presupposto gnoseologico che ogni giurista deve assumere se vuole attribuire normatività alle norme che è chiamato a descrivere e spiegare. Anche per Kelsen comunque l’usurpatore, se fortunato, costituisce diritto: « Auch im Wege von Revolution oder Staatsstreich zur Macht gelangte Regierung ist als legitime Regierung im Sinne des Völkerrechts anzusehen, wenn

(68) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 340-341.

(69) Vedi ivi, p. 337: « Der Mensch sieht das ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene, das ununterbrochen von ihm Geübt nicht nur als Tatsache, sondern auch als Beurteilungsnorm an, an der er Abweichendes prüft, mit der er Fremdes richtet ».

sie den von ihr erlassenen Normen dauernd Gehorsam zu verschaffen imstande ist » (70). Dietro il diritto — dice Kelsen — non v'è qualche metafisica o qualche giustizia, ma — per chi ha la forza di fissarla — la testa di Gorgone del potere: « La questione che occupa il diritto naturale è l'eterno problema di cosa si celi dietro il diritto positivo. Ma chi cerca una risposta trova — temo — non la verità assoluta d'una metafisica o l'assoluta giustizia d'un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere » (71).

Per Georg Jellinek lo Stato è potere assoluto e originario. « Herrschen ist das Kriterium, das die Staatsgewalt von allen anderen Gewalten unterscheidet. Wo daher Herrschergewalt bei einem dem Staate eingegliederten Verbands oder einem Individuum zu finden ist, da stammt sie aus der Staatsgewalt, ist, selbst wenn sie zum eignen Rechte des Verbandes geworden ist, nicht ursprüngliche, sondern abgeleitete Gewalt » (72). Lo Stato di diritto si distingue rispetto a questo Stato assoluto non per una sua diversa natura, bensì solo per una sua *contingente* decisione, quella di autolimitarsi, la *Selbstbindung des Staates*. Lo Stato di diritto — in questa prospettiva — è uno Stato assoluto che proprio in virtù e nell'esercizio dell'assolutezza del suo potere decide *unilateralmente* di limitarsi, secondo forme, termini e condizioni tutte revocabili *ad libitum* dallo Stato medesimo. Se così non fosse il *Rechtsstaat* non potrebbe dirsi vero e proprio Stato, Stato “normale” (73).

Hermann Heller non è affatto lontano da questa idea di Jellinek; non lo contraria o infastidisce la visione autoritaria dello Stato come *Herrschergewalt* e gli è congeniale la *Zwei-Seiten-Theorie*. Contro ogni riduzionismo ed in particolare contro l'adozione d'un metodo “puro” Heller difende la dignità epistemologica del sincretismo metodologico: « Poiché l'oggetto di tutte le scienze dello spirito è

(70) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien 1934, p. 71.

(71) H. KELSEN, Intervento sulle relazioni di Erich Kaufmann e Hans Nawiasky, entrambe su “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung” tenute a Berlino nel 1926, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer », Heft 3, 1927, pp. 54-55.

(72) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 430.

(73) Si legga *ivi*, p. 613.

insieme qualcosa che viene dato e che è posto, può essere compreso solo grazie ad un sincretismo metodologico. L'imperialismo di un unico metodo si rivela sterile in tutte le scienze dello spirito » (74). La scienza giuridica non può fare a meno della sociologia per un versante e della teoria politica e morale per l'altro versante: « Ogni problema giuridico, nessuno escluso, si radica in basso nella sociologia e in alto nella sfera etico-politica, e non soltanto è accessibile sia ad un'analisi causale che ad una normativa, ma anzi le richiede entrambe » (75) Il vero avversario di Heller non è dunque Jellinek (76), ma Kelsen. È questi, per lui, il rappresentante più tipico del positivismo giuridico formalista.

Kelsen — come si è detto — si muove certamente nella cosiddetta linea Gerber-Laband- Jellinek, vale a dire dentro d'una scuola di pensiero giuridico che concepisce lo Stato eminentemente (i) come forza coattiva e (ii) entità impersonale. Nella sua prima monumentale opera di studioso di diritto pubblico (in parte composta a Heidelberg mentre frequentava come borsista i seminari di Jellinek), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, apparsa a Vienna nel 1911, Kelsen riconosce il debito contratto nei confronti di Jellinek; debito che sarà riaffermato ancora nel 1925 nella *Allgemeine Staatslehre*. Ma Kelsen va oltre Laband e Jellinek. Innanzitutto Kelsen affina il metodo giuriformalistico, grazie tra l'altro a una migliore ricostruzione della struttura formale delle norme. Kelsen in un secondo momento, fondamentalmente a partire da *Das Problem der Souveränität* del 1920, introduce anche la nozione di un ordinamento a gradini, più tardi denominato esplicitamente *Stufenbau*, per cui il diritto si caratterizza per il fatto che in esso le norme hanno diversi gradi gerarchici e sono in relazione tra loro ai diversi livelli in ragione di

(74) H. HELLER, *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto* (1929), in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. italiana a cura di P. Pasquino, Giuffrè, Milano 1987, p. 395.

(75) H. HELLER, *La sovranità* (1927), in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 95.

(76) Heller riconosce a Jellinek il merito di aver tentato la combinazione di sociologia e scienza giuridica: si legga H. HELLER, *Georg Jellinek*, in *Encyclopaedia of Social Sciences*, a cura di A.R.A. Seligman et al., Vol. 8, The MacMillan Company, New York 1932, p. 379.

attribuzioni di competenza, di autorizzazioni o *Ermächtigungen* ⁽⁷⁷⁾. Come è noto, in séguito tale caratteristica sarà giocata per isolare il diritto dagli altri sistemi normativi, dalla morale in particolare: mentre in un ordinamento morale la norma individuale (*io non devo rubare*) si deduce logicamente da una norma generale (“non rubare”, ovvero “nessuno deve rubare”), in un ordinamento giuridico — dice Kelsen — la norma individuale, poniamo la sentenza di un giudice (“Tizio dev’essere condannato a tre anni di reclusione, perché si è reso colpevole del reato di furto”), è il risultato di una norma generale (“chiunque commette un furto sarà punito con la reclusione da tre a sette anni”) emanata da un organo istituzionalmente superiore al giudice (il parlamento) e intesa come autorizzazione o prescrizione diretta al giudice. Lo *Stufenbau* tipico del diritto si conclude poi alla sua sommità con una norma fondamentale (presupposta) che è la norma suprema che i giuristi devono per l’appunto “presupporre” per conferire validità alle norme giuridiche poste ai vari gradini dello *Stufenbau*, giacché la validità d’una norma (che per Kelsen equivale alla sua esistenza) richiede qui che vi sia una norma di livello superiore che ne autorizzi o prescriva l’emanazione, la *Grundnorm* ⁽⁷⁸⁾.

Kelsen si pronuncia inoltre contro ogni sincretismo metodologico alla maniera di Jellinek. La *Zwei-Seiten-Theorie* gli sembra epistemologicamente incoerente. I fenomeni giuridici — per Kelsen — vanno studiati in quanto fenomeni giuridici (e non sociali o empirici) solo con strumenti giuridici. Alla scienza giuridica “pura”, purificata cioè da ogni influsso morale, sociologico o politico, corrisponde un oggetto, il “dover essere oggettivo” della norma giuridica, che è anch’esso “puro”, separato nettamente dalla soggettività della morale e dalla fattualità degli eventi sociali. In questa prospettiva il diritto finisce per essere il solo dover essere genuino, giacché

(77) Vedi H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, II ed., Mohr, Tübingen 1928, pp. 111 ss.

(78) Mentre la tesi dell’ordinamento “dinamico” o “a gradini” gli giunge dagli studi dell’allievo Adolf Merkl (cfr. H. KELSEN, *op. ult. cit.*, pp. 119-119, nota 2), l’idea della *Grundnorm* è sviluppata a partire da alcune proposte di un altro suo allievo, Fritz Sander. Di questo si legga in proposito *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », Vol. 1, 1919, pp. 132 ss. (e si cfr. H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 117, nota 1).

esso è quello “oggettivo”, di contro al dover essere “soggettivo” rappresentato dai giudizi morali. D'altra parte i fenomeni sociali, storici, politici, sono pezzi d'“essere”, non di “dover essere”, e dunque non hanno niente a che fare col diritto il cui ambito è invece quello del “dover essere” (79).

Kelsen porta alle sue estreme conseguenze la teoria dello Stato come “persona giuridica” di Gerber, Laband e Jellinek. Per questi ultimi lo Stato è sì qualcosa di astratto e collettivo, distinto dai soggetti materiali (umani), che tutt'al più rivestono la qualità di “organi”; tuttavia la “persona giuridica” statale non coincide ancora pienamente con l'ordinamento giuridico come sistema di norme, preesiste anzi a questo, non è riducibile ad un agglomerato di proposizioni e posizioni normative, giacché è pensato come *organismo*. È così che la dottrina giuspositivistica di Gerber, Laband e Jellinek necessita un concetto organicistico di società, e lo deriva in genere dallo storicismo tedesco, soprattutto da quello giuridico di Savigny e della “scuola storica, ma anche dallo stesso Hegel (80). « Der Staat — scrive Gerber, fortemente influenzato dalla filosofia reazionaria di Stahl e accanito avversario lui stesso del costituzionalismo liberale — ist ein sittlicher *Organismus*, der nicht wie der *Mechanismus* durch eine *außer ihm* stehende Kraft, sondern durch das eigene in ihm selbst wohnende Lebensprincip bewegt wird » (81). È questo un motivo tipico della scuola romantica e della filosofia idealista tedesca. La conseguenza nel migliore dei casi è che lo Stato come “organismo” diviene giuridico solo “autolimitandosi” — come afferma Jellinek. In questa prospettiva il diritto quindi non nasce insieme allo Stato, come vuole Kelsen, ma è un prodotto dello Stato, è strumentale rispetto a questo. Lo Stato come organismo vive di vita propria, né abbisogna del diritto per legittimarsi o per presentarsi come entità dotata di moralità. Il diritto gli serve solo come tecnica, per razionalizzare i propri movimenti “organici”. Ciò è detto molto bene da Gerber, il quale — non dimentichiamolo —

(79) Vedi H. KELSEN, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, II ed., Mohr, Tübingen 1928, p. 114 ss.

(80) Cfr. H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland*, cit.

(81) C. F. GERBER, *Über öffentliche Rechte* (1852), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968, p. 16. Rendo col corsivo lo spaziato del testo.

è il capostipite della dogmatica continentale del diritto pubblico, e come tale maestro di Laband e di Jellinek: « Auch der Staat als Organismus ist ein im Reiche des Sittlichen gegebener Begriff; das Recht hat ihn nicht erst durch eine juristische Form ins Dasein gerufen, es setzt ihn als vorhanden voraus und tritt nur bestimmend hinzu, indem es der Bewegung seiner Glieder nach dem Maßstabe der Idee des Organismus eine angemessene Bahn bereitet »⁽⁸²⁾.

Nella cosiddetta linea Gerber-Laband-Jellinek la giuridicità, o il diritto, sono attribuiti *accidentali* d'una *essenza*: lo Stato. I diritti di libertà, anzi i diritti soggettivi in genere, hanno — in questa prospettiva — un che di paradossale: sono (paradossalmente) fondati su uno stato di completa assenza di diritti, una condizione di assoluta subordinazione al potere statale (lo *status subjectionis* della teoria dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek)⁽⁸³⁾.

Ora, Kelsen ritiene metafisica e poco giuridica (perché metodologicamente spuria) la teoria organicistica, e afferma che lo Stato è originariamente (concettualmente) sempre già un ordinamento giuridico, una *struttura di norme*. Egli dissolve così il concetto di “persona giuridica” denunciandone il carattere di *finzione* antropomorfa. E fa ciò non perché ritiene che non potrebbe esservi altra “persona” all'infuori del soggetto umano, non perché è mosso da una visione umanistica del diritto, ma al contrario in quanto è convinto che la nozione di “persona giuridica” sia ancora troppo legata ad una concezione umanistica del “soggetto” per poter rendere giustizia alla complessità e all'astrattezza del fenomeno giuridico. Quella di Kelsen è dunque una posizione avversa a qualunque *Subjektphilosophie* applicata al diritto. È questo anche il motivo del suo attacco contro la nozione di sovranità, asse teorico centrale delle dottrine giuspositivistiche. Kelsen dissolve il concetto di sovranità in quello di ordinamento normativo. Non v'è più — in questa prospettiva — un'essenza (lo Stato sovrano) e certe qualità accidentali (la giuridicità variamente concepita), bensì è la qualità (una certa relazione normativa, tra norme) o la somma delle qualità (delle relazioni normative) a costituire — per così dire — una certa

⁽⁸²⁾ Ivi, p. 18.

⁽⁸³⁾ Vedi G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, II ed., Mohr, Tübingen 1905, pp. 86 ss.

“essenza” (lo Stato ovvero l’ordinamento normativo). Non v’è più un “sovrano”, ma solo un “ordinamento”, chiuso o meglio coronato alla sua sommità, al vertice della sua struttura gerarchica, da una *Grundnorm*, una norma fondamentale che giustifica la validità delle norme di grado inferiore (tanto di quelle generali quanto di quelle individuali), e garantito alla sua base dal principio di effettività. Questo esige che condizione *sine qua non* della validità delle singole norme sia l’efficacia dell’intero ordinamento, vale a dire il suo essere effettivo, operativo *im Grossen und Ganzen*.

Hermann Heller attacca dunque vigorosamente la *reine Rechtslehre* di Hans Kelsen. Nel far ciò, tra l’altro, si trova in una compagnia che immagino gli risultasse imbarazzante. Nella dottrina dello Stato della Repubblica di Weimar l’attacco contro Kelsen è il segno distintivo, e quasi il cemento teorico, di una serie di giuristi di varia estrazione filosofica e politica, tutti però abbastanza conservatori, a cominciare da Erich Kaufmann, passando poi per Schmitt, Leibholz e Smend, fino ad arrivare ai più radicali Binder, Forsthoff e Larenz. C’è da dire invero che contro Kelsen si era scagliato anche il marxista Pašukanis, e che un tenace avversario del giurista viennese era stato Leonard Nelson, anch’egli neokantiano come Kelsen, ma al contrario di questo affatto cognitivista in etica e quindi assertore d’un concetto materiale (valutativo) di diritto. Tuttavia Heller fa in qualche modo parte del primo gruppo di teorici, del gruppo dei Kaufmann, Schmitt, Leibholz, Smend; ed è da questi “vissuto” — come è rivelato ad esempio dai frequenti riferimenti all’opera di Heller presenti nell’opera principale di Smend, *Verfassung und Verfassungslehre* del 1928 — un po’ come uno dei loro, almeno per ciò che concerne il terreno della riforma della metodologia giuridica, nonostante li separassero notevoli, per non dire drammatiche, diversità di orientamento politico. Si trattava della cosiddetta *geisteswissenschaftliche Richtung*.

Il pensiero giuridico di Heller veniva talvolta addirittura accomunato a quello di Schmitt sotto la comune etichetta di “decisionismo”. Così Heinrich Triepel, importante professore berlinese vicino alla teoria dell’“integrazione” di Smend, nella sua relazione presentata all’incontro dell’Associazione dei docenti tedeschi di diritto pubblico (la prestigiosa *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), tenuto a Vienna il 23 e 24 aprile 1928, parla « del punto di

vista decisionistico dal quale muovono Carl Schmitt e Hermann Heller »⁽⁸⁴⁾.

La prima critica che Heller rivolge a Kelsen è quella di “logicismo”: il maestro viennese concepirebbe il diritto meramente come un insieme di relazioni logiche nelle quali non vi sarebbe spazio per la concreta condotta umana, in particolare per l'*attività decisionale*. « Come nella matematica — scrive Heller — il membro della progressione viene costruito in modo puramente razionale a partire dal principio della progressione, la costruzione logico-giuridica di Kelsen produce, al di sopra del mondo storico-sociale privo di senso e senza alcun legame con esso, il suo regno di forme giuridiche pure, sospese nel vuoto, come una sorta di gioco del domino fatto con i concetti ad opera di un logico sovrano delle norme »⁽⁸⁵⁾. Kelsen — così suona il rimprovero di Heller — allontana il diritto dalla realtà materiale, collocandolo invece in una specie di iperuranio concettuale retto da mere leggi logiche. D'altra parte Kelsen in tal modo sospingerebbe la nozione di società verso l'ambito dei fatti retti da leggi naturali-causali, consegnandola in modo definitivo alla competenza delle “scienze causali-esplicative”. È questa anche la critica metodologica principale mossa alla “dottrina pura” dal gruppo dei Kaufmann e degli Smend che rivendicano la prevalenza delle “scienze dello spirito”, delle *Geisteswissenschaften* nello studio della società e del diritto. Anche Heller, almeno fino alla *Staatslehre* ed alla voce di enciclopedia *Political Science*, vale a dire fin quasi alla vigilia della sua morte prematura, pensa le scienze sociali e la stessa dottrina dello Stato come “scienze dello spirito”. Gli è però sempre estraneo il pathos irrazionalista che accompagna, in Smend ad esempio, l'esaltazione del metodo spiritualista, ermeneutico o “comprendente”, contrapposto in maniera radicale al “meccanicismo” delle scienze naturali. Kaufmann e Smend attaccano le scienze naturali per colpire il pensiero illuminista; Heller scorge invece dietro queste l'ombra minacciosa del macchinismo, del modo di produzione capitalistico.

⁽⁸⁴⁾ H. TRIEPEL, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer », Heft 5, 1929, p. 7.

⁽⁸⁵⁾ H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato* (1926), in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 48.

Nella *Staatslehre* però viene riabilitato il ruolo che un metodo empirico può giocare dentro le scienze sociali e vi leggiamo una condanna delle ambizioni monopolistiche del metodo ermeneutico: « L'opinione divenuta dominante grazie a Dilthey, per cui solo nelle scienze naturali si darebbe un metodo causale-esplicativo, mentre le scienze dell'uomo permetterebbero soltanto la categoria del comprendere, è un errore assai significativo per lo sviluppo della realtà sociale e per la confusione delle costruzioni di senso [Die durch Dilthey herrschend gewordene Meinung, es gäbe nur in den Naturwissenschaften eine kausal-explikative Methode, die Wissenschaften vom Menschen aber gestatten nur die Kategorie des Verstehens, ist ein für die Entwicklung der gesellschaftlichen Wirklichkeit und für die Verwechslung von Sinngebilde höchst bezeichnenden Irrtum] » (86).

In precedenza Heller aveva attaccato anche la *Zwei-Seiten-Theorie* di Jellinek, con argomenti abbastanza simili a quelli usati contro Kelsen. Jellinek spiegherebbe il diritto solo con il vecchio instrumentario della *Begriffsjurisprudenz*, con una logica formale dei concetti, e d'altra parte riserverebbe la sociologia dello Stato esclusivamente a discipline "esplicative-causali" metodologicamente affini alle scienze che studiano i fenomeni naturali. Jellinek, come Kelsen, sarebbe colpevole per un verso del peccato di "logicismo" e per altro verso del peccato di "naturalismo". « A Georg Jellinek — scrive — spetta l'importante merito di essere stato il primo a separare nettamente la giurisprudenza dalla sociologia del diritto. Ma dopo questa separazione egli non riuscì più a trovare un fondamento sistematico per la sua *Dottrina generale dello Stato*. Dal momento che quest'ultima era impossibile senza sociologia, egli affiancò alla dottrina giuridica generale una dottrina sociale generale dello Stato. Ma in tal modo quest'opera, che oggi è considerata un testo classico della nostra scienza, si spaccò in due parti non connesse fra di loro, alla cui mancanza di unitarietà non sono in grado di porre rimedio le aride astrazioni della sezione sociologica » (87). Ma nella *Staatslehre* e nella voce *Political Science*, entrambe apparse postume, la prospettiva cambia, e Heller assume un

(86) H. HELLER, *Staatslehre*, III ed. cit., p. 59.

(87) H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, trad. it. cit., p. 39.

punto di vista abbastanza vicino a quello di Jellinek, optando per un sincretismo metodologico che combini “scienze dello spirito” e “scienze causali-esplicative”. La differenza fondamentale che rimane rispetto alla *Zwei-Seiten-Theorie* di Jellinek è piuttosto la tesi per cui non sarebbe possibile separare pratica e teoria, e quell’altra tesi per cui non si darebbe scienza, attività conoscitiva, senza “teoria”, senza qualche tipo di precomprensione dell’oggetto di analisi. « Senza un *organon* filosofico — scrive nella voce *Political Science* — che sia capace, almeno implicitamente, di porre in relazione lo Stato col contesto più ampio dell’universo non può darsi una scienza politica reale »⁽⁸⁸⁾.

Nella disputa gnoseologica tra Settembrini e Naphta, i due personaggi dello *Zauberberg* di Thomas Mann, che si contendono l’egemonia pedagogica sul protagonista del romanzo, Hans Castorp, là dove il primo (Settembrini) ritiene che sia possibile una scienza a-filosofica e l’altro (Naphta) aggancia la conoscenza a presupposti comunque normativi⁽⁸⁹⁾, Heller prenderebbe partito per Naphta. Ciò si può arguire, tra l’altro, dall’affermazione seguente: « Quelle stesse versioni di scienza politica che con la massima serietà cercano di liberarsi delle pastoie della filosofia sono ricondotte inevitabilmente al regno della metafisica, allorché pongono la questione di ciò che è realmente determinante nei processi politici e vi rispondono in termini naturalistici e materialistici »⁽⁹⁰⁾. Del resto proprio su questo punto si era esercitata la critica di Jacobi e Fichte a Kant, da cui muove tutta la filosofia idealistica tedesca.

Ma ritorniamo alle critiche mosse da Heller alla “dottrina pura” di Hans Kelsen. Un’altra obiezione a questo è centrata sul principio della avalutatività delle scienze giuridiche raccomandato da Kelsen. Tale avalutatività invero — obietta Heller — promuove un atteggiamento conformista e di rispetto dello *status quo*, che è tutt’altro che *wertfrei*. « A Kelsen [...] non interessa, ad esempio, formare le capacità critiche del giurista e renderlo consapevole di come e

⁽⁸⁸⁾ TH. HELLER, *Political Science* (1934), in Id., *Gesammelte Schriften*, Vol. 3, cit., p. 53.

⁽⁸⁹⁾ Si legga TH. MANN, *Der Zauberberg*, FISCHER, Frankfurt am Main 1989, pp. 419 ss.

⁽⁹⁰⁾ TH. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 53.

quando egli debba riflettere su dati di fatto storici e quando debba emettere giudizi di valore »⁽⁹¹⁾. Ma la critica fondamentale per Heller è un'altra: è quella per cui la "dottrina pura", la *reine Rechtslehre*, sarebbe "una dottrina dello Stato senza Stato"⁽⁹²⁾, secondo una formula impiegata già da Otto von Gierke, sostenitore d'una visione sostanzialistica e organicistica del diritto, contro il formalismo di Paul Laband, e ripresa, con diversi contenuti, e contro Kelsen questa volta, da Leonard Nelson in un libro del 1917, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*⁽⁹³⁾. Ciò che qui viene criticato dell'opera di Kelsen è la teorizzazione della superiorità della norma sulla decisione, o la precedenza logica della prima rispetto alla seconda, o ancora — secondo un'interpretazione un po' tendenziosa che non rende giustizia al pensiero del giurista viennese — la dissoluzione della decisione nell'elemento formale della norma. Kelsen però, al contrario di quello che crede Heller, non nega affatto l'elemento decisionale nell'ambito giuridico. Kelsen anzi, ricostruendo l'ordinamento giuridico come ordinamento "dinamico" (a differenza di quello "statico" della morale, nel quale i rapporti tra norme sono solo di carattere logico), vale a dire come strutture di relazioni di competenze (cioè di poteri), lascia uno spazio amplissimo alla decisione dell'organo investito della competenza: nell'ambito di questa l'organo — per Kelsen — ha un potere discrezionale assoluto. Così, ad esempio, Kelsen attribuisce ai giudici un potere *creativo* di diritto, e non distingue tra potere giudiziario e potere amministrativo nel sistema della divisione dei poteri. In questa prospettiva gli atti degli organi statali possono distinguersi concretamente in relazione alla loro discrezionalità, « non in via di principio ma solo per il grado, non qualitativamente ma solo quantitativamente »⁽⁹⁴⁾.

(91) H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, trad. it. cit., p. 43.

(92) Ivi, p. 46.

(93) L'opera di Nelson è però anch'essa criticata da Heller, in quanto diretta contro quella comprensione del *Machtstaat* che risulta da « una ragione più profonda inaccessibile all'intelletto formale » (H. HELLER, *Hegel und der Machtstaatsgedanke*, cit., p. 202, nota 802). Sulla critica di NELSON al formalismo giuspositivista, mi permetto di rimandare al mio *Scienza giuridica e Stato di diritto Leonard Nelson e Georg Jellinek*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », vol. 29, 1999, pp. 389 ss.

(94) H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtswissenschaft, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, II ed., Mohr, Tübingen 1923, p. 507.

Ciò che della teoria kelseniana disturba Heller è l'affermazione del predominio (logico) del diritto sul potere, poi la ricostruzione dello Stato come mero ordinamento normativo, infine la dissoluzione della nozione di sovranità (e di Stato). Heller, malgrado il diverso linguaggio usato e l'aperta professata politicizzazione della scienza giuridica, condivide la concezione dello Stato e del diritto della linea Gerber-Laband-Jellinek, nella quale lo Stato precede il diritto ed è un ente materiale, sostanziale, "organico", rispetto al quale le norme del diritto rappresentano solo una specie di tecnica organizzativa e un bagaglio di *arcana imperii*. La "dottrina pura" kelseniana rompe in maniera radicale con questa concezione, desostanzializzando lo Stato e facendo del diritto una *condicio per quam* dello Stato medesimo ⁽⁹⁵⁾. Heller intravede chissà quali tranelli e pericoli in questa proposta teorica.

Allo Stato desostanzializzato, all'imperio delle *leggi* di Kelsen Heller contrappone dunque il dominio degli *uomini*, e la sostanza della "decisione" sovrana. Sembra quasi di sentire le parole di Carl Schmitt, con il quale — va ripetuto — il Nostro intrattiene più d'un punto di contatto, e che cita spesso nei suoi scritti giuridici, negli anni Venti talvolta con accenti di ammirazione e approvazione. Alla legge, che gli pare un fantasma o una copertura ideologica, Heller contrappone il legislatore materiale (sia pure democratico) e l'indiscutibile supremazia dell'organo che fa la legge (qui il Parlamento) — in una prospettiva che è comune in quegli anni a molti giuristi progressisti, tra i quali possono ricordarsi Franz Neumann e Otto Kirchheimer. Il dettato del legislatore assume così la dignità d'una sorta di norma fondamentale, con l'ulteriore differenza rispetto a Kelsen che per Heller la legge del parlamento non rimanda ad alcuna "norma individuale" né abbisogna di poteri — sia pure ausiliari o sussidiari — di produzione del diritto. Il giudice — in questa prospettiva — è un mero escutore della legge parlamentare. Ai giudici non rimane così nessun rilevante ambito discrezionale; là dove il legislatore tace, non può parlare il giudice. « Wo der Mund der Gesetzgeber im weitesten, auch das Gewohnheitsrecht umfassenden Sinne, der Singularität des Falls wegen völlig schweigt, da muß er vom Gesetzgeber selbst und kann er innerhalb der staatli-

(95) Cfr. già i *Hauptprobleme*, cit., ad esempio p. 498.

chen Herrschaftsordnung grundsätzlich nicht vom Richter zum Reden gebracht werden »⁽⁹⁶⁾.

In tale prospettiva dunque la decisione fondamentale rispetto al significato e alla portata della legge spetta al legislatore. Questi — secondo Heller — non può essere sottoposto a un sindacato di costituzionalità, giacché è egli (organo materiale capace di decisione) il latore della sovranità statale, non già la costituzione scritta (testo formale incapace di tradursi da sé in atti materiali). Ovviamente tale preferenza per l'organo legislativo, e la diffidenza verso il potere giudiziario, può spiegarsi con riferimento alla contingente situazione politica che il Nostro si trova ad affrontare. Heller non può non preferire ai giudici di Weimar, ancora quasi tutti formati nell'epoca guglielmina e imbevuti d'una ideologia conservatrice se non reazionaria, il Parlamento repubblicano, prodotto della rivoluzione del 1918, nei cui scranni la socialdemocrazia è largamente rappresentata.

In linea con la sua concezione dello Stato, e in genere della politica come fatto intrinsecamente profondamente autoritario (dimodoché « ogni politica è in fin dei conti politica statale »⁽⁹⁷⁾), e con la sua fobia per l'«anarchia» e il liberalismo, « la fallacia riproposta di frequente secondo cui il fine, la funzione sociale dello Stato e delle altre istituzioni politiche dovrebbe essere in accordo con la volontà e i propositi del singolo cittadino »⁽⁹⁸⁾, per Heller è il potere, come decisione e forza coattiva, il fatto fondante e primigenio del diritto. È « l'equazione illecita fra Stato e diritto »⁽⁹⁹⁾ e dunque il tentativo di « spersonalizzare radicalmente l'intero ordinamento giuridico »⁽¹⁰⁰⁾, ciò che il Nostro non può accettare della ingegnosa costruzione kelseniana. Quell'equazione e quella spersonalizzazione gli sembrano stratagemmi per occultare il conflitto di classe e dunque tranquillizzare la coscienza del giurista pratico, del giudice per esempio, il quale certo non gradirebbe d'essere segnato a dito come uno strumento del dominio di classe borghese, oppure per celare agli sfuttati la loro reale condizione di oppressi, di individui soggetti alla violenza dello sfrut-

⁽⁹⁶⁾ H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer », Vol. 4, 1928, p. 117.

⁽⁹⁷⁾ H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, cit., p. 497.

⁽⁹⁸⁾ H. HELLER, *Political Science*, cit., p. 64.

⁽⁹⁹⁾ H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, trad. it. cit., p. 51.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 49.

tamento capitalista. Per Heller il diritto è innanzitutto potere, comando d'un soggetto materiale, fisico, ben preciso, il quale esige obbedienza incondizionata.

Ciò — si badi — non implica la tesi della subordinazione della dimensione politica a quella economica, che difatti Heller rifiuta. Implica piuttosto una concezione imperativistica del diritto, la quale del resto non era mai stata rinnegata dal giuspositivismo tedesco, per non parlare di quello anglosassone, di John Austin per esempio continuatore d'una linea di pensiero che rimonta almeno fino ad Hobbes. D'altronde una *Weltanschauung* imperativistica percorre anche i meandri più remoti della "dottrina pura", sì che l'"ultimo" Kelsen — quello per intenderci della postuma *Allgemeine Theorie der Normen* ⁽¹⁰¹⁾ — si rivelerà un volontarista radicale, giungendo al punto di negare che la logica formale possa applicarsi alle norme giuridiche; posizione questa che sarebbe piaciuta a Heller, e che dimostra ancora una volta come fosse errata l'accusa di "logicismo" da lui rivolta al giurista viennese.

Per Heller il diritto è il risultato del monopolio della violenza, vale a dire di un potere *sovrano*; è quindi intimamente collegato alla figura dello Stato. Quella di Heller è una concezione statalistica del diritto. Sono ingiustificate, a suo avviso, le definizioni sostanziali di norma giuridica offerte dalla dottrina pubblicistica del suo paese. Né l'idea d'una regola *generale* né la nozione d'una prescrizione che ha come scopo immediato la posizione di limiti alla volontà dei soggetti né la nozione d'un provvedimento che incida sulle libertà e sulle proprietà dei consociati può esaurire — a suo avviso — il concetto di norma giuridica. Questa va definita invece come « ogni norma che associa una fattispecie ipotizzata ad una conseguenza giuridica e connette diritti soggettivi e doveri ad una fattispecie » ⁽¹⁰²⁾. È questa — nonostante l'antiformalismo proclamato ai quattro venti — una definizione formale di norma, che non fa riferimento ad alcun criterio o requisito sostanziale, se non a quello della provenienza da un ente sovrano: lo Stato. La formalità della struttura della norma consente che questa possa assumere *qualsivoglia* contenuto. Anche

⁽¹⁰¹⁾ A cura di K. Ringhogfer e R. Walter, Manz, Wien 1979.

⁽¹⁰²⁾ H. HELLER, *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it cit., p. 330.

qui Heller è vicinissimo agli odiati giusformalisti, a Kelsen che pronuncia parole quasi identiche ⁽¹⁰³⁾, a Laband che scrive che non v'è nessuna idea che non possa essere trasformata nel contenuto di una legge ⁽¹⁰⁴⁾. Ogni prescrizione dello Stato può — in tale prospettiva — farsi norma giuridica, non solo la deliberazione d'un parlamento ma anche la sentenza o l'ordinanza di un giudice, e persino il comando d'un militare. « Ogni comando dello Stato — scrive Heller — significa quindi statuizione di diritto. Legge, decreto, provvedimento e sentenza rappresentano dunque semplicemente forme diverse nel diritto statale di statuizione del diritto; esse contengono tutte norme giuridiche. Se contro ciò viene sollevata come d'abitudine l'obiezione che in base a questa concezione ogni ordine di un sottufficiale deve necessariamente apparire come statuizione di diritto, per parte mia trovo questa conseguenza senz'altro accettabile » ⁽¹⁰⁵⁾.

5. *La teoria della sovranità*

L'imperativismo di Heller si ispira al decisionismo di Carl Schmitt e si giustifica mediante una concezione hobbesiana del *potere politico*. Niente affatto hobbesiana è però la sua concezione della comunità politica e della morale. La comunità non è per lui il risultato di valutazioni egoistiche dei singoli individui, che in questa trovano infine il loro massimo profitto; né crede che la morale abbia una irriducibile radice individualistica e utilitaristica. Il modello di comunità e di morale politica di Heller non gli proviene nemmeno dalla tradizione kantiana, dal principio di universalizzabilità e da quello di autonomia applicato ad un soggetto fornito della sola qualità della "ragione" e privo d'altre determinazioni materiali (come ad esempio, la classe o la nazionalità). La comunità e la morale assumono nell'ottica teorica del nostro autore caratteristiche squisitamente aristoteliche: è una certa "città" a dare senso alla vita

⁽¹⁰³⁾ Vedi H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, I ed., p. 63: « Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein ».

⁽¹⁰⁴⁾ Vedi P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Vol. 1, Mohr, Tübingen 1911, p. 63: « Es gibt mit einem Worte keinen Gegenstand des gesamten staatlichen Lebens, ja man kann sagen, keinen Gedanken, welcher nicht zum Inhalte eines Gesetzes gemacht werden könnte ».

⁽¹⁰⁵⁾ H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 330.

degli individui, ed è ancora essa a predeterminare le loro scelte politiche e morali. Questa immagine della comunità politica e della sua morale gli giunge ovviamente dal pensiero di Hegel e dall'idealismo tedesco in generale. Ma la comunità politica così intesa, come "alfa ed omega" della vita morale e politica dell'individuo, non esclude né un comportamento egoistico nelle relazioni tra comunità distinte, che possono comportarsi esattamente come l'individuo dello stato di natura descritto da Hobbes (a ciò si riduce infine il *Machtstaatsgedanke*); né impedisce che il *potere politico* espresso della comunità possa condursi verso i suoi subordinati in termini strategici, là dove l'utilità perseguita sia rappresentata come quella collettiva e sovrapersonale della comunità medesima.

Ma se il potere politico è concepito come la capacità strategica di imporre agli altri, anche contro il loro assenso, una certa forma di condotta, il diritto risulterà inevitabilmente subordinato a questa forza suprema, primordiale e primigenia. « Esercitare autorità — scrive Heller — significa: essere in grado con mezzi adeguati di trovare disposizione ad obbedire ed in certi casi di costringere all'obbedienza con mezzi adeguati »⁽¹⁰⁶⁾. Non v'è norma che possa vincolare il potere sovrano, giacché, se per ventura ve ne fosse qualcuna, quello non sarebbe più un potere sovrano. Il diritto o la norma giuridica non possono pertanto limitare l'autorità, la *Herrschaft* del sovrano. La conclusione è che « il diritto è uno strumento al servizio del potere » e che « il potere è costituito per mezzo del diritto »⁽¹⁰⁷⁾ — come il Nostro dice nella voce *Political Science*. In entrambe le formulazioni appena menzionate — che pur possono giocarsi l'una contro l'altra — il diritto è, riprendendo una terminologia habermasiana, un "medium" più che una "istituzione". È retto esclusivamente a una razionalità strumentale o strategica, e non è attraversato da forme di razionalità comunicativa⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ H. HELLER, *La sovranità*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., pp. 94-95.

⁽¹⁰⁷⁾ H. HELLER, *Political Power* (1934), in ID., *Gesammelte Schriften*, Vol. 3, cit., pp. 42-43.

⁽¹⁰⁸⁾ A Habermas non sfugge il nocciolo strumentalistico della teoria del diritto di Heller. Per interessanti spunti al riguardo, vedi J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992, p. 518 e pp. 593-594.

La musa ispiratrice o, se si preferisce, la sirena incantatrice dell'imperativismo di Heller è Carl Schmitt. Ciò è in qualche modo riconosciuto espressamente in un passaggio del suo libro più inquietante *Die Souveränität*: « La critica di Schmitt alla dottrina dominante [della nozione di sovranità] ha senza dubbio messo a nudo le radici profonde dei limiti come teoria giuridica, contrapponendo il decisionismo alla fiducia razionalistica nella legge. Da questo punto di vista le critiche di Schmitt hanno indubbiamente un carattere definitivo, e per molti versi hanno guidato il presente lavoro » (109). Ma nella determinazione della nozione di sovranità Heller va perfino al di là della concezione già estrema di Schmitt, in termini che faranno accapponare la pelle al vecchio amico e compagno socialista Gustav Radbruch, il quale prenderà le distanze da Heller, riducendo al minimo i rapporti con questo (110). Si ricordi che entrambi militano nella S.P.D., sono rappresentanti di rilievo della socialdemocrazia tedesca. L'allontanarsi di Radbruch è già un segnale delle ambiguità teoriche dell'appassionata adesione di Heller alla Repubblica di Weimar. Non è che Heller sia un marxista-leninista, per esempio, alla maniera di Otto Kirchheimer, cresciuto alla scuola di Schmitt e sospettoso — in nome della società senza classi — del compromesso raggiunto con la carta costituzionale dell'11 novembre 1919. Heller non è un bolscevico, la sua adesione alla Repubblica è senza riserve (111); eppure questa è minata teoricamente dal decisionismo e da una certa propensione al *Machtstaatsgedanke*.

La figura del “sottufficiale” impiegata da Heller per spiegare la sua concezione imperativistica del diritto ricorda un'altra figura adoperata da Georg Jellinek, l'“usurpatore”. “Sottufficiale” e “usur-

(109) H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 130. Corsivo mio.

(110) Cfr. H.-P. SCHNEIDER, *Positivismus, Nation und Souveränität. Über die Beziehungen zwischen Heller und Radbruch*, in *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, a cura di Ch. Müller e I. Staff, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1985, pp. 176 ss.

(111) Non è però senza riserve la sua adesione al parlamentarismo, che sembra assumere il carattere di un'opzione meramente tattica: « Se si dispone di fatto di forza sufficiente per imporre, senza negoziazioni e compromessi con altri partiti, la propria volontà nell'ordine statale, allora considero la dittatura come una via del tutto rispettabile [...] Se però, in ragione dei rapporti di forza esistenti, ci si decide per il parlamentarismo, ci siamo decisi anche per il compromesso e la negoziazione » (H. HELLER, *Staat, Nation und Sozialdemokratie*, cit., pp. 539-540).

patore” sono entrambi, per i due studiosi rispettivamente, organi ovvero soggetti che esercitano un potere *giuridico*. Ciò perché per loro il diritto è eminentemente *forza*, e chi ha la forza produce dunque anche diritto, amministra giustizia. Una tale visione è ovviamente disarmata (argomentativamente e idealmente) contro il decisionismo che con von Papen e poi con Hitler avrà la meglio nella storia tedesca tra l'estate del 1932 e l'inverno del 1933 (112). È un'ironia del destino quella che vuole nell'ottobre 1932 Schmitt e Heller l'uno contro l'altro, Schmitt come difensore del *Preußenschlag* di von Papen, vale a dire del golpe bianco con il quale il governo del *Reich* aveva sciolto (grazie ad una interpretazione estensiva dei poteri sullo “stato d'eccezione” conferiti al Presidente del *Reich*, cioè ad una dottrina decisionistica della sovranità, preparata negli anni Venti da Schmitt) il governo del *Land* Prussia presieduto dal socialdemocratico Otto Braun, e Heller come avvocato del partito socialdemocratico esautorato dal potere. Quest'ultimo — al contrario di Schmitt che espone la tesi della legittimità costituzionale del *Preußenschlag* — sostiene dinanzi alla Corte suprema di Lipsia il principio della incompetenza del governo e del Presidente del *Reich* a sciogliere il governo d'un *Land*, in parziale contraddizione — va detto — con la sua precedente ricostruzione del concetto di sovranità.

« Sovrano — dice Schmitt — è chi decide sullo stato d'eccezione » (113). Schmitt distingue così implicitamente tra stati di normalità e situazioni di eccezionalità. Nel contesto dei primi è sufficiente la legge ordinaria: qui è la norma formale a reggere il corso degli eventi. È solo in casi eccezionali che interviene il potere normativamente incontrollato d'una istanza superiore, il “custode della costituzione”, che è a sua volta per certi versi anche la forza creatrice della costituzione. Heller va al di là della definizione di Schmitt, pur non condividendo molti dei suoi argomenti sui poteri del Presidente del *Reich* e soprattutto la tesi secondo cui sarebbe il Presidente il

(112) Per una veduta d'insieme su questa vicenda, cfr. *Die Deutsche Staatskrise 1930-33: Handlungsspielräume und Alternativen*, a cura di H. A. Winkler, Oldenbourg, München 1992.

(113) C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Souveränität*, VI ed., Duncker & Humblot, Berlin 1993, p. 13.

soggetto sovrano del *Reich*. (Si noti — per inciso — l’ambivalenza perdurante nella dottrina pubblicistica tedesca dell’epoca nel denominare uno stesso corpo politico ad un tempo *repubblica*, nozione eminentemente costituzionalistica, e *Reich*, concetto carico di connotazioni mitologiche). Il soggetto sovrano per Heller è il popolo: « Nel *Reich* tedesco [...] la formula di Schmitt: sovrano è chi decide in definitiva se esiste effettivamente lo stato normale, varrebbe non per il Presidente ma per il popolo » (114).

Per certi versi però — come si è già anticipato — Heller va oltre la formulazione di Schmitt. Heller infatti ritiene che sovrano è solo quell’ente che detiene il diritto — scusate il bisticcio di parole — di violare il diritto. « L’esistenza o positività di un ordinamento giuridico ha come preconditione l’esistenza o fattualità di un’unità di decisione che in certi casi può infrangere quell’ordinamento » (115). Il diritto si erge così — afferma Heller citando Bodin — su una *legibus soluta potestas*: « cum lex ab eius voluntate pendeat, qui summam in Republica potestatem adeptus est, et qui sua lege, subditos omnes tenere, ipse vero teneri non potest » (116). La sovranità — in questa prospettiva — implica la legittimità della violazione del diritto; è tale possibilità legittima di infrangere la legge che denota la sovranità. E ciò — la possibilità legittima della violazione del diritto — non segna o presuppone uno “stato d’eccezione”, una situazione di eccezionalità, di guerra o di pericolo, bensì rappresenta la *normalità* del fenomeno giuridico. La normalità del diritto è la normalità della legittimità della sua violazione, almeno da parte di una “unità universale di decisione”. Il significato della persona sovrana dello Stato è quello di una « istanza territoriale che decide in modo universale eventualmente anche *contra legem* » (117).

Heller, quello stesso che poi difenderà il *Land* Prussia contro l’usurpazione di poteri messa in atto dal governo del *Reich*, giunge a denunciare come un’illusione lo Stato federale e l’autonomia dei *Länder* — in linea con un’impostazione che è comune anche a Rudolf Smend. Heller utilizza qui argomenti che certo non gli

(114) H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 177.

(115) Ivi, p. 194.

(116) Vedi ivi, p. 102.

(117) Ivi, p. 181.

avrebbero giovato dinanzi allo *Staatsgerichtshof* di Lipsia, quando tenterà disperatamente di salvare il governo socialdemocratico della Prussia dal commissariamento ordinato dal governo di centro-destra di Franz von Papen ⁽¹¹⁸⁾. « Si può sempre tentare di costruire lo Stato membro — scrive a proposito dello Stato federale — come se fosse coordinato allo Stato superiore. Ma questo tentativo si rivela sempre fallimentare non appena si comprende che la costituzione complessiva che è al di sopra di entrambi è in sé compiuta solo perché viene realizzata da unità viventi di volontà. I limiti di queste unità di volontà in caso concreto di conflitto possono però essere decisi solo da un'unità universale di decisione e non certo stabiliti una volta per tutte dalla costituzione, nonostante la precisione con cui essa può essere stata preparata. *Lo Stato federale è perciò uno Stato soltanto perché in caso di conflitto è in grado di decidere autoritativamente* » ⁽¹¹⁹⁾.

In un'animata discussione con Kelsen in materia di giustizia costituzionale Heller sostiene che non è possibile giuridicizzare appieno i rapporti tra federazione e stati, ovvero tra *Reich* e *Länder*, ciò a riprova anche dell'impossibilità di formalizzare mediante regole di diritto il potere statale. Vi sono manifestazioni di questo — è l'argomento — che non si addicono a costituire oggetto di regolamentazione giuridica. Si confermerebbe dunque la tesi secondo cui la giustizia costituzionale è impraticabile come controllo efficace sugli atti di imperio del potere politico. « Anche il teorico deve ammettere che i conflitti tra federazione [*Bund*] e stati [*Länder*] non sono sempre passibili di risoluzione giudiziale, e deve pure in questo caso riconoscere i limiti della giustizia costituzionale » ⁽¹²⁰⁾. Quando pronunciava queste parole Heller ovviamente non poteva prevedere che di là a qualche anno si sarebbe visto costretto ad

⁽¹¹⁸⁾ Von Papen sarà più tardi ambasciatore della Germania hitleriana in Austria negli anni cruciali che precedono l'*Anschluss*. Un sarcastico ritratto di quest'uomo politico si trova in J. ROTH, *Öffentliche Warnung vor einem Diplomaten*, in Id., *Unter dem Bülowbogen. Prosa zur Zeit*, a cura di R.-J. Siegel, Kiepenheuer & Witsch, Köln 1994, pp. 292-294.

⁽¹¹⁹⁾ H. HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 185-186. Corsivo mio.

⁽¹²⁰⁾ H. HELLER, intervento sulla relazione di Hans Kelsen "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" tenuta a Vienna il 23 aprile 1928, in « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer », Heft 5, p. 114.

affermare una tesi opposta, vale a dire che il Tribunale supremo di Lipsia aveva piena competenza a dichiarare incostituzionale il commissariamento del *Land* Prussia da parte del *Reich* (il *Preußenschlag*) e a reinsediare nelle sue legittime funzioni il governo regionale estromesso da von Papen e Hindenburg.

Anche i diritti degli individui sono, nel decisionismo helleriano così come nella teoria degli *status* di Georg Jellinek ⁽¹²¹⁾, graziose concessioni del potere sovrano: « Finché non si giunge all'unità universale di decisione tutti i soggetti giuridici hanno senz'altro i loro diritti 'propri' ed i loro diritti di autorità, ma giuridicamente, anche se certo non storicamente, essi li derivano tutti da quell'unità universale di decisione » ⁽¹²²⁾. Anche su questo punto, così sensibile per il diritto pubblico, non sembra esservi una differenza decisiva tra le posizioni di Heller e quelle del giuspositivismo più "classico".

Giungiamo dunque alla definizione di sovranità offerta da Heller: « sovranità è la proprietà di un'unità di azione e di decisione universale sul territorio, in forza della quale per garantire il diritto essa si afferma in modo assoluto eventualmente anche contro il diritto » ⁽¹²³⁾. Anche qui riecheggia l'influenza del tanto criticato Georg Jellinek, e il pensiero giuridico di Heller si dimostra tutto immerso nella tradizione statalista del giuspositivismo germanico. « La sovranità — aveva scritto vent'anni prima Jellinek — invero non implica necessariamente l'effettiva modificazione del diritto tramandato, ma solo la possibilità giuridica di modificarlo in ogni momento. Di tale possibilità si fa naturalmente uso solo quando se ne dia l'occasione. Ma per colui che si è stabilito come sovrano non vi sono limiti giuridici insuperabili » ⁽¹²⁴⁾.

Muovendo da una siffatta nozione di sovranità, il diritto internazionale, come il diritto umanitario, si rivela pertanto una pia illusione. La stessa *Società delle Nazioni* — secondo questa prospettiva — nulla può *giuridicamente* di fronte alla potestà assoluta goduta dal singolo Stato sovrano. Su questo punto sì che emerge una netta divergenza con la dottrina di Kelsen. Questi, mediante lo

⁽¹²¹⁾ Vedi G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit.

⁽¹²²⁾ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 189.

⁽¹²³⁾ Ivi, p. 244.

⁽¹²⁴⁾ G. JELLINEK, *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht*, cit., p. 410.

Stufenbau, pone le norme di diritto internazionale pubblico al di sopra di quelle del diritto interno. Dinanzi all'alternativa tra una concezione monista e una concezione dualista del diritto internazionale, là dove la prima riconduce diritto nazionale e diritto internazionale ad un unico ordinamento, e la seconda afferma l'incommensurabilità dei due tipi di diritto, Kelsen — come è noto — sceglie l'opzione monista; la quale è anche quella di Heller. Kelsen però, a differenza di Heller, vede il diritto nazionale subordinato a quello internazionale ⁽¹²⁵⁾. Tutto il diritto, secondo il giurista di Vienna, può ricondursi per via gerarchica a norme superiori di diritto internazionale. Per Heller vale l'opposto, secondo un'idea comune nelle dottrine imperativistiche: tutto il diritto può ricondursi al diritto nazionale, al diritto dello Stato sovrano, anche quello internazionale ⁽¹²⁶⁾.

L'esito estremo dell'imperativismo è poi quello di negare carattere di vera giuridicità alle norme di diritto internazionale, configurandole come regole morali (com'è il caso dell'inglese John Austin discepolo di Bentham), oppure come stratagemmi ideologici o meccanismi consolatori per mascherare una situazione in cui l'unica regola valida è il diritto del più forte. Addirittura il diritto internazionale può essere visto, *à la Nietzsche*, come un viluppo di laccioli che impediscono all'unico vero diritto di affermarsi: che qui è anche e soprattutto quello del più forte. E Heller, da quel hegeliano che non ha mai cessato d'essere, riproduce una visione scettica se non addirittura cinica dei rapporti tra Stati sovrani. Il diritto internazionale in questa prospettiva è dunque — per così dire — condannato a morte. « Fino a quando — egli scrive — la pretesa assoluta dello Stato all'autoconsolazione verrà limitata solo dal diritto internazionale e nessuno Stato mondiale porrà fine a tale diritto e impedirà, in quanto unità territoriale universale di decisione e di azione, che la

⁽¹²⁵⁾ Vedi per esempio H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, I ed., cit., pp. 147 ss.

⁽¹²⁶⁾ È abbastanza significativo, e un po' triste, che la Corte Costituzionale tedesca nella sua discussa sentenza sulla costituzionalità dell'adesione della *Bundesrepublik* al Trattato dell'Unione Europea sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992 utilizzi (con una certa spregiudicatezza) alcune tesi di Heller per difendere la sovranità statale e l'omogeneità nazionale come idee-forza della forma politica democratica (vedi *BverfGE* 89, 155 [186]).

storia sia il tribunale terreno che dà ragione al violatore del diritto per il fatto di essersi imposto, fino a quel momento anche la sovranità di ogni Stato nel 'caso estremo' dovrà continuare ad esser una *legibus soluta potestas* nei confronti del diritto internazionale e della Società delle Nazioni » (127).

Heller non si rende conto d'evocare col suo decisionismo forze — che egli non è in grado di controllare — tutt'altro che benigne verso i più deboli e la democrazia. « Ma che fare — può ripetersi qui con Ernst Jünger, « il bardo pieno di talento della barbarie » (128) —, quando i deboli non riconoscono la legge e accecati aprono con le proprie mani il chiavistello che è tenuto chiuso a loro protezione » (129)? Il decisionismo è la teoria del più forte, privo di dubbi e di scrupoli, ed è per ciò stesso adatta a favorirlo. Di esso non profitterà il debole incapace d'imporre la propria decisione, né il dubbioso incerto sulla decisione da prendere, interessati così entrambi a regole del gioco imparziali, eque, ed aperte a considerazioni riflessive di giustizia. Il decisionismo sprigiona piuttosto energie, e dà origine a mentalità, avverse alla democrazia.

6. *Un difensore della Repubblica di Weimar. Dal decisionismo alla rivalutazione della costituzione formale*

Il libro sulla sovranità, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, è del 1927. Negli anni successivi Heller attenua pian piano il suo decisionismo. È poi la svolta drammatica del 30 gennaio 1933, l'avvento al potere di Hitler, che accelera il suo ripensamento della teoria decisionistica condivisa bene o male, ed a vari livelli, fino a quel momento. Il ripensamento si produce in particolare riguardo a tre grandi temi: (i) il rapporto tra diritto e potere, (ii) il concetto di costituzione, (iii) la nozione di verità nelle scienze sociali.

Nella postuma e incompleta *Staatslehre* troviamo un più critico

(127) H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 257.

(128) J. ROTH, *Die Literatur im Dritten Reich*, in ID., *Unter dem Bülowbogen. Prosa zur Zeit*, cit., p. 298.

(129) E. JÜNGER, *Auf den Marmorklippen* (1939), in ID., *Ausgewählte Erzählungen*, Klett, Stuttgart 1975, p. 182.

atteggiamento rispetto al decisionismo di Carl Schmitt, e maggiore tolleranza, comprensione e approvazione rispetto alle tesi di Hans Kelsen. Il passaggio seguente, ad esempio, è abbastanza indicativo di questo mutato atteggiamento: « Il diritto può essere però concepito come volontà solo se lo si intende al contempo come dover essere. Pertanto il potere statale di volontà che positivizza il diritto dev'essere presupposto sin da principio come relativo a norme. È un gran merito critico di Hans Kelsen l'aver costantemente sottolineato che la validità giuridica non può fondarsi sulla statuizione da parte d'un potere di volontà privo di norme [auf die Setzung durch eine normlose Willensmacht] »⁽¹³⁰⁾. Qui dunque l'istanza produttrice di diritto non può più essere *normlos*, priva di norme, oppure precedente, o non vincolata da, meccanismi normativi. Ora si afferma dunque che la decisione presuppone delle norme: si ritiene che essa non possa darsi come atto produttivo di diritto se non è investita di questo potere, e non vi è legittimata da norme.

Questa volta per Heller non è solo il potere che crea il diritto ma il diritto a sua volta ha un "carattere creativo di potere". Si afferma pertanto che il decisionismo di Schmitt soffre d'una prospettiva unilaterale e riduttiva: « Il carattere costitutivo del potere posseduto dal diritto è disconosciuto anche da Carl Schmitt. Oltracciò si confonde la normatività con la positività allorché si afferma che l'unità e l'ordine risiedono "nell'esistenza politica dello Stato, non nelle leggi, nelle regole e in qualche altra entità normativa". Proprio rispetto allo Stato normatività ed esistenza non rappresentano degli opposti, bensì condizioni l'una dell'altra. Invero il diritto formula "addirittura le leggi *esistenziali* essenziali della vita comunitaria degli esseri umani" »⁽¹³¹⁾. Non è più uno Stato indipendente da regole e concepito come mera potenza la fonte primigenia del diritto. Quest'ultimo anzi è ora considerato costitutivo dello Stato. Non v'è Stato — dice l'"ultimo" Heller — senza diritto; la politica richiede o presuppone l'esistenza di un diritto. « All'interno della dinamica dei rapporti storico-sociali di dominio una situazione di

⁽¹³⁰⁾ H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 216.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 220, corsivo nel testo; la prima citazione fatta da Heller è dalla *Verfassungslehre* di Carl Schmitt, la seconda da *Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit* di Erich Kaufmann.

potere diviene *status* politico sempre solo mediante il diritto. Senza il diritto con le sue qualità normative e tecniche lo Stato nella continua trasformazione di innumerevoli e incalcolabili processi integrativi non possiede né durata né struttura, dunque propriamente nessun tipo di esistenza » (132). Qui tra l'altro può leggersi una critica alla teoria dell'“integrazione” di Rudolf Smend (133), che subordinava potentemente il fenomeno giuridico ai meccanismi dell'integrazione sociale diffusa. Vi sono molteplici processi integrativi — replica Heller —, e questi non costituiscono ancora una unità politica, uno Stato, senza l'apporto determinante dello specifico meccanismo dell'integrazione *giuridica*.

Il concetto di costituzione è un buon esempio dell'evoluzione e delle perduranti ambiguità teoriche della dottrina dello Stato di Heller. Il capitolo sulla “costituzione dello Stato” è quello finale della *Staatslehre*. Questo si apre significativamente con la riproposizione dell'idea lassalliana di costituzione. Lassalle, nel suo scritto *Über Verfassungswesen*, afferma — come è noto — che la costituzione di uno Stato consiste non nella carta del documento costituzionale, bensì « nei concreti rapporti di potere esistenti in un paese » (134). Questa definizione raccoglie e riformula il pregiudizio marxista secondo cui il diritto sarebbe solo una “sovrastuttura”, riflesso di relazioni più profonde ed essenziali, e la conseguente strumentalizzazione del diritto. Il diritto qui è ridotto a *Machtverhältnis*. Nella *Staatslehre* Heller accetta in un primo tempo la nozione di costituzione proposta da Lassalle. Si rende però conto, abbastanza presto, della somiglianza di questa col concetto di costituzione materiale (o “positiva”: *positiver Verfassungsbegriff*) adoperato da Carl Schmitt (135) e con lo svuotamento di significato della costituzione e del costituzionalismo che ne

(132) *Ibidem*. Corsivo nel testo.

(133) Vedi R. SMEND, *Verfassung und Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1928. Al riguardo mi permetto di rimandare a M. LA TORRE, *Patologías del comunitarismo — Rudolf Smend y la teoría de la integración*, in *Literatura y política en la República de Weimar*, a cura di C. Flórez Miguel e M. Hernández Marcos, Editorial Verbum, Salamanca 1998, pp. 191 ss.

(134) F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen* (1862), in Id., *Gesammelte Reden und Schriften*, a cura di E. Bernstein, Vol. 2, Berlin 1919, p. 38.

(135) Vedi C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1928, pp.

consegue. Se la costituzione è solo e semplicemente il riflesso di relazioni di potere o addirittura equivale a queste relazioni, come potrà aspirare a determinare normativamente e ad ispirare idealmente i rapporti di potere medesimi, le dinamiche delle forze politiche, che costituiscono il suo principale oggetto di regolazione? Così Heller corregge la formula di Jellinek della “forza normativa del fattuale” attaccandole il *pendant* della “forza normalizzante del normativo”. « Giacché accanto a tale forza normativa di ciò ch'è fattualmente normale la forza normalizzatrice del normativo assume un significato del tutto proprio ed assai rilevante » (136). D'altra parte Heller riconosce la rilevanza dei principi accanto a quella delle regole nell'ambito del diritto, in particolare del diritto costituzionale. Adoperando una terminologia di Robert Alexy, potremmo dire che quello dell'ultimo Heller è un modello del diritto a due livelli, un *Regel/Prinzipien Modell* (137), il quale lo allontana da una concezione angustamente giuspositivistica o decisionistica. Secondo questa nuova prospettiva il sistema giuridico non consiste più solo di leggi o provvedimenti, di comandi del sovrano, ma è pieno d'altre cose, di *principi* soprattutto. Questi per loro natura non possono essere ricondotti a elementi d'una realtà solo empirica, fattuale, ma giocano un ruolo di regolazione ideale di condotte; la quale rimanda ad un'attività di ponderazione tra alternative contrapposte (ma non in contraddizione tra loro) e dunque ad argomenti di razionalità pratica (primo tra tutti il principio di proporzionalità tanto amato dalle odierne corti costituzionali) per stabilire una gerarchia delle varie alternative (dei principi) applicabili al caso concreto. In particolare — per quest'ultimo Heller — non è possibile comprendere e interpretare le norme costituzionali senza fare riferimento a principi del diritto. « La maggiorparte delle norme costituzionali positive non può né comprendersi né interpretarsi né applicarsi senza il ricorso ai principi del diritto, nemmeno là dove il legislatore non fa esplicito

20 ss. Anche tale concetto come altri della dottrina di Schmitt proviene dalla filosofia politica di Hegel da lui saccheggiata alla ricerca di efficaci metafore.

(136) H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 285.

(137) Vedi R. ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ora in Id., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, pp. 23 ss.

riferimento a questi. Giacché il diritto non è mai nella sua interezza ricompreso entro la lettera delle disposizioni giuridiche positive » (138). Che differenza con l'imperativismo ultravolontaristico di qualche anno prima!

Heller distingue cinque concetti di costituzione: due sociologici, e tre giuridici. Il più ampio di questi è il primo concetto sociologico per il quale vale la definizione di Lassalle: costituzione è la concreta struttura di potere di qualsivoglia gruppo sociale. Il secondo concetto, un po' più ristretto, è ancora di carattere sociologico, e denota la struttura di potere storicamente determinata di un certo paese. A questi due concetti sociologici corrispondono altrettanti concetti giuridici. Il primo è quello di *ordinamento giuridico*. La costituzione — in questo primo concetto giuridico — denoterebbe qualunque ordinamento giuridico. Più specifico è invece il secondo concetto giuridico di costituzione. Questo sarebbe quello di un ordinamento giuridico con certi contenuti: un ordinamento *per esempio* che assicurasse certe libertà individuali e la divisione dei poteri dello Stato. Ma né il primo né il secondo concetto giuridico di costituzione abbisognano di un testo scritto, di una carta costituzionale, per avere esistenza. Il secondo dei concetti giuridici appena menzionati può anche definirsi come quello di “costituzione materiale in senso stretto”, il quale — aggiunge Heller — è di certo più utile del primo concetto giuridico, considerata la estrema genericità di quest'ultimo.

Il quinto concetto di costituzione — nella lista di Heller — è quello “formale” rappresentato da una costituzione scritta nella quale sono contenuti i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico in questione. Ora è questo, quello “formale”, il concetto fondamentale nella nuova prospettiva adottata da Heller nonostante l'ambiguità derivante dalla reiterazione della formula di Lassalle: « Si conferma sempre in ultima istanza la tesi per cui la costituzione risiede nei concreti rapporti di potere » (139). Se si adotta il concetto di “costituzione materiale in senso stretto”, ogni Stato diventa uno Stato costituzionale. Ciò per un lato rende pleonastico o ridondante l'attribuzione della qualifica di “costituzionale” ad un certo ordine

(138) H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 290.

(139) Ivi, p. 292. Sui cinque concetti di costituzione discussi da HELLER, cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1994, pp. 297 ss.

politico, e d'altro lato modifica profondamente la valenza della "costituzionalità" di una istituzione o di un atto. La "costituzione materiale" (sia pure in senso stretto), essendo fondata sulla concreta dinamica dei rapporti politici, difficilmente può servire da modello ideale e dispositivo regolativo di questi.

D'altra parte per "costituzione" il pensiero giuridico moderno intende principalmente un modello regolativo dotato di certi contenuti e caratteristiche: principalmente la protezione di certi diritti degli individui e la divisione dei poteri dello Stato. La nozione di "costituzione materiale" infrange quest'uso moderno del termine. Uno Stato assoluto o dispotico — se si adottasse il concetto di "costituzione materiale" — sarebbe anch'esso uno Stato costituzionale. Ciò va però contro due secoli di storia "costituzionale". Non è un caso che uno dei difensori della nozione di costituzione materiale sia il solito Carl Schmitt, che si serve di tale nozione (detta da lui semplicemente *Verfassung*) per svuotare di significato la costituzione assai formale (una *Verfassungsgesetz* nella sua terminologia) di Weimar, contrapponendole una "materialità" (una "decisione") riempita di contenuti ideologici antidemocratici e comunque potendo giustificare in tal maniera qualunque infrazione o inadempimento della costituzione scritta.

In ogni caso — argomenta Heller —, se si vuole mantenere il concetto di "costituzione materiale" come insieme di pratiche o criteri utili all'interpretazione e alla dottrina costituzionale, ciò deve farsi prendendo in considerazione anche e soprattutto le norme e i principi formalmente sanciti nella costituzione scritta⁽¹⁴⁰⁾. La "costituzione materiale" sarebbe allora non più un concetto contrapposto a quello di "costituzione formale", ma qualcosa di più ampio di questa (che questa ricomprende), a cui rifarsi nell'eventualità dei "casi difficili", nell'eventualità cioè in cui l'interpretazione della costituzionalità di un atto giuridicamente rilevante presenti particolari difficoltà. La "costituzione materiale" sarebbe qui una costituzione *lato sensu*, per certi versi una sorta di teoria politica retrostante o di "integrity" alla Dworkin, mentre la costituzione *stricto sensu* sarebbe rappresentata esclusivamente dalla costituzione formale.

⁽¹⁴⁰⁾ Vedi ivi, p. 312. È questo il punto su cui si regge tutta l'interpretazione (in chiave antipositivista e "repubblicana") del pensiero di Heller avanzata da David Dyzenhaus. Si veda D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., in particolare pp. 164 ss.

Heller difende la rilevanza e — si può dire anche — la “dignità” della Costituzione di Weimar tanto poco amata nella Germania del primo dopoguerra. (Basti ricordare a questo proposito il cosiddetto *Fabnenstreit*, il conflitto sulla bandiera del *Reich* che la Costituzione di Weimar voleva rossa nera ed oro, mentre la destra si ostinava a sventolare pubblicamente, e negli edifici pubblici, il vessillo guglielmino rosso bianco e nero, i cui colori sono poi significativamente ripresi dalla bandiera nazista). Heller difende la Costituzione di Weimar rivendicando innanzitutto la specificità e lo speciale valore normativo del concetto formale di costituzione, ch  quello di Weimar   un testo scritto, una “costituzione formale” per l’appunto. La difende inoltre affermando che il “custode della costituzione” non   — come vuole Schmitt — il Presidente del *Reich*, una *Persönlichkeit* alla maniera di Mjineheer Peepekorn, il personaggio carismatico dello *Zauberberg* di Thomas Mann, bens  l’elettorato e l’insieme dei suoi rappresentanti, il *Parlamento*. Nell’importante studio *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* presentato come relazione alla severa assemblea dei pubblicisti di lingua tedesca nell’anno 1927 la sua tesi principale   che « nella Costituzione di Weimar bisogna essenzialmente intendere come legge *la norma giuridica suprema posta dal potere legislativo del popolo* »⁽¹⁴¹⁾.

Contro ogni tentazione presidenzialistica e plebiscitaria, fortemente alimentata negli anni Venti dal pensiero di Schmitt, Heller, che pure — come si   visto — condivide in parte, almeno fino alle soglie degli anni Trenta, una impostazione decisionistica, difende con forza le prerogative del Parlamento repubblicano. Il parlamentarismo di Heller   addirittura tanto forte che sfocia in una sorta di “assemblearismo”, vale a dire in una teoria che concentra tutti i poteri dello Stato nell’assemblea dei rappresentanti del popolo. Il decisionismo qui serve a giustificare non le tentazioni autoritarie d’una dottrina restia a rigettare il “principio monarchico”, imbellettato appena da “principio presidenziale”, e pronta all’occasione a trasformarlo ancora in *Führerprinzip*, bens  l’onnipotenza del potere legislativo. Il soggetto della decisione sovrana, eventualmente contro la legge medesima,   — nella concezione di Heller — esclusivamente

⁽¹⁴¹⁾ H. HELLER, *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar*, trad. it. cit., pp. 333-334. Corsivo mio.

il parlamento. Ciò si presta — come si è già accennato —, oltre che ad una interpretazione squisitamente teorica, ad una spiegazione in termini prettamente politici. Nella Germania di Weimar dei tre poteri dello Stato l'unico nel quale siano presenti in maniera massiccia forze democratiche e repubblicane è proprio quello legislativo. Il potere giudiziario e quello esecutivo sono ancora saldamente in mano ad un ceto di funzionari il cui ethos rimane quello del *Beamten* guglielmino. « La giustizia non fu mai repubblicana — scriveva nel dicembre 1932 Heinrich Mann in un saggio che dà quasi per scontata la catastrofe imminente —, ciascuno lo vedeva; né lo fu l'esercito e l'università. Nessun settore dell'amministrazione fu penetrato da sentimenti repubblicani »⁽¹⁴²⁾. Non è certo per un caso che la dottrina giuridica più conservatrice (quella di Erich Kaufmann⁽¹⁴³⁾, tanto per intenderci, o quella del giovanissimo Karl Larenz⁽¹⁴⁴⁾) si adoperi per allargare l'ambito dei poteri interpretativi e creativi del giudice né che essa abbia come riferimento istituzionale supremo non il potere democratico del Parlamento ma quello tendenzialmente autoritario del Presidente del *Reich*, e tenti di configurare quest'ultimo come potere in ultima istanza dittatoriale⁽¹⁴⁵⁾.

Vi è poi un'ulteriore mossa teorica di Heller in difesa della costituzione repubblicana: la rivendicazione del carattere *normativo* di questa. Nella *Staatslehre* la costituzione non è vista più come una *decisione* d'una unità politica che preesiste alla costituzione medesima e che non è soggetta ad alcuna norma. Per l'«ultimo» Heller

⁽¹⁴²⁾ H. MANN, *Das Bekenntnis zum Übernationalen*, in ID., *Der Haß. Deutsche Zeitgeschichte* (1933), a cura di P.-P. Schneider, Fischer, Frankfurt am Main 1987, p. 25. Si legga, tra l'altro, anche K. TUCHOLSKY, *Die Unpolitische* (1925), ora in ID., *Zwischen Gestern und Morgen*, antologia di scritti e poesie, a cura di Mary Gerold-Tucholsky, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1995, p. 133: « Ja, sehen Sie, Frau Zinschmann, es ist ja vieles faul in dieser — ehimm — Republik. Aber, Gott sei Dank, unser altes preußisches Richtertum, das hält doch noch stand. Das hält stand ».

⁽¹⁴³⁾ Su cui cfr. E. CASTRUCI, *Tra organicismo e "Rechtsidee". Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Giuffrè, Milano 1984.

⁽¹⁴⁴⁾ Si veda ad esempio K. LARENZ, *Das Problem der Rechtsgeltung*, Junker und Dünnhaupt, Berlin 1929, p. 40: « Il giudice secondo il suo concetto non è organo del legislatore, bensì è organo del *diritto* » (rendo col corsivo lo spaziato del testo).

⁽¹⁴⁵⁾ Su questa vicenda, cfr. K. SONNTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, III ed., DTV, München 1987.

l'unità politica prende forma invece grazie alla costituzione che ha rispetto ad essa efficacia costitutiva. « Il carattere costitutivo del potere posseduto dal diritto ci vieta di concepire la costituzione come “decisione” di un potere privo di norme » (146). La teoria del *pouvoir constituant*, ripresa significativamente da Carl Schmitt, ha — denuncia Heller — una storia poco edificante: essa sarebbe un artificio dottrinale per giustificare la restaurazione del potere monarchico dopo le convulsioni della rivoluzione francese (147). Il *pouvoir constituant*, il soggetto che produce la costituzione, è anche — è questa l'opinione di Heller — *pouvoir constitué*: si tratta di un potere cioè che si costituisce anche grazie al patto costituzionale e che non può darsi indipendentemente da questo. « Si può contrassegnare come potere costituente quella volontà politica che è in grado di determinare l'esistenza dell'unità politica nel suo complesso. Una moltitudine d'esseri umani senza normazione non ha né volontà capace di decisione né potere capace di azioni, né tantomeno possiede autorità » (148). Su questo punto centrale per una dottrina costituzionalistica Heller prende così le distanze dalla sua precedente esaltazione della *potestas legibus soluta* del parlamento. Ora questo non è più giuridicamente onnipotente, e deve inchinarsi ai principi iscritti nel patto costituzionale. Il baricentro della dottrina del giurista austro-tedesco comincia ad oscillare tra la “fatticità” dei rapporti di potere e la “validità” dei principi costituzionali, fin quasi a fermarsi su quest'ultima.

7. Verità e politica

Uno dei punti sui quali più accentuato è il ripensamento di Heller all'indomani del *Preußenschlag* e dell'avvento al potere di Hitler è — come si è accennato — la concezione della verità nelle scienze politiche e sociali. Tale ripensamento è netto nella voce

(146) H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 313.

(147) Vedi ivi, p. 314. Per un'informazione generale dei problemi connessi a questa nozione controversa del diritto costituzionale moderno, cfr. M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico*, ora in Id., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 215 ss.

(148) H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 314.

Political Science, che rappresenta una sorta di suo testamento spirituale. In precedenza aveva adottato una posizione vicina alla cosiddetta “sociologia della conoscenza” che riporta le tesi cognitive ad atteggiamenti volitivi, a preferenze, o ad interessi, anche non percepiti riflessivamente dal soggetto conoscente, e dunque mette in dubbio l’indipendenza della conoscenza rispetto alla volontà o all’interesse. Nella *Staatslehre* e, in modo più succinto e perciò più pregnante, nell’articolo *Political Science*, Heller si sbarazza dello scetticismo e del sociologismo difesi fino ad allora. L’insistente affermazione — dice — della dipendenza delle forme di conoscenza da fattori storici e sociologici mette in pericolo non solo la teoria ma anche la pratica politica ⁽¹⁴⁹⁾. « Se ogni pensiero politico-giuridico è soltanto espressione di una situazione specificamente storico-sociale ed individuale — così Heller scrive già nel 1929 nelle sue *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* ⁽¹⁵⁰⁾ —, se generazioni e classi, partiti e nazioni, non appartengono ad alcun contesto comune di senso, fra questi non può sussistere alcuna base comune di discussione nella teoria e nella pratica politica, e neppure è possibile un comportamento razionale, bensì soltanto un agire che mira a prevaricare l’avversario con la violenza » ⁽¹⁵¹⁾.

Il guaio è però non solo che Heller aveva assunto negli anni precedenti quelle stesse posizioni che ora sottoponeva a critica, ma soprattutto che egli non sapeva liberarsene, pur riconoscendone e segnalandone l’inesattezza e addirittura la pericolosità. « La separazione della dottrina dello Stato dalla politica — aveva scritto in *die Krisis der Staatslehre* appena tre anni prima ⁽¹⁵²⁾ —, conseguenza del miraggio di una scienza della cultura avalutativa e completamente priva di presupposti, va abbandonata, perché è impossibile e dan-

⁽¹⁴⁹⁾ Vedi H. HELLER, *Political Science*, cit., p. 71.

⁽¹⁵⁰⁾ In « *Archiv des öffentlichen Rechts* », Vol. 16, 1929.

⁽¹⁵¹⁾ H. HELLER, *Osservazioni sulla teoria contemporanea del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 377.

⁽¹⁵²⁾ In « *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* », Vol. 55, 1926, pp. 289-316.

nosa. L'insieme delle idee relative allo Stato restano legate alle contrapposizioni ed agli interessi presenti nei conflitti sociali » (153). Ora, nell'articolo del 1929 questa posizione, la contestualizzazione radicale della conoscenza, viene rinnegata. Tuttavia quest'ultimo scritto si conclude nella maniera seguente: « Non vi è dunque nessuna scienza dello Stato e del diritto che sia indipendente dalle decisioni perché non può essere indipendente dalla storia, e i nostri atti conoscitivi nella teoria politica e giuridica sono sempre al tempo stesso atti di decisione » (154). Anche qui dunque — come si vede — l'atteggiamento teorico di Heller rimane incerto ed ambiguo.

Dinanzi a Hitler padrone della Germania, alla testa di Gorgone del potere che ora si mostra sollevando il velo del diritto positivo, lo scetticismo di Heller, vale a dire la sua prospettiva gnoseologica imperniata su una sorta di *Wissenssoziologie*, si dirada. Si attenua del pari il "relativismo" dell'amico e compagno Gustav Radbruch, il quale — come è noto — all'indomani della caduta del regime nazionalsocialista si impegnerà in una vivace revisione del giuspositivismo da lui prima professato in direzione di un moderato giusnaturalismo laico (155). Non possiamo sapere purtroppo quale sarebbe stata la posizione di Heller nel 1945; è certo comunque che nel 1933 la sua fede in una verità con pretese di oggettività e universalità è piena e ormai priva di qualsiasi tentennamento. Tra conoscenza e interesse — ammette — v'è ovviamente una forte relazione; ma alla conoscenza è riconosciuto ora uno statuto suo proprio, e le sono ascritti criteri di accertamento e giustificazione separati dall'interesse. Heller si avvicina a Settembrini e prende le distanze da Naphta, seguendo un percorso che è per certi versi simile a quello compiuto, dieci anni prima, da Thomas Mann. Anche Mann muoveva dal *Machtstaatsgedanke*, nella sua versione conservatrice però (156), mentre Heller interpreta lo "Stato di potenza" da una

(153) H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, trad. it. cit., p. 58.

(154) H. HELLER, *Osservazioni sulla teoria contemporanea del diritto e dello Stato*, trad. it. cit., p. 394.

(155) Si legga ad esempio G. RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in ID., *Rechtsphilosophie*, VI ed., a cura di E. Wolf, Koehler, Stuttgart 1963, pp. 335-337.

(156) Il maggior documento di questa fase del pensiero di Mann (un prolisso catalogo dei luoghi comuni del più reazionario nazionalismo tedesco) è costituito — come è noto — dalle sue *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918).

prospettiva progressista e socialista. In entrambi — in Mann fino alla metà degli anni Venti, in Heller fino ed oltre le soglie degli anni Trenta — è stato forte il richiamo del nazionalismo tedesco à la *Fichte*, ed ha vibrato la corda della *Kultur*, della *Gemeinschaft*, d'una società dai tratti antiliberali, di contro alla *Zivilisation*, alla *Gesellschaft*, di contro insomma alla modernità.

Con la fine della Repubblica di Weimar — che coincide tragicamente con la fine dell'esistenza terrena di Hermann Heller — non è più plausibile una tesi relativista forte. Il “nuovo” che avanza — il regime hitleriano — è chiaramente, evidentemente, *oggettivamente*, un *male*. Dinanzi a una tale enorme quantità di ingiustizia insistere sulla relatività della verità morale e politica non può che condurre o alla complicità col male o all'indebolimento della resistenza contro questo. Il relativismo finisce per delegittimare qualunque idea e valore per consegnarli al dominio della forza, alla relazione “amico/nemico” celebrata da Carl Schmitt. Ciò è colto con acutezza da Heller che riproduce quasi alla lettera un passaggio delle sue *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* del 1929: «Se però ogni coscienza politica è solo l'espressione d'una situazione del tutto individuale, se tra generazioni e classi, tra partiti e nazioni, non c'è un'unità significativa, allora nella politica teorica e pratica non si dà nessuno *status vivendi* che possa mediare tra quelli in termini intellettuali, nessuna base di discussione, nessuna relazione razionale e morale, ma soltanto un'attività che mediante il potere sopprime o annienta l'oppositore»⁽¹⁵⁷⁾. Il ritornello dell'“*Es ist alles halt relativ*”⁽¹⁵⁸⁾ è tutt'altro che un'efficace difesa della tolleranza.

Heller dà scacco al relativismo in tre mosse.

(i) La prima di queste è la riaffermazione dell'invalidità logica dell'argomento *ad personam*. Il fatto che il sostenitore di una certa teoria sia affetto da determinati vizi, abbia una certa costituzione, sia nato in un certo gruppo, assuma un certo comportamento,

⁽¹⁵⁷⁾ H. HELLER, *Political Science*, cit., p. 72.

⁽¹⁵⁸⁾ Su cui si esercita feroce il sarcasmo di Ödon von Horvath che lo vede come un'arma in mano ai nemici della democrazia. Si legga Ö. VON HORVATH, *Gesammelte Werke*, a cura di T. Krischke, Vol. 3, *Italienische Nacht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, pp. 11, 13, 34, 51.

ovvero il fatto che una certa teoria possa o abbia potuto servire certi interessi o sia sorta in un certo contesto storico, tutto ciò non è ancora un argomento sufficiente a illustrare nel merito la teoria in questione, ed è dunque incapace di dirci qualcosa di definitivo sulla correttezza di questa. Bisogna esaminare il contenuto “ideale” o semantico proprio della teoria invece di fissarsi sulle caratteristiche particolari del soggetto che la difende, ovvero sulla sua genesi storica o sociologica ⁽¹⁵⁹⁾. Queste possono e devono certo essere tenute in conto, ad esempio per accertare la coerenza di quella certa teoria con altri principi accolti dal soggetto che ne è il portatore o con le condotte che si assumono come risultato dell’adozione della teoria, tuttavia mai *prima facie* per impedire un discorso di merito sul contenuto semantico della teoria.

(ii) La seconda mossa è quella della rivendicazione della trascendenza della conoscenza rispetto al contesto in cui è stata ottenuta. La conoscenza esprime, per sua intrinseca costituzione, la pretesa a una validità universale, che va ben al di là del tempo e del luogo in cui è stata espressa. Nel mondo vi sono costanti che sfuggono all’influenza della storia e della tradizione. Ciò vale anche per il mondo tipicamente umano, e persino per la politica, l’ambito che sembrerebbe maggiormente consegnato al contingente ed al conflitto degli interessi degli esseri umani storici. « Nel processo politico vi sono, in effetti, certe costanti immutabili che sfuggono alla ragion pratica del relativista storicista e sociologista » ⁽¹⁶⁰⁾, là dove la più importante di queste “costanti” risulta essere « la natura dell’uomo » ⁽¹⁶¹⁾.

(iii) Con una terza mossa Heller sospinge i relativisti contro la loro stessa tradizione, che sia quella della *Kultur* mitteleuropea oppure quella liberale dell’Occidente. « L’insensata osservazione di Spengler secondo cui Archimede con tutte le sue scoperte scientifiche probabilmente ha avuto minore influenza sulla storia “reale” di quel soldato che lo uccise nell’assalto di Siracusa è particolar-

⁽¹⁵⁹⁾ Si tratta dunque di un procedimento opposto a quello raccomandato da tanta filosofia storicista e in Italia, com’è noto, da Benedetto Croce. Del quale per esempio si legga *La storia come pensiero e come azione*, Laterza, Bari 1996, pp. 135 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ H. HELLER, *op. ult. cit.*, p. 74.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*.

mente adatta ad accelerare la dissoluzione della cultura occidentale. Tuttavia anche se un tale crollo della nostra civiltà avesse effettivamente luogo, Archimede avrebbe ancora un posto nel patrimonio dell'Occidente incomparabilmente più importante di quello del suo assassino » (162). Il relativismo non è difendibile né dal punto di vista universalistico proprio del pensiero moderno ma nemmeno da quello particolaristico interno ad una determinata tradizione, giacché la tradizione dentro la quale si sviluppa il relativismo è ancora quella della modernità e dell'universalismo. In una comunità fornita di un ethos cognitivo e morale compatto la comunità si proietta non come particolare bensì come universale; o meglio una tale comunità non problematizza i suoi atti cognitivi e morali e attribuisce loro la certezza assoluta del senso comune. Soltanto una comunità nella quale conoscenza ed etica siano divenute riflessive — dunque una comunità il cui ethos non è più fornito dal senso comune e non può che ritenersi plurale o pluralista — rende possibile la percezione della relatività (sia essa anche meramente storica) dei dati cognitivi e morali. La *Kultur* — questa la conclusione di Heller — è un prodotto della *Zivilisation*, e non può — per quanti sforzi faccia — tirarsi fuori da questa (163).

Heller, al contrario di Kelsen (164), va oltre Pilato immobilizzato dalla domanda “cos'è la verità?”; entrambi, Pilato e Kelsen, assai simili ai giuristi o legisti contro cui si dirige il sarcasmo del Nuovo Testamento. Il relativista radicale è come quei giuristi di cui Gesù dice che, pur avendo la chiave per l'accesso alla verità, la negano a sé ed agli altri (165). Ma — è stato detto autorevolmente — « chi non

(162) Ivi, p. 75

(163) Da Heller però il concetto di “Kultur” era stato in precedenza giocato contro quello di “Zivilisation”, d'una sfera pubblica riflessiva e discorsiva. Cfr. in merito le considerazioni di M. HERNANDEZ MARCOS, *Hermann Heller: hacia una definición sociocultural de lo político*, in *Literatura y política en la República de Weimar*, a cura di C. Flórez Miguel e M. Hernández Marcos, cit., pp. 63 ss.

(164) Vedi H. KELSEN, *Staatsform und Weltanschauung* (1933), ora in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, scritti scelti di H. Kelsen, A. J. Merkl e A. Verdross, a cura di H. Klecatsky, R. Marcic e H. Schambek, Vol. 2, Europa Verlag, Wien 1968, pp. 1941-1942. E cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione*, Vol. 1, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 189 ss., e G. ZAGREBELSKY, *Il « crucifige! » e la democrazia*, Einaudi, Torino 1995.

(165) Vedi Luca 11, 52.

crede alla verità sarà tentato di rimettere ogni decisione, ogni scelta, alla forza, secondo il principio che, siccome non si può comandare ciò che è giusto, è giusto ciò che è comandato »⁽¹⁶⁶⁾. Heller oppone al relativismo innanzitutto la riaffermazione della possibilità della verità: *vi è una verità*⁽¹⁶⁷⁾. E poi ripone questa, nell'ambito della politica, nella natura dell'uomo, nei suoi bisogni, e nella sua capacità di soffrire e gioire, e di riflettere sulla propria esperienza: *la verità è l'uomo*⁽¹⁶⁸⁾. Così, ben prima di Radbruch, egli approda ad una teoria del diritto naturale.

⁽¹⁶⁶⁾ N. BOBBIO, *Verità e libertà*, ora in ID., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d'ombra, Milano 1994, p. 65.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. D. DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 256: « Heller differs from political liberals [...] in that he is committed to the truth of the democratic account of the legitimacy of law ».

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 182.

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

CONVERSACIONES CON DIFUNTOS.
LUIGI CAIANI: ANALOGÍA.

Paolo Grossi
dignitatis restitutori iuris civilis scientiae

“Retirado en la paz de estos desiertos
Con pocos, pero doctos libros juntos
Vivo en conversación con los difuntos
Y escucho con mis ojos a los muertos
Si no siempre entendidos, siempre abiertos
O enmiendan, o secundan mis asuntos
Y en músicos callados contrapuntos
Al sueño de la vida hablan despiertos”
(FRANCISCO DE QUEVEDO, fragmentos de *Gustoso el autor con la soledad y sus estudios*,
escribió este soneto, Parnaso Español).

1. A guisa de introducción: un recuerdo juvenil. — 2. Una voz de la *Enciclopedia del Derecho*. — 3. Un descubrimiento personal de los juicios de valor en la interpretación jurídica. — 4. “Reaccionario por asco de la greña jacobina”. — 5. Ciencia y pseudo-ciencia en el tema de la analogía. — 6. La analogía como norma sobre la producción de normas. — 7. La aporía de una distinción escolar. — 8. ¿Intérprete legislador? — 9. Racionalidad del argumento y razonabilidad del resultado en la interpretación jurídica. — 10. El recurso a la “tópica”. — 11. Las limitaciones de la “tópica”. — 12. De vuelta a la razonabilidad. — 13. ... y de vuelta a los Jueces. — 14. Torniamo al giudizio? — 15. Un fragmento tardío de la conversación con Caiani: *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*. — 16. Juicios de verdad y juicios de valor. La necesidad de *suffragia historiae implorare*. — 17. *Ius dicere: ludus, certamen, labor cum difficultate coniunctus*. — 18. Caiani, de nuevo: “El juicio que dice el Derecho”. — 19. “El punto y la línea” o de la pobreza del jurista positivo. — 20. Una imposible *ultima Thule*: el mundo del Código. — 21. Dos egregias enseñanzas. — 22. ¿Qué fue el Código? *Assolutismo giuridico*. — 23. ¿Qué será del Código? *Decodificazione*. — 24. La analogía como vórtice de los “señores del Derecho”. — 25. Un proyecto de reconstrucción.

1. *A guisa de introducción: un recuerdo juvenil*

Nieva. En la ventana del *salottino* del siglo XVIII de la *domus hispanica bononiensis* contempla distraído el discurrir de los copos hacia el suelo el joven aprendiz de Derecho, trasterrado a la elegante *caput iuris*, sin que logren abandonarle los ecos de la ciudad riente y mentirosa, allá en el lejano, en el profundo, en el misterioso y mágico sur. Piensa que Italia es tierra de ciencia, y que por eso está aquí, lejos de aquel desilustrado paraíso. Por un instante, cree oír los burlones espíritus de decenas de generaciones de colegiales, que le sugieren que es mejor buscar las tierras de la vida: siente como si sus espectros dolientes e ilustres (Antonio Agustín, “*vir ad miraculum eruditus*”, Elio Antonio de Nebrija, “*linguae hispanicae pater*”, Maese Rodrigo Fernández de Santaella, “*Studii Generalis Hispalensis conditor*”, y tantos otros) le recordasen que los días del amor y del placer son los únicos sensatos; pero él, como ellos, ha escogido otra vía, que al cabo de los años resultará una *viacrucis dolorosa*, la de quien abraza un oficio que tiene por meta una utopía, y además una utopía sin la que los hombres no sabrían vivir, la Justicia.

Pero es casi un adolescente, y aún le quedan muchas esperanzas, sin saber que serán casi del todo vanas: y ahora, al escribir estas líneas, al divisarse los últimos recodos, le consuela ese “casi”, ese “casi” que justifica su existencia de estudioso, de práctico, de político, aunque sea, al cabo, mínima.

2. *Una voz de la Enciclopedia del Diritto*

Es gris la tarde boloñesa, y el Colegio de España respira un silencio laborioso: “tarde parda y fría de invierno, los colegiales estudian...”. Siente que él pierde el tiempo, y entre remordimiento y aburrimiento, sus ojos recalcan en la benemérita *Enciclopedia del Diritto* de Giuffrè que el magnífico (con deliberada minúscula, para deliberado elogio) Rector Verdera ha hecho colocar allí. La obra aún no estaba completa, eso será muchos años después, cuando ya haga tiempo de los máximos y vanos entorchados académicos, y tenga, lo que es una paradoja constante de su vida, poquísimas ilusiones, pero las mismas convicciones y la misma inaplacable curiosidad. Entre los

primeros tomos, como es lógico, los de la letra A, y, en concreto, el que contiene la voz *Analogia* ⁽¹⁾, de Luigi Caiani.

No sabe poqué, sin gran entusiasmo, un poco forzado, comienza a leerla. No ignora que Caiani, prematuramente desaparecido, es filósofo del Derecho; y eso no es un aval para el joven lector, puesto que él viene de un país donde, en aquellos momentos, y con alguna excepción, la Filosofía del Derecho es en gran medida torpe adoctrinamiento de un iusnaturalismo miserablemente escolástico: sólo los años y la libertad corregirán ese dislate del pensamiento, y, a veces, dado que su país es de armas tomar, de la acción.

El índice de la voz es preciso, ordenado y detallado, como buen índice italiano. La prosa límpida y nada verbosa, lo que no es siempre la regla en Italia. La exposición, de una digna y decorosa humildad que respira paciencia, sapiencia y convicción. En aquel momento el joven aprendiz no puede saber que está ante una obra cuya reflexión le acompañará toda la vida, porque será su particular breviario del drama del jurista, el drama de su pensamiento, de su estatuto epistemológico, de su ansia por la objetividad, la seguridad y la certeza; ansia tantas veces defraudada. Analogía...

3. *Un descubrimiento personal de los juicios de valor en la interpretación jurídica*

Los vagos ecos de la enseñanza escolar: la interpretación extensiva, las lagunas de la ley, la *analogía legis*, la *eadem ratio*, el recurso a los principios generales del Derecho, la meditación de lo que sea Derecho excepcional... allí está todo aquello; con refinada técnica, con precisa indicación, pero poniendo, al tiempo, de manifiesto que, en última instancia, los íntimos problemas del razonamiento jurídico están en el terreno de la axiología y no en el de la lógica de la mecánica subsunción. Es decir, en el juicio de valor, y no en la pureza del silogismo, entre otras cosas porque una premisa expresa o implícita de éste es siempre aquel.

Los pocos conocimientos, a la postre no es mas que un aprendiz, no le permiten entonces ir mucho mas allá, pero ya le sobresalta un

(1) *Analogia*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, pags. 348 ss.

lejano fantasma que le atormenta desde sus tiempos de *dupondius*: ¿es el Derecho una ciencia, o al menos un saber objetivo al abrigo de los dictados de los poderosos? Si, como poéticamente dice Giradoux en *No habrá guerra de Troya*, el Derecho no es la coraza de los débiles, ¿para que sirve?. ¿No será llegado el momento de ajustar las cuentas con la idea (que en aquellos convulsos días parece incontrovertible, so capa de ser despreciado como misero expositor de alienada ideología) de que el Derecho — Vichinski *dixit* ⁽²⁾ — no es otra cosa sino la expresión de la voluntad de la clase dominante? ¿O el Estado encarna el Derecho como punto de encuentro de la ética y el consenso? O, más radicalmente, ¿no herirá la solución del problema pensar el Derecho sólo en clave de Estado?

4. “Reaccionario por asco de la greña jacobina”

Fuera, en las calles del “*bel paese*”, ruge el rebufo del mayo francés; falta poco para que se comience a hablar de “uso alternativo del Derecho” y de “praxis jurídica emancipatoria” ⁽³⁾.

Curiosamente, el jurista solitario (es todo lo que ha llegado a ser, su único signo de identidad verdadero, siempre ha pensado que el pensamiento jurídico de un sujeto envuelve demasiada sangre propia, demasiados prejuicios o juicios — que más da — propios, demasiados conceptos elaborados — inconscientemente, las más de las veces — como propios; y por ello, es siempre un pensamiento solitario, lo que no significa ni incomunicado, ni incomunicable, ni autoelaborado), al que fastidia profundamente que se le considere un *sesantottino*, entre otras muchas cosas, porque no lo fue, y las turbas le molestan (“reaccionario/por asco de la greña jacobina”), siempre tuvo la sensación de que nunca pasaría nada realmente decisivo, y que no vería otra cosa en su vida que capitalismo más o menos benévolo; aunque a decir verdad, nunca esperó verlo con una faz tan cruda como la de hoy.

Pero por eso, por su nula vocación revolucionaria, salvo que las revoluciones sean o vayan acompañadas de un mudo cambio de las

⁽²⁾ U. CERRONI, *El pensamiento jurídico soviético*, Madrid, 1977, traducción de *Il pensiero giuridico sovietico*, 1969.

⁽³⁾ P. BARCELLONA - G. COTURRI, *Stato e giuristi*, Bari, 1974.

conciencias, todas aquellas preguntas le parecían vitales entonces; y se lo siguen pareciendo ahora, porque desde siempre se consideró vitalmente unido a su oficio, y este le ordena trabajar, *de iure condito* o *de iure condendo* con los datos de lo establecido; al final, se dice hoy irónicamente, un reformista.

5. *Ciencia y pseudociencia en el tema de la analogía.*

Hoy, tras tantos años, quiere algo escribir sobre la nunca interrumpida conversación con Caiani, con demasiada frecuencia silenciado en obras sobre la analogía, sobre todo en esas llenas de lógica simbólica, que desde luego él no critica, porque carece de competencia para ello; pero que le dan la sensación de la huida de los filósofos a un imposible sueño matemático; una vez más, los hombres del Derecho ya están de vuelta, mucho antes que los economistas, los sociólogos, y este tipo de filósofos: el contacto con el caso concreto, lleno de huesos, de carne y sangre, por ser de la vida (“un cuento contado por un idiota, una historia llena de estruendo y de furia”), le evitan este tipo de ociosidades intelectuales; los juristas saben perfectamente que los números pueden servir para explicar el mundo que previamente se ha entendido, y no al revés; pero al que ahora escribe (pues sólo espera de quienes le oigan con bien dispuesto entendimiento) de la pasión pseudocientífica de otros se le da un ardite, bastante tiene con combatir la de los propios, incluso la propia.

6. *La analogía como norma sobre la producción de normas*

A su modo de ver, el grueso de los problemas se puede percibir o aludir (no cree el solitario jurista que los dioses del Olimpo jurídico le permitan otra cosa que no sea la percepción o la alusión) desde algo muy simple, y que no siempre se pone de manifiesto con todas sus consecuencias, y es que la analogía es un procedimiento (valga la neutra palabra) de producción de normas, con todo lo que ello puede significar desde la teoría de las fuentes del Derecho; pero tal vez sea mejor dejar apartado este aspecto, a lo mejor por el momento, dado

que el tema es como el famoso cesto de cerezas, y de repente lo olvidado, o querido olvidar, se muestra de modo imperioso.

En todo caso, que esto es así, conocido resulta, y Tarello (otro ilustre difunto que se suma a esta conversación de vez en cuando) nos muestra que en el origen, antes de la llegada de los Códigos, la analogía era, ante todo, norma sobre producción de normas ⁽⁴⁾.

7. *La aporía de una distinción escolar*

Pero hay algo más.

Habitualmente nos encontramos con la analogía cuando llegamos a la teoría de la interpretación de las normas, aunque sea para decir que una cosa es la interpretación y otra la integración analógica de eso que llamamos, por una convención, y sin demasiado afinamiento, el Ordenamiento jurídico. Pero que esa distinción es aporética, al menos si se toma de modo tajante, lo vemos enseguida, desde el instante en que hay una norma que hay que interpretar, precisamente aquella de la que se predicará la *eadem ratio*; y que sea una norma legal o un principio general del Derecho, sobre lo cual habrá que volverse, no inficiona la validez del discurso. Si no es así, no se comprende demasiado bien por qué tenemos tanta dificultad para disecar la analogía de la interpretación extensiva (*lex dixit, sed lex dixit minus quam voluit*); y por qué el procedimiento analógico, es, en muchos casos, por no decir en todos, el reverso lógico y la consecuencia inevitable de haber desechado previamente la vigencia del argumento *a contrario* (*quando lex voluit, dixit; si lex tacuit, noluit*), es decir, un argumento “interpretativo”; no puede dejar el que escribe de recordar quea alguno de sus escolares, alguno de los que pertenecen de verdad, por encima de la mediocridad circundante, a la *cupida legum iuventus*, cuando, como ejemplo de la distinción entre interpretación e integración analógica, se le cita la “prohibición de confesores” (recordémosla, artículo 752 del Código Civil: “No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o

(4) G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

instituto”) muestra la escéptica opinión sobre si es analogía o interpretación extensiva comprender en ella al sacerdote de un credo que no conozca la confesión auricular, e incluso sobre si no será que la norma sólo se aplica restrictivamente al sacerdote católico, y en realidad *lex dixit magis quam voluit...*

8. *¿Intérprete legislador?*

De todo ello descende una llana consecuencia, y es que la escisión entre interpretación e integración del Ordenamiento por vía analógica, sobre la base de la existencia en la primera y no en la segunda de un “material hermenéutico previo” no deja de ser una tautología, de la que sólo se escapa con un entendimiento *a priori* de lo que sea “material hermenéutico previo”, lo que derechamente nos devuelve a la petición de principio; y todo ello, dejando a un lado si todo proceso interpretativo no es, irremediamente, un proceso creativo, y por consiguiente, integrativo; y si toda lógica no es (ana)lógica.

En el fondo, no se puede salir de toda esta palabrería, una vez más, sin el recto entendimiento de que todos los problemas jurídicos se resuelven en la historia; la única ciencia jurídica “realmente existente”, diría un marxista canónico, lo que hace muchos años que dejó de ser, si alguna vez lo fue, se dice *en passant*, el jurista solitario, entre otra cosas por hartazgo de la trivialidad de casi todos los marxistas canónicos. Y el problema histórico de la analogía, y ya lo resaltaba nítidamente Caiani, no es otro sino el de la tormentosa relación entre legisladores (es decir, los que vemos, ya se verá con qué parca base, como creadores del Derecho *ab origine*) e intérpretes, y señaladamente entre estos, los jueces. No se eche en saco roto que el dogma de la separación de poderes en nuestro sistema europeo continental no quiere a aquéllos como creadores del Derecho; y, no obstante, se ve obligado por la fuerza de la “dura cabeza de los hechos” a quererlos y no quererlos, o si se prefiere, a quererlos *ma non troppo*; y viene a la memoria el tormentoso problema de la casación, particularmente tormentoso en el Derecho Español, que admite su fundamentación por infracción, *equiparada a la de la ley*, de la llamada “doctrina jurisprudencial”; “doctrina jurisprudencial” por ello vista con ojos foráneos como una especie de extraño injerto

de obsequio del precedente, una suerte de *stare decisis* español, origen de un hispánico vector, no tan explícito *ultra fines Hispaniae*, sobre la cuestión de si la jurisprudencia es fuente del Derecho.

Sea como fuere, y donde fuere, desde el instante en que admitamos que el procedimiento analógico, no es un argumento interpretativo (de acuerdo con la doctrina tradicional) sino un mecanismo productor de normas (lo que dicha doctrina tradicional no suele extraer, al menos explícitamente, de su propio planteamiento), si esto admitimos, se puede decir, aunque sea con una algo ruda simplificación, que el problema de la analogía no es otro que el del intérprete legislador. “Intérprete legislador” que, en la formulación clásica del Derecho Público liberal, es una suerte de monstruo indeseable, una especie de oxímoron jurídico. Valga decir, para descanso de equívocos, que no se habla de la “interpretación auténtica”, que plantea otra suerte de problemas, aunque se vislumbra que tal vez con algún oscuro vaso comunicante con el tema de que ahora se escribe.

En fin, asumamos que el principio general, en aquella formulación clásica, es el siguiente: una es la tarea de quien coloca en el mundo los mandatos abstractos y generales, y otra la de quien intenta aplicarlos al cambiante y casuístico devenir de ese mismo mundo.

9. *Racionalidad del argumento y razonabilidad del resultado en la interpretación jurídica*

Si se parte de ello, y se cree (creencia que no puede ser trascendente, como una suerte de “fundamento apriorístico”, a lo Reinach⁽⁵⁾; creencia que sólo es una creencia histórica, y por ello mismo contingente) que la forma “liberal” del Derecho y del Estado es, si no la única pensable, la única aceptable en el día de hoy, entramos en una colorida feria de contradicciones, y de cuadraturas del círculo. En efecto. Si consideramos al intérprete como legislador, las exigencias de racionalidad de la argumentación y de razonabilidad del resultado (que, como con agudeza teórica se ha dicho⁽⁶⁾, son dos cosas distintas, pero

(5) A. REINACH, *Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil*, Barcelona, 1934.

(6) A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.

agudeza práctica algo lejana de la realidad de la vida del Derecho, lo que no es pecado venial: “el honor de la jurisprudencia es ser una ciencia para la práctica”, dijo en algún lugar Windscheid) serían exigencias parecidas a las de los *interna corporis* del legislador; exigibles sí; pero incontrolables también.

Ni que decir tiene que ya oye el civilista en soledad las airadas voces: justicia del cadí, creación libre del Derecho, vulneración del principio de legalidad, desconocimiento de la voluntad popular como única legitimadora de las normas, dictadura de los jueces. No hay que dejar de decir que esas airadas voces pueden contener un grado de verdad, e incluso un alto grado de verdad; y así el ambiente, temeroso de ser acusado casi de un delito perseguible de oficio contra la estructura del Estado, abandona el campo... de momento. Y acepta, por ahora, que la racionalidad del argumento y la razonabilidad del resultado son exigibles siempre al aplicador del Derecho.

10. *El recurso a la “tópica”*

Pero con ello, es más que obvio, los problemas están muy lejos de haber acabado.

Definir la racionalidad de la aplicación jurídica como coherencia lógico-formal del razonamiento y apoyo más o menos mediato del mismo en una o algunas normas, como mínimo es una definición en abstracto, y por tanto, pese a su apariencia de precisión, vacía. Es claro que la lógica del razonamiento puede no ser unívoca, incluso dentro de un mismo sistema lógico-formal; y que el apoyo más o menos mediato en alguna norma es un requerimiento cuasi evanescente; es difícil imaginar un aplicador del Derecho que sea tan poco hábil que no pueda encontrar una invocación, y una invocación plausible, o cuando menos aceptable, a alguna norma.

Cierto es que en ese modo de ver las cosas hay un punto de exageración, y el perplejo observador admite sin empacho que incluso más de un punto; no olvida que la “tópica” jurídica acuñada, como puso de relieve el clásico Viehweg (7) es un indicativo inexcusable para ese razonamiento. Ello es importante, sin duda; si los

(7) *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953.

topoi son lugares comunes, por propio imperio son puntos de encuentro; ello no es nada despreciable, pero como habrá de verse, tan sólo desde un punto de vista empírico o pragmático. A la naturaleza del problema no añade solución intrínseca alguna, porque la pregunta siguiente es la del niño del poema: ¿quién hizo el cielo y lo puso ahí? ¿Quién creó los *topoi* y los puso ahí, para uso del intérprete o aplicador analógico del Derecho? Es muy de temer que la respuesta real, es que, aunque en tiempo histórico largo, los crearon y los pusieron ahí los mismos intérpretes y aplicadores del Derecho: y fue el suyo un acto de creación de aquellos que *in sola voluntate consistunt*.

De todos modos, que una manera de argüir, una aprehensión de un concepto o una institución, se entiendan a lo largo de una uniforme línea en un arco histórico prolongado, no es baladí, ni inútil para una relativa seguridad jurídica o certeza del Derecho, que en el fondo es de lo que se está hablando.

11. *Las limitaciones de la "tópica"*

Ahora bien, la "tópica" hay que tomarla entera, tal como es.

Y tal como es, su madre es la Retórica, y así nos lo enseñó Viehweg. La Retórica "noble", tal como nos la describe el imprescindible Ferrater Mora (8): "la posibilidad de descubrir teóricamente lo que puede producir en cada caso la persuasión" (Aristóteles); "arte de pensar con justeza, arte general guiado por la sabiduría", y no la mecánica elocuencia: *verborum volubilitas inanis atque irridenda est* (Cicerón); "estudio de los medios de argumentación que *no dependen de la lógica formal* y que permiten obtener o aumentar la adhesión a las tesis que se proponen para su asentimiento" (Perelman y Olbrechts-Tyteca) (subrayado mío); "y esto es más plausible cuanto que ciertas disciplinas como la ética, la política y buena parte de la "filosofía general" contienen solamente opiniones plausibles que deben ser "demostradas" mediante argumentos meramente plausibles. Tales argumentos son los que tienen sus premisas "abiertas" y constantemente sometidas a revisión". Si hemos de partir de aquí, y ello, permítase la enésima redundancia, parece

(8) *Diccionario de Filosofía*, tomo 1, Madrid, 1987, voz *Analogía*, pags. 147 ss.

plausible, sustituir ética y política por Derecho y plausibilidad por razonabilidad, no es descabellado; como no lo es que la supuesta dicotomía racionalidad-razonabilidad, aunque aguda disección, no lo es de dos operaciones separadas, sino de una sola: la racionalidad lógico formal no tiene por qué regir como un corsé *a priori*; antes bien, sólo se puede predicar de racional la argumentación que lleva al resultado razonable; dicho de otra manera, sólo lo que como resultado sea razonable legitimará la racionalidad del argumentar.

12. De vuelta a la razonabilidad

De vuelta, pues, a la razonabilidad.

En verdad, nuestra cultura jurídica (se piensa ahora por contraposición al *common law*) no ha avanzado mucho en esa dirección. Vivimos bastante presos de la idea de que, una vez instalado despóticamente el parámetro de la voluntad de la ley, de la ley como mandato inequívoco, tal concepto de razonabilidad es residual o instrumental del entendimiento de ese mandato.

Por eso, para nosotros, *civilians lawyers*, razonable es lo indicativo del comportamiento correcto; razonable es lo que se predica como adjetivo de un sujeto, “hombre razonable”; y cuando nos hemos ocupado del estándar del *reasonable man*, pensábamos, con una buena dosis de intuición, pero tampoco escasa de pereza mental a la hora de ver las diferencias, en la antropomórfica visión de nuestro *bonus pater familias*, y, de manera menos antropomórfica, al menos en apariencia, en la “buena fe en sentido objetivo”, la italiana *correttezza*. Es claro que este cambio resulta *strada morta*. El hombre razonable, pasemos porque sean lo mismo el *reasonable man* (*the man in the Clapham's omnibus*) ⁽⁹⁾ y el *bonus pater familias* ⁽¹⁰⁾, es el que se debe comportar como tal en las relaciones con los demás, no es el llamado a decir qué regla general se aplica a él y a los demás; es más, se le supone razonable (o al menos, a ello debe en gran parte que se le suponga) porque actúa de acuerdo con un *sentido prees-*

⁽⁹⁾ F. De FRANCHIS, *Dizionario giuridico italiano-inglese*, Milano, 1984, voz *Reasonable man*, pag. 1340.

⁽¹⁰⁾ G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, *Riv. dir. civ.* (6), 1984, primera parte, pag. 709 ss.

tablecido de las reglas. Y que ese sentido preestablecido sea fruto de la conciencia social, o de la práctica jurisprudencial, o de un inequívoco mandato del legislador, o de un entendimiento acuñado por la ciencia jurídica, nos devuelve al principio de la cuestión; y en todo caso, a la falta de autonomía previa de la razonabilidad como parámetro para la interpretación de las normas, o la integración del Ordenamiento.

13. ... y de vuelta a los Jueces

En última instancia, a la hora de la interpretación una cosa son las relaciones entre individuo e individuo, más o menos autogobernadas por ellos (el paradigma de la relación obligatoria de origen contractual), y otra bien distinta los mandatos a la generalidad contenidos en la ley; sólo en aquellas el “hombre razonable” tiene su acomodo natural. Y lo que se dice de la interpretación, reduplicado se dice para la analogía: no hay analogía en la integración contractual, salvo que se quiera creer en la llamada “interpretación integradora”, *monstrum vel prodigium vel portentum* (aunque ilustres nombres nos hablen de ella, como Betti ⁽¹¹⁾: cierto que, en su caso, por particulares razones, solo para los negocios jurídicos *mortis causa*), interpretación sin nada que interpretar; recurso a la “voluntad presunta” o la añeja *Voraussetzung* (¡ oh, nuevamente manes del mítico Windscheid!) de los contratantes para eludir la (ahora, sí) manifiesta e inequívoca voluntad de la ley de que el procedimiento de integración contractual se haga a través de la propia ley, los usos o los principios generales; lo que encubre (mal) operaciones de dominio del contratante poderoso en materia de condiciones generales de contratación; claro que esto es otro cuento, y contarle no sería la narración de una conversación con difuntos, sino de una contienda con vivos. Lo único que interesa resaltar es que el estándar de la razonabilidad no nació en la sede de la interpretación de la ley. Como resulta casi grosero observar, no tiene en sí mismo sentido hablar de “juez razonable”; por más que conviene que los jueces lo sean, en otro vulgar y más inmediato entendimiento.

Todo lo más a lo que se llega por esta vía es a pedir que los

(11) E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

jueces estén firmemente adheridos a la realidad, y perciban con justeza el “núcleo de consenso” social vertebrado por la percepción de los valores del hombre medio. Demasiado poco como canon, y demasiado poder deferido a los jueces, tal vez con ningún deseo de él por parte de ellos, pero que pueden, quizás con la peligrosa ayuda del subconsciente, acabar concibiendo al hombre razonable como una *abstracta* proyección antropomórfica del *concreto* Tribunal. Siempre, como un *ritornello* obsesionante, cual bolero de Ravel, los jueces.

14. *Torniamo al giudizio?*

Por ello no es de extrañar el alarmado grito de Carnelutti: *torniamo al giudizio!* (12); y las singulares consideraciones al respecto de Satta (13); y al fondo, la conmovedora reflexión de Capograssi sobre *giudizio processo scienza verità* (14).

Aquel nos dirá de la necesidad de cerrar el ciclo de la ciencia del proceso, y comenzar la ciencia del juicio, esto es, el estudio de la lógica interna del acto de juzgar; el segundo nos advertirá de la inhumanidad del proceso, de su falta de sentido por la imposibilidad de cristalizar en el tiempo la acción que se juzga, para verla en toda la dimensión del inmenso devenir: esto es, tarea sólo de Dios; porque, y a la postre, caracterizado el proceso por un tercero que juzga, ¿donde encontrar un verdadero tercero cuando en cualquier cuestión están comprometidos el orden, la propiedad, la vida, el pensamiento de los hombres?. Si se piensa con algo de detenimiento, la propuesta de Carnelutti encierra el núcleo de la respuesta a la desesperada pregunta de Satta, y curioso resulta el destino de ser en tantas cosas especulares dos científicos mal avenidos por vida.

Pero es el último, el filósofo, autocalificado de ingenuo paseante, quien pretende desde la reivindicación de verdades primarias, suministrarnos algún consuelo a estas tremendas perplejidades; perplejidades sin cuya solución, sin alguna orientación, ya no podremos

(12) *Torniamo al giudizio?*, *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1949, pags. 665 ss.

(13) *Il mistero del processo*, en *Soliloqui e colloqui di un giuristi*, Padova, 1985, pags. 3 ss.

(14) *Giudizio processo scienza verità*, *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1050, pags. 1 ss.

seguir viviendo como juristas, porque toda la vida del Derecho habrá devenido puro arbitrio, pura subjetividad, puro poder. En la soledad de su cuarto de trabajo, más de treinta años después de aquella nevosa tarde emiliana, el jurista solitario de nuevo se enfrenta con la terrible cuestión: ¿habrá dedicado su oficio, y por eso, para él, casi toda su vida, a perseguir un vano fantasma?

Es la conclusión final del ensayo capogrossiano la que le sirve de esperanza y desconsuelo, a un único y dramático tiempo: todo se resuelve en creer en la verdad? de nada sirve ningún principio, ningún dogma, ningún artificio técnico, si no se cree en la verdad, como objetivo final del juicio, del proceso, de la ciencia; pero ¿acaso es posible creer en la verdad? Ciertamente es que la pregunta *quid est veritas?* suele ser, como pregunta abstracta, el rechazo de creer en verdad alguna, que siempre es verdad concreta, para el concreto juicio. Pero ¿hay verdad, puede haber verdad en la solución del caso concreto?. No sabemos si la hay, o si podemos descubrirla, lo que a remate de cuentas viene a ser lo mismo, pero cierto es que desde luego sólo podremos predicarla del caso concreto.

Aquí se revela de nuevo el dramático dilema de la interpretación o de la analogía: verdad del caso concreto que hay que obtener desde el mandato general, que en una objetividad general tan solo piensa. ¿Como se traslada esa objetividad general a la verdad concreta, que sea su propia, única, e inexcusable verdad, pero cumplimiento de aquella objetividad? Inexcusable el proceso, que intenta revivir ante los ojos del juez, de acuerdo con precisos ritos, con ordenadas garantías, la acción pasada y agotada, para que pueda devenir concreta la ley, que es general y abstracta, pero que de algún modo está viva y presente, lo que por definición no sucede con aquella acción.

La ciencia, la vieja ciencia del Derecho, seguía diciendo Capogrossi, todo lo que pretendía era ayudar al juez en este fatigoso recorrido de lo abstracto a lo concreto, procurar a la conciencia del juez la certidumbre moral, que no certidumbre física o metafísica; certidumbre moral, esto es, confianza en el normal desenvolvimiento de la vida, “en la que ninguno se cuida de tener la absoluta certidumbre, pero todos confían en aquella especie de seguridad sintética y conjunta, que dan la normal naturaleza humana, las normales apariencias de la acción y la viva expectativa de que estas

apariencias no defraudarán. Puesto que se trataba de formar una conciencia con tal certidumbre, aquella vieja ciencia intentaba analizar lo vivido, encontrar la normalidad de los comportamientos de los hombres, percibir en su sustancia lo que es el cuadro sólido y habitual de la vida... Su búsqueda era una búsqueda de verdad objetiva, verdaderamente inherente a la vida misma. No se ha tratado de lógica abstracta y formal, sino de todo lo contrario, de la lógica misma del objeto”.

Tras la estupenda página, que parece abocar a la búsqueda de la “normalidad de la vida” (y viene al pensamiento la idea de si el hombre razonable no es el que encarna esa normalidad), la no menos estupenda idea, tantas veces olvidada cuando se lee el ensayo de Capograssi, de que la mejor vía de resolver las crisis de la experiencia (*id est*, de la vida concreta) es seguir la razón práctica de la ley; y precisamente los problemas han surgido por no haberla seguido, “por haber interrumpido el flujo de la razón objetiva que da la vida a la experiencia”.

Indudablemente, al grande genio del filósofo no escapa que esta lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez: queda el juzgar en su parte más delicada y secreta, el momento en el cual el *hombre-juez*, “no se sabe si con su inteligencia o su voluntad o con todo sí mismo, dice la última palabra”. *Tu magis scire potes, ex sententia animi tui existimare potes!*, queda siempre como la reverencia a “un momento eterno del juzgar”. Y se acerca al pensamiento la frase del Justice Marshall, siempre mal entendida, porque no es una frase cínica, sino descriptiva de ese eterno momento, para el juez *crux et carnificina officii sui*: “nosotros no hablamos al final porque seamos infalibles, somos infalibles porque hablamos al final” (15). Ahora bien, a este último momento, no sometible a análisis, y por consiguiente, aún menos a regla, el juez llega a través de la mediación de la lógica objetiva, y a través del proceso, que es el cauce de aquella mediación; y pasadas estas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, puede descender a su elección, con tranquilidad de conciencia, por mucho que sea y sólo sea un acto de libertad.

(15) En L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Nueva York, 1978, pag. iii.

15. *Un fragmento tardío de la conversación con Caiani: I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*

Pero la enseñanza capograssiana sólo nos deja un momento tranquilos, porque en el fondo no deja de ser una egregia lección metodológica, pero sólo eso, y destinada a resultar satisfactoria sólo en épocas y territorios de valores jurídicos consolidados y plenamente aceptados. ¿Acaso estamos en condiciones de saber, en nuestro convulso mundo, cual es la “normalidad de la vida”, cual la “lógica objetiva”, cual la “razón práctica de la ley”? ¿Dónde están las “certidumbres morales” que la ciencia puede suministrar al juez? ¿Es la ciencia la que debe suministrar esas certidumbres? ¿De dónde las obtiene?. En la tarde banal y dulzona, y aún así llena de penas y violencia, en la que el sur anuncia una nueva primavera, no deja de percibirse que el mundo cambia en direcciones incontroladas. En la terminología marinera, se anuncian no sólo tormentas, sino “mar confusa”. Y de todo ello, le parece que contrasena o programa, es el alarmado grito de *tornare al giudizio* lo único que resta en pie. Queda por ver si es realizable.

Y de nuevo, es el ilustre e injustamente olvidado Caiani quien comparece en la plaza, ahora explicitando un rico pensamiento en un libro, precisamente llamado *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* ⁽¹⁶⁾. Libro de lectura de edad algo más tardía, algo más lejana de aquel entrevisto problema de la ida juventud, lectura sometida a los filtros del mayor oficio y de la mayor desilusión, pero, pobre de mí, a las mismas ansias de verdad, o si se quiere, de la misma implacable curiosidad.

16. *Juicios de verdad y juicios de valor. La necesidad de suffragia historiae implorare*

Porque todo nos ha conducido, de manera inevitable, a los juicios de valor.

Caiani nos informa que el tema de la peculiaridad de los valores jurídicos, el “reconocimiento de la acción en su objetividad a los fines del juicio” está ya cuando menos implícito en remotas y

⁽¹⁶⁾ *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

variadas formulaciones jurídicas, a lo que añade la melancólica precisión de que toda la historia del esfuerzo humano para aclarar un sistema de valores válidos universalmente y objetivamente no ha llegado a otra conclusión que no sea la constatación del propio fracaso. Empero, y no obstante que en este dominio “el caos de las valoraciones es proverbial”, la necesidad de ahondar, por cuanto se refiere a la experiencia jurídica, es inevitable, por la razón de que el juicio de valor jurídico no es fruto de un pensamiento incondicionado, sino que viene determinado por la existencia de un acto precedente, que constituye al mismo tiempo el límite y la razón de la validez y de la existencia del juicio de valor mismo; el juicio puramente subjetivo está por definición excluído: nunca es un juicio de valor *sobre* el Derecho, sino un juicio de valor *en* el Derecho; por el imperativo de que la vida del Derecho está dominada por la necesidad de garantizarse a sí misma contra la arbitrariedad y la incertidumbre; y si no se garantiza como tal, vida del Derecho no será.

Por ello, el juicio de valor en el universo jurídico no puede ser nada más que el juicio interpretativo; y en un sistema de normas generales, o si se quiere, de leyes, el juicio persigue desde la generalidad y la abstracción la triple finalidad de la justicia del caso concreto, la integración de las lagunas, y la evolución en su conjunto del Ordenamiento. De ello se deduce que todo el problema de la interpretación jurídica es el de la naturaleza del juicio interpretativo. No obstante, resulta difícil aceptar que haya la esencial diferencia entre actividad del legislador y del intérprete que predica Caiani. Eso sería, lo venimos diciendo desde el principio, escamotear la peculiar problemática de la analogía, donde el intérprete crea una norma. Ciertamente es que en la analogía siempre partimos de la existencia de un dato normativo que es precedente (la norma *idem ius* a la que adjudicar la *eadem ratio* vista en el caso lagunoso), pero para aplicarla como consecuente al juicio sobre la existencia de las lagunas; más verdad parece que el legislador “puro” carece de previos condicionantes, en abstracto considerado, y en todo caso si se trata del legislador constituyente, o del ordinario, donde no exista o esté limitado el control de la constitucionalidad de las leyes. En el fondo no vale decir que interpretar no es producir normas, que la analogía no es interpretación para negar su función productora de

normas. Pero todo esto carece de importancia esencial, y al tiempo se verá, cuando se intente alargar el discurso y extenderlo a terrenos más productivos.

Ahora bien, conviene distinguir, siempre Caiani, entre juicios de verdad o de realidad, y juicios de valor. La cuestión dista de ser banal, con solo la evocación hecha hace poco de Capograssi, y su radical llamada a la verdad del juicio. No se puede, en principio, dejar de estar de acuerdo con Caiani con la afirmación de que los juicios de valor, en el fondo no son verdaderos juicios, porque en ellos, en un análisis final no se determina lo verdadero y lo falso, sino su valor disuasorio para un cierto comportamiento. Ello aclara la naturaleza esencialmente retórica del juicio, ya lo habíamos visto; pero no es menos cierto que la intensidad disuasoria del juicio, si se quiere su intensidad retórica, no es siempre la misma, sino que está condicionada por lo que *históricamente* una sociedad acepta como *sus verdades*. Inútil la búsqueda de la *verdad*, que si existe como absoluto será en las ciencias de la naturaleza, nunca las del espíritu. Como apunta el propio Caiani, Kelsen incluso se permite distinguir netamente una actividad interpretativa de una judicial, y rechazar esta última al plano de lo irracional y de lo emotivo, en cuanto enunciadora precisamente de juicios de valor y no solamente de legalidad o de hecho ⁽¹⁷⁾.

En conclusión, la validez de los valores, y de los juicios jurídicos que de ellos se deducen y dependen, siempre según Caiani, debe encontrar su propia medida y sus propios cánones no en un paradigma de abstracta científicidad, como verificabilidad empírica o control lógico-formal, sino aspirar a la profunda racionalidad que encuentra expresión en las fundamentales exigencias normativas de la conciencia común; donde los valores valen precisamente como expresión normativa de las orientaciones y fines sociales que históricamente se vienen afirmando e imponiendo. Por mucho que el propio Caiani nos quiera indicar que el reconocimiento de la función y la validez social de los valores no significa necesariamente la afirmación de la relatividad y condicionalidad histórico-ambiental

(17) *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, en *The American Political Science Review*, 1948, pags. 906 ss.

de los valores mismos, recurrir a la experiencia axiológica, en cuanto experiencia humana, siempre será *suffragia Historiae implorare*.

Claro es que este ilustre difunto no se detiene en esa llamada, que podría abonar el más burdo sociologismo, la más inane referencia a perspectivas parciales de la Historia, y en todo caso, suponer el abandono del estatuto epistemológico del jurista positivo. Este no es un historiador, ni siquiera en el papel del más próximo a él, el historiador del Derecho; es un jurista que hace sus cuentas con la Historia, pero para el Derecho que le ha tocado vivir; por eso, los juristas positivos siempre añoraremos a los historiadores del Derecho, “avezados a ver en los cuerpos muertos los principios perennes de la vida”, y siempre necesitaremos su ayuda, su inestimable *lungimiranza*; pero las convulsiones del mundo son nuestro propio precario reino, o si se quiere, el lugar de las perplejidades de donde debemos extraer alguna solución a los problemas de la vida que fluye bulliciosamente, cohorte de concretas acciones en movimiento, que no podemos detener, que no podemos dejar morir para ver qué principio perenne representaban, y que debemos jurídicamente enjuiciar.

17. *Ius dicere: ludus, certamen, labor cum difficultate coniunctus*

Porque no se trata de enjuiciar, sino de enjuiciar *jurídicamente*.

La precisión es muy necesaria, aunque pueda parecer obvia. En efecto, juicio evoca la tarea de juzgar, que es originariamente una tarea jurídica: se diría que la más intrínsecamente jurídica; pero no es menos cierto que juicio también significa discernimiento, crítica, incluso decisión, mecanismo del pensamiento y de la voluntad que no siempre, o mejor dicho, en muchas ocasiones, no pertenecen al Derecho.

Tan cierto es que necesitamos acotar la función jurídica de juzgar apelando a otra palabra, jurisdicción, esto es, *ius dicere*, decir el Derecho. Solamente el juicio que dice el Derecho, el juicio jurisdiccional, es el juicio jurídico. Y entiéndase de la manera más lata el término jurisdicción, aunque ya sabemos, lo tenemos dicho tantas veces, que es la jurisdicción como poder la que plantea la más profunda agonía en este tema. Agonía, juego, lucha, difícil trabajo: *ludus, certamen, labor cum difficultate coniunctus*.

Pero ese juego, combativo y laborioso, los que hemos abrazado este oficio, como una cruz se abraza, lo jugamos siempre, seamos o no jueces. Una cruz para agonizar, *alteri Christi* en perpetuo calvario, sin consuelo, porque salvamos a poca gente, y casi nunca a pobre gente, se dice a sí mismo el melancólico jurista solitario.

18. *Caiani, de nuevo: "El juicio que dice el Derecho"*

El juicio que dice el Derecho nos lo describe Caiani con magníficas palabras.

“Juicios de valor, por así decir, objetivados, separados y liberados de las condiciones y de los motivos y de las situaciones problemáticas que los provocan... pertenecientes al momento de la voluntad querida (“volontá voluta”), esto es de la voluntad ya traducida en las formas y las estructuras de un determinado sistema de categorías y definiciones preconstituídas, en todo o en parte, por una volición abstracta precedente... En esto está precisamente el carácter sustancialmente conservador del Derecho en el momento legislativo, que siempre intenta mantener todo desarrollo nuevo en los límites conceptuales de lo que ya ha sido contemplado con anterioridad, dejando a la jurisprudencia la tarea de buscar el acuerdo entre las exigencias de continuidad y renovación del ordenamiento... Así el discurso del intérprete, si quiere ser verdaderamente válido, debe moverse sobre un plano ideológico-valorativo, precisamente el no científico del legislador, y no sustituirlo por juicios lógico-formales o de hecho... Antes bien, debe situarse en la misma dimensión, en el mismo principio productor de la norma, y más ampliamente del entero ordenamiento al que pertenece, en la búsqueda de una coherencia de su discurso con las propias valoraciones normativas que constituyen la inmanente racionalidad de dicho ordenamiento, no abstracta sino histórica”.

Racionalidad inmanente, histórica, que gobierna los juicios del intérprete “reconstructivos o estáticos” (llamados a la reconstrucción tendencialmente objetiva de la valoración originaria implícita en las normas) y los “recreadores o dinámicos”, destinados a suplir una falta actual de previsión legislativa, o a hacer frente a exigencias ideológicas y a situaciones de hecho originariamente no satisfechas o no previstas.

Es obvio (declina la tarde de abril en el minúsculo gabinete) que, esclarecida la naturaleza del acto interpretativo, *lato sensu*, “reconstructor” o “recreador”, el resto de las certidumbres, de las pocas certidumbres que se puedan obtener, hay que deferirlas al tiempo, a la experiencia jurídica, a la historia.

19. “El punto y la línea” o de la pobreza del jurista positivo

Y volvamos a la analogía.

Si las certidumbres son escasas, y siempre en el reino de la historia, pero no de una historia ya cumplida y perfecta, sino de la inmanente al momento del acto interpretativo (“punto en una línea” (18), que tal vez pueda percibir en su exacta dimensión el historiador del Derecho, pero no el jurista positivo, envuelto en las convulsiones del mundo), dura es la tarea del juicio reconstructor, pero doblemente dura la del juicio recreador, es decir, la analogía. Porque la grave apuesta de la analogía es crear, crear para el caso concreto; y al mismo tiempo partir de lo creado para lo abstracto: re(crear), confin confuso entre el *quid datum* y el *quid novum*, con seguridad y sin arbitrariedad. Operación compleja y peligrosa, la que más compromete la *certezza del diritto* (19).

20. Una imposible ultima Thule: el mundo del Código

Hubo un tiempo en que los hombres quisieron sentir la certidumbre absoluta en estos terrenos.

El ansia de certidumbre es aspiración de tiempos turbulentos; pero hay un tipo de ansia de certidumbre que no se produce, y no sabemos si la razón es más psicológica que material, más que cuando los hombres se sienten llegados a una situación que les parece marcada por el sello de la durabilidad, por la arribada a un mundo detrás del cual no hay nada imaginable, una *ultima Thule* ideal, y desean defenderla hasta el final. Un mundo de esos era, por mucho

(18) P. GROSSI, *El punto y la línea*, lección magistral en el acto de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Sevilla, año 1998.

(19) Invocación a la obra señera de FLAVIO LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950 (reimpresión).

que ahora nos pueda parecer ingenuo, el mundo liberal. El mundo de los Códigos. El mundo de los “títulos” o “disposiciones preliminares”. El mundo de las fuentes del Derecho reducidas a la ley. El mundo del carácter completo del Ordenamiento. Y, conviene no olvidarlo, el mundo del individualismo propietario ⁽²⁰⁾. Un mundo llamado a ser puesto en cuestión rapidísimamente, un claroscuro de pocas décadas, imposible de sostener con la clase obrera expulsada de la *aeterna civitas* que soñaban los burgueses, atrincherados tras Constituciones y Códigos, pero sobre todo detrás de los Códigos, y para decirlo mejor, de los Códigos civiles; que no tuvieron esa pretensión de “orden para siempre” los Códigos de Comercio.

21. *Dos egregias enseñanzas*

Vana e inútil y superflua sería la tentativa de ilustrar eruditamente lo anterior.

Mas vale, insertos en la historia los pálidos intentos de comprensión del solitario que escribe estas líneas, hacerse dos preguntas. ¿Qué fueron los Códigos? ¿Qué será de los Códigos?. Y aquí resplandecen dos insignes aportaciones de la ciencia italiana, de estudiosos que sabemos felizmente vivos en sus dos laboriosas mesas de trabajo, florentina y romana, bajo dos “*parole d’ordine*”. *Assolutismo giuridico. Decodificazione*.

22. *¿Qué fue el Código? Assolutismo giuridico*

La sagaz auscultación de Grossi ⁽²¹⁾ nos pone de manifiesto que detrás de los Códigos late la reducción del Derecho a la ley, operación que, porte los valores ideológicos que porte, y a los que posiblemente nos podemos renunciar, se configuraba como una operación de empobrecimiento gnoseológico.

Exigida tal vez por la valencia constitucional que el Derecho privado tenía para el orden jurídico burgués, su consecuencia no podía ser otra que el agostamiento de la coralidad de las fuentes del Derecho, reducidas a la ley, como suprema voz del Estado. De esa

⁽²⁰⁾ P. BARCELLONA, *L’individualismo proprietario*, Torino, 1987.

⁽²¹⁾ *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

manera se configuraba, se pretendía configurar más bien, un mundo inmóvil, cosa que la historia no conoce. Y ahí radica la profunda aporía de la analogía, que pretende, en el fondo, algo lógicamente imposible: renovar el ordenamiento con los criterios de un ordenamiento que no se quiere renovar. Entonces, o el razonamiento analógico se vuelve *a se* inviable, asfixiado por su propia asfixia, o escapa hacia territorios donde no gobierne ningún criterio realmente preexistente. *Tertium non datur*.

En el fondo, toda la historia se reduce a quitarle los poderes al legislador para dárselos al juez: y así se rompe una doble ensoñación del orden jurídico decimonónico, la ligada a una rígida visión de la separación de poderes, íntimamente conectada a la Constitución, y la ligada a la inexistencia de lagunas del ordenamiento, íntimamente conectada al Código. Ruptura del sueño como resultado de una evolución del Ordenamiento, imparable tanto desde el punto de vista de las transformaciones tecnológicas y económicas, como de las transformaciones sociales.

Eso fueron los Códigos, con su imposible analogía *legis* como esquema a un tiempo renovador y conservador, si se la quiere distinguir de la interpretación *stricto sensu*; y con su imposible analogía *iuris*, porque el esquema realista es que los principios generales o se deducen del texto, o son válvulas ideológicas absolutamente creativas, incluso algunas veces, en curiosa paradoja, son la invención de un pasado que el propio Ordenamiento que quieren completar ha querido superar; aunque se prescinda de esto, la famosa frase de Esser ⁽²²⁾ de que los principios generales del Derecho son como los cuerpos siderales, que sabemos que están ahí, pero no podemos verlos, es ilustrativa de que cualquier discusión sobre la esencia de los principios (si se quiere más profundidad, no sobre su existencia como *nomina iuris*, que en muchos casos ilustra mas bien poco, sino sobre su sentido y alcance: el propio Esser los configura como normas creadoras de normas) en términos prácticos, y se perdonará la vulgaridad, es más bien a quién le damos el telescopio.

(22) J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privarechts*, Tübingen, 1956.

23. *¿Qué será del Código?* Decodificazione.

Que todo lo anterior se ajusta a una visión de la realidad que no es arbitraria, resulta ilustrado por la notoria teoría de Irti ⁽²³⁾.

En el fondo, la tesis de la “pérdida de centralidad del Código Civil”, la aparición de “microsistemas”, un universo de constelaciones jurídicas gobernadas por un nuevo elemento de centralidad, la Constitución, no es sino una respuesta lógica a la quiebra del absolutismo jurídico que representaba el Código. Respuesta a la doble causa de esa quiebra: el deshilachamiento técnico ante la imposibilidad de abarcar la evolución tecnológica y económica, y la conquista de posiciones en la sociedad por parte de los menos favorecidos. Eso explica el papel central de las Constituciones, que además se encuentran en una aguda anacronía con la ideología del Código, reflejo aquellas del Estado Social, Estado, en cualquier caso, lejos del Estado monoclasista típico del periodo codificador inaugural.

Y ese será el futuro del Código *en cuanto ley*: su pérdida de valor central, tal vez su reducción a una suerte de “microsistema” un poco cualificado.

24. *La analogía como vórtice de los “señores del Derecho”.*

Todas las cuentas que se hagan sobre el Código, de ahora en adelante, han de partir de ambas enseñanzas.

Una, con la verdad del recorrido acabado que permite ver “en los cuerpos muertos, los principios perennes de la vida”; otra, por la feliz teorización de una crisis en la que está históricamente concernido el propio teórico, situación nada fácil. Pero el mandato de la analogía, aún con lo que ello significa de imposible lógico e histórico, está ahí; y el mandato de la analogía es una pieza básica de la centralidad del Código.

Como es de puro buen sentido, ambas constataciones no permiten, ni se pretende, ser ahora traídas a colación para ningún planteamiento crítico. Haya o no haya, como por otra parte es regular, puntos de disenso, se pretende partir de ambas ideas para

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

una reflexión que se mueve en otro plano. Y no deja de resultar llamativo, aunque en el fondo perfectamente explicable, la conexión entre ambas.

En efecto, al menos en la apariencia de las cosas, de las graves contradicciones del absolutismo jurídico que representaba el Código Civil, se ha intentado salir con un multiplicado recurso a la ley; esto es, con más absolutismo jurídico. Ahora bien, partir de ese dato tan solo, es permanecer en la superficie de las cosas, porque es una ley en crisis la que sustituye la pacífica quietud del Código.

Doble crisis. Política, porque el principio de legalidad, aunque se le considere aún representativo del principio democrático, y de alguna manera lo sea, tiene en la realidad de los hechos, un continuo y sistemático origen paccionado, corporativo si se quiere, acompañado de un orquestado desprecio de la política, que cristaliza en la aguda crítica del partido político, como una suerte de Príncipe moderno, *solutus legibus*; crítica que no por merecida debe hacer olvidar que son otros poderes, no menos absueltos de las leyes, los que contribuyen a esa falsificación del principio democrático que convierte a los Parlamentos en meros lugares de escenificación de decisiones que se han tomado fuera de ellos. Técnica, porque las leyes están cada vez más llenas de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, que multiplican exponencialmente las posibilidades de elecciones interpretativas alternativas, incluso con un alto grado de contradicción entre sí; y a embridar el fenómeno no sirve, al menos no sirve siempre de modo medianamente satisfactorio, la *interpretatio secundum Constitutionem* ⁽²⁴⁾, por la apertura que está implícita en ella, en cuanto anclada en normas de alta idealidad e indeterminación.

Todo lo anterior nos lleva a pensar, si una era de absolutismo jurídico cierto no ha sido sustituida por una era de absolutismo jurídico incierto, en la medida en que sin librarnos del corsé del monopolio estatal de creación del Derecho, se le entregan al juez poderes de decisión que van más allá de la propia arquitectura constitucional de los poderes del Estado.

Aunque el poder de los jueces sea un puro poder negativo, y haya que confiar en una república judicial de seres honrados e

(24) E. ALONSO, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

inteligentes de su propia sociedad y de los límites de su propio oficio ⁽²⁵⁾, demasiado a la vista está la judicialización de la política, que se quiera o no, es un amargo fruto favorecido por la “apertura” del Ordenamiento, en alguna ocasión con la impagable coartada de la utilización por el juez de una norma o un principio constitucional, al que se recurre *per saltum*, con olvido de la legislación ordinaria, considerada como un subproducto jurídico que se puede y se debe obviar: es el juez “constitucional” en el peor sentido de la palabra ⁽²⁶⁾.

Si a ello se añade la presión de los medios de comunicación, en constantes procesos paralelos, y en defensa de poderosos intereses, no es extrañar que haya quien, como mecanismo de protección de los más débiles, exija una vuelta a una rigurosa observancia de la ley, como mandato general, no paccionado, rigurosamente representativo, preciso en su interpretación constitucional por la jurisdicción *ad hoc*.

Pero, y entra dentro del orden de las cosas, aquí hay más responsables, se dice a sí mismo el que escribe. Y se ve claro cuando se relaciona el elenco de los “señores del Derecho” ⁽²⁷⁾ con el procedimiento analógico.

Un legislador que, inmerso en la conyuntura, produce cada vez más novelas, sin la mínima calidad técnica, y sin un diseño de futuro, el que permite una visión de conjunto. Con lo que ni siquiera es “conservador” en el sentido que decía Caiani, con la extraña consecuencia de que no sólo no desfavorece la analogía, sino que la propicia continuamente, suministrando para ello un material de ínfima calidad, en ocasiones.

Una doctrina científica, obstinada en construir el Derecho, y en explicarlo como una suerte de *edictum de rebus dubiis*, y sin conciencia de la irresponsabilidad que ello significa para los mecanismos de la analogía, que en el fondo, son mecanismos no sólo normativos para llenar lagunas del Ordenamiento (existentes o supuestas), sino

⁽²⁵⁾ O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959.

⁽²⁶⁾ A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Independencia, imparcialidad, objetividad del juez (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)*, *Justicia*, IV, 1986, pag. 951 ss.

⁽²⁷⁾ R. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors, Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987.

instrumentos preciosos de las generalizaciones conceptuales que sirven para explicar dicho Ordenamiento, en su variadísima multiplicidad.

Unos jueces, ya se ha dicho, con las “tentaciones de la política” (28): tal vez si el siglo XIX fue la época de la construcción constitucional del Legislativo, y el XX la del Ejecutivo, la del siglo XXI ha de ser la de una realista re(construcción) del Poder Judicial.

25. *Un proyecto de reconstrucción.*

Reconstrucción que será inútil si no parte del pluralismo social, y la consiguiente pluralidad de las fuentes, como es lección llana de la observación del absolutismo jurídico; reconstrucción que será caótica si no se parte de un preciso y cierto entendimiento de los mandatos constitucionales, y eso pasa por conceder, si no el monopolio, que sería en sí mismo aberrante, a la jurisdicción constitucional, sí una destacada jerarquía, sin permitir el antes citado recurso *per saltum*, ante la más que evidente proliferación legislativa al margen de los Códigos.

Pero también sin olvidar que los Códigos, aún desprovistos de sustancia normativa, siguen siendo la gramática fundamental del Derecho Privado (29); gramática que no puede ser un breviario reseco de recetas y conceptos, sino un escalón más de una ciencia jurídica que no puede dejar de hacer sus cuentas con su historia y su futuro, es decir, con un devenir cambiante: que el pasado fue mudable presente y por lo mismo no habrá porvenir inmóvil. Ciencia que necesita de la responsabilidad del científico jurista positivo; científico del “punto” que necesita imperiosamente del científico de “la línea”; además, científico que, a la hora del juicio de valor, inexcusable para él, no olvide su especial estatuto axiológico y epistemológico, como Caiani nos mostrara. Que la inevitable desaparición de las viejas certidumbres no significa arrojarse a una era de arbitrariedad.

(28) S. RODOTÀ, *Alla ricerca delle libertà*, parte cuarta, *I giudici nella società*, Bologna, 1978.

(29) R. BERCOVITZ, en el Prólogo a la edición del texto del Código Civil de Editorial Tecnos, Madrid, 1981.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

DIE POESIE DES REALEN
Spaniens Jurisprudenz im Zeitalter
des szientistischen Empirismus ⁽¹⁾

1. Kompetenzkonflikte, Nachfrageorientierung und Feldemergenz. — 2. Feldemergenz und soziale Allianzen. — 3. Werklogik und Kommunikation. — 4. Ethik, Konsekration, soziale Hierarchie.

Bei oberflächlicher Betrachtung hinterläßt die spanische Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts einen durchaus zwiespältigen Eindruck. Scheinbar lohnt es nicht, hierauf Zeit zu verwenden. Weder dürften für Dritte Navigationshilfen zu erwarten sein noch allgemeine Einsichten in die Strukturveränderungen von Wissenssystemen; revolutionäre Umbrüche fanden wohl eher andernorts statt — so jedenfalls die herrschende Meinung. Sich dem Kenterwind der aufziehenden Moderne entgegengestemmt zu haben, wäre für sich allein noch kein Verdienst, das wissenschaftlich zu Buche schlägt. In der Wissenschaft reicht Optimismus für gewöhnlich ebensowenig aus wie generelle Kulturkritik. Auch Fortschrittspathos ist einfach zu wenig; ein Silberstreif am Horizont zählt im Rückblick nicht. Soweit es beim bloßen Appell an das Vertrauen einer für steuerlos erklärten spanischen Gesellschaft geblieben wäre, hätte man Vorschußleistungen abverlangt, denen sich das Publikum zu Recht verweigerte: Es hatte und hat an einer derart haltlosen Kursbestimmung keinen Bedarf — dafür gab und gibt es andere Mittel und Wege. Um kurzfristiges Handeln nachhaltig an langfristigen Visionen auszurichten, den in die Juristen gesetzten Erwartungen zu entsprechen, muß sich

⁽¹⁾ Unser besonderer Dank gilt Friso Ross, der ungeachtet aller Schwierigkeiten auch hier mithalf.

juristische als zukunfts offene Reflexion dem Zwang zur Innovation unterwerfen. Widrigenfalls verzichtete sie auf ihre strategischen Ansprüche, gäbe ihre regulative Natur auf, entzöge sich also der eigenen Selbstverwirklichung, die sie erst krisensicher autorisiert. Immer vorausgesetzt, daß man sich als wettbewerbs-, weil entwicklungs fähig darzustellen weiß und nicht einmal daran verzagt, das eigene Bildungswissen in diesem Augenblick zum nützlichen Verfügungswissen schrumpfen zu sehen. Ganz so das vorherrschende Rationalitätsmodell, wie es dem kulturellen Selbstverständnis moderner und dementsprechend rechtswissenschaftlich gestützter Gesellschaften zugrunde liegen soll. Daß auch eine überwiegend juristisch verfaßte Historiographie der Rechtswissenschaft bei aller Umtrieblichkeit an diesem Konsens nicht zu rütteln wagt, erklärt sich aus der sozialen Position ihrer Regisseure; sie verträgt keine zusätzliche Erschütterung (2).

Mißt man die spanischen Periodika des lauthals deklamierten Neuanfangs an den hierzulande üblichen Prämissen, sieht zunächst alles danach aus, als ob sich die eingangs geäußerte, pessimistische Vermutung bestätigt. Zwar ging es der *Revista de derecho y sociología* im Jahr 1895 erklärtermaßen darum, unter die herkömmliche Jurisprudenz einen Schlußstrich zu ziehen. Allenfalls eine lokale Größe, bestand Adolfo Posada in seinem Editorial umso dezidierter darauf, daß für politische Ansichten kein Platz mehr sei; nunmehr gebe allein Wissenschaft den Ton an, solle es endlich seriös zugehen. Freilich, nicht nur diese Zeitschrift, auch die drei Jahre zuvor gleichfalls in Madrid veröffentlichte *Nueva ciencia jurídica* bietet prima facie ein eher bescheidenes Bild. Vermochte sie sich immerhin ein Jahr auf dem prosperierenden Markt der spanischen Juristenpresse zu behaupten, erschien die *Revista de derecho y sociología* ganze sechs Monate. Den einzigen methodologischen Artikel zum seinerzeit alles beherrschenden Privatrechtsdenken verfaßte bezeichnenderweise ein Ausländer, der Italiener Guiseppe D'Aguzzo. Etwas besser sieht es bei *La nueva ciencia jurídica* aus. Sie zumindest enthält einen Programmaufsatz zum geltenden Recht aus der Feder eines Spaniers. Wenn überhaupt, ist Rafael Altamira indes eher als einer der ersten spanischen Rechts-

(2) Dazu im einzelnen J.-M. SCHOLZ, *Eine weltliche Kunst. Die Wiederentdeckung der spanischen Jurisprudenz*, in: *Ius commune* 25 (1998), p. 219-259.

historiker bekannt geworden, wobei noch hinzukommt, daß er ohnehin bald seinen literarischen Interessen und politischen Ambitionen nachgegeben zu haben scheint und am Internationalen Gerichtshof in Den Haag tätig wurde. Ansonsten erweisen sich beide Zeitschriften beim ersten Durchblättern als Forum für die Soziale Frage wie für das Gefängniswesen, womit jedoch — gemessen an den landläufigen Kriterien — lediglich tagespolitische Entscheidungen zur Sprache gekommen wären, nicht wissenschaftliche Probleme ersten Ranges. Auch die große Zahl an Übersetzungen und Rezensionen zu ausländischen Texten läßt sich kaum als Indiz dafür deuten, daß die Herausgeber und die dahinter stehenden heimischen Autoren unbedingt Neues zu sagen hatten. Bis hin in die *catch-words* einer neuen Wissenschaftlichkeit wirkt dem ersten Eindruck nach alles äußerst präventiös. Die viel beschworene Professionalität scheint genauso wenig zu greifen wie jene Originalität, die man wiederholt für sich beanspruchte. Daraus am Ende auf eine wenig kohärente Gedankenführung zu schließen, liegt dann aber nahe. Normalerweise wäre hiermit der Stab gebrochen, steht wissenschaftsgeschichtlich gesehen von da ab Größeres und demzufolge Wichtigeres an.

Doch ginge ein derart geschmäcklerisches Vorurteil fehl. Aus einer historischen Perspektive heraus relativieren sich derartige Einwände; gibt Effizienzdenken wie alle formale Rationalität nur eine von mehreren Lösungen ab; erweist sich geistiger Fortschritt eher als eine Chimäre. Und dabei unterliegt die Grammatik der sozialen Machtprozesse und die Kenntnis um eine optimale Herrschaftsorganisation im Rahmen der historischen Rekonstruktionen prinzipiell keinen Sonderregeln. Will man hingegen das Spektrum erweitern, ist bis zur Sozialgeschichte derjenigen epistemischen Kategorien, Fertigkeiten und Materialitäten vorzudringen, die das als wissenschaftlich apostrophierte Denken wie dessen Erklärungsstandards bestimmen. Im Kontext praktisch immer noch größter Wissenschaftsgläubigkeit ist für eine solche Archäologie seit kurzem eine Wissenschaftsgeschichte bahnbrechend, deren Blick nicht von ungefähr auf andersartigen Erfahrungen mit Wissenschaft beruht. Diese neue Wissenschaftshistorie untersucht in Kritik an den sich von den Naturwissenschaften geradezu wellenförmig ausbreitenden Wahrheitspostulaten die unterschiedlichen Manifestationen von Objektivität, wenn sie nicht typischerweise über eine

detaillierte Beobachtung der “science in action” danach trachtet, die vortheoretischen Experimentalsysteme des Naturwissenschaftlers als *epistemic things* von höchstem Innovationspotential zu begreifen ⁽³⁾.

Nur sollte es weder bei den der Denkwelt der Praktiker entlehnten oder sonstwie suggerierten Begrifflichkeiten bleiben, noch bei den jeweiligen Wertvorstellungen und schon gar nicht bei den sich aufdrängenden überörtlichen Tendenzen. Sonst findet man sich unversehens bei einer paraphrasierenden und deshalb trügerischen Theoriegeschichte der geistesgeschichtlichen Universalien wieder, um nicht zu sagen bei einer vermeintlichen Metaphysik, obgleich doch die Geschichte bestimmter Rationalitätsformen versprochen wurde. Für diesen Fall wäre das Wagnis zu groß, isomorphen Denkstrukturen aufzusitzen, sich gleichsam im Kreis zu drehen und so das Vertraute für das allgemein Gültige zu halten, an dem die verschiedenen Wirklichkeiten zu messen seien. Nicht dagegen würde wahrgenommen, inwieweit die gesellschaftlichen als kulturelle Divergenzen auch andere, ungeachtet dessen aber äquivalente, nur passendere Effekte etwa auf dem Gebiet des normativen Wissens erzielen. Weshalb davon auszugehen ist, daß selbst das Europa der lateinischen Tradition keine Einheit darstellt, soll es nachfolgend in der Tat um die Geschichte der verhältnismäßig autonomen, letzten Endes miteinander konkurrierenden Formen von wissenschaftlicher Faktizität gehen. Wie paradox es vom Untersuchungsergebnis aus für eine positivistisch affizierte Jurisprudenz an der Wende zum spanischen 20. Jahrhundert auch klingen mag: Der Weg in eine ästhetisch fundierte Jurisprudenz und dadurch wissenschaftlich begründete Strafpraxis nimmt im Verlauf der Analyse insofern Konturen an, als die Wissenschaftsproduktion über ihre Ideale und Semantiken hinaus in Gestalt einer soziokulturell durchwirkten Praxis zunehmend ins Blickfeld tritt.

Wo es im Grunde um soziale Ordnung ging, führt der Gegensatz von Kunst und Wissenschaft ebensowenig weiter wie die

⁽³⁾ L. DASTON, *Objectivity vs. Truth*, in: H.E. BÖDEKER et al. (eds.), *Wissenschaft als kulturelle Praxis* (1750-1900), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, p. 17-32; H.-J. RHEINBERGER, *Strukturen des Experimentierens: Zum Umgang mit dem Nichtwissen*, ibidem p. 415-423.

Unterscheidung von traditionellen und modernen Komponenten. In beiden Fällen sieht die heutige Wissenschaftshistorie statt dessen eine "binary economy" am Werk, die geschichtlich zu erhellen ist, also der kulturtheoretischen Verortung bedarf (4). Genau genommen korrespondiert Modernität nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine adäquate Antwort auf bislang nicht erkannte Konfigurationen, ganz wie Tradition dazu dienen kann, die vorfindlichen Strukturen zu regenerieren. Kommt bei Ordnungsaufgaben hinzu, daß die Assoziationen, die dem Alltagsverständnis nach mit Kunst und Wissenschaft verknüpft werden, eine dahin gehende Differenzierung bereits vor jeder Analyse abzunehmen scheinen. Fortschritt und Konservatismus sind mit dem einen oder anderen in einer Weise liiert, daß man schon über sich hinauswachsen muß, um Zukunftsgestaltung allen Einflüsterungen zum Trotz mit Ästhetisierung und/oder Verwissenschaftlichung wenigstens versuchshalber in eins zu setzen. Erfreulicherweise ist der Schematismus des systemtheoretischen Modernitätskonzepts, der über lange Jahre den Blick gefangen nahm, mittlerweile durchschaut. Indem Niklas Luhmann zu extrem auf die autopoietische Selbstreferenz der ausdifferenzierten Subsysteme abgehoben habe, so die Kritiker (5), sei nicht nur die Interdependenz der verschiedenen Wissensbestände und ihrer Verfahren vernachlässigt worden, sondern vor allem die konstitutive Bedeutung des Konvergenzpotentials, das auch in Zeiten mit grundlegenden Divergenztendenzen zum Tragen kommen kann. Es mag dahin gestellt bleiben, ob hierbei nicht gleich wieder die Beobachtungen anhand der deutschen Verhältnisse vorschnell generalisiert werden, vergleichbar der kritisierten Euphorie anlässlich der wissenschaftlichen Neufassung des Ausdifferenzierungstheorems. Fest steht: Je stärker bei dieser Kritik die kognitive Dimension der Kunst ins Zentrum rückt, desto mehr hat

(4) C. A. JONES-P. GALISON, *Picturing Science, Producing Art*, in: JONES-GALISON (eds.), *Picturing Science, Producing Art*, New York-London: Routledge, 1998, p. 1-23 (2-3).

(5) D. FULDA-TH. PRÜFER, *Das Wissen der Moderne. Stichworte zum Verhältnis von wissenschaftlicher und literarischer Weltdeutung und-darstellung seit dem späten 18. Jahrhundert*, in: FULDA-PRÜFER (eds.), *Faktenglaube und fiktionales Wissen. Zum Verhältnis von Wissenschaft und Kunst in der Moderne*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien: Peter Lang, 1996, p. 1-22 (4-5).

man sich für die Moderne vor Augen zu halten, wie unsicher die Konstellationen, wie fließend die Übergänge von der wissenschaftlichen Erklärung etwa zur literarischen Weltdeutung sind, wie verschiedenartig und wie anders rhythmisiert, demzufolge wie vor Ort gesellschaftliche Differenzen kulturell den Ausschlag gegeben haben müssen — bis in das normative Wissen hinein und demnach vor aller Normdurchsetzung.

Umgesetzt in Arbeitsdirektiven heißt dies nichts anderes, als daß vermehrt entsprechende Gemengelagen pluraler Wissensformen zu historisieren sind. Vorbehalte kultureller Art sind dabei nur hinderlich, weil sie den Blick ablenken. Genauso wie aus erkenntnistheoretischen Überlegungen heraus besser von inhaltlichen auf Formfragen umzupolen ist. Da Ja-Nein-Logiken zunehmend obsolet geworden sind, die direkte Frage nach dem Schönen, Wahren und Guten immer unzugänglicher wird, hat sich Wissenschaftshistorie nach den Produktionsbedingungen umzusehen und am besten gleich auf den *modus operandi* zu konzentrieren; ist denjenigen Institutionen alle Aufmerksamkeit zu widmen, in denen divergierende Visionen um der Innovation willen zusammentrafen. So gefragt schieben sich heterogene Repräsentationspraktiken scheinbar homogener Produkte in den Mittelpunkt, angefangen bei der Ermittlung der sog. Fakten und schließend mit angeblich unhintergehbaren Fiktionen, die nicht zuletzt ob ihrer szientistischen Ansprüche verstärkt ins Fadenkreuz geraten. Werk- oder textimmanente Lektüren treten dagegen vorübergehend in den Hintergrund. Sie können nur im Ausnahmefall primär von Nutzen sein, vornehmlich dort, wo sie jenes Reflexivwerden des Wissens verklaren, das im Rahmen der neuesten Unbestimmtheitssemantiken entsteht ⁽⁶⁾.

Der rechtshistorische Leser mag selbst beurteilen, was es demgegenüber für das Verständnis von geschichtlichen Rechtsordnungen bedeutet, wenn die Juristen unter den Rechtshistorikern von ihrer Binnenperspektive her Wissenschaftsgeschichte deshalb so leicht zur Parteinahme machen, weil sie sich für die geltende politische Ordnung in besonderer Weise verantwortlich fühlen.

⁽⁶⁾ G. GAMM, *Flucht aus der Kategorie. Die Positivierung des Unbestimmten als Ausgang der Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, insbesondere p. 22-23.

Angesichts der gesellschaftlichen Erwartungen sehen sie sich sogar dazu gehalten. Politische Zuordnung ist sicherlich einer der unsichersten Explikatoren: An der neuen Strafrechtswissenschaft, die hier im Zentrum steht, waren auf der italienischen wie auf der spanischen Seite sozialistische neben konservativen und republikanischen Parteigängern beteiligt. Und Ähnliches gilt für die gängigen Zuschreibungen, die sich offensichtlich als plausibelste, weil unmittelbar verständliche Lösung für eine Geschichte der Rechtswissenschaft anboten, unabhängig davon, wieviele Fragezeichen die übrige Wissenschaftsgeschichte inzwischen hinter derart vordergründige Klassifikationen setzt. Die nachträgliche, über einen geschickten Text bewerkstelligte Auflösung eines starren Generationenschemas oder von im Grunde fraglich bleibenden Rezeptionszusammenhängen, um nur zwei dieser Scheinlösungen zu nennen, hilft allenfalls momentan weiter. Im vorliegenden Fall wäre zum Beispiel mit der klassischen Bezugnahme auf die eine oder andere philosophische Schule wenig gewonnen; in diesem Punkt taten sich Krausisten und Antikrausisten zusammen, wie im Folgenden gleich mehrfach gezeigt werden kann.

Auch wer sich von der Dogmengeschichte und den herkömmlichen Kausalitätsvorstellungen abwendet, jedem Applikationstheorem erklärtermaßen die Gefolgschaft verweigert, um sich ebenso demonstrativ außerhalb der Tatsachen und in die Nähe von deren diskursiver als textueller Vermittlung zu postieren, dürfte im Verlauf der rechtshistorischen Detailarbeit schwerlich an der Feststellung vorbeikommen, daß sich bei soviel Selbstreferentialität die alten Schwierigkeiten erneut einstellen. Der Anschluß an die Nachbarwissenschaften gestaltet sich letzten Endes weit diffiziler, als ursprünglich erhofft. Nicht selten birgt schon der Methodenkanon des Rechtshistorikers aufgrund der verbleibenden Objektivierungen derartige Risiken in sich. So für Grenzsituationen, wenn ungeachtet aller erkenntnistheoretischen Skepsis mit der größten Selbstverständlichkeit quellengetreues Arbeiten verlangt wird, eine Geschichtsschreibung der verlässlichen Aussagen. Dergestalt droht die ansonsten für längst überholt erachtete historiographische Realistik Terrain zurückzuerobern, zumal wenn aus denselben pragmatischen Gründen gleich noch die Zweifel limitiert werden sollen; anscheinend zeigt das Gespenst einer ohnehin nie realisierbaren

histoire totale bis heute Wirkung. Doch sollte man sich darüber auch nicht erhaben fühlen angesichts eines überaus hektischen Medienmarktes, der, will einer nicht ins Hintertreffen geraten, Dauerpräsenz gebietet, möglichst auffällige Inszenierungen empfiehlt, in erster Linie aber zahlreiche Veröffentlichungen. Aus diesem Dilemma führen berufsethische Appelle nicht heraus. Durch und durch sozial besetzt, wären derartige Aufrufe vielerlei ob ihrer Ambivalenz historisch zu hinterfragen gewesen.

Der schwierige Umgang mit den Schriften Carl Schmitts ist nachgerade ein Lehrstück dafür, auf welche Auswege besser nicht verfallen wird. Gemeint ist dabei weniger der bis heute fortwährende Austausch von Apologie und Polemik, obschon bereits daran zu beobachten ist, wozu nicht alles die Instrumentalisierung der Wissenschaftsgeschichte dienen kann. Wir denken vielmehr an die Diskussionen um die Wechselbeziehungen von Kunst und Wissenschaft beziehungsweise, wie schwer sich vornehmlich Juristen tun, wenn einer der ihren zeitlebens und mehr als üblich auf die formale Frage setzt. Daß er dafür nur ausnahmsweise von seinesgleichen Anerkennung oder gar Dank erntet, ist abgesehen von jeglicher politischen Polarisierung mit Blick auf die Konkurrenzsituation und die allgegenwärtigen Monopolansprüche leicht einzusehen. Schwieriger steht es offkundig um die Tatsache, daß aufgrund ihrer tiefen formalen Verstrickung gerade die Besten die symbolische Funktion der eigenen juristischen Interventionen prinzipiell nicht wahrnehmen können, deshalb am vehementesten nicht wahrhaben wollen und folglich aber auch jede Art von Abwehrmechanismen kultivieren. So bedurfte es erst der scharfsinnigen Analyse von Ingeborg Villinger (7), um gewissermaßen von außen und oberhalb aller Hintergrund- und Parellelenmetaphern den Durchbruch zur Schmittschen Technik der Fiktionalisierung zu schaffen, zu seiner (normativen) Überführung der Welt in Bilder entsprechend den kubistischen Modalitäten und demnach zu einem Denken von Realität in Maßen und Relationen. Gleichwohl, auch hier hätte eine Sozialgeschichte dieser wie der benachbarten sym-

(7) I. VILLINGER, *Carl Schmitts Kulturkritik der Moderne. Text, Kommentar und Analyse der « Schattenrisse » des Johannes Negelinus*, Berlin: Akademie, 1995, insbesondere p. 135-136, 302 und 312-313.

bolischen Produktionen noch weitergehend darüber aufgeklärt, was Schmitt in der *Politischen Theologie* von der Form im substanziellen Sinne sprechen ließ. Denn für den Fall der vorbehaltlosen Historisierung muß es keineswegs bei der inneren, geistesgeschichtlichen Logik eines mit der Maleranvantgarde geteilten Horizonts bleiben. Eine Doppellogik, zu der auch konkurrierende Kompetenzen und dementsprechende Allianzen gehören, würde da schon deutlicher machen, was es speziell mit der Kategorisierung in der Juristen nun einmal eigenen Form des Norm-und Ordnungsbegriffs letztendlich auf sich hat.

Daß jeder intellektualisierende Zugang ebensowenig ausreicht, eine nicht näher definierte Kulturgeschichte der Rechtswissenschaft in Anbetracht der Konfusion von Weg und Ziel nur Endlosschleifen produziert, sei gleich am Fall demonstriert. Dabei geht es um die spanische Richterausbildung, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ins Gerede gekommen war, weil die universitäre Schulung wie auch die Advokatenlehrjahre (*pasantía*) für unzureichend erachtet wurden. Folgt man den Vorbereitungen zum Gerichtsverfassungsgesetz von 1870, in dem neben dem Eingangswettbewerb (*oposición*) ein Gerichtspraktikum beziehungsweise der Eintritt in den *cuerpo de aspirantes* vorgesehen sein wird, war vor allem daran gedacht, brillante Junganwälte für diese staatliche Tätigkeit zurückzugewinnen; über alle Effizienz hinaus sollte der Justiz der Glanz verliehen werden, derer sie um der Durchsetzung ihrer Interventionen willen dringend bedurfte⁽⁸⁾. Wie nichtssagend der pauschale Rekurs auf die *cultura jurídica* bliebe, der diese kulturelle Aufrüstung zu verdanken sei, unterstrich die Kritik, die an diesen Neuerungen von Seiten der spanischen Juristenelite vorgebracht wurde. Francisco Becena, vormals Stipendiat der angesehenen *Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas* und im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts Wortführer der renommiertesten Lehrstuhlinhaber einer sich dezi-

(8) Proyecto de ley remitido al Senado por el señor ministro de Gracia y Justicia, relativo a las bases para la organización de tribunales, organización y atribuciones del Tribunal Supremo, y reforma de los recursos de casación en lo civil y criminal, in: *El foro*. Periódico de jurisprudencia y administración. Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y órgano de la Asociación de Socorros Mútuos de los Abogados de Cataluña 4 (1864), p. 65 ff. (125).

diert wissenschaftlich gebenden Prozessualistik ⁽⁹⁾, wollte sich mit dieser gerichtsinternen Präparierung nicht zufrieden geben ⁽¹⁰⁾. Im Zeichen der krausistischen, durch Francisco Giner de los Ríos propagierten Erziehungsideale trat er gegen jede polizeiartige Überwachung an und für eine organisierte “formación de la personalidad de los futuros jueces”. Der Besuch von Gefängniseinrichtungen, die Mitarbeit in den Sekretariaten und die Vertretung von Generalanwälten und Richtern schienen Becaña angesichts dessen zweitrangig zu sein, daß bei den künftigen Spitzen der Justiz in erster Linie auf den “cultivo sistemático de su cultura jurídica” gesehen werden müsse. Deshalb sei in dieser vorentscheidenden Anfangsphase von jedem übermäßigen Kontakt zu den späteren Untergebenen abzusehen. Von ihren Nachlässigkeiten, ja Durchstechereien dürften die Aspiranten auf einen der höchsten Posten nicht infiziert werden. Auch könnten die dortigen Routinen dem modernen Richter nicht Vorbild sein. Dieser habe mit der präjudizierenden Herrschaft der berichterstattenden Sekretäre endlich zu brechen. Um ihre eigene soziale Stellung bangend, setzte Becaña im Verein mit anderen gebildeten Juristen für die justizielle Praxis als dem Schlußstein der Rechtsordnung zusammenfassend gesagt auf juristische Hochkultur. Deren mittlerweile immer weiter vorangetriebene Ästhetik, die man der Symbolik der übrigen Intellektuellen entlehnte, Becaña spricht von der “grandeza de la decisión y de la responsabilidad“, war ihnen nicht nur subjektiv die erste Garantie für eine herausragende berufliche Stellung und dank dieser für die ersehnte gesellschaftliche Position.

Was aber nichts anderes besagt, als daß die kulturelle Aufwertung hier wie andernorts mit einer ihr entsprechenden gesellschaftlichen Hierarchisierung einhergeht, so daß dem Nachbetrachter das

⁽⁹⁾ Vgl. die Personalakte im Madrider *Archivo de la Secretaría de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas* (JAE 18-204); M. DLUGOSCH, *Wissenschaft aus einer fremden Perspektive: Spanische Juristen als Auslandsstipendiaten* (1907-1936), in: J.-M. SCHOLZ-T. HERZOG (eds.), *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1997, S. 479-518 (484, 503-504).

⁽¹⁰⁾ Zum Folgenden cf. F. BECAÑA (GONZÁLEZ), *Magistratura y justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial por Francisco Becaña, catedrático de derecho procesal en la universidad de Oviedo*, Madrid: Suárez, 1928, p. 301-308.

eine wie das andere ohne das jeweilige Pendant unbegreiflich bleibt. Noch wo es um empiristische Tendenzen oder deren Abwehr zu tun ist, werden mithin die Relationen im Vordergrund zu stehen haben, nicht etwa die Realitäten. Will man den autoexplikativen Suggestionen der kulturellen Produkte entgehen und logischerweise auch deren sich historisch gebenden Mystifikationen, zwingt dies infolgedessen, bis zu den antagonistischen Kräfteverhältnissen der Produzenten vorzustoßen. Die interne Logik der gar ästhetisch gerechtfertigten Werke muß darüber nicht hintanstellen. Gleichwohl dürfen die autopoietischen Tendenzen der sich wandelnden Jurisprudenz aber auch nicht einen Augenblick daran hindern, zusätzliche Interdependenzen zu unterstellen, um in der Folge anhand der einschlägigen Praktiken wie der involvierten Institutionen zu prüfen, ob es zu einer kulturellen Verneinung dieser im Zweifel diametral verpölnen, da sozial strukturierten Zusammenhänge kam, bis zu welchem Grad angeblich nur der Wahrheit verpflichtete Vorzugsstellungen demnach auf einer solchen Negation gründeten. Deswegen soll uns vom theoretischen Modell her der wissenschaftliche oder ästhetische Wert, etwa die Grenze zwischen den für zweitrangig erachteten Techniken oder praktischen Routinen und dem vorgeblich wahren Kunstwerk oder der reflexiven juristischen Zweitbeobachtung, auch Funktion der historischen Auseinandersetzungen sein, ihre Gruppierungen und deren institutionelle Objektivierung eingeschlossen.

Bourdieuische Kultursoziologie ⁽¹¹⁾, die so jenseits aller formalistischen Lektüren und einseitigen Außenbezüge an der formvollendeten und hierüber modernisierten Konzeption von spanischer Jurisprudenz wissenschaftsgeschichtlich, da sozialhistorisch fortgeschrieben werden soll, zwingt dann aber dazu, die Kapitalarten in ihrem feldbedingten Zusammenspiel zu beobachten. Dafür sind diese jedoch zunächst auf dieselbe Stufe zu stellen. Erhöhte ökonomische Zusatzchancen werden im Folgenden grundsätzlich nicht

(11) Vgl. insbesondere P. BOURDIEU, *La distinction. Critique social du jugement*, Paris: Minuit, 1979, vor allem p. 9-14, 30, 60-65; BOURDIEU, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris: Seuil, 1992; BOURDIEU, *La cause de la science. Comment l'histoire sociale des sciences sociales peut servir le progrès de ces sciences*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 106-107 (1995), p. 3-10.

anders veranschlagt als diejenigen des kulturellen Bereichs, mit der forschungspraktischen Konsequenz, daß Wissenschaft als kulturelle Praxis zu behandeln ist, d.h. als ein gesellschaftliches Element unter anderen. Für ausgesprochen machtnahe Zonen der juristischen Produktion ist es zudem besonders aufschlußreich, daß dieser Perspektive ⁽¹²⁾ nach auffällig starke Konzentrationsprozesse anscheinend dazu neigen, dem symbolischen Kapital, hierbei dem *capital juridique* und dabei wiederum der strafrechtlich verfaßten Rechtskultur eine herausragende Rolle einzuräumen. Begründungshalber verweist Bourdieu auf die hohe Konvertibilität des am Staat festgemachten *capital étatique*, gestatte dieses doch, unvermittelt auf andere Felder und ihre Kapitalinhaber einzuwirken.

Von daher gesehen erstaunt die Emphase nicht, mit der 1910 der Vorreiter einer spanischen Strafrechtswissenschaft, Félix de Aramburu y Zuloaga, im Kreis der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* begrüßt wurde. Eduardo Sanz y Escartín, dem die Grußbotschaft zugefallen war, trat in derselben Weise für einen längst ethisch überhöhten Positivismus ein. Dieser orientiere sich am "ideal de vida alto y humano" und an den "puros y luminosos cánones de la belleza" und habe von dort aus die Materialismen und Egoismen namentlich der Führungseliten zu brandmarken, um auf Seiten der Massen (*bajos fondos*) mit Neid und Haß auch tatsächlich die Wurzeln aller *criminalidad* im Zeichen der Generalprävention (*defensa social*) auszumerzen ⁽¹³⁾. Dergestalt sollte den jahrelangen internen Debatten ein Ende gesetzt, dank einer gleichermaßen wissenschaftlich ausgewiesenen wie staatstragenden und dafür hoheitlich gestützten Expertengruppe von höchster Intellektualität und literarisch-ästhetischer Sensibilität letztgültig eine bestimmte Weltsicht zur Verfügung gestellt werden. Wobei

(12) P. BOURDIEU, *Esprits d'Etat. Genèse et structure du champ bureaucratique*, in: BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris: Seuil, 1994, p. 99-133 (109, 116-117).

(13) E. SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación*, in: *Discursos de recepción del ... Félix de Aramburu y Zuloaga y de contestación del ... Sanz y Escartín*, leídos en la junta pública de 5 de junio de 1910 (tesis: La actual orientación del Derecho penal y de la lucha contra el delito), in: *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas al dar posesión de sus plazas a los individuos de número de la misma*, tomo IX, Madrid: Ratés, 1914, p. 273-293 (278-279, 287-288).

davon ausgegangen werden darf, daß eine solche Sehhilfe objektiv dazu beiträgt, kraft ihrer sublimen kognitiven Zurüstung aller Erwartung nach die basalen gesellschaftlichen Unterschiede etwa zwischen Arm und Reich oder kultiviert und unkultiviert bis zur Unkenntlichkeit zu verwischen. Andererseits kann aufgrund der hohen Glaubwürdigkeit eines derartigen Erklärungsmusters von Kriminalität leichter geltendes Recht von Unrecht unterschieden werden, was normativ gesehen nicht spurlos an den Hilfesuchenden vorbeigeht. Jede strafrechtliche Sanktion wird auf diese Art verständlicher, weshalb der Staat selbst aus der Sicht derer, die schmerzhaft betroffen werden, nach Recht und Gesetz zu handeln scheint; im Regelfall darf das Gemeinwesen sogar mit ihrer faktischen Zustimmung rechnen.

Um dieser Zusammenhänge habhaft zu werden, hatte der Analyse eine gegenstandsnahe Operationalisierung der einzelnen Hypothesen voranzugehen⁽¹⁴⁾. Sollten die spekulativen Züge einer subjektivistischen Lesart weitestgehend vermieden werden, genügte es nicht, den Relationen und der Relativierung programmatisch das Wort zu reden, für eine größere Praxisnähe einzutreten sowie den herrschenden Vorstellungen vom angeblich in sich geschlossenen Werk oder von der vorgeblich reinen Form und abstrakten Begriffsbildung pathetisch die Gefolgschaft zu verweigern. Schon in diesem Stadium war bis ins Detail mit dem Alltagsverständnis zu brechen, etwa den zeitgenössischen Problemdefinitionen nicht anders als den zwischenzeitlichen Umverteilungen der Ideen- und Geistesgeschichte mit Mißtrauen zu begegnen. Vorher mündet die Konstruktion des wissenschaftlichen Objekts nicht in dementsprechende Beobachtungsprozeduren ein, bliebe die theoretische Rückversicherung am Verhältnis von Struktur, Feld und Habitus folgenlos. Um eine substantialistische Perspektive zu meiden, beginnt Bourdieu⁽¹⁵⁾ seine Rekonstruktion der fraglichen Feldbeziehungen mit einem *tableau carré* der charakteristischen Eigenschaften bestimmter historischer Agenten und Institutionen. Vergleichbar da-

(14) J.-M. SCHOLZ, *Zum modus operandi des Rechtshistorikers*, in: *Ius commune* 21 (1994), p. 281-305.

(15) P. BOURDIEU, *La pratique de l'anthropologie réflexive*, in: BOURDIEU-L.J.D. WACQUANT, *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris: Seuil, 1992, p. 201.

mit sei in Umsetzung des alles entscheidenden radikalen Zweifels bei den Wissenschaftspraktiken eines bestimmten historischen Moments und eines determinierbaren sozialen Raumes angesetzt, handelt es sich doch bei der hier zu problematisierenden Renaissance des strafrechtlichen Denkens um scheinbar zeitlose, transzendente Fragen, die ihren normierenden Charakter und somit immer wieder durchscheinenden Außenbezug nur mit Mühe verbergen können. Für die jurisprudenzielle beziehungsweise rechtswissenschaftliche Zweitbeobachtung einer juristisch betriebenen sozialen Ordnung ist prinzipiell in Rechnung zu stellen, daß anders als bei den naturwissenschaftlichen Mikrokosmen und deren verhältnismäßig starker Autonomie im Fall eines dermaßen nach außen verankerten juristischen Unterfeldes entsprechend starke Abhängigkeiten die internen Positionen wie auch die daraus hervorgehenden Begrifflichkeiten tangieren dürften.

Woraus für die Versuchsanordnung folgt: Unbeschadet aller konzeptuellen Subtilitäten und ihrer habituell begründeten, nicht zuletzt deshalb hybriden Verfahrensweisen treten hier neben den Kompetenzstreitigkeiten insbesondere der gesellschaftliche Bedarf und die darauf anwortenden sozialen Vernetzungen als relativ verlässliche Indikatoren für die Feldbildung wie für die wissenschaftliche Sublimierung derartiger Außenanforderungen in den Vordergrund. Dem schließen sich jene institutionellen Investitionen an, die feldintern, hauptsächlich aber gegenüber der weiteren Umwelt oder dem gesamten *champ social* (Bourdieu) für die allverbindliche Konsekration des neuen Wissens und somit für die rechte Normalität zu sorgen hatten. Vom Resultat her manifestiert sich kommunikative Rationalität im Einzelfall; erweist sich die harmonisch ablaufende Diskussion von Gegensätzen als kognitive Achse einer spezifischen sozialen Praxis in einem unverwechselbaren gesellschaftlichen Teilzusammenhang.

1. *Kompetenzkonflikte, Nachfrageorientierung und Feldemergenz*

Der Raum, in dem sich die neue Jurisprudenz und ihre unter anderem kriminalanthropologischen Praktiken oder metaphysischen Korrekturen entfalten konnten und zu behaupten hatten, bestimmte sich von den zugehörigen sozialen Antagonismen her. In

der Regel pflegen sich diese an den sog. wissenschaftlichen Kontroversen auszukristallisieren, also dort, wo um das wahre, nicht mehr hintergehbare Wissen gerungen wird, das die staatlichen Rahmenbedingungen und das dortige *Procedere* betrifft, um all das folglich, was eben endgültig Rechtens zu sein hat. Dahinter verbirgt sich mitnichten nur eine Geschichte irgendwelcher Schulen, beispielsweise die Kontroverse um die Rezeption der auf Karl Friedrich Krause zurückgehenden organischen Philosophie, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts hispano-amerikanisches Rechtsdenken zu guten Teilen überdeterminiert. Eher geht es darum, welche Themen wann zu Problemen wurden, vor allem, wie dies geschah: Ob sich über divergierende Konzepte vorübergehend gewisse Lager polarisierten, die offensichtlich unkonzertiert und wohl nur in den seltensten Fällen aufgrund eines genialen Einfalls im Kampf um das Wissensmonopol Reflexion mobilisierten, um abweichendes Wissen zu produzieren und nötigenfalls zu reproduzieren.

Wird aber so gefragt, kommen unverzüglich eine Reihe von Neugründungen ab dem ersten Drittel des 19. Jahrhunderts in den Sinn. Da ist zunächst der Madrider *Ateneo Español*. Hier nahm man sich seit 1820 neben anderen Wissensgebieten der “*legislación*”, genauer gesagt der “*ciencias morales y políticas*” und in diesem Rahmen des Naturechts oder der Geschworenengerichtbarkeit an⁽¹⁶⁾. Seiner Bedeutung wegen sei darüber hinaus der *Ateneo Científico, Literario y Artístico de Madrid* erwähnt. Die dortige Sektion der moralisch-politischen Wissenschaften veranstaltete ab 1835 eine Grundlagendebatte darüber, was wohl unter einem wahrhaft zeitadäquaten Recht zu verstehen sei; daneben propagierten von ihren Lehrstühlen aus etwa Donoso Cortés oder Alcalá Galiano die neueste Verfassungsdoktrin⁽¹⁷⁾. In Betracht zu ziehen sind auch die wiederbelebten Akademien des 18. Jahrhunderts, hierbei in erster Linie die *Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*. Sie sollte sich von 1840 an verstärkt den sog.

⁽¹⁶⁾ A. RUIZ SALVADOR, *El Ateneo Científico, Literario y Artístico de Madrid* (1835-1885), London: Tamesis, 1971, p. 15-32.

⁽¹⁷⁾ A. GARRORENA MORALES, *El Ateneo de Madrid y la teoría de la monarquía liberal* (1836-1847), Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1974; F. VILLACORTA BAÑOS, *El Ateneo Científico, Literario y Artístico de Madrid (1885-1912)*, Madrid: C.S.I.C., 1985, p. 17-18.

theoretischen Belangen zuwenden, nach 1857 freilich übertroffen von der alles beherrschenden *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Hauptsächlich in diesem Rahmen bemühte sich die spanische Jurisprudenz im Verbund mit den anderen Sozialwissenschaften um das letztlich ausschlaggebende Wissen, wobei meist auf die eigenen Fragen nach der nunmehr und in naher Zukunft angemessensten gesellschaftlichen Gesamtsteuerung geantwortet wurde — “... cuestiones de mayor importancia, trascendencia y aplicación según los tiempos y circunstancias” (18). Solche Räume außerhalb der Universität als dem klassischen Hort aller Wissensproduktion und Distribution von Wissen wie seines ersten Konsums sind uns ein untrügliches Anzeichen dafür, welche eminente Bedeutung derartigen sozialen Praktiken mittlerweile zugewachsen war beziehungsweise welch hohen kulturellen Marktwert die entsprechenden Produkte inzwischen besaßen.

Und dies umso mehr, als die Generierung von immer neuem, zeitangemessenem Wissen mit Hilfe solcher Einrichtungen an einem hierfür besonders geeigneten *modus operandi* festgemacht und dank dieses Habitus ebenso kostengünstig wie verlässlich in die sonstigen Führungsfunktionen der Beteiligten transferiert werden konnte. Vergleichbar einem naturwissenschaftlichen Labor, trafen sich schon die *ateneístas* von 1820, um mit vereinten Kräften für mehr Wissen (*ciencia*) zu sorgen und infolgedessen am allgemeinen “progreso” zu arbeiten. “Un lugar donde hombres ansiosos de saber ... se reúnen para adelantar sus conocimientos, difundirlos y cooperar de este modo a la prosperidad de la nación”, heißt es in der Präambel der Statuten von 1820 (19). Wobei der Fortschritt, das Verlassen des Bekannten, charakteristischerweise den kontrovers geführten Diskussionen zu verdanken war; sie wurden für jede weitere Anstrengung um anderes Wissen und eine andere, nunmehr

(18) Constituciones de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación formadas por la comisión nombrada por la misma, y aprobadas por S.M., Madrid: Aguado, 1840 (Art. 1-2); Estatutos de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Art. 1, in: Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tomo I, Madrid: Imprenta Nacional, 1861, p. XI (Zitat).

(19) Zitiert nach R.M. DE LABRA, *El Ateneo de Madrid. Sus orígenes, desenvolvimiento, representación y porvenir*, Madrid: Alaria, 1878, p. 28.

im Idealfall wissenschaftlich flankierte Praxis zum Muster; Debatten von dieser Art provozierten Alternativen und stimulierten folglich Innovation. Zeitgenössisch gesagt wurden allerdings, man lese das letzte Zitat nur genauer, zuerst einmal die eigenen Fähigkeiten gesteigert. Seit der spanischen Frühaufklärung bestand insofern Einigkeit zunächst mit der Londoner *Royal Society*, später dann mit François Guizot, dem Neubegründer der Pariser *Académie des Sciences Morales et Politiques* von 1832 und gerade deswegen Mitinitiator einer neuen Aristokratie von intellektuell ausgewiesenen Entscheidungsträgern an der Spitze einer Gesellschaft, die sich auf dem Weg in eine zunehmend komplexer erscheinende Moderne befand (20).

Voraussetzung war freilich, daß man sich "amistosamente" zusammenfand. Über inhaltliche Differenzen durfte es nicht zum Skandal kommen; umgekehrt hatte der Zusammenhalt, die Bereitschaft, auf den anderen einzugehen, eine nie unterbrochene und allein schon deshalb fruchtbare Kommunikation zu ermöglichen (21). Das war jedoch angesichts dessen ein besonders delikates Unterfangen, als im Lauf der Jahre ungemein viel wissenschaftliches Kapital auf dem Spiele stand, letztlich eine soziale Stellung ersten Ranges. Wobei hinzu kommt, daß es sich im Regelfall um streit-erfahrene Juristen handelte. Nach Mayáns, als einer der herausragendsten Vertreter der spanischen Aufklärung ein Intimkenner ihrer sozialen Bedingungen, ist für die gelehrte Welt grundsätzlich ein äußerst gespanntes Verhältnis in Anschlag zu bringen: "Los hombres de letras no tienen sociedad; son entre sí los mayores enemigos ..." (22).. Wenn heutzutage letzten Endes zur Förderung

(20) Cf. zu Feijóo (1729) und dem *Diccionario de autoridades* (1739): P. ALVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas: El léxico de la ilustración temprana en España* (1680-1760), Madrid: Real Academia Española, 1992, p. 351; zu Frankreich siehe P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot, Paris: Gallimard*, 1985, p. 95-120.

(21) Vornehmlich zum Madrider *Ateneo* von 1820 und seiner Distanzierung von den zeitgenössischen Caféhausgesellschaften und Patriotischen Clubs cf. RUIZ SALVADOR, *Ateneo* (N. 16), p. 22 und 26.

(22) Mayáns an den Valencianer Advokaten Nebot, 26.8.1741, in: G. MAYÁNS Y SISCAR, *Epistolario*, tomo IV: Mayáns y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico (ed. M. PESET), Valencia: Oliva, 1975, p. 461.

einer leistungsorientierten, weil darüber objektivierten Wissenschaft bei jeder nur denkbaren Gelegenheit das Wort von der *Scientific Community* die Runde macht, sollte man sich dieser Zustandsbeschreibung des 18. Jahrhunderts erinnern, um desto schneller gewahr zu werden, wieviel Euphemisierungsarbeit doch hinter derartigen Proklamationen steckt.

Exakter datieren läßt sich das hier interessierende Universum durch die konzeptuellen Reibereien, in deren Verlauf die verbindliche Bestimmung dessen anstand, was denn nun eigentlich Wissenschaft in und für Spanien bedeute. Dabei wollte keiner sein spezifisches Wissen, vor allem aber seine vorwissenschaftlichen, nichtsdestoweniger konstitutiven Techniken herabgesetzt sehen, da er so von einem immer kostbareren Gut ausgeschlossen worden wäre. Kognitiv wie kontextuell gesehen schaukelte sich die anlässlich der Privatrechtskodifikation zum Tragen gekommene Konfrontation von Historischer und Philosophischer Schule, die gemeinhin mit der Entwicklung einer spanischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts verwechselt wird, in den ab der Mitte der siebziger Jahre ausgetragenen Querelen um eine genuin spanische Wissenschaft auf. Wie aus der Korrespondenz zwischen Marcelino Menéndez Pelayo und seinem Lehrer Gumersindo Laverde hervorgeht, war die Antwort auf die Negierung jeglicher spanischen "actividad científica" durch den am Ausland Maß nehmenden Gumersindo de Azcárate zugleich eine Replik, die die sozialen Vorteile anging. Diese würden hiernach unter anderem einer heimischen, bis auf das 16. Jahrhundert zurückgehenden, naturrechtlich stilisierten Jurisprudenz eines Molina, Soto und Suárez geschuldet und in Zukunft nur dank eines solchen Spezialwissens zufallen. "La ciencia española", mit der Menéndez Pelayo 1876 zugunsten seiner Welt Partei ergriff, verteidigte die altspanische Denikästhetik, trat aber eben auch für die von ihm und Laverde in Aussicht genommenen Lehrstühle ein; plädierte gegen eine immer fremd bleibende Rationalität, mit der das vorgeblich rationalere Konzept des *krausismo*, dessen tatsächlich aber wirre Phraseologie und so deren Lehrstuhlinhaber identifiziert wurden; und sprach sich für die Beibehaltung einer kulturellen Tradition aus, welche doch der deutsche Gelehrte in seinem Fall zu nutzen, mit der der

spanische hingegen zum eigenen Nachteil bislang wissenschaftlich nichts anzufangen wisse ⁽²³⁾.

Solange aus Repräsentationsgründen die reflexive Ebene der juristischen Praxis auf das operative Geflecht von Sprache und Verschriftlichungsformen angewiesen ist, darf es als Gegenprobe angesehen werden, daß etwa zur selben Zeit auch die Definition des Literarischen von der grundlegenden Infragestellung des epistemischen Rüstzeugs erfaßt wurde. Bei der Kontroverse zwischen Juan Valera und Ramón de Campoamor ging es darum, ob die Metaphysik ihren Vorrang mit den anderen *ciencias* zu teilen habe bzw. die Poesie ihre Spezifität behalte oder den allgemeinen Denkregeln unterliege, was dann gemäß der *ciencia moderna* nach beider Nützlichkeit fragen lasse. Daß diese "querella literario-filosófica" von der Zeitschrift des Madrider *Ateneo*, mithin vom führenden Debattierklub der spanischen Intellektuellen in den Druck gegeben wurde, namentlich dessen Sektion für die *ciencias morales y políticas* und somit juristisches Steuerungswissen dahinter stand, ist ein weiteres Indiz, zumal so der Bezug zu einer sich erneuernden Jurisprudenz und ihrem sozialen Universum nachgerade mit Händen greifbar wird ⁽²⁴⁾. In dieser Polemik gipfelte die theoretische Kontroverse, die bereits seit dem 18. Jahrhundert die Gegner und Befürworter einer allein auf die Kreativität abstellenden Poetik aufeinanderprallen ließ. Für sich genommen nützten ihr die tradierten rhetorischen Vorschriften wenig, konnte allenfalls die "buena lógica" eines Descartes behilflich sein. Ungeachtet dessen wurde in Spanien angesichts des rhetorischen Handwerkszeugs von da ab die Lösung in der Mitte gesucht, in einer Umfassung der Poesie durch eine sich insofern erweiternde Rhetorik ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Zum Werkzusammenhang eines zur selben Zeit geplanten *Tratado de retórica* wie einer Geschichte der Ästhetik, der Streitschrift von 1876 und ihren sozialen als wissenschaftsgeschichtlichen Bezügen cf. Laverde an Menéndez Pelayo, 7.4.1876, sowie die Edition der besagten Rhetorik, in: M. MENÉNDEZ PELAYO, *Epistolario* (ed. M. REVUELTA SAÑUDO), tomo I, p. 449-543 (449) bzw. tomo II, p. 3-6, Madrid: Fundación Universitaria Española, 1982.

⁽²⁴⁾ R. DE CAMPOAMOR-J. VALERA, *La metafísica y la poesía. Polémica por ...*, Madrid: Sáenz de Jubera, 1891.

⁽²⁵⁾ R.M. ARADRA SÁNCHEZ, *De la retórica a la teoría de la literatura (siglos XVIII y XIX)*, Murcia: Universidad de Murcia, 1997, p. 144-151.

Was nicht dahin gehend mißverstanden werden darf, als ob der Kampf um die Begrifflichkeiten ohne Auswirkungen auf die Begründung anderer gesellschaftlicher Zusammenhänge geblieben wäre, wenn auch im Letzten der neue, feldartig strukturierte Raum entsprechende Diskussionen vorantrieb. Jede Partizipation an diesen Querelen schuf im selben Zug ein fruchtbares Ambiente dafür, daß auf den nächsten Widerruf gewartet, demzufolge die Wahrheitssuche nicht etwa eingestellt wurde. Die "nueva ciencia penal", an deren Beispiel im Folgenden das Verhältnis von rechtswissenschaftlicher Produktion und sozialer Positionierung exemplarisch untersucht werden soll, ging schon den Beteiligten aus einer kampfbestimmten Konstellation hervor. In ihrer Sprache emergierte die neue Strafrechtswissenschaft aus einer "lucha de escuelas", war alles Weiterkommen, die "marcha del pensamiento", das Ergebnis von geistigen Konflikten und nachfolgenden Harmonisierungen, die die "exageraciones" mit der Zeit zu bändigen wußten⁽²⁶⁾. Doch spielte sich die Stabübergabe von denen, die dem "sistema krausista" anhängen, an die, welche den "dogmatismo alemán" predigten, und endlich an jene, denen seinerzeit alles Heil aus dem in Italien propagierten soziologischen "positivismo" zu kommen schien⁽²⁷⁾, nicht nur vor einem spezifischen Hintergrund ab. Unabweisbare Bedingung war ein sozialer Raum, der den Begegnungen von *positivistas* und *metafísicos* ihre Motorik verlieh und folglich als Präjudiz nachwirkte. Auf dieses gesellschaftliche Gebilde, seine Spannungen und die daraus hervorgehenden wissenschaftlichen Emanationen verweist die immer wieder anzutreffende Metapher vom Kampf (*lucha*), ein derart scharfes Lagerdenken, daß noch die Selbstbeschreibung ihren sozialen Bezug nicht ganz aufzulösen vermochte. Offenbar stand diesmal Glaubwürdigkeit in einem besonderen Maß zur Disposition, weil sich bei solchen Eingeständnissen im allgemeinen der Abstraktionsgewinn verflüchtigt hätte und hierdurch der symbolische Effekt, der aus der

(26) F. DE ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal. Exposición y crítica*, Madrid-Sevilla: Fe, 1887, p. 21-23.

(27) Zu dieser Selbstbeschreibung anlässlich der Aufnahme in die *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* cf. F. VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana. Discurso presentado a la ... para ser leído en su recepción pública*, Madrid: Guijarro, 1890, p. 7-8.

wissenschaftlichen Arbeit an einer zeitgemäßen Gesellschaftsordnung zu resultieren hat. Vom einen wie vom anderen kündigt die Einleitung, die Luis Silvela 1898 der zweiten Auflage seines 1874 erstmals erschienen *Derecho penal* voranzustellen gedachte⁽²⁸⁾. Sich von den an ihn herangetragenen verlegerischen Interessen distanzierend, an einer solchen, vom Markt her gesehen vielversprechenden Neufauflage wolle er keinen Anteil haben, versprach Silvela, das spanische Strafrecht zumindest durch einige Fußnoten wissenschaftlich auf den neuesten Stand zu bringen. Für alles weitere fehle es ihm am Glauben sowohl in Cesare Lombrosos *L'uomo delinquente* (1876) als auch in die jüngste Kriminalanthropologie, was freilich nicht ausschloß, als Tribüne für diese Bekundung schon fünf Jahre vor Erscheinen der zweiten Version die Zeitschrift zu wählen, die bis in den Titel hinein das moderne Spanien verkörperte. Wir meinen damit *La España moderna*, die der neureiche Madrider Kunstmäzen José Lázaro Galdiano ab 1889 herausgab und verlegte.

Daß es tendenziell schon zu einem derart wissenschaftlich strukturierten und zugleich Wissen strukturierenden gesellschaftlichen Raum gekommen war, bezeugt der Umstand, mit wieviel stilistischem Feingefühl für die höchst prekäre Situation Alvarez Taladriz seinem "amigo del alma" Silió y Cortés zu dessen erstem wissenschaftlichen Werk das Vorwort schrieb⁽²⁹⁾. Zwar hatten sie beide noch 1885 mit der *Revista de antropología criminal y ciencias médico-legales* die erste Fachzeitschrift organisiert, die die italienische Schule in Spanien publik zu machen suchte. Doch waren sie jetzt im Kern zerstritten. Lediglich eine andere, soziale Logik brachte es 1891 fertig, daß der Postivist (Taladriz) dem *espiritualista* (Silió) trotzdem zur Hand ging, um den potentiellen Konkurrenten gemeinsam zu begegnen. Nur so hielt zusammen, was sonst längst auseinandergegangen wäre; in diesem Rahmen überwogen die Regeln des gesellschaftlichen Umgangs, die anscheinend unwi-

(28) L. SILVELA (V DE LE VILLEUZE), *El derecho penal y los sistemas fatalistas y deterministas de la antropología criminal*, in: *La España moderna* (= EM)10,110 (1898), p. 116-145 (116-119, 144-145).

(29) C. SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal con un prólogo de A.M. Alvarez Taladriz*, Valladolid: Fuentes y Capdeville, 1891, p. V-XXIX.

dersprochen bis in die wissenschaftliche Produktion durchschlagen konnten. Und was im Mikrobereich für Klarstellung bei den fraglichen Kräfteverhältnissen und für mehr Präzision bei den dazu homologen Begrifflichkeiten sorgt, findet in den Makrozusammenhängen seine Entsprechung. Globale Veränderungen avancieren dann im Verein mit anderen Faktoren zum sicheren Zeichen dafür, daß sich parallel dazu ein anderes gesellschaftliches Spannungsfeld herausbildete. Erforderlich ist nur, daß die Transformationen genereller Natur auf eine ganz spezielle Art und bei einer offenbar passenden Konfiguration des sozialen Gefüges andocken beziehungsweise bei deren sozialer wie bei deren kognitiver Morphologie Veränderungen hervorrufen können. Bourdieu sieht diesen Fall für den französischen *champ universitaire* der Jahre vor 1968 für gegeben an. Hierbei denkt er an die allgemeine sozioökonomische Entwicklung, die daraus resultierende Zunahme an studentischer Klientel und die ungleiche Entwicklung der Lehrdeputate, was seines Erachtens eine Neugewichtung der Fakultäten und Disziplinen nachsichzog, letzten Endes deren dominierende Vertreter verunsicherte ⁽³⁰⁾. Analog hierzu möchten wir das Augenmerk darauf richten, daß sich die wissenschaftlichen Präntentionen jener, die sich auch zu ihren Gunsten für das spanische Gemeinwohl engagierten, spätestens ab den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts mit einer gesamtgesellschaftlichen, trotzdem aber spezifischen Nachfrage konfrontiert sahen, die von einem strikten Ordnungsdenken aus kein Zuwarten erlaubte. Anderenfalls hätte man sich ja sehenden Auges damit abgefunden, seiner gesellschaftlichen Ausnahmestellung berechtigtermaßen verlustig zu gehen.

Soweit man sich auf dieser Seite der Großturbulenzen und ihrer Gefahren für die eigenen Positionierungsmöglichkeiten bewußt werden konnte, gemäß den epistemischen Standards Einsicht Platz griff, in dem Maß spricht vieles dafür, daß über divergierende Ansichten auch dementsprechende Verteilungskämpfe ausbrachen. Diese wiederum verliehen neuen sozialen Beziehungen zwischen den Wissensträgern Gestalt, ließen für eine bestimmte Vorgehensweise optieren und führten am Ende zu den Produkten, denen im allgemeinen einzig und allein die Aufmerksamkeit galt. Uns hinge-

⁽³⁰⁾ P. BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris: Minuit, 1984, p. 49 und 171.

gen erscheint es wichtig, wie und wodurch sich die Protagonisten der übergreifenden Strukturverschiebungen vergewisserten, wurde auf diese Weise doch die Basis für die Konstitution eines rechtskulturellen Sektors in einem ansonsten vorwiegend staatsbezogenen Feld geschaffen, genau genommen die Grundlage für die Segmentierung einer neuen Strafrechtswissenschaft. Explizite Aufforderungen, etwa in der Form von Regierungsaufträgen an einer allgemeinen intellektuellen Bestandsaufnahme mitzuwirken, um nötigenfalls gar strafrechtlich Abhilfe schaffen zu können, sollen dabei jedoch von zweitrangiger Bedeutung sein: Sie hätten bei wem auch immer Kenntnisse vorausgesetzt, deren historische Bedingungen gerade zur Debatte stehen. Offizielle Bitten solcher Art hätten allenfalls die Effekte verstärkt, die aus der generellen, dem fraglichen Adressatenkreis in besonderer Weise erkennbaren Nachfrage herrührten. Sollte es aber in der einen oder anderen Form doch zu derartigen Anregungen gekommen sein, allein schon die Staatsnähe schließt solches nie aus, dann würden sich die Anfänge der experimentellen Psychologie unter den eben genannten Einschränkungen als wissenschaftsgeschichtliche Parallele erweisen, jedenfalls soweit man auf die methodisch vergleichbare Untersuchung von Patrice Pinell⁽³¹⁾ zurückgreift. Hiernach lud die französische Regierung im Jahr 1904 Alfred Binet dazu ein, an einer interministeriellen Kommission mitzuarbeiten, die mit Blick auf die Soziale Frage an einem pädagogischen Projekt für geistig zurückgebliebene Kinder interessiert war.

Mit der sog. *cuestión social* ist auch für Spanien das Problemfeld angesprochen, an dessen Ausformulierung diejenigen arbeiteten, die nicht zufällig zu den markantesten Autoren der eingangs erwähnten Zeitschrift *La nueva ciencia jurídica* gehörten. So etwa Pedro Dorado, zunächst Lehrstuhlinhaber für *Derecho político* an der Universität Salamanca und noch im selben Jahr 1892 für Strafrechtswissenschaft, als er die eben erschienen *Estudios de economía social* von Rafael María de Labra rezensierte. Beide stimmen daran überein, daß angesichts der profunden Krise, die Spanien zu Ende des 19. Jahrhunderts durchschreite, den Haupt-

(31) P. PINELL, *L'invention de l'échelle métrique de l'intelligence*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 108 (1995), p. 19-35 (21).

vertretern der “cultura española” die verantwortungsvolle Sonderaufgabe gebührt, was die Arbeiterfrage, die Volkserziehung und die “rehabilitación” der Frau angehe, weitaus mehr “claridad y precisión” in die öffentliche Diskussion zu bringen ⁽³²⁾. Ganz in diesem, d.h. aber im Sinne einer wissenschaftlichen Vermittlung der allgegenwärtigen, deshalb aber nicht gleich erkennbaren Strukturveränderungen wurden auch Silió und Aramburu aktiv, der eine wie der andere als Vorkämpfer einer neu überdachten Strafrechtspflege, Silió zudem als inoffizieller Herausgeber der *Nueva ciencia jurídica*. Von hier aus scheint Aramburu ⁽³³⁾, der den Strafrechtslehrstuhl der Reformuniversität Oviedo innehatte und 1887 durch seine Monographie *La nueva ciencia penal* hervorgetreten war, lediglich in den “rising crime myth” ⁽³⁴⁾ einzustimmen. Bei genauerer Prüfung trat er indes vor allem für eine wissenschaftliche Aufarbeitung der in Frage kommenden Verbrechen ein. Und Silió nahm Abstand zu jedem politisierten Ruf nach der Todesstrafe und anderen gesetzgeberischen Verschärfungen; er wollte sich nicht gemein machen mit derart übereilten und möglicherweise inadäquaten Antworten auf die Attentate der Anarchisten. So wie Aramburu für eine bedachte Rekonstruktion der Genese und moralischen Bewertung des fraglichen Verhaltens plädierte, Expertenreflexion ins Zentrum stellte und somit einen virtuellen Raum szientifischer, durchaus kontroverser Abwägung umriss, ging es Silió darum, der Delinquenz auf den Grund zu gehen und damit der Komplexität des “problema social”. Für ihn war zuallererst “meditación” angesagt, “el estudio del delito como fenómeno social” oder “el detallado y minucioso análisis de las diversas formas y maneras con que la sociedad fomenta o crea los delitos” — eine

⁽³²⁾ P. DORADO, Bibliografía, in: *La nueva ciencia jurídica. Antropología, sociología* (= NCJ) 1 (1892), S. 373-382 (378); zu seiner beruflichen und sozialen Verortung, insbesondere im Hinblick auf die Verwissenschaftlichungstendenzen des ausgehenden 19. Jahrhunderts cf. das Quellenmaterial bei G. SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero y la Revista de derecho y sociología*, Salamanca: Europa, 1985.

⁽³³⁾ F. DE ARAMBURU Y ZULOAGA, *Et nun erudimni*, in: NCJ 2 (1892), p. 257-261 (258).

⁽³⁴⁾ Speziell für England und Frankreich: L. MC DONALD, *Theory and Evidence of Rising Crime in the Nineteenth Century*, in: *The British Journal of Sociology* 33 (1982), p. 404-420.

Aufgabe, die Silió zufolge naturgegebenmaßen den “pensadores” zufalle, also nur ihm und seinesgleichen⁽³⁵⁾.

Doch ließ man es dabei nicht bewenden. Inzwischen war ihnen, Silió nahm darauf am selben Ort sogar ausdrücklich Bezug, ein neuartiges Instrumentarium an die Hand gegeben, das unter Eingeweihten zusätzliche Autorität verlieh und folglich Positionsbestimmungen wie selbstverständlich erleichterte. Die Rede ist von den neuen Kriminalstatistiken. Seitdem das Dekret vom 8. Juli 1859 im Justizministerium eine besondere Statistikabteilung eingerichtet hatte, griff bei Kennern die Ansicht Platz, der *criminalidad* endlich von Staats wegen auf die Spur kommen zu können, um den Strafrechtsreformen eine sichere Basis zu verschaffen, zumal im Gegensatz zu den ersten Anläufen der Jahre nach 1844 die ermittelten Daten auch noch in einer übersichtlichen Form publiziert worden seien⁽³⁶⁾. Was das praktisch heißt, wird etwa an der Statistik zur Kriminaljustiz von 1862 ersichtlich, die außer justizstatistischen Angaben über die regionale Verteilung von Delikten vornehmlich gegen das Eigentum, die innere Sicherheit oder die Ehre unterrichtet⁽³⁷⁾. Hieran interessiert weniger, daß an der vierjährigen Verspätung, mit der diese Daten veröffentlicht wurden, bereits der organisatorische Retard ablesbar wird, der auch in den Folgejahren zu beobachten ist. Uns kommt es vielmehr darauf an, inwiefern sich ein operatives Ambiente eröffnete, das reflexive Zweitbeobachtungen gestattete, oder um es mit den Worten des Justizministers von 1862 zu formulieren, ein “examen retrospectivo” nebst der zugehörigen “apreciaciones más transcendentales”. Deshalb würde es wissenschaftshistorisch nicht vorwärtsbringen, aus heutiger Sicht von der Ungenauigkeit der Daten enttäuscht zu sein, diese empiristisch aufzubessern oder sich vielleicht gar über den organisatorischen Schlendrian des Südens zu mokieren. Objektiv stand ein Referenzkriterium mehr zur Verfügung, das alter-

⁽³⁵⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 215-218.

⁽³⁶⁾ Colección legislativa de España, 1859, tomo LXXXI, Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia, 1859, p. 86-94 (86).

⁽³⁷⁾ Estadística de la administración de justicia en lo criminal en la península e islas adyacentes durante el año de 1862, formada por el Ministerio de Gracia y Justicia, in: *La justicia, revista peninsular y ultramarina de legislación, jurisprudencia y administración pública*, parte doctrinal 1 (1866), p. 672-695.

nativen Interpretationen und damit neuem Wissen Bahn machte; das den gewieftesten Interpreten und hierüber andersartigen gesellschaftlichen Positionierungen in einer bislang so nicht gegebenen sozialen Konstellation eine übrige Chance gab; das also kurz gesagt den Meisterdenkern den Weg ebnete und derart Wissenschaft förderte.

Gleichsam zwanglos, anderes hätte in einem Universum immer noch diskriminierter Handarbeit bereits Positionsverluste eingehandelt, waren demzufolge die Ausgangsdaten auf juristisch Brauchbares durchzusehen, untereinander zu relationieren und letztlich mit der vergleichsweise schemenhaft aufscheinenden Sozialen Frage in Verbindung zu bringen. Silió ⁽³⁸⁾ zum Beispiel griff auf eine solche Differenzierungstechnik zurück, entschied sich für diesen genuin wissenschaftlichen Umgang mit dem Nichtwissen, und brachte hierüber ein derart feldkonstituierendes, da kapitalbedingte Unterschiede provozierendes Agens zum Einsatz. Er baute auf den qualitativen Sprung, den die neue Quantifizierung zuließ, und verschob die Relationen im spanischen Kräftefeld, als er die statistischen Jahresberichte wortwörtlich mit einer numerischen Photographie der gesellschaftlichen Zustände verglich. Erklärtermaßen wußte sich Silió eins mit dem zeitgenössischen Frankreich in Gestalt des Strafrechtsphilosophen Gabriel de Tarde, des Direktors des Statistikbüros beim Pariser Justizministerium. Als einer der international renommiertesten Soziologen wurde Tarde aufgrund solchen Prestiges von Lázaro für die spanische Welt verlegt, nachdem ihn Posada zu wesentlichen Teilen übersetzt hatte. Indem Silió die Herausforderung annahm, Tarde gleichzeitig kritisierte, war überdies die nationale Komponente ins Spiel der rivalisierenden Kräfte gekommen. Hierfür genügt es festzuhalten, daß der Tarde'sche Satz, wonach die Kriminalitätsrate neben den klimatischen Bedingungen vom Zivilisationsfortschritt abhängt, ungeschminckt, wenn auch vermittelt über die Eigentumsdelikte, einer zivilisatorischen Dominanz des Nordens das Wort redet. Dem wußte freilich der Süden durch Silió zu entgegnen, Tarde habe die unterschiedlichen Klimazustände wider alle Logik mit dem Zivilisationsgrad in

⁽³⁸⁾ Cf. zum Folgenden SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 199-204 und 246-247.

Beziehung gesetzt. Von solchen argumentativen Gefechten abgesehen, die — der Appell an die Denkgesetze demonstriert es — nicht etwa der Rabulistik freien Lauf ließen, sondern ebenjenen Wissenschaftsraum konfigurierten: Die bloße Möglichkeit, auf einschlägiges Zahlenmaterial zu rekurrieren und folglich auf eine andere Manier die anstehenden Großverwerfungen zu beantworten, bot genügend Anreiz, Nachdenken auf den Plan zu rufen, um auf dem Markt der wissenschaftlichen Eitelkeiten durch seriöse Angebote zu glänzen.

Das aber umso stärker, als jedwelche Zahlen dieses Umfangs in den Augen der spanischen Eliten arlarmierend wirken mußten. Von dieser Warte aus betrachtet schien im Grunde die alles tragende Eigentumsstruktur in Frage gestellt und darüber die gesellschaftliche Ordnung insgesamt, was die Mächtigen des *champ du pouvoir* (Bourdieu) notgedrungen um ihre Existenz fürchten ließ. Zu den Warnsignalen, die Silió vernahm und in der um Auswege bemühten Diskussion zuallererst an sein wissenschaftliches Umfeld weiterleitete, gehört hauptsächlich, daß Spanien laut der statistischen Jahrbücher für 1884 bis 1889 von einer um 20% steigenden Kriminalität überzogen wurde. Was den tonangebenden Madrider Beobachtern alles verschlimmerte und dadurch den Prozeß der Verwissenschaftlichung motivierte, war die Tatsache, daß die spanische Hauptstadt zahlenmäßig sogar im Zentrum dieser Destabilisierung stand. Kam hinzu, und darauf wies Sanz Escartín 1910 hin, daß jegliche Gegenmaßnahmen nichts gefruchtet hätten; insofern wird nochmals an die Einrichtung von Gefängnisasylen ab dem Jahr 1886 erinnert⁽³⁹⁾. Silió und die seinen sahen sich durch Gabriel de Tarde und dessen statistische Erhebungen auch für Spanien darin bestätigt, daß bei zunehmender Modernisierung sehr wahrscheinlich die Zahl der Rückfalltäter steigt, die Gefahr mithin zur permanenten Bedrohung wird. Weil sich die Kriminalität anscheinend professionalisiere, sich der Kriminelle immer deutlicher vom “hombre honrado” abhebe, sei eine — wissenschaftlich flankierte — “higiene social” dringendst vonnöten, so die Schlußfolge-

⁽³⁹⁾ C. SILIÓ Y CORTÉS, *La criminalidad española*, in: NCJ 1 (1892), p. 224-232; SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 241-246; SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 280.

rung ⁽⁴⁰⁾. Das Geschäft mit der Zukunftsangst mußte zum Vorteil eines wissenschaftlichen Sektors staatlicher Vorsorge ausschlagen, wenn aus Frankreich, dem Land des ökonomischen Fortschritts und aller Zivilisation, Schreckensbotschaften von der Art kamen, wie sie der *Compte général* von 1880 verbreitete. Mit ihren Langzeitaussagen griff die französische Kriminalstatistik bis zum Jahr 1826 zurück. Überaus besorgniserregend waren speziell die Rückfallquoten ⁽⁴¹⁾, selbst noch außerhalb der Grenzen, dann natürlich zuerst in Spanien und dort wiederum zuallererst für seine im Zweifel des Französischen mächtige Eliten, so daß sich bei ihnen die Nachricht wie ein Lauffeuer verbreitet haben muß.

2. *Feldemergenz und soziale Allianzen*

Insofern wissenschaftliche Produktion auf gesellschaftlichen Spannungen gründet, sind ihre Beziehungen zum Feld der Machtträger in Fragen der allgemeinen Ordnung tagtäglich zu redefinieren. Es kommt einer Gratwanderung gleich, weder den Kontakt zu verlieren, noch sich in derartigen Abhängigkeiten zu verstricken. Der Effizienz halber dürfen die Ergebnisse auf der einen Seite nicht weltfremd sein, jederzeitige Integrierbarkeit versteht sich von selbst, weswegen die Verbindungen zu den herrschenden Kreisen wie zum staatlichen Machtapparat bis hinein in die persönlichen Beziehungen besser nie gekappt werden. Auf der anderen Seite ist der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit durch distanzierende Attribute zu manifestieren, weil sonst bereits äußerlich jene Autonomie verloren zu gehen droht, an der der wahre Wissenschaftler um der Wahrhaftigkeit seiner Aussagen willen unaufhörlich arbeiten muß, ganz so, wie er seines außergewöhnlichen sozialen Ranges wegen hierauf beharrt. Zwangsläufig avancieren dann aber etwaige Koalitionen zum Gradmesser dafür, ob es generell zu Konsolidierungerscheinungen und speziell zur Festigung bestimmter Reflexions-

⁽⁴⁰⁾ ARAMBURU Y ZULOAGA, *Et nun erudimni* (N. 33), p. 260; SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 252-256.

⁽⁴¹⁾ *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880* (eds. M. PERROT et PH. ROBERT), Genève: Slatkine, 1989, p. LXXXI-XCIV, 6, 21, 26-30.

formen kam, zu wissenschaftlicher Segementierung in der Form einer gleichermaßen kognitiven wie gesellschaftlichen Eigenlogik, oder ob nicht bloß parteiisch interveniert, einzig Stellung bezogen wurde. Gegebenenfalls wären nicht mehr als politische Positionen umverteilt worden, hätte das staatlich verfaßte, weitgehend von Juristen dominierte Universum fremdbestimmter Herrschaft nur eine Binnendifferenzierung ohne qualitative Unterschiede erfahren.

Soweit die Ausgangsfrage im Regelfall. Ihre überscharfen Trennungen gehen jedoch allzu vereinfachend von einer Rationalität situativ abgekoppelter Wissenschaftlichkeit aus, würden vorschnell von den geschichtlichen Bedingungen der jeweiligen Feldbildung absehen lassen und den Bezugspunkt des Wissens wie dessen erkenntnispraktisch gebotene Rückkoppelung über Gebühr vernachlässigen. Mehrfachallianzen und dementsprechend nach mehreren Seiten offene Ergebnisse könnten so im nachhinein leicht als Schwäche ausgelegt werden, obgleich sie vom Umfeld her möglicherweise unumgebar waren und sich aufgrund des speziellen Beobachtungsobjekts vielleicht gar anboten, unter bestimmten Umständen einfach wünschenswert erscheinen mußten, eingedenk der sozialen Nähe und der relativ hohen Implementationsanforderungen der anvisierten Thematik. Wie man solch unterkomplexe Beschreibungen vermeidet, demonstriert Alain Viala ⁽⁴²⁾ anhand der französischen Literatur des 17. Jahrhunderts. Er macht die Vielfachallianzen und die hiermit korrespondierenden, um Ausgleich besorgten Stil- und Werkvariablen als Indizien dafür aus, daß es trotz der formalen und inhaltlichen Ambiguitäten und über alle gesellschaftlichen Heteronomien hinaus zur Konstitution eines feldartigen Gebildes von literarischen Produktionen kam. Nimmt man dem Ganzen zudem seine Letztreferenz, Viala bezieht sich auf das literarische Feld der Moderne, auf dessen funktionale Arbeitsteilung und auf die fehlende Notwendigkeit, möglichst von mehreren Seiten gleichzeitig anerkannt zu werden, so darf für ein nur scheinbar überholtes Rationalitätsmodell und seine systemsparenden, weil prinzipiell empirienahen Ausnahmen gefolgert werden: Derart multiple Praktiken sprechen ebensowenig gegen

(42) A. VIALA, *Naissance de l'écrivain. Sociologie de la littérature à l'âge classique*, Paris: Minuit, 1985, insbesondere p. 167-176.

wissenschaftliche Potenz wie dagegen, daß sich auch hier ein wissenschaftlich verfaßter Sektor ausformen kann.

Ob nun im hiesigen Fall trotz der Ambivalenzen eine erkenntnismäßig konforme Antwort auf die existenten Strukturen vorliegt, somit aber die kognitive Grundvoraussetzung für eine dahin gehende Segmentierung, läßt sich vor allem daran ermes- sen, inwieweit potentielle Wissenschaft ähnlich anderen Praktiken von Anfang an nur in einem Umfeld zu agieren vermochte, für das ein Grad höchster sozialer Vernetzung gerade charakteristisch ist. Dafür wird umgehend in Rechnung gestellt, daß im zeitgenössischen Spanien gute Beziehungen die Leitwährung abgaben, speziell solches *capital social* (Bourdieu) blitzschnell und erfolversprechend auf die jüngsten Veränderungen des allgemeinen Kapitalmarktes zu reagieren erlaubte ⁽⁴³⁾. Hier mußte sich einer seiner Sache besonders gewiß und die Angelegenheit entsprechend unverfänglich sein, um darüber, wie José de Letamendi als Vorsitzender des Preisgerichts der *Sección de Ciencias Físicas* des Barceloneser *Ateneo*, hinwegzusehen und zu verkünden, bei seinen Entscheidungen jedenfalls keine *amigos* zu kennen ⁽⁴⁴⁾. Am anderen Ende der Skala steht die lobende Rezension ⁽⁴⁵⁾, die sich deswegen noch am selben Ort ungestraft offen zur Freundschaft mit dem Autor bekennen darf, weil der allgemeinen Erfahrung nach nur das Urteil des besten Freundes über den wahren Wert einer literarischen Arbeit mit obendrein politischem Einschlag befinde. Denn, so die Heuristik bei extrem relationierten Gesellschaftsformationen: Alle Einsicht in verwickelte, der Eigenbeobachtung unzugängliche Zusammenhänge sei nun einmal in erster Linie Vertrauenssache, eine Funktion der dem Informanten entgegengebrachten "confianza", ähnlich wie Ehre erst durch die Anerkennung Dritter zu- wachse.

Jedwelche internen Verknüpfungsmöglichkeiten waren seinerzeit aber auch deshalb in Augenschein zu nehmen und, falls

⁽⁴³⁾ J.-M. SCHOLZ, *Situativ beobachten und opak kommunizieren. Wahrnehmungen an einer hochvernetzten Gesellschaft*, in: SCHOLZ-HERZOG (eds.), *Observation and Communication* (N. 9), p. 3-110.

⁽⁴⁴⁾ J. DE LETAMENDI, *El motor del porvenir*, in: EM 1,10 (1889), p. 105-137 (106).

⁽⁴⁵⁾ A. PALACIO VALDÉS, *Oradores políticos. Consideraciones sobre el libro de este título, escrito por don Miguel Moya*, in: EM 1,10 (1889), p. 55-5957).

opportun, in kongruente wissenschaftliche Produkte umzusetzen, da von außen zunehmend eine andere Rationalität andrängte. Diese stellte bereits quantitativ die Ergebnisse der spanischen Wissenschaft ins Abseits, verunsicherte das Selbstwertgefühl ihrer Wissenseiten und bedrohte deren Positionen auf ihrem ureigensten (sozialen) Terrain. Hierher gehört die erwähnte Polemik um eine *Ciencia Española*, d.h. auch um das wissenschaftliche Kapital all derjenigen Experten in spanischer Jurisprudenz, die sich vornehmlich neben dem gelehrten Deutschland mit seinen zahllosen "trabajos científicos sobre el Derecho civil" so unendlich klein vorkamen (46). Und wo derselbe Torres Campos, immerhin Inhaber eines Zivilrechtslehrstuhls an der Universität Granada, in den Augen des Herausgebers der *Nueva ciencia jurídica* zuerst einmal nur soweit interessant war, als er der deutschen Sprache mächtig sein sollte; eine internationale Presseschau ohne Berücksichtigung der deutschen Koryphäen wurde für sinnlos erachtet (47). Der schmerzlich empfundene Abstand schmiedete in dem Maß zusammen, wie man sich von Seiten dieser, dem Titel nach äußerst ambitiösen Zeitschrift nicht scheute, die nämlichen Autoren gleich mehrmals um Mitarbeit zu bitten, um am Ende gar freizustellen, worüber einer schreibe, so man nur kooperiere (48). Lázaro, der als Verleger logischerweise auf geschäftlichen Erfolg aus war, vermochte die Situation der spanischen Rechtswissenschaft realistisch einzuschätzen. Er bedurfte dafür keines Posada, der an der französischen Ausgabe von Ludwig Gumplowicz' Schriften zur Soziologie und Politik bemängelte, das Ausland vergesse die spanische Sozialwissenschaft völlig zu Unrecht (49).

Mit *La nueva ciencia jurídica* erlitt Lázaro verlegerisch Schiffbruch, weil sich in Spanien, so sein eigenes Urteil, Wissenschaft schlecht verkaufe. Eigentlich hatte er von Anfang an größte Bedenken

(46) M. TORRES CAMPOS, *La antropología y el derecho civil*, in: *NCJ* 1 (1892), p. 137-149 (141).

(47) J. Lázaro Galdiano an M. Torres Campos, 29.1.1892 (Archivo de la Fundación Lázaro Galdiano, Madrid [= AFLG], copiadador de cartas [= cc], 7 [1891-1892], p. 331).

(48) J. Lázaro Galdiano an C. Arenal und M. Torres Campos, 20.2.1892, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 393.

(49) *EM* 10,3 (1898), p. 199-200.

gehabt. Schon Ende 1891 war Posada informiert worden, der Verlag *La España moderna* wolle von jetzt ab nur noch schöngestige Literatur und Reiseberichte in das Programm aufnehmen; die wissenschaftlichen Bestände würden noch verramscht, dann sei Schluß damit — “...hago punto final a lo científico”, so Lázaro lakonisch ⁽⁵⁰⁾. Und gegenüber Silió, dem er mit dieser Zeitschrift im Grunde nur einen Freundschaftsdienst erwies, vertrat Lázaro unverhohlen die Ansicht, daß er — fehlten nicht auch noch die geeigneten Übersetzer — am liebsten bloß auswärtige Texte vertreiben würde ⁽⁵¹⁾. Die Bilanz von *La Nueva ciencia jurídica* war in der Tat niederschmetternd, jedenfalls was die finanzielle Seite anbetrifft. Wie aus der Geschäftskorrespondenz ersichtlich, hatte sich nur die Anwaltskammer von Alicante abonniert; über 107 zahlende Subskribenten scheint diese Zeitschrift nicht hinausgekommen zu sein ⁽⁵²⁾. Bemerkenswert ist freilich auch, daß Lázaro im selben Brief vom Mai 1892 zwar von einem verschwindend kleinen Interessentenkreis ausging, dieser indes seiner Einschätzung zufolge desto mehr Einsatz zeige. Uns aber geht es exakt um jenes “público muy entusiasta pero muy limitado”. Damit wird ein Spannungsfeld und zugleich Spielraum umschrieben, in dem nicht nur passives Verhalten an den Tag gelegt wurde, die Leser konsumierten, sondern wo man auch aktiv eingreifen, hierüber Diskussionen und somit Innovation auslösen würde, falls sich der unmittelbare Konkurrent auch nur minimal zu weit vorwagte. Alle übrigen mußten jetzt davon ausgehen, daß er das Wissensmonopol für sich in Anspruch nimmt und nur folgerichtig unter seinesgleichen eine Topposition einfordert. Von da ab war keiner seines Platzes mehr sicher.

Zum Lázaros ⁽⁵³⁾ Bedauern wurde dieser Mikrokosmos dadurch geschwächt, daß leicht allzu gute Beziehungen den Blick trübten. Gewährsmann hierfür war ihm Gabriel de Tarde, bezeich-

⁽⁵⁰⁾ J. Lázaro Galdiano an A. Posada, 1.10.1891, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 166.

⁽⁵¹⁾ J. Lázaro Galdiano an C. Silió, 2.2. und 5.5.1892, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 343-344 und 489-491.

⁽⁵²⁾ Vgl. das Schreiben des Geschäftsführers des Verlages *La España moderna*, B. Sebastián, an das *Colegio de Abogados* von Alicante, 27.3.1892, und J. Lázaro Galdiano, der Chef dieses Verlages, an C. Silió, 5.5.1892, AFLG cc (1891-1892), p. 444 bzw. 489-491.

⁽⁵³⁾ J. Lázaro Galdiano an C. Silió, 27.3.1892, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 445.

nenderweise ein Fremdbeobachter. Nur war Lázaro auf der anderen Seite nicht bereit, in der eigenen Sache zu verzichten. So ersuchte er fast gleichzeitig seinen “maestro y amigo” Alvarez Taladriz, der bekanntlich für ihren gemeinsamen Freund César Silió das Vorwort zu dessen *Crisis del derecho penal* geschrieben hatte, sich doch bei der Jury des nächsten Auswahlwettbewerbs für Volksschullehrer zugunsten einer guten Freundin zu verwenden; als Preis bot er ihm die Mitarbeit in *La nueva ciencia jurídica* an⁽⁵⁴⁾. Ein besonders geschicktes Geschäft auch zum Wohle der Wissenschaft, wenn man außer acht läßt, daß sich die besagte *ciencia española* — ob gewollt oder nicht — einer ausländischen Wissenschaft gegenüber sah, die speziell von weitem gesehen durch ihre enorme Produktion, durch immer neue Fortschritte von sich reden machte. Nehmen wir einzig die empirische Erneuerung des Strafrechts: Die spanische Welt, und im konkreten Fall die *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, meinte sich 1890 laut des Berichts ihres neuesten Mitglieds von einer mittlerweile nicht mehr überschaubaren Anzahl nichtspanischer Monographien, Spezialzeitschriften und Kongresse umstellt, die die positivistische Strafrechtsdoktrin für den einzigen Ausweg hielten, soll nicht die staatliche Ordnung vor der wachsenden Kriminalität kapitulieren⁽⁵⁵⁾. Einerseits rechnete man sich wie selbstverständlich der “Europa culta” zu, die von Spanien aus gesehen diesen neuen Weg mehrheitlich beschritt, auf der anderen Seite wurde in der dreiseitigen Aufstellung nur ein spanischer Name genannt, nämlich der von Alvarez Taladriz. Gemäß Juan Valera⁽⁵⁶⁾, der wohl schillerndsten Gestalt der spanischen Intelligenza der Jahrhundertwende, liege “la pobre España” weit zurück. Sie habe auch in jüngster Zeit allenfalls sporadisch Philosophen hervorgebracht, was er unverzüglich durch eine antiutilitaristische Überhöhung von Metaphysik und *poesía* aufzufangen trachtete. Wenn es richtig sei, gab er zu bedenken, daß sich auch Spanien “en un período constituyente de

(54) J. Lázaro Galdiano an M.A. Alvarez Taladriz, 11.5.1892, AFLG cc 7 (1891-1891), p. 499.

(55) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 63-65.

(56) J. VALERA, *Sobre lo inútil de la metafísica y la poesía*, in: EM 2,13 (1890), p. 129-152 (133-134, 143-144).

la república de las ciencias” befinde, habe es gegen die anbrandenden fremden Versprechungen wissenschaftslogisch auf das aristotelische Gesamtensemble von theoretischer und praktischer Philosophie zu rekurrieren, momentan aktualisiert in der Form der handlungsanleitenden “ciencias morales y políticas”. Freilich würden diese erst durch die Metaphysik der “inutilidad sublime” zur “poesía” gemacht. Noch bei den Naturwissenschaften sei strikt davon auszugehen, daß über alle äußere Formgebung hinaus der “mundo ideal” des historischen Agenten fernab alles vordergründigen Nützlichkeitsdenkens von diesen sinnlich kaum erfahrbaren Letztkriterien bestimmt werde.

Die wissenschaftstheoretische Differenz, die damit aufgebaut wurde, zeugt von einem Außendruck, dem es im Hinblick auf die eigene Position standzuhalten galt, ohne freilich darüber zu vergessen, daß ungelegene Allianzen im Binnenbereich ebenso gefährlich, da wissenschaftlich und demzufolge sozial abträglich sein können. Wie groß die Tradition auch immer sein mochte: Die spanische Jurisprudenz war seit der allgegenwärtigen positivistischen Wende der siebziger Jahre namentlich auf dem Gebiet des Strafrechts auf Hilfe angewiesen⁽⁵⁷⁾, nur durfte diese nicht von der falschen Seite kommen. Insofern war Abstand zu halten, ja Distanz zu markieren, vornehmlich gegenüber den Mächtigen, zu denen man andererseits weitergehören wollte und mußte, schließlich handelte es sich um Juristen und deren Durchsetzungschancen. Subversion wäre das Letzte gewesen, was eine machtvolle Delegation von intellektuell abgeklärten Rechtsetzungsbefugnissen aushalten konnte. Eine zeitgemäße Reflexion über Recht und Ordnung hatte sich unter Mobilisierung von Vermachtungsstrategien und anerkannten Attributen der Wissenschaftlichkeit um Einsicht in komplexe gesellschaftliche Zusammenhänge zu kümmern, die Dritten möglicherweise nicht verschlossen blieb, die aber aus anderen Gründen nicht gefragt war.

Entlang dieser Linie bewegte sich die Biographie von Antonio Cánovas del Castillo, dem Prototyp einer derart erneuerten Jurisprudenz, wie aus den zahllosen Ehrungen ersichtlich wird, die ihm schon zu Lebzeiten, vor allem aber nach dem Attentat vom August

(57) SILVELA (Y DE LE VILLEUZE), *El derecho penal* (N. 28), p. 120.

1897 widerfuhren. Folgt man seiner Selbstpräsentation von 1881 und der anschließenden Lobrede im Moment seiner feierlichen Aufnahme in die *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* ⁽⁵⁸⁾, wußte er alle Trümpfe auf sich zu vereinigen. Den Umstehenden zog er hierdurch mit einem François Guizot gleich, dem ersten Idol der Führungsschichten in einem sich nicht zuletzt wissenschaftlich modernisierenden Europa. Beiden Texten zufolge sei Cánovas einer der dominierenden Politiker seines Landes, daneben Poet und Romancier, trete als Historiker wie als Philosoph hervor und verfüge über eine umfassende Bildung, womit er im Ergebnis zu den versiertesten Protagonisten der moralisch-politischen Wissenschaften zähle und folglich — erinnern wir — zu den ausgesprochenen Spezialisten für die fundamentalen Fragen einer strafrechtlich gesicherten Gesellschaftsordnung. Gemessen an den Standards dieser Literaturgesellschaft habe Cánovas in einzigartiger Weise verstanden, so die Begrüßungsansprache, im Dienste der Wissenschaft (*doctrina*), seiner politischen Freunde (*partido*) und des gemeinen Wohls (*gran interés social*) alle Wortgewalt in Macht umzusetzen. Denn diesem Meister der Konversation und Lebensart sei über lange Jahre in den Salons und im Madrider *Ateneo* niemand gleichgekommen, nicht anders als im Parlament oder im Senat. Offenkundig lagen alle Voraussetzungen vor, ihn auch in dieser Heimstätte steuerungswissenschaftlicher Produktionen als außergewöhnliche Bereicherung willkommen zu heißen und ihm von Seiten der obersten Konsekrationsinstanz die abschließenden Weihen zu erteilen. Juan Valera verlieh dem allen 1904 den letzten Glanz, als er seine zweite, rein ehrenhalber organisierte Aufnahme in diese Königliche Akademie den philosophischen und politischen Schriften von Cánovas widmete, also ihrer aller Königsdisziplinen ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Discursos de recepción del Excmo. Sr. D. A. CÁNOVAS DEL CASTILLO y de contestación del Excmo. Sr. D. F. COS-GAYÓN leídos en junta pública de 5 de junio de 1881, in: *Discursos de recepción y de contestación* (N. 13), tomo III, Madrid: Tello, 1884, p. 215-313 (285-298).

⁽⁵⁹⁾ J. VALERA Y ALCALÁ GALIANO, *Discurso de recepción ... leído en la junta pública de 18 de diciembre de 1904*, in: *Discursos de recepción y de contestación* (N. 13), tomo VII, Madrid: Ratés, 1908, p. 571-605.

So wie etwa die Pariser Salons des 19. Jahrhunderts die feldinternen Beziehungen zwischen den Literaten zu polarisieren halfen und die Interdependenzen zum Feld der übrigen Machtinhaber mittelten, worüber Unterwerfungsstrukturen oder avantgardistische Befreiungsaktionen vorprogrammiert wurden⁽⁶⁰⁾, fungierte in den nämlichen Jahren die spanische Presse einschließlich ihrer Buchverlage als Knotenpunkt der ohnehin vorhandenen Kräfterelationen. Die marktbeherrschende Position dieser Medien unter anderem bei der Rechtskultur machte sie zum Ansatzpunkt für das wissenschaftlich betrachtete riskante Unterfangen, mit den Mächtigen soweit auf Tuchfühlung zu gehen, daß die rechtswissenschaftlichen Aussagen in der Sache glaubwürdig erschienen und ihr Publikum tatsächlich erreichten. Nur vereinnahmen lassen durften sie sich nicht und dadurch von der Warte der Mitbewerber her betrachtet als Gefälligkeitsprodukte oder plumpe technische Anleitungen zu eher machtpolitischem Tun disqualifiziert werden. Prüfstein dafür sei uns *La España moderna*, an der Wende zum zwanzigsten Jahrhundert das einzige spanische Blatt von internationalem Rang, übernimmt man das Urteil des argentinischen Journalisten Rubén Darío⁽⁶¹⁾, der ab seinem Madrider Aufenthalt von 1898/99, den engen Kontakten zu den hier im Vordergrund stehenden Denkern und der Freundschaft mit dem Kunstmäzen und Verleger Lázaro zu den richtungsweisenden Schriftstellern der hispanoamerikanischen Welt gehören wird. Dabei ist die enge Liaison mit den Eliten bereits aus der verschwindend kleinen Zahl von 500 Abonnenten zu folgern⁽⁶²⁾, wovon ein Gutteil auch noch im Ausland saß. In ihrer Spitze fand die Machtpyramide in dieser allein auf den erlesensten Geschmack und dementsprechend auf das subtilste Wissen abstellenden Kulturzeitschrift ihr passendes Gegenstück.

Fest überzeugt, daß seine *España moderna* nicht ihresgleichen habe, da hier die Blüte der spanischen Intelligenz zusammen-

(60) P. BOURDIEU, *Les règles de l'art* (N. 11), p. 79-82.

(61) R. DARÍO, *España contemporánea*, Madrid: Alfaguara, 1998, p. 210.

(62) M. CRUZ SEOANE, *Historia del periodismo en España*, II: El siglo XIX, Madrid: Alianza, p. 313.

finde (63), was auf die zugehörigen Buchreihen des gleichnamigen Verlags abfärben mußte, zog Lázaro unter anderem die ambitioniertesten Juristen an. Die Geschäftsbriefe des Hauses Lázaro Galdiano belegen es: Ein Silió, Posada oder Altamira ließ sich vom Patron dieses Unternehmens einiges gefallen, nur um dabei zu sein und auf diese Weise sowohl die Einkünfte und das Prestige von Lázaro zu mehren als auch zum Ruf der eigenen Studien und zu ihrem Absatz beizutragen. Von diesem Punkt aus wurde bestimmt, wieviel und wer angenommen wurde; daß sich juristische, wenn nur nicht allzu langatmige Bücher gut verkaufen; und ob für *La Nueva ciencia jurídica* Ende 1892 die letzte Auflage gekommen war, so daß Silió aufgrund des verlegerischen Diktats nicht ein einziges Mal als offizieller Herausgeber auf dem Titelblatt erscheinen durfte (64). Bemerkenswerterweise hatte Lázaro schon Siliós *Crisis del derecho penal* zu Rezensionszwecken an den Marqués de Valdeiglesias vermittelt, einen Pressezaren, der durch sein Massenblatt *El Imparcial* und sein "diario gran-señor" *La Epoca* ganz entscheidend das Madrider "vida intelectual y social" mitprägte (65). Eine derartige Hörigkeit vermochten die Juristenintellektuellen um ihrer selbst willen auf vielerlei Weise auszugleichen. So etwa durch eine versteckte Ironisierung aller kulturellen Präntentionen der Machtpolitik (66) oder durch die indignierte Offenlegung des bis in die Ministerien reichenden Klientelismus mit der zwangsläufigen Folge, dem über alle Zweifel erhabenen Rechtsstaat von oben herab Bahn zu brechen, hiermit aber auch seinen Vordenkern und dadurch nicht zuletzt sich selbst (67).

Da Kapital zu Kapital zu kommen pflegt, präsentierte sich die aufkommende Strafrechtswissenschaft wie von allein nur so, daß ihre Stärken hervortraten, Allianzen mit ihr Zuwächse versprochen.

(63) J. Lázaro Galdiano an A. Díaz y Fernández, 7.5.1891, und an F. Blanco García, 2.6.1891 (AFLG cc 6 [1890-1891], p. 460 bzw. 494).

(64) J. Lázaro Galdiano an C. Gimeno, 17.4.1891 (AFLG cc 6 [1890-1891], p. 409), an C. Silió, 2.2.1892, und an J. Dicenta, 13.5. 1892 (AFLG cc 7 [1891-1892], p. 343-344 und 500) sowie an Silió, 10.11.1892 (AFLG cc 8 [1892-1893], p. 252).

(65) DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 64-67.

(66) PALACIO VALDÉS, *Oradores políticos* (N. 45), p. 59-61.

(67) J. COSTA, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España* (1900/01), tomos I-II, Zaragoza: Guara, 1982.

In dem Maß, als man den großen Wandel hin zu einer “escuela positiva” von internationalen Dimensionen ausmalte, wurden bei den Verlagen Erwartungen auf materielle Profite stabilisiert; das Angebot, frühere Werke umzuschreiben (*refrescar*), versprach Absatz und somit neue Gewinne⁽⁶⁸⁾. Potenz demonstrierte auch der explizite Rückgriff auf die eigene Tradition, eine Strafrechtsschule, die nur aktualisiert zu werden brauchte, um im internationalen Konzert mithalten zu können. Daher gehört es zur Suche nach heimischen Alliierten, wenn das Versprechen, Spanien mit andersgearteten wissenschaftlichen Bemühungen in den Rang einer der ersten zivilisierten Nationen zu erheben, von langen Ausführungen zur Geschichte der spanischen Strafrechtsdoktrin flankiert wurde. Jerónimo Vida beispielsweise fing 1890 beim 16. Jahrhundert an (Victoria, Suárez etc.), um die Reihe mit Luis Morote und Rafael Salillas sowie mit den öfters erwähnten Dorado und Aramburu zu schließen, nicht zu vergessen Silió, in dessen Zeitschrift dieser Artikel 1892 erschien. Sie hätten Spanien ab den frühen achtziger Jahren mit den neuesten Tendenzen vertraut gemacht (Morote) oder tief in die Diskussion eingegriffen (Dorado, Aramburu), hätten die spanischen Besonderheiten herausgearbeitet (Salillas) oder eine glückliche Harmonisierung von *positivismo* und *espiritualismo* erreicht (Silió). Der Vorwurf des Italieners Alfredo Frassati, es mangle an Originalität, folglich an Innovation und somit an Wissenschaft, gehe in den genannten Fällen an der Sache vorbei⁽⁶⁹⁾. Zum Eckpfeiler (*bases graníticas*) wird bei solchen um Allianzen werbenden und deshalb die Kontinuität betonenden Rekonstruktionen aber Joaquín Francisco Pacheco. Danach sei diesem ab seinen *Lecciones de derecho penal*, die er im Madrider *Ateneo* 1839/40 vor einer begeisterten jungen Hörerschaft gehalten habe, der erste Platz unter den spanischen Strafrechtlern sicher

(68) SILVELA (Y DE LE VILLEUZE), *El derecho penal* (N. 28), p. 116; VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 3.

(69) J. VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero*, in: NCJ 2 (1892), p. 3-13; cf. insbesondere L. MOROTE Y GREUS, *El derecho penal, capítulo de las ciencias naturales*, in: *Revista general de legislación y jurisprudencia* (= RGLJ) 65 (1884), p. 439-468; zum Oeuvre Dorados vgl. SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero* (N. 32); zu Salillas und seinem Stellenwert in der spanischen Welt siehe den Nekrolog in RGLJ 143 (1923), p. 141-142.

gewesen, beherrsche seine ontologische, ethische Legitimation der Strafe das Feld, eben jener *espiritualismo*, der auf den Instinkt wie auf die *razón* abstelle⁽⁷⁰⁾.

Die Antrittsrede, die Vida vor der Madrider Akademie für moralisch-politische Wissenschaften hielt, ist aber auch noch in anderer Weise symptomatisch. Eine solche Reorientierung im internationalen Kräftefeld impliziert zugleich einen Apell, namentlich gegen die italienische Doktrin zusammenzustehen. Offenkundig bedurfte die interne Polarisierung, jene soziale Segmentierung einer neuen Strafrechtsdoktrin, lokaler Unterstützung aus allen nur denkbaren Fraktionen, kurzum: einer in sich abgerundeten Selbstpräsentation als "cultura patria". Als sich zu Zeiten des Verlusts der letzten überseeischen Besitzungen die spanische Vormachtstellung vollends auflöste, trug der nationale Gedanke auch die reflexiv überarbeitete Vorstellung davon, wie staatliche Gewalt über ein adäquates Strafrechtssystem für die innere Ordnung zu sorgen vermag, ohne die selbst noch die Binnenstrukturen verloren zu gehen drohen. Unaufhörliche Außenbeobachtung kehrte sich gewissermaßen nach innen. Sie half hierüber mit, ein soziales Mikrouniversum zu begründen, in welchem die Meinungen mehr oder weniger unbehelligt aufeinanderprallen konnten. Folge auch davon waren neue Lösungen und eine andere Platzverteilung unter denen Beteiligten. Noch die, die sich ausschwiegen, wurden von der Umstrukturierung erfaßt, im Zweifel deklassiert, soweit von ihnen normalerweise ein Beitrag zu erwarten war. Und dies desto mehr, als der Druck stieg, ein innerspanischer Markt herbeigeredet wurde, die Koalitionen nur in diesem winzigen Raum ausgriffen. Anlässlich der Kontroverse um eine *ciencia española* machte Menéndez Pelayo den Verlust von "nuestra identidad nacional" für den allgemeinen Niedergang verantwortlich und deutete über die Revitalisierung des kulturellen Erbes den Weg hin zu einer "regeneración de España"⁽⁷¹⁾. Die sog. *españolidad* der konservativen

(70) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 51-56; zu Werk und Vita Pachecos cf. F. TOMÁS VALIENTE, *Estudio preliminar*, in: J.F. PACHECO, *Lecciones de derecho político*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. IX-LV (XVII).

(71) Cf. A. SANTOVEÑA SETIÉN, *Marcelino Menéndez Pelayo. Revisión crítico-*

Denker erweist sich im Grunde als eine Wissenökonomie, die der Moderne bis in die normative, wohldurchdachte Erneuerung und da wiederum bis zu ihrer strafrechtlichen Normalisierung den Weg vorzeichnete. Solange sich die “hombres pensadores” an der Heimatfront zusammenfanden, um den Kampf mit dem Irrtum aufzunehmen, waren sie, wie Cánovas lobend nachgesagt wurde, im Dienste der Wahrheit und zum Nutzen von “nuestra patria” tätig (72).

Die Identifizierung von (rechts-philosophischem) Denken und einem wiedererstarkten Spanien schuf einen faktischen Konsens zuallererst unter den Kultureliten, die sich aufgrund ihrer Vorzugstellung in die patriotische Pflicht genommen sahen und mittels ihrer Pflichterfüllung zu dem machten, was sie waren. Hierüber stillschweigend vollzogene, nie explizit gewordene Koalitionsabkommen lagen dann wie von selbst nahe. Wissenschaftliche Abstriche waren deswegen nicht gleich zu befürchten; insoweit war die Marge breiter, zumal die Kooptation bald an ihre quantitativen Grenzen stieß und sich der Kontakt zu den übrigen Potentaten aus den genannten machtpolitischen Erwägungen nie lockern durfte. Die Entscheidung für das eine oder andere politische oder kirchliche Lager erschien demgegenüber zweitrangig. Juan Valera riet dann schon eher, Menéndez Pelayo möge an seine wissenschaftliche Position denken, das heißt “revestir un carácter castizo y archiespañol, que le dé cierto valor original” (73). Die “decadencia de España” ruhe seiner Ansicht nach dem fehlenden “pensamiento nacional” auf, was aber von der Tribüne der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* aus wie ein kaum noch zu widerlegender Aufbrauch zur Sammelbewegung nachklang (74). In Handlungsanweisungen übersetzt bedeutet dies für Menéndez Pelayo, solange *La España moderna* die Mitarbeit zu versagen, als der dahinter stehende Verlag ausländische Übersetzungen bevorzuge, und sich erst ab 1894 mit Lázaro zu verbünden, als dieser hispanistische

biográfica de un pensador católico, Santander: Universidad de Cantabria, 1994, p. 115-117 und 151.

(72) COS-GAYÓN, *Contestación* (N. 58), p. 312-313.

(73) Zitiert nach P. SAINZ RODRÍGUEZ, *Historia de la crítica literaria en España*, Madrid: Taurus, 1989, p. 255.

(74) VALERA Y ALCALÁ GALIANO, *Discurso de recepción* (N. 59), p. 582 und 584.

Tendenzen erkennen ließ. Oder im Gegenzug: Miguel de Unamuno gestand Jahre später ein, daß er alles, was ihn in den Rang eines der ersten Literaten und Philosophen Spaniens erhoben habe, Lázaro verdanke; dieser hätte ihm 1894 die Hand gereicht, als keiner sein Manuskript *En torno al casticismo* publizieren wollte (75). Ob einer sich den *krausistas* zurechnete, wie Federico de Castro, war im Vergleich hierzu irrelevant (76). Auch von dieser Seite wußte man sich insoweit einig, weil man einander dringend bedurfte. Krausistischer Universalismus sublimiert nur das Problem, stellt allenfalls einen Umweg dar.

Die quasi selbstverständliche Einbindung in das katholische Spanien, die weder die antikirchlichen Krausisten noch deren heutige Apologeten und schon gar nicht die hier angesprochenen wissenschaftlichen Reformer gefährden wollten, lief über eine formale Kohabitation, ein gemeinsames ästhetisches Grundverständnis und über dessen außergewöhnlichen Stellenwert. Je mehr wir uns der Werklogik nähern, desto mehr bekommt Gewicht, daß nicht etwa nur der integristische Katholizismus eines Donoso Cortés gegenüber allem schwerfälligen Naturalismus seine Vorbehalte hatte (77). Die rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen (78) um Carl Schmitts politische Theologie und sein Bekenntnis zum römischen Katholizismus haben jene hohe katholische Formalität zutage gefördert, die auch Schmitts juristischer Begriffsbildung

(75) Zu beidem cf. R. ASÚN, *La editorial La España moderna*, in: *Archivum. Revista de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Oviedo* 31-32 (1981-1982), p. 143-145.

(76) Anderer Ansicht: J.M. VÁZQUEZ-ROMERO, *Tradicionalistas y moderados ante la difusión de la filosofía krausista en España*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998, S. 395.

(77) J. DONOSO CORTÉS, *Schreiben an Seine Eminenz, Herrn Kardinal Fornari, über das Wesen und den Ursprung der schwersten Irrtümer unserer Zeit (1852)*, in: DONOSO CORTÉS, *Essay über den Katholizismus, den Liberalismus und den Sozialismus und andere Schriften aus den Jahren 1851 bis 1853* (ed. G. MASCHKE), Weinheim: VCH, 1989, p. 303.

(78) K. KRÖGER, *Bemerkungen zu Carl Schmitts Römischer Katholizismus und politische Form*, in: H. QUARITSCH (ed.), *Complexio oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin: Duncker & Humblot, p. 159-165; F. LORENZ, *Carl Schmitt: Juristische Form kraft Repräsentation im Staats- und Strafverfabrensrecht*, in: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 18 (1996), p. 260-277.

eigen ist. An diesem Exempel wird evident, was im hiesigen Zusammenhang den Ausschlag gibt, daß nämlich von dieser überhöhten Basis aus variablen Lagern entgegengesetzt werden kann, ja diese sich fast von allein nivellieren. So wie die *complexio* entgegengesetzter Interessen sich aus einem solchen Blickwinkel aufhebt, derart situationsbedingtes Denken bei den Ordnungshütern geradezu suggestiv nachwirken muß, befähigte der habituelle Rekurs auf so empfundene katholische Grundpositionen dazu, sich an der Schwelle zum 20. Jahrhundert ohne weitere Provokation auf den Positivismus jeder Couleur einzulassen. Die formale Überlegenheit, die daraus resultierte und eben nicht nach letzter religiöser Absicherung verlangte, erleichterte die wissenschaftlichen Kontakte. Nur bezüglich der Formprägung durften keine grundlegenden Differenzen vorliegen. Daher die bekannten wissenschaftlichen Querelen um formale Fragen, die auf Anhieb nebensächlich vorkommen; wir erinnern nur an die Diktion der Krausisten. Es war das katholische Ambiente, dominiert von einer Katholischen Kirche als Versinnbildlichung juristischen Formdenkens, welches dazu beitrug, daß die sich erneuernde spanische Jurisprudenz zueinander fand und — trotz aller Binnendivergenzen — entsprechend hochformell auf den strafrechtlichen Empirismus zu reagieren vermochte. Daß die Dinge im katholischen Italien anders gelegen haben mögen, ist kein Gegenbeispiel; dafür ist die spanische Antwort viel zu differenziert, wurde der Faden nur allzu oft an diesem Punkt aufgenommen.

Wie die literarischen Ambitionen, von denen anschließend zu sprechen ist, brauchten katholische Formalität und patriotische Ausrichtung der Inkorporation beziehungsweise Vermittlung, um als Anknüpfungspunkte zu dienen und wissenschaftsfördernd nachzuwirken. Insoweit aber machte sich das soziale Kapital in seiner Verteilung gleichsam als Katalysator bemerkbar, verwarf als unpassend oder ließ von den möglichen, da immerhin plausiblen Lösungen die akzeptieren, für die auch Resonanz bei den befreundeten Wissenschaftlern, Politikern oder etwa Verlegern erwartet werden durfte. So nimmt es nicht wunder, die spanische Wissenschaftspraxis unter anderem auf dem Gebiet des Strafrechts von höchsten Anforderungen an das gesellschaftliche Wohlverhalten durchzogen zu sehen. Derartige *sociabilidad*, vom Sprachlichen her nicht zufällig

eine charakteristische Neuschöpfung der spanischen Aufklärung, die hieraus eine Tugend machen wird⁽⁷⁹⁾, kristallisierte sich zum Beispiel an der auf das gemeinsame Rechtsstudium zurückgehenden Freundschaft zwischen Silió und Lázaro aus. Ihr war *La nueva ciencia jurídica* zu verdanken; ohne diese Gefälligkeit wäre es, wie bereits gesagt, nicht zu dieser Zeitschrift gekommen⁽⁸⁰⁾. Zwischen diesen beiden jungen Männern herrschte mehr als bloßes Einvernehmen darüber, daß Silió zunächst die ohnehin bestellten italienischen und spanischen Besprechungen seiner *Crisis del derecho penal* aussuchen sollte, damit sie Lázaro im nachhinein auf die eine oder andere Weise veröffentlicht. Auch war es für diesen von da aus nur ein kleiner Schritt, sich bei einem “compañero de letras” zugunsten seines Schützlings José Pella y Forgas wegen eines Lehrstuhls mit der Begründung zu verwenden, dessen Buch zu den katalanischen Cortes sei von Cánovas, einem guten Freund, in dessen *Cortes de Castilla* mit viel Lob bedacht worden⁽⁸¹⁾.

Eine sich distinguierende Rechtskultur solcher Art konnte nur dann Fuß fassen, wenn sie die übrigen Eliten möglichst diskret hofierte, zunächst aber untereinander für das Klima sorgte, das Nutzfreundschaft nicht als solche durchscheinen ließ, sondern die *amistades* auch emotional rückversicherte. Dazu hatte man mit Ermunterung und Applaus nicht zu geizen, sich wiederholt nach dem persönlichen Wohlbefinden zu erkundigen und um ein persönliches Porträt als besonderen Vertrauens- und Freundschaftserweis zu bitten, so wie es Lázaro gegenüber Concepción Arenal tat, die man schon zu ihren Lebzeiten zum engeren Kreis der hier in Betracht kommenden Autoren einer neuen spanischen Strafrechtsjurisprudenz zu rechnen pflegte⁽⁸²⁾. Auf diese Weise nahm man Verbindung etwa mit dem Freundesnetz von Lázaro Galdiano auf, wozu etwa der französische Gelehrte Alfred Morel-Fatio gehörte, auch ein Briefpartner von Menéndez Pelayo, oder die Creme der

(79) ALVAREZ DE MIRANDA, *Palabras e ideas* (N. 20), p. 373-381.

(80) J. Lázaro Galdiano an F. de Aramburu y Zuloaga sowie an P. Dorado Montero, 21.1.1892, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 319-320.

(81) J. Lázaro Galdiano an Juan A. Cavestany, 19.3.1891, AFLG cc 6 (1890-1891), p. 369.

(82) J. Lázaro Galdiano an C. Arenal, 21.4.1891 und 5.5.1892, AFLG cc 6 (1890-1891), p. 412, und 7 (1891-1892), p. 487.

spanischen *hommes de lettres*, nicht selten Staatsmänner ersten Ranges, beispielsweise Gumersindo de Azcárate, vor allem aber der besagte Cánovas del Castillo⁽⁸³⁾. Und von Azcárate reichten die *amistades* über Concepción Arenal und somit über Lázaro quer durch die angeblich verfeindeten Lager bis zur Vaterfigur des wissenschaftlich stärksten *krausismo*, zu Francisco Giner de los Ríos, und damit zur *Institución Libre de Enseñanza*, der allgemein richtungsweisenden Ausbildungsstätte für spanische Eliteschüler und Freundesforum für vertiefte Debatten über das künftige Spanien⁽⁸⁴⁾. Bei Arenal wiederum kommt in diesem Zusammenhang sofort Rafael Salillas in den Sinn, ein Mediziner, der ganz entscheidend für Spaniens Anschluß an die internationale Diskussion um eine kriminalanthropologische Fundierung des Strafens sorgte und daneben über ausgezeichnete Kontakte zur Presse wie zur hohen Bürokratie verfügte⁽⁸⁵⁾.

Wenn zur Kennzeichnung von Lázaro und des Flaggschiffs seines Verlagsimperiums, *La España moderna*, der Ausspruch überliefert wird, "la revista es mía *et amicorum*"⁽⁸⁶⁾, so ging es darum, wollte man in diesen Kreisen auffallen und Nutzen auch für das eigene wissenschaftliche Fortkommen ziehen, sich einer derart vernetzten Welt immer wieder nachhaltig in Erinnerung zu rufen. So mußte neben aller fachlichen Kompetenz, wovon die Einladung an Torres Campos zeugt, an *La Nueva ciencia jurídica* mitzuarbeiten⁽⁸⁷⁾, tagtäglich darauf geachtet werden, wo nur opportun, mit den besten Beziehungen auch wirklich aufzuwarten. Wie dabei vorzugehen war, demonstriert der Schriftsteller José Martínez Ruiz, genannt Azorín. Er wollte sich zwischen 1896 und 1899 eingedenk seines soeben in der valencianischen Provinz absolvierten Jura-studiums unter anderem mit einer Gelegenheitsarbeit zur modi-

(83) M. VILLAPADIERNA, *La España moderna* (1889-1914). Thèse pour le doctorat de troisième cycle présentée à l'Université de Paris IV Sorbonne (1983), tome I, p. 28.

(84) C. DÍAZ CASTAÑÓN, *Introducción*, in: C. ARENAL, *Obras completas, tomo I*, Madrid: Atlas, 1993-1994, p. XXXVIII-XXXIX und XLIII.

(85) VIDA, *Los criminalistas españoles* (N. 69), p. 10.

(86) R. DAVIES, *La revista es mía et amicorum*, in: *Goya. Revista de arte* 261 (1997), p. 545-554.

(87) J. Lázaro Galdiano an M. Torres Campos, 21.1.1891, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 323.

schen *sociología criminal* den Madridern vorstellen. Ansonsten verbrachte Azorín diese erste Zeit damit, die persönliche Bekanntschaft von Menéndez Pelayo, Emilia Pardo Bazán und anderen Großintellektuellen zu suchen; sie hatten schließlich nicht nur im Umkreis von Lázaro Galdiano das Sagen ⁽⁸⁸⁾.

Mutatis mutandis ist es nicht anders auf der kollektiven, der Ebene der Feldstrukturen und was die eben gestreiften Verbindungen betrifft, die sich ausgangs des 19. Jahrhunderts in dem hier gemeinten Sinn anscheinend enger gestalten. Von den Ausgangspositionen her ist eine sich regenerierende Strafrechtsdogmatik anzutreffen, auf der anderen Seite die zeitgenössische Literatur und das spezifische Wissen gerade hierum. Folge dieser Kombinatorik wird sein, daß sich formale Übernahmen material, je nach den eigenen Möglichkeiten niederschlugen: Das Schöne rückte zur umfassenden Sinnerfahrung auf, so daß sich die Grenzen zwischen Ästhetik und normativem Wissen einebneten. Als Beispiel für diesen auch außerhalb Spaniens zu beobachtenden Trend zeichnet sich erst in letzter Zeit die poetologische Gebundenheit der deutschen Historiographie des 19. Jahrhunderts ab ⁽⁸⁹⁾. Vergleichbar ergeht es der sich modernisierenden Malerei französischer Provenienz, soweit sich nunmehr die Historienmalerei eines Ingres in ihrer Reflektiertheit mit der damaligen Geschichtsphilosophie vergleichen läßt ⁽⁹⁰⁾. Nicht vergessen seien auch die explizit als postmodern apostrophierten Moralkonzepte: Angesichts des Verfalls von allgemeingültigen Zielen suchen sie nach Gerhard Gamm mit Hilfe von diskursiven Gemengelagen zwischen Ethik und Ästhetik auf die hohen gesellschaftlichen Turbulenzen zu antworten ⁽⁹¹⁾. Wie schon einleitend angedeutet, bekommt die neuere

⁽⁸⁸⁾ AZORÍN, *Obras completas* (ed. A. CRUZ RUEDA), tomo I, Madrid: Aguilar, 1947, p. XLVII-XLVIII (amistades), 439-574 (La sociología criminal).

⁽⁸⁹⁾ D. FULDA, *Wissenschaft aus Kunst. Die Entstehung der modernen deutschen Geschichtsschreibung* (1760-1860), Berlin-New York: Gruyter, 1996.

⁽⁹⁰⁾ S. GERMER, *Historizität und Autonomie. Studien zu Wandbildern im Frankreich des 19. Jahrhunderts*, Hildesheim-Zürich-New York: Olms, 1988.

⁽⁹¹⁾ G. GAMM-G. KIMMERLE (eds.), *Ethik und Ästhetik. Nachmetaphysische Perspektiven*, Tübingen: Diskord, 1990; GAMM, *Die Macht der Metapher. Im Labyrinth der modernen Welt*, Stuttgart: Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1992, insbesondere p. 31 ff.

Forschung zunehmend einen Blick dafür, inwieweit ab dem Übergang zur Moderne Wissensformen und ihre Darstellungsprinzipien keinesfalls nur konkurrierten, sondern auch im Austausch standen, wenn sie nicht sogar Allianzen eingingen. Damit aber Kunst als wiederentdecktes Erkenntnisdispositiv den ihr zukommenden Platz im Erklärungs Haushalt des Historikers einnehmen kann, ihre konstitutive Rolle im Einzelfall, sind nun, weil Spekulation Derartiges nicht zu leisten vermag, sowohl die ästhetischen Faktoren herauszustellen, die an der Formierung des jeweiligen Wissensgebietes beteiligt waren, als auch die weiteren sozialen Bedingungen, die solches vielleicht gar begünstigten. Um aber beidem gleichermaßen gerecht zu werden, sei folglich das Bündnis hinterfragt, das de facto die spanische Kulturelite im Zeichen einer literarisch geprägten Debatte um den Naturalismus wie um den Rang von Poesie nicht zuletzt zum Vorteil von Spaniens Rechtsdenkern enger zusammenrücken ließ, als diese sich dem aktuellen Positivismus ausgeliefert sahen.

Dafür ist vorab zu veranschlagen, daß in allen Lagern schon aufgrund einer jahrelangen und obendrein extrem literarischen Ausbildung ein dementsprechendes Verhalten auf Dauer gestellt worden war. Ein solcher Habitus erleichterte gerade derartige Übergänge ungemein. Nicht umsonst bezeichnete sich die spanische Universität im fraglichen Zeitraum als *Universidad literaria*. Derartige Grenzbegriffe erleichterten den Wissenstransfer, ohne Sonderentwicklungen prinzipiell auszuschließen. Es genügt, den Artikel zu Ehren eines Milá y Fontanals im Standardlexikon des damaligen Bürgertums heranzuziehen, um von den Meriten dieses Literaturprofessors und Lehrers von Menéndez Pelayo auf eine hohe literarische Bildung bei den Spitzen der spanischen Professorenschaft, des Episkopats und der praktischen Juristen zu schließen⁽⁹²⁾. Was üblicherweise dem Genius und seinen Inspirationen zugerechnet wird, fand dort in einem Lebensstil seine soziale Begründung, bei dem die gute Lektüre zweifellos mit an erster Stelle stand, hiermit jedoch auch Unsicherheiten in alles scheinbar feste Wissen getragen wurden. Der transzendente Charakter des

(92) Enciclopedia universal-ilustrada europeo-americana, tomo XXXV, Madrid: Espasa-Calpe, 1991 (Nachdruck von 1918), p. 169.

vollendeten Kunstwerks dürfte, so zumindest vor aller soziologischen Analyse, die Abstände zwischen Literatur und bildender Kunst wie auch zwischen diesen und allem gesamtgesellschaftlichen Steuerungswissen zu guten Teilen überbrückt haben. Und das zumal an den Stellen, wo es um die letzten Rechtfertigung eines staatlich vollzogenen Abstrafens gehen würde und etwa generalpräventiv an den Schutz des Gemeinwesens gedacht wurde. In diesem elitären Lebensraum scheint die Alterität von Literatur und Jurisprudenz, die zwar nicht im unterschiedlichen Charakter der Zeichen begründet, normativ indes kaum zu leugnen ist, hinter der strukturellen Homologie beider Repräsentationsmedien zurücktreten-gleichgültig, ob dies nun zusätzlich theoretisch ausformuliert wurde oder nicht. Entscheidender war es, bis zu welchem Grad die Lebenswirklichkeit vom einen oder anderen dominiert wurde, eine Ästhetik der Existenz im Vordergrund stand, selbst dort, wo es um verbindliche Konzeptionen von spanischer Wirklichkeit ging.

So gesehen war es von höchstem Interesse, gab die Basis für entsprechende Hilfestellungen ab, daß sich das literarkritische Spanien mit einem "nuevo arte de escribir novelas" (J. Valera, 1886/87) auseinanderzusetzen hatte, einem Roman, der ob seiner schwer zu ertragenden Realistik alles bisher Dagewesene in Frage stellte und nicht nur an der Kultur zweifeln ließ, der die Werte durcheinander brachte und existenziell in erster Linie für die meist bürgerlichen Kulturreiten bedrohlich wurde. Ablesbar wird dies am spanischen Echo auf Emile Zolas *Thérèse Raquin* (1867/68), das sich wiederum am Streit um die mit *La cuestión palpitante* überschriebene Artikelserie von Emilia Pardo Bazán brach, da hierdurch Anfang der achtziger Jahre versucht wurde, zwischen Zola und den überkommenen spanischen Positionen zu vermitteln⁽⁹³⁾. Daß so auch die wissenschaftliche Welt angesprochen wurde, ergab sich allein bereits daraus, wie Zola darauf beharrt, sich hierbei der jüngsten wissenschaftlichen Methoden bedient zu haben; seine "analyse scientifique" beruhe auf einer "enquête universelle", war ihm zufolge deswegen unangreifbar. Die Erwiderungen spanischerseits nahmen voraus, was bei den Diskussionen über eine positivistische oder idealistische Fundierung der Strafe zur Sprache

(93) Cf. zum Folgenden J.M. GONZÁLEZ HERRÁN, *Estudio introductorio*, in: E. PARDO BAZÁN, *La cuestión palpitante*, Barcelona: Anthropos, 1989.

kommen wird. Alejandro Pidal y Mon gab in seiner Brandrede vor der Königlichen Akademie der moralisch-politischen Wissenschaften gleichsam die Losung aus, als er feststellte: "Al materialismo científico corresponde el naturalismo literario, el realismo artístico, el socialismo político, el comunismo económico y el nihilismo social" (94).

Spätestens mit dieser Rede von 1887 war die Brücke zu der sich formierenden neuen Strafrechtswissenschaft geschlagen, erfüllte sich, was Alarcón zehn Jahre vorher anlässlich seiner Aufnahme in die *Academia Española* als der Wächterin über die spanische Sprache und Kultur vor allem dem französischen Materialismus entgegengeschleudert hatte, daß nämlich eines Tages die Forderung nach einer Kunst ohne Moral auch vor dem Recht nicht halt machen würde (95). Als Gegenleistung vereinte sich die hierüber erstarkte Jurisprudenz mit denen, die sich um ihrer wahren Literatur willen von allem Feuilleton und der sonstigen Journaille in des Wortes weitester Bedeutung abzuheben trachteten. Bei seiner Buchkritik in *La nueva ciencia jurídica* wertete Dorado (96) den eigenen Feldkonkurrenten anhand von Qualitätskriterien dieses Schlages ab, warf ihm fehlende Wissenschaftlichkeit aufgrund einer allzu flotten Schreibe (*a vuela pluma*) gerade für fundamentale Fragen wie denjenigen einer alles überstrahlenden Justiz vor und fand sich dergestalt, gewollt oder nicht, Hand in Hand mit Milá y Fontanals wieder. Dieser hatte schon 1877 den Literaturbegriff mit dem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit neu definiert, indem er ihn mit dem Begriff des Schönen (*belleza*) kurzerhand gleichsetzte (97). Höchste Anforderungen deklassierten aber wie von allein die journalistische Tagesarbeit und damit auch ihre Urheber.

Was 1881 bei Menéndez Pelayo eine Frage des guten Ge-

(94) A. PIDAL Y MON, *Discurso de recepción ... leído en la junta pública de 3 de abril de 1887 (tesis: De la metafísica contra el naturalismo)*, in: *Discursos de recepción y de contestación* (N. 13), tomo V, Madrid: Huérfanos, S. 9-59 (41).

(95) P.A. ALARCÓN, *Discurso de ingreso*, in: *Discursos leídos ante la Real Academia Española en la recepción pública del ... el 25 de febrero de 1877*, Madrid: Saiz, 1877, p. 7-44 (11, 40-41).

(96) Siehe etwa die Besprechung zu A. AGUILAR, *Actualidades, III: Justicia y política*, Madrid 1891, in NCJ 1 (1891), p. 382.

(97) M. MILÁ Y FONTANALS, *Principios de literatura general y española*, Barcelona: Barcelonesa, 1877, p. IX.

schmacks war, als er von der Spitze der “tradición realista española” herab dem *naturalismo* Zolas alles ästhetische Empfinden absprach (*descripción por describir, más de lo feo que de lo hermoso*)⁽⁹⁸⁾, dekuvierte sich in seinen sozialen Bezügen ein Jahr darauf bei Segismundo Moret y Prendergast und wurde auf diese Manier endgültig anschlussfähig. Dieser Wirtschaftswissenschaftler, Minister und Parteichef nützte seine Wahlkampfreise nach Pontevedra zum Besuch eines Dichterwettstreits (*juegos florales*), um dort eine Attacke gegen Zolas Naturalismus zu landen⁽⁹⁹⁾. Seine damit verbundene Warnung, den rechten Weg besser nicht zu verlassen, nahm man desto wohlwollender auch andernorts auf, als sie auf dem Weg über eine entweltlichte Dichtkunst ins Erhabene gesteigert wurde. Von der Binnenkontroverse zwischen Valera und Campoamor war bereits die Rede, folglich davon, inwieweit die Poesie vor jeglichem Nützlichkeitsdenken zu schützen sei⁽¹⁰⁰⁾. Valera sah hierin eine der Stärken, mit denen Spanien aufwarten könne; von dieser Seite her brauche man keinen Vergleich zu scheuen, da so allem kruden Realismus treffend pariert werde. Seiner Meinung nach liege in einem poetisch verfeinerten Verständnis kurz gesagt alle Zukunft⁽¹⁰¹⁾. Das Ideal einer euphemisierten Wirklichkeit, aus der zwingend genuin kulturelle Aufgabe abzuleiten waren, und in der entsprechende Positionen für jedwede Hüter der spanischen Kultur vorgesehen sind, förderte nicht nur Bündnisse über alles Spezialwissen hinweg, sondern gab zwangsläufig auch die Meßlatte dafür ab, wo denn nun jeder dieser Kulturschaffenden stand. So wies Dorado mit sicherem Blick Concepción Arenal in *La Nueva ciencia jurídica* einen Sonderrang zu, weil sie sich neben ihren strafrechtlichen Schriften auch zum *realismo* und zur *realidad* in den *bellas artes* und in der Poesie geäußert habe⁽¹⁰²⁾. Und der Marqués de la Vega de Armijo war 1904, anlässlich der neuerlichen Aufnahme Valeras in die *Real Academia*

(98) Zitiert nach SAINZ RODRÍGUEZ, *Historia de la crítica literaria* (N. 73), p. 277 und 283.

(99) Vgl. den Bericht in PARDO BAZÁN, *La cuestión palpitante* (N. 92), p. 137-138.

(100) CAMPOAMOR-VALERA, *La metafísica y la poesía* (N. 24).

(101) J. VALERA, *Florilegio de poesías castellanas del siglo XIX*, tomo I, Madrid: Fé, 1902, p. 219, 250-252.

(102) P. DORADO, *Doña Concepción Arenal*, in: NCJ 1 (1892), p. 257-267 (264).

de *Ciencias Morales y Políticas*, des Lobes voll, weil dieser nicht nur als *novelista*, als Berichterstatter, sondern gleichzeitig als *pensador* in einer Form hervorgetreten sei, die den Leser ob der "mágica poesía de su prosa" für sich gewinne (103).

Von der neuen Pädagogik und ihren Allianzen mit der sich aktualisierenden Jurisprudenz sei nur insoweit gesprochen, als darüber der Spagat versucht wurde zwischen positivem Wissen, Praxisorientierung und einer gewissen Lebensästhetik einerseits und andererseits dem Diktum eines Menéndez Pelayo von 1908, daß sich der gute Geschmack weder wissenschaftlich bis ins Letzte ergründen noch mit letzter Sicherheit übertragen lasse (104). Es war eben keinesfalls paradox und deshalb, wie schon anlässlich des transzendentalen Gepräges jedes vollendeten Kunstwerks betont wurde, überaus konsensfähig, wenn die spanische Literaturtheorie nach Milá y Fontanals (105) entgegen dem vordringenden Naturalismus epistemologisch betrachtet gleichermaßen auf mehr Realistik wie auf sublimster Ästhetik bestand. Wahre Kunst sei hiernach mehr als eine Kopie der Wirklichkeit, doch ohne konkreten Bezug verfehle der Künstler sein Ziel, ganz wie sich bei den "obras puramente científicas" Geschmack (*buen gusto*) und Verstandesurteil (*recto juicio*) zu ergänzen hätten (*puntos de contacto*). Um nicht ins Gemeine abzugleiten, habe gemäß dieser sozialen Distinktionslogik in Gestalt einer literarischen Ästhetik der wahrhaft intellektuelle *modus operandi* darauf zu sehen, wann immer möglich Realität zu idealisieren und hierdurch zu adeln. Spekulation, jener "idealismo mal entendido", wird damit genauso verworfen wie der empiristische Kult des Häßlichen.

Unter den Gesetzen der ästhetischen Suprematie ist Wahrheit einfach schön, gab es keine tiefgreifenden Unterschiede zwischen der gehobenen, normierenden Literaturkritik und dem nicht etwa

(103) MARQUÉS DE LA VEGA DE ARMIJO, *Contestación*, im Anschluß an VALERA Y ALCALÁ GALIANO, *Discurso de recepción* (N. 59), p. 607.

(104) Zu den Unterrichtsidealen der *Institución* cf. die *Memoria* (1879) von H. Giner, paraphrasiert in: A. JIMÉNEZ-LANDI, *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente*, tomo II, Madrid: Ministerio de Educación y Cultura, 1996, S. 327-340; für Menéndez Pelayo: SAINZ RODRÍGUEZ, *Historia de la crítica literaria* (N. 73), p. 283-284.

(105) Vgl. zum Folgenden MILÁ Y FONTANALS, *Principios de literatura* (N. 97), p. XI-XII, 59-60, 85-86, 105-107, 112-113, 147-155.

nur stilistisch verfeinerten Überdenken von juristischen Zusammenhängen. Soweit im wesentlichen kognitiv, wird Kunst mit Wissenschaft kompatibel, zeichnet sich jedoch mittels ihrer ästhetischen Symbolik durch die vorbildliche Fülle aus, die ihren organisatorischen Reiz selbst gegenüber der überdachten Strafrechtslehre nicht verfehlen konnte. Hiermit ließ sich Realität überwinden, das Projekt Zukunft gestalten, war jener weitestgehende Umgang mit Wirklichkeit vorstellbar geworden. Stefan Germer erinnert für diese poetologisch fokussierte Kunsttheorie an Quatremère de Quincy und dessen *Essai sur la nature, le but et les moyens de l'imitation dans les beaux arts* (1823). Dabei handelt es sich um ein Plädoyer für Wandel, für eine "autre espèce de vérité" oder für die Rationalität, die für die kulturell Stärksten einen in jeder Hinsicht vielsprechenden Blick "de plus haut" erlaubt und infolgedessen die ihnen genehme Reorganisation⁽¹⁰⁶⁾. Rubén Darío hatte als Vertreter des *modernismo* für diese Kehre versprochen, endlich die "idealidad del tipo" im Bild einzufangen, was bei der Madrider Gemäldeausstellung des Jahres 1899, von der er berichtete, leider noch nicht Fall sei⁽¹⁰⁷⁾. Nicht rein zufällig wird in *La España moderna* der ästhetische Kanon des *naturalismo moderno* mit der "interpretación hermosea de la Naturaleza" umschrieben. Den Ausgangspunkt gab hier das Augustinus-Wort vom "ver y creer" ab; Anlaß war eine Bericht über die dekorative Innenausstattung der Madrider Kirche *San Francisco el Grande*. Aufmerksamsten, da gezwungenermaßen ständig um ihre Positionierung bangenden Beobachtern konnte es nicht entgehen, daß ein Jahrzehnt später, bei der Besprechung eines rundum gelungenen realistischen Romans, am selben Ort nachgerade monoton wiederholt wurde, die "observación feliz de la realidad" sei nur geglückt, weil eine "creación poética" von Wirklichkeit geboten würde⁽¹⁰⁸⁾.

In Lázaro Galdiano nahm diese Zukunftsperspektive und ihre Faszination konkrete Gestalt an und zwar unter anderem jeweils in dem Moment, als er — hochgradig sensibilisiert für solche Fragen —

(106) GERMER, *Historizität und Autonomie* (N. 90), p. 185-186 18586.

(107) DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 193-197.

(108) J.R. MÉLIDA, *Crónica del arte*, in: EM 1,10 (1889), p. 195-206; E. GÓMEZ DE BAQUERO, *Crónica literaria*, in: EM 10, 111 (1898), p. 120-129.

über das Schicksal des zugesandten Manuskripts oder generell über den von ihm zu vermittelnden Zugang zu den Spitzen der Madrider Gesellschaft entschied. Dann zählte nur eines, d.h. ein exquisiter Geschmack, aus dem heraus er auch sein eigenes Leben verstand. Lázaro war zunächst einmal unermesslich reich, vornehmlich durch Einheirat in argentinisches Vermögen (Banken, Eisenbahnen, Grundbesitz). Sein neoplatereskes Stadtpalais, das den englischen Herrenhäusern nachempfunden, mit den neuesten technischen Möglichkeiten wie Aufzügen und einer Klimaanlage ausgerüstet und von einem wunderbaren Park umgeben war, stand in der teuersten Entwicklungszone der spanischen Hauptstadt. Es bestach durch eine Sammlung von ausgefallenen Manuskripten, seltenen Inkunabeln und jede Art von Kunstgegenständen, vornehmlich Gemälden, wenn diese nur den höchsten ästhetischen Ansprüchen genügten. Nichts war ihm insofern zu teuer⁽¹⁰⁹⁾. Weilte er nicht in Madrid, wo er neben der Sammlertätigkeit seinem Verlag *La España moderna* und der gleichnamigen Zeitschrift geradezu leidenschaftlich ein Gutteil seiner Zeit opferte, verbrachte er die Tage in den teuersten Bädern oder in Paris, dem Zentrum der zivilisierten Welt. Seine elegante Erscheinung war der Mittelpunkt Madrids. Als "hombre muy a la moda" konnte er in den Salons stets mit zahlreichen Bewunderinnen rechnen. Die Feste, die er mit seiner Frau gab, versammelten "le tout Madrid", angefangen bei der hohen Politik bis hin zu den renommiertesten Schriftstellern und Künstlern des In- und Auslands. Derselbe Rubén Darío, der an der erwähnten Ausstellung von Madrider Malern deren Mediokrität kritisierte und zur Erklärung hinzufügte, daß ihnen der Zugang zur "vida aristocrática" fehle, machte vermöge seines ebenso kunstverständigen wie kosmopolitischen Blicks José Lázaro Galdiano als das Zentrum eines neuen Spanien aus; diesem "acreedor al elogio por su amor a las letras y artes" käme insofern keiner gleich⁽¹¹⁰⁾.

Dementsprechend fielen Lázaros Entscheidungen aus, und würde sich in Anbetracht seiner exzellenten Position, die er in der

(109) Zum Palais sowie zu Lázaro als Kunstsammler und Bibliophilen cf. die von der Hauszeitschrift der Fundación Lázaro Galdiano herausgegebenen Beiträge in Goya. *Revista de arte* 261 (1997). Einen Einblick gewährt auch der *copiador de cartas* im Archivo Histórico Nacional (Diversos, leg. 335).

(110) DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 114-120 und 189-190.

Produktionskette besetzte, diese oder jene Vorstellung zum Beispiel über Recht und Unrecht durchsetzen. Es mußte schon im vorhinein Wirkung zeigen, wenn ein derart mächtiger Verleger für jegliche Publikationen in *La España moderna* wie in *La nueva ciencia jurídica* seinen Autoren einen graziösen Stil abverlangte, “la mayor amenidad dentro del género” (111). Denn hierbei ging es nicht um Äußerlichkeiten, sondern um einen Exklusionsmechanismus. Entweder gehörte man unabhängig von der jeweiligen Einzelmeinung den Auserwählten an, damit aber dem sich formenden rechtswissenschaftlichen Segment, oder dies war nicht der Fall. Wer sich diesem Kanon nicht unterwerfe, so Lázaro 1890 in seiner ästhetischen Kritik an den beiden parlamentarischen Kammern, manövriere außerhalb des “nivel de la cultura”. Anders als beispielsweise die Poesie eines Joaquín Rubio verdiene er kein Interesse, da ihm alle *filosofía* abgehe, so wie der unlängst in einem Nachbarverlag erschienenen Übersetzung aus dem Französischen, wo es bei der simpelsten, fallweisen Aufzählung von geistigen Krankheiten bleibe (112). Auf dem selben Niveau agierten Menéndez Pelayo und Valera, was selbst geistgeschichtliches Differenzieren einräumen muß (113). Und trotz der Meinungsunterschiede ist es für Silió und Lombroso nicht anders, da dessen Anthropologie erst von da ab der Kritik wert war, als sich der *Uomo delinquente* in einer Form präsentierte, die Kultur verriet (*amenidad y profundidad, conjunto armónico de un método lógico, claridad y verdad*) (114). Zumal in einem elitären Verbund mit den höchsten ästhetischen Ansprüchen führte derselbe Geschmack zusammen oder bewirkte als letztes Prinzip der Negation (115) eine schier unüberwindliche Fremdheit. Daher ist es nicht mehr als folgerichtig, wenn sich Lázaros Zeitschriften, die doch sonst als ein Unternehmen von Freunden aufzutreten pflegen, das kritische Urteil und folglich die Rezension in den Mittelpunkt stellen, um die Besten, “los primeros escritores”,

(111) J. Lázaro Galdiano an M. Oliver, 14.18.1890, AFLG cc 6 (1890-1891), p. 26-27; Lázaro an P. Dorado, 13.1.1892, bzw. R. Altamira, 23.2.1892, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 294 bzw. 394.

(112) J. LÁZARO, *Revista general*, in: EM 1,7 (1889), p. 205-211.

(113) VÁZQUEZ-ROMERO, *Tradicionalistas y moderados* (N. 76), p. 338.

(114) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 67-68.

(115) BOURDIEU, *La distinction* (N. 11), p. 59-60.

um sich zu scharen ⁽¹¹⁶⁾. So Menéndez Pelayo, Valera und Cánovas, Clarín oder Pardo Bazán als “suma intelectual” ihrer Zeit auftreten konnten ⁽¹¹⁷⁾, dann auch, weil sie sich über die bedeutendste, da sozial bestens rückgekoppelte Kulturzeitschrift, deren Verlag und seine juristischen Derivate gegenseitig stützten und auf diese Weise nicht unerheblich erhöhten. Selbst Posada, Altamira und Silió, die auch dazu gehörten, wenn auch vielleicht erst im zweiten Glied, zogen als Protagonisten der neuartigen Jurisprudenz ihren Nutzen daraus.

Wissenschaftshistorisch gesehen profitierte aber letzten Endes eine andere Konzeption von Recht. Dazu trug sicherlich bei, daß neben der Presse weitere Dispositive die Bündelung der einschlägigen Kräfte erleichterten; die nutzfrendchaftliche Etablierung der Rechtskultur wurde auf vielerlei Weise objektiviert. So entgeht denen, die nach der (professionellen) Ausdifferenzierung der spanischen Rechtswissenschaft suchen, zum Beispiel einseitig bei der Universitätsgeschichte ansetzen, daß der Salon der allseits gefeierten Schriftstellerin Emilia Pardo Bazán mit seinen *hombres de letras* und *políticos* das Urteil schärfte. Nicht nur hierdurch, aber auch darüber wurden gleichsam vorbeugend alle unkultivierten, störenden Beiträge von der Debatte um eine effiziente Eindämmung der Kriminalität ferngehalten ⁽¹¹⁸⁾. Es kann nicht als Zufall bezeichnet werden, daß das kulturell Neue, etwa eine zeitgemäße und deswegen zentrale Rechtskultur, sich auch im nachaufklärerischen Spanien vorzugsweise an Orten bemerkbar machte, die der Soziabilität Vorschub leisteten, weniger im Umkreis der Universität mit ihren gewissermaßen kalten Distributionsmechanismen. Aramburu trug seine Version einer “nueva ciencia penal” 1886 im *Casino* von Oviedo vor, das ihm die passende Zuhörerschaft zu stellen schien — “un auditorio amigo”, in dem sich für gewöhnlich “la culta sociedad ovetense” zu versammeln pflegte ⁽¹¹⁹⁾. Ähnliches gilt für Silió, auf dessen Freundschaft zu Lázaro mit *La nueva ciencia*

⁽¹¹⁶⁾ J. Lázaro an M. Menéndez Pelayo, 2.1.1889, in: MENÉNDEZ PELAYO, *Epistolario* (N. 23), tomo IX, Madrid 1985, p. 287-289.

⁽¹¹⁷⁾ ASÚN, *La editorial La España moderna* (N. 75), p. 135-137.

⁽¹¹⁸⁾ DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 15 und 101-102.

⁽¹¹⁹⁾ ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. VI-VII.

jurídica bereits vom Titel her die erste rechtswissenschaftliche Zeitschrift Spaniens zurückgehen sollte. Er integrierte sich unschwer auch in diesen kulturellen Rahmen, da er sich schon in das kulturelle Ambiente des heimischen Valladolid besonders gut einzuordnen wußte. Aus einer der ersten bürgerlichen Familien stammend, korrespondierte seinem juristischen Blick für die Tagespolitik ein hochentwickelter Sinn für alle Poesie, wofür allein seine Eröffnungsrede anlässlich des lokalen Dichterwettstreits des Jahres 1897 stehen möge. Daneben konnte Silió als Direktor der Zeitung *El Norte de Castilla* vor dem Valladolid der *Círculo Mercantil* dank seiner Eloquenz Triumphe feiern. Und wie es für Silió zur Selbstverständlichkeit wurde, der *Academia de Santo Tomás* anzugehören, dem Zentrum für theologisch-philosophische Diskussionen im Raume Valladolid, so wußte sich seine Familie im benachbarten *Círculo de Recreo* zu behaupten, einem Treffpunkt von “belleza y elegancia”, der sich immer mehr dem Geldadel öffnete ⁽¹²⁰⁾.

3. *Werklogik und Kommunikation*

Wie bereits an Siliós Rekurs auf die ihm verfügbaren kriminalstatistischen Daten kurz exemplifiziert, vollzog sich juristisches Reflektieren in Übereinstimmung mit dem sozialen Positionieren als differenzielle Auswahl unter den aktuellen und virtuellen Möglichkeiten von anerkannten Wissenschaftsstandards. Dabei dürften, soviel bereits jetzt, kommunikative Elemente eine nicht unbeträchtliche Rolle gespielt haben. Angesichts der weit ausholenden Allianzen war im Zweifel ein kleinster gemeinsamer Nenner zu finden, sollte nicht das Wohlwollen namentlich von Seiten derer verspielt werden, die dem am nächsten standen, der sich über seine rechtswissenschaftlichen Investitionen einen Spitzenplatz zu sichern trachtete. Noch bevor er zu differenzieren anfang, rückte Fernando Vida diesen Fluchtpunkt deshalb möglichst weit hinaus, indem er 1890 vor der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* die “modernas criminalistas” auf den Satz reduzierte, das Strafrecht, “la función social de castigar”, beruhe auf der berechtigten Selbstver-

⁽¹²⁰⁾ J.A. CANO GARCÍA, *El poder político en Valladolid durante la Restauración. La figura de César Silió*, Valladolid: Universidad, 1996, p. 83-88.

teidigung der Gesellschaft gegen jedwelche Attacken ⁽¹²¹⁾. Im Grund nicht anders Silió. Er buchstabierte die Gegenposition, die es wissenschaftlich zu überwinden gelte, mit jenen “sensibilierías teóricas” ab dem 18. Jahrhundert aus, denen die Gesetzgebung immer noch folge, während die Kriminalität scheinbar unaufhaltsam weiter steige. Offensichtlich böten die “penalistas rancios” kein Rezept dagegen. Ihr Tiefsinn könnte vor dem “tribunal de la ciencia” nicht bestehen; hier fehlten Daten; schließlich gäbe es Gesetzmäßigkeiten, Parallelen weit oberhalb aller Gesetzgebung, beispielsweise zwischen den Eigentums- und den Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit (*delitos de sangre*) ⁽¹²²⁾.

Als Lázaro das Ziel der von ihm verlegten Zeitschrift *La nueva ciencia jurídica* darin erblickte, die *escuela positiva* bekannt zu machen ⁽¹²³⁾ und richtungsweisend in die Diskussion einzubringen, dann sollte offenbar festgelegt werden, welche Art von Fragen legitimerweise zu behandeln sind, welche Antworten als gültig zugelassen werden und welches Instrumentarium für die Lösung der doch selbst generierten wissenschaftlichen Probleme bereit steht. Wie stark sich auch die Antwort des Mitdebattierenden unterschied: Sie hatte demnach bis auf weiteres einem Rahmen anerkannten Argumentierens zu entsprechen, außerhalb dessen jeglicher Anspruch auf eine noch so geringfügige Erneuerung obsolet werden würde. Je mehr nun der Einzelne in diese Option investierte, desto mehr trug er dazu bei, das juristische Wissen in seinen letzten strafrechtlichen Abstraktionen zu vervollkommen und damit aufzuwerten, mithin aus seinen nachrangigen Abhängigkeiten herauszuführen. Als obere Grenze der Perfektionierung fungierte der Grad an Akzeptanz, der dem reflexiven Projekt allem Erwarten nach entgegengebracht wird. Was die zeitgenössische Kritik schwerlich abnimmt, blieb besser ungesagt; es wäre in den Ruf gekommen, mit der Sache nichts zu tun zu haben, folglich ohne

⁽¹²¹⁾ VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 67.

⁽¹²²⁾ C. SILIÓ Y CORTÉS, *La criminalidad española*, in: NCJ 1 (1892), p. 12-18 (15, 17).

⁽¹²³⁾ J. Lázaro Galdiano an J.(sic) Vida, 13.1.1892, AFLG cc 7 (1891-1892), p. 295.

Methode erzielt worden und infolgedessen unwissenschaftlich zu sein.

Sucht man sich auf moderne Texte einzulassen, also auf den Verfahrenscharakter der geisteswissenschaftlichen Methodik, sollen folglich deren mobile und transformierenden Prozesse erfaßt werden, treten angesichts der großen Varietät von Orientierungsmustern die jeweiligen Klassifizierungen noch vor den vermittelten Inhalten ins Zentrum ⁽¹²⁴⁾, insbesondere dann, wenn eine sozio-historische Rekonstruktion damit verbunden wird, feldartige Verpolungen demzufolge auch nicht vorübergehend abgekoppelt werden sollen. Und in der Tat: Ein wesentlicher, da konstitutiver Teil der wissenschaftlichen Arbeit bestand im unablässigen Ordnen und Reklassifizieren der Wissensbestände, einsetzend bei der chronologischen Reihung und endend mit der flexiblen, den Umständen entsprechenden Verortung der eigenen Stellung. Es läßt aufhorchen, daß Silió ⁽¹²⁵⁾ die Differenz als Aufstieg des *positivismo* und Verfall des *clasicismo* metaphysischer Prägung anlässlich seiner Rezension von Tardes *Etudes pénales et sociales* (1892) markierte, demnach im Rahmen typischer Unterscheidungsarbeit. Um seine — und damit die eigenen — Leistungen ins rechte Licht zu rücken, erschien es offensichtlich angebracht, darüber hinaus zwischen einer analytischen und einer synthetischen Epoche zu trennen. Silió versuchte sich an einer unwiderlegbaren, weil denklogisch abgesicherten Evolutionsgeschichte des empirischen Denkens, an deren verheißungsvollem Ende die “tercera escuela del derecho penal” stehe — und mit ihr neben Tarde scheinbar rein zufällig auch der Verfasser dieser Besprechung.

Dieses Zwischenergebnis bestätigt sich, je vielfältiger die Stimmen sind, die in unsere Analyse eingehen. Wer etwas auf sich hielt, unterschied so detailliert wie möglich. Etwa manifestierte sich Wissenschaftlichkeit bei Torres Campos ⁽¹²⁶⁾ dadurch, daß er das diffuse Universum der Meinungen durch die Einführung einer Vorstufe zu konturieren suchte. Er setzte beim “eclecticismo espi-

⁽¹²⁴⁾ G. BAYERLE, *Wissen oder Kunst? Nietzsches Poetik des Sinns und die Erkenntnisformen der Moderne*, Köln-Weimar-Wien: Böhlau, 1998, p. V.

⁽¹²⁵⁾ C. SILIÓ, *Sección bibliográfica*, in: NCJ 1 (1892), p. 290-296.

⁽¹²⁶⁾ M. TORRES CAMPOS, *Una nueva escuela penal*, in: NCJ 1 (1892), p. 24-38.

ritualista” an, den die “escuela correccionalista” unter der krausistischen Ägide von K.A.D. Röder glücklicherweise überwunden habe. Damit aber kam ein Argumentationsmodell in Spanien zu Ehren, daß andernorts, selbst im ursprünglichen Kontext der deutschen Doktrin, relativ bald in Vergessenheit geraten war. Die historische Willkürlichkeit derartiger Rekonstruktionen erweist sich im Weiteren daran, mit wieviel Emphase Torres Campos an zusätzlichen, sei es lokalen oder zeitlichen Fixpunkte gelegen schien. Ganz, als ob es so sein müßte, gliedern sich bei ihm die Jahre nach Lombroso in verschiedene Zeitabschnitte. Er objektivierte die Vorgeschichte der jüngsten spanischen Neuerungen in Gestalt eines *positivismo crítico* solange, bis das internationale Geflecht an gleichgelagerten Stellungnahmen von den namhaftesten Gelehrten Italiens über Frankreich und Deutschland bis hin nach Rußland reichte. Auf diese Art war die Stufe erreicht, die nebenbei gesagt den literarischen Debatten innerhalb Spaniens entsprach, soziale Anschlußfähigkeit dank konzeptueller Offenheit zusicherte, feldspezifisch aber für die Zukunft “nuevos triunfos” versprach. Nun dürfte schon eher verständlich werden, warum es zu den Charakteristika dieser Forschungslogik gehörte, wo immer tunlich, auf eine ausgefeilte Taxonomie von Denkschulen und deren dem allgemeinen Fortschritt folgende Gewinne hinzuarbeiten. Torres Campos etwa schrieb sich und die seinen in eine naturgeschichtliche Notwendigkeit (*necesidad*) ein, die den als wissenschaftlich deklarierten Aussagen weitere Plausibilität und ihren Protagonisten kraft soviel übergeordneter Objektivierung einen spezifischen Beobachterrang oberhalb des Alltagsgeschehens verschaffte.

Analog dazu, daß die spanischen Neuerer der Jahrhundertwende auf dem Hintergrund einer nominativen Trennung von Natur- und Sozialwissenschaften agierten, den *ciencias morales y políticas* also einen Sonderstatus einräumten⁽¹²⁷⁾ und sich selbst bei der strafrechtlichen Reflexionsarbeit infolgedessen Freiräume, war man ausnahmslos darum bemüht, die eigenen Anstrengungen mehr als nur plakativ unter ein striktes Wahrheitsgebot zu stellen. Was die Disponibilität von Wissen angeht, mag die einseitige Festlegung auf normative Aspekte zum Beleg dienen. Dahinter trat alles andere

⁽¹²⁷⁾ SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 276.

Wissen um Gesellschaft in den Hintergrund und gleich ganz eine selbstkritische Wissenschaft der eigenen Rationalität. Unmittelbare Biologismen waren hiermit ebenso leicht von der Hand zu weisen wie vorsichtigere Analogieschlüsse, die nun auf einmal allenfalls im Reich der Rhetorik gelten würden, nicht aber für die “verdades científicas”. Ein solcher Genie- und Originalitätskult der wissenschaftlichen “novedades”⁽¹²⁸⁾, der für den Moment der Innovation schon einmal von allen Repräsentationskomponenten absah und so dem scheinbar für Transparenz sorgenden Durchgriff erlag, konnte noch unschwer gegenteilige Ansichten als Verstöße gegen ein alle Wissenschaft dominierendes Wahrheitsgebot aussondieren. So wiederum Fernando Vida, als er utilitaristischen Tendenzen entgegnete, sie seien weder neu noch frei von “confusiones” und “oscuridades”. Und da es sich bei den von der “escuela empírica” vertretenen Standpunkten nicht um “ideas verdaderas” handle, verstieße man gegen das zeitlose Gebot der “razón”, dergestalt aber gegen die “conciencia universal”. Daraus folgte quasi zwangsläufig ein schier grenzenloses Vertrauen in die argumentative Logik der Hermeneutik. Vida genügte bei seiner Präsentation italienischer Positivisten der interpretatorische Nachweis, die *defensa social* werde zu Unrecht mit dem Recht auf Selbstverteidigung gleichgesetzt, um daraufhin mit Pacheco das gesamte Konzept der Generalprävention einschließlich seiner empiristischen Auswüchse unter Zugzwang zu setzen. Terminologische Fehler sollten prinzipiell unverzeihlich bleiben⁽¹²⁹⁾.

Ausgehend von einem Wissenschaftsverständnis der transzendentalen Objektivierung letzten Endes historischer Wechselfälle, wie es die staatliche Verfassung von Gesellschaft, das damit einhergehende Sanktionsmonopol und die hierzu passende Eigentums- und Familienordnung allen rechtsphilosophischen und juristischen Behauptungen zum Trotz nun einmal sind, legte diese symbolische Praxis an rechtswissenschaftlicher Durchschlagskraft zu, je stärker sie sich nach beiden Seiten abstützte: sowohl auf Seiten der

(128) VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero* (N. 69), p. 6 (Lob auf die “originalidad” von P. Dorado).

(129) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 71-74, 81 und 104.

Idealisten, weil überzeitliche Eckwerte ohnehin zum Repertoire gehörten, als auch auf Seiten der Realisten, da bereits wohlverstandene Wirklichkeit aller Versachlichung den Weg bereitet. Noch erfolgsversprechender war es allerdings, Objektivität schon vorab zu demonstrieren, indem etwa Lombroso, von dem man sich andererseits distanzierte, gegen seine Verfolger geholfen wurde. Wissenschaft, hieß es dann, sei ein zu vornehmes Geschäft, “razón” und “verdad” seien zu lebenswichtig, als daß der Verleumdung (*calumnia*) freier Lauf gelassen werden dürfe⁽¹³⁰⁾. Auch daß Jugend automatisch mit originellem Denken assoziiert wurde, so Alvarez Taladriz in Bezug auf den sechszwanzigjährigen Silió im Vorwort zu dessen *La crisis del derecho penal* (1891), indiziert modernes Denken, dem Kontinuität nicht allzu viel bedeutet.

Hauptsache, es wurde kein methodischer Irrtum begangen, formal nicht Anstoß erregt, eine “investigación más seria” zugrunde gelegt oder eröffnet⁽¹³¹⁾. Von daher gesehen bedeutete es keinen inneren Widerspruch, wenn im selben Feldsegment höchst unterschiedliche Vertreter aufeinander zugehen, neben allen Anklängen an die Metaphysik früherer Jahre jener Rafael Salillas das Wort nahm, der seine Fallstudien in *La nueva ciencia jurídica* mit *Museo criminológico* überschrieb und das wissenschaftliche Faktum, so es “con método” erarbeitet worden wäre und folglich mit der Wahrheit übereinstimme, als Realität hinstellte⁽¹³²⁾. Wenn man so will, wurde das Heil in der geregelten Konfrontation Gleichgesinnter gesucht; kam Wissenschaft als Produktion von Wahrheit unter der Bedingung zum Anschlag, daß durchgehend konsensualiter über Divergenzen verhandelt worden sei. Wohlgemeinte Kritik (*censurar*) konnte zur Begründung auflaufen; blieb man hierbei auch in schwierigen Situationen im Rahmen, dann zum Ausweis höchster Wissenschaftlichkeit⁽¹³³⁾. Kohärenz im Denken war das erste, wenn auch nicht das letzte Ziel, wie wir noch zeigen werden. Denn wie Clarín stellvertretend für dieses sich literarisch bestens ausken-

⁽¹³⁰⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 30.

⁽¹³¹⁾ VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 81.

⁽¹³²⁾ R. SALILLAS, *Museo criminológico español. Regicidas españoles*, in: NCJ 2 (1892), p. 240-248 (244).

⁽¹³³⁾ Cf. zur Verteidigung von P. Dorado: VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero* (N. 69), p. 6-7.

nende Publikum voller Bewunderung an Dorado und seiner Version der italienischen Strafrechtsschule wahrnahm, kann solche "lógica y claridad" über alle Beobachtung der Realität und über alle Reflexion hinweg in ihrer letzten Zuspitzung durchaus in den ästhetisch geübten Blick des Wissenschaftlers einmünden⁽¹³⁴⁾. Als Vida seinen Landsmann Aramburu gegen Frassati in Schutz nahm, dessen Beharren auf der Suche nach den "principios generales" und einer nachweisbaren Falsifikation mit Argwohn begegnete, weil Fakten eben wissenschaftlich interpretierbar seien, dann ist solch demonstrative Logik der Verifikation damit nicht verabschiedet⁽¹³⁵⁾. Ihr Platz stand prinzipiell außer Frage, mußte nur gegebenenfalls mit Korrekturen rechnen.

Ersichtlich wird dies unter anderem daran, daß Silió wie selbstverständlich allen Erörterungen eine Definition seines methodologischen Standortes vorausschickte⁽¹³⁶⁾. Auch Luis Silvela und Adolfo Posada wollten an den Errungenschaften moderner Wissenschaftlichkeit teilhaben, als da sind ein reproduzierbares, weil nachkontrollierbares Beobachtungsverfahren, generalisierende Fragestellungen und ein ungewöhnlich hoher Grad an Reflexion⁽¹³⁷⁾. Etwaige Abstriche hätten die spanischen Protagonisten in eine aussichtslose Lage gebracht, ihre internen Auseinandersetzungen zu Spiegelfechtereien gemacht. Eher zogen sie es vor, von der gleichen Warte aus namentlich gegen ihre italienischen Widersacher anzutreten⁽¹³⁸⁾, was sich wiederum daraus erklärt, daß alles andere, bis auf Frankreich, sprachlich praktisch unzugänglich war. Und so wie sich technische Kompetenz von selbst verstand, der Mediziner Salillas rückte gerade auch deswegen in der Nachbetrachtung zum Hauptinitiator der spanischen Kriminalanthropologie auf⁽¹³⁹⁾, so auch das Ideal der Feinklassifizierung mit seinen Unabwägbarkeiten⁽¹⁴⁰⁾, die Perfektion der "imparcialidad" und der "exactitud",

(134) AZORÍN, *La sociología criminal* (N. 88), p. 525.

(135) VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero* (N. 69), p. 12-13.

(136) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 32.

(137) A. POSADA, *La literatura de la sociología*, in: EM 2,13 (1890), p. 129-141 (133); SILVELA (Y DE LE VILLEUZE), *El derecho penal* (N. 28) 28).

(138) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 21.

(139) VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero* (N. 69), p. 10.

(140) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 161.

der “sana lógica que procede de los hechos” (141). Für Viel- und Schnellschreiber, die sich um die Preise der *Biblioteca Nacional* oder anderer Förderer zu bewerben pflegen, würde in seinem Verlag kein Platz sein, so Lázaro Galdiano 1889 (142).

Ende des 19. Jahrhunderts mußten dann aber auch trotz aller Distanz die Naturwissenschaften eine ungewöhnliche Rolle spielen. Nur wollte und durfte man sich in Anbetracht des eigenen kulturellen Kapitals und desjenigen seiner Alliierten dem Sog nicht anheim geben. Kennzeichnend ist vielmehr der überaus bedachte Vorbehalt. Aller Überschwang wurde umgehend mit Verweisen auf die Abstraktionsleistungen der Scholastik um Thomas von Aquin gedämpft; die Entzauberung der blind repetierten Behauptung von der Wissenschaftsfeindlichkeit der katholischen Kirche sollte die Proselyten warnen (143). Mit den empirisch verankerten Naturwissenschaften, aber über diese hinaus, so Aramburu, als er um die Ablösung des idealistischen Fiebers kämpfte (144). Von den Wächtern über das literarische Geschehen fanden die Vertreter der neuen Strafrechtswissenschaft insoweit Unterstützung, als dort die *ciencias naturales* mit einem Kompass verglichen wurden, auf den man zwar im Meer der Formen nicht verzichten könne, dem indes letztlich die “esencia íntima” verschlossen bleibe (145). Dabei wußte man sich in guter Gesellschaft, wie ein Blick auf Flaubert lehrt, soweit dieser die Opposition zwischen Kunst und (Natur-)Wissenschaft zugunsten der ersteren aufzuheben trachtete (146). Silió, der immerhin den Menschen mit der Dampfmaschine zu vergleichen wagte und sich mit seinem Plädoyer für die freie Willensbestimmung an den naturwissenschaftlichen, kausal begründeten Gesetzmäßigkeiten der “transformación de fuerzas” abzuarbeiten gezwungen sah, vermochte auf der anderen Seite der Evolutions-

(141) Bezüglich Dorado und der Übernahme des positiven Urteils von Angelo Vaccaro: VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero* (N. 69), p. 8.

(142) LÁZARO, *Revista general* (N. 112), p. 206-207.

(143) PIDAL Y MON, *De la metafísica contra el naturalismo* (N. 94), p. 19-21.

(144) ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. 28-29.

(145) E. PARDO BAZÁN, *Últimas modas literarias*, in: EM 2,13 (1890), p. 159-175 (166).

(146) BOURDIEU, *Les règles de l'art* (N. 11), p. 146-147/146-147.

theorie nur bis dahin zu folgen, als sie nicht auf das Theorem vom gemeinsamen Ursprung abhob. Gleich kritisch und damit wissenschaftlich stand für ihn auf seinem Terrain fest: Die “moderna escuela positiva” mit ihrem “nuevo método” verspreche auf dem Gebiet der “ciencia penal” ähnlich wie die “ciencias físicas y naturales” die schönsten Erfolge, falls nur die Genese des Delikts mit Hilfe der Naturwissenschaften zum “fenómeno natural” erhoben und als Resultante vielfältiger Gründe behandelt werde (147).

Die Hilfsfunktion der naturwissenschaftlichen Methodik, die Dorado als die Leitfigur der neuen spanischen Jurisprudenz des Strafens auch einer empirisch angereicherten Analyse des Parteienwesens abverlangte, und Valera als den wohl typischsten Totalintellektuellen gegen alle vordergründige Kritik der naturwissenschaftlichen Beobachtung und für verstärkte, die Realität berücksichtigende Anstrengungen einer zeitgemäßen Metaphysik antreten ließ (148), diese Hilfsfunktion konkretisierte sich vornehmlich in entsprechend vorsichtig gehandhabten Instrumentarien und Prozeduren. Auch sie gaben den Maßstab vor, anhand dessen künftig das Resultat wie sein Autor in dem sich darüber formierenden Wissenschaftssektor positioniert werden würde. Hierüber sollte begriffliche Kontingenz abgebaut und innerhalb wie außerhalb dieses Mikrouniversums sozial umverteilt werden. Dem unterwarf sich freilich nur, wer am “ethos de la Restauración” (Aranguren (149)) mitarbeitete, d.h. in erster Linie über den “positivismo de la defensa social” der wissenschaftlich gestützten staatlichen Ordnung zuarbeitete. Insoweit durfte man sich aber auf der Höhe der Zeit wissen. Aus Frankreich wurde 1883 signalisiert, von Posada aus dem Französischen übertragen und 1894 bei Lázaro verlegt, daß “la constitution de la science sociale sur des bases positives semble la principale tâche de notre siècle”; jedes philo-

(147) SILIÓ Y CORTÉS, *La criminalidad española* (N. 39), p. 232; SILIÓ, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 10-11, 41 und 69.

(148) P. DORADO, Rezension von A. FIGUEROA Y TORRES, *Biología de los partidos*, Madrid 1892, in: NCJ 1 (1892), p. 378-382; CAMPOAMOR-VALERA, *La metafísica y la poesía* (N. 24), p. 208 und 211.

(149) J.L.L. ARANGUREN, *Moral y sociedad. Introducción a la moral social española del siglo XIX*, Madrid: Edicusa, 1970, p. 164-165 und 172.

sophische und moralische Problem habe nun einmal bei der “question sociale” zu enden ⁽¹⁵⁰⁾.

So hatte man, wie schwer es bei den überkommenen Ehrvorstellungen und ihrer Herabwürdigung aller irgendwie manuellen Arbeit auch fiel, um der Wissenschaftlichkeit willen den modus operandi mit der Zeit auf folgende Eckwerte einzurichten: auf eine Beobachtung, die gegenüber allen Idealitäten auf Distanz geht und den Tatsachen den Vorrang gibt; auf das Experiment, das aus der Rekonstruktion des Beobachteten und der Einführung von Variablen weitere Aufschlüsse verspricht; endlich auf den Vergleich, um von der Einzelbeobachtung und ihrer Relationierung zum Generellen und seinen Ausnahmen zu gelangen, wobei induktive und deduktive Schlüsse zusammenspielen. Bezogen auf das Strafrecht, dem nach dieser Selbstbeschreibung ⁽¹⁵¹⁾ moralische und soziale Phänomene eigen sind, haben Geschichte und Statistik von der Forschungspraxis her ins Zentrum des Interesses zu rücken. Wo und wie weit auch in der Folge spanische Wissenschaft die hierüber erzielten Ergebnisse mit weiteren Reflexionen abstützte, so unter anderem in der Psychologie ⁽¹⁵²⁾: Modellhaft war zunächst aufgegeben, beispielsweise die strafrechtliche Aussage im Rahmen einer “ciencia natural del delito” zu verorten. Silió setzte zuallerst — und betonte dies auch dementsprechend — auf eine unvoreingenommene Beobachtung der sog. Realität; ihm sind die eruierten Daten und statistischen Zusammenhänge wesentlich, ungeachtet dessen, ob Tabuzonen berührt würden, da die “seguridad social” nur so sichergestellt werde ⁽¹⁵³⁾. Insofern geriet die neue Jurisprudenz erklärtermaßen zu einer Imitation der “ciencias experimentales” ⁽¹⁵⁴⁾. Ob bei Dorado oder bei Silió: An erster Stelle stand die differenzierende Beobachtung, um die Anekdote zugunsten der

⁽¹⁵⁰⁾ A. FOULLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris: Hachette, 1885, p. V-VI; zur spanischen Textgeschichte: ASÚN, *La editorial La España moderna* (N. 75), p. 36-37.

⁽¹⁵¹⁾ ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26) p. 36-37. 26), p. 36-37.

⁽¹⁵²⁾ J. BESTEIRO, *La nueva filosofía*, in: BESTEIRO, *Obras completas* (ed. E. LAMO DE ESPINOSA), tomo I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 3-137 (79-81).

⁽¹⁵³⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 11 und 264-265.

⁽¹⁵⁴⁾ VIDA, *Los criminalistas españoles en el extranjero* (N. 69), p. 6.

ökonomischen Entwicklung und anderer lokaler Variablen zu verlassen. Den sich hiermit anbietenden Erklärungen für inkriminiertes Verhalten sollte eine Chance gegeben werden. Je minuziöser die Enquete, umso stärker der Glaube, auf dem richtigen Weg zu sein, desto größer aber auch aller Wahrscheinlichkeit nach das wissenschaftliche Prestige, das man sich mit derlei Kleinigkeiten einhandelte. Das Gleiche gilt für die Komparatistik, in die diese Zahlenwerke bei Silió mündeten. Mit der größten Selbstverständlichkeit setzte er neben die heimischen Kriminalstatistiken italienische, französische und englische, z.B. im Hinblick auf die Totschlagsdelikte ⁽¹⁵⁵⁾.

Über die Jahre hin schälten sich, einschlägige Beiträge sind *La nueva ciencia jurídica* zu entnehmen, drei Beweggründe für kriminelles Verhalten heraus, von denen im selben Maß erhofft wurde, daß jedes vertiefte Wissen hierum die wachsende Straffälligkeit unter Kontrolle bringe. Silió sprach vom individuellen Element, angefangen beim Temperament bis hin zum "hábito", vom physischen Faktor oder den natürlichen Bedingungen, schließlich vom sozialen Aspekt oder dem Lebenszusammenhang insgesamt ⁽¹⁵⁶⁾. An diesen Axiomen arbeitete sich ab, wer wissenschaftlich tätig sein wollte, um — wie auch anders — zunächst bei sich entsprechende Gewinne zu zeitigen. Dazu hatte man jedoch auf dem neuesten Stand zu sein. Aramburu wurde von kompetenter Seite bescheinigt, zumindest stand die *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* dafür, neben seinem juristischen Wissen, seiner Sprachgewalt und seiner Hingabe an das "ideal espiritualista cristiano" auch in der Biologie, in den physisch-psychischen Wissenschaften und in der Philosophie überdurchschnittliche Kenntnisse aufzuweisen ⁽¹⁵⁷⁾. Vom *Museo criminológico*, einer dem Tätertyp gewidmeten Artikelserie, war bereits die Rede. An Salillas ⁽¹⁵⁸⁾ fällt auf, daß es

⁽¹⁵⁵⁾ C. SILIÓ Y CORTÉS, *La criminalidad española*, in: NCJ 1 (1892), p. 12-13, 72-76 und 224-225; SILIÓ, *El paralelismo entre los delitos de sangre y los delitos contra la propiedad*, in: NCJ 2 (1892), p. 262-270 (266); SILIÓ, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 75-77.

⁽¹⁵⁶⁾ SILIÓ, *El paralelismo entre los delitos de sangre y los delitos contra la propiedad* (N. 155), p. 336-340.

⁽¹⁵⁷⁾ SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 273-274.

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. R. SALILLAS, *Museo criminológico español. El corazón en el tatuaje*, in:

bereits zu einem gewissen Fachjargon kam, die neusten Photographietechniken eingesetzt wurden und die empirischen Prozeduren sich mehr oder weniger anglichen. Ausgehend von der Physiognomie und anderen unverwechselbaren Kennzeichen, den vielgestaltigen Tätowierungen mit einem Herz kommt besondere Bedeutung zu, wird auf die innere Verfassung geschlossen, wobei schon die Terminologie, um die Anomalie zu belegen, bezeichnenderweise eine Antiwelt zum bürgerlich-intellektuellen Ambiente umschreibt. Hiernach fehle es dem "hombre primitivo" in der Regel an Intelligenz, vornehmlich aber an ästhetischem Sinn. Wie zufällig zeichnete sich dadurch aber gerade das Milieu aus, das ihn doch angeblich rein objektiv, nämlich anhand von für jedermann evidenten Fakten zu klassifizieren suchte.

Typologisches Differenzieren als Erkenntnisbasis (*verdad*) berechtigte solchermaßen ohne weiteres dazu, dem Abnormalen von Staats wegen mit aller Gewalt das Handwerk zu legen. Die Faszination der statistischen Daten, gab selbst Silió zu, schlägt Gegenargumente aus der Hand (*asombrar*); macht dafür aber transparent, was "anti-social" und hiermit "anti-jurídico" sei, zwingendermaßen bestraft werden müsse — "... que necesita ser castigado por las leyes" (159). Daher machte sich nachweislich bereits der um die Wissenschaft, um den Staat und um ein ganz bestimmtes Gemeinwesen verdient, der auf weitere Zahlenreihen drängte (160), zumal in einem der romanischsprachigen Ländern (*países latinos*), wo es nach dem Marqués de Pidal und unter Berufung auf Tocqueville und Le Play nicht an Möchtegern-Metaphysikern (*hijos de las abstracciones y teorías*) mangle, wohl aber an nüchternen sozialwissenschaftlichen Bestandsaufnahmen, die Politökonomie nicht ausgenommen (161). Blicke dem observierenden Blick des Wissen-

NCJ 1 (1892), p. 165-175, und die Fortsetzung dieser Serie, aber mit anderen Einzelthemen, in: NCJ 2 (1892), p. 98 ff., 165 ff., 240 ff. und 276 ff.

(159) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 71-72 und 74.

(160) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 191-192.

(161) L.M. PIDAL Y MON (Marqués de Pidal), *Discurso del Excmo. Señor Marqués de Pidal*, in: *Discursos de recepción del Excmo. Sr. Marqués de Pidal y de contestación del excmo. Sr. Marqués de Molins, leídos en la junta pública del día 27 de marzo de 1887 (tesis: Del método de observación en la ciencia social; Le Play y su escuela)*, in: *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y*

schaftlers nichts geheim, trete mithin der öffentliche wie der private Lebenswandel der potentiellen Wiederholungstäter offen zutage, da aber auch vor keiner Indiskretion zurückgeschreckt worden sei, dann lägen dank der systematischen Anhäufung eines relativ harten Datenmaterials die Subsumtionskriterien für die Bestrafung ebenfalls auf der Hand. Der allgemeine Wissenschaftsoptimismus hatte folglich auch Salillas erfaßt ⁽¹⁶²⁾.

Doch letztentscheidend war nicht, wie weit man es gebracht hatte, sondern wie man wissenschaftlich ankam. Mit dieser scheinbaren Banalität ist dem differenziellen Prozessieren des (Rechts-)Wissenschaftlers freilich nur insofern die Spitze gebrochen, als die kommunikative Komponente als unablösbarer Bestandteil hinzuge-dacht wird, damit aber auch die soziale, weil eines ohne das andere nicht sein kann. Sainz de Andino, einer der einflußreichsten Reformer der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, zog schon 1827 aus einer derart sozial offenen Logik unter Bezug auf Jovellanos, d.h. in Anspielung auf die aufklärerische Rhetorik (*literatura*) wie auf administrative Erfahrungswerte (*magistratura*), die praktische Folgerung: Besonders Juristen hätten von Anfang an darauf zu sehen, daß Wahrheiten übermittelt und deswegen entgegenkommend (*amable*) ausgelegt werden müßten; als Abbild des Gedankens (*imagen del pensamiento*) oder "vehículo de su comunicación" komme dem Wort (*palabra*) die Funktion zu, Gesellschaft zu konstituieren (*gran nudo que enlaza la sociedad*); alles in allem sei erste Voraussetzung für jede kommunikationsfähige und hierdurch nachhaltig angelegte Behauptung, sie nach den Regeln einer "arte cierto y filosófico" auszuformulieren und das, bevor auch nur an irgendwelche Äußerlichkeiten des eloquenten Vortrags gedacht werde ⁽¹⁶³⁾.

Unserem theoretischen Modell entsprechend will dies aber nichts anderes besagen, als daß die Optionen danach auszufallen hatten, inwieweit im Einzelfall durch die artgerechte und zugleich

Políticas al dar posesión de sus plazas a los individuos de número de la misma, tomo IV, Madrid: Huérfanos, 1889, p. 461-526 (466-467).

⁽¹⁶²⁾ SALILLAS, *Museo criminológico español. Regicidas españoles* (N. 132), p. 245-248, 276-278 und 280.

⁽¹⁶³⁾ P. SAINZ DE ANDINO, *Elementos de elocuencia forense*, Madrid: Imprenta de la Sociedad de Operarios del mismo Arte, 1847, p. XXXIV-XXXVI.

manifeste Distanzierung von aller Faktenhuberei, vermöge einer artistischen Überhöhung des Tatsächlichen, jene hiermit kongruierende, erst einmal feldeigene soziale Ausnahmeposition errungen werden konnte. Wie man heutzutage erkennt, bestand die Integration, letzten Endes die Überwindung des Naturalismus mit ihren sozialen Profiten für diejenigen, die sich auf lange Sicht gesehen anerkanntermaßen hieran zu schaffen machten, in zusätzlicher, moderner Repräsentationsarbeit oder anders gesagt darin, insbesondere dem kommunikativen Element Rechnung zu tragen und konsequenterweise mehr als üblich in die Form zu investieren. Der Roman erhielt von da ab einen höheren Stellenwert beziehungsweise der Romancier Flaubert stieg künstlerisch auf, weil er sich nicht mit einer Deskription des Realen begnügte. Kunstvoll eingegriffen wurde von dem Augenblick an, als sich Flaubert erfolgreich darum bemühte, die Wirklichkeit nach dem ästhetischen Programm “bien écrire le médiocre” umzuschreiben, wobei er Schritt für Schritt gleichzeitig höchste Anforderungen statuierte, die bislang nur an die Poesie gestellt worden waren ⁽¹⁶⁴⁾. Statt sie zu reproduzieren, verwandelte Cézanne die Welt in farbige Äquivalente, kurzum in Malerei, so wie Picasso die natürlichen Formen aufbrach und mittels einer architektonischen Formgebung seine Umwelt “realisierte”. Was besonders deshalb zu notieren ist, weil neuerdings dahin gehende Feststellungen durchaus überzeugend in Beziehung zu den Fiktionalisierungstechniken Carl Schmitts gesetzt werden ⁽¹⁶⁵⁾. Dementsprechend nützten auch die herausragendsten spanischen Protagonisten einer neuen Jurisprudenz die günstige Gelegenheit, angesichts des scheinbar nicht mehr zu bremsenden, da lockende Modernität versprechenden Positivismus diesen zu vereinnahmen, um ihre Wirklichkeit von dieser Basis her — nur sublimer — letztverbindlich zu interpretieren. Nun vermochten sie ein wissenschaftlich gehärtetes Deutungsmuster als Spitzenprodukt der “cultura jurídica” speziell für die strafrechtliche Organisation von Gesellschaft zu offerieren. Der eigene Lebenszuschnitt seit dem Elternhaus und die sich momentan anbietenden Vielfachallianzen ästhetisch verfaßter, hauptsächlich literarischer Art drängten gera-

⁽¹⁶⁴⁾ BOURDIEU, *Les règles de l'art* (N. 11), p. 140-143.

⁽¹⁶⁵⁾ VILLINGER, *Carl Schmitts Kulturkritik der Moderne* (N. 7), p. 165-166.

dezu auf eine derartige juristische Verfeinerung; die Marktsituation für kulturelles Kapital im allgemeinen und bei den internationalen Experten juristischer Reflexion im besonderen hätte Sonstiges als Fehlinvestition erscheinen lassen.

Bis zu einem gewissen Grad war somit die ästhetische Variante oder anders formuliert: die kulturelle Intensivierung vorgezeichnet, zumal wenn man außerdem — der Bourdieuschen Flaubert-Interpretation folgend — dessen Ausweg als Zurückhaltung sowohl gegenüber "l'Art pur" als auch gegenüber dem "réalisme" begreift und diesen Neuanfang in Parallele zur hiesigen Abwendung von der klassischen, idealistischen Fundierung setzt wie zur extrem positivistischen Position etwa eines Lombroso. Vermittelnd fällt zudem Milá y Fontanals ein, dessen Kombination von Realistik und Ästhetik; hierfür sei jetzt aber auf die obigen Ausführungen zu diesem Literaturtheoretiker der zweiten Hälfte des spanischen 19. Jahrhunderts verwiesen. Freilich wäre dann immer noch nicht ausreichend berücksichtigt, daß bereits unmittelbar vor Ort, in Gestalt des oben beschriebenen, bis ins Extrem vorangetriebenen Kults gegen alles Vulgäre die Wahlmöglichkeiten ungemein eingeschränkt waren. Gedacht ist an Lázaro Galdiano. Sein hoch entwickelter Kunstverstand und luxuriöser Lebensstil, sein materieller Einfluß bringen das nur auf den Punkt. Generell hatte in diesem Milieu die Zerstörung des ästhetischen Scheins noch lange nicht gegriffen. Wenn es überhaupt dazu kommen sollte, stand Spanien damals jedenfalls ein Marcel Duchamp noch bevor, bei dem unter Ironisierung des Imaginären den Dingen selbst ein semantischer Wert zuwächst⁽¹⁶⁶⁾. Eher schon läßt sich Nietzsche damit zusammenbringen, dessen spanische Übersetzungen zwischen 1901 und 1907 im Verlag *La España moderna* erschienen⁽¹⁶⁷⁾, also kognitiv offensichtlich ins Bild paßten. Neueren Untersuchungen gemäß beruhen seine Denkformen der Unschärfe auf einem Verschwinden der Dinge zugunsten der kulturellen Produktion von Realität, werden der Kunst zwischen Metaphysik und aller Naivität bezüglich der Wirklichkeit ihre Rechte wiedergegeben,

(166) K. LÜDEKING, *Ding-Gegenstand-Zeichen*, in: H.M. BACHMAYER et al. (eds.), *Nach der Destruktion des ästhetischen Scheins. Van Gogh, Malewitsch, Duchamp*, München: Boer, 1992, p. 227-254 (254).

(167) ASÚN, *La editorial La España moderna* (N. 75), p. 183-184.

wird moderne Kultur zur lebenszentrischen Integrationschiffre für auseinander driftende Erfahrungswirklichkeiten⁽¹⁶⁸⁾. Auch da bricht Form in Inhalt um, ist beides reziprok, so daß selbst die französische Historienmalerei mit ihrer geschichtsphilosophischen Hinterlegung und ihren modernisierenden Effekten einen Rahmen für den hier im Mittelpunkt stehenden Wandel abgeben. Man hat sich im Folgenden erneut daran zu erinnern, daß bei Ingres das Gemälde seine Gesetze nicht aus der Wirklichkeit empfängt, sondern aus der Möglichkeit des Mediums; daß Realität ihm zufolge im Grunde nicht reproduzierbar sei, vielmehr nach einer gezielten Repräsentation durch die je verfügbaren Zeichen verlange⁽¹⁶⁹⁾.

Trotz aller empirischen Akribie: Bei den Neuerern der spanischen Strafrechtswissenschaft setzte die Überhöhung des Realen und die eigentliche Positionierung damit ein, daß man den erkenntnistheoretischen Weg gegen die italienische Kriminalanthropologie für eine darüber hinaus gehende Beobachtung freimachte. Aramburu ging dafür bis auf die prinzipiellen Denkfehler zurück, die auch nicht damit begründet würden, daß sich einer mit dem Topos von der erkenntnismäßigen Unzugänglichkeit (*lo incognoscible*) aus der Diskussion zurückziehe. In einem obendrein moralisierenden Ton warf er denen ihre "apriorismos" vor, die ansonsten für ein Denken ohne solche Vorgaben einträten. Seiner Ansicht nach handle es sich bei deren Realität nur um einen Teil der Wirklichkeit, folglich um die reine Abstraktion⁽¹⁷⁰⁾. Wie es scheint, trugen auch Vorwürfe der Art, man dürfe sich nicht zum Sklaven anderer Wissenschaften machen, diese ästhetische Selbsterweiterung, abgesehen davon, daß als letztes Argument immer noch blieb, alles andere als die eigene Vorgehensweise kurz und bündig für unjuristisch zu erklären⁽¹⁷¹⁾. So etwas ist mehr als der Versuch, das beängstigende Innovationstempo verbal zu reduzieren. Die Öffnung von allzu engen Perspektiven zielt vielerlei darauf, noch irgendwie rational zu begründen, was lebensweltlich-praktisch bis hinein in die immer wieder zu erinnernden Allianzen reicht, sich

⁽¹⁶⁸⁾ BAYERLE, *Wissen oder Kunst?* (N. 124), p. V-VI und 4.

⁽¹⁶⁹⁾ GERMER, *Historizität und Autonomie* (N. 90), p. 182 ff.

⁽¹⁷⁰⁾ ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. 45.

⁽¹⁷¹⁾ Cf. VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 61.

kaum nachvollziehen läßt und schon gar nicht plausibilisieren, es sei denn auf Kosten von symbolischen Effekten, womit Juristenarbeit allerdings hinfällig würde.

Wem das zu weit hergeholt vorkommt, der bedenke, wie Lázaro, selbst Jurist und den eigenen Worten nach an der Propagierung der *escuela positiva* durch seine Zeitschrift *La nueva ciencia jurídica* interessiert, seinem Widerwillen gegen jene Ausdruck gab, die bei den Fakten stehen blieben. Ihm nach fehle es dann an einer gewissen Leichtigkeit, komm alles zu schwerfällig einher (*pesado*). Aus solchen Lektüren könne man weder etwas lernen noch an ihnen Freude haben, während andersgeartete Texte “con tanto gusto” aufgenommen würden und deshalb zu Recht eine große Leserschaft fänden ⁽¹⁷²⁾. Dieses Gefühl für die Minderwertigkeit aller empirischen Anstrengungen, das auch Silió beschließen haben muß, als er das statistische Jahrbuch auswertete, falls er dies überhaupt selbst getan hat, hob Cánovas 1881 auf ein höheres, in den Augen aller auf ein wissenschaftliches Niveau ⁽¹⁷³⁾. In seiner Antrittsrede vor der Akademie für moralisch-politische Wissenschaften ging es ihm gegen die soziologischen Materialschlachten zusammenfassend gesagt darum, die jünsten, solchem Szientismus widersprechenden Ergebnisse der Naturwissenschaften anzuführen. Und noch grundlegender unterstrich er bei dieser Gelegenheit, daß alle Zivilisation schließlich seit alters darauf beruhe, daß die “razón” die Basis allen Menschseins abgebe. Praktische Folge davon war, der sozial deklassierenden Kärnerarbeit erneut entgangen zu sein und sich endlich wieder auf der Stufe zu bewegen, die man am besten nicht einmal kurzfristig verläßt. Daneben auch noch Innovation einzig und allein aus der Tradition zu versprechen, war sicherlich hilfreich, konnte aber der eigenen Arbeit im Zweifel nicht den kulturellen Stempel aufdrücken, wie es solche Erwägungen aus dem Bereich der *philosophia perennis* taten. Denn, wie Vida bei seiner Aufnahme in dieselbe Akademie einige Jahre später betonte, Grundvoraussetzung jedwelcher akademischen Arbeit an den moralisch-politischen Wissenschaften, Bemessungsgrundlage dafür,

⁽¹⁷²⁾ LÁZARO, *Revista general* (N. 112).

⁽¹⁷³⁾ CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Discurso de recepción ...* (N. 58), p. 221-222.

welchen Einfluß inzwischen der *positivismo* hierauf gewonnen habe, sei noch immer eine “literatura”, die aus dieser Sicht mit einer kaum zu überbietenden Allgemeinkultur und höchstem ästhetischen Empfinden identifiziert wird (174).

Als Posada im selben Jahr 1890 des besseren Verstehens wegen darauf bestand, speziell beim Recht das Soziale zum Immateriellen hinzuzulesen (175), hielt Valera dafür, daß aller “empirismo” denknotwendig auf metaphysische, nur mit der Poesie vergleichbare, demnach Erkenntnisse von höchstem kulturellen Wert hinauslaufe, auch und gerade ausgangs des 19. Jahrhunderts (176). Niedriger dürfe nicht angesetzt werden, insistierte sogleich das jüngste Mitglied der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* vor diesem hohen Haus der Unsterblichen (*immortels*), wie sich die institutionell hiermit vergleichbaren Akademiker des *Institut de France* nennen lassen. Die “lógica social” gebiete es, über die *positivistas* hinauszugelangen, die Grenzen der Erfahrung respektive der sinnlich erkennbaren Welt zu sprengen, da Gesellschaft nur per *violence douce* (Bourdieu) zu unterwerfen sei — “... porque las sociedades necesitan estar sometidas a un postulado trascendental” (177). Hiermit war nun die Ökonomie einer kommunikativen Wissenschaftslogik eingeholt, die sich schon in der neuen Juristenrhetorik von Sainz de Andino andeutete, d.h. die Verwendung aller Kräfte darauf, den anderen unter Einsatz geringster Mittel zum freiwilligen Mitwirken am großen Gemeinschaftswerk zu bewegen. Dem war am selben Ort von Seiten der *metafísica* und wider den *naturalismo* sicherheitshalber vorausgeschickt worden, daß sich selbst die Experimentalwissenschaften den formalen Regeln des Denkens nicht entziehen könnten. Einzig Ästhetik sei imstande, das Hauptproblem einer tatsächlich gegenwarts-, ja zukunfts-offenen Wissenschaft zu benennen und aufzufangen, nämlich jene unheilvolle Dominanz des Materiellen über alles Geistige, “esta tiranía de las cosas exteriores sobre el alma interior”. Moral als übergeordnete

(174) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 6-7.

(175) POSADA, *La literatura de la sociología* (N. 137), p. 131.

(176) VALERA, *Sobre lo inútil de la metafísica y la poesía* (N. 56), p. 131 und 144.

(177) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 109.

Zielvorgabe, als “ley necesaria de vida”, werde nur so und nicht anders wirksam herausgestellt ⁽¹⁷⁸⁾.

Enger am Strafrecht argumentierend, verwies Silió darauf, daß wirtschaftliche Aspekte einschließlich der leiblichen Misere grundsätzlich nicht alles seien, wie aber die Materialisten oder Sozialisten immer wieder bei der Verbrechensbekämpfung vermuteten. Umgekehrt kämen Ambitionen und “ideas” im Moment des strafrechtlich zu ahnenden Verhaltens ins Spiel, weswegen die Wissenschaft in erster Linie hierauf und dementsprechend angemessen zu antworten habe, neben aller Statistik an Gott zu erinnern sei, damit letztlich ein moralischer Ausweg gefunden werde ⁽¹⁷⁹⁾. Wissenschaft und daher auch der überragende, kulturell begründete Rang ihrer Protagonisten bestimmen sich für diese Rationalität völlig folgerichtig aus einem besonders exponierten Umgang mit dem Nichtwissen. Nach Silió gehe es, was die *positivistas* verkennen, auch um das “invisible” oder “misterioso”, um das, was dem zeitgenössischen Beobachter wohl im Kern “indefinible” bleiben müsse ⁽¹⁸⁰⁾. So aber erkämpfte sich spanische Wissenschaft einen Platz neben allen ausländischen Erfolgen, kam die “grandeza española” zumindest für die voll zum Tragen, die wie Siliós italienischer Rezensent ⁽¹⁸¹⁾ den richtigen Blick dafür hatten. Ansonsten wird erst die internationale Postmoderne ein Gespür hierfür bekommen, während spanienintern — um den kognitiven, weil sozialen Vorsprung zu wahren — unter anderem rechtshistorisch blind daran weitergeschrieben wird.

Bereits der Duktus, den man sich auferlegte, eine Sprache der schönen Metapher oder von prononciierter Schlichtheit, verlangte von allem Sachwissen abgesehen nach einem Wissenschaftshabitus der gesteigerten ästhetischen Erfahrung. Diese läßt sich über das Gesagte hinaus am besten dadurch umschreiben, daß man an die lyrischen Texte Stéphane Mallarmés erinnert. Schon seinerzeit forderten sie vom Leser eine emphatische Lektüre des Entzifferns

⁽¹⁷⁸⁾ PÍDAL Y MON, *Discurso de recepción* (N. 94), p. 22 und 69.

⁽¹⁷⁹⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 218-226.

⁽¹⁸⁰⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 20.

⁽¹⁸¹⁾ J. FIORETTI, *Rezensión zu C. SILIÓ Y CORTÉS, La crisis del derecho penal* (N. 29), in: NCJ 1 (1892), p. 296-306 (301).

und Kombinierens, eben Kreativität, weil da Geheimnis und Schönheit aufs engste miteinander verknüpft sind. Auch hier durfte auf das Risiko hin, seines Platzes verlustig zu gehen, der Gegenstand nicht mehr direkt vorgeführt werden, war Kontemplation um der Entstofflichung beziehungsweise extremen Vergeistigung willen angebracht, hatte monoperspektivisch präsentierte Wirklichkeit zugunsten von diffusen Brechungen der Vorstellungen und Unentscheidbarkeiten zurückzutreten⁽¹⁸²⁾. Wer sich auf derart stilisierte Auseinandersetzungen um eine neue Rechtswissenschaft einzulassen gedachte, mußte insofern bestens gewappnet sein, wäre er doch sonst gleich zu Beginn negativ aufgefallen. Dazu rechnete, um bei Silió⁽¹⁸³⁾ anzufangen und gleichzeitig das stillschweigende Einverständnis, ja die Freundschaft mit Lázaro Galdiano zu erklären, als brillanter, der Literatur und den alten Sprachen zugeneigter Student und später als gewandter Junganwalt von sich reden gemacht zu haben; vor allem aber über ein Elternhaus zu verfügen, in dem aufgrund der Wohlhabenheit nicht nur Luxus herrschte, sondern auf die Auswahl des Mobiliars viel Zeit verwendet wurde; wo ein Piano, Tennis und der gepflegte Garten, das feste Theater- und Konzertabonnement sowie die Sommer im mondänen Badeort Santander oder die Auslandsaufenthalte im kultivierten Frankreich von Kindheit an einfach dazu gehörten und damit für eine kulturelle Grunddisposition sorgten, die eines Tages unter wissenschaftspezifischen Vorzeichen das Richtige tun lassen – all das, was nunmehr den erlesensten Ansprüchen an einen mehr als nur äußerlich gebildeten Juristen entgegenkam.

So gerüstet, mußte man Erfolge verbuchen und entsprechende Resultate vorweisen, wenn sich das Startkapital zudem in der Kommunikation mit vergleichbaren Größen bewährte, es gleichsam im trial-and-error-Verfahren dazu kam, daß sich der praktische Sinn für das Vollkommene weiterentwickelte. Der Kontakt zu den ersten Juristen Spaniens-wir verweisen nur auf Alonso Martínez, dem die damalige Privatrechtskodifikation wie der grundlegende

⁽¹⁸²⁾ Cf. J. HAUCK, *Nachwort*, in: S. MALLARMÉ, *Sämtliche Dichtungen*, München — Wien: Hanser, 1992, p. 312-330.

⁽¹⁸³⁾ Zum Folgenden vgl. CANO GARCÍA, *El poder político en Valladolid* (N. 120), p. 55-65 und 69-70.

Wandel des Strafprozesses zu verdanken ist und den spanische Juristen bereits damals ohne viel Nachdenken zu den Wortführern der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* rechneten-bedeutete auch, eine Welt zu kontaktieren, in der man sich diesbezüglich unter seinesgleichen wußte. Alonso Martínez wird bis heute nachgesagt, daß er schon im Alter von 11 Jahren ausgesprochen literarischen Neigungen frönte, sich auch danach in einem außergewöhnlichen Maß für die Schriftsteller und Poeten zwischen Antike und Moderne interessierte und nicht zuletzt deshalb das Madrider *Ateneo* frequentierte und ein Freund der Musik wie der schönen Frauen war, eben von Anfang an vorwiegend für “un hombre de talento, correctísimo y bien educado” gehalten wurde (184).

In diesen Verbindungen war es wichtig, würde sich solches doch bis in die konkrete Tagesarbeit niederschlagen, daß sich Lázaro wiederum mit Miguel de Unamuno brieflich über Kunst und Kultur austauschte (185), derselbe Unamuno aber unter dem bezeichnenden Titel *La realidad objetiva* vor der deutschen Pedanterie warnte, vor aller “estilometría tudesca y genuinamente científica” (186). Bei diesem deutschen Perfektionismus, den Darío Ende des 19. Jahrhunderts für die dortigen Eliten karikierte (187), handelt es sich prima facie nur um ein weiteres stilistisches Detail, tatsächlich jedoch um eine Wendemarke auch inhaltlicher Art. Hiervon wurden Vorentscheidungen bestimmt, die am Ende wissenschaftlich für eine weniger geschlossene Rationalität Partei ergreifen ließen und dafür soziale Prämien einbrachten. Denn auf der anderen Seite wurde so zum Maßstab, was derselbe Rubén Darío von Ramón de Campoamor sagte, daß dieser nämlich das ihn auszeichnende aristokratische Auftreten seiner “elegante y amable filosofía” schulde (188). Wie bei Valera, vor allem aber wie im Fall von Menéndez Pelayo, haben wir es mit Modellintellektuellen zu

(184) C. ROGEL-C. VATTIER (eds.), *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 2-5, 16, 19, 38-41, 76-80.

(185) VILLAPADIERNA, *La España moderna* (N. 83), p. 22-23.

(186) M. DE UNAMUNO, *Alrededor del estilo* (ed. L. ROBLES), Salamanca: Universidad, 1998, p. 90-91.

(187) DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 33.

(188) DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 98.

tun, die mehr als das sind: Vermittelt über Schaltstellen wie Lázarus Verlag *La España moderna* oder die öfters erwähnte Akademie für moralisch-politische Wissenschaften verkörperten sie auch für die juristischen Führungseliten oder die, die gern dazu gehören wollten beziehungsweise aufgrund ihres Amtes eigentlich dazu gehören mußten, das Ideal einer über Ästhetik zustande gekommenen Einheit von Wissenschaft und Leben. Sie waren der Stolz der “*raza latina*”, verstanden als Übermittlerin der klassischen Kultur dank eines über die Jahrhunderte hin unbeirrbaren Katholizismus⁽¹⁸⁹⁾.

Ganz wie in diesen Kreisen neureicher Protz verpönt war, schrille Farbigkeit, jedes indiskrete persönliche Auffallen, so hatte man auch kognitiv auf strengste Harmonie zu sehen. Ausgewogenheit ist das Pendant zu jener rationalen Offenheit, die weit über einen internationalen oder gar kosmopolitischen Ansatz hinausgeht, um nur dieses Beispiel zu nennen. Beides zusammen genommen erlaubte, daß Vida seinen Mitkonkurrenten Silió gegen die italienischen Angriffe damit verteidigte, dieser sei lediglich einem verzeihbaren Fehlschluß aufgesessen, einem “*error de juicio*”, wenn er trotz allem die *escuela positiva* mit seinen “*convicciones espiritualistas*” verbinde (*armonizar*); übrigens habe sich Silió auch nur verbal zum *espiritualismo* bekannt⁽¹⁹⁰⁾. Nun könnte man meinen, dabei handle es sich um einen simplen Gefallen, wie er tagtäglich vorkommt. Schließlich veröffentlichte Vida in *La nueva ciencia jurídica*, die auf Anregung von Silió durch dessen Freund Lázaro herausgegeben wurde, mit dem sich aus den genannten Gründen verständlicherweise keiner anlegen wollte. Die Notwendigkeit zur logischen Harmonisierung scheint dagegen stärker durch, wenn man hinzurechnet, wie der angeblich bereits von seinem Arztberuf her exaktem Denken nahe stehende Salillas in seiner kriminalanthropologischen Serienuntersuchung immer wieder vor der abschließenden Typologisierung zurückschreckte und sich am Schluß für nichtssagende Leerformeln entschied, nur um der Komplexität der Fälle gerecht zu werden⁽¹⁹¹⁾. Azoríns⁽¹⁹²⁾ Ironisierung aller

(189) SANTOVEÑA SETIÉN, *Marcelino Menéndez Pelayo* (N. 71), p. 55-59.

(190) VIDA, *Los criminalistas españoles* (N. 69), p. 8-9.

(191) SALILLAS, *Museo criminológico español. Regicidas españoles* (N. 132), p. 277.

(192) AZORÍN, *La sociología criminal* (N. 88), p. 449-450.

übertriebenen Wissenschaftlichkeit, dieses “pesado aparato de grave y prolija dialéctica”, seine Abscheu vor jeglicher Methode, mag man auf seine Jugend und den Journalisten zurückführen. Anders sieht es aus, wenn man obendrein ein ähnliches Plädoyer von Seiten der krausistischen Wissenschaft veranschlagt, die dem gängigen Urteil nach bis heute für die moderne spanische Rechtswissenschaft steht. Dann wird zwar für die Wissenschaft (*ciencia*) der Ja-Nein-Logik, einer “verdad llevada a su último grado”, das Wort geredet. Auf der anderen Seite — und darin liegt die verführerische Aufforderung, hiermit schon wissenschaftstheoretisch zu brechen — betonte Hermenegildo Giner de los Ríos sogleich für die Kunst und ihre Wahrscheinlichkeiten, daß sie alles Denken übersteige: “... la verdad poética o verisimilitud sobra al pensamiento (193).”

Der Mittelweg, der immer wieder eingeschlagen wurde, ist weniger ein Bruch mit der einen oder anderen Richtung, dem oder jenen Konzept, als ein Entgegenkommen gegenüber verschiedenen Standpunkten. Auch wäre nicht gedient, sofort auf den Eklektizismus, namentlich auf Victor Cousin zu verweisen. Mit der Rezeption aus der französischen Philosophie darf es nicht sein Bewenden haben. Von der zweiten Jahrhunderthälfte, so wie sie sich jenseits der Pyrenäen darbot und geradezu Begeisterung ob dieses “divagar ameno y gustoso” hervorrief, damit zahlreiche Übersetzungen im Verlagshaus Lázaro Galdiano auslöste und etwa Dorados Zwischenlösung zugunsten einer “defensa inteligente” zum Vorbild machte (194), käme Gabriel de Tarde in Betracht, der die empirische Arbeit und folglich deterministische Elemente in seiner Rechtsphilosophie im Appell an die persönliche Verantwortung aufgehen ließ. Was die Vorjahre betrifft, denken wir an die Philosophie Alfred Fouilléés. Er fand wie gesagt seinen spanischen Markt, weil er die Gegensätze von Idealismus und Naturalismus in der Synthese aufzuheben suchte und sich mit einer Soziologie der “moyens

(193) H. GINER DE LOS RÍOS, *Manual de estética y teoría del arte y historia abreviada de las artes*, Madrid: Sáenz de Rubera, 1894, p. 10.

(194) AZORÍN, *La sociología criminal* (N. 88), p. 501 und 526-528; symptomatisch für andere Übertragungen in einem Ambiente der Modernisierung: G. TARDE, *Las transformaciones del derecho por ... traducción, prólogo y ciento veinte notas por A. POSADA*, Madrid: La España moderna, 1893.

termes” begnügte, ohne an der Wahrheit Abstriche zu machen. Für ihn waren “l’art et la science” grundsätzlich “conciliables”, vollendeten sich diese erst in der “harmonie finale” (195).

Über diese und andere programmatische Vorgaben hinaus ist die Werklogik der neuen (Straf-)Rechtswissenschaft gekennzeichnet durch eine Vielzahl kleinster, teils wenig spektakulärer Interventionen, die Zugeständnisse beinhalten und darüber den Formerfordernissen entsprachen. Scheinbar abwegig, bezeugt das Sammelurium von circa 50 Namen zwischen Aristoteles und jedwedem Denker vom Ende des 19. Jahrhunderts ein Gefühl dafür, wie man am besten die Grenzen verwischt, gerade weil es Vida um die “escuela positiva del derecho penal” geht (196). Multivariable Statistiken, ohne freilich das mathematische Rüstzeug für die Analyse zu besitzen, waren bei Silió Pflicht, um weder der einen noch der anderen monokausalen Lösung den Vorzug zu geben; möglichst wird keinem widersprochen, im Notfall die Mathematik vorübergehend verlassen (197). Solche Widersprüche waren nur für den ein Ärgernis, der nicht wie er den *positivismo* und die *fe espiritualista*, die physische und die moralische Welt nebst der dahinter stehenden Meinungsträger unter Applaus aller zusammenzuführen trachtete (198). Im wesentlichen ging es darum, den Positivismus metaphysisch zu komplettieren und Metaphysik mit Realität aufzuladen, mit einem Wort: sozialwissenschaftlich innovativ zu sein, um allen Dogmatismus zu überwinden (199). Die deterministische Negation der Entscheidungsfreiheit (*libre albedrío*) mußte vor diesem Tribunal einer weiten Kausalitätstheorie scheitern, insofern dort die *libertad* — wenigstens für den “espíritu humano normalmente constituido” — zur weiteren *causa* gemacht wurde, damit aber an die jüngsten Einsichten in kontingente Prozesse neurobiologischer Art und kreativen Verhaltens angeknüpft werden konnte (200).

(195) FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine* (N. 150), p. XII-XIII.

(196) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 58-60.

(197) SILIÓ Y CORTÉS, *La criminalidad española* (N. 39), p. 227 und 230.

(198) FIORETTI, *Rezensión zu SILIÓ Y CORTÉS, La crisis del derecho penal* (N. 181), p. 305.

(199) VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 110-112.

(200) SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 281-282.

Ästhetische Verpflichtungen erlaubten herkömmliche Einsichten zu revitalisieren und neue Erkenntnisse zu integrieren, solange eine Balance zu finden war, die dem momentanen Wissen nichts Unzumutbares abverlangte und die relativ konziliante Einbindung solch aussichtsreicher Propositionen in das übrige Umfeld begünstigte, vereinfachend gesagt Traditionalisten und Reformen hinter sich brachte. So wurde über alle Freundschaftsbande hinweg, andererseits diese erst wirklich fundierend, die Beziehung etwa zu jenem Menéndez Pelayo stabilisiert, den wir heute nach allen politisch einseitigen Zuschreibungen durch seine demokratischen Gegner des Nachfranquismus als Verfechter einer Wissenschaft wiederentdecken, die sich als “realidad globalizadora” zu etablieren hat, d.h. weder bei der Quantifizierung noch bei der wilden Behauptung (201). Literarische und gesellschaftliche Größen, wie Pardo Bazán, wurden zum Bundesgenossen, soweit sie theoretisch und praktisch dem “crítico armónico” das Wort redeten, einer letztinstanzlichen Literaturkritik, die in der Gegenwart zu unterscheiden und allem Dafürhalten nach die Zukunft vorauszusagen vermag (202). Wer formal dachte und darum wußte, das Materielle hiervon nicht zu separieren, sich im Gegenteil Tag für Tag darin bestätigt fühlen durfte, war solange tolerant, als man sich in diesem Megaschema bewegte. Er verlor aber mehr als nur das Interesse hieran, falls die große, flexible Wahrheit in der Kritik ihrer ästhetischen Begründunglogik beraubt, der Sache schlicht gesagt ihre Poesie genommen worden wäre.

Die metabegriffliche Kohärenz des scheinbaren Begriffswirrwarrs machte aus diesem elitäre Kultur und diese zur sozial adäquaten Regel für normales, unter allen Umständen zu schützendes Verhalten. Nach Alvarez Taladriz verspricht der junge Silió, zu einer der künftigen Leuchten der spanischen Wissenschaft zu werden, weil er sich brillant und zugleich kenntnisreich (*autor profundo*) sowohl dem mittlerweile überholten Herkommen verweigerte (*rancias teorías del clasicismo*) als auch den trügerischen Hyperspekulationen des seinerzeitigen Denkens (*delirios de los más*

(201) SANTOVEÑA SETIÉN, *Marcelino Menéndez Pelayo* (N. 71), p. 69.

(202) PARDO BAZÁN, *Últimas modas literarias* (N. 145), p. 160.

exagerados sistemas)⁽²⁰³⁾. Die Abneigung gegen alles Pedante, auch in der deutschen Frühaufklärung für kurze Zeit durch ein galantes Disputationswesen in wissenschaftliche Praxis umgesetzt⁽²⁰⁴⁾, gerann hier in der Form der künstlichen und künstlerischen Harmonisierung von scheinbar Unversöhnlichem zu bislang fremden Bedeutungen und erhob nicht nur kognitiv über jeden Stubengelehrten und Universitätslehrer hinaus. Diese Kultur des Status quo bedurfte anscheinend der “*equidistancia*“, um sich sozial durchzusetzen, im gleichen Maß wie sie von Beginn an aus der Vielzahl gegenläufiger, da materialistischer Begrifflichkeiten mit sicherer Hand die herausuchte, die sich in den anschließenden Kommunikationsprozessen bewähren werden, weil sie beispielsweise der beseelten Materie mehr Plausibilität zusprechen als ihren Teilen⁽²⁰⁵⁾. So gesehen machte die Kunst Absolutheitsansprüche zunichte. Auf der anderen Seite eröffnete sie auch dem juristischen Denken, d.h. damals fast noch uneingeschränkt der *filosofía* und ihren Koryphäen, ohne Einbußen die Flucht in das Medium der Unbestimmtheiten, ist somit postmodern⁽²⁰⁶⁾, bevor die Moderne richtig angehoben hatte — was aber weder Vorsprung noch Retard anzeigt, sondern auf andere Ausgangsbedingungen zurückgeht.

4. *Ethik, Konsekration, soziale Hierarchie*

Recht hatte von diesen Bedingungen aus etwas die Grenzen der Erfahrung prinzipiell Überschreitendes, nur mittelbar Erfahrbares an sich, seine wissenschaftlichen Vermittler einmal mehr etwas von einem hohen Priester. Jeder positivistischen Kritik am Gebrauch des Wortes Recht, seine Substituierung durch den Begriff der — *horribile dictu* — “*leyes jurídicas*“, konnte nun endlich gebührend, also wissenschaftlich erwidert werden, es handle sich in Wahrheit um ein hochabstraktes Konzept, das eher die “*fantasmas metafísicos*“

⁽²⁰³⁾ ALVAREZ TALADRIZ, *Prólogo*, in: SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. VII und IX.

⁽²⁰⁴⁾ M. BEETZ, *Rhetorische Logik. Prämissen der deutschen Lyrik im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert*, Tübingen: Niemeyer, 1980, p. 90.

⁽²⁰⁵⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 26 und 33.

⁽²⁰⁶⁾ GAMM, *Flucht aus der Kategorie* (N. 6).

cos” evoziere. Allein wer sich hierauf einlasse, und damit sollten die Feldgrenzen beziehungsweise der Kreis der Eingeweihten umrissen sein, würde sich der wahren Bedeutung von Recht, deren “*verdadera significación*” nähern, dessen Konkretisierung (*realidad*) wie deren wissenschaftlicher Konstitution (*proceso científico*) (207). Diese Aura kam sonst nur noch einer Poesie zu, die aber auch jeglicher epischen Elemente, aller Sachbezüge, entkleidet worden war. Zum Beleg sei nicht erst auf eine entsprechende Konzeptologie, sondern gleich auf deren soziale Begründung in des Wortes doppelte Bedeutung durchgegriffen: In ihrem Salon des Jahres 1899, einer Ansammlung von geistigen Größen der Madrider Gesellschaft, auffällig viel Adel, wußte Emilia Pardo Bazán nämlich Valera im Hinblick auf seine Kontroverse mit Campoamor zu antworten, daß wahre Poesie nur die lyrische sei, soweit sie dem Überzeitlichen Ausdruck verleihe — “del alma eterna de los hombres” (208). Bereits zu Zeiten, als in Spanien von heute her gesehen das kapitalistische System faktisch noch in den Anfängen steckte, die Eliten sich aber aufgrund ihres Lebenszuschnitts fast schon angekommen wähnten, war anscheinend bei den führenden Juristen und ihresgleichen in Ansehung auch der ausländischen Entwicklungen ein Sensorium entwickelt, das ähnlich der Postmoderne (209) dem immer höheren Grad der Vernetzung, von ständig zunehmender Unbestimmtheit und Komplexität und hiermit von zusätzlichen Möglichkeitshorizonten, durch eine unablässige Verfeinerung des (Regierungs-)Handelns zu antworten wußte. Was für die postmoderne Analyse der ästhetischen Welt- und Selbsterweiterung die ethische Normierung des sich ständig beschleunigenden Wandlungsprozesses ist, wäre in Analogie dazu eine ästhetisch überhöhte strafrechtliche Absicherung von staatlich zentrierter Vergesellschaftung, die in den gleichzeitig aktualisierten Wissenschaften moralisch-politischer Natur und ihren institutionellen Vorkehrungen eine Heimstatt und die letzte Absegnung findet.

Um die Zunahme an Kontingenz bestandssichernd aufzuhalten,

(207) ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. 33.

(208) DARÍO, *España contemporánea* (N. 61), p. 103.

(209) G. GAMM-G. KIMMERLE, *Vorwort*, in: GAMM-KIMMERLE (eds.), *Ethik und Ästhetik* (N. 91), p. 7-10.

andererseits den Innovationsprozeß nicht zu behindern, empfahl sich allem Anschein nach zuallererst, wenigstens im Vorübergehen bei einer ästhetischen, neuerungsbedachten Fundamentalkritik des Strafens innezuhalten, genau dort, wo wir im bisherigen Verlauf der Untersuchung den Schwerpunkt erblickten. Doch scheint dasselbe kognitive Muster auch konstruktiv nachzuwirken. Silió habe sich bei seinen anthropologischen Studien keineswegs nach der Art der klassischen Metaphysik mit "puras abstracciones" begnügt, so Alvarez Taladriz in seiner Präsentation. Dieser "eclecticismo razonador y armónico" zeichne sich vor allem dadurch aus, daß im ehrlichen Wettkampf um die gerechteste Lösung (*noble lid*) nach handlungsbezogenen Anknüpfungspunkten gesucht, freilich nicht in der Studierstube verharret worden sei; die "experiencias antropológicas" würden sogar bis zu den Schranken des Gerichts und den Gefängniszellen reichen⁽²¹⁰⁾. Mehr noch: Es scheint, als ob sich die ästhetische Produktion der in den Neuerungsprozeß Involvierten erst in der moralischen Leistung erfüllte; die Aufstellung von Gerechtigkeitsprinzipien, wie sensitiv die Wahrnehmung auch immer gewesen wäre, für unzureichend gehalten wurde; derart weit ausladende Vorstöße in die Lebenspraxis ganz von allein dazu gehörten. Wie ergänzungsbedürftig rein propositionales Wissen vorgekommen sein muß, wie leer es ohne seine situative Konkretisierung geblieben wäre, wird verständlicher, falls man die heutigen Versuche mitberücksichtigt, eine philosophische Ethik mit Hilfe der Ästhetik zu rehabilitieren. Insoweit fällt Klaus Günther⁽²¹¹⁾ das Verdienst zu, namentlich die Arbeiten von Martha Nussbaum in diesen Zusammenhang gerückt und dadurch verallgemeinerungsfähig gemacht zu haben. Ihr geht es für den Individualbereich erklärtermaßen darum, moralische Einstellungen mit der Erfahrung und ebensolchen ästhetischen Sinnproduktionen zu identifizieren, wobei sie an der ästhetischen, literarisch geprägten Darstellung

⁽²¹⁰⁾ ALVAREZ TALADRIZ, *Prólogo*, in: SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. IX-XI.

⁽²¹¹⁾ K. GÜNTHER, *Das gute und das schöne Leben. Ist moralisches Handeln ästhetisch und läßt sich aus moralischer Erfahrung moralisch lernen?*, in: GAMM-KIMMERLE (eds.), *Ethik und Ästhetik* (N. 91), p. 20-27: insbesondere zu MARTHA C. NUSSBAUM, *Finely Aware and Richly Responsible: Moral Attention and the Moral Task of Literature*, in: *The Journal of Philosophy* 1985, p. 515-529.

verdeutlicht, wie kurz demgegenüber kognitive Leistungen greifen und nur interaktives und zugleich gestaltendes Wahrnehmen ein angemessenes Verhalten garantiert — oder nötigenfalls Sanktionen legitimiert, wie zu ergänzen wäre.

Angesichts dessen, daß die individuelle Charakterbildung mit dem schrittweisen Erwerb einer Disposition zur klugen Einschätzung von Situationen und zur sensiblen Wahrnehmung von deren ethisch relevanten Kriterien einhergeht, ethische Regeln wohl allein dank ästhetischer Erfahrung für den Einzelfall von Interesse sind, muß es den Hauptstrategen eines readaptierten Strafrechts nur folgerichtig erschienen sein, um der normativen Kraft ihrer Wissensangebote willen gleich bei diesen anzufangen. Wissenschaft durch Kunst sollte einen moralischen Auftrag zugewiesen bekommen und insofern eine der Juristentchnik übergeordnete Aufgabe, entsprechend dem außergewöhnlichen Stellenwert der angepeilten Ordnungsvision. Offenkundig war man darauf aus, die in der internen, stilistisch ausgefeilten Diskussion trotz aller Konkurrenz gemeinsam erarbeitete Vorstellung noch kontextintensiver und ebenso raffiniert auszulegen. Eine solche Perspektive war fortwährend zu spezifizieren und nicht nur zu testen, die Rationalität derartigen normativen Wissens also in der Tat offen und damit flexibel zu halten, mithin die Begründungsfähigkeit der gedachten Ordnung auch insoweit auf Dauer zu stellen. Um dieser Obliegenheit zu genügen, anderes hätte die eigene Position im Kräftefeld der sich umorientierenden Wissenschaft vom Recht einmal mehr gefährdet, sah sich eigentlich jeder nur irgendwie Befähigte gehalten, jene kaum greifbaren Grundannahmen in Situationen von hoher Aussagekraft und gemäß den herrschenden ästhetischen Prämissen zu praktizieren. Anscheinend tat es aber bereits eine Galionsfigur, die diese Bürde deshalb gern auf sich nahm, weil die Vertretung besondere Gewinne einbrachte, einen Ehrenplatz, der dem heutigen Beobachter sonst völlig unerklärlich bliebe.

Dieser Platz wurde und wird in Spanien unbestritten Concepción Arenal zugebilligt. Ohne Jura studiert zu haben, hierüber gehen die Meinungen auseinander, obschon sich ihre Biographen um den kleinsten Nachweis mühten ⁽²¹²⁾, rechnet man sie zu

(212) DÍAZ CASTAÑÓN, *Introducción* (N. 84), p. XVII-XVIII.

Spaniens kenntnisreichsten Juristen und machte sie sogar schon vor ihrem Tod zur Repräsentatin der "sociología criminal". Sie war über ihren Vater und ihren Mann, beides Advokaten, mit der Welt der Juristen in nähere Berührung gekommen und verdankte ihren späteren Ruhm dem Umstand, daß sie neben dichterischen Versuchen mit einer 1861 von der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* preisgekrönten Schrift zum philanthropischen Handeln, die sie unter dem Namen ihres Sohnes einreichte, auch und gerade als Frau selbst in den hauptstädtischen Intellektuellenzirkeln auffiel. Das nicht zuletzt deshalb, weil ihre Kontakte zu den Krausisten zunächst die Ablehnung eines Menéndez Pelayo hervorriefen ⁽²¹³⁾. Der Kult um diese Vorkämpferin eines humaneren Gefängniswesens wird in Zukunft solche Ausmaße annehmen, daß noch die heutige spanische Geschichtsschreibung allergrößte Mühe hat, sich hiervon zu lösen. Rafael Salillas hatte dieses Problem erkannt, aber 1893 in seiner Trauerrede vor dem Madrider *Ateneo* mit dem Bemerkten umgeleitet, daß exakteres Wissen über ihre Person bei einer solchen Persönlichkeit zurücktrete. Auch Gumersindo de Azcárate vergaß bei dieser Gelegenheit für einen Augenblick alle ansonsten gebotene Zurückhaltung, als er sie gleich zum größten Gelehrten Spaniens machte und zu einer der bedeutendsten Strafrechtler Europas. Die großbürgerliche Zeitung *La Epoca*, deren Herausgeber, der Marqués de Valdeiglesias, bekanntlich auf Bitten von Lázaro für eine positive Besprechung von Siliós Erstlingswerk gesorgt hatte, attestierte Concepción Arenal bei ihrem Ableben neben der generellen Akzeptanz ihrer juristischen Werke eine Erudition ohne alle "pedantería" ⁽²¹⁴⁾. Noch zu ihren Lebzeiten bestand im engeren Kreis der neuen Strafrechtswissenschaft Einhelligkeit darüber, daß es sich um eine "estatua viva" handle, um das Symbol wissenschaftlichen Fortschritts im Augenblick einer von wahren Christentum geprägten "civilización moderna" ⁽²¹⁵⁾.

Solcher Erfolg beruht letztendlich darauf, daß es Arenal gelang,

⁽²¹³⁾ M.C. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Introducción*, in: C. ARENAL, *Fábulas en verso originales* (ed. M.C. García de Enterría), Madrid: Castalia, 1994, p. 11-19.

⁽²¹⁴⁾ M.L. CAMPO ALANGE, *Concepción Arenal. 1820-1893. Estudio biográfico documental*, Madrid: Revista de Occidente, 1973, p. 354-356.

⁽²¹⁵⁾ ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. 20; DORADO, *Doña Concepción Arenal* (N. 102), p. 260 und 266-267.

ihr wissenschaftliches Tun zum moralischen Handeln zu machen und dergestalt in das Gesamtkunstwerk Concepción Arenal zu integrieren, zumal dies auch noch zur rechten Zeit und am rechten Ort geschah, nämlich im Zusammenhang mit der Straferduldung als dem Prüfstein für alle Legitimität der Strafe. Mit ihrer karitativen Hinwendung zu den Opfern eines staatlich beanspruchten Gewaltmonopols vermochte sie jene stichworthaft gesagt literarischen Allianzen und deren Beistand rechtsspezifisch zu aktivieren. Wahrheit triumphiere in ihrer “ciencia penitenciaria”, so Arenal 1873, wenn es Herz und Gewissen verlangten ⁽²¹⁶⁾. Von Pedro Dorado, somit wissenschaftshistorisch gesehen von kompetentester Seite, wurde in der Folge die Vornehmheit ihrer Bemühungen gelobt, auf denen alles Weitere basiere. Dabei ist hauptsächlich an die Gefangenenfürsorge gedacht, die sie sich mit der Comtesse de Mina angelegen sein ließ. Zusammen mit anderen Damen der lokalen Gesellschaft hätten beide versucht, die Straffälligen durch ausgewählte Lektüren auf den richtigen Weg zurückzubringen ⁽²¹⁷⁾. Wieviel Feingefühl sich aus diesem Anlaß engagierte, bezeugt unter anderem, daß die Condesa de Mina für das galicische Coruña ja immer auch einen intellektuellen Pol darstellte, mit ihren Büchern und erlesenen Gravuren, ihrem Salon, der ob der exquisiten Konversation Stadtgespräch war ⁽²¹⁸⁾. Die zahlreichen Schriften zur Einrichtung moderner Gefängnisse, zwischen 1870 und 1884 durch die von ihr geleitete Zeitschrift *La voz de caridad* flankiert, brachten Concepción Arenal, was Dorado in seinen Elogen natürlich nicht vergaß, selbst ausländisches Lob ein. So habe K.A.D. Röder die Originalität und den hohen Gedankenflug herausgetrichen, und E.C. Wines, der von englischer Seite aus Arenals Beitrag zum Stockholmer Fachkongreß von 1878 publizierte, daß es sich um eine “grandísima autoridad moral y social” handle ⁽²¹⁹⁾. Concepción Arenal hatte mit ihrer Wissenschaft geradezu kongenial einem Modell entsprochen, daß *La España moderna* in der Ausgabe vom

⁽²¹⁶⁾ C. Arenal an P. Armengol Cornet, August 1873, zitiert nach CAMPO ALCANCE, *Arenal* (N. 214), p. 232.

⁽²¹⁷⁾ DORADO, *Doña Concepción Arenal* (N. 102), p. 260.

⁽²¹⁸⁾ CAMPO ALCANCE, *Arenal* (N. 214), p. 225-230; DÍAZ CASTAÑÓN, *Introducción* (N. 84), p. XXIV-XXX.

⁽²¹⁹⁾ DORADO, *Doña Concepción Arenal* (N. 102), p. 261-262.

Februar 1898 in Gestalt der Duchesse d'Uzès vorstellte: einem modernen aristokratischen Auftreten, das dank der vielseitigen künstlerischen Interessen und einem Herz für die Gestrauchelten oder sonstwie Zukurzgekommenen nicht seinesgleichen habe ⁽²²⁰⁾.

Daß Concepción Arenal in einer Männerwelt als Frau auf diese Manier eingriff, kommt zur Idealisierung ihrer perzeptiven Optionen hinzu, somit zu deren normierender Wirkung und hierdurch zur strafrechtlichen Sanktionierung ohne Widerspruch. Gerade "los hombres más eminentes" würden sie anerkennen, so Dorado am angegebenen Ort. Woraus nur gefolgert werden konnte, daß man sich möglichst getreu dieser karitativ und zugleich wissenschaftlich ausgerichteten Selbstdarstellung zu verhalten habe. Nicht umsonst sollte weibliche *caridad* speziell nach krausistischen Vorstellungen den romantizistischen Idealen von der sexuellen Freiheit der Frau und aller Doppelmoral entgegengetreten sein ⁽²²¹⁾. Für einen Literaten wie Azorín scheint es kein Problem aufzuwerfen, Beccarias "humanitarismo", den "progreso en la ciencia penal" und diejenigen Aktionen der "señoras" der Madrider mildtätigen Vereinigung in einem Atemzug zu nennen, die mit Hilfe des Lehrstuhlinhabers für Chemie zur Verbesserung der Gefängniszellen durch deren Belüftung mittels eines Essig-Wasser-Gemischs geführt hätten ⁽²²²⁾. Wobei bestätigend hinzu kommt, daß Concepción Arenal nie versäumte, auf diese ästhetisierende und dadurch entpolitisierte Art gegen die vordringende, offensichtlich politisch eingefärbte "doctrina" der Ersten Internationale anzukämpfen. Sie arbeitete ab 1872 an der von Bravo Murillo gegründeten Zeitschrift *La defensa de la sociedad* mit, die Teil der staatlichen Verwaltungsreformen ist. Unter anderem durch ihre *Cartas a un obrero* ging Arenal an dieser Stelle in Form einer "larga poesía" auf die soziale Frage ein, geißelte aus christlicher Sicht die Verarmung der Massen und sprach sich "bella y convincentemente" dafür aus, das moralische und intellektuelle Niveau des spanischen Arbeiters zu heben und diejenigen zur Umkehr zu bewegen, die absolut kurzsichtig die Realität aus

⁽²²⁰⁾ J. MISMÉ, *La duquesa de Uzès*, in: EM 10,2 (1898), p. 160-167.

⁽²²¹⁾ ARANGUREN, *Moral y sociedad* (N. 149), p. 88-89 und 114-116.

⁽²²²⁾ AZORÍN, *La sociología criminal* (N. 88), p. 480.

Eigenutz nicht wahrhaben wollten⁽²²³⁾. Auf derselben Linie sollte dann Silió “caridad y compasión” zum Gegenpol für Gewaltätigkeit und Kriminalität machen. Tugend und besonders Nächstenliebe wurden ihm bei seinen Nachforschungen zum Indikator dafür, daß es sich im gegebenen Fall nicht um eine “alma anómala y distinta por completo de las almas buenas” handle, also von Strafe abzu- sehen sei, während in anders gelagerten Fällen unbedingt strafend eingegriffen werden müsse⁽²²⁴⁾.

Ein überdurchschnittliches Gerechtigkeitsgefühl, das Sanz y Escartín⁽²²⁵⁾ seinem Mitakademiker Aramburu bei seiner Aufnahme in den erlauchten Kreis der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* feierlich zugute schrieb und diesem bei seinen strafrechtlichen Studien noch immer den angemessenen Weg gewiesen habe, fand in der euphemisierenden Sozialprophylaxe einer Concepción Arenal ihr Komplement. In ihrer Schrift *La beneficencia, la filantropía y la caridad* von 1861 kamen, was bislang nur dem literarischen Spanien auffiel⁽²²⁶⁾, gedankliche Schärfe und “estilo literario” zueinander, weil Letztkriterium auch hier eine nie endgültig erreichbare “belleza” aller Erscheinungsformen war. Ihr Apostolat, so Dorado wortwörtlich⁽²²⁷⁾, kultiviere die Armen- pflege, da sich Concepción Arenal hauptsächlich der Moral der *clases pobres* annehme. Folgt man Sanz y Escartín⁽²²⁸⁾, war insoweit einmal mehr England Vorbild, hiermit aber eine der, was die “cultura y moral social” angeht, fortschrittlichsten Nationen mit einer entsprechenden Hochschätzung des “alto valor ético” von derart vorbeugenden Maßnahmen. Daß dort die Juristen und ihre Justiz- und Verwaltungsapparaturen in höchstem Ansehen ständen, ihre Wissenskompetenz keinem Zweifel unterliege, konnte Spaniens ersten Juristen nur weiterer Ansporn sein. Die Einsichtigsten (*los mejores*) hatten verstanden, daß anders als bei den Verfechtern eines szientistischen Empirismus das subtile Raisonement im Idealfall der “acción buena y redentora” zu weichen habe, jedwelche

(223) DÍAZ CASTAÑÓN, *Introducción* (N. 84), p. XXXII und LXV-LXVI.

(224) SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 131-132.

(225) SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 276.

(226) DÍAZ CASTAÑÓN, *Introducción* (N. 84), p. LXII-LXV.

(227) DORADO, *Doña Concepción Arenal* (N. 102), p. 260.

(228) SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 287.

Moralisierung als *violence douce* im Sinne Bourdieus auf lange Zeit gesehen mehr verspreche: “Para dominar la materia, hay que salir de ella y elevar el espíritu a lo que es inmaterial” oder “... el principio moral, la inspiración divina, el ideal mejor, serán el fundamento de las futuras sociedades” (229). Daher die Kette von prophylaktischen Eingriffen, die die neue spanische Jurisprudenz elegant zu problematisieren wußte, um sie so den Regierenden desto überzeugender an die Hand zu geben. Aufgezählt seien nur die einfühlsame Propagierung eines neuen Arbeitsethos, die Kampfansage gegenüber dem Alkoholismus und aller Laszivität sowie die Forderung nach einer gezielten moralischen Unterweisung in den Schulen wie nach mehr Sorge um die elementarsten Bedingungen des leiblichen Wohls (Asyle etc.) (230).

Azcárate sprach 1891 vor der Königlichen Akademie für moralisch-politische Wissenschaften von der “arte social”, bei der nach Vico insbesondere die *jurisprudencia* auf *philosophia*, *historia* und “quadam arte propria ad facta accomodandi” zu sehen habe; wo weder Utopie noch Routine, sondern ein ausgewogenes Verhältnis von Theorie und Praxis bestimmend sein müsse. Ziel sei es, am “nuevo ideal” das zu unterscheiden, was praktikierbar oder “utilizable” wäre, um dergestalt die gesellschaftliche Reproduzierbarkeit beziehungsweise die Kontinuität “de la vida” zu gewährleisten. Denjenigen, die diese Kunst beherrschten, den sozialwissenschaftlichen Vordenkern, fiele eine Leitungsfunktion zu, damit statt der überkommenen Hierarchien und Klassen künftig ein tadelloses moralisches Verhalten (*carácter, virtud*) und Leistung (*aptitud*), mit einem Wort: das Verdienst (*prestigio*) den Ausschlag gibt (231). Wie bei Nietzsche, dem Kunst ebenso Erkenntnisdispositiv wie die bestmögliche Form der Verwirklichung war (232), und vom literarischen Frankreich der Moderne namentlich bei Baudelaire, dem eine gleichermaßen ästhetische und ethische Haltung zur Schaffens-

(229) E. SANZ Y ESCARTÍN, *Ciencia y religión*, in: NCJ 1 (1892), 65-70 (66).

(230) Typisch hierfür: SANZ Y ESCARTÍN, *Contestación* (N. 13), p. 285-292.

(231) G. DE AZCÁRATE, *Discurso de recepción del ilmo. sr. d. ... leído en la junta pública de 7 de mayo de 1891 (tesis: Concepto de la sociología)*, in: *Discursos de recepción y de contestación* (N. 13), tomo VI, Madrid: Huérfanos, 1894, p. 9-58 (53-58).

(232) BAYERLE, *Wissen oder Kunst?* (N. 124), p. 112 ff (119).

kultur des eigenen Ich wurde⁽²³³⁾, ist in Spanien die Ästhetisierung und die damit einhergehende Reethisierung der rechtswissenschaftlichen Neuerer eine pragmatische Replik auf jede für praxisfern gehaltene, dafür umso starrsinnigere Theoretisierung wie auf die als irreflexiv perhorreszierte spanische Praxis. Die Überwindung unversöhnlicher Denkpositionen, etwa wie hier zwischen *deterministas* und *espiritualistas*, sollte am Ende auf der praktischen Ebene stattfinden, “en el campo práctico”⁽²³⁴⁾. So harmonierten bei Concepción Arenal, jedenfalls aus dem Blickwinkel ihrer Mitstreiter, Wissen (*saber*) und tätige Nächstenliebe (*caridad*), die “argumentos científicos” mit dem “conocimiento práctico”⁽²³⁵⁾; hielt Luis Silvela den italienischen Positivisten als schlagendes Argument deren Impraktikabilität entgegen⁽²³⁶⁾; und theoretisierte krausistische Rechtsphilosophie ab 1886 diesen epistemologischen Umweg, indem sie dem Recht (*Derecho*) und seiner tagtäglichen Verwirklichung auch eine künstlerische Dimension abgewann: Es sei schließlich die “belleza y poesía del Derecho”, die es uns attraktiv mache und so dazu bewege, dem “ideal de la justicia” nachzukommen; vor diesem Hintergrund verschwinde die starre Differenzierung von Moral und Recht, sei vielmehr auf deren unauflöbliche Harmonie abzuheben⁽²³⁷⁾.

Die Esoterik, wenn man so will, dieser ästhetisch konzipierten und ethisch überhöhten Normenwelt veranlaßt desto mehr, soll es nicht bei der künstlich erzeugten Rarität letztlich sozialer Differenzierung bleiben, abschließend nochmals speziell auf die Funktionsweise des sich auch hierüber konstituierenden wissenschaftlichen Segments eines juristisch-bürokratischen Feldes einzugehen. Je distinguiert sich derartige kulturelle Produkte geben, ihre Dechiffrierung ästhetisch verknappt worden ist, umso mehr drängt sich auf, nach den besonderen Instanzen zu fragen, die ihnen ihre

(233) BOURDIEU, *Les règles de l'art* (N. 11), p. 115-117.

(234) FIORETTI, *Rezension zu SILIÓ Y CORTÉS, La crisis del derecho penal* (N. 181), p. 302.

(235) DORADO, *Doña Concepción Arenal* (N. 102), p. 263-264.

(236) SILVELA (Y DE LE VILLEUZE), *El derecho penal* (N. 28), p. 144-145.

(237) F. GINER-A. CALDERÓN, *Resumen de filosofía del derecho*, tomo I, Madrid: Espasa-Calpe, 1926, p. 77 ff. (80-81: Derecho-belleza, 83-91: Derecho-moralidad).

kulturelle Weihe und dadurch Gewicht verliehen ⁽²³⁸⁾. An solchen Konsekrationsinstanzen, darf vermutet werden, nahmen die Feldteilnehmer meist schon im vorhinein Maß, damit ihr Werk vornehmlich in den Augen der Konkurrenten wenigstens für einige Zeit bestehen kann. Um sich selbst zu vergewissern, übertrugen diese gleichsam ihr persönliches Urteil auf mitunter sogar institutionalisierte Mechanismen dieses Zuschnitts, womit die Anerkennung des jeweiligen Oeuvre und daher die Position des Urhebers zum Gutteil von deren Richterspruch abhing. Anders formuliert ist das Vorhandensein einschlägiger Konsekrationsinstanzen einer der besten Indikatoren dafür, inwieweit es bereits zur Ausformung eines gesonderten Universums etwa juristischer Hochkultur im Rahmen der moralisch-politischen Wissenschaften gekommen war. Sollte dem aber im hiesigen Fall so sein, verrät man nach dem Vorausgesagten mit der Feststellung schließlich kein Geheimnis, daß dann wohl die Madrider *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* als oberste dieser Einrichtungen zu betrachten ist. Wie wir wiederholt zu zeigen suchten, ging anscheinend kein Weg an ihr vorbei.

Doch bevor diese Akademie detaillierter angesprochen, d.h. auf die bislang erörterte Wissenschaftspraxis bezogen wird, sind erst weitere Instanzen dieser Art zu erwähnen, dauerhafte Verhaltensregeln also, die den Wettbewerb verschärfen und somit zur Polarisierung der Konkurrenten beitragen. Auf diese Weise werden die Funktionen verdeutlicht, wird die Hierarchie geklärt, die unter den beteiligten Institutionen herrschte. Das beginnt bei einer im damaligen Spanien weit verbreiteten Prolog-Technik, wodurch der Verfasser kraft der Autorität desjenigen, der ihm das Vorwort schrieb, aus der Masse der übrigen Autoren hervorgehoben, seine Arbeit demonstrativ zum ersten Mal abgesehnet wurde. Erinnern möchten wir an Silió y Cortés, dessen hier vielfach kommentierte *Crisis del derecho penal* Alvarez Taladriz mit einer Vorrede schmückte. Daran fallen in der Tat zunächst die vielen ästhetischen Kriterien auf. Solche Protektion in der Form eines abgewogenen,

⁽²³⁸⁾ Zu den *instances de consécration* im Rahmen der Kulturosoziologie cf. P. BOURDIEU, *Le marché des biens symboliques*, in: *L'année sociologique* 1971-1972, p. 49-126 (67-81).

nicht zu positiv, nicht zu negativ, eben routiniert verfaßten *prólogo* schrieb sich in eine Übung ein, die dem Kenner die Qualität der in Betracht kommenden kulturellen Produkte und deren soziale Zuordnung insoweit verriet, als er den *prologuista* geradezu intuitiv einzuordnen wußte. Für diese Tradition stehe hier nur der mehr als tausend Seiten umfassende und Hunderte von Vorworten enthaltende erste Band der Gesamtausgabe von Gregorio Marañón, einer der großen spanischen Mediziner des frühen 20. Jahrhunderts und wie nebenbei auch noch Mitglied bedeutender Akademien. Daß er der hier am meisten interessierenden Akademie nicht direkt angehörte, wird dadurch aufgewogen, daß er gleich mehrfach von ihr zu Sonderaufträgen herangezogen wurde ⁽²³⁹⁾.

Spätestens jetzt dürfte auch einleuchten, warum uns die Zeitschrift *La nueva ciencia jurídica* so wichtig erschien, daß wir abgesehen von ihrem provozierenden Titel ihre Inhalte im allgemeinen zum Ausgangspunkt wählten. Sie ist mehr als nur ein Datenträger oder ein Kommunikationsmedium. Über die gemeinsame Herausgeberschaft in die Nähe von *La España moderna* als dem Organ einer äußerst facettenreichen, immer aber tonangebenden Avantgarde gerückt, fungierte dieses Periodikum als modernes Selektionsdispositiv für die sich ästhetisch über allen vergleichsweise plumpen Empirismus erhebende Jurisprudenz, eingeschlossen selbstverständlich deren Protagonisten. Was sich dabei ereignete, beschrieb Alvarez Taladriz, als er Siliós Aufstieg und den seiner um formalen Ausgleich besorgten Kriminalanthropologie auf dessen Mitarbeit an der *Revista de antropología criminal y ciencias médico-legales* von 1885 datierte, genau genommen auf die damit erworbene Reputation ⁽²⁴⁰⁾. Widmet man den konsekrierenden als selegierenden Effekten dieser wie der zuvor genannten Zeitschrift die Aufmerksamkeit, die sie im Kräftespiel der sich abhebenden neuen Wissenschaft verdienen, dann gelangen wir über den bekannten Foucaultschen Satz hinaus, wonach der Autor niemals

⁽²³⁹⁾ Für Einzelheiten siehe J.-M. SCHOLZ, *Medizinische Diagnostik und gesellschaftliche Beziehungen: Gregorio Marañón (1887-1960)*, in: SCHOLZ-T. HERZOG (eds.), *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*, Frankfurt/M.: Klostermann, 1997, p. 433-478 (468-470).

⁽²⁴⁰⁾ ALVAREZ TALADRIZ, *Prólogo*, in: SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29).

allein existiere, vielmehr einen willkürlich gewählten Ausschnitt aus einem Netzwerk von diskursiven Praktiken darstelle. In der Tat ist er erst aus den institutionellen Zusammenhängen zu begreifen, in denen und für die sein Text produziert wurde; die manifeste Zuspitzung auf eine kleine Zahl von Auserwählten zieht aber quasi zwangsläufig deren demonstrative Erhöhung nach sich.

Es bedeutete sich selbst und Dritte herauszustellen und das Produkt als außergewöhnlich gut hinzustellen, als *La nueva ciencia jurídica* renommierte Ausländer wie Lombroso oder Tarde in ihr Repertoire aufnahm, sei es, daß man sie übersetzte oder soeben erschienene Publikationen besprach. Die Elogien, mit denen Lombroso von Silió in dessen Frühwerk bedacht wurde, erwiesen sich mit der Aufnahme zweier Lombroso-Texte gleich in den ersten Band dieser neuen Zeitschrift als Selbstläufer. Eine unter Fachleuten derart bekannte Persönlichkeit zu den seinen zu zählen, bestätigte die frühere Entscheidung und ließ diese im nachhinein zur tragfähigen Basis für die gegenwärtigen Optionen werden, so daß noch das Prestige der Mitautoren Nutzen zog, der Schritt in die richtige Richtung also kollektiv getan wurde. Derartige Kooptationen begründeten die Autorität, die der Konsekration ihre Tragweite geben wird, selbst wenn es mitunter um ein reines Name-dropping gegangen sein dürfte. Eindruck wurde auch so gemacht, die Auswahl bis in die scheinbar einzig und allein plausible Aussage gerechtfertigt. Da wie erwähnt der Verlag *La España moderna* dahinter stand, gesellte sich das dortige kommerzielle Interesse an Übersetzungen aller grundlegenden Werke der Gegenwart den eigenen wissenschaftlichen Interessen an den letzten Ergebnissen des Auslands hinzu, was dem waghalsigen Projekt einer neuen spanischen Rechtswissenschaft Auftrieb verlieh, standen doch auf einmal Darwin und Spencer neben gänzlich Unbekannten wie etwa der junge Silió y Cortés und die übrigen, allenfalls lokalen Größen.

Ergänzend kamen Bestrebungen hinzu, noch außerhalb der nationalen Bindungen die mehr oder weniger gemeinsamen Anschauungen zusammen zu vertreten und hierdurch umso eindringlicher. Spaniens junge Rechtswissenschaft ordnete sich in diese Stützungsaktionen ein, zog vor allem für ihre innerspanischen Debatten Profit daraus, machte sich durch ihre Partizipation aus-gestärker. Die Beziehungen, die es zwischen G.A. van Hamel, F.

von Liszt, Lombroso und Ferri seit dem römischen Gefängniskongress von 1885 gab und die 1888 in Zusammenarbeit mit A. Prins in die Internationale Kriminalistische Vereinigung einmündeten ⁽²⁴¹⁾, verlaufen parallel dazu, daß Silió von diesen Zusammenkünften eine wissenschaftsfördernde Entpersönlichung der Auseinandersetzungen um den Zweck der Strafe erhoffte ⁽²⁴²⁾ — ganz wie Aramburu neben weiteren innovatorischen Energien eine größere Glaubwürdigkeit der später in den einzelnen Ländern zu propagierenden Lehrsätze ⁽²⁴³⁾. Nach Alvarez Taladriz seien Siliós Bemühungen um die Kriminalanthropologie bereits zwei Jahre vor seiner ersten größeren Schrift durch einen Beitrag zum Lissaboner Internationalen Juristenkongress von 1889 gekrönt worden. Von diesem Zeitpunkt ab gehe sein Ruf darauf zurück, daß er sich wissenschaftliche Lorbeeren, “lauros de mayor valía”, gerade anlässlich eines Treffens erworben habe, das nach dem Urteil Lombrosos erstmalig jene Probleme zur Diskussion stellte, um welche genau genommen nur die “nueva escuela” wisse ⁽²⁴⁴⁾.

Am Ende war es aber die *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, die die letzten Weihen verlieh und dadurch für die spanischsprachige Welt zum Motor für eine tiefgreifende Erneuerung ihrer Jurisprudenz wurde. Die ohnehin nachgeordneten Madrider oder Barceloneser Rechtsakademien treten auch insoweit dahinter zurück. Wir sind uns der Kühnheit dieser neuartigen These durchaus bewußt. Doch zeigten bereits unsere bisherigen Nachforschungen, weiteres wird in einem mittelfristigen Gemeinschaftsprojekt zu klären sein, daß hier seit der Mitte des 19. Jahrhunderts Lösungsvorschläge unterbreitet, initiiert und abgesegnet wurden, welche exakt zu den erwähnten Themen und Wissenschaftspraktiken hinführten, die an der Wende zum 20. Jahrhundert dieses neue normative Wissen repräsentierten. Und das nicht zuletzt dort, wo die strafrechtliche Sicherung von privaten Besitzständen respektive der öffentlichen Ordnung dringendst an-

⁽²⁴¹⁾ E. BELLMANN, *Die Internationale Kriminalistische Vereinigung* (1889-1933), Frankfurt-M.: Lang, 1994, insbesondere p. 22-23.

⁽²⁴²⁾ SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. 14.

⁽²⁴³⁾ ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. 20.

⁽²⁴⁴⁾ ALVAREZ TALADRIZ, *Prólogo*, in: SILIÓ Y CORTÉS, *La crisis del derecho penal* (N. 29), p. VII-VIII.

stand. In diesem elitären Kommunikationszentrum, um dessen Äußeres man bis heute in einem ungewöhnlichen Maß bemüht ist ⁽²⁴⁵⁾, damit seine "dignidad" auch weiterhin allen Zweifel zum Schweigen bringt und demzufolge seine Entscheidungen noch unanfechtbarer dastehen, erwuchs einer Gesellschaft im Wandel der letzte Schiedsrichter darüber, was höchste Reflexion sei und wie diese vorzugehen habe. Die zahlenmäßig begrenzte Kooptation aus den Reihen der Mächtigsten wie der scharfsinnigsten Denker und Literaten, erinnert sei ebenso an Cánovas und Valera wie an Aramburu, Menéndez Pelayo und an Sanz y Escartín, bewirkte eine Prämierung ohnegleichen. Dazu kam eine Nekrologkultur der Wissenskontinuität wie der vorbildlichen Lebensführung kombiniert mit einer gesuchten Neutralität ebendieser Konsekrationen in Gestalt von Preisen für die objektiv beste Einsendung oder gar in der Form der Mitgliedschaft in diesem unvergleichlichen Gremium subtilster Einsichten. Von der Interdisziplinarität der Beteiligten und der Internationalität der Korrespondenten nicht zu sprechen, also von solch zusätzlicher Flankierung einmal getroffener Auswahlentscheidungen. Für all das möge das Eingeständnis von Fernando Vida stehen, das sein Name erst durch die pompöse, andererseits taktvoll betriebene Aufnahme in diese Akademie aus dem Dunkel der (Wissenschafts-)Geschichte gehoben worden sei ⁽²⁴⁶⁾.

Bei aller Diskretion, aller Abkehr von jeglichem (politischen) "fanatismo", war man überzeugt, ließ dies auch explizit wissen, daß von hier aus das wissenschaftliche Leben und die viel beschworene Hochkultur zum Nutzen von Wissen und Moral und damit zum Heil der künftigen Gesellschaft regiert werde ⁽²⁴⁷⁾. Der Wappenspruch dieser Königlichen Akademie, ihre Devise vom "Verum,

⁽²⁴⁵⁾ Zur eleganten Ausstattung dieser Akademie, die bezeichnenderweise zunächst noch in den Räumen des Entwicklungsministeriums tagte und dort wiederum in denjenigen der *Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales* cf. *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Anuario 1998, Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1998, p. 13 ff.

⁽²⁴⁶⁾ VIDA, *La ciencia penal y la escuela positivista italiana* (N. 27), p. 4.

⁽²⁴⁷⁾ J. MORENO NIETO, *Contestación al discurso (de recepción del Excmo. Sr. D. C. Carlos María Perier* [tesis: La armonía en la civilización es el gran problema que este siglo crítico, gigante en lo material, pero incierto en lo filosófico y flaco en lo moral,

justum, pulchrum”, beschrieb im gleichen Maß die generelle Zielrichtung wissenschaftlichen Arbeitens bis in die ästhetischen Anforderungen wie die Wahl derer, die der allerhöchsten Auszeichnung würdig waren ⁽²⁴⁸⁾. Jede Einzelleistung wurde so überwacht, aber auch gefördert, vorerst aber dem allgemeinen Dispositiv der moralisch-philosophischen Wissenschaften zugeschlagen. Sehr wahrscheinlich in der weiten aristotelischen Tradition von praktischer Philosophie kam es zu einer sich gegenseitig stimulierenden, im Grunde nicht vorhersehbaren Wissensproduktion, einem Bollwerk kaum überbietbarer Erkenntnisse, weil diese ihre Adäquanz bereits auf der Stirn trugen. Daneben verblassten unter den gegebenen Bedingungen alle Namen wie alle sonstigen Überlegungen, so daß sich Cánovas ⁽²⁴⁹⁾ scheute, vor diesem “alto cuerpo oficial” seine nationalen Gegner zu benennen, darum fürchtend, sie würden, ohne gebührend zu Wort zu kommen, dem Verdikt der *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* unterfallen. Im Zeitalter des naturwissenschaftlichen Erkenntnisanspruchs und dem gleichzeitigen Orientierungsverzicht seitens der Naturwissenschaften, der seit der Neuzeit einsetzenden Entmoralisierung aller sich hieran ausrichtenden Wissenschaft, da man sich Forschung anders nicht mehr vorstellen konnte ⁽²⁵⁰⁾, fiel diesem Hort moralisch-philosophischer Einsicht wie von allein eine überragende Rolle zu und seinem Spruch logischerweise allerletzte Gültigkeit, insbesondere unter den Experten für Steuerungswissen.

Dieser gesamtgesellschaftlichen Funktion entsprach geradezu zwingend die außerordentliche soziale Position derer, die sich dafür teils unter Bewunderung der Umstehenden, größtenteils aber ohne Wissen der Betroffenen in die Pflicht nahmen. Daß die in ihrer Mehrheit davon Tangierten von solcher Wissenschaft ausgeschlossen waren, ja ein immer noch weit verbreitetes Analphabetentum im Spanien des ausgehenden 19. Jahrhunderts die Frage nach der

lega al siglo siguiente], leído en junta pública de 13 de noviembre de 1881, in: *Discursos de recepción y de contestación* (N. 13), tomo III, Madrid: Tello, 1884, p. 203.

⁽²⁴⁸⁾ PÍDAL Y MON (Marqués de Pidal), *Discurso de recepción* (N. 161), p. 552-553.

⁽²⁴⁹⁾ CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Discurso de recepción ...* (N. 58), p. 282.

⁽²⁵⁰⁾ W. LEPENIES, *Aufstieg und Fall der Intellektuellen in Europa*, FrankfurtM.-New York-Paris: Campus-Maison des Sciences de l’Homme, 1992, p. 29.

Zugänglichkeit von selbst beantwortet, schuf die Kluft, die eine derartige Wissenschaftspraxis ohne alle Rücksicht auf Allgemeinverständlichkeit, jedoch mit dem Anspruch auf ubiquitäre Geltung ihrer Resultate, zur sicheren Rampe für beispiellose Aufstiege machte. Insofern sollte keineswegs vom Fall der Intellektuellen gesprochen werden, eher im Gegenteil, zumal man aufgrund der vielfachen Harmonisierungsanstrengungen den ansonsten aufeinanderprallenden Kontrastphänomen von Rationalismus und Antirationalismus zugunsten der seinerzeit in Frage gestellten sozialen Kontinuität so gut es ging gerecht wurde. Mit diesem Ordnungskonzept wurde in den fraglichen Arenen durchaus Sinn und darüber Hierarchie gestiftet, aller falschen Gleichmacherei begegnet, dem “buen sentido” entsprochen. Die “bases éticas y propiamente jurídicas”, denen von nun ab das Delikt aufrufen würde, kamen dem “sano y prudente criterio científico” entgegen, so daß die “novísima escuela” ihre Aufgabe als erfüllt ansehen und die ihnen nahe Stehenden, kulturell in etwa Ebenbürtigen, sich beruhigt zurücklehnen durften — wie dies nach Aramburus Vortrag im *Casino* von Oviedo 1886 auch der Fall gewesen war ⁽²⁵¹⁾.

Als Teil eines Kampfes um die politische Hegemonie gewannen die ästhetisierenden Betrachtungen über Recht und Moral an Durchschlagskraft; erst das Bündnis mit den Interessen der Macht gestattete, die privaten Neigungen in eine öffentliche Aufgabe zu verwandeln. Wer derart an Staat und Gesellschaft gearbeitet, sich unter Einsatz persönlicher Mittel zum Spezialisten des öffentlichen Raums aufgeschwungen hatte, wurde zu Recht unsterblich, ganz wie dies die *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* in der Form ihrer *medallas* bis zum heutigen Tag augenfällig macht. Kommt einer unter solchen Auspizien zu diesen Ehren, war er aus dem kollektiven Gedächtnis nicht mehr zu löschen; die Nachfolger tragen sein Andenken über alle Zeiten hinweg. So gesehen hielten sich Verantwortung und Profit bei der spanischen Kulturelite die Waage, was ihr eine nie abgeschlossene, ständig zu erneuernde Wissenschaft zur Selbstverständlichkeit, die positivistische Überarbeitung in ästhetischer Absicht zur Aufgabe und Pflicht werden ließ. Wissenschaft, speziell eine neue Jurisprudenz des staatlichen

(251) ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal* (N. 26), p. 367.

Abstrafens, kam quasi von allein dazu, in der Verbindung des Schönen und Nützlichen zum “bello-útil” die Antwort aller Antworten zu erblicken. Mit dieser Perspektive hatte es ihr unter anderem die krausistische Literaturtheorie eigens für die genuin szientifische Kontemplation des Wahren unter dem Versprechen vorgezeichnet, hieraus eine neue Elite der Besten oberhalb allen materiellen Gewinnstrebens und deshalb zum Wohle aller zu formen ⁽²⁵²⁾. Die Fragilität solcher Versprechungen kam solange nicht zum Vorschein, als sich die Protagonisten im Rahmen bewegten, es ihnen immer wieder gelang, derart symbolisch gerüstet auf die Dominanz von Wissenschaft zu pochen. Dort aber vermochten sie kulturell immer noch aufzustocken, um so vergessen zu machen, wie nahe gerade die scheinbar entfernteste Intervention ästhetischer Natur den Weltläufen kommt, das Genie mitten im Leben steht, alle Kunst eine weltliche Kunst ist und Wissenschaft ein durchweg mondänes Gewerbe, speziell dann, wenn es um Recht und Ordnung geht.

⁽²⁵²⁾ F. GINER, *Estudios de literatura y arte*, Madrid: Suárez, 1876, p. XIII und 4-6.

Figure dell'esperienza

FRANCO CIPRIANI

LA CAUZIONE PER LE SPESE TRA CODICE FASCISTA E COSTITUZIONE REPUBBLICANA (*)

1. Premessa. — 2. Dal progetto Carnelutti ai progetti Solmi. — 3. Il codice del 1940 e l'attribuzione della *cautio pro expensis* a Chiovenda. — 4. La proposta di abrogare l'art. 98 e la giurisprudenza sulla cauzione per le spese. — 5. L'istituzione della Corte costituzionale e il saggio dell'avv. Lucarini. — 6. L'ordinanza del Tribunale di Chieti e la sentenza della Corte costituzionale. — 7. Il cordoglio della dottrina per la scomparsa dell'art. 98 e le preoccupazioni di Satta. — 8. Il commento di Gualandi. — 9. La nota di Pizzorusso. — 10. Conclusioni.

1. *Premessa*

La cauzione per le spese, probabilmente del tutto sconosciuta ai giovani di oggi, è ben nota agli studiosi della mia generazione, ai quali fu *in illo tempore* insegnato che quell'istituto era previsto dall'art. 98 c.p.c. e che la Corte costituzionale, per “un equivoco”, lo aveva dichiarato illegittimo ⁽¹⁾.

Quella cauzione, per lunghi anni, non ha avuto per me alcuna importanza, ma, di recente, ne ha assunto una del tutto particolare, atteso che mi è capitato di notare che l'art. 98 fu il primo articolo del nostro c.p.c. a essere dichiarato incostituzionale. Si era nel 1960 e la Corte costituzionale, che era entrata in funzione da cinque anni, lo dichiarò illegittimo in relazione agli artt. 24 e 3 Cost. (si noti: prima il 24 e poi il 3), ossia soprattutto rispetto all'art. 24, una norma che, come oggi finalmente si avverte, avrebbe dovuto indurre la dottrina quanto meno a rileggere attentamente il codice varato otto anni

(*) Questo saggio non ha fatto in tempo ad essere accolto nel volume monografico di *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, su “Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica”, Milano, 2000.

(1) Così SATTA, *Diritto processuale civile*⁷, Padova, 1967, p. 101.

prima dal fascismo, e che invece fu sostanzialmente ignorata: con la conseguenza che le sue potenzialità di incidenza sul codice “devono ancora oggi, sotto molti aspetti, essere esplorate” (2).

La cauzione per le spese mi si è così rivelata illuminante al fine di analizzare l’atteggiamento della dottrina nel passaggio dal fascismo alla repubblica e alla Costituzione del 1948. Infatti, chi, come me, è da tempo convinto che il codice del 1940, essendo ispirato ad una concezione del processo dichiaratamente autoritaria, è del tutto incompatibile con la Costituzione repubblicana (3), non può non chiedersi come mai, tra le tante norme del c.p.c. del 1940-XVIII che già all’indomani dell’istituzione della Corte costituzionale avrebbero potuto e dovuto essere rimesse al suo giudizio e dichiarate illegittime, la prima e — per ancora altri sette anni — unica (4) fu proprio quella che disciplinava la cauzione per le spese.

Può perciò essere utile capire, sia pure dopo quarant’anni, le ragioni per le quali quella norma fu dichiarata incostituzionale. Così si potrà anche constatare che, se fosse dipeso dalla dottrina, l’art. 98 starebbe ancora al suo posto. Esattamente come ci stanno tanti altri articoli del nostro perfettissimo c.p.c.

(2) Così PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 86, secondo il quale non si dovrebbe considerare e/o definire fascista il c.p.c. del 1940, ché altrimenti bisognerebbe definire nello stesso modo anche le riforme del 1973 e del 1990. Capisco l’imbarazzo di Proto Pisani, che è notoriamente il massimo autore della riforma del 1990 e che altrettanto notoriamente non è fascista, ma sta di fatto che nel campo processuale civile, sia 1973 sia nel 1990, si sono varate leggi analoghe a quelle che si fecero nel 1940 (e che, oltre tutto, non lo si dimentichi, si rivelarono un fallimento). Perciò, anziché ricorrere agli argomenti ad effetto per negare l’evidenza, sarebbe bene se ci si regolasse di conseguenza. Con la precisazione che a me interessa relativamente il colore politico del codice (che, tuttavia, *in illo tempore* era apparso a tutti “fascista per eccellenza”: v. d’AMELIO, *Codice fascista*, in *Corriere della sera*, 27 ottobre 1940, p. 1, c. 6 ss., spec. 9); interessa di più l’ideologia che gli è sottesa e che, contrariamente a quanto ritiene Proto Pisani, non mi pare affatto meramente “pubblicistica”: si tratta invece di un’ideologia illiberale e autoritaria.

(3) V. il mio saggio su *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 24, ove altre citazioni. *Adde* i miei *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, e *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli, 1999.

(4) La seconda norma del c.p.c. ad essere dichiarata incostituzionale fu l’art. 305: v. Corte cost. 15 dicembre 1967, n. 139, in *Foro it.*, 1968, I, c. 10, con nota di ANDRIOLI, sul cui pensiero v. *infra* la nota 59.

2. Dal progetto Carnelutti ai progetti Solmi

La cauzione per le spese, del tutto sconosciuta ai codici degli Stati preunitari e al codice di procedura civile dell'Italia unita, era prevista da alcuni ordinamenti nei confronti degli stranieri, ma fu posta definitivamente all'indice dalla Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905 sul processo civile, resa esecutiva in Italia col r.d. 27 giugno 1909, n. 641, che escluse che si potessero imporre cauzioni per le spese agli attori stranieri (art. 17) ⁽⁵⁾.

Ad onta di ciò, qualche anno dopo, nel 1925, si cominciò del tutto inopinatamente e, direi, inavvertitamente ad invertire la rotta. A dare il via alla non commendevole operazione di *revirement* fu Francesco Carnelutti che nell'art. 36 del suo avanzoprogetto scrisse: "Qualora, per non avere la parte attrice beni nel Regno o per altre circostanze, vi sia fondato timore che, nel caso della sua soccombenza, l'altra parte non abbia modo di ottenere il rimborso delle spese o il risarcimento dei danni, ed essa non goda del gratuito patrocinio, il giudice, quando la domanda gli viene presentata o più tardi nel corso del processo, può disporre che debba prestare una cauzione; può anche, durante il termine all'uopo stabilito, sospendere il processo. Il difetto di prestazione della cauzione nel termine prefisso si intende come rinuncia alla domanda. Questa disposizione non si applica alle liti previste dall'art. 13 (azione del p.m.) e negli altri casi eccettuati dalla legge".

Per cogliere appieno il significato della proposta, è forse il caso di tenere presente che per il progetto Carnelutti la domanda si proponeva con ricorso da depositare (art. 201 ss.): ciò significa che la cauzione poteva essere imposta ancor prima che il convenuto avesse saputo della causa e si fosse costituito. È perciò probabile che Carnelutti non avrebbe fatto quella proposta se avesse dovuto porsi il problema di rispettare l'art. 24 della Costituzione del 1948.

Comunque, Carnelutti, sul momento, almeno per iscritto, non dette alcuna motivazione della sua proposta, ma qualche anno dopo spiegò che la disposizione sulla cauzione tendeva a "evitare quell'inconveniente della responsabilità *puramente nominale*, di cui la pra-

⁽⁵⁾ Cfr. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, pp. 76 s. e 372.

tica del processo mostra la frequenza e la gravità” (6). Il problema, come si vedrà, era ben più complesso, ma per adesso converrà limitarsi a prendere atto che col progetto Carnelutti si fece, almeno *in parte qua*, un grande passo indietro: infatti, ciò che la Convenzione dell’Aja aveva escluso nei confronti degli stranieri, in Italia si sarebbe dovuto ammettere nei confronti di tutti.

L’idea di Carnelutti, fatta propria nel 1926 dalla Sottocommissione C (art. 38), piacque a Redenti, il quale, nel suo progetto, propose: “Quando la parte attrice, non ammessa al beneficio del gratuito patrocinio, non abbia beni nel Regno e vi sia fondato timore che le altre parti in caso di vittoria non abbiano modo di conseguire il rimborso delle spese, l’autorità giudiziaria, valutate le circostanze del caso e sentiti tutti gli interessati, può disporre, anche in corso di procedimento, che debba dare cauzione, stabilendo un termine all’uopo. Gli atti del procedimento restano sospesi fino a che la cauzione non sia prestata. La mancata prestazione della cauzione entro il termine può essere considerata come rinuncia agli atti della parte attrice, salvo che questa provi di avere precedentemente promossa la concessione del beneficio del gratuito patrocinio”.

Anche Alfredo Rocco si mostrò favorevole, tanto che nell’art. 33 del suo progetto (7), riecheggiando le idee di Carnelutti e di Redenti, propose: “Quando, per non avere la parte attrice beni nel Regno, o per altre circostanze, vi sia fondato timore che, in caso di soccombenza, resti ineseguita la condanna alle spese pronunciata a suo carico, il giudice può, in ogni momento del giudizio, a istanza dell’altra parte, disporre che la parte attrice debba prestare una cauzione. Può anche, durante il termine all’uopo stabilito, sospendere il giudizio. Non prestandosi la cauzione nel termine prefisso, s’intende che la parte attrice abbia rinunciato alla domanda. La disposizione del presente articolo non si applica alla parte che gode del gratuito patrocinio, ai giudizi indicati nell’art. 13, e negli altri casi eccettuati dalla legge”.

Si arrivò così ai progetti Solmi. L’art. 80 del progetto preliminare era così formulato: “Quando le parti citate in giudizio abbiano fondato timore di non poter conseguire l’eventuale rimborso delle

(6) Così, nell’illustrare il suo progetto, CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 25 s. (corsivo nel testo).

(7) Che leggesi in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 1 ss.

spese, possono chiedere, e il giudice può disporre con ordinanza, che l'attore non ammesso al gratuito patrocinio presti idonea cauzione nella somma e nel termine da stabilirsi colla stessa ordinanza. La omissione della cauzione nel termine prefisso rende improcedibile la domanda”.

Il progetto preliminare fu sottoposto all'attenzione degli addetti ai lavori, che furono chiamati a fare le loro osservazioni e le loro proposte (8). Si ebbe così modo di constatare che la cauzione per le spese sollevava molte perplessità non solo, come era prevedibile, tra gli avvocati (un solo parere favorevole su sei, quello del Sindacato fascista dell'Aquila, che trovò la norma “lodevolissima”), ma anche tra i giudici (tre favorevoli su otto). Senza dire delle critiche dell'Avvocatura dello Stato, che chiese se la cauzione dovesse essere correlata alle spese per il primo grado o a quelle per tutto il processo (!) e, comunque, prospettò l'opportunità che l'istanza di cauzione fosse ammessa solo entro la prima udienza; e delle obiezioni del Ministero degli esteri, che si affrettò a ricordare la Convenzione dell'Aja. In realtà, i consensi, incredibile a dirsi, vennero prevalentemente dalle Università, e cioè dagli studiosi, due soli dei quali (su otto) si dissero nettamente contrari: tutti gli altri, ancorché in vario modo, approvarono!

I contrari furono Francesco Giuseppe Lipari, ordinario a Palermo, e Umberto Cao, incaricato a Cagliari. Tra i sei favorevoli troviamo invece nomi ben più autorevoli: Antonino Coniglio (Catania), che annuì senza tuttavia mostrare particolare entusiasmo; Ugo Rocco (Napoli), che per la verità si limitò a dire che era preferibile l'art. 33 del progetto di suo fratello Alfredo; Alessandro Raselli (Siena) e Mario Ricca-Barberis (Torino), cui va dato atto di essersi spinti sino a sollevare obiezioni sostanziali, nonché, soprattutto, i due *enfants prodige* della procedura civile dell'epoca, e cioè il 24enne Enrico Allorio (Messina) e il 29enne Virgilio Andrioli (Roma, ove era appena deceduto il titolare della cattedra, che era il suo maestro Chioventa), che non riuscirono a nascondere il loro entusiasmo: il primo assicurò che trattavasi di un’“ottima disposizione” che “purtroppo riguarda solo l'attore non ammesso al gratuito patrocinio”; il

(8) V. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile*, I, Roma, 1938, sub art. 80, p. 440 ss.

secondo che trattavasi di un articolo “assai opportuno”; entrambi si dissero sicurissimi che, grazie a quella norma, le cause avventate e quelle vessatorie sarebbero scomparse.

Solmi, lo stesso che poco prima aveva firmato le leggi razziali, non dette alcun peso alle perplessità degli avvocati, dei giudici e degli studiosi, ma, nel confermare la norma nell’art. 91 del progetto definitivo, si preoccupò di replicare al Ministero degli esteri: disse che il nuovo istituto non aveva alcunché a che vedere con la Convenzione dell’Aja e con gli stranieri, vuoi perché, riferendosi anche ai cittadini italiani, aveva “una portata più generale” (appunto! ...), vuoi perché dava “al giudice una facoltà, che risponde ad innegabili esigenze pratiche e che certamente verrà esercitata soltanto nei casi più gravi e con prudente moderazione” (9).

3. *Il codice del 1940 e l’attribuzione della cautio pro expensis a Chiovenda*

Nell’estate del 1939 il guardasigilli Solmi fu sostituito da Mussolini con Dino Grandi, che incaricò un magistrato, Leopoldo Conforti, di rivedere il progetto definitivo (10).

Conforti accolse di buon grado l’invito e, nell’art. 123 del suo articolato, confermò l’idea che era alla base dell’art. 91 del progetto definitivo, ma ne rivide la formulazione: “Il giudice, su istanza del convenuto, può disporre con ordinanza che l’attore non ammesso al gratuito patrocinio depositi idonea garanzia per l’eventuale rimborso delle spese quando vi sia fondato timore che la condanna resti ineseguita. Il giudice nell’ordinanza stabilisce la somma da depositare e il termine dentro il quale deve farsi il deposito. La mancata prestazione della cauzione nel termine prefisso rende improcedibile la domanda” (11).

L’art. 123 di Conforti fu sottoposto al vaglio di Calamandrei,

(9) Così la relazione al progetto definitivo, n. 81 (v. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1939, p. 29 s.).

(10) Per maggiori ragguagli v. il mio libro su *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 26 ss.

(11) L’art. 123 di Conforti leggesi nel mio libro su *Il codice di procedura civile*, cit., p. 153.

Carnelutti e Redenti, che non ebbero alcunché da obiettare ⁽¹²⁾. Forti perplessità furono invece sollevate in seno alla Commissione delle assemblee legislative, ove vi fu chi propose l'abolizione dell'articolo e chi fece notare che la norma avrebbe aggravato la posizione dei lavoratori nelle controversie di lavoro o per infortuni ⁽¹³⁾. Ma furono parole al vento: si replicò che i poveri potevano contare sul gratuito patrocinio e sulla revocabilità dell'ordinanza che imponeva la cauzione; e si fece notare che la litigiosità dei lavoratori non era meno aggressiva di quella degli altri, come era dimostrato dal "numero di liti temerarie a cui sono sottoposti i datori di lavoro da parte dei propri dipendenti" ⁽¹⁴⁾.

Si arrivò così al codice, nel quale la formula di Conforti finì col subire dei piccoli ritocchi. Infatti, l'art. 98 del codice recitava: "Il giudice istruttore, il pretore o il conciliatore, su istanza del convenuto, può disporre con ordinanza che l'attore non ammesso al gratuito patrocinio presti cauzione per il rimborso delle spese, quando vi è fondato timore che l'eventuale condanna possa restare ineseguita. Se la cauzione non è prestata nel termine stabilito, il processo si estingue".

Come si vede, il potere discrezionale e insindacabile d'imporre la cauzione fu confermato, ma fu tolto dalle mani del giudice competente, che era e restava il collegio, e messo, come se niente fosse, in quelle di un giudice del tutto nuovo, il giudice istruttore, il quale, secondo quanto assicurava la suadente relazione al re scritta da Calamandrei e firmata dal guardasigilli Grandi, avrebbe dovuto solo preparare e istruire la causa ⁽¹⁵⁾, ma che invece, come si vede, per molti aspetti aveva più poteri del collegio. Ed è forse per questo che poco dopo, nel varare le disposizioni di attuazione, si pensò bene di seguire il suggerimento dato dall'Avvocatura dello Stato di fronte al progetto preeliminarmente e di porre qualche limite. Infatti, nell'art. 85 si scrisse: "L'istanza del convenuto per l'imposizione di

⁽¹²⁾ V. la mia *op. ult. cit.*, p. 163 ss.

⁽¹³⁾ Per maggiori ragguagli v. NAPPI, *Commentario al codice di procedura civile*, I, 2, Milano, 1941, p. 579 s.

⁽¹⁴⁾ V. ancora NAPPI, *Commentario*, cit., I, 2, p. 582.

⁽¹⁵⁾ V. la *Relazione al re sul c.p.c.*, § 21, il cui vero autore fu, come è ormai noto, Calamandrei: v. il mio *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 749 ss.

una cauzione all'attore, a norma dell'art. 98 del Codice, deve essere proposta nella prima udienza di trattazione della causa. L'istanza può essere proposta successivamente quando è giustificata da fatti sopravvenuti o non conosciuti al tempo della prima udienza".

Orbene, di fronte al codice, la processualistica, con l'eccezione di Mario Ricca-Barberis ⁽¹⁶⁾, non mostrò di avere la minima perplessità sulla validità dell'art. 98, del quale furono subito date interpretazioni estensive: lo si riferì anche ai danni e al processo esecutivo ⁽¹⁷⁾, e si sostenne che la cauzione potesse essere chiesta non solo in primo grado, ma anche appello e in Cassazione ⁽¹⁸⁾. Per di più, vi fu chi assicurò che il codice aveva "ripristinato un antico istituto" che risaliva a Giustiniano ⁽¹⁹⁾ e chi garantì che l'istituto rientrava nelle "tradizioni processuali italiane" e aveva avuto un grande sviluppo nel medioevo con le fideiussioni e i pegni processuali ⁽²⁰⁾. E, naturalmente, non mancò chi, così come aveva fatto a proposito di non poche altre nuove norme, si spinse sino ad assicurare che la cauzione per le spese era in buona sostanza dovuta a Giuseppe Chiovenda.

Infatti, Virgilio Andrioli, affezionatissimo discepolo di Chiovenda, nel commentare l'art. 98, scrisse: "La giustificazione dell'istituto non può essere meglio disegnata che ricorrendo alle parole del CHIOVENDA (*Condanna*, n. 407): 'il sistema moderno della difesa dei diritti tende a sgombrare da ogni ostacolo il libero accesso dei giudizi, e questa tendenza ha molto di buono e di lodevole. Tuttavia, di fronte al problema astratto della giustizia è impossibile non deplorare la scarsità di garanzie che noi somministriamo a colui che in definitiva ha ragione, per riguardo dovuto a colui che crede di averla. Certo è che il trionfo definitivo del diritto riesce tra noi spesso volte irrisorio

⁽¹⁶⁾ Cfr. RICCA-BARBERIS, *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, I, Torino, rist. 1946, p. 163 ss. Successivamente v. tuttavia le perplessità, limitate alla disciplina, non certo sull'*an*, di SATTA, *Diritto processuale civile*³, Padova, 1953, p. 78.

⁽¹⁷⁾ CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, p. 191.

⁽¹⁸⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*³, I, Napoli, 1957, p. 275; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*⁵, I, Milano, 1955, p. 394.

⁽¹⁹⁾ D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Torino, 1941, p. 111.

⁽²⁰⁾ Così D'AMELIO, *Il nuovo codice di procedura civile commentato*, I, Torino, 1943, p. 438.

rispetto, non certo alla resistenza, ma all'attacco inconsulto e temerario: l'insolubilità dell'attore, al quale tutte le vie sono aperte (almeno in due gradi di giurisdizione), tutti i mezzi, per quanto evidentemente vessatori, sono concessi, rende spesso volte disastrosa la vittoria; ottiene, in pratica, quella diminuzione del patrimonio del vincitore che non è dato ottenere alla pretesa dichiarata infondata" (21).

Come si vede, Andrioli, stavolta (22), non fu propriamente esplicito nell'affermare che l'art. 98 si doveva a Chiovena, ma bisogna riconoscere che le sue parole autorizzavano il lettore a dedurlo: prova ne è che non furono pochi coloro che lo dedussero (23). Anche perché Andrioli non precisò che quel passo di Chiovena era tratto dall'ultimo paragrafo del libro, nel quale l'autore aveva criticato le legislazioni che prevedevano cauzioni a carico degli stranieri ("non so quanto sia moderno") e lodato il nostro sistema per non avere previsto alcuna sanzione a carico dell'attore contumace. E quasi non fosse vero che quel paragrafo si chiudeva e si chiude con queste testuali parole: "non sono queste che soluzioni isolate del gravissimo problema delle cauzioni giudiziarie. Davanti al quale mi fermo, trovandosi esso al di là dei limiti prefissi a questo lavoro" (24).

Ne possiamo dedurre che la cauzione per le spese, pur contrastando con la Convenzione dell'Aja del 1905 e pur essendo del tutto estranea alle nostre tradizioni, fu non solo accolta con tutti gli onori

(21) ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, I, Napoli, 1941, p. 243.

(22) Dico "stavolta" perché in altre occasioni Andrioli fu ancora più esplicito nell'attribuire all'ignaro Chiovena norme del tutto estranee al pensiero chiovendiano: per maggiori ragguagli v. il mio saggio su *L'impugnazione dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole" e il lento ritorno al garantismo*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 211 ss., e poi nel mio *Avvocatura e diritto alla difesa*, cit., p. 99 ss., spec. 105.

(23) V. NEGRO, *La cauzione per le spese. Sviluppo storico*, Padova, 1954, p. 146, che riportò il passo di Chiovena già riportato da Andrioli, sostenendo che i "rilievi del Maestro non potevano non esercitare un'influenza decisiva nella riforma"; PIZZORUSSO, *Eguaglianza giuridica, diritto di azione e cauzione per le spese*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 273, in nota, che dette per scontato che l'art. 98 fosse dovuto a Chiovena e a Carnelutti; e VOLPI, *Un nuovo proverbio all'orizzonte costituzionale, ovvero: "Chi rompe... non paga"*. (A proposito di illegittimità costituzionale dell'art. 98 c.p.c.), in *Le Corti di Brescia, Venezia e Trieste*, 1961, p. 32 ss., spec. 38, che riportò anche lui il passo citato da Andrioli e sostenne che Chiovena "giustificava l'istituto" della cauzione in discorso.

(24) Così CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, p. 425, sul quale v. ora SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 427, anche in nota.

dalla dottrina, ma addirittura dotata, dalla stessa dottrina e a dispetto della verità, di nobili natali e nobilissime referenze.

4. *La proposta di abrogare l'art. 98 e la giurisprudenza sulla cauzione per le spese*

All'indomani della caduta del fascismo, il c.p.c. del 1940 fu dato alle fiamme dagli avvocati romani davanti al palazzo di giustizia di Roma ⁽²⁵⁾ e, subito dopo, corse il rischio di essere integralmente abrogato, ma poi, grazie al gran polverone sollevato in sua difesa dai processualisti, e approfittando della presenza degli altri codici varati sotto il fascismo, per i quali il problema in verità si poneva in ben diverso modo ⁽²⁶⁾, riuscì a salvarsi ⁽²⁷⁾. Il salvataggio, però, comportò un piccolo prezzo, rappresentato da mille discussioni, qualche progetto e la mini-riforma del 1950.

Nel 1946 la Commissione Pellegrini, istituita dal guardasigilli Fausto Gullo, presentò un progetto di riforma del c.p.c. che prevedeva l'abrogazione dell'art. 98 sul rilievo che "la cauzione può costituire un pericoloso ostacolo contro il diritto di una parte attrice

⁽²⁵⁾ Lo riferisce GRANDI, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, Bologna, 1985, p. 659.

⁽²⁶⁾ Di diverso avviso, da ultimo, GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, p. 288, il quale, non dando il debito rilievo al fatto che la classe forense, che non era certo formata da antifascisti, si batté esclusivamente contro il c.p.c. (v. il mio *La ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, in *Rass. forense*, 1992, p. 71 ss., poi nel mio *Ideologie e modelli*, cit., p. 75 ss.), e riecheggiando il Calamandrei del 1945, pone sullo stesso piano tutti i c.d. codici mussoliniani, non avvertendo che il problema si pone diversamente per il c.p.c., nel quale furono previste troppe norme che solo con un eufemismo si possono definire autoritarie: basti dire che al giudice fu consentito di disporre d'ufficio l'ispezione corporale dei terzi (ripeto: ispezione corporale dei terzi, art. 118, tuttora in vigore, ma per fortuna mai applicato nei confronti dei terzi); che si prevede la figura del giudice istruttore, che impediva al collegio di fare il suo dovere e alle parti di parlare col collegio, che era il giudice competente; che si ridusse drasticamente il numero dei provvedimenti impugnabili, tanto che si escluse addirittura la impugnabilità immediata di tutte le sentenze parziali, anche di quelle su domanda (art. 341 originaria stesura). Da notare che nessuna di queste riforme era stata proposta dalla dottrina, meno che mai da Chiovenda. Non si vede perciò come si possa sostenere che il codice tradusse "in sistema normativo le elaborazioni e le proposte teoriche dei decenni precedenti" (così, invece, riecheggiando una "vulgata" ormai insostenibile, GROSSI, *op. cit.*, p. 217).

⁽²⁷⁾ Per maggiori ragguagli v. il mio libro su *Il codice*, cit., p. 79 ss.

indigente” (28). Il progetto fu respinto dalla dottrina, la quale, a proposito della proposta di abrogare l’art. 98, ironizzò: “un progetto che, ispirato al *laissez faire* più sbracato, abolisce la provvidenziale norma della cauzione per le spese”(29). Non solo, ma si colse l’occasione per auspicare che la riforma avvenisse in senso contrario, e cioè dando al giudice il potere di imporre la cauzione anche al convenuto (30)!

Il progetto Pellegrini non passò. In sua vece passò qualche tempo dopo la Novella del 1950, che salvò l’art. 98, consentendo così alla dottrina di rasserenarsi e alla giurisprudenza di sbizzarrirsi.

Infatti, la certezza mostrata da Solmi circa l’uso prudente e ponderato che dell’istituto si sarebbe fatto, si rivelò del tutto infondata, atteso che vi furono giudici che imposero di depositare a titolo di cauzione per le spese “forti somme” in tempi brevissimi (31) e che la cauzione fu disposta anche nei confronti dei convenuti che avessero proposto domanda riconvenzionale (32), degli appellanti, anche se in primo grado fossero stati convenuti (33), degli opposenti a decreto ingiuntivo (34) e persino degli opposenti a sentenza dichiarativa di fallimento (35). Per non dire che in un caso, essendosi il processo estinto per mancata prestazione della cauzione, l’attore, contro la chiara lettera dell’art. 310, 4° comma, c.p.c., fu addirittura condannato a pagare al convenuto le spese sostenute sino a quel momento (36).

(28) Così la relazione del Guardasigilli Gullo, citata da NEGRO, *Intorno all’istituto italiano della cauzione per le spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 117.

(29) Così ANDRIOLI, *La riforma del processo civile di cognizione nel progetto Pellegrini*, in *Foro it.*, 1947, IV, c. 28, nota 15.

(30) Cfr. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

(31) Cfr. Trib. Biella 10 agosto 1951, in *Mon. trib.*, 1952, p. 85 .

(32) Trib. Roma 18 marzo 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1223.

(33) V. le sentenze citate da GUALANDI, *Spese giudiziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1667.

(34) V. in motivazione Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1202.

(35) Cfr. Cass. 6 ottobre 1956, n. 3372, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1434; App. Roma 20 aprile 1957, ivi, Rep., 1958, voce *Fallimento*, n. 184; Trib. Roma 15 aprile e 25 maggio 1959, *ibidem*, 1959, voce cit., nn. 154 e 155; Trib. Verona 23 luglio 1960, ivi, 1960, I, c. 1599.

(36) App. Milano 7 luglio 1953, in *Foro pad.*, 1953, II, c. 63.

Si aggiunga che, contrariamente a ciò che si era dato per scontato durante i lavori preparatori, non furono affatto molti i casi di revoca da parte dello stesso giudice dell'ordinanza con la quale veniva imposta una cauzione per le spese: dalla giurisprudenza edita ne risulta uno solo ⁽³⁷⁾. Ben più numerosi furono invece i casi in cui le ordinanze *ex art. 98* furono inutilmente impugnate con reclamo al collegio ⁽³⁸⁾: la giurisprudenza, infatti, si mostrò fermissima nell'escludere ogni possibilità di sindacare il potere discrezionale dell'istruttore e d'impugnare le ordinanze sulla cauzione, anche se bisogna pur dire che non è chiaro se i reclami fossero proposti, come si sostiene ⁽³⁹⁾, solo dagli attori contro le ordinanze che disponevano la cauzione o anche dai convenuti contro le ordinanze che rigettavano la loro istanza.

Infine, da segnalare che nel 1954 la cauzione per le spese fu studiata a livello monografico da un magistrato, Franco Negro, presidente di sezione del Tribunale di Bologna. Egli, lungi dal preoccuparsi della nuova Costituzione che era entrata in vigore con la proclamazione della Repubblica, si fece scrupolo di studiare antiche leggi e antichissimi istituti, alla luce dei quali ritenne di poter concludere la sua fatica assicurando che l'art. 98 era un "gioiello di tecnica legislativa" e che il legislatore italiano, grazie ai rilievi di Chiovenda e alla proposta di Carnelutti, aveva "mutuato dal procedimento cauzionale del diritto romano classico il potere discrezionale del magistrato" di imporre cauzioni ⁽⁴⁰⁾.

5. *L'istituzione della Corte costituzionale e il saggio dell'avv. Luca-rini*

Sennonché, mentre nella realtà applicativa l'art. 98 si rivelava ogni giorno di più come una norma aberrante, tanto che sul finire degli anni Cinquanta una Commissione ministeriale ne propose una profonda

⁽³⁷⁾ Trib. Milano 24 giugno 1952, in *Mon. trib.*, 1952, p. 206.

⁽³⁸⁾ Vedili citati da GUALANDI, *Spese giudiziali*, cit., p. 1666.

⁽³⁹⁾ Dal GUALANDI, *op. loc. ult. cit.* Ma v., per esempio, Trib. Biella 10 agosto 1951, in *Mon. trib.*, 1952, p. 85, che rigettò le argomentazioni del convenuto (ma non è chiaro chi avesse proposto il reclamo).

⁽⁴⁰⁾ NEGRO, *La cauzione*, cit., pp. 146, 147 e 149.

riforma⁽⁴¹⁾; mentre la dottrina, quando non annuiva, taceva; e mentre la Costituzione repubblicana entrata in vigore nel 1948 veniva ignorata da tutti, nel 1955 avvenne un fatto che sconvolse le vecchie regole del gioco: entrò in funzione la Corte costituzionale, la cui presenza segnò una grande svolta nel nostro ordinamento e, più in generale, nel nostro Paese, perché introdusse un nuovo modo d'interpretare la legge e un nuovo e ben più efficace modo di protestare contro le scelte e i soprusi del legislatore ordinario.

Ebbene, nel 1958, ossia dopo appena tre anni dall'insediamento della Corte costituzionale, nella *Rivista di diritto processuale* diretta da Carnelutti apparve un saggio con un titolo decisamente originale: *L'art. 98 cod. proc. civ. e la Costituzione*. Per quel che ne so, era la prima volta che un articolo del nostro codice di procedura civile veniva esaminato alla luce della Costituzione repubblicana. L'autore del saggio, però, non era né un processualista, né un costituzionalista, ma un avvocato del foro di Brindisi, Giuseppe Lucarini⁽⁴²⁾.

A Brindisi, don Peppino Lucarini (1887-1962) è ancor oggi ricordato nel mondo forense per la sua particolare passione per la procedura civile⁽⁴³⁾. Egli era nato in quella città da padre toscano (di Pietrasanta, in provincia di Lucca) e madre brindisina, e si laureò col massimo dei voti e la lode nel 1908 a Roma (ove, dunque, studiò procedura con Chiovenda). Subito dopo la laurea vinse il concorso in magistratura, risultando primo in graduatoria, ma, non essendogli stata assegnata la sede che gli spettava in considerazione del suo prestigioso piazzamento, preferì dedicarsi all'avvocatura nella sua città, ove fu presidente del Consiglio dell'Ordine forense dal 1940 al 1945. Si procurò fama di giureconsulto particolarmente esperto in procedura grazie a tre libri⁽⁴⁴⁾ e a numerosissimi articoli e note a

(41) Il testo proposto limitava la cauzione al primo grado e ammetteva il reclamo al collegio avverso l'ordinanza del giudice istruttore: v. in *Giust.civ.*, 1960, IV, p. 111.

(42) LUCARINI, *L'art. 98 cod. proc. civ. e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 421 ss.

(43) V. CAMASSA, *Giuseppe Lucarini*, in *Quaderni. Note di vita forense a cura del Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Brindisi*, 1987, n. 2, p. 40 s., dal quale son tratte le notizie che si stanno per riportare nel testo. Ringrazio l'avv. Giuliano Lucarini, del foro di Brindisi, figlio di Giuseppe, per le notizie e i documenti sul padre.

(44) Cfr. LUCARINI, *La ingiunzione italiana secondo il decreto del 24 luglio 1922*, n. 1036, Torino, 1926; *La denuncia di nuova opera nella pratica del processo*, Torino, 1936;

sentenza: l'ultimo suo saggio uscì postumo nella "Processuale" del 1962 ⁽⁴⁵⁾.

Ebbene, nel saggio del 1958 sull'art. 98 l'avv. Lucarini esordì prendendo le distanze dal giudice Negro, al quale ricordò che la cauzione per le spese non era stata criticata solo dopo la caduta del fascismo, ma anche prima. Proseguì ponendo in evidenza che il provvedimento del giudice istruttore, pur essendo assolutamente discrezionale, era definitivo e irreclamabile, come tale suscettibile di provocare conseguenze irreparabili. Continuò contestando che l'art. 98 servisse a tenere lontano dai tribunali coloro che non hanno serie ragioni da far valere e avvertì che altro è sanzionare *ex post* chi ha agito in mala fede, altro imporre subito una cauzione all'attore prescindendo del tutto dal merito. Concluse rilevando che, alla luce della Costituzione repubblicana, l'art. 98 c.p.c. era manifestamente illegittimo sia in relazione all'art. 3, per il quale tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, sia in relazione all'art. 24, per il quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

L'avv. Giuseppe Lucarini, dunque, fu il primo giureconsulto italiano a denunciare l'illegittimità di un articolo del nostro c.p.c. rispetto ad una norma della Costituzione repubblicana. Il suo saggio avrebbe sicuramente meritato di essere pubblicato con la massima evidenza nella "Processuale", ma sta di fatto che il direttore della rivista, Francesco Carnelutti, lo stesso che trent'anni prima, in tutt'altro clima politico-sociale, aveva improvvidamente proposto l'introduzione della cauzione per le spese nel nostro ordinamento, lo relegò tra le "note in margine alle leggi processuali".

6. *L'ordinanza del Tribunale di Chieti e la sentenza della Corte costituzionale*

Ciò, però, non dovette essere sufficiente a impedire che il saggio dell'avv. Lucarini producesse i suoi effetti, tant'è vero che di lì a

Le nuove norme sul procedimento per ingiunzione e sul procedimento per convalida di sfratto, Torino, 1937.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. LUCARINI, *Esecuzione contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 442.

poco, mentre l'istituto veniva "utilizzato dai pratici in modo sempre più frequente, consapevole e sicuro" (46), tanto da dar luogo "ad un notevole numero di giudicati" (47), ben cinque giudici si pronunciarono sulla legittimità costituzionale dell'art. 98. Tre di essi si espressero negativamente (48), ma gli altri due, il Tribunale di Chieti e quello di Milano, rimisero la questione alla Consulta (49).

La vicenda verificatasi a Chieti è illuminante. Vi era stato un arbitrato, per il quale una delle parti, il dott. Dino Carabba, aveva pagato ad uno degli arbitri, l'avv. Enzo Marcellusi, un onorario di 320 mila lire. Poiché non conosciamo la data del lodo, non sappiamo quanto valessero con precisione le 320 mila lire, ma, a voler ragionare per difetto, possiamo dire che a metà degli anni Cinquanta quella somma rappresentava una piccola fortuna. Ergo, il dott. Carabba e l'avv. Marcellusi non dovevano essere due poveracci. Ebbene, proposta impugnazione avverso il lodo, la Cassazione, alla fine, lo aveva dichiarato giuridicamente inesistente, con la conseguenza che il dott. Carabba adì il Tribunale di Chieti chiedendo la condanna dell'arbitro avv. Marcellusi alla restituzione delle 320 mila lire. Per tutta risposta, però, il convenuto chiese "in via preliminare la imposizione all'attore di congrua cauzione per le spese, giustificandola con la palese difficoltà, se non impossibilità, di eseguire la condanna per mancanza di beni perseguibili" (50).

La realtà, dunque, era ben più grave di come era apparsa all'avv. Lucarini, aparendo evidente che la cauzione per le spese, ad onta delle buone intenzioni di chi l'aveva prevista, era in realtà un istituto totalmente assurdo, tanto da risolversi in un processo nel processo, ossia in un bellissimo giocattolo nelle mani dei convenuti e dei

(46) Così PIZZORUSSO, *Eguaglianza giuridica*, cit., c. 273 s.

(47) Così PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, p. 333.

(48) Trib. Verona 23 luglio 1960, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1599; App. Roma 1° aprile 1959, in *Giust. civ. Mass. App. Roma*, 1959, p. 73; Trib. Roma, 16 aprile 1959, in *Dir. fall.*, 1959, II, p. 453.

(49) Cfr. Trib. Chieti 24 giugno 1959, in *Foro it.*, 1959, I, c. 200, e in *Giur. cost.*, 1959, p. 1247; Trib. Milano, 17 giugno 1960, *ivi*, 1960 p. 852, che fece leva anche sul saggio dell'avv. Lucarini.

(50) Così, nella premessa in fatto, Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1197, la quale, dunque, tenne a far capire che l'attore non doveva essere un poveraccio. Nessuno degli annotatori della sentenza della Corte raccolse l'imbeccata.

giudici. Del resto, se si considera che ancor oggi i convenuti, sovente, per rafforzare le loro tesi, chiedono la condanna dell'attore ai danni per responsabilità aggravata, si può ben immaginare quel che accadde con la ben più grave cauzione per le spese: i convenuti, vuoi per umiliare l'attore, vuoi, comunque, per prender tempo, chiedevano la cauzione, obbligando così l'attore a difendersi su sì imbarazzante argomento e il giudice a pronunciarsi.

Ebbene, a Chieti, di fronte alla richiesta dell'avv. Marcellusi, che ha tutta l'aria d'essere quanto meno provocatoria, il presidente istruttore, anziché pronunciarsi ⁽⁵¹⁾, rimise le parti al collegio, che spedì l'art. 98 alla Corte costituzionale.

La Corte (presidente Gaetano Azzariti, uno dei nove massimi collaboratori del guardasigilli Dino Grandi nella preparazione del codice ⁽⁵²⁾, relatore il processualista Nicola Jaeger, che nel suo manuale aveva accolto la norma senza alcun commento ⁽⁵³⁾), non ebbe dubbi e, dopo avere ricordato quel che stabilivano gli artt. 3 e 24 Cost., prese atto che la cauzione per le spese veniva applicata sia in appello (a carico dell'appellante, anche se convenuto in primo grado), sia nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, e ne dedusse che l'istituto, anche per l'esclusione di ogni possibilità di reclamo, poteva provocare conseguenze di eccezionale gravità, in considerazione delle quali non esitò ad eliminare l'art. 98 dal nostro ordinamento ⁽⁵⁴⁾.

7. *Il cordoglio della dottrina per la scomparsa dell'art. 98 e le preoccupazioni di Satta*

La sentenza della Corte costituzionale, neppure segnalata dalla

⁽⁵¹⁾ Infatti, trattandosi di norma applicabile dal solo istruttore, la questione avrebbe dovuto essere sollevata da lui e non dal collegio (v. infatti Corte cost. 19 luglio 1996, n. 258, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3603, con mia nota *Il giudice istruttore e la competenza a provvedere ex art. 156, 6° comma, c.c.*). Nel 1960, però, si faceva ancora fatica ad ammettere che l'istruttore avesse poteri autonomi rispetto al collegio. Sul problema v. CHIARLONI, *Sulla legittimazione del giudice istruttore civile ad adire la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, c. 707 ss.

⁽⁵²⁾ Per più ampi ragguagli v. il mio libro su *Il codice*, cit., p. 38.

⁽⁵³⁾ Cfr. JAEGER, *Diritto processuale civile*², Torino, rist. 1944, p. 348 s.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67, in *Giur. cost.*, 1960, p. 209 ss.

Riv. dir. proc. di Francesco Carnelutti, fu accolta con grande commozione dall'avv. Lucarini, il cui figlio, avv. Giuliano, mi ha riferito di ricordare ancora, "come fosse ieri, la gioiosa commozione di mio padre, all'epoca già gravemente malato, nell'apprendere la notizia".

A quanto pare, però, l'avv. Lucarini fu l'unico giureconsulto italiano a gioire, ché per il resto nel mondo giuridico italiano si fece fatica a rassegnarsi a prendere atto che l'art. 98 c.p.c. era "definitivamente scomparso dopo soli diciotto anni di vita" (55).

Infatti, l'unico ad annotare in senso quasi favorevole la sentenza della Corte costituzionale fu un magistrato, Luigi Bianchi d'Espinosa, secondo il quale la Corte aveva sanzionato più le interpretazioni vessatorie della giurisprudenza, che la norma, la quale, al limite, a suo avviso, violava l'art. 3 Cost. e non certo l'art. 24, per il quale, sempre a suo avviso, il legislatore poteva ben imporre degli oneri all'attore, "soprattutto a tutela di pubblici interessi" (56). L'annotatore, però, per caso o *pour cause*, non indicò gli interessi pubblici tutelati dall'art. 98 e non tenne presente che la Corte, nel dispositivo, aveva affermato che l'illegittimità sussisteva "in riferimento alle norme contenute negli artt. 24 e 3 Cost.", facendo così chiaramente capire che il problema stava più nella violazione del diritto di azione e di difesa, che in quella del principio di uguaglianza.

La nota di Bianchi d'Espinosa, tuttavia, era, almeno formalmente, adesiva. Le altre, invece, furono tutte fortemente critiche, atteso che quella sentenza, come ci assicura un testimone insospetto, Alessandro Pizzorusso, all'epoca giovanissimo aggiunto giudiziario a Torino, giunse del tutto impreveduta (nel mondo, è sottinteso, processualciviltistico), dal momento che nei dodici anni che la separavano dalla Costituzione repubblicana, nessuno, salvo appunto l'avv. Lucarini, aveva manifestato il minimo dubbio sulla legittimità dell'istituto (57).

A voler prescindere dalla pur significativa nota contraria di un

(55) Così GUALANDI, *Cautione per le spese e costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 285.

(56) Così BIANCHI D'ESPINOSA, *Illegittimità costituzionale della "cautio pro expensis"*, in *Giust. civ.*, 1960, III, p. 209 ss.

(57) Così PIZZORUSSO, *Eguaglianza giuridica*, cit., c. 273 s.

avvocato del foro di Padova, Dario Volpi (“d’ora innanzi, all’ombra degli artt. 3 e 24 della Costituzione, il più nullatenente dei cittadini potrà proporre contro chiunque la più rilevante, infondata e temeraria delle cause, coltivarla attraverso tutti i gradi di giurisdizione, perderla allegramente, e poi, condannato a rifondere all’avversario le ingenti spese da lui incontrate per difendersi, beffarlo con la propria premeditata insolvibilità”) (58), non può non prendersi atto che nel *Foro italiano* la sentenza apparve con una breve e gelida annotazione anonima, ma, io direi, di chiara marca andrioliana (59), nella quale si ricordava che il Tribunale di Verona, di recente, nel disporre la cauzione a carico di un opponente a sentenza di fallimento, aveva escluso che l’istituto implicasse una limitazione sì grave del diritto di azione da comportare l’incostituzionalità della norma (60).

Nella *Giurisprudenza costituzionale* la sentenza della Consulta fu annotata da un grande, Salvatore Satta, che pur si era mostrato piuttosto critico (non sull’an, ma) sulla disciplina normativa dell’istituto (61). Egli, di fronte all’intervento della Corte, ritenne doveroso scendere in campo e partì da lontano, ricordando scherzosamente la polemica tra Einaudi, Carnelutti e lui sulle spese processuali, ossia spostando il discorso su un problema che, a veder bene, aveva assai

(58) Cfr. VOLPI, *Un nuovo proverbio all’orizzonte costituzionale, ovvero: “Chi rompe... non paga”*. (A proposito di illegittimità costituzionale dell’art. 98 c.p.c.), cit., p. 32 ss.

(59) Cfr. *Foro it.*, 1960, I, c. 1863. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, p. 392, si limita a riferire che l’art. 98 c.p.c. era stato dichiarato incostituzionale. Si noti che anche di fronte alla seconda sentenza dichiarativa dell’incostituzionalità di una norma del c.p.c., quella del 1967 sull’art. 305 (v. *supra* la nota 4), ANDRIOLI, in *Foro it.*, 1968, I, c. 11, difese il codice: sostenne che l’art. 305 si spiegava col fatto che un tempo gli avvocati si conoscevano tutti e i clienti avevano frequenti rapporti coi difensori. In realtà il problema non stava nell’interruzione automatica (che era prevista anche dal codice del 1865: art. 334), ma nella automatica decorrenza di un breve termine perentorio a pena di estinzione: che era una geniale idea del legislatore del 1940. Non può tuttavia non rilevarsi che Andrioli, da giudice costituzionale, scrisse e sottoscrisse sentenze ipergarantistiche: penso a quelle sull’art. 292 c.p.c., che parvero eccessive persino a PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1, e 1989, I, c. 2388. Ecco, se invece di passare da un eccesso all’altro...

(60) Cfr. ancora *Foro it.*, 1960, I, c. 1873, ove si ricorda l’opposto parere di Trib. Verona 23 luglio 1960, *ibidem*, I, c. 1599, che non era stato in alcun modo criticato.

(61) V. SATTA, *Diritto processuale civile*³, cit., p. 78; *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 325 ss.

poco a che vedere con quello risolto dalla Corte. Indi, dopo avere rilevato che l'art. 24 Cost. conteneva una disposizione "sostanzialmente superflua", ricordò il principio *victus victori* e ne dedusse che era assolutamente ovvio che il convenuto potesse chiedere una misura cautelare a tutela del proprio diritto al rimborso delle spese ⁽⁶²⁾. Il convenuto, per la verità, almeno finché l'attore non viene condannato alle spese, non ha diritto ad alcun rimborso, ma questo aspetto del problema dovette apparire di secondaria importanza a Salvatore Satta, che aggiunse: "Per qual mai ragione il convenuto non potrebbe chiedere una misura cautelare per il rimborso? L'art. 98 ha o aveva questo valore: di istituire una cautela, affidandone la realizzazione al prudente criterio del giudice. Se avesse detto: tutti i poveri, solo perché sono tali, devono prestar cauzione, ancora ancora potrei capire l'incostituzionalità della norma (e avrebbe ragione la Corte di richiamare a suo conforto anche l'art. 3): ma qui c'è un potere discrezionale del giudice che impedisce ogni abuso, e se non ci fidiamo del giudice almeno per questo minimo provvedimento, dove andiamo a finire?" ⁽⁶³⁾.

Dunque, Satta concesse che la norma sarebbe stata incostituzionale se avesse imposto la cauzione a tutti gli attori poveri, ma assicurò che, essendo la cauzione rimessa al potere discrezionale del giudice, il problema non esisteva. L'assunto è piuttosto sorprendente, ma a ben vedere non sorprende affatto, apparendo evidente che a quell'epoca i nostri *Patres*, almeno in tema di rapporti tra il c.p.c. e la Costituzione repubblicana, non si trovavano nella situazione spirituale più obiettiva.

Invero, concedendo che si sarebbe potuto parlare di incostituzionalità se la norma avesse imposto la cauzione a tutti gli attori poveri, si concedeva in realtà molto poco, atteso che nessuno ha mai osato prevedere espressamente una simile norma. Quell'argomento, quindi, sta a dimostrare che non si sapeva proprio che dire.

Quanto poi al potere discrezionale del giudice, che avrebbe dovuto mettere l'art. 98 al riparo da ogni critica, è strano che Satta non avesse avvertito che uno dei punti cruciali del problema stava

⁽⁶²⁾ Cfr. SATTA, *Incossituzionalità della cautio pro expensis*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1197 ss.

⁽⁶³⁾ SATTA, *Incossituzionalità*, cit., p. 1200.

proprio nel fatto che il potere del giudice era assolutamente discrezionale e sottratto ad ogni impugnazione. Certo, i giudici, di solito, giudicano bene, ma pare che possano anche sbagliare, e non solo a proposito della cauzione. Per di più, nella specie il giudice non era il giudice competente sulla domanda, ma l'istruttore, che a quell'epoca era al centro di mille polemiche. Di qui il sospetto che il problema della cauzione non fosse tanto piccolo come oggi si potrebbe pensare e che il discorso di Salvatore Satta tendesse a prevenire il "rischio" che dalla cauzione si passasse al resto. Non a caso la sua nota si conclude prendendo le distanze dalla giurisprudenza della Corte di cassazione che, in forza dell'art. 111 Cost., aveva ammesso l'impugnabilità delle sentenze sull'opposizione agli atti esecutivi: "Non è un pericoloso precedente? Non si verrà domani a dire, per esempio, che è incostituzionale l'art. 274 c.c. sull'ammissibilità dell'azione per dichiarazione giudiziale di paternità naturale o per altro verso l'art. 642 sull'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, e chi sa cosa altro ancora?" (64).

Dunque, Salvatore Satta capì benissimo dove si poteva arrivare se si fosse letto il codice alla luce della nuova Costituzione, ma se ne spaventò, perché temette che ne sarebbe andato di mezzo il processo, un organismo che, a suo modo di vedere, aveva assai poco a che vedere con la Costituzione: "per quel che riguarda il processo, io sono d'avviso che, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, bisogna andare molto cauti. Il processo è un organismo molto delicato e complesso, in cui non è possibile isolare una norma dall'altra senza ridurne la funzionalità e l'efficienza" (65).

Per Salvatore Satta, dunque, il processo, così come disciplinato dal codice del 1940, doveva restare del tutto insensibile non solo alla presenza della nuova Costituzione, ma anche, e forse soprattutto, alla istituzione della Corte costituzionale. La sua era una pretesa manifestamente assurda, ma ho idea che, nell'Italia del 1960, non fosse affatto isolata.

(64) Così SATTÀ, *Incostituzionalità*, cit., p. 1201, che in seguito, come ho ricordato all'inizio, avrebbe sostenuto che l'art. 98 era stato dichiarato incostituzionale per un "equivoco": v. ID., *Diritto processuale civile*⁷, cit., p. 101. Da notare che l'art. 275 c.c., come Satta aveva temuto, fu dichiarato incostituzionale e che non sono pochi coloro i quali dubitano della legittimità dell'art. 642 c.p.c.

(65) SATTÀ, *Incostituzionalità*, cit., p. 1200 s.

8. *Il commento di Gualandi*

Infatti, a riprova di quanto diffuse fossero certe idee, la sentenza della Corte costituzionale fu criticata anche da un giovane studioso, il compianto Angelo Gualandi, che le dedicò un ampio commento nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* diretta da Antonio Cicu e da Enrico Redenti.

Gualandi, che a quell'epoca stava scrivendo il libro su *Spese e danni nel processo civile*, escluse, a differenza di Satta, che il convenuto potesse avere diritto al rimborso delle spese ancor prima della sentenza definitiva che avesse condannato l'attore al pagamento delle spese, ma, al pari di Satta, assicurò che nulla impediva al legislatore di prevedere una misura cautelare *ad hoc* per proteggere l'eventuale diritto del convenuto. Ma, mentre Satta ritenne che tale misura cautelare potesse essere rimessa al potere discrezionale del giudice, Gualandi fece leva sulla legittimità della cautela di un diritto futuro. Di qui il suo stupore per la dichiarazione di incostituzionalità e la sua sorpresa per il fatto che ci si scandalizzava all'idea che la cauzione fosse imposta solo ai non abbienti: anche il sequestro conservativo, egli osservò, veniva disposto a carico di chi non aveva un patrimonio che tranquillizzasse il creditore, ma in ciò non si era mai visto alcunché di men che giusto, sì che, a suo avviso, era evidente che la Corte costituzionale aveva fatto della demagogia ⁽⁶⁶⁾.

Lo stupore e gli argomenti di Gualandi sono un po' sorprendenti. Se si ammette, come egli stesso ammetteva, che il convenuto, prima della condanna dell'attore alle spese, non ha alcun diritto al rimborso delle spese, non si può ragionevolmente pretendere che tale inesistente diritto sia in qualche modo tutelato. Viene perciò meno la validità del paragone col sequestro conservativo, apparendo evidente che altro è disporre un sequestro a cautela di un diritto di credito accertato sia pure a livello di *fumus*, altro è disporre una cauzione a cautela di un diritto che si riconosce essere per il momento del tutto inesistente. Il legislatore (ordinario), infatti, non può prevedere misure cautelari a tutela di diritti futuri e come tali per lo meno ipotetici, e, io direi, meno che mai può prevederle a

⁽⁶⁶⁾ GUALANDI, *Cauzione per le spese*, cit., p. 283 ss.

danno dell'attore meramente impossidente e in un ordinamento che assicura a tutti il diritto di azione.

Infine, quanto alla accusa di demagogia, a me non sembra che la Corte costituzionale meritasse questo rimprovero. In realtà, non era la Corte a fare della demagogia, ma la dottrina che, accecata dall'idea che il codice fosse perfetto e/o non avendo chiaro che ormai il codice doveva fare i conti con la Costituzione, peccava di presunzione e di oscurantismo.

9. *La nota di Pizzorusso*

Ma la nota che oggi appare maggiormente significativa, è quella di un giovane costituzionalista, Alessandro Pizzorusso, già allora più che sensibile al rispetto dei precetti dettati dalla Costituzione repubblicana.

Pizzorusso affrontò il problema da una prospettiva rigorosamente costituzionalistica. Rilevò che l'art. 98 si riferiva all'attore non ammesso al gratuito patrocinio e avvertì che la Corte costituzionale aveva superato questo ostacolo limitandosi a dire che l'ammissione al gratuito patrocinio è subordinata alla dimostrazione dello stato di povertà e a un procedimento che non è sempre rapido. Pertanto, sfruttando la fragilità di questi argomenti, egli affermò che, se c'era una norma da dichiarare incostituzionale, questa non era l'art. 98 c.p.c., ma il r.d. 3282 del 1923 sul gratuito patrocinio ⁽⁶⁷⁾.

Il discorso, come lo stesso Pizzorusso avvertì, non teneva conto del fatto che la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 98 c.p.c. e non sulle norme sul gratuito patrocinio, ma neppure questa consapevolezza indusse il giovane e valoroso annotatore a spendere una parola di apprezzamento per la sentenza della Consulta, alla quale, anzi, in chiusura rimproverò di non essersi posta di ufficio la questione di legittimità costituzionale delle norme sul gratuito patrocinio: a suo avviso, infatti, nella specie sussistevano tanto la non manifesta infondatezza, quanto la rilevanza ai fini del giudizio principale ⁽⁶⁸⁾. Ove è chiaro, io direi, che Alessandro Pizzorusso non dette il debito rilievo alla parte iniziale della sentenza della Corte

⁽⁶⁷⁾ PIZZORUSSO, *Eguaglianza giuridica*, cit., c. 278.

⁽⁶⁸⁾ Così ancora PIZZORUSSO, *op. loc. ult. cit.*

(che leggesi soltanto nella *Giur. cost.*), quella nella quale si ricordava che la questione era sorta in un processo civile tra il dott. Carabba e l'avv. Marcellusi per la restituzione delle 320 mila lire che il primo aveva pagato al secondo a titolo di onorario per un arbitrato: è perciò un po' difficile che in quel caso il problema potesse essere risolto limitandosi a dire al dott. Carabba che doveva chiedere l'ammissione al gratuito patrocinio.

Vero è che il giovane Pizzorusso dovette essere per lo meno fuorviato da tutto ciò che si era scritto sull'art. 98, come è dimostrato dal fatto che egli dette per scontato che quella norma fosse "dovuta a Giuseppe Chiovenda e a Francesco Carnelutti" (69) e che si trattasse di un "istituto di antiche tradizioni, cui il codice di procedura civile del 1942 aveva restituito, in forma rinnovata e perfezionata, vigore di norma positiva" (70). È dunque evidente che la nota di Pizzorusso sta a dimostrare che ai giovani, in quegli anni, furono propinate tali e tante certezze sulla perfezione e sulla paternità del codice, da impedire che la verità potesse venire a galla prima di qualche decennio. Che è ciò che è puntualmente avvenuto e che da più parti si vorrebbe, per un malinteso senso di coerenza, perpetuare.

10. Conclusioni

Per concludere. Spero che la "storia" dell'art. 98 c.p.c. sia servita a capire che tra il 1948 e il 1960 la dottrina processualcivile italiana era formata da studiosi che tenevano più agli istituti del codice fascista che ai valori della Costituzione repubblicana (71).

(69) Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, c. 273, in nota.

(70) PIZZORUSSO, *op. cit.*, c. 273. Converrà precisare che Giustiniano prevede la cauzione dapprima nei confronti degli attori che, avendo citato il convenuto fuori provincia, non si presentavano all'udienza, e poi nei confronti di tutti gli attori (v. NEGRO, *La cauzione*, cit., p. 82 ss.). L'istituto, per inopportuno che fosse, si faceva di gran lunga preferire al nostro, perché la cauzione era prevista dalla legge, non dal giudice: essa, quindi, limitava sì l'azione dei poveri, ma per lo meno non dava vita ad un processo nel processo.

(71) Si dirà che nella nostra dottrina vi era anche Piero Calamandrei, che è passato alla storia come un fiero antifascista e uno dei padri della Costituzione repubblicana. Sta di fatto, però, che nell'antifascismo di Calamandrei vi fu un "buco" che, purtroppo per

Non si spiega diversamente il fatto che essi non solo non abbiano visto nel codice alcuna incostituzionalità, ma abbiano addirittura recisamente negato che una norma come quella dell'art. 98 fosse illegittima.

Invero, l'illegittimità dell'art. 98 era troppo evidente per non essere vista e troppo eclatante per essere addirittura negata, perché la menomazione del diritto di azione e di difesa, di per sé innegabile, era resa molto grave dal fatto che la legge non attribuiva l'insindacabile potere di disporre la cauzione al giudice competente, che era e restava il collegio, ma all'istruttore⁽⁷²⁾, che non si capiva bene perché esistesse e quali funzioni avesse⁽⁷³⁾, con la conseguenza che l'alternativa che tanto affannò gli interpreti in quel periodo⁽⁷⁴⁾ e sulla quale la Corte costituzionale preferì sorvolare, non era evitabile: o l'istruttore, prima di provvedere sulla cauzione, doveva esaminare il merito, e allora è evidente che egli non si limitava a preparare e istruire, ma entrava nel merito, sconfinando nel campo del collegio; oppure doveva provvedere senza esaminare il merito, e allora è evidente che la cauzione poteva essere imposta anche al povero che aveva ragione. Senza dire che, quella norma, inserendosi in un ordinamento nel quale, per proporre una domanda, occorreva quasi sempre l'intermediazione del difensore, era un ostacolo molto subdolo per il povero, in quanto si risolveva in uno spauracchio per l'avvocato che, contando sugli onorari della vittoria, avesse deciso di difenderlo gratuitamente.

Si aggiunga che, se la nostra dottrina fosse stata appena più sensibile ai valori della Costituzione repubblicana⁽⁷⁵⁾, la sentenza

noi, va proprio dal settembre 1940 al febbraio del 1943: egli, in quel periodo, fu il massimo collaboratore del guardasigilli Dino Grandi e non credo proprio che l'abbia aiutato a varare codici liberali e leggi democratiche. Per maggiori ragguagli v. il mio saggio su *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, cit., p. 749 ss.

(72) La differenza fu ben avvertita da BIANCO, *Cauzione per le spese giudiziali e opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 133.

(73) Per una critica alla presenza del giudice istruttore nel processo civile, v. il mio *Francesco Carnelutti tra il giudice delegato e il giudice istruttore*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 543 ss. e poi nel mio *Ideologie e modelli*, cit., p. 165 ss.

(74) Per riferimenti v. GUALANDI, *Cauzione per le spese*, cit., p. 292 s., anche in nota.

(75) Nel senso che la dottrina non abbia colto, né all'indomani del 1948, né per molti anni ancora, l'importanza dell'art. 24 Cost., PROTO PISANI, *Il codice*, cit., c. 82 s.

della Corte costituzionale sull'art. 98 sarebbe stata non solo accolta in altro modo, ma anche agevolmente sfruttata per porre in crisi il codice, il suo giudice istruttore e i suoi mille provvedimenti impugnabili.

La Corte, infatti, nel dichiarare illegittimo l'art. 98, pose in evidenza che quella norma consentiva al giudice istruttore di emanare un provvedimento sottratto ad ogni possibilità di reclamo e suscettibile di portare all'estinzione del processo. Si trattava di un argomento che metteva il dito sulla piaga, atteso che il codice era pieno zeppo di provvedimenti emanabili dal giudice istruttore e non impugnabili o non immediatamente impugnabili, ma sta di fatto che la dottrina continuò a non vedere il problema. Si vorrà tuttavia riconoscere che, se i processualciviliisti avessero letto con una diversa disposizione d'animo quella prima sentenza della Consulta sul c.p.c., le cose, probabilmente e fors'anche verosimilmente, sarebbero andate diversamente da come sono andate.

Ma, tant'è, la storia non si fa coi "se" e coi "ma". Pertanto, specie dopo quarant'anni, miglior partito appare limitarsi a prendere atto che il passaggio dal regime fascista alla repubblica fondata sulla Costituzione del 1948 non fu, per la dottrina processualcivilitica italiana, un fatto di particolare importanza, tant'è vero che norme fondamentali come quella racchiusa nell'art. 24 Cost. furono ritenute "sostanzialmente superflue" (76). Chi oggi continua a propugnare l'apoliticità del codice del 1940 invocando l'autorità di chi la propugnò negli anni Quaranta e Cinquanta (77), farebbe bene a tenerlo presente.

(76) Così, come già riferito (*supra* n. 7), SATTÀ, *Incostituzionalità*, cit., p. 1198.

(77) Mi riferisco, come si sarà capito, a PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., c. 80, il quale invoca anche Satta, sostenendo che trattasi di "voce insospettabile".

Lecture

Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, hrsg. von Martin Kirsch und Pierangelo Schiera, Duncker und Humblot, Berlin, 1999 (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 28).

Il volume che presentiamo al lettore dei *Quaderni* riproduce gli Atti del Convegno tenutosi a Berlino dall'8 al 10 maggio 1997, come primo di una serie d'incontri che si sono poi successivamente realizzati, sempre per cura ed iniziativa di Martin Kirsch e di Pierangelo Schiera: un secondo dedicato a *Il mutamento costituzionale nel 1848. Una storia comparata europea*, anch'esso svoltosi a Berlino, dall'11 al 13 giugno 1998, i cui Atti sono ora d'imminente pubblicazione, ed infine un terzo, dedicato a *Il costituzionalismo intorno al 1900 e la sfida della società di massa : una comparazione europea* (Berlino, 27-29 gennaio 2000), che prende in esame il periodo compreso tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e la prima guerra mondiale, come per completare, seguendo un vero e proprio arco cronologico, l'itinerario iniziato proprio con il Convegno del 1997, che considerava le problematiche del costituzionalismo e del mutamento costituzionale con riferimento al passaggio compreso tra la fine del diciottesimo secolo e la prima metà del diciannovesimo, e dunque al momento tradizionalmente considerato 'iniziale' per la ricostruzione di certe vicende costituzionalistiche, nazionali ed europee.

Non si può poi non ricordare come lo stesso Schiera sia stato promotore, fino dal 1995, presso il Centro per gli studi storici italo-germanici (ITC-isig) in Trento, del *Gruppo di ricerca ISIG sul costituzionalismo europeo ottocentesco*, che opera attualmente sotto la responsabilità di Anna Gianna Manca, e che ha dato luogo a numerose iniziative scientifiche, tra cui il Convegno del 22-24 ottobre 1998, di cui si sono ora pubblicati gli Atti: *L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata - Die parlamentarische Institution im 19. Jahrhundert. Eine Perspektive in Vergleich*, a cura di/hrsg. von Anna Gianna Manca e Wilhelm Brauner, Il Mulino, Bologna-Duncker und Humblot, Berlin, 2000 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Contributi, 10); ed un successivo Convegno, sempre tenuto a Trento, dal 30 novembre al 2 dicembre 2000, dedicato a *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, del quale avremo successivamente gli Atti.

In questa occasione, il nostro interesse è rivolto esclusivamente al volume che raccoglie gli Atti del Convegno berlinese del 1997, ma non si può omettere una considerazione di carattere generale, che concerne

il complesso delle iniziative sopra ricordate. Esse sembrano tutte riconnettersi ad un intento di fondo, che le tiene insieme, come parti di un piano di ricerca articolato, ma anche compatto, ed in ultima analisi unico. Si tratta, in una parola, di comprendere in quale misura il tanto discusso *diritto costituzionale europeo*, inteso come insieme di *principii costituzionali comuni*, nel senso di generalmente riconosciuti nello spazio civile e politico europeo, sia sostanzialmente un frutto meramente convenzionale degli attori politici odierni, o non abbia piuttosto un fondamento storico, che ha le sue prime radici proprio nella fase considerata nel volume oggetto della nostra attenzione, ovvero nel tempo in cui, tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento, si operò sul piano statale per il superamento delle matrici originarie di stampo cetual-assolutistico, e per l'affermazione di regimi politici che puntavano sullo strumento della Carta costituzionale per la definizione dei diritti e dell'ambito dei poteri. Si tratta, ancora, e più specificamente, di comprendere quale sia il contenuto effettivo di quella nozione di "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri", che si trova nel noto articolo sesto del Trattato sull'Unione, e che anche di recente è stata posta alla base dell'opera formativa del *Bill of Rights* europeo, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sottoscritta e proclamata al Consiglio europeo di Nizza (sul punto sia consentito rinviare ad un nostro saggio che affronta, in un'altra ottica, proprio la questione delle 'tradizioni costituzionali comuni', ora in M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 889 e ss.).

Così, nella introduzione dei due curatori, e più ancora nelle considerazioni di Pierangelo Schiera, che aprono il volume, è del tutto trasparente l'intento di spostare sul piano della *storia costituzionale comparata europea* interessi di ricerca fin qui fruttuosamente coltivati, ma solo sul piano, ben diverso, e soprattutto ben più ristretto, dell'analisi del carattere 'esemplare' di alcuni 'casi' ricostruibili sul piano nazionale, come quello tedesco o quello inglese, o al massimo della comparazione tra singole esperienze ritenute per alcuni versi vicine, come l'Italia e la stessa Germania, o ancora dello studio della 'circolazione' di 'modelli' ritenuti forti ed influenti, come quello medesimo inglese. L'ambizione sembra ora essere diversa, e consiste, in una parola, nel tentativo d'inquadrare le storie costituzionali dei singoli Stati nazionali nella dimensione di altrettante 'varianti' di un'esperienza comune, che sostanzialmente possa dirsi europea. Si tratta cioè di ristudiare quelle medesime storie nazionali da un punto di vista europeo, al fine di verificare l'esistenza sul piano storico di veri e propri *principii comuni*, che possano essere qualificati come altrettanti *caratteri fondamentali dello Stato costituzionale europeo*, nell'epoca compresa tra il superamento della matrice cetual-assolutistica ed il nostro tempo storico, entro cui sta emergendo proprio la questione di *una forma*

politica europea, ovvero la presenza di una dimensione politica sovranazionale di origine pattizia, ma sempre più dotata di propria identità e consistenza costituzionale, di difficile comprensione con le categorie del diritto pubblico statale, e che forse proprio la nostra storia costituzionale potrebbe aiutarci a decifrare.

Così, nel volume ora oggetto della nostra attenzione, il passaggio tra Sette ed Ottocento, e l'intera prima metà dell'Ottocento, divengono fertile campo di sperimentazione per la nuova prospettiva della storia costituzionale europea. Ed alla prima parte del volume, dedicata al *Konstitutionalismus in Deutschland*, ricca per altro di saggi interessanti, di Hans Boldt, di Carla De Pascale, di Wolfgang Burgdorf, di Hartwig Brandt, di Paul Nolte e di Otto Dann, si aggiunge così inevitabilmente, nella logica sopra enunciata, una seconda parte, in cui lo stesso *Konstitutionalismus* è indagato nella dimensione europea, con saggi di Martin Kirsch, di Monika Wienfort, di Ursula Meyerhofer, di Friederike Hagemeyer, di Horst Dippel e di Werner Daum, che toccano aspetti comparativi assai diversi, confrontando l'esperienza costituzionale prussiana con quella inglese, o con quella danese, o esaminando l'influenza della costituzione spagnola del 1812 sul primo costituzionalismo tedesco, o ancora esaminando nel quadro europeo alcuni 'casi' esemplari, come quello svizzero tra il 1798 ed il 1848, o quello napoletano e siciliano del 1820-21.

In particolare, nel saggio di Martin Kirsch si ripetono tesi che lo stesso autore aveva già espresso in modo ben più ampio e documentato nel suo lavoro monografico (M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp-Frankreich im Vergleich*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1999). E si tratta di tesi che si collocano nell'ambito problematico sopra delineato, con l'intento d'indagare se proprio nel diciannovesimo secolo, tempo storico per eccellenza degli Stati nazionali e delle 'vie' nazionali, non sia possibile recuperare la consapevolezza della esistenza, al di là di quei singoli 'casi', tedesco, francese, inglese, o di altra esperienza nazionale, di quelle che Kirsch chiama 'strutture europee', ovvero di soluzioni che si determinano sul piano istituzionale e costituzionale in modo ricorrente, tanto da far pensare ad un comune patrimonio, in ultima analisi ad un certo e determinato costituzionalismo sostanzialmente presente nell'intero spazio politico europeo. Kirsch propone anche di denominare 'costituzionalismo monarchico' questo medesimo tipo storico di costituzionalismo, pensando che esso abbia dominato in Europa all'incirca fino alla prima guerra mondiale, fino all'avvento del costituzionalismo democratico del Novecento.

Come torniamo a ripetere, non si tratta di questioni destinate a rimanere nel recinto chiuso della storiografia. Se è vero che gli Stati democratici della seconda metà del Novecento stanno determinando nei fatti i contorni di una forma politica europea, non è affatto

marginale o di scarsa importanza, proprio in questo momento, la costruzione di una consapevolezza di ordine storico, che serva a rispondere alla domanda che molti oggi si pongono: se quella forma sia il frutto meramente convenzionale degli attori politici odierni, o se essa non corrisponda piuttosto ad una storia comune, che non ha mai cessato di essere tale, perfino all'epoca degli Stati nazionali e del più intenso racchiudersi della vicenda costituzionale nei confini e negli orizzonti della politica e del diritto di stampo statale-nazionale, e che in fondo, in questi termini, finisce per coincidere con la *storia dello Stato moderno in Europa*, ovvero con i caratteri che ha assunto in Europa il progetto politico ed amministrativo in età moderna, anche grazie allo strumento specifico della costituzione, che da un certo momento in poi si presenta in forma scritta, ed assistita da particolari garanzie, che la dotano di una certa rigidità.

Ma non si vuole qui andare troppo oltre, rispetto ai compiti, informativi e di commento, del recensore. Della proposta di Kirsch, del 'costituzionalismo monarchico' come tipo storico di costituzionalismo a suo giudizio dominante in Europa nel diciannovesimo secolo, si deve dire, da un punto di vista più interno alla ricerca storico-costituzionale, che essa può essere più o meno condivisa, o criticata, ma serve comunque a muovere le acque, ed a riconsiderare su basi nuove tutta una serie di vecchie questioni: ad iniziare proprio da quella del celebre '*Sonderweg*' tedesco, del 'principio monarchico' come fattore costituzionale decisivo per la caratterizzazione del modello costituzionale tedesco, in modo tale e con tale e tanta intensità da determinare una sorta di specificità assoluta, non comparabile con altri 'casi' sul piano europeo. Ebbene, nella proposta di Kirsch si tenta di uscire da questo recinto chiuso, considerando il caso tedesco, accanto, per suggerire un altro riferimento, alla Carta francese del 1814, come la variante, a dominanza monarchica, del più generale modello europeo della 'monarchia costituzionale', che in altri casi, come in quello della Costituzione spagnola del 1812, o della Carta francese del 1830, o più ancora della Costituzione belga del 1831, in presenza di diverse condizioni storiche, faceva scivolare il pendolo del modello costituzionale dall'altra parte, in sostanza producendo un'altra variante di quel medesimo modello, questa volta a dominanza parlamentare.

I criteri che servono a classificare le soluzioni costituzionali da una parte o dall'altra sono noti, ed utilizzati anche da Kirsch: chi siano i titolari del decisivo potere d'iniziativa legislativa, quale posto occupi il re nel procedimento di legislazione ordinaria a partire dal grande modello storico inglese del *King in Parliament*, e con quale intensità egli sia legittimato ad esercitare un eventuale potere di veto, quale spazio abbia nella sistematica delle fonti, ed in particolare in rapporto alla legge, il potere d'ordinanza del re, ed in genere il potere di normazione dell'esecutivo, come si svolga in concreto l'esercizio del potere di

scioglimento del Parlamento, fino poi alla più tradizionale e studiata delle questioni, anche con riferimento all'Italia, concernente il ruolo effettivo dello stesso re, e del parlamento attraverso la maggioranza, nella determinazione e formazione del governo. La ricerca si sposta così su questi concreti oggetti istituzionali, nel tentativo di scoprire le connessioni tra i poteri, il grado effettivo della loro presenza, la loro diversa e variegata articolazione. Ma sempre dentro il quadro del costituzionalismo europeo del diciannovesimo secolo, che secondo Kirsch ha una struttura sostanzialmente comune, se non addirittura unica, nel senso che tutte quelle diverse soluzioni istituzionali sono come varianti, o espressioni specifiche e determinate, di *quel determinato* costituzionalismo, caratterizzato comunque nel senso di *una forma politica a struttura dualistica*, che offre agli attori politici proprio questa virtù della elasticità, del suo diverso e variegato dislocarsi, in misure diverse, più su un polo che sull'altro del sistema costituzionale, più dalla parte della monarchia o da quella del parlamento. Con un necessario rovescio della medaglia, per altro anch'esso assai noto: la indisponibilità degli attori del sistema costituzionale, ed in particolare dei due 'poli', monarchico e parlamentare, desiderosi di rimanere il più possibile liberi nello svolgersi effettivo dei rapporti politico-istituzionali, ad accettare una troppo marcata supremazia della costituzione come norma giuridica, da loro vista come un pericoloso fattore di rigidità; e la conseguente sostanziale indisponibilità dei medesimi attori ad accettare un ruolo importante della giurisdizione costituzionale, che avrebbe potuto affermarsi come un vero e proprio ruolo 'arbitrale' tra i due 'poli' del sistema costituzionale, ed in fondo anche una troppo marcata estensione della materia costituzionale definita in forma scritta, soprattutto in ordine al grande capitolo dei diritti, che proprio per questo motivo in questa epoca rimase chiuso nell'orizzonte del rinvio alla legge in funzione di garanzia, non aprendosi mai alla dimensione, che sarà poi novecentesca, dei diritti fondamentali, e dunque della garanzia costituzionale, e non più meramente legislativa, di quei medesimi diritti.

Oltre non vorremmo andare nella ricostruzione della proposta di Kirsch, che abbiamo messo in particolare rilievo più che altro perché rappresentativa di un certo modo d'intendere la prospettiva, cui anche noi abbiamo accennato, della storia costituzionale europea. È una prospettiva che torna ora, e non a caso, a riprendere forza e vigore, facendo crescere il numero degli studiosi che in diversi paesi si dedicano a ristudiare le diverse storie nazionali da un punto di vista europeo. Ed è inoltre una prospettiva che mette insieme, come sempre è accaduto nel campo della migliore e più accreditata storiografia costituzionale, diverse competenze, propriamente storiografiche, giuridiche, politologiche, rivolte allo studio delle dottrine o delle istituzioni, sapendo che la costituzione come oggetto di ricerca si trova sempre nell'intreccio, e sui punti di convergenza, tra diversi percorsi di ricerca.

Per parte nostra, speriamo che le cose stiano davvero così, e che questa nuova fase della ricerca storico-costituzionale si stia davvero aprendo. Con queste motivazioni, e con questi intenti, abbiamo voluto presentare al lettore dei *Quaderni* gli Atti del Convegno berlinese del 1997, curati da Martin Kirsch e Pierangelo Schiera.

MAURIZIO FIORAVANTI

SALVATORE LUPO *Il fascismo - La politica di un regime totalitario*, Donzelli editore, Roma 2000.

1. Non è casuale, credo, che Salvatore Lupo sia ‘nato’ come storico della mafia, che provenga cioè da un’esperienza scientifica che più di altre impone la capacità di connettere al rigore documentario l’attenzione costante al dato della mentalità, delle inclinazioni psicologiche e persino delle infatuazioni che percorrono epoche e fenomeni. Dati tutti questi che entrano nel suo discorso scientifico mai nella veste spicciola e semplificante dell’aneddoto ma in quella ben più robusta che deriva ad essi dal vedersi chiamati a restituire le molteplici e spesso irregolari stratificazioni di reticolati storici complessi. Ed è sicuramente questo uno dei grandi pregi del suo ultimo lavoro sul fascismo in cui si realizza una sorta di vero e proprio circolo virtuoso capace di coagulare intorno ad un impianto nitido e solido il piano della consapevolezza strategica come quello delle incongruenze o degli imprevisti corti circuiti, piani tutti che hanno costituito per il fascismo occasioni storiche di vario segno e variamente utilizzate nel tentativo di inaugurare una dimensione della politica nuova, depurata, purgata ⁽¹⁾, dal germe infestante del passato e protesa finalmente a creare, a “creare la storia” ⁽²⁾.

Così capita che questo incrocio costante tra spoglio accuratissimo delle fonti e scavo psicologico faccia emergere il carattere solo apparente di certe incongruenze ⁽³⁾ in realtà ben radicate nella nuova

⁽¹⁾ “La metafora della bonifica — dice Lupo — ebbe grande importanza... spesso presentandosi accanto a quella della medicina e della chirurgia. La distruzione delle pubbliche libertà veniva raffigurata nel discorso dell’Ascensione come ‘igiene sociale, profilassi nazionale’. I delegati del potere centrale che abbiamo visto calare in provincia per combattere mafie, epurare notabili, eliminare fazioni, chiudere circoli dove si riproduceva l’odiato parlamentarismo, sentivano se stessi come chirurghi intenti a estirpare un persistente morbo, o meglio come operatori di una bonifica igienica tendente a purificare le periferie dai miasmi dell’infezione”, S. LUPO, *Il fascismo - La politica di un regime totalitario*, Roma, Donzelli editore 2000, p.336.

⁽²⁾ *Ibidem*, p.13.

⁽³⁾ Così come, e specularmente, viene messo in rilievo il radicamento profondo di certe congruenze. Ad esempio Lupo documenta la psicologia di un movimento che

progettualità politica. Se infatti scopo dichiarato del lavoro è quello di identificare gli ambiti propri della politica nel ventennio, Lupo chiarisce continuamente come lo studio della politica *nel* fascismo sia davvero fruttuoso in quanto ad essa si guardi come alla politica *del* fascismo. Il fascismo insomma non si barcamena insensibilmente tra vecchio e nuovo, ma tenta di percorrere, e percorre, la via del nuovo in primo luogo contestando una certa dimensione della politica — quella dialettica — per realizzarne una che, invece, “neg[hi] l'utilità della divisione in parti” (4). Se poi questo tentativo non riesce, o riesce solo parzialmente, ciò non si deve — ci dice Lupo — a improbabili e tardivi rigurgiti del ‘vecchio’ ma casomai agli imprevisi e alle incongruenze del ‘nuovo’, vittima delle sue stesse ossessioni.

Senza mai costringere i propri materiali di lavoro in una struttura valutativa monolitica, pre-confezionata, l'Autore si guadagna uno spazio di libertà capace di ospitare anche le zone, spaziali o temporali, più refrattarie a letture univoche e, proprio per questo, assai espressive. Così, oltre ad un ampio spazio dedicato al problema delle origini, Lupo segue con rara attenzione i vari itinerari locali del fascismo mettendo in costante comunicazione centro e periferia, nord e sud, campagna e città.

2. Trattandosi quindi di una dinamica davvero ricca e articolata, aperta — altro pregio di questo libro — alla lettura su più fronti, ci sembra che una chiave interpretativa, non solo compatibile con l'economia di una recensione ma anche con gli interessi e i temi dello storico del diritto, possa essere proprio quella di esaminare l'apporto che la politica del fascismo dà alla elaborazione del rapporto unità-pluralità, centralizzazione-autonomia nell'ambito di un quadro sociale ed istituzionale chiamato a confrontarsi con le presenze, di conio fascista, del partito e del sindacato unico.

Al riguardo, un primo dato sembra emergere: se la “fobia per la frantumazione” (5) aveva costituito, già negli anni precedenti la prima guerra, un collante a facile presa su settori di diversa ispirazione ideologica, il fascismo al potere sembra non saper convertire l'acquisito monopolio della vita pubblica in una macchina socialmente e politica-

sull'immagine svincolata dalla documentazione comincia a costruire la propria fortuna presso le masse e la stessa sorte dei suoi uomini: la retorica “non teme la replica dei fatti, ed è del tutto *vera* per chi sta tutto all'interno di un sistema di segni, o di miti” (*ibidem*, p. 70). Si pensi a Farinacci, che, alla testa di un rassato locale tra i più solidi e temuti, poteva, da segretario del p.n.f., ergersi ad alfiere del primo moto epurativo contro cricche e clientele locali e, soprattutto, poteva essere reputato credibile in questa veste (*ibidem*, p.194).

(4) *Ibidem*, p.17.

(5) “La frantumazione dei poteri dello Stato denunciata dai liberal-conservatori corrisponde così alla frantumazione della coscienza di classe denunciata dai sindacalisti, alla frantumazione dell'interesse generale denunciata dai liberisti, alla frantumazione della patria denunciata dai nazionalisti” (*ibidem*, p.11).

mente compatta, espressione di una catena di comando organizzata in modo ferreamente gerarchico. Ma questo non avviene — e qui secondo me sta l'originalità della lettura di Lupo — per le più o meno aperte resistenze degli apparati tradizionali, quanto per l'exasperazione di un 'gioco dei poteri' inaugurato proprio dal fascismo.

Il fascismo, che nega la stessa dimensione della sintesi, di un interesse generale, cioè, risultante dalla sintesi di interessi particolari ⁽⁶⁾, utilizza con consapevole disinvoltura e quasi indistintamente partito e sindacato (al pari della violenza squadristica) come strumenti di conquista dell'egemonia. Di un'egemonia che poi però andava gestita, organizzata: e a riaffiorare, anche in una realtà istituzionale ormai declinata al singolare, è il solito "demone della politica" ⁽⁷⁾. E se non si poteva più parlare di 'stati nello Stato', affiorava lo spettro non meno allarmante di uno 'Stato nello Stato', lo spettro cioè di forze — in primo luogo il partito, ma anche il sindacato — che avevano concorso a creare il nuovo Stato, che al pari dello Stato si fregiavano della qualifica di fasciste ma che dovevano limitarsi ad essere meri strumenti di *affermazione* — ma, si noti, mai di *legittimazione* — dello Stato medesimo. E la diffidenza del fascismo-governo centrale per queste sue creature si accresce proprio nel momento in cui esse rimangono le sole forze ammesse sulla scena politica ⁽⁸⁾: la stessa stretta centralizzatrice che dal '26 caratterizza la politica del regime, non si presenta né come opzione di omogeneizzazione del carattere ideologicamente composito del fascismo ⁽⁹⁾ né come tentativo di creare fronti di potere compatti, capaci di fornire al governo centrale un riscontro *stabile* e costante delle proprie scelte. Anzi la instabilità di queste aree di potere, tutte vissute come pericolosi duplicati dell'autorità statale, viene consapevolmente promossa dal

⁽⁶⁾ *Ibidem*, p.12

⁽⁷⁾ Tra i tanti luoghi in cui ricorre questa espressione, v. p. 346

⁽⁸⁾ Si riporta un'osservazione relativa al sindacato tranquillamente utilizzabile anche in riferimento al partito: "...l'organizzazione rossonianiana...da ibrido sottoprodotto dello squadrisimo, rischiava di divenire una sorta di partito con quasi tre milioni di aderenti, compatta sotto la guida del suo vice duce. A rafforzarla era il fatto di rimanere al centro di un campo progressivamente svuotato di concorrenti. A rafforzarla era la stessa logica di una rivoluzione che voleva essere corporativa". *Ibidem*, p. 224.

⁽⁹⁾ Si aspira a controllare, non a selezionare ideologicamente il fascismo. Si riportano, al riguardo, due significative osservazioni dell'Autore: "i reduci del fascismo-movimento, gli iper radicali come Tamburini, non trovavano chiuse le porte del regime se erano disposti ad abbandonare l'eslege potere locale inserendosi in una più controllabile struttura nazionale (*ibidem*, p. 206); e ancora: Mussolini "provò con entrambi [Ricci e Turati] l'operazione di trapianto che non era riuscita con Farinacci: li sottrasse alle pericolose suggestioni dell'ambiente locale, facendo comprendere di aver bisogno a Roma di tecnici della mobilitazione politica, formati in uno schema di tipo radicale che andava non già eliminato ma riutilizzato nelle nuove istituzioni nazionali del fascismo" (*ibidem*, p. 209).

centro ⁽¹⁰⁾ al pari delle ondate epurative. Dove il “meccanismo dell’epurazione — nota Lupo — rivela non tanto (come si dice) le concessioni fatte dal regime alle forze moderate e tradizionali che guardavano con preoccupazione agli eccessi degli uomini di partito; quanto la paranoica ostilità del fascismo stesso per il concetto del contrasto palese, della rappresentanza e della delega, per ogni più o meno libera aggregazione delle persone e dei gruppi e dei programmi” ⁽¹¹⁾.

E quello che ci sorprende, scorrendo il lavoro di Lupo, non è tanto questa ostilità verso ogni dinamica rappresentativa, quanto la capacità dimostrata da una simile ‘centralizzazione per sradicamento’ di riprodurre, ma in forma distorta, perversa, scontri tra fazioni, correnti, realtà istituzionali ⁽¹²⁾. Ben oltre lo stesso gioco consapevole di Mussolini — che certo aveva intravisto in tali procedure la strada per la progressiva identificazione del centro con la sua stessa persona — Lupo ci tiene a mostrare come la recrudescenza dello scontro fra poteri non segnali solo lo scarto — presente in ogni esperienza storica, specie se guardata col privilegio del senno di poi — tra l’essere e il dover essere, ma l’effetto specifico, anche se indesiderato, di specifiche scelte di gestione del potere. Si rifletta ancora sull’epurazione: se essa diviene uno dei tratti identificativi della politica del regime, “c’è da chiedersi se la [conseguente] politica delle beghe sia davvero una sopravvivenza dell’antico regime o piuttosto non si ponga come l’altra, ineliminabile faccia... dell’obbedienza” ⁽¹³⁾. Se “il fascismo abolisce per decreto la lotta politica anche all’interno del partito” ⁽¹⁴⁾, evitando addirittura, e sin dal 1925, di riunire in congresso il p.n.f., l’unica risorsa ‘dialettica’ verrà rintracciata “in un opposto appello al centro... nella delegittimazione presso i superiori, nell’accusa di spirito fazionario” ⁽¹⁵⁾. E così “le polemiche ideologiche tra radicalismo e moderatismo, sul fascismo della prima e dell’ultima ora, sulle vere o falsificate benemerienze antemarcia, cedono len-

⁽¹⁰⁾ A Giuriati, segretario del p.n.f., che pone il problema del parallelismo, “cioè della mancata definizione dei ruoli tra partito e ministero degli interni”, Mussolini risponde “che è necessario che « la pentola bollis[ca] », insomma che i contrasti sono preferibili alla stabilizzazione di poteri notabili su scala locale” (*ibidem*, p. 310).

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 24. “Significativamente — nota Lupo — in molti casi, i violenti contrasti interni alla nuova ‘aristocrazia’ ... non venivano proposti come conflitti politici — né tanto meno fazionari, quali in realtà erano — ma come ‘vertenze cavalleresche’, e in quanto tali risolti da giurì d’onore e da scontri all’arma bianca”, *ibidem*, p. 161.

⁽¹²⁾ “L’analisi concreta... indica... che ai gruppi locali non mancavano strumenti per agire, ma *occultamente*, nell’altra direzione”: spesso essi riuscivano “a piegare ai propri fini il meccanismo dell’epurazione, di per sé teso invece a riaffermare la lineare logica del comando” (*ibidem*, p. 24).

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 325.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 199.

tamente il campo a quelle morali relative alla sfera pubblica, o privata, o anche sessuale — ciò che è più semplice, più rapido, e in ultima analisi più consono a un'ideologia profondamente imbevuta di anti-politica" (16). D'altra parte le ondate epurative, segnando comunque un momento di prevalenza potestativa del p.n.f., innescavano ulteriori e pericolose rivendicazioni istituzionali. "Vantando una totale fedeltà al centro, il partito ritiene — dice Lupo — di mettersi a posto con le necessità della storia, ma non rinuncia certo all'ambizione di proporsi come la componente decisiva del regime". Si schiera allora "contro i sindacati, e nei loro confronti il suo segretario [Turati] usa il solito espediente retorico dell'assimilazione del nuovo al vecchio: attraverso il sindacalismo si riproporrebbe a suo dire 'quel potere personalistico e criccaiuolo che il fascismo... ha distrutto'." (17)

E in modo (solo apparentemente) paradossale, sarà dallo stesso fronte fascista che si arriverà ad invocare il 'rimedio pluralismo', il recupero di una "qualche forma di pluralismo" (18), capace di riportare la politica alla dimensione della contrapposizione — o più semplicemente dello scontro — se non fra contenuti, quanto meno fra modi di sentire. Per un movimento infatti che aveva trovato nel radicalismo (19) — modo di sentire, appunto, più che modo di pensare — il primigenio e forse più marcato tratto identitario, che aveva attinto dalle guerre mondiali (20) l'iniziale spinta come l'estremo sussulto di vitalità 'ideale', la perdita di ogni possibilità di lettura dicotomica della realtà politica rischiava di portare all'asfissia (21).

(16) *Ibidem*, p. 325.

(17) *Ibidem*, p. 250.

(18) *Ibidem*, p. 352-354.

(19) *Ibidem*, p. 12.

(20) V. cap. I e cap. V. In particolare, sulla scelta di intervenire nel secondo conflitto mondiale, osserva l'Autore: "È vero... che il fascismo fece la guerra perché essa rappresentava l'unico possibile cemento di una rinnovata opzione radicale, l'unica rivoluzione possibile e l'unica prova di compattezza della nazione ormai ribattezzata a razza". *ibidem*, p. 418.

(21) Resta prigioniero, il fascismo, di quella logica di fazione nella quale Amendola, con notevole lucidità rispetto ai contemporanei, aveva rintracciato uno dei tratti strutturali del nuovo potere politico. È sua infatti la "definizione del fascismo quale movimento *totalitario*, che pone se stesso come tutto (nazione) e nega ogni legittimità agli avversari definendoli sprezzantemente antinazione, che identifica la patria con una fazione — la propria — e definisce fazione tutto quello che resta al di fuori di sé...", *ibidem*, p. 134. Osserva ancora Lupo relativamente alla legislazione antisemita: "Con le leggi razziali il fascismo interrompeva il processo formativo della nazione, in atto dal periodo liberale... Di nuovo, come era avvenuto con lo squadristo e con le leggi fascistissime del 1925-26, il concetto di nazione veniva assunto in maniera strumentale e faziosa per assicurare la prevalenza di una parte degli italiani su altri, definiti loro malgrado antinazionali; di nuovo si provvedeva alla difesa di un presunto fronte interno... Di certo l'antisemitismo non intendeva compiacere una generica opinione pubblica, che anzi, ... si mantenne perplessa e critica. Si trattava di un affare interno al

Ed era sicuramente asfittico, “per un regime che rischia[va] di perdere il polso dello spirito pubblico”, innalzare “l’insieme del chiacchiericcio semisegreto” a “sostitutivo dell’opinione pubblica” (22). Con esiti pesanti, incongruenti rispetto alle mire rincorse: da un lato infatti troviamo un fascismo che “afferma di voler sciogliere nell’acido del totalitarismo personalismi, beghismi, elezionismi, autonomie di poteri locali”, che “presenta la ‘personalizzazione’ come criterio etico-politico per garantire la prevalenza dello spirito di servizio” (23), dall’altro un fascismo che “in alcune situazioni chiave” sarà costretto a contare proprio su un radicato notabilato squadrista per connettere “centro e periferia” (24). Radicazione contro sradicamento, dunque. Laddove la politica dello sradicamento rivelava negli esiti la mancata realizzazione dell’obiettivo forse più ambizioso e innovativo del fascismo, quello di convertire alla propria ‘fede’ le masse (25), mediante un processo di inquadramento gerarchico che per risultare efficace doveva essere affidato a poteri stabili, ben radicati appunto. Se certo l’amalgama ideologico da cui il fascismo era scaturito, rendeva problematica ai suoi uomini l’individuazione della stessa ‘traiettoria di fedeltà’ al centro, è indubbio che non fosse nei piani del centro questa ‘rivincita *in extremis*’ proprio delle sacche di autonomie locali e personali meno flessibili alle sue richieste.

E il partito che, nella mente di uno dei segretari, il grande ‘epuratore’ Turati, doveva diventare un “esercito” (26), una macchina vocata a sfornare disciplina e stabilità, a saldare definitivamente Stato e società,

fascismo; serviva a rimettere al lavoro il tarlo radicale. [Per questo] Non ha senso chiedersi se l’antisemitismo fosse o no connaturato al fascismo, se costituisse o meno un’imitazione del nazismo. Piuttosto è da dirsi che il nazismo, in queste ed altre occasioni, venne utilizzato come un modello di dinamismo atto a provocare la rivoluzione, a spingerla a chiarire finalmente i suoi obiettivi...” (*ibidem*, p. 417).

(22) *Ibidem*, p. 328.

(23) *Ibidem*, p. 316.

(24) *Ibidem*, p. 318.

(25) Val la pena riportare per intero le osservazioni dell’Autore: “... la sfera politica esaltata dal fascismo è quella già individuata dal pensiero nazionalista come campo privilegiato della volontà e degli interessi eterni della nazione: la politica estera, la cui interpretazione viene rigorosamente riservata ai governanti... Questo è il campo della lotta e del contrasto possibili, anzi ineluttabili e vitali. La politica interna tende a definirsi come efficiente amministrazione, se non nei casi in cui essendo in gioco l’idea del rafforzamento dello Stato e della sanità della stirpe (dunque ancora in vista della competizione tra le nazioni) si palesa una più forte tensione ideologica: analizzeremo sotto questo profilo l’operazione di repressione della mafia affidata al prefetto Mori e la bonifica-colonizzazione delle paludi pontine. A queste due sfere primarie della politica se ne collega una terza, subordinata, riservata alle masse e ai quadri intermedi, definibile come manifestazione di fede o, diremmo noi, spirito di servizio, celebrazione solare della ‘religione della patria’, affermazione di una ferrea tensione collettiva in vista della realizzazione degli scopi stabiliti nelle altre due sfere.” *Ibidem*, p. 25.

(26) *Ibidem*, p. 245.

si era trovato a soccombere di fronte all'exasperazione di un gioco che, per voler essere iper-centralizzante, lo aveva alla fine privato di ogni veste istituzionale. Persino di quella — sicuramente compatibile anche col più ferreo progetto gerarchico — di fungere da cinghia di trasmissione tra centro e periferia (27).

Allora allo storico del diritto viene in mente che la valutazione sull'autonomia della scienza giuridica possa essere trainata dal piano asettico e non troppo lusinghiero del tecnicismo a quello dei contenuti. Viene cioè in mente che i giuristi l'anima se la sono salvata non perché hanno continuato a parlare una lingua non contaminabile dalle scorie del politico, del quotidiano, ma casomai perché, anche e soprattutto oltre la fisionomia del quotidiano, hanno saputo pescare nel profondo delle pulsioni e delle esigenze del loro tempo. Perché hanno saputo — verrebbe da dire parafrasando Lupo — parlare di partito emancipandosi da quell'oscillazione tra antipartito e iperpartito (28) di cui il fascismo in definitiva rimane schiavo. Hanno saputo, i più sensibili, porsi il problema di una nuova dislocazione del rapporto Stato-società vedendo nel sociale non il piedistallo silente del potere statale, ma il substrato necessario che quel potere doveva legittimare, anche attraverso il partito, impedendogli così di "poggiare nel vuoto" (29). Non solo, a paventare questo *'horror vacui'* è Panunzio, 'giurista di regime' cui evidentemente non sfuggiva la percezione del rischio esiziale che quello stesso regime stava correndo con la sua profonda rinuncia al sociale, certo non compensata dalla vocazione scenografica ormai esibita sul fronte politico come su quello più strettamente sociale (30). Mentre quasi profetica, in questo quadro, ci sembra la posizione di Costantino Mortati: la sua concezione della politica, e del partito, come

(27) "Nemmeno l'informazione deve procedere dal basso verso l'alto: Mussolini chiede ai prefetti di 'scovare bisogni inespressi', li invita a non aspettare che si attivi il pericoloso meccanismo dell'autonoma mobilitazione della società, anche qualora essa si esprima 'attraverso un Ente o un ordine del giorno'. Prefetti, questori e carabinieri, rappresentano organi informativi ben più 'naturali' di 'Enti' come il sindacato (e il partito)" (*ibidem*, p. 227). Anche le adunate, se collocate fuori dallo schema spersonalizzante dell'assembramento oceanico, mantengono una parvenza para-assembleare che le rende automaticamente stigmatizzabili proprio per l'illusione di co-protagonismo che alle masse potrebbe da esse derivare (*ibidem*, p. 227). Significativa, in proposito, la lucidità con cui Maccari rende, sia pure con "tono dolceamaro", il senso di questa estromissione: "Noi sentiamo bene che oggi non è più permesso a chiunque di fare della politica. Col fascismo, la politica è politica di governo, non di partito. Col fascismo, i partiti non hanno diritto di esistere" (*ibidem*, p. 244)

(28) "L'antipartito nasce dal bisogno di 'toglier di mezzo fin l'ultimo resto delle divisioni di parte per attingere l'autentica unanimità nell'antica autorità dello Stato'; l'iperpartito si fa partito unico, abbraccia la totalità dei cittadini, raccoglie ed amplifica le forze della nazione" (*ibidem*, p. 27).

(29) PANUNZIO S., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam 1939, p. 16.

(30) Si veda il cap.V, con l'ampia documentazione relativa al p.n.f. staraciano e alla martellante propaganda che accompagnò la bonifica delle paludi pontine.

dimensioni ordinarie della società, poco aveva a che fare con quello che passava sotto i suoi occhi e molto invece con una tensione progettuale che avrebbe, semmai, raccolto i propri frutti molto oltre la vicenda del fascismo.

IRENE STOLZI

MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band 1914-1945*, München, Beck, 1999, pp. 439.

1. E, infine, Weimar!

Dopo i primi due tomi, che i lettori dei *Quaderni* ben conoscono [17(1988), pp. 464 ss.; 22(1993), pp. 630 ss.], la poderosa sintesi di Michael Stolleis approda al tumultuoso e drammatico periodo tra le due guerre. E vi approda sulla base di un metodo ormai sperimentato che ha già dimostrato, per il volume sei-settecentesco e quello ottocentesco, di saper coniugare in modo egregio una storia del diritto pubblico tedesco, assunta nella ricchezza dei suoi protagonisti, delle sue sfaccettature teoriche, delle sue articolazioni disciplinari, con le grandi tappe del processo storico, i passaggi costituzionali, la trasformazione dei modelli statuali e degli assetti sociali.

S. ci aveva lasciati alla “magische Schwelle” del 1914, al rapido dissolversi di una “gute alte Zeit” ormai definitivamente incamminata sulla via del tramonto. Ed il racconto puntualmente riprende dagli effetti del conflitto, dal diritto di guerra, dall’infittirsi dell’interventismo statale e — naturalmente — dai grandi temi della storia tedesca di quegli anni: la sconfitta, la rivoluzione di novembre, la brusca archiviazione dell’Impero guglielmino, la democrazia dei consigli.

Il racconto riprende, ma niente è identico alla realtà e all’atmosfera della *Belle époque*. Niente è identico nel conflitto politico e sociale, nei fondamenti della legittimità costituzionale, negli equilibri internazionali.

Insieme al principio monarchico scompare anche, d’un tratto, l’omogeneità dei modelli teorici della dottrina dello Stato di anteguerra: uno stimolo concettuale formidabile, continuamente rinfocolato dall’esigenza di trovare risposte al problema dell’unità di una terra distrutta e frammentata e che si avvia tra mille tensioni verso un primo contatto con le forme della democrazia politica (pp. 74 ss.), percorre come un fulmine la superficie del diritto pubblico, scatenando quella riflessione accesa e polarizzata che ha reso, sino ad oggi, il dibattito weimariano un punto di osservazione privilegiato sulle contraddizioni dello Stato contemporaneo e della moderna società di massa.

Inizia il lungo, drammatico, Novecento tedesco.

La costituzione, questa volta, è il frutto di un potere costituente, il risultato di una frattura rivoluzionaria: è fragile nei suoi compromessi

rispetto alla solida continuità delle istituzioni dell'impero guglielmino: esercito, amministrazione, giurisdizione; fragilissima se quel testo si mette a confronto con il compito immane di disciplinare un altissimo stato di tensione sociale e garantire un'integrazione inesistente nei fatti. Ma non di meno è decisione che archivia la monarchia costituzionale, fonda una nuova legittimità repubblicana, disegna una inedita forma di governo che associa un Presidente eletto direttamente dal corpo elettorale a ministri responsabili di fronte al Parlamento, ospita nella sua seconda parte un catalogo di diritti in cui i diritti sociali e le esigenze di democrazia economica trovano per la prima volta una significativa collocazione.

Se la costituzione tenderà a divenire un campo privilegiato dello scontro questo non dipende quindi soltanto dalla sua intrinseca fragilità, ma anche e soprattutto dal convergere di una serie di fattori esterni ed interni che rendono il conflitto politico non arginabile attraverso il diritto.

Da un lato è l'ombra di Versailles — il miope "Diktat" (p. 87) imposto dalle potenze alleate ad una Germania che deve essere 'bandita' dalla comunità internazionale e severamente 'punita' con sacrifici del territorio nazionale e coloniale, demilitarizzazioni, riparazioni — che proietta le sue cupe ombre sulla Repubblica ed "avvelena" insieme il clima internazionale e la stessa costituzione, che sembra così obbedire ad obiettivi di democratizzazione imposti dal nemico vittorioso.

Dall'altro è la perdita di quella sostanza statale da tempo individuata nel binomio monarca-burocrazia che diffonde il senso di un improvviso vuoto di potere, aggravato dal fatto che del testo costituzionale le forze politiche stentano ad assumersi la diretta paternità, scatenando il rigetto di una prassi di governo che si muove di necessità, nel contesto di una radicalizzazione del conflitto senza precedenti, attraverso coalizioni partitiche la cui "labilità" sarà presto sommersa da un coro di critiche. Quei partiti cui il testo costituzionale per l'appunto fa appena riferimento e solo per contrapporre alla sfera della politica il nucleo incorrotto di una statualità ancora in grado di esprimere un indiscutibile interesse generale: "i funzionari pubblici sono 'servitori' della collettività, non di un partito" (art. 130).

Il passaggio costituente ha lasciato orfani i giuristi dei tradizionali pilastri della statualità: con la monarchia è scomparso anche quell'"universo di valori per l'insieme non problematico di cui essa è simbolo e rappresentazione" (Smend, 1928). È una voragine da colmare quella apertasi con la caduta del principio monarchico. Ancor prima del declino della democrazia parlamentare con la fine degli anni '20, la questione se Weimar potesse dirsi o meno uno "Stato di partiti", un *Parteienstaat*, già divideva, infatti, in modo trasversale la dottrina dello Stato. Nessun dubbio, certo, per quei giuristi da Kelsen a Thoma, ad Heller, per i quali "le democrazie sono necessariamente in qualche modo Stato di partiti" (Thoma, 1923). Tutt'al contrario, invece, per

coloro — si pensi ad un celebre discorso rettorale di Heinrich Triepel — che vedevano nei partiti “le formazioni sociali “più inaffidabili fra tutte le formazioni di massa”, “un qualcosa di eminentemente non statale” (Triepel, 1927), difficilmente integrabile in una costituzione che, nonostante i suoi obiettivi programmatici e di trasformazione del sociale, non doveva rinunciare ad essere costituzione dello Stato sul modello ottocentesco.

La costituzione di Weimar da questo punto di vista rimaneva pericolosamente in bilico: lontana dal dualismo della monarchia costituzionale dalle cui ceneri traeva la sua legittimazione, aveva dato vita ad una dottrina democratica della costituzione che presupponeva un momento fondativo di natura costituente e di chiara decisione politica. Eppure, diffidente nei confronti dei partiti, era rimasta incerta su quali basi collocare il ‘portatore’ della sovranità, legittimando un governo del Presidente anche contro il Parlamento ed i partiti. Proclamato all’articolo 1 che la *Staatsgewalt* deriva dal popolo, aveva ricercato un “bilanciamento tra democrazia plebiscitaria e democrazia parlamentare” (Schmitt, 1931) in realtà non risolto, innescando un dualismo che rendeva difficile la governabilità ed introduceva, nella radicalizzazione della vita politica tipica di quegli anni, un conflitto di potere pericoloso e che sarà letale per il destino stesso della Repubblica, duplicando diverse direttrici di legittimazione del potere e contrapponendo alla politica dei partiti rappresentati al *Reichstag* “un intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza costruito su di un presupposto plebiscitario” (Schmitt, 1931), culminante nel binomio burocrazia-presidente. Parallelamente, sul piano delle fonti, le ordinanze presidenziali di necessità verranno sempre più ad ingrossare il canale privilegiato di formazione dell’ordinamento, sostituendosi, nella crisi della Repubblica, alla legge parlamentare, sino alla proclamazione dello stato di eccezione permanente che dal febbraio 1933, con la sospensione dei diritti fondamentali proclamati nella costituzione, inaugurerà l’impalcatura giuridica del “nuovo Stato”.

S. evoca con grande suggestione questo panorama teso e conflittuale e, molto opportunamente, pilota il lettore attraverso i diversi significati e declinazioni che tutti i nodi interpretativi della costituzione — diritti fondamentali, ruolo del Presidente del *Reich*, situazione di emergenza, giustizia costituzionale, ordinamento federale — assumeranno nelle diverse fasi che segnano la rapida parabola della storia della Repubblica, sino alla drastica trasformazione della costituzione materiale segnata dai gabinetti presidenziali dell’inizio degli anni Trenta.

2. Un posto di rilievo non poteva che essere assegnato nel volume al grande dibattito metodologico che solca e divide, lungo tutto l’arco dei 14 anni di Weimar, la dottrina dello Stato. Si tratta di un dibattito notissimo anche in Italia e su cui si è soffermata una letteratura sempre

più vasta che ha sezionato, autore per autore, coordinate teoriche, strategie argomentative, filosofie fondative.

Neppure S. vi rinuncia, offrendo da par suo icastici ritratti non solo dei grandi giuristi che scorrono sul palcoscenico della Repubblica — Kelsen, Schmitt, Smend, Heller ... —, ma anche di tutti gli altri, noti e meno noti, che accanto alla disputa metodologica — come Triepel, Anschütz, Thoma ... —, o lontano da essa — come Friedrich Giese — mettono in piedi manuali, commentari, riviste, seguono lo sviluppo e la trasformazione del diritto positivo.

Ma è la coralità del ritratto che colpisce nelle pagine di questo terzo volume: la capacità di calare quel dibattito da un asettico iperuranio di contrapposizioni senza storia, sin troppo algide e astratte, nella realtà tumultuosa e materialissima di un decennio “ribollente” in cui è prima di tutto “in questione l’esistenza della Repubblica” (p. 155). Bastano poche pagine per capire a fondo la peculiarità di quegli anni.

Quella di Weimar è per molti aspetti una “democrazia improvvisata”, una “democrazia inesperta”; il sistema di rappresentanze economiche disegnato nell’art. 165 rimane sostanzialmente inattuato e la costituzione lungi dall’esser riuscita a realizzare un effettivo compromesso sociale o a sciogliere l’alternativa mai sopita per tutto il corso degli anni ’20 tra capitalismo e socialismo, rimane terreno di scontro e di lotta; manca la giurisprudenza di una Corte che possa con qualche effettività nel diritto vivente segnare una linea interpretativa della costituzione; alla *Staatslehre* si guarda come ad un “oracolo” capace di svelare le tracce da seguire per delineare il nuovo ordine della statualità.

In queste circostanze, la pubblicazione nel 1925 dell’*Allgemeine Staatslehre* di Kelsen ha un effetto deflagrante: il definitivo scioglimento dello Stato nell’ordinamento costringe a prendere posizione, segnando gli schieramenti ed accompagnando la nascita di nuovi termini-concetto da opporre alla strategia del relativismo democratico e del compromesso: decisione, integrazione... La dottrina tedesca dello Stato — ivi compresi quei pochi che avevano raccolto l’obiettivo di dar vita ad uno Stato sociale di diritto — costruisce un argine invalicabile contro le tesi della Scuola di Vienna, che sembrano separare artificiosamente essere e dover essere, politica e diritto, “staatsrechtliche und politische Studie” (p. 171) — che da Jellinek in poi i costituzionalisti tedeschi cercano invece di mantenere congiunti — e che ha ‘osato’ in particolare fare a meno dello Stato e del suo concentrato di potere per la costituzione e la salvaguardia dell’ordine politico.

Divisi su tutto, ci si riunisce contro Kelsen, indicato da sponde diverse, Schmitt, Heller, Smend, Triepel, come il principale responsabile della crisi della dottrina dello Stato e dell’incapacità di questa di risolvere i grandi problemi del momento: Stato-società, partiti-Stato, formazione della volontà politica, unitarismo-federalismo, titolare della sovranità. La Scuola di Vienna è additata di volta in volta come “il

punto zero”, il “vicolo cieco”, il “punto morto” di una “dottrina dello Stato senza Stato”, ma è in realtà il centro nevralgico da cui si diffondono le scosse elettriche che percorrono la scienza del diritto pubblico. Le tesi di Kelsen, Merkl, Verdross hanno un effetto demiurgico, se non altro nella capacità di suscitare il dibattito, di mettere sul tappeto non semplici interpretazioni discordanti, ma “prinzipielle Auseinandersetzungen”, contrapposizioni frontali sui punti fondativi della disciplina. Non è dunque solo la storia politica ad unire Weimar e Vienna, la Germania e l’Austria: c’è una profonda contiguità di esperienze costituzionali e teoriche che accomuna queste due fragili repubbliche democratiche sorte contemporaneamente sulle rovine degli imperi centrali e che dischiude un campo di riflessione su cui subito ci si divide ma che è almeno segnato da confini comuni.

Se è ormai nel “cerchio della politica” che si determina la statualità (Smend, 1923), se “depolitizzare il diritto pubblico non significherebbe altro che destatalizzare il diritto pubblico” (Schmitt, 1928), la politicizzazione non può risparmiare neppure la scienza. Gli studiosi del diritto pubblico vengono ad articolarsi in una pluralità di direzioni all’interno di una formazione che è ormai “politico-scientifica” (pp. 158 ss.) e l’Associazione che li riunisce e che Triepel promuove nell’estate del 1922 fra i docenti tedeschi, austriaci, della Svizzera tedesca e dell’università tedesca di Praga, diventa l’arena principale dove quegli schieramenti si delineano ed in cui si condensano le polarizzazioni attraverso *Referate* programmaticamente contrapposti e che assurgono presto e a buon diritto alle pagine più dense del Novecento giuridico continentale.

Basta scorrere i temi delle riunioni annuali per rendersi conto del loro significato strategico, di come sia mutato il lessico politico-costituzionale anche solo rispetto a pochi decenni prima, di come l’intensità delle trasformazioni abbia trasformato anche il diritto pubblico. Il ‘secolo giuridico’ è definitivamente alle spalle: federalismo (1924), dittatura del Presidente del *Reich* in base all’art.48 della costituzione (1924), principio di uguaglianza (1926), con il celebre duetto tra Kaufmann e Nawiasky, libertà di espressione (1927), concetto di legge (1927), giustizia costituzionale (1928) — e qui sono Triepel e Kelsen a contendersi la scena —, burocrazia (1931), giustizia amministrativa e giurisdizione ordinaria nella protezione dei diritti soggettivi (1925) o nel controllo degli atti amministrativi (1928), diritto finanziario e tributario (1926), *öffentliche Anstalt* (1929) ... sono i temi principali sui quali ci si confronta e ci si scontra; sono le nervature principali di una nuova e difficile democrazia politica, di quella fragile intelaiatura costituzionale e amministrativa che cerca di mettere insieme politica e diritto; centro e periferia; frammentate articolazioni territoriali con grandi e potenti statualità, come quella prusiana; governo dell’economia e socializzazione dello Stato.

Ed accanto alle relazioni, sono i verbali dei dibattiti che si tengono nell’arena elitaria di una *Vereinigung* che non supera il centinaio di

membri, ad offrire una testimonianza di ricchezza senza eguali dell'intensità e dell'asprezza del confronto: pagine che in presa diretta evocano senza filtri l'atmosfera di quegli anni, condensando in poche, secchissime, battute tutta la complessità delle argomentazioni e dei modelli in campo.

S. evita con cura di schiacciare la profondità dell'esperienza weimariana, i conflitti e le tensioni della Repubblica e dei suoi giuristi, sul suo drammatico epilogo. Il nazismo non incombe come "strada a senso unico" (p. 153) su cui convogliare necessariamente i destini ed i sentieri della Repubblica. Neppure Schmitt, prima del 1932 evoca il "völkische Führerstaat". E l'intensità delle contrapposizioni mantiene sino a quella data un minimo di fedeltà alle istituzioni repubblicane e ad un senso condiviso della statualità.

L'atmosfera muta invece radicalmente con il turbolento 1932 che vede alla Cancelleria alternarsi rapidamente Brüning, von Papen e von Schleicher. Solo allora il dibattito si spegne; l'incomunicabilità prevale; la 'crisi' va incontro alla sua soluzione; l'omogeneità delle formule inizia a riconquistare il campo di battaglia, in via di rapida pacificazione, del diritto pubblico, mentre cessano anche i dibattiti della *Vereinigung*, che riprenderanno infatti soltanto nel 1949, nel contesto tutto diverso del secondo dopoguerra.

Con l'inizio degli anni Trenta, con l'avvento dei governi presidenziali, sul plumbeo orizzonte politico inizia a stagliarsi "l'aurora della nuova età" — la dittatura —, "un nuovo astro, cui s'indirizza tanto più confidente la speranza delle masse quanto più sanguinoso è il suo riflesso", mentre l'ideale della democrazia, conteso eppure coltivato negli anni della Repubblica, vede ridursi drasticamente il numero dei propri adepti e va incontro alla sua definitiva sconfitta. Queste amare parole di Kelsen (p. 182), scritte proprio nel 1932 ad estrema difesa dei valori delle costituenti del primo dopoguerra, accompagnano il lettore lungo il tragico tramonto dell'esperienza weimariana sino all'imporsi, con il "Volksstaat", della "wahre Demokratie".

3. La periodizzazione del diritto pubblico tedesco non si arresta però con la caduta di Weimar. Il volume non cade nella tentazione di considerare il periodo nazista semplicemente come una fase di totale negazione del diritto, una parentesi tanto drammatica quanto ininfluyente sui percorsi di lunga durata del diritto pubblico e del suo pensiero. Il nazismo è al contrario una realtà complessa anche nel mondo del diritto: una realtà di giuristi, di opere, di manuali, di corsi universitari, profondamente calata nella storia della Germania e dunque ineludibile oggetto di comprensione.

Con puntiglio (pp. 250 e ss.), S. passa in rassegna gli effetti della presa di potere della NSDAP. Il semestre estivo 1933 fotografa nelle diversi sedi una realtà universitaria già completamente trasformata. Le

espulsioni e gli abbandoni forzati per motivi politici o razziali hanno decimato la compagine dei giuristi di diritto pubblico. È impressionante il numero dei docenti che abbandonano la scena: Kelsen, Kaufmann, Heller, Neumann, Kirchheimer, Fraenkel, Hensel, Leibholz, Lassar, Walter Jellinek, Jacobi, Nawiasky...; e solo per citare i più importanti. Analogo terremoto investe le riviste giuridiche, drasticamente ridotte nel numero e sottoposte ad un rapido valzer dei curatori. Sulle tribune tradizionali della riflessione scientifica si impongono le nuove riviste dove si concentra la cultura di regime: la *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*; *Deutsche Verwaltung* ... Cala pure il numero complessivo degli studenti, in modo deciso e progressivo, ancor prima che la decimazione del conflitto faccia sentire il suo peso.

Il “nuovo Stato” si installa parallelamente alla “distruzione ed autodistruzione di una disciplina” (p. 316). Il giurista di diritto pubblico non è più un oracolo cui guardare. La dottrina dello Stato è divenuta materia scabrosa, compromettente. “La costituzione di Weimar — dirà lapidariamente Schmitt nel 1934 — non è più in vigore”. Ma il regime non vi sostituirà alcun altro testo costituzionale: “solo il Führer sa come si presenterà in futuro lo Stato...”.

Il disprezzo per le forme coinvolge lo stesso diritto pubblico, sommerso — salvo il primissimo momento di instaurazione del regime, ancora aperto a tatticismi giuridici — dall’immagine di una *Führung* che fa strame di ogni vincolo e di ogni limite normativo e che “absolut justizlos” rifiuta ogni forma di controllo come segno di un’inammissibile dimostrazione di sfiducia nella solida identità che deve legare la comunità alla propria guida.

La ricostruzione di S. è come sempre molto equilibrata; evoca perfettamente il modificarsi delle strategie retoriche, del lessico, delle immagini; ricostruisce i dibattiti interni alla disciplina, l’imporsi delle nuove formule magiche del movimento, della comunità, della lotta al diritto soggettivo, del “*völkisches Gemeinrecht*”, che rigetta le recezioni romanistiche e riscopre le proprie radici germaniche, superando ogni ‘aprioristica suddivisione’ tra diritto pubblico e diritto privato.

Il breve momento di gloria di Carl Schmitt, sino alla sua caduta in disgrazia col regime alla fine del 1936; le argomentazioni *deutschnational* del suo grande rivale Otto Koellreutter; quelle più movimentiste di Reinhard Höhn, trovano nelle pagine di questo terzo volume un ritratto espressivo e convincente. Si è però molto attenti ad evitare ogni sopravvalutazione del pensiero giuridico nazionalsocialista. Una precisa divergenza di strategia istituzionale allontana il totalitarismo nazista dal parallelo esperimento italiano. Il *Führerstaat* ha molto poco bisogno di giuristi; mai come in questo momento il pensiero giuridico appare tanto sovrastrutturale, privo di ogni capacità d’incisione, è guardato con diffidenza dagli organi di propaganda del partito.

L'“anarchia autoritaria”, la policrazia dei gerarchi e delle bande di partito, è incapace di formare una vera *Regierung*. La politica nazista con la sua devastante forza totalitaria si svolge lontano dal diritto pubblico e dalla dottrina della costituzione. Lo Stato diventa uno strumento alla mercé del partito e del suo capo. Le attenzioni del regime si concentreranno semmai sul diritto internazionale (pp. 380 ss.): un altro utile strumento cui affidare, prima, la polemica contro Versailles e, poi, la giustificazione della guerra di aggressione e della realizzazione sul continente di quel *Großraum* (Schmitt, 1939) che avrebbe dovuto rappresentare il frutto più importante della vocazione imperialistica del popolo razzialmente superiore.

4. Il quadro costituzionale anche in questo terzo volume, come già nei precedenti, poggia su una solida base amministrativa. Due capitoli di sintesi eccellente, strategicamente collocati al centro del periodo weimariano (pp. 203 ss.) e di quello nazista (pp. 351 ss.), assolvono infatti al compito di condurre il lettore al cuore delle trasformazioni dell'amministrazione e del diritto amministrativo.

Anche in Germania, come negli altri paesi della tradizione continentale, il sistema è ormai alle spalle, con la sua solida ‘parte generale’, frutto delle evoluzioni istituzionali, della strada percorsa sui sentieri della giustizia amministrativa e più che altro degli sforzi dogmatici che la scienza giuridica ha messo in cantiere nella seconda metà del XIX secolo. Per la Germania quella ‘parte generale’ si identifica nel grande capolavoro di Otto Mayer, il cui *Deutsches Verwaltungsrecht* si proietta con le sue tre edizioni (1895/96; 1914/17; 1924) sin all'interno della storia della Repubblica.

Non c'è spazio però in terra tedesca per “sistemazioni pacate” del sistema, come ancora poteva essere il caso degli amministrativisti italiani durante il ventennio fascista od in Francia degli epigoni di Hauriou e Duguit. La storia del diritto amministrativo negli anni di Weimar è storia di trasformazioni impetuose, di aggiornamenti e rivoluzioni dogmatiche, di accentuate frammentazioni disciplinari.

In pagine numericamente contenute dalle esigenze di sintesi complessiva, S. riesce comunque a comporre un quadro estremamente stimolante offrendo al lettore le chiavi interpretative fondamentali per seguire i processi di socializzazione delle istituzioni e le evoluzioni dei rapporti tra Stato ed economia, dettate dai propositi costituzionali di “*Gemeinwirtschaft*” (art. 156 c. 2), ma soprattutto dalle trasformazioni in atto nei sistemi produttivi od indotte dalle crisi finanziarie del primo dopoguerra, per poi indagarne gli effetti sulla progressiva dissoluzione del regime amministrativo e dei suoi modelli organizzativi.

Il palcoscenico dell'Associazione dei giuristi tedeschi di diritto pubblico è di nuovo sapientemente utilizzato da S. per descrivere la crescente preoccupazione dei giuristi per i fenomeni di “imperscruta-

bilità dell'amministrazione" (Köttgen, 1929), per la massiccia diffusione degli strumenti privatistici nell'attività e nell'organizzazione. Proprio all'interno di uno dei dibattiti più importanti dell'Associazione — quello dedicato alla *öffentliche Anstalt* — si fa forte la consapevolezza che "di fronte a questa evoluzione non sia possibile alcun ritorno allo Stato amministrativo di tipo classico" (Kaufmann, 1929).

Anche sul piano amministrativo la scienza giuridica tedesca manifesta la medesima fredda estraneità che la dottrina dello Stato ha dimostrato verso il disegno fortemente innovativo della Scuola di Vienna; scarsa è l'eco della legge austriaca del 1925 sul procedimento amministrativo; assai relativa l'attenzione alla tematica dei rapporti tra democrazia e amministrazione che sul fronte austriaco aveva coagulato, contemporaneamente all'approvazione della costituzione del 1920, una riflessione anche quantitativamente ragguardevole.

Questo spiega perché l'interesse preminente dell'autore si concentri in altra direzione, verso quei fenomeni di frammentazione disciplinare che rendono ormai mera finzione l'unitarietà della disciplina (p. 241): certamente una delle parti più interessanti del volume dove si passano in rassegna in rapida successione, la formazione di un diritto pubblico dell'economia con Ernst Rudolf Huber, di quello tributario con Albert Hensel, del *Sozialrecht* con Lutz Richter; la curvatura pubblicistica assunta, nel nuovo quadro costituzionale, dal diritto del lavoro; il grande rigoglio del diritto degli enti locali, campo precipuo di svolgimento dei processi di trasformazione in senso prestazionale ed industriale dell'amministrazione e strategico campo di battaglia politica nella crisi della Repubblica.

Sarà però la soluzione della questione costituzionale ad aprire definitivamente la strada alla grande epifania realistica che le discipline amministrative vivono sotto il nazismo. Come d'incanto cessano nella letteratura giuridica le preoccupazioni sui fenomeni di dispersione e compromissione della statualità: il solido installarsi del 'nuovo Stato' consente l'apertura di uno sguardo distaccato — e di grande intelligenza — alla realtà amministrativa e alle sue trasformazioni.

Al contrario di quel diritto costituzionale nazista che diventerà rapidamente carta straccia con la cesura della Repubblica federale, il diritto amministrativo degli anni Trenta (con la notevole figura di Ernst Forsthoff) sbarcherà in forze nel secondo dopoguerra, contribuendo a disegnare il volto amministrativo della società contemporanea. Si tratta di vicende ormai note, ma anche in questo caso le pagine di S. sono di grande aiuto, con una interpretazione di rara sensibilità che aggiorna in chiave amministrativa la celebre tesi di Ernst Fraenkel dello Stato nazista come *Doppelstaat*, come ambivalenza di normalità e di terrore: un nazismo che non è solo arbitrio politico irrazionale ed incontrollato, "Stato discrezionale" ed *SS-Staat*, ma anche sistema di potere che consegna con grande lucidità alla "tecnica" ed alla "programmazione"

la realizzazione dei propri obiettivi, a partire da quello del riarmo militare, mentre ad un articolato sistema di prestazioni sociali va il compito di creare insieme al consenso la sensazione materiale della comunità.

I manuali dell'epoca (Köhler, Koellreutter, Maunz, Köttgen, il volume collettaneo di partito curato da Hans Frank...) e più che altro gli scritti giovanili di Forsthoff, a partire dal celebre volumetto del 1939 — *Die Verwaltung als Leistungsträger* — non segneranno così soltanto il disprezzo per il principio di legalità, l'abbandono del vincolo alla norma per un semplice vincolo al "diritto" e ad "un ordine immanente alla realtà storica del popolo tedesco" (Köttgen, 1935), il sostituirsi, sin nelle etichette disciplinari, dell'"amministrazione tedesca" al 'diritto amministrativo'; non si limiteranno a riportare nel diritto amministrativo le nuove teste di capitolo del diritto costituzionale nazista, ma svilupperanno un'attenzione alle trasformazioni di grande sensibilità, imperniata su una lettura ormai disincantata del formidabile elemento di legittimazione racchiuso nella capacità distributiva dello Stato sociale e che muove con precisa consapevolezza dal "significato sociale dell'amministrazione moderna" (Forsthoff, 1935).

La scoperta del volto ancipite dell'amministrazione contemporanea e la definitiva messa da parte di una sintesi solo pubblicitaria dell'amministrazione e del suo regime amministrativo saranno "il ponte" (p. 380), stretto ma solido, che collegherà il primo e l'ultimo Forsthoff, la riflessione degli anni Trenta alle problematiche amministrative della Repubblica federale.

Lo Stato della società industriale (Forsthoff, 1971) era già stato pienamente raffigurato negli anni del nazismo.

BERNARDO SORDI

A proposito di...

PAOLO CAPPELLINI

NAPOLEONICA

(a proposito di M. GLASER, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klosterman, 1996, pp. XI-188; J.L. HALPERIN, *Le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 146; J.L. HALPERIN, *Histoire du droit privé Français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, pp. 377; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoleon. Il Progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 427).

Volendo usare delle espressioni temporali che suonano ancora ai nostri orecchi forse un po' estranianti, e sono sicuramente enfatiche, potremmo senz'altro dire che questa fine secolo — o, appunto, se si preferisce, questa fine millennio — è stata tra l'altro caratterizzata, per quanto riguarda il nostro settore di ricerca, da una notevole ripresa d'interesse monografico per le vicende inaugurate dalla genesi e promulgazione del celebre Code Civil del 1804. Tale fenomeno — che, a volerne indicare l'approssimativo momento d'intensificazione, dopo i pionieristici interventi di A.-J. Arnaud (1969, 1973 e 1975), potremmo datare dall'inizio dell'ultimo decennio (A. Bürge e E. M. Theewen, entrambi 1991; ancora Halperin, 1992; X. Martin, 1994) ⁽¹⁾ — si presenta anzitutto in una dimensione 'europea' e comunque largamente internazionale; con ciò vogliamo abbastanza semplicemente alludere al fatto che l'interesse e la capacità di mettere a frutto nuove fonti e prospettive non è più soltanto appannaggio di una sia pur agguerritissima frangia di storici da sempre 'napoleonicamente legittimati', come i francesi: qui però, come diremo, si apre già un problema che su quella dimensione in qualche misura interagisce. Ma a questo punto è piuttosto su di una sua seconda dimensione che vorremmo soffermarci. Infatti se c'è un aspetto che potrebbe a buon diritto, al di là di tutte le pur rilevanti sfumature e differenziazioni interpretative, essere considerato come minimo comun denominatore, perlomeno della maggior parte delle ricerche prese in esame, esso è rappresentato proprio dalla distanza che queste frappongono tra sé ed ogni ipotizzabile adesione a

(1) A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969; ID., *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai nostri giorni*, Napoli, 1993. X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française. Du siècle des lumieres au Code Napoléon*, Bouère, 1994.

trionfalismi storiografici celebrativi del tipo di quelli a cui talora si è assistito in occasione dell'ormai non così recente (ma nella memoria ben vivo) centenario della Rivoluzione francese. Si potrebbe anzi francamente dire che caratteristica peculiare di questa nuova storiografia giuridica, che prende le mosse proprio anche da (o produttivamente si affianca a) recenti riletture della vicenda e del mito 'epocale' di quella rivoluzione, sia, in una parola, il suo *revisionismo*. Di questa parola abusata, e, perché non dirlo, per molti — e ad altro proposito inevitabilmente e giustamente — 'malfamata' o impronunciabile, bisognerebbe adesso per chiarezza fare la storia e indicare con acribia il senso dell'utilizzazione; ci scusiamo se invece ci limitiamo soltanto a indicare un pur decisivo riferimento bibliografico ⁽²⁾ e ad affidarci per il resto al senso comune: confidiamo però che le indicazioni, le suggestioni e i profili di valutazione critica che cercheremo di trascinare e proporre saranno sufficienti ad esprimere sinteticamente ciò che intendiamo dire, sia in positivo, sia in negativo. Perché, e forse di nuovo anticipiamo, c'è revisionismo e revisionismo; anzi fondamentalmente, in proposito, esso si riduce a due principali impostazioni, o così ci sembra: e non tutti i risultati conseguiti debbono pertanto forzatamente considerarsi accettabili o sicuramente acquisiti. Ma andiamo con ordine o, almeno, con un disordine 'controllato'.

Un elemento che ci sembra degno di nota in relazione alla prospettiva internazionale, cui accennavamo, è la presenza ormai consolidata sulla scena, di una storiografia di 'livello', comunque poi in dettaglio se ne valutino i risultati, proveniente dalla terra di Germania: uno degli ultimi esempi è l'acuta monografia di Mathias Glaser che, con la sensibilità probabilmente affinata dalla rilevanza anche storica che il binomio ha a lungo giocato nella sua esperienza giuridica, tematizza, forse per la prima volta con la appropriata precisione e ampiezza di strutturazione, nonché di riferimenti ad entrambe le tipologie di fonti e ad una relativa letteratura secondaria spesso di non agevole reperibilità, il rapporto tra dottrina e giurisprudenza nel diritto civile francese del 19° secolo. L'intenzione di rimettere in questione la versione ancora in qualche modo tralattata di un rapporto sostanzialmente interrotto dall'entrata in vigore della grande codificazione napoleonica — e quindi l'idea di uno sviluppo reciprocamente isolato e privo di rilevanti punti di contatto —, connessa all'altra della ripresa di uno scambio fattivo soltanto verso la fine del secolo, si vale di una schematizzazione cronologica tripartita in fasi (dall'entrata in vigore fino alla rivoluzione di luglio; l'età della cosiddetta Scuola dell'Esegesi; gli ultimi decenni del secolo; rispettivamente pp. 13-41, 42-133, 134-170) che permette all'autore — il quale si serve altresì come cartina di tornasole contenuti-

(2) A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, 1 (2001) pp. 85-129.

stica tale da ‘traversare’ le fasi di quelle che denomina “Grosse Theorien zu dogmatischen Einzelfragen” (con scelta non proprio scontata, per le prime due fasi si tratta delle teorie relative al *Cumul de la réserve et de la quotité disponible*, nonché alla *Inaliénabilité de la dot mobilière*; poi ancora, sempre per la seconda fase, della teoria di Demolombe della *Possession d'état dans la filiation naturelle*, nonché di quella del *Double legs conditionnels*; ed infine, per il terzo periodo, dei modelli di soluzione giuridica di una problematica largamente sganciata dalle previsioni codicistiche, emersa in Francia per la prima volta nel 1819, e poi divenuta di grande attualità a partire dagli anni sessanta di quel secolo, ovvero quella della *Assurance sur la vie au profit d'un tiers*) —, che permette all'autore, dicevamo, di raggiungere per ciascuna di esse risultati più che interessanti, suscettibili di essere tenuti presenti anche in successive indagini. In particolare con riferimento alla prima fase, effettivamente sino ad ora a mala pena presa in considerazione, e senza entrare nello specifico dei dibattiti dogmatici, assai fini appaiono le analisi dedicate agli interventi di Toullier (1752-1838) in proposito alle controversie scaturenti dal disposto degli articoli 913, 843 e 845 del codice e alla differenza sussistente tra la *réserve légale*, come “un droit absolument nouveau” (secondo le osservazioni del *conseiller rapporteur* M. Poriquet alla decisione della Corte di Cassazione del 18 febbraio del 1818; p. 27) prevista da questo e la legittima della tradizione dell'*ancien droit* e alla loro relazione con l'atteggiamento della giurisprudenza della Restaurazione, che risulta così, da un lato, tutt'altro che inquadrabile nel facile e poco convincente stereotipo di un pregiudiziale rifiuto del code civil realizzato mediante il regolare richiamo, al di là di quello, alle disposizioni del vecchio ordinamento giuridico; nonché, dall'altro, pienamente disponibile, pur non avendo ancora raggiunto una chiara consapevolezza e padronanza delle “strutture sistematiche fondamentali” (p. 37) del codice, ad apprendere dalla dottrina e a collaborare fruttuosamente con quest'ultima nel processo di ‘Rechtsfortbildung’, ogniquale volta appunto i giuristi dogmatici siano in grado di rappresentare coerentemente il nuovo sistema di regole e di chiarirlo plausibilmente facendo emergere esplicitamente i contrasti con l' “antico diritto”. Anche le considerazioni concernenti l'ultima fase di trapasso non sempre privo di distinguo verso un più franco riconoscimento, alla fine del secolo, del lavoro creativo della giurisprudenza della Cassazione – esaminato a partire da quell'interpretazione dell'art. 1121 che in tema di contratto assicurazione in favore di terzi raggiunge un vero e proprio “nuovo mondo” (p. 154) — e alla conseguente caratterizzazione del rapporto come ormai svolgentesi in base ad una stretta divisione del lavoro, nella quale alla giurisprudenza tocca il ruolo di battistrada nell'individuare e sollevare le problematiche adeguate alle esigenze dei tempi nuovi, e alla dottrina, per parte sua, il compito in certo modo ‘subordinato’ di affaticarsi alla ricerca della soluzione

tecnica da poter presentare come compatibile, fermo restando che il ruolo dominante della giurisprudenza si traduce anche nel controllo sullo sviluppo che essa stessa contribuisce ad inaugurare, poiché in ultima istanza è lei che si assume altresì la funzione di assicurare la sussistenza medesima della compatibilità tra soluzione individuata e code civil; anche queste analisi ci paiono degne di un'attenta lettura e rimediazione. Quella che, fatte pur salve alcune acquisizioni specifiche sempre in tema di rapporto tra le due dimensioni dell'operare giuridico, appare tuttavia la parte che lascia aperte le porte ai maggiori dubbi, è proprio la sezione centrale del lavoro che è anche quella che accede maggiormente, appunto in una maniera non del tutto sorvegliata, a tesi decisamente 'revisionistiche': soprattutto, a dire il vero, trasponendole e funzionalizzandole a riorientare la considerazione storiografica del metodo interpretativo della c.d. Scuola dell'Esegesi. Esse non si limitano infatti, con Bürge, ad esempio ⁽³⁾ — ma la pressoché identica tesi si rinviene intelligentemente e brillantemente argomentata nel coevo volumetto, solo definibile come di ormai indispensabile sintesi (in molti punti venata altresì di spunti di originalità) sul nostro tema di Halperin (*Le Code civil*, pp. 108 ss. ; del quale per inciso, Glaser utilizza solo il lavoro sulla Cassazione del 1987, senza far alcuna menzione di *L'impossible code civil* del 1992), e accenneremo subito alla sua matrice — a mettere in questione soltanto la precomprensione tradizionale della natura e del ruolo del Codice Napoleone, ad affermare insomma che il *code* napoleonico originariamente non rappresentasse affatto il documento di un individualismo e liberalismo trionfanti, ma piuttosto “una codificazione illuministico-giusrazionalistica, strutturata e orientata staturalisticamente, che era stata creata senza alcuna simpatia o sensibilità per il pathos (rivoluzionario) della libertà, e che soltanto più tardi, sotto l'influsso di correnti idealistiche gradualmente era stata reinterpretata in senso liberale “(p. 50, n. 25 con riferimento a Bürge, *op. cit.*, p. 295 e 91). Se volessimo individuare la 'fonte' di questa specifica tipologia revisionistica, che però riguarda propriamente l'originaria impostazione del *code* — Halperin fa tra l'altro giustamente e specificatamente riferimento all'atmosfera “autoritaria” che promana dai lavori preparatori ed è da ricondurre al suo contesto intellettuale caratterizzato dall'influenza di una filosofia materialista e sensualistica (cfr. *Histoire du droit privé français depuis 1804*, pp. 22 ss.) — dovremmo fare riferimento a colui il quale dovrebbe ormai vedersi almeno riconosciuto il merito di essere il 'maestro segreto' della quasi totalità della corrente revisionista: alludiamo a quel Xavier Martin, autore di alcuni dei saggi certamente in assoluto più suggestivi che siano stati scritti negli ultimi anni con riferimento all'effettiva ideologia del codice napoleonico ed

⁽³⁾ Cfr. A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht in 19. Jahrbudert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main, 1991.

anche alle sue ricadute tecniche sulla configurazione degli istituti, e basterebbe pensare all'antesignano e nel suo genere magistrale *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme* del 1982 o anche a *Mitologia del Codice Napoleone* del 1993/5. Non potrà costituire una sorpresa per nessuno l'osservare che i saggi di X. Martin, benché apparentemente non utilizzati da Glaser, siano invece ben noti al Bürge, passando così indirettamente attraverso la recezione che il secondo ne opera, e soprattutto siano la fonte dichiarata, benché non eclatantemente, delle recenti impostazioni di Halperin. In questa ottica si potrebbe anzi soggiungere che, nel quadro europeo, è proprio alla storiografia italiana, soprattutto nella persona di Adriano Cavanna, in qualità di ispiratore, e dei suoi allievi Roberto Isotton ed in particolare — e anche sul punto, com'è chiaro, torneremo — Stefano Solimano, che spetta il merito di aver in modo del tutto esplicito attirato l'attenzione sul ruolo seminale che avrebbe potuto svolgere, di contro al tradizionale "torpore storiografico", il "pensiero coraggioso e decisamente controcorrente, nel contesto della produzione storico-giuridica francese ed europea in tema di Illuminismo, Rivoluzione, codificazione napoleonica e diritti dell'uomo" dello storico del diritto e professore di storia del pensiero filosofico-politico della Faculté de Droit di Angers: di esso potrebbero anzi essere fruttuosamente verificate, anche nella cornice del vivo dibattito che da tempo va svolgendosi attorno a quella nuova e suggestiva linea interpretativa delle mitologie — è appena il caso di richiamare la coincidenza di formulazione — della modernità giuridica, le compatibilità metodologiche e contenutistiche con la tesi dell' "assolutismo giuridico" (4). Ma torniamo al punto che avevamo temporaneamente abbandonato. Glaser, eventualmente appoggiandosi alle impostazioni esaminate, ritiene di doverne ricavare una serie di conseguenze anche in relazione alla 'scuola', anzitutto scavando un fossato assai più profondo del solito rispetto agli autori appartenenti al primo periodo, ai quali sarebbe ancora estranea "eine Fixierung" sulla volontà del legislatore. Inoltre propone di sostituire al richiamo tralattizio agli esegeti come 'Ecole' — poiché appunto tale designazione come caratterizzazione del loro metodo, per il quale si sarebbero dovuti distinguere, in ultima istanza rappresenterebbe il risultato di un'analisi dell'intera dottrina del diciannovesimo secolo come portata a compimento in particolare da Gény, costituendo uno sguardo soggettivo riassuntivo e (indebitamente?) unificatore di aspetti significanti dei metodi, per parte loro completamente differenziati, che venivano pra-

(4) Cfr. da ultimo P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; in prospettiva in parte diversa, ma con notazioni contrappuntisticamente utilizzabili, vedi V. PETRONIO, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa 'completezza')*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998), pp. 83-115.

ticati dai diversi autori — il riferimento ad un “Méthode exégétique”; volendo con ciò significare che nulla si ha più a che fare con una “esegesi” intesa nel senso di un mantenersi il più possibile attaccati ad una interpretazione aderente al tenore letterale delle parole della legge; che qui cioè si fa riferimento si al metodo ascritto alla c. d. “Ecole de l’exégèse”, non però ad una esegesi in senso vero e proprio (p. 47). Sotto questo aspetto l’emergere del ‘metodo esegetico’ sarebbe un’apparizione tarda e non potrebbe essere più neppure ricondotta, ancora con Gény, al “Pathos des Code Civil”, visto che, da un lato, proprio gli autori della prima fase, che più ravvicinatamente avevano vissuto l’avvenimento ‘del secolo’, ovvero l’entrata in vigore del codice, tuttavia non ne erano stati affatto ‘travolti’; del resto, dall’altro, resterebbe inspiegato il motivo per cui il ‘metodo esegetico’ avrebbe raggiunto il suo apogeo proprio nel momento in cui l’incompletezza del codice, almeno nella cerchia dei giuristi, era diventata ormai di comune dominio, e quindi quel preteso pathos avrebbe dovuto risentirne (p. 49). In realtà, servendosi in modo estremizzante dell’estensione della tesi revisionista dal ‘codice’ alla ‘scuola’, e della istanza di scomposizione della scuola in individualità — ma non tanto nel modo storicamente concreto perseguito da ultimo dall’Halperin della *Historie* (ad es. pp. 56-69; non vi è ‘naturalmente’ traccia delle riflessioni sul tema di Bobbio o Tarello): insomma la ‘scuola’ non vista come unità chiusa, ma piuttosto come mosaico di singole tessere metodiche applicate di fatto dai diversi autori e integrantesi le une con le altre — il nostro arriva vicinissimo al ‘recupero’ dell’esegesi tipico di un Rémy. Così non si vuol andare tanto lontani quanto un Bürge, peraltro coerente con il senso strettissimo con il quale invece usa il riferimento al concetto di ‘esegesi’, nel ritenere che la critica rivolta tradizionalmente alla scuola e al suo metodo avesse senso solo intendendola come specificamente rivolta al metodo di trasmissione del sapere, allo stile esegetico delle lezioni, e non lo si segue: ma curiosamente se quest’ultimo, appunto in forza dell’uso ultratradizionalista e rigido del concetto, arrivava alla conseguenza di revocare ad un Troplong (1795-1869) la qualifica di “scrupoloso esegeta”, soltanto perché egli nella pratica era solito puntellare la sua opinione ancora sempre su altri, aggiuntivi punti di vista, ecco che il nostro, specularmente ma non sorprendentemente, giunge a ritenere che l’unico autore che in via di assoluta eccezione, nell’ambito in esame, incarni esattamente e del tutto consapevolmente il dogma dell’identità di diritto e legge, sia il belga Laurent (1810-1887), che viene invece, per tacer d’altro, da Halperin considerato un esempio tardivo ma tipico delle contraddizioni nelle quali si involge il metodo esegetico: “D’un côté, Laurent considérait que le droit était fixé et “écrit dans des textes authentiques”, de l’autre, il préconisa toute une série de réformes dans un avant-projet de revision du Code civil (1879-1884)” (*Histoire*, cit., p. 69). E di passo in passo, di amor di novità in amor di novità, di revisione

in revisione, si giunge così ad affermare (quanto a cuor leggero o quanto per stupire non è molto perspicuo) che la dottrina ‘alternativa’ propugnata dal povero Gény sarebbe inversa ma speculare all’estremismo riformatore ma consegnato all’immobilità del giurista, alla sua “Rechtsverweigerung” intesa quale *ultima ratio* volta alla stimolazione del legislatore, estremismo appunto laurentiano, intendendo egli (Gény, appunto) invece, con l’“Anerkennung der richterlichen Befügung zur Rechtsfortbildung” addirittura “... damit letztlich die Legalisierung des Status quo”. Guardata più da vicino la ‘libera ricerca del diritto’ non rappresenterebbe allora nessun reale progresso, “da in der eigentlichen Rechtsfindung im konkreten Fall — bei allen Unterschieden in formalen Ansätze — kein qualitativer Unterschied zu den von Autoren der sogenannten Ecole de l’exégèse praktizierten Methode besteht” (p. 167). Se qui l’eccesso di revisionismo conduce, al di là dei preziosi tasselli raccolti e per la prima volta messi in luce, a conclusioni che lasciano quantomeno perplessi, non possiamo non concludere i nostri appunti facendo un cenno, sempre troppo breve rispetto ai meriti sul piano filologico anche di livello assoluto rispetto ad analoghi storiografi d’oltralpe (il recupero dello sconosciuto progetto Target ed anche di alcuni inediti di Jacqueminot (*Verso il Code Napoleon*, pp. 356-410), al bel lavoro del Solimano che riesce, utilizzando intelligentemente le impostazioni di Martin e Cavanna, ad uno scavo originale delle fonti che, sui diversi piani filosofico, politico-istituzionale, giuridico, biografico, ci offre tuttavia molto più di quello che l’indicazione ‘precisativa’ del sottotitolo ci poteva lasciar intendere: il lettore interessato vi scorgerà senz’altro la verità del titolo, ovvero un percorso di grande maturità interpretativa — per amor stavolta di ‘frase’, forse anch’esso, o così m’illudo, un po’ ‘francioso’, dovrei adesso parlare di ‘revisionismo ben temperato’ — attraverso le vie maestre che portano dai progetti termidoriani al Code civil. Nulla di meno. Ma qualcosa di molto di più: una definitiva fuoriuscita, in proposito, dal mito, ch’è anche l’ultima parola, non a caso, del volume (p. 352); un volume che sta senz’altro al pari dei migliori di terra d’oltralpe. E se, come accennavamo, all’inizio, la dimensione europea della ricerca non fosse tutt’ora spesso impedita dal permanere delle barriere linguistiche talora artificialmente e tradizionalmente interposte, con grave pregiudizio della significatività del dibattito scientifico e della stessa auspicata creazione della figura di un giurista europeo, su tutti i volumi indicati e tra tutti i loro autori, e giungo a dire ben oltre, il dibattito dovrebbe inaugurarsi fervido e durare lungamente. A riprova della (allora solo?) sostanziale verità del detto del *common lawyer* apparentemente, ma solo apparentemente a noi lontano: “Per una immaginazione qualunque, la forma più estesa di potere non è il denaro, ma il dominio delle idee. Se volete qualche grande esempio, leggete la *History of the English Thought in the Eighteenth Century* di Mr. Leslie Stephen e vedrete come

cento anni dopo la morte di Descartes le sue astratte speculazioni divenissero una forza pratica che dominava la condotta degli uomini. *Leggete le opere dei grandi giuristi tedeschi e vedrete come il mondo sia oggi governato molto più da Kant che da Bonaparte.* Non tutti possiamo essere Kant o Bonaparte ma tutti desideriamo la felicità. E la felicità — posso assicurarlo per aver conosciuto molti uomini di successo — non si raggiunge semplicemente facendo il consulente di grandi imprese con un reddito di cinquemila dollari. Un'intelligenza capace di vincere il premio ha bisogno di altro nutrimento, oltre al successo. Gli aspetti più remoti e generali del diritto sono quelli che gli conferiscono un interesse universale. Per mezzo di essi non solo acquisterete una grande padronanza della professione ma collegherete la vostra materia con l'universo e coglierete un'eco dell'infinito, un barlume del suo insondabile processo, un cenno del diritto universale”(O. W. Holmes, 8 gennaio 1897; che il nostro legislatore ‘riformatore universitario’ o qualche altro di tal sorta leggendolo avesse avuto a cavarvi qualcosa è da fortemente dubitare: forse però, al contrario che allora, potrà restare un testo per ‘chiudere’ i corsi, un testo finalmente anche per persone che nell’università ‘studiano’).

BARTOLOMÉ CLAVERO

CÓDIGO ENTRE INDÍGENAS

(a propósito de *La codificación del siglo XIX* de Carlos Ramos) (*)

No podéis menos de apreciar el más clásico documento de la civilización en la más joven de las repúblicas (2-IV-1832).

La promulgación de los Códigos ha señalado una nueva época en la existencia moral y civil de la Nación peruana (4-I-1837).

A mediados de los años treinta del siglo XIX, un viajero procedente de Europa atravesaba los Andes por las alturas del Titicaca amenizando la travesía del lago con lecturas. Entre ellas figuraba el Código Civil de Bolivia que también se extendiera al Perú. Repasaba sus páginas con admiración y escepticismo. “Vi claramente establecidos los derechos civiles y políticos de cada ciudadano de la República y cada acción de su vida sabiamente vigilada por las leyes”, pero esta diligencia legislativa se le antojaba tan sólida en la concepción como vana en el objetivo: “Mi barquero masticaba su coca antes de tomar la pértiga para remar. Su vista me recordó que, sobre un millón de habitantes, la República Boliviana cuenta con novecientos mil ciudadanos semejantes a mi barquero. Cerré el libro y me puse a admirar el valor de algunos hombres que, conociendo los beneficios de la civilización, intentaron imponerla a la masa inerte de sus conciudadanos incapaces de com-

(*) Anticipo el prólogo a CARLOS RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*, volumen II, *La codificación del siglo XIX: Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, en prensa para el año 2001 por el Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Otras referencias o alusiones historiográficas son a FERNANDO DE TRAZEGNIES, *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1980), Lima 1992; ABELARDO LEVAGGI (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación americana*, Buenos Aires 1992; el mismo C. RAMOS NÚÑEZ, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima 1997; BERNARDINO BRAVO LIRA y SERGIO CONCHA (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Santiago de Chile 1998; ROSSANA BARRAGÁN, *Indios, mujeres y ciudadanos. Legislación y ejercicio de la ciudadanía en Bolivia (siglo XIX)*, La Paz 1999; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile 2000. Mis aseveraciones se producen ahora en base a B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid 2000.

prenderla". El piloto era indígena, no preguntemos al aventurero, pues no sabría, si uru, aymara, quechua o de otro pueblo andino. Eran en cambio congéneres suyos de origen europea los valerosos paladines de la civilización en singular, la que se identificaba ahora con el Código y se entendía siempre ajena a la humanidad indígena a no ser que asumiera esa cultura extraña de un derecho establecido por la ley de una palmaria minoría. "Algunos hombres" se propusieron "imponerla" a dicha "masa inerte" para visión con tanto prejuicio.

Con esta escena arranca la presente historia de la codificación andina, la que se planteara entre los flamantes e informes Estados de Bolivia y Perú durante aquellos años treinta. Prosigue con los derroteros ya tan sólo peruanos durante el resto largo del siglo XIX y comienzos también del XX. El arranque me parece espléndido por cuanto que nos ubica dramáticamente en el escenario. Una minoría tan iluminada como interesada se propone la importación del modelo normativo representado por una codificación europea como si no hubiera otra posibilidad de ordenamiento. El Código Napoleón, el civil francés de 1804 que recibiera como nombre propio el del Emperador Bonaparte, va a ser en estos lares, desde su promulgación boliviana en 1831, Código Santa Cruz, por el patronímico a su vez de Andrés de Santa Cruz, Gran Mariscal del Gran Perú, esto es, de la propia República de Bolivia, el Alto Perú colonial, y de un doble Estado dicho peruano, el Estado Sud-Peruano y el Estado Nor-Peruano. No resulta una operación precipitada ni una copia mimética, como pudiera parecer a primera vista y se ha dado usualmente entonces y luego por supuesto restándosele así interés, sino que es una adaptación bien pensada para el designio de esa minoría importadora de fórmulas en busca no sólo de ordenamiento, sino también de identidad por encima de la presencia inquietante de una mayoría más arraigada. Si la experiencia fracasa de momento en Perú, se debe a resistencias corporativas y reacciones particularistas más que a inadecuación del modelo o a precocidad del intento. La propia derivación prácticamente inmediata, aspirándose y accediéndose a codificación, brinda buena prueba.

Toda esta es la evolución que, con tan dramática ubicación de entrada, nos narra Carlos Ramos, historiador del derecho que está situándose entre los mejores especialistas en esta materia de la codificación por Latinoamérica. Cuenta en su haber con una cuidadosa exploración casi continental tras la suerte del Código Napoleón por estas latitudes que le eran tan remotas. Continúa ahora centrando el enfoque en una extensión más controlable, aunque todavía visiblemente dilatada. El Código es producto de Estado y tal viene a ser el espacio. La notable diversidad de la sociedad a la que se dirige podría suministrar criterios valiosos para concentraciones sucesivas. A quienes hemos tenido la osadía de acometer el imposible intento de pergeñar panoramas más globales de la codificación americana, desde Quebec hasta

Chile, desde Louisiana hasta Argentina, Carlos Ramos con este libro nos imparte, parsimoniosa y ponderadamente, una lección de procedimiento. Y digo quienes en plural porque no soy el único que ha dado últimamente muestras de tremendo atrevimiento. Los Códigos deben mirarse siempre en su integridad y en detalle, con su localización y con lupa, pues la apariencia de similitud entre ellos suele encerrar verdaderas distancias de significados por sí mismos, por puro texto, y, más todavía, por el contexto propio de la sociedad que los experimenta. No hay Código clónico ni siquiera con la paternidad de Napoleón. Lo advierte bien Carlos Ramos cuando niega que sus criaturas diseminadas por América formen y representen simplemente una camada de napoleónidos.

El Código Napoleón constituye en todo caso el referente del Código Santa Cruz y de una buena secuencia. Pues lo fue, como modelo, en aquella historia, lo es, como contrapunto, en este estudio. La confrontación sirve a la precisión sobre el alcance de un designio normativo tanto en lo que se conserva como en lo que se modifica. Que se detecten alteraciones bien reveladoras implica que las invariantes son también deliberadas y no menos significativas. No hay mera mimesis cuando se trata de leyes y además tan relevantes como los Códigos. Pues fue el progenitor, Napoleón ofrece un buen contraste de genes para las criaturas, para todas y cada una de su crecida progenie no sólo americana. Pero no es el único. No lo fue entonces y tampoco conviene que lo sea hoy para Europa ni para otras latitudes. Los Estados latinoamericanos, como Bolivia y como Perú, nacieron con más alternativas ante sí de modelación y asentamiento. La exposición de Carlos Ramos nos lo muestra. Quienes promovieron la codificación como cultura y no sólo como orden del derecho no se contrastaban únicamente con el modelo y asiento de matriz francesa.

Referencias españolas se tenían y tomaban a beneficio de inventario y con modos de entrada más bien además adversarios. Salvo un Código de Comercio de 1829, que se adoptaría por Perú en 1853, y una Constitución aún antecedente, la de Cádiz de 1812, que llegara a regir en su momento por estas latitudes andinas, la potencia colonial de unas vísperas, España, no ofrecía más materiales para las perspectivas de una programación codificatoria que los de tiempos todavía anteriores en trance ahora de desahucio. Como ordenamiento vigente que resiste por virtud de adaptación, su presencia se hará particularmente notar en la codificación peruana de mediados de siglo con la violencia de la integración que ello implica en nuevas formas constituyentes en realidad de fondos. Hasta con la esclavitud se hace el intento.

Pasa bastante desapercibido a historiografía peruana que no mira al precedente con la atención de Carlos Ramos, pero el reciclaje superior de orden previo de raíz colonial y así española caracteriza precisamente al Código Civil definitivo del Perú del XIX, que es de 1852, respecto a

Santa Cruz. Resulta el segundo peruano todo un precursor en una dirección en la que podrán venir a abundar, con esclavitud inclusive, algunas otras codificaciones latinoamericanas, tampoco todas. Aun con esto, no parece que quepa un contraste español a los efectos codificatorios mientras que no se concluya una codificación española, lo cual sucede y además un tanto relativamente, con un Código Civil de vigencia tan sólo supletoria por territorios no castellanos, en fecha tan tardía como la de 1889. Así, junto al francés o, dicho mejor, al napoleónico, habremos de mirar otros contrastes distintos al español más improbable, bien que también originarios de Europa o igualmente originados por las secuelas de la presencia europea en América.

Contraste primero cabe que sea desde luego el napoleónico. Carlos Ramos lo aplica para situar unos textos americanos. El Código Santa Cruz, aquel Código Civil pionero en latitudes andinas y aledaños, puede singularizarse frente al modelo que adopta por motivos tan sustanciales como el de una configuración diferente tanto de la familia como del mercado, particularmente del inmobiliario. La una, la familia, se funda mediante religión: “Estando en el Estado elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento, las formalidades necesarias para su celebración serán las mismas que el Concilio de Trento y la Iglesia tiene asignadas”, lo cual tampoco es que resulte cuestión meramente formal, como testimonio de inmediato la condición rebajada de la mujer y del menor. El otro, el mercado, se encuentra “sabiamente vigilado por la ley”, como diría nuestro viajero, por consideraciones a propiedad familiar o también comunal y con otros criterios tradicionales de justicia material resultando una buena batería pertrechada y operativa de interferencias en materia de contratos, como las posibilidades de rescisión por retroventa, por retracto y a causa de lesión. Por sí mismo y por la compañía de un Código de Comercio que en cambio no se presenta en el conjunto santacruzino aunque la previsión se planteara, era otro ciertamente el panorama que ofrecía el Código Napoleón. Tampoco es que es éste fuese un dechado de libertades familiares ni de mercados irrestrictos, pero ahora estamos por otras latitudes.

El contraste sirve para detectar no sólo diferencias, sino también semejanzas que pudieran resultar no menos o incluso más significativas. Unas y otras las hay desde la misma entrada, desde el título preliminar “de la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general”, versión telegráfica del correspondiente napoleónico “de la publication, des effets et de l’application des lois en général”. Carlos Ramos lo va destacando en su exposición. El modelo de ordenamiento parece uno mismo para Bolivia y Perú como para Francia. Derecho es la ley y punto. Ley es la fuente, esto es, el poder. El ordenamiento social es producto legislativo del Estado. Se dice pronto, pero no es tan fácil y menos por entonces. Pudiera parecer locura, aunque tuviese método. La codificación representa todo un programa de reducción del derecho

a ley como norma determinada por procedimiento político de carácter estatal. En esto hay sintonía de entrada con Francia. Pero tenemos un detalle de distinción en el mismísimo pórtico de este título inicial del Código Civil y de bastante más, pues éste pretende presidir la codificación toda o lo que intenta incluso es regir el ordenamiento entero. Con razón, un proyecto peruano de 1847 titula esta sección de arranque “Título Preliminar a los Códigos”, a todos ellos.

En el primer artículo de ese título preliminar que figura en el Código Civil y lo es de más, reza de esta guisa Santa Cruz: “Las leyes obligan en todo el territorio boliviano [“territorio del Estado” en Perú], y serán ejecutadas en cada parte de la República [“en cada lugar” para las ediciones peruanas] en virtud de su solemne promulgación”, mientras que Napoleón estipula casi lo propio: “Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français (...). Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue”. ¿Dónde se encierra la diferencia entre uno y otro comienzo si parecen coincidir poco menos que exactamente? Mas no es así. Según las respectivas expresiones, en Francia está presumiéndose el conocimiento de la ley a los efectos de obligatoriedad mientras que en Perú se contempla la promulgación local o la recepción así efectiva de la norma. Carlos Ramos nos hace advertir el decisivo matiz. Lo conecta con la práctica tradicional del juramento particularizado de las leyes implicando conocimiento previo al compromiso. Las normas se transportaban materialmente para ser formalmente recibidas. En todo caso, con unas u otras prácticas, de lo que se trata por Francia es de una centralización y por Perú de una localización del ordenamiento. Retengamos esta notable diferencia para lo que habremos de observar más tarde sobre un contraste de diverso tipo, uno de índole social. Aún tenemos otro de carácter normativo por ver con antelación.

He dicho que se tenían más contrastes y no sólo el napoleónico. Aparte la exclusión del español, no he identificado todavía ningún otro. Pudiéramos referirnos al capítulo bien variado de codificaciones que tampoco seguían siempre fielmente el patrón marcado por Napoleón. Eran textos que podían tenerse al alcance aunque en tiempos de Santa Cruz todavía no se contaba con el amplio menú ofrecido por las *Concordances entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* de Antoine de Saint Joseph. Es de 1840 con versión pronta y diligente al castellano: *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos Civiles extranjeros. Obra que contiene el texto de los Códigos Francés, de las Dos Sicilias, de la Luisiana, Sardo, del Cantón de Vaud, Holandés, Bávaro, Austriaco, Prusiano, Sueco, de Berna, de Baden, de Fribourgo, de Argovia, de Haití, y las Leyes Hipotecarias de Suecia, Wurtemberg, Génova* [por Ginebra], *Fribourgo, Saint Gall y Grecia*. Ahí se tiene el muestrario para unas persecuciones con otras iniciativas más o menos semejantes avanzando el siglo, como la serie de *Instituciones Políticas y*

Jurídicas de los Pueblos Modernos dirigida por Vicente Romero Girón y Alejo García Moreno, la colección más masiva de textos interesante a codificación entre el XIX y el XX, aunque ignoro si logró difusión fuera de España. Algo parece seguro. Santa Cruz sólo tuvo a Napoleón.

Guías de caminos o bancos de recetas podrán alimentarse y enriquecerse a lo largo de un par de siglos y particularmente durante el XIX porque mapa y menú siguieron espesándose y nutriéndose con nuevos Códigos europeos y americanos, como el civil más vecino y significado de Chile desde 1855, tarde también para el peruano de 1852 que, como Santa Cruz en Bolivia, entrará, mediante novelas y reformas, en el siglo XX. Pero no todo es codificación. A esto también voy con lo de los contrastes, con lo de uno normativo todavía por ver antes de llegar al de índole social. Había otro estilo de cocina, otra modalidad de paladeo y digestión en exposición y oferta además desde unos inicios. Porque no se degustase ni consumiera, no conviene olvidar que figura en el menú y está en el mapa. Lo mismo que las semejanzas y diferencias en el atiborramiento de Códigos, el ayuno de otras fórmulas entonces pensables por visibles también encierra su significación. Compartiéndose campo, en competencia así potencial con el modelo codificado, se tiene el contraste normativo de raigambre anglosajona. A esto me estoy refiriendo ahora.

Véase en el presente libro, en las páginas que se le dedican al gaditano José Joaquín de Mora, la carta que este publicista tan activo entre Chile, Bolivia y Perú le dirigiera en agosto de 1833 al mariscal Santa Cruz con referencia a su Código de Procedimientos tanto civil como penal: “Ya que no se han atrevido al gran paso del Juicio por Jurados, a lo menos hubieran debido establecer Tribunales Colegiados para juicios de primera instancia y criminales, renunciando para siempre al abuso español de los Tribunales unipersonales, verdaderos gérmenes de despotismo y arbitrariedad”; “se da al careo más latitud que en los Procedimientos españoles, sin embargo, en un país libre, toda declaración en plenario de juicio criminal, debe hacerse en presencia del reo y de su abogado, que es lo que los ingleses llaman *cross-examination*”; “también hubiera debido adoptarse la saludable precaución de dividir el sumario del plenario, de modo que no fuera el mismo juez el que presidiese en uno y otro”. Mora, el publicista gaditano, pudo entrar en contacto con este tipo de argumentaciones por la Constitución hispanoamericana de Cádiz, no tanto por ella misma como por el llamado Discurso Preliminar que usualmente la acompañaba, pero también tenía un conocimiento directo por su exilio inglés. Inglaterra no contaba con ese instrumento tan efectivo de propaganda jurídica que son los mismos Códigos, mas podía estar presente cual posibilidad sumada y contraste añadido a Napoleón. De los Estados Unidos, con textos constitucionales de fácil propagación que también

entraban en cuestiones como esas procesales, puede decirse lo propio. Eran contrastes que constaban.

El ayuno del menú anglosajón no resulta absoluto aunque sólo sea porque se le conoce y puede por entonces efectivamente contrastarse. Se tiene noticia. La cita de mi segundo encabezamiento es el comienzo de un artículo en un periódico limeño de aquellos años, *El Eco del Protectorado*, cuyo texto nos ofrece Carlos Ramos entre sus anexos y el cual contiene esta referencia a unas autoridades jurídicas donde no faltan británicas: “Bentham, Beccaria, Montesquieu, las Discusiones del Código de Napoleón, Blackstone y otros célebre oráculos del foro”. Ahí y por tantos testimonios similares que podrían colacionarse tenemos al menos la constancia. Las remisiones anglosajonas no son equiparables entre sí. A los efectos de contraste, Jeremy Bentham, convertido en mesías de la codificación por América como por Europa, no añade nada, salvo obstinación, a mi entender, pero otro resulta el caso de William Blackstone.

Blackstone es sin duda el exponente entonces más genuino de un ordenamiento británico que podía plantear competencia efectiva a los Códigos. Su nombre significa sus comentarios sobre el derecho de Inglaterra, los varios volúmenes de *Commentaries* que constituyen desde los años sesenta del XVIII una exposición virtualmente completa de dicho ordenamiento de origen inglés en buena parte vigente por latitudes de América, por Estados Unidos del norte y por colonias británicas supérstites. No parece que conocieran versiones íntegras al castellano, pues parciales las hubo, pero circulaban a través del continente tanto en su lengua como en traducción francesa. Ahí, compitiendo particularmente con la codificación, estaba a la vista como modelo o como contraste.

Queda todavía el contraste último, por verdaderamente primero, no otro que el social ya anunciado. Para el Código no lo representaba, porque lo suyo era designio de ley, este ejercicio de poder político, y no consideración de costumbre, esta admisión de autonomía social. Mas a la sociedad se dirige y la sociedad puede no dignarse en recibirlo. Recordemos donde estamos al inicio de esta historia, en un medio donde, por Bolivia y por Perú, apenas un diez por ciento de humanidad participaba de una cultura que, por su origen europeo, pudiera ser receptiva para con la codificación aunque abrigase y manifestara reticencias. Los codificadores de latitudes andinas no se llaman a engaño y vienen a ignorar de forma olímpica al restante noventa por ciento. Como en esta exposición cabe comprobar, la codificación primera, la santacrucina, sólo le dispensa un momento de atención expresa: “A los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones, concede la ley el privilegio de hacer sus testamentos por palabra, o por escrito, con solos dos testigos vecinos”. Como bien apostilla Carlos Ramos, resulta, a la par que fórmula tradicional, transposición del Código Napoleón, el cual hacía previsiones

similares para el testamento rural, “dans les campagnes”, con requerimiento de legalización ulterior mediante notario del que para Bolivia y Perú se prescinde. Lo mismo la ley que sus oficiantes pudieran no alcanzar tanto por áreas andinas y sus aldeaños. ¿Eso es todo?

Sabemos que no. Ahí, en el mismo artículo primero del Código Santa Cruz y más claramente en la versión peruana, figura, pese al propio planteamiento de producción centralizada del derecho, su localización a la hora de la verdad de la efectividad. Y el efecto puede ser aún superior. El Código Napoleón en su título preliminar también contiene pronunciamientos que reforzaban la identificación entre derecho y ley de cara a la justicia: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”; en la primera traducción española, que fuera inmediata: “El juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delinquirente de denegación de justicia. Se apercibe a los jueces de terminar, por vía de disposición general o reglamentaria, sobre las causas que conocen”. Pues bien, esta vuelta de tuerca judicial falta en la versión telegráfica del título preliminar del Código Santa Cruz.

Hubiera resultado de lo más irreal. En lo sustancial, la justicia era local, lo cual significaba, con sus más o con sus menos, en un noventa por ciento indígena y así bastante ajena a ley centralizada, cuando no por completo, ya que hay pueblos perfectamente independientes dentro de las fronteras teóricas de los Estados, como también prácticamente tales a los efectos de una autonomía interna a salvo y despecho de la dependencia política o eclesiástica. Con la constancia inicial del localismo del derecho, los codificadores pudiera pensarse que no estuviesen tan de espaldas a una realidad como aparentaran. La situación parece constarles. La tienen ante la vista. Estaríamos con la localización ante un indicio de realismo de cara a los propios medios de mayoría extrañada del ejercicio central de poder normativo, de este régimen legalista que la codificación representa. Y tal vez no fuese todo.

Según indica el propio Carlos Ramos, puede haber más, como quizás lo fuera, aun sin la referencia indígena explícita, el detalle de la inembargabilidad de los aperos de labranza que era tradicional y se mantiene por el Código Santa Cruz, otro signo de que su apuesta no resultaba precisamente por el mercado. También cabría añadirse los mecanismos referidos para reintegración de propiedad no individual, pues ésta pudiera ser indígena. No habría por qué descartarlo, entre otras razones porque lo primero tanto como lo segundo, el instrumental inembargable tanto como el retracto vecinal o comunal, puede que sirviera a conveniencias fiscales y políticas de Estado e Iglesia antes y

más que a intereses indígenas. ¿Proseguimos la búsqueda para esta prueba de contrastes de contexto entre líneas de texto?

Parece suficiente con lo dicho aunque tenga que ser por la sintomatología contenida, pues lo que no hallaremos por mucho que busquemos es reconocimiento franco de parte codificadora. El Código Civil peruano de 1852, como en general la codificación latinoamericana del XIX o prácticamente en toda ella hasta hoy, acusa una mayor cerrazón todavía, si esto cabe, que el Código Santa Cruz. Se arranca por esta zona con una evidencia tan aparente como la de localización del derecho, pero no se guarda luego consecuencia estricta alguna por todo lo extenso de su despliegue de Códigos y satélites, sumándose durante el siglo leyes incluso que vienen a advertir la presencia indígena sin alterar por ello planteamientos. Se comprueba no sólo por la impasibilidad de la codificación, sino también por la práctica de recopilarse aparte *legislación indigenista*, como legislación de excepción, hacia mediados del XX.

En Perú se tienen entonces la *Legislación indiana republicana de José Varallanos* y la *Legislación indigenista concordada* de Manuel Velasco testimoniando solapamientos con la codificación en materias tanto sustantivas como procedimentales. Entrado el siglo XX, los mismos Códigos podrán tener algún gesto con la presencia indígena. El Código Civil peruano de 1936, que sustituirá al de 1852, reconoce la existencia de sus comunidades como forma de propiedad. Paralelamente, el Código Penal tipificará como delito el trabajo indígena forzado a cuyas manifestaciones aparentemente contractuales hace referencia la exposición de Carlos Ramos. Ha sido la Constitución de 1933 la que ha dispuesto que se elabore “la legislación civil, penal, económica y administrativa que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”. Sin embargo, todo el contexto constituido por estos textos sigue siendo el extraño e incluso adverso comenzándose por el título preliminar con su reserva de poder de ley, el que produce tanto Constituciones y Códigos como *legislación indigenista*.

Lo que nunca parece caber en cabeza codificadora es la posibilidad de que existiera ante ella, no un mundo anómico necesitado de ley y además centralizada, sino una sociedad como la indígena que puede estar formando comunidades porque cuenta con su propio derecho y su propia justicia. Aunque el ordenamiento a la vista siga de este modo siendo siempre criatura del mismo legislador que codifica, las leyes y otros gestos dichos *indigenistas* pueden ofrecer hoy una vía de acercamiento a la mayoría que no se deja codificar. No nos ensimismemos en la codificación y sus satélites si queremos entender.

En fin y con todo, no puede decirse que haya precisamente de parte codificadora ni conocimiento ni realismo pese a alguna que otra apariencia. Es difícil saber nada seguro sobre la conciencia en su doble acepción, tanto la cognoscitiva como la ética, de aquellos agentes de la

codificación, pero contamos con indicios más que elocuentes desde el propio Código Santa Cruz. Cuando parece que se fuera realmente local, se resulta mimético, como en el apartado del testamento indígena, el único con la referencia explícita. La mínima comparecencia real, ella misma, resulta signo de la máxima ausencia cierta, de esto mismísimo. ¿Cómo puede ocurrir? ¿En qué queda la apariencia de una entrada y la inconsecuencia de unas resultas? Con olfato clínico, Carlos Ramos habla gráficamente de esquizofrenia. Si hay patología, ¿qué están acusando en realidad los síntomas? ¿De qué enfermedad normativa se trata? ¿Cuál es?

Contamos con el historial médico de la sintomatología. Por parte codificadora se padece una morbilidad vergonzosa e inconfesa para ella, no necesariamente para el resto de la sociedad, para toda una mayoría entonces. Y de esto con exactitud se trata. Enferma la constancia reprimida de que una sociedad de cultura distinta, anterior y persistente, la indígena, ni posee ni contrata ni contrae relaciones ni hereda bienes ni plantea disensiones ni resuelve conflictos ni afronta transgresiones ni provee reparaciones ni acuerda ni dispone conforme a ordenamiento de procedencia europea y de que difícilmente iba a pasar a hacerlo de conformidad con la codificación del mismo origen. No es tanto el atractivo y ninguna, por lo que resulta, la necesidad. Tiene dicha humanidad indígena en efecto su propio derecho, su propio orden de jurisdicciones y ningún deseo palpable además de confiarse a otros. Cuenta con sus propias culturas, mejor así en plural, no menos vivas ni menos prácticas por no considerarse a sí mismas como la civilización en singular y sin más.

A los efectos normativos morbosos, el hecho de que la evidencia no se reconociera expresamente e incluso se reprimiera por parte codificadora resultaba un modo de reserva del ejercicio de la ley, de esta forma de poder, intentándose dejar así en precario la adversidad afrontada por la codificación misma, lo que es decir la presencia indígena con derecho propio, esta conveniencia probada para la parte que no codificaba ni lo planeaba ni se mostraba receptiva. Carlos Ramos subraya el interés de la codificación peruana por hacer explícita la regla de que la ley no se deroga por el desuso. La inaplicación podía ser en efecto su destino para la mayor parte de la sociedad. De esa forma se producía la salvaguarda del poder mismo de la ley incapaz. Flaqueándola, no sin cierta vergüenza propia para la agencia codificadora, intentaba todavía mantenerse en vigor de cara a la humanidad indígena el material colonial hispano de las llamadas Leyes de Indias que no tanto concurren normativamente como contrastan socialmente con la codificación misma.

Pasado el tiempo, lo que conviene no es sentir vergüenza ajena, sino multiplicar perspectivas propias. No basta la ensimismada de la codificación ni siquiera para la comparación entre codificaciones. Y

guardemos las proporciones. No era el andino un caso equiparable al de la sociedad rural refractaria en Francia. Ahí, a principios del XIX, el programa de la codificación está formulado y, a lo largo del siglo, su imposición culmina con éxito pasable, si no completo. Codificar es locura por doquiera que se intente, pero tiene método siempre. Hay historia europea y americana abundante para testimonio tanto del delirio como de la experiencia si no comenzamos presumiendo un reclamo y un éxito problemáticos hasta que se producen y consuman. Por latitudes andinas, ante la presencia indígena dotada de justicia y derecho propios, no se emprende en serio ni el intento. Pese a la figura más bien solitaria del testamento sin control ni registro notarial o a pesar también de otros supuestos que tal vez pudieran prestarle compañía, la constancia social no se tiene tan siquiera a la vista, salvo adversativa y acomplejadamente, cuando se programan codificaciones. El mismo empeño sería impensable con el panorama nítido de resolución y plausibilidad de resistencia por parte de una sociedad, la indígena que constituye mayoría.

Sin embargo, la actividad codificatoria no parece que resulte gratuita ni infructífera. En otro caso, lo que se hubiera producido por las continuas frustraciones no sería empecinamiento, sino melancolía. Se da ante todo el fruto de la posición legislativa como paradigma del ordenamiento. El apoderamiento propio mediante la reserva de ejercicio del poder normativo, esto que la codificación implica, queda en suspenso, mas no cancelado, aunque no tuviera muchos visos a corto ni largo plazo. El texto del Código dibuja un presente cierto frente a un futuro incierto, esta incertidumbre implícita en definitiva. La localización admitida a efectos receptivos esperaba tal vez doblegarse y vencerse por la centralización productiva del derecho sin mayores previsiones, sin otras posibilidades salvo la de poder desnudo o la de continuidad colonial. El silencio sobre el parámetro napoleónico de la justicia sujeta a ley puede que resulte testimonio clamoroso. La historia posterior también constituye prueba, si es que todavía se precisa. Hay aún historiografía más ciega que la misma justicia desarraigada, la del Código una y otra para el caso.

Como afirma Carlos Ramos, procediendo con buena vista a la introducción del libro, “en América, los códigos, a diferencia de lo que ocurrió en Europa, no serían instrumentos para lograr la unificación jurídica” pues “el universo de los derechos indígenas no constituía su fuente”. Puede entenderse que de otro modo no hay unidad o ni coordinación siquiera factible. ¿Para que servía entonces por estas latitudes americanas la codificación? Por Rossana Barragán sabemos de los festejos exultantes que se organizaran por Bolivia en 1832 para celebrarse la codificación santacrucina. Incluyeron la fiesta de cumpleaños de Francisca Cernadas con un obsequio encarecido en el acto de la entrega por las palabras de mi primer encabezamiento sobre

documento de civilización y juventud de república. El regalo son los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos que componen dicha codificación. La regalada es la mujer de Andrés de Santa Cruz cuyo apellido ya prestaba oficialmente nombre a la ofrenda. Se regalaba cimero de Estado y credencial de Nación o, quizás mejor dicho, conjuro de carencia. La codificación podía prestar cédula de identidad bien tangible a imágenes colectivas muy problemáticas. Para Perú, nuestro segundo encabezamiento, el del *Eco del Protectorado*, vincula directamente Código y Nación. Como aquí nos recuerda Carlos Ramos, José de la Riva Agüero diría con nostalgia cuando el Código Civil peruano de 1852 fuera reemplazado en 1936: “Había que respetar nuestras heredadas peculiaridades. Se nos van con ellas algunos de los escasos elementos constitutivos de la patria”. Tal cosa parecería entonces el Código decimonónico.

¿Pudo antojarse o incluso constituir puro símbolo igual que una bandera, un himno o cualquier otro tipo de monumento patrio? ¿No se trata de un cuerpo normativo y además de primer orden? ¿Por efecto del contexto podía reducirse a emblema independiente de su significado como texto? Tienta la conclusión al repasarse junto con Carlos Ramos el contenido de unas codificaciones por poco que se retenga la imagen de la humanidad a la que se dirigen con la mayoría que la compone socialmente y no la constituye jurídicamente. Pero sería precipitada cualquier deducción en tal sentido. Bien se guarda ni siquiera de insinuarlo el propio Carlos Ramos. La codificación no es solamente capital simbólico, sino también inversión normativa. Los Códigos no son tan sólo blasones porque ciertamente concurren a la identidad como Naciones de unos Estados y de aquellos en particular constituidos ellos mismos de ese modo tan en precario. Muy al contrario, resultan piezas tan fundamentales del derecho que llegan a superponerse a Constituciones. Son elementos vocacionalmente redondos del ordenamiento. ¿Qué papel es el suyo, el de los Códigos, por estas latitudes latinoamericanas? ¿Por qué y para qué madrugan en Bolivia y en Perú?

La propia codificación de Latinoamérica, toda ella, hace abstracción de sociedad sin que esto tenga por qué implicar inoperatividad. Se trata al fin y al cabo inicialmente, cuando no todavía hoy, de un dominio de minoría sobre mayoría y ésta, por indígena, es la abstraída. La resultante constituye una forma de *apartheid*, la resolución habida de lo que vengo denominando el *teorema de O'Reilly*, pues el jurista yucateco, antes que mexicano, Justo Sierra O'Reilly es, a aquellas alturas de mediados del XIX, el más lúcido exponente de la lógica colonial que en tiempo constitucional conduce a tal postergación de la mayoría, además de fautor práctico del primer Código Civil federal de México. Los Códigos, con todo lo imaginario que representan, no parece que se jueguen su futuro, sino que en cambio se lo aseguran, con abstracción

tan enorme, aunque no total por supuesto pues tienen su espacio efectivo, de cara a buena parte de la propia humanidad aparentemente destinataria.

Guardemos siempre distancias y proporciones. Igual que decía de Francia, digo de España a unos efectos comparativos. No estamos ante casos equiparables. El español puede permitirse lo que ya he indicado de no cerrar nunca, pues tampoco lo ha hecho tras 1889, ese núcleo duro de la codificación que es el título preliminar identificatorio del ordenamiento mediante su ecuación con ley. ¿Importa menos el Código como cédula de identidad de Nación y Estado? No me atrevo a asegurarlo pues me desmentirían las mismas Constituciones españolas del XIX reclamando codificación. En todo caso, el empeño parece mucho más perentorio por Latinoamérica, lo cual tiene probablemente que ver con una urgencia de identidad más que con una necesidad de ordenamiento. Con esto, la historia de unos Códigos, la de su potencia y su incapacidad, podrá ser especialmente torturada. Tienen de continuo ante sí una realidad social para cuya cancelación han nacido.

Desde su mismo arranque en las aguas plácidas del Titicaca, el recorrido presente forzosamente tortuoso en efecto por codificación boliviana y peruana del XIX y entrada del XX ofrece visión que permite la toma en consideración de su último, por primer, contraste, el de índole social, el principal una vez que así encuentran prosecución diversidades tamañas. Sale tocada, mas con vida. La codificación resulta clave, pero sólo una y parcial, del plural y complejo sistema de estas sociedades. Tiene un papel de minoría que cumplir y lo intenta temprano por latitudes andinas. Entre colonia y Estado, el Código procura identidad y poder por medio de ordenamiento reducido tan sólo teóricamente a ley.

Presas del prejuicio, nuestro viajero curioso, el que atravesaba las alturas del Titicaca con el Código Santa Cruz a mano, no parece que se encontrara de hecho capacitado por deficiencia de cultura propia para apreciar en lo más mínimo la significación del texto en el contexto. Ni siquiera se hallaba en condiciones de cobrar conciencia sobre la propia contradicción al entender el Código andino como proyecto de derecho que hubiera de ser objeto de imposición. Ni en lo primero, en lo jurídico, llegaba a detectar diferencias sustanciales con el Código Napoleón; ni en lo segundo, en lo despótico, se permitía sospechar que éste mismo, el modelo europeo, ofreciera resortes y mecanismos bien eficaces de dominación. Le parecería de lo más natural que esto comenzara ocurriendo en el régimen de familia con la degradación codificada de la mujer, un expediente napoleónico antes que santacrucino. ¿Qué perspicacia podríamos esperarse de quien recurre a la lectura porque le aburre la extrañeza circundante? En plena travesía del Titicaca nos cuenta que “cansado de mirar abrí mis alforjas, especie de

saco que contenía los objetos que deseaba siempre tener a la mano y tomé un libro al azar”, el Código Santa Cruz por suerte.

El aburrimiento personal resulta anécdota en esta historia. La incompreensión cultural constituye la categoría. He ahí el caldo de cultivo para que se produzcan y enquisten todos los bloqueos de entrada y los callejones sin salida. Nuestro peregrino es un verdadero pionero en dar pábulo a la racha que será larga de malentendidos y equivocaciones: “El gobierno boliviano ha hecho traducir y ha adoptado el Código de Napoleón”. No se trata de mero chauvinismo de parte suya, pues es francés, ni tampoco de falaz anacronismo de la nuestra, puesto que los contrastes son de la época. Estamos ante la carga seriada de prejuicios afincados que viene empañando la percepción tanto de historia como de presente, tanto de historiografía jurídica como de política del derecho. Ambos estrabismos concurren sosteniéndose recíprocamente.

Nuestro viajero navega por el lago Titicaca de noroeste a sureste, de Perú a Bolivia. Carlos Ramos emprende el itinerario inverso, desde Bolivia hacia Perú. *La codificación del siglo XIX* constituye unos de los volúmenes, el segundo, de su *Historia del Derecho Civil Peruano*. El primero, dedicado al *Orbe jurídico ilustrado*, lo prologa Paolo Grossi, quien nos ha enseñado a mirar de frente la manifestación primordial de despotismo del Código, la que comienza por identificar derecho y ley. Me honra Carlos Ramos al ofrecerme ocasión para que tome así un testigo. En este volumen segundo ya se adentra por la historia del derecho de nación peruana, esto es, del ordenamiento generado o adoptado por Perú como Estado quedando al margen los derechos de las comunidades cuya misma existencia se intenta en vano reducir normativamente y hasta cancelar jurídicamente por este mismo Estado, por sus Códigos. Y digo derechos en plural para la parte indígena por la doble aceptación de variedad de ordenamientos y de título de libertades.

Es también ésta por unos comienzos historia del derecho que asume o produce Perú como Estados igualmente en plural, puesto que se ensayó y frustró una Confederación, la del Gran Perú entre el doble Estado de este nombre peruano, el Nor-Peruano y el Sud-Peruano, junto además con Bolivia, el Alto Perú de época colonial, el Kollasuyu de tiempo ancestral, de antes, mucho antes, de recibir el nombre de Simón Bolívar. Un ordenamiento lo tiene de Andrés de Santa Cruz, aquel Gran Mariscal de ese Gran Perú. La codificación boliviana que comprende Código Civil, Código Penal y Código de Procedimientos, los Códigos del regalo a Francisca Cernadas, sin Código de Comercio como ya también sabemos, se comunica a los dos Estados peruanos, donde no cuaja formalmente como cuerpo normativo, pero por donde conoce una especie de supervivencia de ultratumba, pues no se olvida y hasta de hecho en casos se aplica, mediante todo lo cual y

también por la vecindad de Bolivia puede conectar con proyectos y consecuciones ulteriores de la secuencia codificatoria. Por la razón de participación confederal que deja así algún poso especialmente además apreciado por Carlos Ramos, esta otra comparecencia, la boliviana, se produce en el curso de una exposición histórica de derecho peruano.

Ahí, en tierras de la Bolivia estatal, del Alto Perú colonial, del Kollasuyu ancestral, empieza una codificación por la zona. Aquí arranca la presente historia. Confíemos en el firme pulso y experto pilotaje de Carlos Ramos para la nueva travesía del Titicaca con los Códigos bien a mano. Bajo las aguas de este mediterráneo andino, hay restos tihuanacotas; por las islas, ruinas incaicas; por las orillas y tierra adentro, tales mismos recordatorios y además los humanos vivos de culturas así no fenecidas; en la embarcación a flote, estamos nosotros con nuestros Códigos, quienes nos ocupamos de su historia porque nos identifican.

FRANCESCO D'URSO

PERSONA GIURIDICA E RESPONSABILITÀ PENALE.
NOTE STORICO-GIURIDICHE A PROPOSITO
DI RECENTI RIFORME.

1. Premessa: ancora sulla persona giuridica. — 2. « Societas saepe delinquit ». — 3. L'ascesa e la crisi del dogma « societas delinquere non potest ». — 4. Collettività, responsabilità penale e persona giuridica: aspetti storici d'un mutevole equilibrio. — 5. L'esperienza medievale. *Singuli* e *universitas* nel pensiero di Accursio. — 6. L'emergere di posizioni 'scettiche' verso la responsabilità penale dell'*universitas*. — 7. Un nuovo modo di impostare il problema: l'*universitas* come *persona ficta*. — 8. La sistemazione di Bartolo da Sassoferrato. — 9. Alcune riflessioni finali.

1. *Premessa: ancora sulla persona giuridica*

Non sono trascorsi vent'anni da quando, nella Pagina introduttiva di un numero monografico di questi Quaderni, dedicato agli « Itinerari moderni della persona giuridica », il Redattore osservava che i dibattiti intorno alla « immagine collaudata ma traballante » di persona giuridica non solo continuavano ininterrotti da lungo tempo, ma si erano anzi intensificati in anni recenti ⁽¹⁾. Il traballare dell'immagine, dovuto alla perpetua incertezza, se non diffidenza, della scienza giuridica di fronte alla sua stessa creatura intellettuale, era ormai esasperato dall'emersione di vere e proprie tendenze iconoclaste.

Nel corso del Novecento, in effetti, le discussioni sul tema hanno scardinato certezze faticosamente raggiunte, evidenziato dubbi, rilevato realtà sottostanti tanto complesse da rifiutare sistemazioni vocate alla completezza. L'inquietudine si è mutata a volte in aperta ribellione e ampi settori della scienza giuridica, ormai convinti che la persona giuridica sia solo un 'mito', ne hanno iniziato la decisa 'demitizzazione', se non la 'negazione'⁽²⁾. Neppure l'indagine storica poteva rimanere

⁽¹⁾ *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 11/12, t. I, 1982/1983, p. 1.

⁽²⁾ Per un raffronto analitico tra le posizioni critiche e quelle tradizionali, con ricca bibliografia, si veda M. BASILE-A. FALZEA, *Persona giuridica. Diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 235 e ss. Più recentemente, G. SCALFI, *Personae giuridiche (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 e ss.

immune da questi fermenti: la crisi dei dogmi ha anzi valorizzato la consapevolezza della relatività spaziale e temporale della nozione di persona giuridica, ricollocandola all'interno dell'esperienza moderna e della problematica dei soggetti di diritto, tipica di quell'esperienza⁽³⁾.

Se la storiografia e la dottrina, in particolare civilistica e commercialistica⁽⁴⁾, hanno percorso sul piano teorico questo cammino per certi versi estremo, non s'è peraltro ancora esaurito l'ampio spettro di problemi pratici che il serbatoio della personalità giuridica convoglia e, immancabilmente, propone al giurista. È il caso del diritto penale: negli ultimi tempi la persona giuridica ha suscitato in campo penale vivaci discussioni, dalle quali sono derivate numerose proposte di riforma, a volte effettivamente realizzate.

Ovunque in Europa, infatti, ci si interroga sull'opportunità di introdurre una responsabilità penale delle persone giuridiche e, più in generale, degli enti collettivi.

Lo scetticismo dei civilisti lascia dunque spazio all'inaspettato entusiasmo dei penalisti: i primi vogliono allo stato attuale quasi espungere (almeno nelle correnti più battagliere) la persona giuridica dal loro orizzonte di studio quasi fosse un corpo estraneo; i secondi, invece, superando il perentorio brocardo «*societas delinquere non potest*», sono tentati di darle un'accoglienza trionfale. I primi si impegnano a circoscrivere e relativizzare ogni forma di alterità fra la persona giuridica e i suoi membri; i secondi proclamano invece quell'alterità e vogliono introdurre la persona giuridica fra i soggetti attivi delle fattispecie criminali, per poter individuare e colpire forme di responsabilità sovraindividuale.

La negazione della responsabilità penale della persona giuridica, frutto di schemi individualistici che negli ultimi due secoli hanno dominato il campo, è pertanto l'ultimo baluardo delle concezioni tradizionali sulla personalità giuridica ad essere messo in discussione. A ben vedere, le opposte posizioni dei civilisti e dei penalisti costituiscono due facce di una stessa medaglia, sono espressione della medesima crisi del tipico dogmatismo ottocentesco: solo così si spiega l'esplosione, a livello del diritto penale, branca fino ad oggi periferica per chi si occupava di personalità giuridica, di una forte tensione fra realtà, ideologie e scienza da cui emergono già ora nuovi assetti disciplinari ed emergeranno forse, in futuro, imprevedibili consapevolezze culturali.

(3) È quanto emerge dalla lettura, fondamentale per un generale inquadramento storico del problema, di R. ORESTANO, «*Persona*» e «*persone giuridiche*» nell'età moderna, nel suo *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 193 e ss.

(4) Si fa riferimento in particolare ai noti contributi di F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, parte I, p. 553 e ss., e *Il costo della persona giuridica*, in *Rivista delle società*, 1968, p. 1 e ss.

2. « *Societas saepe delinquit* »

Per comprendere il significato dei cambiamenti in corso, basterà prestare brevemente attenzione a quanto sta accadendo in Italia in questi mesi a livello legislativo.

Attuando alcune convenzioni internazionali, elaborate in base al Trattato dell'Unione Europea, il legislatore italiano ha emanato nel settembre 2000 una legge (la n. 300 del 29 settembre) ⁽⁵⁾ destinata ad aprire le porte a una vera e propria rivoluzione. In sé, la legge appare, a dire il vero, abbastanza timida e compromissoria, ma essa rappresenta il risultato parziale di un travaglio ancora aperto, da cui si attendono frutti più consistenti, esattamente come è successo in altri paesi europei, quali la Francia e i Paesi Bassi.

La legge prevede, in sostanza, che il giudice penale possa comminare sanzioni amministrative di vario tipo a carico delle persone giuridiche, per veri e propri reati disciplinati dal Codice penale e da leggi speciali. Il titolo della responsabilità, si noti, è esplicitamente qualificato come « amministrativo » ⁽⁶⁾; eppure, il giudice competente è quello penale ⁽⁷⁾, e al diritto penale afferiscono gli illeciti perseguiti ⁽⁸⁾. In una forma obliqua, insomma, l'ordinamento italiano abbandona per la prima volta il principio « *societas delinquere non potest* » ⁽⁹⁾, e riconosce che invece le persone giuridiche possono commettere illeciti penali.

⁽⁵⁾ Si veda il testo su *Diritto e Giustizia*, n. 34 del 30 settembre 2000, p. 12 e ss.

⁽⁶⁾ All'alinea del comma 1 dell'art. 11 della legge, il legislatore delega il Governo ad emanare un decreto legislativo « avente ad oggetto la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale... ».

⁽⁷⁾ Alla lettera *q* del comma 1 si dice che le « le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale... ».

⁽⁸⁾ Fra i quali si annoverano malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione per un atto d'ufficio, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persone incaricate di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, ma anche reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica, omicidio e lesioni colpose commessi in violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro, reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio.

⁽⁹⁾ A livello legislativo, sia il codice penale (all'art. 197) che la legge 689/81, istitutiva del diritto penale amministrativo, prevedono unicamente forme indirette, sussidiarie o solidali, di responsabilità civile della persona giuridica: che è come ammettere implicitamente la vigenza del principio « *societas delinquere non potest* ». Ipotesi sanzionatorie amministrative, questa volta dirette, a carico delle imprese, sono state previste durante gli anni '90 in settori circoscritti seppur delicati, quali la concorrenza o il settore radiotelevisivo (se ne ha un profilo sintetico in C. E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, a p. 1189 e ss.).

Si tratta di un'acquisizione di non poco conto, destinata a non rimanere isolata. Il progetto preliminare di riforma del codice penale, presentato al Ministro di Grazia e Giustizia negli stessi giorni in cui veniva emanata la legge n. 300, recepisce la novità e prevede come suo aspetto più moderno proprio l'introduzione di una generale responsabilità degli enti ⁽¹⁰⁾; altrettanto fa il progetto di riforma del diritto delle società ⁽¹¹⁾. L'oscillazione fra la componente penale e quella amministrativa, però, mentre oggi si giustifica, nella legge n. 300, quale buon compromesso fra l'esigenza di recepire le convenzioni internazionali e le resistenze interne verso la responsabilità penale delle persone giuridiche, perderebbe senso nel contesto di un nuovo codice. Nonostante ciò, le resistenze accennate sono tanto forti che il progetto preliminare discute prudentemente di una responsabilità generica, evitando a chiare lettere di definirla come penale: al momento, dunque, la forza della tradizione rischia di erompere in una disciplina ibrida, senza gambe per camminare nel diritto penale a pieno titolo, eppure inserita nell'alveo della normativa penale.

Le tendenze del domani, tuttavia, si indovinano se solo si presta attenzione al dibattito serratissimo su questo tema, che ormai ha percorso tutti gli anni Novanta e che già in precedenza emergeva periodicamente, alimentato dai cambiamenti economici e sociali. Senza alcuna pretesa di completezza, basterà, per i nostri fini, ricordare i principali aspetti del problema.

Per cominciare, il principio « *societas delinquere non potest* » è stato abbandonato, o sta per esserlo, su vastissima scala, con la conseguenza che nessun ordinamento statale può più sottrarsi, pena l'isolamento, alla corrente tumultuosa. Sarebbe perfino scontato ricordare l'accoglimento della responsabilità penale delle persone giuridiche da parte dei paesi di *common law*, che risale all'Ottocento ⁽¹²⁾. Si vuole qui alludere, fra i tanti esempi del presente, al suo pieno riconoscimento nel *Wetboek van Strafrecht* dei Paesi Bassi, già nei 'lontani' anni Settanta ⁽¹³⁾; alle pressioni, durante gli anni Ottanta, da parte della

⁽¹⁰⁾ Si vedano le « Considerazioni introduttive » della Relazione al progetto preliminare in *Diritto e Giustizia*, n. 35 del 7 ottobre 2000.

⁽¹¹⁾ Descrizione e valutazioni critiche in F. FOGLIA MANZILLO, *Verso la configurazione della responsabilità penale per la persona giuridica*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 1, p. 106.

⁽¹²⁾ Fondamentale L. M. LEIGH, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969; più di recente il contributo di C. HARDING al volume *La criminalisation du comportement collectif-Criminal Liability of Corporations*, edito da H. DE DOELDER e K. TIEDMANN 1996, The Hague-London-Boston, p. 369 e ss.

⁽¹³⁾ Nel 1976 i Paesi Bassi hanno introdotto una norma, novellando l'art. 51 del *Wetboek van Strafrecht*, che prevede la responsabilità delle persone giuridiche. Peraltro, già dagli anni Cinquanta i Paesi Bassi conoscevano tale forma di responsabilità, ma circoscritta esclusivamente al settore economico; la riforma del 1976 ha significato l'estensione del principio « *societas delinquere potest* » a qualunque fattispecie crimi-

Comunità Europea sugli Stati membri perché introducessero forme adeguate di repressione della criminalità degli enti ⁽¹⁴⁾; all'introduzione della responsabilità delle *personnes morales* nel nuovo *Code pénal* francese del 1994 ⁽¹⁵⁾; agli inesauribili dibattiti in Germania, dove si pensava di aver risolto il problema fuori dalla sede penale, attraverso le regole del cosiddetto « diritto penale amministrativo » ⁽¹⁶⁾, e dove invece riemerge insistente l'ipotesi di una responsabilizzazione penale ⁽¹⁷⁾.

A condizionare questi notevolissimi cambiamenti è naturalmente la realtà. Ora, che le persone giuridiche delinquano, che addirittura abbiano acquisito il monopolio di certe forme di criminalità, è un dato evidente, spiegabile sulla base di una complessa serie di fattori.

Il fenomeno ha coinvolto *in primis* l'intero settore del diritto penale dell'economia. La figura dell'imprenditore individuale che commette reati è divenuta ormai puramente marginale, e la struttura societaria si è imposta come forma privilegiata di organizzazione dell'attività produttiva; non solo, ma le imprese identificabili con un ristretto gruppo a base 'familiare' sono state sostituite da grandi società ad azionariato

nosa (C. FASSEUR, *The criminal liability of legal persons in Netherland law*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti della Conferenza tenuta a Messina, 30 aprile-5 maggio 1979, Milano, 1981, pp. 309-319). Recentemente al sistema penale si è affiancato anche un meccanismo sanzionatorio misto amministrativo-penale (come evidenzia H. DE DOELDER nel suo contributo al volume *La criminalisation du comportement collectif-Criminal Liability of Corporations*, cit., pp. 289 e ss., in particolare pp. 293-295).

⁽¹⁴⁾ Raccomandazione (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, pubblicata su *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991, p. 653 e ss., e tradotta da V. MILITELLO.

⁽¹⁵⁾ L'art. 121-2 del nuovo Codice stabilisce che: « Les personnes morales, à l'exception de l'État, sont responsables pénalment...dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infraction commises, pour leur compte, par leur organes ou représentants ». I dibattiti che hanno preceduto la riforma, i suoi aspetti tecnici e i risultati applicativi sono accuratamente descritti da F. DESPORTES-F. LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit penal*, vol. I, Paris, 1999, p. 465 e ss.

⁽¹⁶⁾ La dottrina tedesca maggioritaria (si veda il 'classico' *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, di H.-H. JESCHECK-T. WEIGAND, 5. Auflage, Berlin, 1996, p. 227) ritiene che la persona giuridica non possa essere penalmente perseguita. Tuttavia, nell'ambito del diritto penale amministrativo, che è stato introdotto nella Repubblica federale di Germania prima che altrove, si è prevista una norma, riformata e resa più incisiva nel 1986 (il paragrafo 30 della legge sulle *Ordnungswidrigkeiten - OWiG*), che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria (*Geldbusse*) fino a 1 milione di DM (e addirittura oltre). Per un'analisi del sistema tedesco si veda A. M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'unione europea e principio «societas delinquere non potest»*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 774 e ss.

⁽¹⁷⁾ Come constata K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 615 e ss., in particolare p. 615.

diffuso, in cui proprietà e *management* non coincidono (18). In queste strutture impersonali, le condotte criminali *di* impresa tendono a diventare condotte *dell'*impresa (19) e quest'ultima si pone quindi come uno schermo formale dietro cui non è più possibile individuare la responsabilità effettiva dei singoli. Le decisioni della persona giuridica, infatti, si perfezionano solo a seguito dell'incontro di tanti momenti volitivi dislocati a diversi livelli della struttura interna della *societas*: perseguendo e punendo esclusivamente (20) il singolo rappresentante o agente della persona giuridica si finisce per introdurre forme di responsabilità per reato altrui, poiché risulta colpito chi funge da mero strumento della politica complessiva di impresa (21).

Si consideri, inoltre, che anche altri tipi di persone giuridiche (siano riconosciute o meno), fra cui i sindacati e, soprattutto, i partiti politici, sono in grado di commettere reati (22), come l'esperienza italiana dei primi anni Novanta insegna clamorosamente, e che il numero di fattispecie penali compatibili con la struttura delle persone giuridiche è elevatissimo. Con ciò si intende fare riferimento non solo alle figure criminose 'proprie' di questi soggetti, quali quelle inerenti l'attività imprenditoriale o il finanziamento dei partiti, ma anche ai reati comuni. La criminalità di impresa, ad esempio, è in grado di colpire, oltre ai beni riguardanti la produzione e la gestione della ricchezza, anche beni primari della persona, dell'ambiente, della collettività (23). Si pensi ad ipotesi limite, in grado tuttavia di rispecchiare i possibili sviluppi della questione, come i casi recenti di multinazionali che hanno nascosto dolosamente i dati sui danni alla salute provocati dal fumo, o che hanno sfruttato il lavoro minorile dei paesi in via di sviluppo.

Insomma: da quanto sin qui detto, emerge che le persone giuridiche hanno, per natura, un notevole potenziale criminogeno al loro interno, percepito all'esterno come 'proprio' della persona giuridica. Nei fatti, la punizione di questo tipo di reati non è, nei paesi in cui vige

(18) F. FOGLIA MANZILLO, *Verso la configurazione della responsabilità penale per la persona giuridica*, cit., p. 106.

(19) C. E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, cit., 1996, p. 1174.

(20) In tutti gli ordinamenti che introducono una qualche forma, penale o extrapenale, di responsabilità della persona giuridica, non è mai in discussione la necessità di perseguire, in prima battuta, chi materialmente ha messo in atto la condotta criminosa. La responsabilità della persona giuridica è quindi aggiuntiva rispetto a quella dei singoli, anche se può essere accertata nelle ipotesi in cui, per un qualche motivo previsto dall'ordinamento, non prosegue il procedimento contro il singolo.

(21) J. DE FARIA COSTA, *Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, p. 1247.

(22) F. C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 433 e ss.

(23) A. ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso)*, Bologna-Roma, 1991, p. 152.

l'irresponsabilità penale della persona giuridica, perfettamente centrata: o si persegue il singolo agente per una *mens rea* che si trova altrove, o si puniscono i dirigenti di livello superiore perché sono a conoscenza di un determinato fatto illecito e vi hanno posto acquiescenza passiva, pur in mancanza di precisi obblighi giuridici (24). Si viene pertanto a creare uno scollamento fra realtà e diritto e non si commina la giusta pena dell'attività illegale, dirigendo la sanzione verso il suo destinatario 'naturale'.

3. *L'ascesa e la crisi del dogma «societas delinquere non potest»*

La realtà descritta inizia solo ora ad essere accettata dalla scienza giuridica. I penalisti hanno infatti basato per lunghissimo tempo il ragionamento su una *Übertragung* dei concetti civilistici nel loro territorio (né tutti hanno smesso di farlo): e così, il loro assillo è stato verificare se la persona giuridica, intesa come soggetto simmetrico alla persona umana, avesse una volontà, o fosse in grado di avvertire gli effetti della sanzione penale (25). Ora, però, la generalizzata constatazione che è necessaria una «nuova dogmatica penale», in grado finalmente di «colpire, con categorie penalistiche create *ex novo* o riadattate, le attività criminose degli enti» (26), inserisce la scienza penalistica in quel quadro complesso cui accennavamo all'inizio, nel quale la persona giuridica non costituisce più uno schema unitario e determinato una volta per tutte. Il 'recupero' della persona giuridica da parte dei penalisti non avviene infatti all'insegna dei concetti tradizionali, quanto piuttosto nell'ormai prevalente consapevolezza del «valore metaforico del termine persona all'interno della locuzione persona giuridica» (27): consapevolezza che apre le porte a soluzioni più aderenti alla realtà attuale, e non necessitate per deduzione da dogmi,

(24) G. FLORA, *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, p. 12.

(25) Se impostata in questi termini, la questione era destinata a risolversi nel senso che la persona giuridica è priva in sé di volontà e incapace di avvertire l'effetto retributivo e rieducativo della sanzione penale, con la conseguenza che mancherebbero i presupposti per attribuirle una responsabilità penale basata sulla colpevolezza (per il carattere ricorrente, a partire dall'Ottocento, di queste affermazioni, si vedano le belle pagine di A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 16 e ss.). Questa posizione troverebbe conforto, in alcuni ordinamenti, in principi di ordine costituzionale, come ad esempio quello sancito dall'art. 27, primo comma, della Costituzione italiana, secondo cui «la responsabilità penale è personale»: enunciato in cui si tende a vedere la fissazione di un requisito psicologico-morale irrinunciabile per l'imputazione della responsabilità penale (si veda, ad esempio e fra i tanti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1992³, p. 151).

(26) K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, cit., p. 624.

(27) A. ALESSANDRI, *Art. 27, 1° comma*, cit., p. 157.

prentivamente determinati, relativi a ciò che la persona giuridica è in astratto.

Questi fenomeni, se riguardano il presente e il futuro, implicano tuttavia anche delicati problemi storici. I dati della realtà evidenziano la perfetta storicità del dogma « *societas delinquere non potest* »: in conseguenza del crollo attuale, quel dogma perderà il ‘privilegio’ della vigenza e diventerà un oggetto di cui lo storico del diritto potrà indagare con maggiore distacco le radici, le cause di sopravvivenza e quelle di crisi.

Del resto, le vicende in corso chiamano in causa la ricerca storica anche per un secondo motivo: torna infatti alla ribalta il principio opposto, che ha avuto vita molto lunga, secondo il quale « *societas delinquere potest* ». Sembra così ricomporsi quella frattura col passato che si era prodotta a cavaliere fra Sette e Ottocento, quando una serie di fattori fra loro concorrenti sradicò la secolare prassi di diritto comune, prassi sostenuta da una vigorosa elaborazione dottrinale risalente ai glossatori e poi sempre ravvivata, in base alla quale *civitates*, aggregati rurali, istituzioni religiose, in breve tutte le *universitates*, erano ritenute capaci di delinquere e di incorrere in pene civili e religiose.

La responsabilità penale delle persone morali scomparve in primo luogo come effetto del loro impietoso *anéantissement* durante le vicende della Rivoluzione francese. Il successivo oblio del problema, in Francia nel corso dell’Ottocento, non è dovuto a una perdurante reazione contro il passato, ma semplicemente alla mancanza di oggetto: le uniche persone giuridiche sopravvissute erano o enti di diritto pubblico, a cui la responsabilità penale male si attagliava, o società commerciali di persone, che lasciavano filtrare la personalità dei membri ⁽²⁸⁾.

Il colpo più duro alla responsabilità penale delle collettività fu però assestato dalle raffinate costruzioni dogmatiche in area germanica. In quell’ambito alcune voci si erano già levate per contestare ora la punibilità dell’*universitas*, ora la possibilità di ascrivere alla persona giuridica azioni, quali quelle criminose, che esulano dai suoi scopi ⁽²⁹⁾, ma solo l’autorità di Savigny — ironia della sorte, un civilista — avrebbe sancito definitivamente il principio in base al quale la persona giuridica è un insieme di rapporti patrimoniali dotati di soggettività, in quanto tale inconciliabile con le categorie del diritto penale, di un « diritto penale » che « si riferisce all’uomo naturale, come essere pensante,

⁽²⁸⁾ G. LEVASSEUR-B. BOULOC, *La responsabilité penale des personnes morales d’après le droit positif français actuel et les projets de réforme en cours d’examen (avant-projet de Code Pénal)*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, cit., p. 200.

⁽²⁹⁾ Le obiezioni, rispettivamente di J. F. von Malblanc e P. J. A. Feuerbach, si possono vedere esposte e commentate da E. HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, 1903, p. 21 e ss.

volente e senziente »⁽³⁰⁾. Questo risultato era tuttavia la conseguenza estrema di una operazione più ampia. Ciò che trovava definitiva consacrazione era il principio individualistico, che per sua stessa natura mirava a rinchiudere la persona giuridica collettiva (fastidioso simbolo delle strutture corporative d'*Ancien Régime*) in una campana di vetro, mummificandola come 'finzione', nel senso di creazione esclusiva del legislatore, il quale affianca a suo piacimento l'uomo, unico protagonista della scena giuridica naturalmente dotato di potestà di volere e diritti soggettivi, con un essere, incapace di volontà, creato per fini puramente economici. Operazione, quest'ultima, non del tutto priva di malizia, perché, in definitiva, nel diritto privato e nei rapporti economici si inseriva un soggetto tutelato da una comoda irresponsabilità penale, modellato sulle esigenze della borghesia e delle sue intraprese.

Il principio « *societas delinquere non potest* » ha così dominato tutto l'Ottocento, senza che l'ondata della gierkiana 'teoria della realtà' riuscisse a sovvertirlo. Tutt'al più, l'idea della persona giuridica come ente reale, capace di volere, agire e quindi delinquere, si è prestata nel secolo successivo, fino ai nostri giorni, a fornire un'importante stamperia ai sostenitori della responsabilità penale, ma in un quadro completamente mutato, nel quale la teoria ha iniziato a rincorrere una prassi in rapidissima evoluzione.

I dogmi giuridici, dunque, ben lungi dall'essere protetti dalla loro collocazione nell'empireo dei principi, nascono e muoiono, come la vicenda del « *societas delinquere non potest* » insegna. Anzi: rispetto al tema della responsabilità penale della persona giuridica si rivela fondamentale la volontà, che definirei 'politica', di ciascuna esperienza giuridica. Così è infatti avvenuto con l'affermarsi del generalizzato regime di irresponsabilità ai primi dell'Ottocento; così sta avvenendo ora, a dispetto delle tante difficoltà che proprio parte della dogmatica giuridica continua a opporre.

4. *Collettività, responsabilità penale e persona giuridica: aspetti storici d'un mutevole equilibrio*

La crisi del principio « *societas delinquere non potest* » produce come effetto paradossale che il presente e un passato che sembrava lontanissimo si tendano la mano, che compiano la stessa scelta in favore della responsabilità. Ciò non significa, naturalmente, che il passato interessi per la ricerca di una qualche forma di legittimazione del presente; piuttosto, l'accostamento costituisce l'occasione per un recupero di identità di quel passato. In questo senso, la 'bufera' che oggi investe il concetto di persona

⁽³⁰⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Roma-Napoli, 1888, § 94, p. 314 (traduzione italiana, ad opera di V. SCIALOJA, dell'originale *System des heutigen römischen Rechts*, in VIII voll., Berlin, 1840-1849).

giuridica provoca, sul piano storiografico, effetti che non esiterei a definire liberatori: non esistendo più un parametro, essendo ormai pienamente acquisita la perfetta storicità del concetto di persona giuridica, il cui contenuto è di volta in volta determinato da istanze storiche nuove e differenti fra loro, la dottrina di diritto comune sull'*universitas* si presenta come un terreno di esplorazione la cui geografia può essere disegnata su un atlante ancora in parte bianco.

La storiografia, nel momento in cui si prefigge di approfondire la storia della responsabilità penale delle *universitates* (ma il ragionamento vale per qualunque altro aspetto tecnico della disciplina dell'*universitas* nella dottrina di diritto comune), si accorge così di doversi preliminarmente interrogare sugli strumenti di ragionamento di cui dispone. Il rischio che altrimenti si corre è proiettare sul passato l'ombra del presente, rischio scontato, eppure sempre in agguato, come l'esperienza conferma: si pensi all'importante, ormai invecchiata, storiografia che leggeva senz'altro le vicende del principio « *societas delinquere potest* » con il lessico di un'epoca in cui vigevo il principio contrario. Il passato, si intende il passato medievale, risultava popolato di contraddizioni e incertezze, lacerato fra la 'scoperta' della persona giuridica, la sua definizione come entità fittizia (*persona ficta*), e il contraddittorio riconoscimento di una capacità a delinquere che proprio la finzione 'avrebbe' dovuto escludere⁽³¹⁾ (avrebbe, dico, se si interpreta la finzione con un'accezione ingenuamente savigniana⁽³²⁾).

Il principale motivo di confusione, che rischia di divenire un vero e proprio tranello e di ingannare ad ogni passo l'interprete, è allora la notissima assonanza fra *persona ficta* e persona giuridica. *Persona ficta*:

⁽³¹⁾ Il pensiero corre naturalmente alle basilari ricerche di O. VON GIERKE, consacrate nel monumentale *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881, rist. anast. Graz 1954, p. 343 a proposito dei canonisti; p. 402-3 relativamente a Bartolo da Sassoferrato e ai contemporanei; p. 491 relativamente agli autori successivi. Dell'opera di Gierke si formò presto una vera e propria 'vulgata', riprodotta fedelmente nei decenni successivi. Mi riferisco, fra i tanti autori che ne trassero ispirazione, a quelli più specificamente attenti al nostro tema, come A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899; HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, cit., p. 11 e ss.; D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, I, Milano, 1905, p. 682 e ss.; C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, 1906, Milano, p. 85 e ss.; nonché alla sintesi di F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923², p. 70 e ss.; fra i penalisti interessati ai risvolti storici del problema, si vedano anche S. LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Rivista penale*, 1906, p. 401 e ss. e C. CORSONELLO, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, in *Rivista penale*, 1927, p. 437 e ss.

⁽³²⁾ Consapevolezza di questo rischio si avverte, ma solo alla metà del Novecento, nel lavoro di W. ULLMAN, *The Delictal Responsibility of Medieval Corporations*, in *The Law Quarterly Review*, 1948, pp. 95-96.

grazie a questa immagine il diritto comune, che l'ha plasmata, ci appare insolitamente vicino. Proprio in quel contesto vede la luce la convenzione linguistica che designa una collettività come persona. Proprio a quell'età risale la constatazione che l'analogia fra persona e collettività riposa su una finzione. La tentazione è, di conseguenza, quella di partire dalla *persona ficta*, genericamente identificata con la persona giuridica (a sua volta intesa quale soggetto di diritto perfettamente terzo rispetto al sostrato di individui che lo compone), e da qui impostare, a catena, la questione della 'natura' delle collettività e il problema della loro responsabilità penale.

La sequenza appena descritta, tuttavia, deve essere necessariamente rovesciata in riferimento all'età medievale. Pochi dati, peraltro già noti, sono sufficienti a scompigliare il quadro. La personificazione compare infatti solo intorno alla metà del XIII secolo: ancora nella Glossa accursiana non si trova l'espressione *persona* a definire l'*universitas*, mentre appena qualche anno dopo i giuristi (secondo la convenzione storiografica, a partire da papa Innocenzo IV⁽³³⁾) iniziano a farne un uso via via più intenso. È un fatto importante, che ha spinto tanta storiografia a vedere una frattura all'interno della dottrina medievale (e sarebbe superfluo richiamare il nome di Gierke). Che l'indubbia novità comportasse necessariamente una rottura, è però un assunto tutto da dimostrare, che anzi mi pare smentito dalla disciplina della responsabilità penale dell'*universitas*.

Osservando questa disciplina si può constatare che in una prima fase la responsabilità penale dell'*universitas* fu teorizzata pur senza far ricorso a nessuna forma di personificazione. Solo più tardi la *fictio* (o *repraesentatio personae*) intervenne, ma a giustificare soluzioni perfettamente in linea con una tradizione già consolidata.

L'angolo di osservazione della responsabilità penale dei gruppi nel medioevo consente dunque di iniziare a configurare le prime risposte a domande storiografiche pressanti, che i dibattiti del Novecento in tema di persona giuridica hanno inevitabilmente aperto. La comparsa della *persona ficta* significa necessariamente, come si è sempre stati propensi a credere, la comparsa di un dogma compiuto che squarciava il velo dell'incapacità astrattiva dei glossatori? O piuttosto il significato della *fictio personae* è altro dall'invenzione della personalità giuridica, astrattamente intesa quale creazione di un soggetto differente dagli uomini che lo compongono? Se così fosse, che significato rivestirebbe la *fictio*

(33) È impossibile ripercorrere qui la sterminata storiografia sulla nascita, tradizionalmente ascritta a un ambito canonistico, del concetto di persona giuridica. Si rimanda pertanto ai più recenti inquadramenti di sintesi, fra cui, in particolare, I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, XIII, 1995, p. 408 e ss. Si vedano anche le considerazioni di E. CORTESI, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, Roma, 1995, pp. 238-240, e di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, pp. 219-222.

personae nella disciplina giuridica dell'*universitas*? In breve, come si atteggiarono le componenti strutturali dell'*universitas*, 'pluralità', 'unità' e 'personificazione', nella dottrina di diritto comune?

Dal medioevo in qua l'analisi della struttura giuridica delle collettività ha sempre ruotato intorno a tre aspetti, quelli della pluralità di individui, della loro unità strutturale e della personificazione⁽³⁴⁾ (quest'ultimo costituisce la cesura col mondo romano, che della personificazione dette solo lo spunto⁽³⁵⁾, ma non l'analisi). Ogni momento storico compiuto propone una soluzione diversa ai rapporti tra queste tre dimensioni: nell'Ottocento, ad esempio, si è voluto fortemente sganciare la personificazione dal sostrato di unità e pluralità, per ragioni sistematiche (l'idea dell'astratto soggetto di diritto, titolare di situazioni giuridiche unificate e assolute) ed economiche (l'emergere del capitalismo e la necessità di deresponsabilizzare i soci attraverso l'interposizione di un filtro). Il dato costante rimane tuttavia la considerazione del fatto che l'*universitas* si compone di individui, che questi individui sono uniti per il raggiungimento di certi fini, che nel trattamento di alcuni rapporti giuridici (o addirittura di tutti, ma questo dipende, ed è uno dei nodi della questione) l'*universitas* si può considerare una persona.

Il medioevo conosce perfettamente la complessità di questa struttura. I giuristi, si vedrà, distinguevano in una *universitas* gli « omnes ut singuli » (momento della pluralità) dagli « omnes ut universi » (momento della coordinazione e dell'unità strutturale); laddove il sostrato pluralistico non venisse considerato *sub specie universitatis* ritenevano che « universitas nihil aliud est, nisi homines qui ibi sunt ». Più tardi, poi, iniziarono a specificare che l'*universitas* costituisce, a certi fini e in certe ipotesi, una *persona ficta* (momento della personificazione). In sostanza, i diversi aspetti che da un punto di vista logico configurano ciò che noi definiamo 'personalità giuridica' delle collettività erano tutti presenti, anche se uno di essi operò come variabile, intervenendo in una disciplina che già si era formata autonomamente: l'immagine della *persona ficta*.

Il medioevo, dunque, elabora la responsabilità penale della collettività partendo inizialmente e principalmente dalla collettività stessa, dall'*universitas*, al cui interno stanno le cause e i meccanismi della responsabilità sovraindividuale. Solo in un secondo momento inter-

⁽³⁴⁾ A queste tre categorie strutturali allude A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, cit., pp. 145-146: pur essendo il saggio dedicato a problemi attuali, contiene un *excursus* storico, alle cui conclusioni non sempre si può aderire.

⁽³⁵⁾ D. 46.1.22, in cui si afferma che, in analogia con l'eredità giacente, anche la struttura collettiva (nel caso di specie sono indicati *municipium*, *decuria* e *societas*) « vice personae fungitur »: « Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas ».

viene l'analogia con la persona, per motivi e con effetti che varrà la pena di analizzare nel prosieguo, senza alcuna pretesa di tracciare un percorso completo (che richiederebbe spazio e tempi ben superiori), ma identificando singoli, significativi, momenti di un cammino.

5. *L'esperienza medievale. Singuli e universitas nel pensiero di Accursio*

La scuola dei glossatori ammise e teorizzò la responsabilità penale dell'*universitas*. Si tratta d'una dottrina originale, da cui traspare la creatività della scienza giuridica dei primordi, sempre pronta a superare le fonti romane per rispondere alle sollecitazioni della realtà. Non solo. La prima parte del medioevo si caratterizza per il fatto di conoscere la responsabilità penale delle collettività, pur senza conoscere la terminologia che le designa come persone. È, quest'ultimo, un dato importante, che merita attenzione a livello storiografico. La mancanza di ogni riferimento alla persona rende il lavoro dei glossatori di notevole interesse per lo studioso, che si trova davanti a una disciplina 'altra' rispetto a quella impressa nella sua mente: si è obbligati, al cospetto del loro pensiero, a liberarsi dai riferimenti all'esperienza in cui si è immersi, e a cercare le soluzioni concrete che il giurista inventava ogni volta di fronte allo specifico problema pratico. La conseguenza è che si deve indagare l'atteggiarsi della disciplina dell'*universitas* in relazione a punti di riferimento specifici: da un lato la normativa, varia ma anche insufficiente, del *Corpus Iuris*, dall'altro le nuove esigenze sociali che imprimevano alla materia una direzione del tutto diversa rispetto alle fonti antiche. Ne scaturirono soluzioni che hanno influenzato la scienza successiva, suscettibili di essere sviluppate e ampliate perché rispondenti al sentire della società. Esattamente come avvenne a proposito della responsabilità penale delle collettività, in grado di resistere fino alle soglie dell'Ottocento.

Le fonti romane non offrivano ai giuristi che degli spunti, perlopiù negativi: seguendo lo scetticismo di Ulpiano, che dubitava « quid enim municipales dolo facere possunt? », concedevano l'accusa solo contro gli amministratori della città; la collettività era ritenuta responsabile unicamente sul terreno civile e limitatamente al vantaggio estorto dagli amministratori ⁽³⁶⁾. Altrove, peraltro, il dettato romano lasciava filtrare ambiguità (in riferimento ad esempio alla possibilità che l'*universitas* possa incutere *metus*), che i giuristi non esitarono a volgere a proprio favore ⁽³⁷⁾. Non mancavano, infine, frammenti nei quali la collettività

⁽³⁶⁾ D. 4.3.15.1; meccanismo analogo era previsto anche da D. 4.2.9.1, su cui si veda la nota seguente, e D. 43.16.4.

⁽³⁷⁾ D. 4.2.9.1: « Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae

era riconosciuta capace di esprimere una volontà propria, ma in questi casi non era in discussione un consenso in campo penale; gli eventuali benefici che ne sarebbero potuti derivare erano inoltre annullati dal fatto che, sul tema della generale capacità di volere, si apriva una ridda di testimonianze discordi (e basterà qui citare il famoso passo di Paolo, secondo il quale « universi consentire non possunt »⁽³⁸⁾).

Per ragionare in astratto, come i glossatori fecero, di una responsabilità penale delle figure collettive, pur su una piattaforma normativa tanto insufficiente, fu allora necessario che si realizzasse un fondamentale presupposto: l'emergere d'un unitario concetto di genere, adatto a indicare ogni tipo di collettività, e attorno al quale si potessero disporre i mattoni d'un nuovo diritto. Solo così i giuristi poterono sfruttare tutto il materiale romano a loro disposizione, senza tenere conto delle peculiarità disciplinari con cui ogni regola compariva nel *Corpus Iuris*. Per questa via si riuscì quindi a superare il dettato, antinomico o lacunoso, delle fonti e a creare una disciplina originale. Il nome *universitas* (con i suoi equivalenti *collegium*, *societas*, *corpus*), e il concetto di genere unico e unitario cui rimandava (sotto cui si poteva raccogliere qualsiasi collettività) fu quindi la porta d'ingresso attraverso la quale la realtà medievale irruppe nel regno dei principi romani e portò, in particolare, a un generale riconoscimento della capacità di volere dell'*universitas*⁽³⁹⁾.

Una volta attuatosi, già nel XII secolo, questo processo di astrazione e unificazione concettuale, si iniziò anche a porre la questione dei delitti dell'*universitas*. Nello specifico, ricorrendo al principio maggioritario, sul cui ambito applicativo le fonti nulla di preciso dicevano o escludevano⁽⁴⁰⁾, si riuscì a teorizzare una capacità penale delle collettività e a privare di efficacia i passi contrari: al dubbio di Ulpiano si poteva finalmente controbattere che i *municipes* (nel loro insieme, si intende) non

metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit ». Questo brano fu generalmente commentato e citato come se ammettesse la capacità penale della corporazione, in quanto *populus*, *curia*, *collegium* e *corpus* sembrano essere i soggetti che attivamente e propriamente incutono il *metus*.

⁽³⁸⁾ D. 41.2.1.22: « Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt... ».

⁽³⁹⁾ Su questo aspetto è naturalmente d'obbligo riferirsi all'indagine di P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expression du mouvement communautaire dans le Moyen Age latin*, Paris, 1970; recentemente, anche P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 10, ha sottolineato che i nomi « corpus e universitas vengono utilizzati come espressioni capaci di cogliere le caratteristiche essenziali del fenomeno associativo al di là della varietà delle sue forme ».

⁽⁴⁰⁾ Due erano i testi di riferimento: D. 50.1.19 (« Quod maior pars curiae efficit, pro eo habetur, ac si omnes egerint »), e D. 50.17.160.1 (« Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem »). Sugli aspetti, pratici e teorici, del principio maggioritario in diritto romano si veda E. RUFFINI, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, 1977, p. 31 e ss.

sono capaci di dolo, ma solo nel senso che raramente, difficilmente, agiscono con dolo, a motivo dell'umana propensione al disaccordo. Con l'aggiunta di un semplice « facile » alla domanda ulpiana si otteneva un completo, e desiderato, ribaltamento di senso ⁽⁴¹⁾.

Il principio maggioritario non era in realtà esente da rischi, evidenziati già a suo tempo da Giovanni Bassiano e riecheggianti ancora da Accursio: esso non dovrebbe mai arrivare a violare la sfera individuale dei singoli membri dell'*universitas* e permettere che la maggioranza, sia anche composta da mille persone, vincoli il singolo Tizio o Caio a obblighi che ricadano sul suo patrimonio o consentano di convenirlo singolarmente ⁽⁴²⁾. Tuttavia, e cito ancora Accursio, in quanto egli rappresenta convenzionalmente il termine di una esperienza culturale, si ritenne (a partire dallo stesso Giovanni Bassiano ⁽⁴³⁾) che i rischi fossero neutralizzati e che la *maior pars* rappresentasse tutta la collettività, quando quest'ultima fosse stata radunata « publice » (secondo il dettato di D. 50.17.160.1), cioè nel rispetto di forme che, verso l'interno e verso l'esterno, qualificassero l'agire *ut universi, tamquam universitas* (ossia al suono di una campana, di una tuba, o al richiamo di un banditore: « si publice populus vocetur, scilicet per tubam, vel campanam vel voce preconia, licet non omnes veniant, videntur omnes facere, quod faciunt qui venerunt »); e si aggiunse esplicitamente che ciò avviene non solo per le elezioni e la stipulazione di negozi, ma anche nel caso in cui il collegio agisca violando un contratto penale o comunque commetta un delitto (« ... habet locum in electione et in contractibus et

⁽⁴¹⁾ È, ad esempio, il pensiero di ACCURSIO, gl. *Facere possunt*, ad D. 4.3.15.1, *de dolo malo*, l. *Sed et ex dolo*, § *Sed an in municipes*, ed. Venetiis, 1581: « Q. d. nil facere, quia nec consentire facile possunt, ut infra de arbitris, l. Item si unus, § Principaliter (D. 4.8.17.6) et infra, de libertis universitatis, l. i. (l. un. D. 38.3). Sed tamen possunt cum difficultate, ut campana pulsata, quia videbuntur omnes facere quod consilium facit, vel maior pars, ut infra, de regulis iuris, l. Aliud, § Refertur (D. 50.17.160.1)...Haec autem interrogatio raritatem, non impossibilitatem notat, sicut ibi, si sacerdos peccaverit, quis orabit pro eo? ».

⁽⁴²⁾ ACCURSIO, gl. *Aut legem*, ad C. 8.53.2, *quae sit longa consuetudo*, l. *Consuetudinis ususque*: « Sed posset responderi, imo nihilominus poterit obici, quia maior pars universitatis consensit, unde perinde est, ac si omnes consensissent, ut ff. ad municipalem, l. Quod maior (D. 50.1.19). Sed Io. dicit quod illa regula locum habet in electionibus et in his, quae singulorum provident utilitatibus. Item et ad hoc, quod universitas possit conveniri, scilicet, si maior pars fecit contractum vel obligationem aliquam. Non autem ideo locum habet illa regula, ut aliquis ignorans conveniatur singulariter. Haec autem consuetudo patrimonio singulorum detrahit, et aliquem obligat, quod facere non potest pars maior, nam si millesies consentiat maior pars, quod ego alicui tenebor, non per hoc tenebor ».

⁽⁴³⁾ Si veda, per la ricostruzione del pensiero di Giovanni Bassiano, G. CHIODI, « *Delinquere ut universi* ». *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2000, p. 391 e ss., cui si rinvia per la puntuale trattazione di tutti gli aspetti tecnici della responsabilità penale delle *universitates* nelle diverse scuole giuridiche, civilistiche e canonistiche, fra XII e XIII secolo.

etiam in commissione poenae, si veniant contra contractum poenalem, vel etiam vadant, vel alias delinquant » (44).

In origine, dunque, la responsabilità penale della collettività non ebbe bisogno, per essere pensata e spiegata, dell'ausilio del concetto di persona. Fu sufficiente disporre d'un concetto onnicomprensivo che identificasse perfettamente la collettività in sé, per impostare al livello teorico anche il problema della sua responsabilità penale. Nel repertorio di norme romane riconducibili all'ampio *genus* di *universitas*, si identificarono poi i meccanismi, il principio maggioritario e il criterio della pubblicità dell'atto, in grado di fornire la soluzione positiva del problema, assecondando in questo modo un sentire sociale che permarrà vitale durante tutto il medioevo.

L'*universitas*, tuttavia, non era affatto un'entità di tipo esclusivamente ideale, di cui si potesse disegnare a tavolino la disciplina; semmai una realtà complessa, alla cui esistenza contribuiva un intreccio di fattori materiali e intellettuali. Si pensi alla nota definizione, contenuta nelle *summulae* azzoniane al *Digestum vetus*, secondo cui « *universitas est plurium corporum collectio inter se distantium uno nomine specialiter eis deputato* » (45): l'*universitas* è una pluralità di individui che acquista, in forza di un *nomen* collettivo, rilevanza unitaria per il diritto. La definizione, che pure già esprime bene la complessità dell'oggetto, non aggiunge altro: le modalità secondo le quali la pluralità si organizza, le dinamiche fra il momento collettivo e la concreta presenza dei singoli, dovevano essere esplorate ogni volta con attenzione alle peculiarità di ciascuna fattispecie.

Solo considerando questo dato si riesce a comprendere una frase di Accursio, ben nota alla storiografia, secondo cui l'*iniuria* commessa da un singolo può essere imputata direttamente al collegio di cui egli fa parte, poiché « *universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt* » (46). Il contenuto di questa frase, con la sua immediata risolu-

(44) ACCURSIO, gl. *Refertur*, ad D. 50.17.160.1, *de regulis iuris*, l. *Aliud*, § *Refertur*.

(45) AZZONE, *summa* ad D. 3.4, *quod cuiuscumque universitatis nomine*, *Papiae*, 1506 (rist. anast. in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, *Augustae Taurinorum*, 1966). La *Summa Digestorum* è opera che un tempo si riteneva composta da pezzi di Giovanni Bassiano, Azzone, Ugolino, ma che oggi si considera azzoniana nel suo nucleo originale (secondo le indicazioni di P. WEIMAR, *Zur Entstehung der azoschen Digestensumme*, in *Satura Robert Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, a cura di J. A. ANKUM, J. E. SPRUIT, F. B. J. WUBBE, Fribourg Suisse, 1985, 371-392).

(46) ACCURSIO, gl. *Non debetur*, ad D. 3.4.7.1, *quod cuiuscumque universitatis nomine*, l. *Sicut municipum*, § *Si quid*. Ecco il testo della glossa, nella parte che qui interessa: « ...Item quid si quilibet de universitate tibi intulit iniuriam, numquid universitas dicetur hoc fecisse, et poterit a te conveniri? Videtur quod non, quia non ut universitas, scilicet consilio habito et campana sonata, vel alias eis convocatis fecisset, sed quilibet suo motu. Econtra quod sic, quia universitas nil aliud est, nisi singuli homines, qui ibi sunt. Quod facit ad usum nemoris habitum per bestias hominum villae ».

zione dell'*universitas* nei *singuli*, costituisce un enigma, che ha contribuito a confondere l'intera ricostruzione del pensiero dei glossatori sull'*universitas*, semplificando un quadro di per sé assai complesso. L'enigma nasce dal fatto che l'affermazione di Accursio è posta a commento di un testo romano (D. 3.4.7.1) dal tenore opposto: « Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent ». Il frammento afferma proprio una netta distinzione fra le obbligazioni dell'*universitas* e dei singoli, e non la disarticolata riduzione della prima ai secondi. L'oscurità si infittisce se si considera che, prima di Accursio, Ugolino dei Presbiteri aveva glossato il frammento confermandone il senso. Egli aveva anzi precisato, chiosando la parola « debetur », che « sic econtra quod singuli debent non debet universitas vel facit, nisi forte maior pars vel nisi unus ex eis pro universitate » (47). La frase di Ugolino è diametralmente opposta a quella di Accursio, pur contenendo una riserva: il debito o l'atto (anche criminale, nulla sembra escluderlo) dei singoli non può impegnare la collettività, salvo che concorra a formare la *maior pars* o sia compiuto *pro universitate* (forma ellittica, che sembra sottintendere un mandato o una ratifica). In un'altra glossa, Ugolino precisa meglio il significato della riserva, allineandosi ai risultati generalmente accolti dalla scienza civilistica: l'atto criminoso dei singoli potrà essere ascritto al collegio solo se è compiuto « tamquam universitas », cioè secondo criteri, come la convocazione pubblica, che rendano riconoscibile l'agire collegiale (48). Copiando quest'ultima glossa, Accursio allega il suo drastico giudizio.

Tuttavia, non si deve credere che Accursio negasse la dottrina consolidata sulla responsabilità penale, perché egli l'accettava in altri luoghi della sua opera, come si è visto poco sopra, e perché molti autori successivi lo citano quale sostenitore della responsabilità penale collegiale (49). Semplicemente, come è stato chiarito, egli intese « impostare una questione, nelle sue serie argomentative » (50), sollecitato, riteniamo, dall'osservazione della natura stessa dell'*universitas*.

(47) Si tratta di una glossa, siglata « h. », che si insinua in un manoscritto contenente l'*Apparatus* di Azzone al *Digestum vetus*: PARIS, *Bibliothèque Nationale*, lat. 4463, f. 40 vb.

(48) Si tratta di una glossa che compare nei due manoscritti PARIS, *Bibliothèque Nationale*, lat. 4459, f. 32 ra e lat. 4461, f. 40 ra.

(49) Basta ricordare, per tutti, CINO DA PISTOIA, *comm. ad D. 8.4.7, unde vi*, I. *Si quis in tantam*, f. 483 va, n. 14, *Francofurti ad Moenum*, 1578, rist. anast., Roma, 1998: « Pro hoc videndum est, an universitas possit delinquere. Glosa nostra, ff. quod cuiusque universitatis nomine l. Sicut § 2 (D. 3.4.7.1) videtur dicere quod sic, si communicato consilio et cetera, ut ibi notatur, et idem, ff. de regulis iuris l. Aliud, § Refertur (D. 50.17.160.1) et quod ibi notatur ». Si veda anche Iacopo d'Arena, nel passaggio citato alla nota 68.

(50) Secondo l'intuizione di G. CHIODI, « *Delinquere ut universi* ». *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, cit., p. 411.

Viene così prepotentemente in rilievo la complessità della nozione di *universitas*, in seno a una civiltà in cui la vita dei singoli trascorre scandita dai tempi e dalle regole del gruppo o dei gruppi ai quali ciascuno appartiene, in cui i diritti e gli obblighi dei singoli nascevano e si svolgevano nel gruppo, interagivano direttamente, senza cesure, con i diritti, gli obblighi e i poteri di cui il gruppo era nei fatti dotato⁽⁵¹⁾. Ecco dunque che, se grazie al principio maggioritario e a certe formalità, era possibile isolare un atto illecito proprio della collettività, altre volte l'*universitas* coincideva con i suoi membri, non era altro che i suoi membri: come quando, precisa subito Accursio o qualcun'altro dopo di lui, si tratta dell'uso di un bosco che una *villa* possiede per le bestie dei suoi abitanti, « quod facit ad usum nemoris habitum per bestias hominum villae ». Va detto per inciso che in numerosissimi manoscritti della glossa accursiana al *Digestum vetus* questa frase compare come semplice *additio*, mentre in molti altri non compare neppure⁽⁵²⁾. Ciò significa, probabilmente, che è stata aggiunta da Accursio nel costante processo di revisione della propria opera, o perfino da qualche altro maestro⁽⁵³⁾,

(51) Di un « individuo » che « vive nascostamente protetto e sepolto all'interno dei gruppi sociali » in età medievale si dice nella « Pagina introduttiva » dei numeri 11/12 citati dei *Quaderni fiorentini*, p. 5.

(52) Ho compiuto un controllo su un campione di codici che tramandano la Glossa accursiana, presenti in microfilm al Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main, già indicati da J.A.C.J. VAN DE WOUW, nel suo articolo dedicato ai problemi testuali della Glossa al *Digestum vetus*, *Einige Bemerkungen über die Glosse des Accursius zum Digestum Vetus*, in *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, cit., p. 355 e ss. Che la frase non comparisse costantemente nella tradizione manoscritta ci è confermato, ad esempio, dai seguenti codici: ASSISI, *Biblioteca comunale*, 216, f. 41rb; BOURGES, *Bibliothèque municipale*, 194, f. 45 va; BREMEN, *Staatsbibliothek*, a 172, f. 30 va; DOUAI, *Bibliothèque municipale*, 575, f. 38 ra; FIRENZE, *Biblioteca Medicea Laurenziana*, S. Croce Plut. 6 sin. 3, f. 34 rb; GERONA, *Biblioteca del Seminario San Félix*, 46, f. 38 rb; KLOSTERNEUBURG, *Stiftsbibliothek*, 84, f. 37 rb; KØBENHAVN, *Kongelige Bibliotek*, Thott 326 fol., fol. 34 ra; KØRNIK, *Biblioteka Kórnika Polskiej Akademii Nauk* 824, f. 36 vb; LEIDEN, *Bibliotheek der Rijksuniversiteit*, B.P.L. 6 C, f. 35v; LEIPZIG, *Univeritätsbibliothek*, 877; LONDON, *British Library*, Additional 14.858, f. 44 vb; MONTPELLIER, *Bibliothèque universitaire*, Section de Médecine, H. 29, f. 28 va; VENEZIA, *Biblioteca Nazionale Marciana*, 513, f. 46 vb; B.A.V., Palat. lat. 739, f. 42rb. La frase compare invece come semplice *additio* nei seguenti manoscritti: BASEL, *Univeritätsbibliothek*, C. I. 4; BERN, *Burgerbibliothek*, 6, f. 45 va; BOLOGNA, *Biblioteca Universitaria*, 4308, f. 40 rb; BRUXELLES, *Bibliothèque Royale Albert I^{er}*, 19119, f. 49 ra; PARIS, *Bibliothèque Nationale*, lat. 16906, f. 37 ra; VICH, *Museo episcopal*, 155, f. 32; WIEN, *Österreichische Nationalbibliothek*, 2250, f. 37 va; WIEN, *Österreichische Nationalbibliothek*, 2265, f. 58 ra.

(53) Che il testo della Glossa al *Digestum vetus* si sia arricchito progressivamente ad opera di Accursio o dei maestri successivi, fu intuizione di R. FEENSTRA, *Quelques remarques sur le texte de la Glose d'Accurse sur le Digeste Vieux*, in *La critica del testo. Atti del II Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Venezia 18-22 Settembre 1967*, Firenze, 1971, p. 205 e ss. (ora in R. FEENSTRA, *Fata iuris romani. Études d'histoire du droit*, Leyde, 1974, p. 194 e ss.). Conferme sono venute dall'articolo di VAN DE WOUW citato alla nota precedente.

per chiarire quanto di oscuro presentava l'affermazione precedente, e per limitarla in qualche misura.

Esattamente come per i dubbi sorti a proposito del principio maggioritario, accettato con precise cautele, l'individuazione di una sfera d'azione criminale dell'*universitas* in quanto tale non escludeva casi, così ben vivi nella mente del giurista, nei quali la titolarità di certe situazioni da parte del collegio era a tal punto formale da lasciar emergere prepotentemente i singoli, fino ad annullare ogni discriminazione fra l'*universitas* e i suoi membri.

Non è un caso che sia citato un *nemus*: cioè un cespite patrimoniale, formalmente dell'*universitas*, che aveva la caratteristica di essere intensamente sfruttato dai singoli, tanto da non poter essere trattato giuridicamente come tutti gli altri beni collegiali. Accursio (o qualche anonimo posteriore) avrebbe così dato ingresso, seppur timidamente, a quella categoria di beni collegiali di cui i singoli si servivano *ut singuli*, come si usava dire, direttamente per i propri bisogni e interessi: tanto che i singoli stessi non potevano, secondo la dottrina degli anni immediatamente seguenti, prestare testimonianza riguardo a questi beni, perché la testimonianza sarebbe stata « in re sua », pur essendo intentata la causa contro il collegio ⁽⁵⁴⁾; come pure i creditori del singolo potevano essere immessi nel possesso di questi beni dell'*universitas*, contro il principio che vuole la separazione dei patrimoni, sancito proprio da D. 3.4.7 ⁽⁵⁵⁾.

L'esempio di questo tipo di beni sottolineava la presenza e il ruolo dei singoli, contribuendo a chiarire la materia dei delitti collegiali. La dottrina successiva spiegò la questione con un'analogia: perché l'*uni-*

⁽⁵⁴⁾ Secondo quanto in quel torno d'anni sosteneva ODOFREDO, *lect. ad D. 1.8.6.1, de rerum divisione*, l. *In tantum*, § *Universitatis*, f. 25 rb, *Lugduni*, 1552 (rist. anast. *Opera Iuridica Rariora*, V.1, Bologna, 1968).

⁽⁵⁵⁾ È l'insegnamento di JACQUES DE REVIGNY, *lect. ad D. 3.4.7, quod cuiuscumque universitatis nomine*, l. *Sicut municipum*, LEIDEN, *Bibliothek der Rijksuniversiteit*, d'Ablaing 2, f. 80 vb; NAPOLI, *Biblioteca Nazionale*, IV D 4, f. 59 ra: « Sed queritur: pone civitas habet nemus commune et quilibet de civibus accipit de illo (N om. illo) nemore ad usum suum. Civis est obligatus nec habet quod possit solvere. Numquid creditor mittendus est in possessionem illius usus ut tantum usum habeat quantum et debitor? Glosa dicit quod non, quia in rebus universitatis nichil habet aliquis (aliquid L) de universitate, ut supra de rerum divisione, In tantum § *Universitatis* (D. 1.8.6.1). Dicendum: quedam sunt res universitatis in quibus nullus habet commodum ut est (L om. est) Campus Marcius et similia que sunt in communi usu. Et sic verum est, ^aquod res universitatis est ^a (^{a-a} N om.), quod nullius sunt de civitate (universitate N) et possit ferre quilibet de civitate testimonium in rebus istis que non dividuntur nec habent aliquam utilitatem (universitatem L) propriam. Sed est alia res universitatis (civitatis N) in qua habet quilibet commodum proprium ut est usus nemoris et hic (sic N) non posset aliquis de civitate facere (ferre N) testimonium et in istius usus, ^bquem habet tunc civis, quasi^b (^{b-b} N om.) possessionem bene micteretur creditor. Lex dicit si miles non habet unde solvat fit missio in stipendiis suis et idem esset in canonico ut infra de re iudicata l. *Commodis* (D. 42.1.40) ».

versitas usucapisse il diritto di usare questi beni, era necessario che i singoli ne usassero a nome dell'*universitas* stessa e in quanto suoi membri ⁽⁵⁶⁾; diversamente accadeva se essi se ne fossero serviti senza nessun rapporto causale con la collettività ⁽⁵⁷⁾. In sostanza, nel caso dell'usucapione, come in quello dei delitti, gli autori fisici di una certa azione sono diversi dal soggetto a cui l'atto viene poi imputato: era allora necessario fissare dei criteri in base ai quali individuare il destinatario dell'imputazione. Qualcosa di simile affermarono altri, secondo cui il possesso dell'*universitas* su un bosco si esplica necessariamente attraverso i singoli, a condizione però che essi possiedano « nomine universitatis » e « sciente universitate » ⁽⁵⁸⁾.

In definitiva, l'affermazione secondo cui l'*universitas* coincide con gli uomini che la compongono, ben lungi dal costituire una dichiarazione programmatica sulla natura delle realtà associative, e dall'attribuire all'*universitas* i delitti dei suoi singoli, è un prisma che riflette la complessità della disciplina dell'*universitas*, il continuo rincorrersi di

⁽⁵⁶⁾ Secondo l'opinione di GUILLAUME DE CUNH, *lect. ad D. 3.4.7, quod cuiuscumque universitatis nomine*, l. *Sicut municipum*, WIEN, *Österreichische Nationalbibliothek*, 2257, f. 99 va; FORLÌ, *Biblioteca comunale*, 143, f. 49 rb: « ...Postea glosa dicit 'facit ad usum memoris' et cetera. Pone aliqui de universitate singuli x. vel xx. (F tr. aliqui x. vel xx. de universitate singuli) usi sunt (F om. sunt) quodam nemore tanto tempore cuius (a quo W) non extat memoria. Numquid ex hoc ius est quesitum universitati toti vel illis solis? ^aVidetur quod illis solis^a (^{a-a} F om.), quia prescriptio est (W om. est) odiosa, infra, de acquirenda possessione, l. *Quod meo § finali* (D. 41.2.18.4), de itinere actuque privato l. i. § *Nobis* (?) (D. 43.19.1). Dic quod (F om. quod) ipsi aut (F tr. aut ipsi) utuntur nomine universitatis et tanquam de (W om. de) universitate, dico quod tunc (F add. et; tr. tunc dico quod) universitati ius queritur quia cum (F om. cum) interrogabatur (interrogantur W), ^bquia utebantur^b (^{b-b} F om.), respondebat ideo quod universitas habebat ius et quod ita (F tr. ita quod) per tales acquiratur universitati, facit supra de legibus, Sed ea (D. 1.3.35), C. de edificis privatis l. An in totum (C. 8.10.3), C. que sit longa consuetudo l. ii. (C. 8.52.2), ^cex hoc enim inducitur quedam consuetudo^c (^{c-c} F om.) ut ibi, et quod dicitur odiosa est prescriptio, ideo non amplianda, dico quod verum est in querenda, ^dsed postquam est quesita bene ampliatur^d (^{d-d} F om.), de itinere actuque privato l. Apparet (D. 43.19.5) et facit de agricolis censitis, Cum scimus § finali (C. 11.48.22.5) ».

⁽⁵⁷⁾ Lo deduciamo da una *additio*, di chiara origine tolosana, che sviluppa il pensiero del Cunh, contenuta nel ms. BRUXELLES, *Bibliothèque Royale Albert I^{er}*, 19.119, f. 49 ra: « Ad evidenciam istius questionis tu dic quod si universitas habet communem porquerium qui tubicinando qualibet die congregat porcos et alia animalia sicut fit Tholose et illa ponit in nemore, quod tunc universitas quo tempore bene potest prescribere usum memoris per talem porcarium, scilicet x. annis inter presentes et xx. inter absentes, de regulis iuris l. Aliud § Refertur (D. 50.17.160) et l. Municipibus (D. 35.1.97). Alias si quilibet mettebat porcos suos vel alia animalia, non prescribit universitas tamquam universitas ».

⁽⁵⁸⁾ Mi riferisco a BALDO DEGLI UBALDI, *Consilium* I, 438, f. 140 vb, n. 2, *Venetius*, 1575, (rist. anast. Torino, 1970): « Est verum, quod glosa movet dubium, utrum per rusticos utentes nemore probetur possessio universitatis: et dicendum est quod sic, si nomine universitatis possederunt universitate sciente, alias secus, ut notatur in l. Sicut § i. quod cuiusque universitatis nomine (D. 3.4.7.1) ».

elementi materiali e qualificazioni giuridiche in una realtà complessa. A un livello fattuale esistono soltanto i singoli, che rendono possibile, in numerose circostanze, il funzionamento della vita collegiale con le loro azioni. Essi possiedono il *nemus* comune e ne usucapiscono il diritto all'uso; essi compiono insieme (tutti insieme o a maggioranza) un'azione criminosa. Guardati dall'esterno, tuttavia, questi atti sono imputabili all'*universitas* quando determinate forme intervengano a rendere riconoscibile il fatto che i singoli hanno agito *ut universitas*. Il giurista interpreta e coordina, dunque, le diverse dimensioni di uno stesso fenomeno, la pluralità e l'unità, i *singuli* e gli *universi*, in un sistema che non conosce filtri concettuali, o schermi (quale può essere l'odierna personalità giuridica), interposti fra l'*universitas* e i suoi membri: con la conseguenza che i rispettivi ambiti giuridici dovevano essere attentamente calibrati in relazione a ogni fattispecie, e potevano espandersi e comprimersi in maniera del tutto 'intermittente', a seconda del prevalere dell'interesse dei singoli o della collettività (come contribuiva a evidenziare l'esempio del *nemus*, col suo riproporre la costante ricerca di equilibrio fra la titolarità formale del collegio e il godimento effettivo dei singoli).

6. *L'emergere di posizioni 'scettiche' verso la responsabilità penale dell'universitas.*

I glossatori ebbero dunque il merito di introdurre la responsabilità penale delle collettività. D'altro canto, ciò avvenne in un contesto di pensiero e attraverso strumenti del tutto peculiari, come la frase di Accursio analizzata ci testimonia. Gli sviluppi successivi della dottrina, compresa la comparsa e l'utilizzo della personificazione, dovettero necessariamente confrontarsi con questo retroterra, ma furono in qualche misura stimolati anche dall'emersione di posizioni critiche verso l'opinione dominante, favorevole alla responsabilità penale delle collettività. Si considerino due esempi particolarmente importanti, quelli di Innocenzo IV e Iacopo d'Arena, destinati a influire in particolare sulle teorie di Bartolo da Sassoferrato.

Il pensiero di Innocenzo IV si colloca, è noto, intorno alla metà del XIII secolo. Fra i canonisti non era già mancato chi, come Giovanni Teutonico, si schierava contro la capacità a delinquere dell'*universitas*, negando anche la possibilità di irrogarle la scomunica⁽⁵⁹⁾. Sono argo-

(59) Per un esempio delle idee di Giovanni Teutonico si può vedere la glossa, intitolata *Accusandi*, a C. 12, q. 2, c. 58 (faccio riferimento all'edizione *Venetis*, 1595), in cui egli affronta il problema della capacità criminale dell'*universitas* dal punto di vista della possibilità di intentare un processo accusatorio contro essa. Giovanni elenca una serie di argomenti contrari alla possibilità che il gruppo venga accusato: l'*universitas* non può commettere dolo, è priva di *animus* (tanto che è incapace di possedere, secondo le

menti ripresi con maggiore incisività da Innocenzo IV, in un famoso passaggio dei suoi commentari. Il personaggio di Innocenzo evoca, almeno convenzionalmente, la nascita del concetto di persona giuridica, e proprio le sue posizioni in tema di delitti collegiali hanno concorso a creare interesse verso il pontefice. Innocenzo, infatti, affermò che « impossibile est quod universitas delinquat », e motivò aggiungendo « quia universitas sicut est capitulum, populus, gens et huiusmodi, nomina sunt iuris et non personarum »⁽⁶⁰⁾. Con una formulazione che rimarrà esemplare, troviamo espressa la più classica obiezione contro la possibilità che una collettività delinqua: il timore di aver a che fare con un puro *nomen*, con una creazione mentale, *qua talis* incapace di concretare i complessi requisiti necessari alla realizzazione e imputazione di un crimine. La frase citata era talmente simile alle formulazioni ottocentesche, che Gierke non esitò a vedere nell'*universitas* di Innocenzo un « unleibliches Begriffswesen », così diverso dalla struttura concreta e complessa cui pensavano i glossatori, e invece riconducibile a una vera e propria *Fiktionstheorie*⁽⁶¹⁾.

In realtà, il pensiero di Innocenzo si sviluppava attorno a un aspetto specifico della capacità criminale dell'*universitas*, la possibilità di applicarle la pena della scomunica. Il pontefice arrivò a vietare ufficialmente l'irrogazione della scomunica a *universitates* nel corso del Concilio di Lione⁽⁶²⁾, con le motivazioni esposte successivamente nel suo commentario al *Liber Extra*. La scomunica, come detto, è pena che esplica i suoi effetti solo su persone vere, e sarebbe incongruo applicarla a creature giuridiche. Una volta che ciò avvenisse, inoltre, sarebbe in agguato il rischio di coinvolgere nella punizione i membri innocenti o incapaci, come ad esempio i membri futuri e gli infanti⁽⁶³⁾. Tutte

fonti romane), non può essere scomunicata; e ancora, deve sempre difendersi in giudizio per mezzo di un procuratore, che non è ammesso nei giudizi criminali. La conclusione del discorso è che non si può agire contro un collegio, ma solo contro i singoli, il che equivale a privare di ogni rimedio processuale l'ipotesi in cui il collegio commetta un crimine: « Vel potius dic quod non proceditur contra universitatem: sed potius contra singulos ». Per una ricostruzione del pensiero di Giovanni si veda G. CHIODI, « *Delinquere ut universi* ». *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, cit., p. 441 e ss.

⁽⁶⁰⁾ SINIBALDO DEI FIESCHI, *comm. ad. X. 53.5.39, de sententia excommunicationis, c. Gravem*, versic. In *consiliarios*, f. 557 rb, n. 1, *Francofurti ad Moenum*, 1570 (rist. anast. Frankfurt/Main, 1968).

⁽⁶¹⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., p. 281

⁽⁶²⁾ Con la costituzione *Romana Ecclesia*, del 21 aprile 1246, poi recepita nel *Liber Sextus* come VI. 5.11.5.

⁽⁶³⁾ SINIBALDO DEI FIESCHI, *comm. ad. X. 53.5.39*, cit., n. 1: « Item in universitate sunt pueri unius diei. Item eadem est universitas que est tempore delicti et que futuro tempore, quo nullo modo delinquant: esset autem multum iniquum quod huiusmodi qui nullo modo delinquant excommunicarentur, xxiv. q. iiii. Si habes (c. 1, C. 24, q. 3), infra eodem Romana § finali (VI. 5.11.5). Item universitas nihil potest facere dolo, ff. de dolo, Si ex dolo (D. 4.3.15.1) ».

queste argomentazioni, seppur pensate da Innocenzo in relazione alla gravità della scomunica, lo convinsero a negare in generale l'ammissibilità di una responsabilità penale collegiale, tanto che egli finì per ripiegare sull'ammissibilità della sola responsabilità civile (64). Si trattò quindi di una scelta utilitaristica, che a livello logico non escludeva, si noti, la possibilità di attribuire all'*universitas* illeciti penali, come riconosceva lo stesso Innocenzo (65). Tuttavia, dall'autorità del soglio di Pietro era arrivato un monito, difficilmente passabile sotto silenzio, a tutelare la posizione dei membri innocenti dell'*universitas*, che nel caso della scomunica erano minacciati direttamente di una pena gravissima.

Fra i civilisti (66), in particolare un autore, Iacopo d'Arena, raccolse idealmente il monito innocenziano, limitando i casi nei quali un delitto può essere imputato a una collettività. Jacopo elaborò a questo proposito una sistemazione particolarmente importante, consistente nel distinguere fra delitti omissivi e delitti commissivi delle collettività. Nessun ostacolo impedisce di imputare all'*universitas* un delitto omissivo (e non è un caso che la pratica statutaria conoscesse numerose di queste

(64) Secondo i risultati cui è pervenuto G. CHIODI, « *Delinquere ut universi* », cit., 458-460.

(65) SINIBALDO DEI FIESCHI, *comm. ad. X. 53.5.39*, cit., n. 1, in cui Sinibaldo ipotizza che l'*universitas* possa commettere maleficio conferendo l'incarico ai rettori o ad altri soggetti, o ratificando successivamente il loro operato.

(66) Molti civilisti, è bene precisarlo, rimasero legati alla dottrina codificata nella Glossa accursiana. Dino del Mugello, ad esempio, ammetteva limpidamente la possibilità che un delitto fosse compiuto da un aggregato *ut universitas*; la sua unica premura era di sottolineare che la pena corporale sarebbe stata convertita in pena pecuniaria « *propter delinquentium multitudinem* »: DINO DEL MUGELLO, *additio ad D. 2.4.10.4, de in ius vocando*, l. *Sed si hac*, § *Qui manumittitur*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Ottoboniano lat. 1307, f. 154 va: « *Item si delinquat universitas non videntur singuli delinquere et sic ipsa universitas convenietur. Sed qua pena in planum ponatur? Si ponatur [in] universitatem homicidium commisisse, an singuli decapitabuntur? Planum est quod si x. vel xx. vel plures non ut universitas sed ut alii singulares occidant, omnes puniunt (sic) ut testant (sic) in l. Si in rixa, infra, ad legem Corneliam [si ad] de sicariis (D. 48.8.17), ad idem l. Item Mella § Sed si plures, infra, ad legem Aquiliam (D. 9.2.11.2). Sed si universitas, quid erit? Dic hoc casu penam corporalem propter delinquentium multitudinem in pecuniariam converti, ut notatur in l. Aut facta § ultimo, infra, de penis (D. 48.19.16.10) et scripsi secundum dy. in l. Aliud [quod], Refertur, de regulis iuris (D. 50.17.160) ». Analogo, benché molto più articolato, è il pensiero di Alberto da Gandino. Secondo Alberto l'*universitas* può delinquere, anche se poi nell'applicazione della pena si devono adottare adeguate cautele: la *poena capitis* colpirà solamente gli amministratori, gli esecutori materiali e gli istigatori (quando sia possibile individuarli); l'*universitas*, onde evitare, tra l'altro, che gli innocenti rimangano coinvolti, subirà « *probabiliter* » una pena pecuniaria, o comunque una pena più lieve rispetto alla *poena capitis* (che potrà essere, eventualmente, decisa d'arbitrio dal giudice); Alberto, comunque, seguendo altri maestri, non esclude che una città possa essere passata sotto l'aratro (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis, De homicidiariis et eorum pena*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II, *Die Theorie*, Berlin-Leipzig, 1926, 289-293).*

ipotesi ⁽⁶⁷⁾); si tratta infatti di situazioni attribuibili all'agente semplicemente sulla base di parametri colposi, se non, addirittura, obiettivi, facilmente accertabili. Riguardo ai delitti commissivi, invece, Jacopo insiste sull'impossibilità che nelle *universitates magnaе*, ad esempio le città, tutti consentano effettivamente, con la conseguenza che gli innocenti sarebbero puniti assieme agli altri. Dunque, mentre nel caso delle piccole *universitates* (parentele e *propagines*, secondo gli esempi romani) si riesce a stabilire se il delitto è stato voluto da tutti, questo è impossibile nel caso in cui il delitto sia compiuto da una grande città. In quest'ultima ipotesi la pena criminale dovrà cadere solo sui singoli colpevoli. Ciò non esclude, però, che sia possibile convenire civilmente l'intera *universitas*, che risponderà con i propri beni ⁽⁶⁸⁾.

All'interno della scienza, insomma, era presente una spaccatura: da più parti la capacità criminale collegiale veniva o espressamente negata, o fortemente limitata, contro la persistente *communis opinio* che si rifaceva al modulo della Glossa accursiana. Gli esempi di Innocenzo e Iacopo sono significativi: essi si trovavano in bilico fra il riconoscimento della responsabilità penale (che neppure Innocenzo riteneva *a priori*

⁽⁶⁷⁾ Per esempi concreti, si vedano le ormai classiche pagine dedicate al tema di J. KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, III, Mannheim, 1895, p. 188 e ss.; inoltre, T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli Statuti dei secoli XII-XVI*, Padova, 1933, 70 e ss, nonché p. 203 e ss.

⁽⁶⁸⁾ JACOPO D'ARENA, *additio ad C. 8.4.7, unde vi*, l. *Si quis in tantam*, f. 50 vb-51 ra; ho migliorato il testo dell'edizione (*Lugduni*, 1541, rist. anast. *Opera Iuridica Rariora*, XVI, 1971), scorretto in alcuni punti, confrontandolo col manoscritto MADRID, *Biblioteca Nacional*, 920, f. 53 va-vb. Dopo aver allegato gli argomenti a favore della capacità a delinquere, Jacopo afferma: « Econtra quod non, quia nichil (nihil Ed.) dolo potest facere, de dolo l. Sed ex dolo § i. (D. 4.3.15.1). Item est impossibile, ut in magna universitate, omnes consentiant: nam puniretur innocens pro nocente, sed melius est et cetera, de penis, l. Absentem (D. 48.19.5). Ergo debeo dicere non teneri universitatem sed illos qui fuerunt ut de magistratibus conveniendis l. i., § i. (D. 27.8.1.1). Glosa dicit quod potest consentire si convocato consilio faciat (facit Ed.), ^aubi videtur quod hoc pulsatis campanis et convocato consilio teneatur et universitate ecclesie et alia universitate^a (^{a-a} Ed. om.), arg. l. Iubemus nullam, supra de sacrosanctis ecclesiis (C. 1.2.10). Io. glosator decretorum tenet quod non. Item dicit non posse universitatem (Ed. *tr.* universitatem non posse) excommunicari ut in dicto c. episcopus (C. 12, q. 2, c. 58). Et videtur quod sit differentia inter delictum negligentie et delictum operationis. Delictum negligentie videtur ^bcadere in universitatem^b (^{b-b} eadem universitate Ed.) ... Sed delictum operationis (universitatis Ed.) non videtur posse cadere in universitatem magnam (universitate magna Ed.) et sic non in civitatem. Non obstat l. Metum, § Sed quod pretor (D. 4.2.9.3), quia ibi dicit 'Campani' (Campani]causa damni Ed.), forte erat (M om. erat) aliqua parentela vel propagines. Item in l. Collatores § Ubi autem (C. 12.36.18.2), non dicit in his, scilicet civilibus et (Ed. om. civilibus et; *add.* in) criminalibus, sed in civilibus tantum ... Sed quid dicemus si homicidium factum est, cui abscindetur caput? Nam universitas non habet caput nec animam, unde quod delictum potest facere. Sed potest responderi: delinquere potest ut civiliter teneatur, non criminaliter; illi tamen qui fecerunt 'puniuntur ut ipsi^c (^{c-c} Ed. om.; *add.* non teneantur). Unde civiliter convenitur universitas quia potest aliquid habere, pro hoc infra de iniuriis l. i. § Homines (C. 9.35.1) et alie leges supra allegate quod universitas possit delinquere ».

impossibile) e la necessità di salvaguardare la posizione dei membri innocenti e dei membri futuri. Queste voci lasciavano pertanto spazio preferibilmente a un'azione civile diretta contro i beni e i privilegi del collegio.

7. *Un nuovo modo di impostare il problema: l'universitas come persona ficta* »

Unità e pluralità, *omnes ut universi* e *omnes ut singuli*, dimensione giuridica astratta e dimensione concreta, sono i diversi aspetti d'una collettività che i giuristi dovevano coordinare tra loro: si trattava da un lato di garantire la tutela dei singoli e dall'altro la punizione di ipotesi criminose collettive. Le soluzioni trovate si articolavano su un ventaglio ai cui estremi stavano la posizione (trattativa) della Glossa, decisamente 'positiva' nel suo ricercare i meccanismi in grado di focalizzare la responsabilità collettiva al di là della presenza dei singoli, e quella negativa, o quantomeno 'scettica', di Innocenzo IV, tesa a non coinvolgere i singoli nella punizione. Intorno al Trecento questi problemi iniziarono ad essere ridiscussi con l'ausilio d'una nuova terminologia e di un nuovo bagaglio argomentativo, basati sul paragone fra l'*universitas* e la *persona*. Si deve in particolare ai giuristi orleanesi la circolazione, a partire dalla seconda metà del XIII secolo, dell'immagine di *persona repraesentata* o *persona ficta*, usata con grande sapienza ad indicare una serie di situazioni differenti, accomunate perlopiù dalla presenza di un fascio di diritti che esiste autonomamente dal suo titolare in carne ed ossa: si pensi all'eredità giacente, che della *repraesentatio personae* fornì lo spunto, o alle cariche e agli uffici pubblici⁽⁶⁹⁾. Per estensione, anche le collettività iniziarono a essere paragonate alla *persona*, con esiti estremamente originali.

Grazie alla *repraesentatio personae* fu possibile trovare, a proposito della responsabilità penale dell'*universitas*, una strada che superasse la spaccatura all'interno della scienza, e salvaguardasse tuttavia l'intrinseca complessità della struttura collettiva.

Il carattere fittizio della *repraesentatio personae*, è vero, sembrava avallare le argomentazioni di Innocenzo a proposito della scomunica dei *collegia*. Eppure, proprio nella finzione risiedevano le potenzialità argomentative che avrebbero lasciato un segno profondo in direzione opposta.

⁽⁶⁹⁾ Sulla nascita e circolazione dell'immagine di *persona repraesentata*, desunta da un passo del Digesto relativo all'eredità giacente (D. 46.1.22: cfr. nota 35), si veda R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations. À propos de quelques études récentes*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24, 1956, p. 381 e ss. (ora in R. FEENSTRA, *Le droit savant au moyen âge et sa vulgarisation*, London, 1986). Recentemente, E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, cit., p. 405 e ss.

Si deve a Jean Le Moine, primo commentatore del *Liber Sextus* (compilazione nella quale era contenuto il divieto di scomunica sancito a Lione), una raffinata, e per noi interessantissima, disquisizione sulla scomunica dell'*universitas* in rapporto alla sua natura di *persona*, da cui possiamo ricavare utili indicazioni sul significato della *persona repraesentata*. Dopo aver affermato la sostanziale identità di contenuto fra i nomi *universitas*, *communitas*, *collegium*, *corpus*, *societas*, tutti « quasi idem significantia », l'accento cade, nella trattazione del giurista francese, sul concetto di unità cui questi termini alludono. « *Communitas* », infatti, « a communi dicta est et est commune compositum a con et munium, idest officium: quasi plurium in unum officium ». L'unità è anche la cifra strutturale dell'*universitas* (« *Universitas dicta ab universo. Universum: id est in unum versum, quando plures habent ius vel causam verti in unum...* »), del *collegium* (« *Et collegium quasi in unum collectum* ») e del *capitulum* (« *Et capitulum et episcopus sunt unum corpus* ») (70).

A questo punto, Le Moine raccorda con poche, efficacissime pennellate i diversi aspetti, strutturali e funzionali, delle entità collettive: l'*universitas* consta dell'apporto di tante parti componenti che il diritto interpreta come un'unità. L'astrazione giuridica consente di distaccare dalla molteplicità degli individui l'esistenza autonoma del collegio e di attribuire a questo diritti ed obblighi. Il concetto di persona si prestava in qualche misura a esprimere la creazione del diritto: secondo la definizione di Boezio la persona è « *rei rationabilis individua substantia* », dunque una realtà autonoma (*substantia*) e unitaria (*individua*), proprio come veniva considerato il collegio (71).

Tuttavia, il collegio è *unum* « non simpliciter, sed aggregative », e tantomeno ad esso si addice una struttura « *rei rationabilis* ». Di conseguenza, l'analogia con la persona è racchiusa entro precisi confini, traduce dati puramente giuridici, e il collegio non potrà essere scomunicato, « *quia excommunicatione ligatur persona vera, quia persona habet animam rationalem que sola ligatur excommunicatione...* » (72).

Un elemento va notato nella trattazione del canonista francese. La concezione di *universitas* (e di collettività in genere) da cui muove il

(70) Tutte le citazioni sono tratte da JEAN LE MOINE, *comm. ad VI. 5.11.5, de sententia excommunicationis*, c. Romana, f. 402 rb-va, nn. 7-10 (per una ripetizione indicato come 9), *Parrhisiis*, 1535 (rist. anast. Aalen, 1968).

(71) JEAN LE MOINE, *comm. ad VI. 5.11.5*, cit., n. 10 (9): « *Et ista dicuntur unum non simpliciter sed aggregative: ut archa est unum aggregatione; ut domus; sicut etiam grex est unum aggregatione, quia. x. oves faciunt gregem, ff. de abigeis, Oves (D. 47.14.3). Et ob hoc nullum istorum est persona vera que est rei rationabilis individua substantia, et collegium dicitur persona non vera, sed repraesentata ff. de fideiussoribus, Mortuo (D. 46.1.22)* ».

(72) JEAN LE MOINE, *comm. ad VI. 5.11.5*, cit., n. 10 (9).

ragionamento è saldamente incastonata nel pensiero giuridico precedente, di cui esprime e amplifica la tensione fra *singuli* e *universi*, fra unità e pluralità. L'unità dell'*universitas* non è semplice e perfetta, come quella di un essere umano, ma è 'aggregativa'. Questa specie di ossimoro, di una pluralità nell'unità, si riflette a sua volta sull'idea di *persona repraesentata*, chiamata a esprimere plasticamente l'unità: la natura artificiale dell'unità emerge infatti nella considerazione che la *persona repraesentata* non è una persona vera, e quindi non è passibile di scomunica.

La *persona repraesentata* dispiegherà però altrimenti tutti i vantaggi insiti nella sua funzione di mezzo del ragionamento giuridico, ossia nella sua stessa artificialità, atta ad esprimere attraverso l'analogia con la persona certe caratteristiche dell'*universitas*. A conferma di questo discorso, e a titolo puramente esemplificativo, è interessante un brano di Dino del Mugello, risalente allo stesso torno d'anni, in cui si discute sempre di una pena tipicamente canonica, questa volta (a differenza della scomunica) applicabile ai *collegia*, l'interdetto. Dino si domanda, nell'ipotesi in cui una città sia colpita da tale pena, se l'eventuale assoluzione dovrà essere impartita ai singoli o piuttosto alla città nel suo complesso. Contro l'opinione di « quidam », egli ritiene che nulla osti a che la sentenza di assoluzione sia pronunciata a nome non dei singoli individui, ma dell'*universitas* stessa « tamquam singularis persona »⁽⁷³⁾. Dino ha ben chiaro che il paragone fra *universitas* e *persona* è una finzione creata dal diritto e con fini giuridici: in questo caso, un fine di economia, che consiste nell'emanazione di una assoluzione unica. L'*universitas* è assimilata alla *singularis persona* per conseguire un risultato pratico, ma la sua struttura rimane collettiva, tanto che l'*effectus absolutionis* si trasmette poi ai singoli, come Dino ha immediatamente cura di precisare.

Con Jean Le Moine e Dino del Mugello siamo ai primi del Trecento⁽⁷⁴⁾. Durante tutto quel secolo si tramanda ininterrotta la

(73) DINO DEL MUGELLO, *additio ad D. 2.4.10.4, de in ius vocando*, l. *Sed si hac, § Qui manumittitur*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Ottoboniano lat. 1307, f. 154 va: « Sed pone civitas est interdicta, committit papa quibusdam iudicibus absolutionem, an singuli de civitate sint absolventi? Quidam quod sic quasi ad singulos et cetera ut l. Rerum mixtura infra de usurpationibus (D. 41.3.30). Tu dic contra, quia interdictum quod profertur in civitate sint absolventi non videtur proferrī in singulos, sicut quod fit ab universitate non videtur fieri a singulis et libertus tamen universitatis non est singulorum ut hic. Absolvetur ergo universitas tamquam singularis persona et effectus absolutionis extendetur ad singulos de universitate cum enim universitas unius persone vice fingat (sic) ut lege Mortuo infra de fideiussoribus (D. 46.1.22) ».

(74) Su Jean Le Moine, anche se non recentissimo, R. NAZ, *Jean Le Moine ou Joannes Monachus*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VI, Paris, 1957, p. 112-113. Sul corso tenuto da Dino del Mugello a Roma, testimoniato dal manoscritto da cui è ricavato il passaggio commentato, si veda D. MAFFEI, *La « lectura super Digesto veteri » di Cino da Pistoia*. *Studio sui Mss Savigny 22 e Urb. lat. 172*, Milano, 1963, p. 25, nt. 74.

medesima concezione di *universitas*, anche se sono sempre più ardite le formule utilizzate. Soprattutto Baldo degli Ubaldi ⁽⁷⁵⁾ sarà capace di tratteggiare la complessità dell'*universitas*, quel Baldo che dopo quasi due secoli recupera la vecchia, ma impareggiabile, *definitio* azzoniana (« *societas est plurium corporum inter se distantium uno nomine eis deputato colectivo* ») ⁽⁷⁶⁾; che nell'*universitas* distingue, col linguaggio dei filosofi, materia (« *omnis universitas dicitur corpus, quia compositum et aggregatum, ubi corpora sunt tanquam materia* ») e forma (« *dicitur autem forma, idest formalis status... est igitur collegium imago quaedam, quae magis intellectu, quam sensu, percipitur...* ») ⁽⁷⁷⁾; che definisce la collettività « *quidam intellectualis globus* », cioè un prodotto del pensiero, tuttavia estrapolato da un dato naturale, dagli « *animata corpora* » che lo compongono ⁽⁷⁸⁾; che, infine, con formula più efficace di ogni commento, afferma che esiste « *quaedam persona universalis, quae unius personae intellectum habet, tamen ex multis corporibus constat, ut populus* » e aggiunge che « *haec persona loco unius habetur, et individuum corpus reputatur...* » ⁽⁷⁹⁾.

Ormai il terreno era pronto per rivedere l'intero tema della responsabilità collegiale alla luce della *fictio personae*. A fronte della spaccatura interna alla scienza, una soluzione per fugare i dubbi poteva consistere proprio nell'impiego dell'artificio giuridico, che si era dimostrato perfettamente in grado di adattarsi alla complessità del concetto di *universitas*, di aderire contemporaneamente alla presenza dei singoli e alla dimensione sovraordinata della loro unità.

⁽⁷⁵⁾ Per un quadro delle concezioni di Baldo degli Ubaldi sulle collettività, J. P. CANNING, *The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries*, in *History of Political Thought*, 1980, p. 9 e ss.

⁽⁷⁶⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *comm. ad D. 3.4.1, quod cuiuscumque universitatis nomine*, l. *Neque societas*, f. 202 vb, n. 3, *Venetius*, 1577.

⁽⁷⁷⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *comm. ad X. 1.31.3, de officio iudicis ordinarii, c. Cum ab ecclesiarum*, f. 190 ra, nn. 13-14, *Venetius*, 1571.

⁽⁷⁸⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *comm. ad auth. Habita (=C. 4.13.5)*, f. 28 ra, n. 76, *Venetius*, 1577: « ...universitas, ut universitas, nec animam veram, nec docibilem habet; sed est quidam intellectualis globus, ut sic dixerim, inanimatus in se, licet repraesentet [in]animata corpora » La conseguenza è, nel caso di specie, che se una *universitas* è composta di chierici, non potrà esser convenuta davanti al giudice laico, ma a quello ecclesiastico, poiché, nonostante essa sia in sé neutra, coloro che la formano hanno carattere clericale: « ...Si autem in ista universitate sunt solum clerici, tunc non potest de indirecto conveniri coram laico: licet enim in se non habeat characterem clericalem, tamen qui eam faciunt habent ipsum characterem, et universitas <nihil> aliud quam homines, ut notatur in l. Sicut, ff. quod cuiusque universitatis nomine (D. 3.4.7) ».

⁽⁷⁹⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *comm. ad C. 6.26.2, de impuberum et de aliis substitutionibus*, l. *Hereditatem*, f. 80 vb, n. 2.

Un'intuizione simile risale quanto meno al giurista Oldrado da Ponte, nel suo *consilium* numero 65⁽⁸⁰⁾. Oldrado, dopo aver riferito le estenuanti controversie della dottrina contemporanea, imposta l'intero problema della responsabilità penale collettiva giocando la carta della *persona ficta*. Egli infatti argomenta che in concistoro il papa Giovanni XXII (giurista a sua volta e quindi avvezzo alla terminologia della *repraesentatio personae*), aveva sostenuto che, in quanto persona fittizia, l'*universitas* non può commettere delitti e subire le conseguenze sanzionatorie previste per la persona vera, poiché manca di anima, presupposto essenziale per la soggettività in campo penale⁽⁸¹⁾.

Oldrado, servendosi del codice linguistico e teorico utilizzato dal pontefice⁽⁸²⁾, compie l'operazione inversa: le entità collettive sono persone per il diritto, in base a una finzione, e in quanto tali possiedono

⁽⁸⁰⁾ OLDRADO DA PONTE, *Consilium* 65, f. 22 rb-23ra, *Lugduni*, 1550. Su Oldrado si veda il recentissimo volume di C. VALSECCHI, *Oldrado da Ponte e i suoi 'consilia'. Un' auctoritas' del primo Trecento*, Milano, 2000. Prima di Oldrado, è vero, già il Revigny aveva richiamato l'attenzione sulla struttura 'personale' dei collegi, ma con riferimento a un aspetto molto specifico della loro capacità penale. Egli aveva sostenuto che, quando una norma stabilisce una pena 'nel caso che qualcuno' (« si quis ») abbia commesso un certo atto, sotto la dicitura « si quis » si doveva comprendere anche l'*universitas*, in quanto rappresentazione intellettuale di una persona. Questa precisazione si prestava molto bene a garantire l'applicazione delle norme penali statutarie alle collettività soggette alle città, ma dava per scontata la responsabilità e la punibilità dell'*universitas*. JACQUES DE REVIGNY, *lectura ad D. 4.2.9.1, quod metus causa gestum erit*, l. *Metum autem*, § *Animadvertendum*, LEIDEN, *Bibliothek der Rijksuniversiteit*, d'Ablaing 2, f. 94 ra; NAPOLI, *Biblioteca Nazionale*, III A 6, f. 71 rb: « Unde videtur innuere litera ista quod si esset dictum in edicto 'si quis faciat metum (N tr. metum faciat) ratum non habeo' quod non teneretur universitas inferens metum, quia universitas non est quis. Dico quod immo si esset dictum (N om. dictum) in edicto 'si quis metus causa quid faciat' et cetera, quod nichilominus teneretur universitas metum inferens. Unde dico quod, si sit statutum quod si aliquis tale quid commisit patiat (paciatur L) talem penam, quod (quia L) si illud delictum committat universitas, tunc ex statuto <paciatur>, quia universitas representat personam. Unde sicut singularis persona teneretur, sic universitas teneretur et quod universitas representat personam habetis infra de fideiussoribus l. Mortuo (D. 46.1.22) ».

⁽⁸¹⁾ OLDRADO DA PONTE, *Consilium* 65, cit., f. 23 ra, n. 7: « Sed prout dixit dominus papa Ioan. XXII semel in consistorio, universitas sive collegium non habent veram personam, nec animam, quia nomina sunt iuris, et quantum ad rei veritatem, cum animam non habeant, delinquere non possunt, neque possunt puniri, cum non sint capaces penae. Sed licet non habeant veram personam, tamen habent personam fictam fictione iuris. Et ideo dicit lex, quod municipium, curia et societas vicem personae sustinent, ff. de fideiussoribus l. Mortuo (D. 46.1.22). Et sic eadem fictione animam habent, et delinquere possunt, et puniri ea tamen poena quae possit cadere in eis ».

⁽⁸²⁾ Dal brano citato non risulta chiaramente fin dove arriva il pensiero di Giovanni XXII e dove comincia quello di Oldrado. Può darsi che il papa avesse semplicemente offerto lo spunto a Oldrado, parlando dell'*universitas* come di una persona fittizia: in questo caso, la singolare teoria, secondo cui proprio in virtù della finzione si può assegnare un'anima all'*universitas*, sarebbe di Oldrado. Ma ciò non si desume dal testo con sicurezza: è dunque anche possibile che proprio Giovanni XXII avesse avuto l'intuizione, e che Oldrado sia solamente il *reportator* del pensiero altrui.

anche un'anima fittizia che consente di ascrivere loro la responsabilità. Una precisazione apparentemente minima dà senso a tutto il discorso, e gli impedisce di trasformarsi in paradosso: le persone collettive possono sì delinquere (questa ammissione è il vero fine delle osservazioni di Oldrado), ma verranno punite « ea tamen poena, quae possit cadere in eis ». Ecco sviluppata al massimo delle sue potenzialità la *persona repraesentata*: in positivo si sfrutta l'artificio per giustificare la responsabilità penale secondo la tendenza di parte della scienza del tempo; in negativo si ammette che non tutte le pene possano ricadere sulla persona artificiale, assecondando le preoccupazioni di altri. Anzi, non è un caso che Oldrado prosegua riferendo le opinioni di Innocenzo IV, abilmente depurate degli elementi 'scomodi': sorvola sull'azione civile, la sola che Sinibaldo aveva ammesso, e accoglie la possibilità di privare l'*universitas* dei suoi privilegi⁽⁸³⁾, che Sinibaldo aveva accettato come residuale. Dunque, da un lato si avallava la tradizione fortemente incline ad ammettere in termini generali la responsabilità penale collegiale, dall'altro si rispettava la prudenza di quegli autori, soprattutto canonisti, che temevano che la pena collettiva danneggiasse i singoli.

Per quanto si è appena detto, non è condivisibile il giudizio assai duro che Gierke dette del brano di Oldrado. Egli osservava che Oldrado, facendo leva sull'anima fittizia dell'*universitas*, ne avrebbe giustificato la capacità a delinquere, capovolgendo però il significato stesso della finzione⁽⁸⁴⁾. I contemporanei di Oldrado, è vero, ritenevano comunemente che « universitas non habet caput nec animam »⁽⁸⁵⁾, ma l'apparente 'paradosso' di Oldrado, ossia di fingere che l'*universitas* abbia un'anima, si ancorava saldamente alle conclusioni già raggiunte dalla scienza, che ormai era abituata a ragionare di un dolo collettivo. Emerge piuttosto un'idea di finzione molto diversa da quella che aveva in mente il Gierke: non una teoria sulla natura della persona giuridica, ma un mezzo logico in grado di spiegare e ordinare un fenomeno dato; non un dogma, ma una metafora, un'analogia, con risvolti pratici. In quanto mezzo logico, poteva essere plasmato a dire due cose in contraddizione fra loro (il collegio non ha anima, come sostenevano i più; il collegio ha anima, come argomentava Oldrado), ma

⁽⁸³⁾ OLDRADO DA PONTE, *Consilium* 65, cit., f. 23 ra, n. 8: « Et ideo dicit Innoc. quod privatur privilegiis, et sic capite minuitur, et sic, sicut vera persona per mortem naturalem desineret esse quod erat, sic et ista persona ficta per mortem civilem, quae est ut privetur privilegiis universitatis, desinit esse quod erat, quia amodo non erit universitas, et quod privilegia possint revocari videtur cum incipiant esse iniqua, vel damnosa ff. de vulgari et pupillari substitutione, l. Ex facto (D. 28.6.43), extra de decimis, Suggestum (X. 3.30.9) ».

⁽⁸⁴⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., p. 364: « Auf dieselbe fingierte *anima* stützt Oldradus die Annahme einer Willens- und Besitzfähigkeit der *universitas*, und zeigt so in prägnanter Weise, wie die Fiktionstheorie selbst das Mittel an die Hand gab, durch ihre Outirung ihre Konsequenzen geradezu umzukehren ».

⁽⁸⁵⁾ Come riteneva IACOPO D'ARENA, *additio ad C. 8.4.7*, cit., n. 9.

il suo fine pratico ne garantiva in ogni caso l'aggancio alle istanze della realtà, conformemente alla natura di strumento della tecnica giuridica, che può costituire una prospettiva di risoluzione del caso ⁽⁸⁶⁾.

8. *La sistemazione di Bartolo da Sassoferrato*

Chi però seppe sviluppare con particolare ampiezza le potenzialità insite nella *fictio personae* fu Bartolo da Sassoferrato, in un noto commento che è importante tanto per il problema della responsabilità penale, quanto per la configurazione teorica della *persona ficta* (e per i rimandi fra i due aspetti). Gli stessi contemporanei di Bartolo, e le generazioni successive di giuristi, tributarono la dovuta fama a una sistemazione che, come è stato detto, ha avuto l'effetto di arrestare, grazie alla sua perfezione, lo sviluppo della dottrina su questo argomento ⁽⁸⁷⁾. In realtà, non mancarono voci critiche, o tentativi di recuperare anche posizioni diverse; ma il pensiero sulla responsabilità penale dei corpi collettivi raggiunse effettivamente con Bartolo il suo canone.

Ormai, giova brevemente ricordarlo, le autorità contrarie alla capacità delittuale collegiale erano un compatto schieramento: Bartolo stesso ricorda, oltre al frammento di Ulpiano (D. 4.3.15.1), il pensiero di Innocenzo, secondo cui un *nomen iuris* senza animo e intelletto non può delinquere, e l'opinione di Iacopo d'Arena, che ammetteva solo i delitti collegiali omissivi. L'ultima tesi esposta è la prima a cadere, di fronte alla constatazione oculare di *universitates* che perfezionano fattispecie criminali commissive ⁽⁸⁸⁾. Ben più problematiche si rivelavano le altre due tesi, che costringono Bartolo a interrogarsi a fondo sull'essenza dell' *universitas* , sul problema se « *universitas sit aliud, quam homines universitatis* ». Ecco dunque ritornare il nodo problematico che già la Glossa aveva individuato come fondamentale, che

⁽⁸⁶⁾ A Oldrado fa eco, nel giro di breve tempo, Alberico da Rosate. Attentissimo come sempre a rendere conto dei risultati raggiunti dalla scienza, egli elenca le varie applicazioni che l'immagine della *persona repraesentata* aveva sino a quel momento ricevuto (e in questo modo 'casistico' di impostare il problema si avverte la grande differenza fra dogma e tecnica, fra presente e medioevo della personalità giuridica...), rilevando che, se l' *universitas* commette un *maleficium* , ai fini dell'imputazione di responsabilità è come se l'avesse compiuto un solo individuo. L'unica differenza doveva consistere nella punizione, diversa per le persone singole e le collettività, e differente a seconda della grandezza della collettività (ALBERICO DA ROSATE, *comm. ad D. 46.1.22, de fideiussoribus et mandataribus* , l. *Mortuo reo* , f. 111 va, n. 4, *Venetiis* , 1585, rist. anast. *Opera Iuridica Rariora* , XXVI, 1982: « Item eodem modo facit, quod si universitas facit iniuriam, vel maleficium, quod non teneatur in plus, quam si unus tantum fecisset... »).

⁽⁸⁷⁾ Secondo quanto osserva A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale* , cit., p. 93. Si tratta del commento a D. 48.19.16.10, *de poenis* , l. *Aut facta, § Nonnumquam* , f. 187 va-188 ra, *Venetiis* , 1590.

⁽⁸⁸⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D. 48.19.16.10* , cit., n. 2.

scaturiva dalla natura stessa della collettività e necessitava di essere intessuto in una trama squisitamente giuridica per essere sciolto.

Bartolo, in effetti, riconosce l'inattaccabilità di chi riteneva, come certi filosofi e canonisti, che « totum non differt realiter a suis partibus »: la loro opinione ha il supporto dell'obiettività, è radicata nella realtà (« realiter vere et proprie ipsi dicunt verum »). L'università degli studenti, ad esempio, non è altro che gli studenti stessi. Diverso è però il risultato se si ragiona in base alla finzione giuridica: in questo caso l'*universitas* rappresenta una sola persona che è altro dagli studenti. Due fonti romane andavano in questo senso: la legge *Mortuo reo* (D. 46.1.22), secondo cui ogni collettività « personae vice fungitur », al pari dell'eredità giacente; e D. 5.1.76, che afferma l'identità di un collegio di giudici nonostante il mutamento dei suoi componenti. Anche l'*universitas*, osserva Bartolo, una volta morti e sostituiti tutti i componenti, rimane identica. La conclusione del discorso è che « aliud est universitas, quam personae quae faciunt universitatem, secundum iuris fictionem, quia est quaedam persona repraesentata »⁽⁸⁹⁾: una formulazione a ben vedere estremamente equilibrata, ripetuta poche righe dopo, quando Bartolo ricorda che si discute di un « fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae ».

Al Gierke, e ad altri commentatori, è sembrato però che Bartolo avesse creato dal nulla una entità artificiale, una *stofflose Fiktion*. La *persona ficta* gli apparve come ipostatizzata, ridotta a un vuoto simulacro, perfettamente terza rispetto agli uomini concreti che la compongono: in questo senso, si sarebbe avuta una continuazione di quella tendenza, inaugurata da Innocenzo IV, a concepire l'*universitas* come pura finzione, come *nomen iuris*, salvo poi dedurne, in maniera del tutto contraddittoria, la capacità criminale collettiva⁽⁹⁰⁾. La critica dello storico tedesco, seppur suggestiva, non solo non regge, ma stimola anzi a recuperare il senso effettivo del pensiero bartoliano. L'apparente

⁽⁸⁹⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D. 48.19.16.10*, cit., n. 3: « Breviter ad intellectum huius quaestionis debemus videre primo an universitas sit aliud quam homines universitatis. Quidam dicunt quod non, ut notatur in dicta lege Sicut, § i., quod cuiusque universitatis nomine (D. 3.4.7.1) et lege i. in fine, supra, de collegiis illicitis (D. 47.22.1.2) et hoc tenent omnes philosophi et canonistae, qui tenent quod totum non differt realiter a suis partibus. Veritas est quod siquidem loquamur realiter vere et proprie, ipsi dicunt verum. Nam nil aliud est universitas scholarium quam scholares, sed secundum fictionem iuris ipsi non dicunt verum. Nam universitas repraesentat unam personam, quae est aliud a scholaribus seu ab hominibus universitatis, lege Mortuo, supra, de fideiussoribus (D. 46.1.22). Quod apparet quia recedentibus omnibus istis scholaribus et aliis redeuntibus, eadem tamen universitas est. Item mortuis omnibus de populo et aliis subrogatis, idem est populus, lege Proponebatur, supra de iudiciis (D. 5.1.76) et sic aliud est universitas, quam personae, quae faciunt universitatem, secundum iuris fictionem, quia est quaedam persona repraesentata, dicta lege Mortuo (D. 46.1.22) ».

⁽⁹⁰⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., p. 366; a Bartolo si allude anche alle pp. 430-431.

astrattezza dell'*universitas*, il suo essere « aliud quam personae quae faciunt universitatem », si stempera se solo se ne considera il carattere « secundum iuris fictionem », dunque di artificio tecnico con finalità tecniche. Come ebbe a commentare nel Cinquecento l'Oldendorp, chi negasse che l'*universitas* è altro dai suoi membri, sovvertirebbe la « humanae societatis politicam ordinationem »; è anche vero, però, che tale alterità vale solo « iuris censura », secondo cioè « formam et ordinationem iuris »⁽⁹¹⁾.

Tutto il discorso bartoliano costituisce piuttosto, nel suo insieme, una critica fortissima alle teorie 'scettiche' dei canonisti, in particolare di Innocenzo, e a quei civilisti che le avevano recepite, in particolare Iacopo d'Arena.

Le tesi criticate da Bartolo partivano da un presupposto fondamentale: il rischio che, punendo criminalmente l'*universitas*, rimanesero coinvolti i membri innocenti. Di conseguenza, preferivano negare la responsabilità criminale dei collegi e ammettere solamente una responsabilità civile. Bartolo interviene nella questione separando nettamente due aspetti: da un lato il problema teorico dell'imputazione dei delitti all'*universitas*; dall'altro la questione della pena applicabile. L'intuizione del giurista consiste in questo: solo in sede di punizione si devono attuare accorgimenti atti a scongiurare i pericoli paventati dai canonisti, senza per questo dover intaccare il principio della responsabilità collegiale. In questo modo, egli spezza l'*impasse* nella quale era caduta parte della scienza⁽⁹²⁾, e ammette senza riserve una capacità criminale collegiale e la conseguente punibilità.

Per arrivare a questi risultati, tuttavia, era necessario inficiare alcune penetranti osservazioni, formulate in particolare da Innocenzo, secondo cui l'*universitas* è un *nomen iuris*, che non può delinquere ed essere scomunicato. Proprio come aveva fatto Oldrado, che aveva capovolto, ricorrendo alla finzione, il *cliché* secondo cui l'*universitas* non ha anima, così Bartolo sovverte idealmente il discorso del suo predecessore. Eccoci dunque ritornati al punto da cui eravamo partiti: quelle affermazioni bartoliane per cui l'*universitas* è qualcos'altro rispetto agli uomini che la formano. Esse dimostrano che gli argomenti usati da Sinibaldo, semplicemente se guardati da un'altra prospettiva, potevano condurre a soluzioni diametralmente opposte a quelle raggiunte dal pontefice: l'artificialità del collegio, il suo costituire una realtà puramente giuridica, non gli preclude affatto a livello concettuale la possibilità di essere protagonista di tutte le figure criminose, se solo si sfruttano le possibilità logiche insite nell'analogia con la persona.

⁽⁹¹⁾ JOHANNES OLDENDORP, *Disputatio de iure et aequitate forensi*, f. 153-154, *Coloniae*, 1541.

⁽⁹²⁾ È sufficiente ricordare, quale esempio di questa *impasse*, l'atteggiamento esitante di Sinibaldo, che aveva allegato una serie di ragioni favorevoli alla responsabilità e alla punibilità dell'*universitas*.

L'identità dell'*universitas* nel mutamento dei tempi e degli uomini, poi, invece di tradursi nel rischio di colpire coloro che non hanno commesso alcun crimine, è conferma della diversità fra la sfera giuridica della collettività e la sfera dei singoli. Più che creare dal nulla una 'entificazione', nel senso di una creatura irrimediabilmente 'altra' rispetto agli individui che la formano, Bartolo reperisce argomenti per confermare la teoria della responsabilità penale dei collegi.

Da un punto di vista teorico, quindi, Bartolo riuscì a dimostrare la perfetta imputabilità all'*universitas* di tutte le ipotesi criminose. Una volta fissato che l'*universitas* è assimilabile alla persona nel ragionamento giuridico e per fini giuridici (« sicut ponimus nos iuristae »), si può sfruttare l'analogia fino ad ammettere rotondamente i delitti dell'*universitas* intesa quale unità personificata: « si quaeratur, an universitas delinquat, dico quod sic... ».

In primo luogo, Bartolo riconferma il pensiero di Iacopo d'Arena, nella misura in cui sostiene che il collegio può delinquere omissivamente: in questo caso, la negligenza dei soli rettori sarà sufficiente a vincolare l'intera *universitas* ⁽⁹³⁾.

A proposito dei delitti commissivi, invece, il giurista distingue due ipotesi: è qui che la finzione si rivela massimamente utile, e permette di superare le tesi negatrici della capacità a delinquere. Esistono delitti commissivi che pertengono alla struttura stessa dell'*universitas*, quali quelli che possono verificarsi nell'attività statutaria, nell'esercizio della giurisdizione, nell'imposizione di collette: nessun privato potrebbe commetterli, e dunque non si pongono dubbi sulla loro riferibilità all'*universitas* ⁽⁹⁴⁾.

Il problema riguarda a questo punto i delitti che non rientrano nello *ius universitatis*, quelle generiche ipotesi criminose modellate sulla sagoma della persona fisica, come ad esempio l'omicidio. La finzione permette di ricondurre anche l'*universitas* sotto tali ipotesi, come se essa fosse una persona, « improprie » nel linguaggio bartoliano (dove *im-*

⁽⁹³⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D. 48.19.16.10*, cit., n. 4: « Peccatum omissionis potest committere universitas. Nam universitas tenetur aliquid facere, quod si omittitur, universitas omittit, licet hoc contingeret negligentiam regentium: universitatem tum ipsa dicitur negligere, l. Iubemus nullam navem C. de sacrosanctis ecclesiis (C. 1.2.10) coniuncta l. Si procuratorem § Si tutoribus, supra, mandati vel contra (D.17.1.8.4) ».

⁽⁹⁴⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D. 48.19.16.10*, cit., n. 4: « In delicto vero commisso, seu quod committitur faciendo, debes advertere. Nam quaedam sunt quae tantum fieri possunt per ipsam universitatem, ut facere statuta, dare iurisdictionem, imponere collectas et similia. Isto casu potest universitas delinquere, dicta auth. Item nulla communitas C. de sacrosanctis ecclesiis (C. 1.2.10), in auth. Cassa, de statutis contra libertatem Ecclesiae, in prin. et § Item quaecunque communitas (C. 1.2.12=C. Frider., II, § 1). Nec nota potest dici quod aliquis privatus hoc faciat, sed hoc ipsa universitas, in qua est illud ius l. Omnes populi supra de iustitia et iure (D. 1.1.9) et l. finali C. de iurisdictione omnium iudicum (C. 3.13.7) ».

proprie indica l'artificio, è simmetrico a *factio*). L'*universitas* commetterà infatti tali delitti *per alios*: ⁽⁹⁵⁾ attraverso i suoi rettori, in virtù di un mandato antecedente o una ratifica successiva; o attraverso altri individui, che hanno ricevuto l'incarico « vigore statuti ». È sempre necessaria, si noti, una qualificazione giuridica (mandato, ratifica, procedimento deliberativo secondo lo statuto) che permetta di attribuire l'atto all'*universitas*, isolando la volontà sovraindividuale ⁽⁹⁶⁾. In questi casi, la punizione ricadrà in prima battuta sui singoli, che materialmente hanno compiuto l'atto criminoso; l'*universitas* sarà perseguita come mandante o in conseguenza della ratifica, colpendosi così il *quid pluris* rappresentato dall'assunzione di responsabilità da parte dell'*universitas* ⁽⁹⁷⁾.

Bartolo considera infine, separatamente e residualmente, anche l'ipotesi più tradizionale, già analizzata dai glossatori: il caso che tutti gli uomini di un collegio vadano insieme a commettere un qualche delitto, ad esempio un omicidio. Sarà necessaria, perché l'atto sia ascritto alla collettività, una precedente deliberazione, « deliberato proposito, et consilio ». Colpisce come continuasse a emergere la poliedrica struttura dell'*universitas*, il concretissimo problema di estrapolare gli *universi* dalla mera pluralità degli *omnes*, prima ancora di attribuire all'astratta *persona ficta* il risultato dell'attività criminosa ⁽⁹⁸⁾.

Si legge fra le righe di queste classificazioni che il modello criticato è Iacopo d'Arena: Iacopo aveva negato che a una *universitas magna*, come una *civitas*, si potesse ascrivere una responsabilità criminale. Eppure, emanare statuti o esercitare la giurisdizione erano attività che spettavano in primo luogo proprio alle *civitates*; mentre nel secondo tipo di delitti, commessi impropriamente, l'esempio addotto da Bartolo è quello di una città.

Come già aveva fatto Oldrado, anche Bartolo arriva a giustificare con la finzione una capacità a delinquere corporativa dall'estensione massima. In questo caso è più chiara e meno artificiosa la spiegazione: fin dove possibile si individuano le ipotesi in cui « proprie » l'*universitas* può delinquere in quanto tale, che contraddicono già di per sé l'opinione secondo cui un *nomen iuris* non può delinquere; i casi residui, sui

⁽⁹⁵⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D.* 48.19.16.10, cit., n. 11.

⁽⁹⁶⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D.* 48.19.16.10, cit., n. 4: « Quaedam sunt, quae non respiciunt ista iura residentia apud universitatem, ut committere homicidium, vel facere violentiam, et similia, et tunc universitas non potest hoc facere proprie, quoniam ista requirunt personam veram, dicta l. Sed si ex dolo, § i., supra, de dolo (D. 4.3.15.1). Sed dicitur committi improprie per alios regentes civitatem, seu alios quibus civitas committit vigore statuti, l. i. in fine cum l. sequenti de acquirenda possessione (D. 41.2.1.22 e D. 41.2.2) et de libertis universitatum l. i (D.38.3.1) et ita intelligo l. Metum, § Animadvertendum cum sua glosa, supra, quod metus causa (D. 2.4.9.1) et l. Aliud, § Refertur cum sua glosa, infra, de regulis iuris (D. 50.17.160.1) ».

⁽⁹⁷⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D.* 48.19.16.10, cit., n. 12.

⁽⁹⁸⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D.* 48.19.16.10, cit., n. 9.

quali in sede teorica poteva valere quest'ultima obiezione, sono affidati all'artificio giuridico.

Persistevano però riserve, e questa è un'altra rimarchevole somiglianza con il *consilium* di Oldrado analizzato in precedenza, relativamente alle pene applicabili. Se a un livello teorico non era accettabile l'esclusione della responsabilità penale corporativa in considerazione della struttura stessa dell'*universitas*, al livello pratico persistevano le ragioni di Iacopo e, soprattutto, di Innocenzo, relative al rischio di punire persone innocenti⁽⁹⁹⁾. È questa la parte in cui Bartolo deve calibrare attentamente le diverse ipotesi, per sfuggire alla possibilità di punizione degli innocenti, ed è qui che emerge anche la compenetrazione profonda fra la corporazione e i suoi membri, a dispetto di ogni 'alterità' o aprioristica separazione. Questo è un forte argomento per contestualizzare l'affermazione di partenza, secondo cui l'*universitas* è « aliud » rispetto ai suoi membri, e per ridimensionare le interpretazioni che l'hanno intesa in maniera radicale.

Bartolo argomenta come segue. Non c'è alcun dubbio che l'*universitas* possa essere convenuta civilmente, nella misura dell'arricchimento provocato dall'illecito⁽¹⁰⁰⁾. Al di fuori di questa ipotesi esistono, in primo luogo, delitti per i quali i figli possono essere puniti penalmente a seguito delle colpe commesse dai padri; in cui, più in generale, è ammessa una responsabilità oggettiva per fatto altrui. Due esempi eclatanti erano suggeriti dalla realtà medievale: il crimine di lesa maestà, per il quale l'imperatore Enrico aveva condannato la città di Brescia ad essere passata sotto l'aratro (pena poi condonata dalla misericordia imperiale) e il crimine di eresia, per il quale papa Bonifacio (in realtà Clemente V) aveva distrutto l'intero ordine dei Templari, a conseguenza dell'eresia di alcuni membri. In questi casi, la salvaguardia dei

⁽⁹⁹⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *comm. ad D.* 48.19.16.10, cit., n. 5: « Hoc praemisso, quaero an universitas possit puniri? Doctores dicunt quod sic, sed alterabitur poena per hanc glosam. Ita Cy. dicit in preallegata lege Si quis in tantam (C. 8.4.7). Sed Inn. tenet quod universitas non potest puniri criminaliter, sed potest conveniri civiliter. Ita dicit in c. Dilectus ii., versiculo Item universitas, Extra de simonia (X. 5.3.28) et dicto c. Gravem, de sententia excommunicationis (X. 5.39.53). Mihi videtur quod dicat contra casum in feu., titulo de pace tenenda et infirmanda, § i. (L.F. 2.53.1), ubi dicitur, quod si civitas vel castrum deliquerit rumpendo pacem, punitur. Quid ergo dicemus? Adverte, rationes que movebant Inno. erant istae, si universitas puniretur criminaliter, ergo punirentur pupilli et infantes qui non consenserunt, quod esset iniquum. Praeterea cum mortuis omnibus et aliis subrogatis, eadem sit universitas, ergo illi qui postea nascerentur, quod esset absurdum ».

⁽¹⁰⁰⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ibidem*, cit., n. 5: « Mihi videtur sic dicendum quod pro delicto non est dubium, quod potest universitas conveniri civiliter in eo, quod ad eam pervenit, dicta lege Metum, § Animadvertendum, supra quod metus causa (D. 4.2.9.1) et l. Si ex dolo § i. supra de dolo (D. 4.3.15.1) ».

membri innocenti cedeva il passo alla distruzione (anche materiale) dell'intero collegio incriminato ⁽¹⁰¹⁾.

A parte queste ipotesi, pur sempre eccezionali, normalmente i figli non possono essere puniti per il delitto dei padri: sarà dunque necessario, e possibile, punire soltanto l'*universitas*.

Intanto, Bartolo considera i delitti che l'*universitas* può commettere propriamente, in quanto tale. In questo caso si possono applicare le pene che colpiscono direttamente la struttura collegiale, ad esempio la confisca di un suo bene: il principio per cui i beni collegiali non sono dei singoli permetteva di escludere ogni forma di responsabilità oggettiva. Esistevano però anche pene che possono colpire sia l'*universitas* che i singoli, come la pena pecuniaria, per il pagamento della quale a volte è necessario imporre una colletta. In questa ipotesi si doveva distinguere: o il collegio era di piccole dimensioni (si vedono tornare gli spunti di Iacopo d'Arena), e allora si potevano facilmente discernere coloro che avevano acconsentito al delitto e che, di conseguenza, dovevano essere puniti; o il collegio era di grandi dimensioni, e allora la condanna ricadeva su tutta l'*universitas*, salvo che i non consenzienti al delitto dovevano essere esentati dalla colletta attraverso cui si raccoglieva il denaro per il pagamento della pena.

Nel caso invece in cui il collegio avesse commesso un delitto impropriamente, *per alios*, si dovevano applicare le stesse pene previste per i privati, nella misura in cui fossero compatibili. Una pena come la decapitazione, inapplicabile a una struttura che ha un « caput fictum », si doveva tramutare in un'altra compatibile. Bartolo precisa a questo punto che non era possibile applicare una pena corrispondente alla decapitazione, come ad esempio lo scioglimento, perché ancora una volta sarebbero stati coinvolti i membri innocenti ⁽¹⁰²⁾. In definitiva, a

⁽¹⁰¹⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ibidem*, cit., n. 5: « Quaedam sunt delicta, propter quae filius punitur propter patrem, ut in crimine legis Iuliae maiestatis, et in crimine haeresis, C. ad legem Iuliam maiestatis l. Quisquis § i. (C. 9.8.5.1), extra de haereticis c. Statutum, liber vi. (VI. 5.2.9) et de pactis, c. Foelicis, lib. vi. Tunc isto casu potest universitas criminaliter puniri, ut fuit factum de Chartagine, quae passa est aratrum, ut supra, quibus modis ususfructus amittatur l. Si ususfructus (D. 7.4.21). Et ego vidi sententiam diffinitivam Imperatoris Henrici, quam dedit contra civitatem Brixiae, quae fuit sibi rebellis, in qua dicebat illam civitatem esse subiiciendam aratro, quam poenam ex misericordia relaxavit, quae sententia diffinitiva est lex ut l. ii. C. de legibus (C. 1.14.2) et in istis cessant rationes Inn., ubi possunt puniri parvuli propter maiores et descendentes propter civitates suas. Et ita facit papa Bonifacius, quia propter delicta quorundam templariorum, totum collegium templariorum fuit destructum, quia erant heretici ».

⁽¹⁰²⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ibidem*, cit. nn. 5-7: « Quaedam sunt delicta in quibus filius non punitur propter patrem, et hoc in casibus in quibus dixi universitatem delinquere, universitas ipsa puniatur. Tamen in modo puniendi est differentia, quia si quidem poena cadit in universitatem, ita quod non in singulos de universitate, ut si debet publicari aliqua res universitatis, ipsa universitas puniretur, dicta l. Iubemus nullam navem, C. de sacrosanctis ecclesiis (C. 1.2.10). Sed si esset talis poena, aequae caderet in

differenza di quanto sosteneva Iacopo d'Arena, tutti i collegi potevano essere puniti criminalmente, compresi quelli di grandi dimensioni. In questo caso, pur ricadendo la condanna sulla collettività nel suo complesso, non si dovevano applicare pene lesive degli innocenti (come ad esempio lo scioglimento), ma si ricorreva, fra le pene capaci di colpire sia l'*universitas* che i singoli, a quelle da cui gli innocenti potevano essere esentati.

9. *Alcune riflessioni finali*

Come si è potuto constatare, già la scuola dei Glossatori fu in grado di concepire e disciplinare la responsabilità penale dell'*universitas*. Distinguendo fra i diversi aspetti strutturali dell'*universitas*, la pluralità e l'unità, i giuristi seppero modulare i casi e i modi in cui un atto compiuto dalla pluralità poteva essere unitariamente ascritto all'*universitas* stessa, e non ai suoi membri.

La natura composita dell'*universitas*, tuttavia, non mancò di generare difficoltà al ragionamento giuridico: la possibilità teorica di attribuire gli illeciti penali alla collettività fu, nel pensiero di vari autori, travolta ed esclusa dal rischio pratico che la punizione coinvolgesse i membri singolarmente. Si osservò, ad esempio, che un simile inconveniente si verificava nel caso della scomunica, o di collettività molto estese, in cui potevano essere presenti (e colpiti) singoli non consenzienti. Si avanzò allora, in questo contesto, l'opinione che l'*universitas*, in quanto creatura giuridica, non fosse in grado di commettere illeciti penali.

universitatem, et in singulos, ut est poena pecuniaria, tunc si quidem est collegium, ut collegium priorum, qui sunt in numero decem vel similium, non punientur omnes de collegio, sed tantum illi, qui consenserunt. Casus est in l. i. circa principio, supra, de magistratibus conveniendis (D. 27.8.1) in eo, quod dicit, quod praesentes fuerunt et cetera. Sed si esset collegium magnum et diffusum, ut est populus, seu aliqua communitas, tunc quia discernere consentientes a non consentientibus esset difficile, tota civitas, et tota universitas punietur, ut dicta auth. Item nulla communitas (C. 1.3.2) et de pace iuramento firmando § i. (L. F. II.53.1). Si vero esset delictum, quod non cadit in universitatem proprie, ut homicidium et rapina et similia, tunc dico universitatem puniri more privatorum, si poena potest in universitatem cadere, dicta l. Metum § Animadvertendum (D. 4.2.9.1). Sed si non posset cadere talis poena, ut est poena decapitationis (nam universitas non potest decapitari, quia non habet caput verum, sed fictum), tunc illa poena alterabitur in alia, arg. huius glosae et dicta l. Quid ergo § Poena gravior (D. 3.2.13.7) et l. Hos accusare, § Omnibus in fine, C.(!) de accusationibus (D. 48.2.12.4). Dices tu, quare non amputatur illud caput fictum, hoc est dissolvatur collegio seu universitas illa? Respondeo, quia sequeretur inconveniens, quod dicebat Inn. quia punirentur non culpabiles. Dices tu. Certe et in poena pecuniaria illud contingit inconveniens, quia collecta imponetur illis, qui non deliquerunt. Certe et in veritate ego concederem istud, quod licet superior totam universitatem condemnet, ut dixi, tamen illi qui non deliquerunt, non debent contribuere in solutione collectae de iure arg. dicta l. i., supra, de magistratibus conveniendis (D. 27.8.1). Et hoc vidi in quadam sententia diffinitiva Imperatoris Henrici ».

Nel contempo, a partire dalla metà del XIII secolo, l'*universitas* iniziò ad essere definita come *persona repraesentata*, o *persona ficta*. Che di conseguenza nascesse la personalità giuridica, è stata la convinzione di una storiografia ormai invecchiata. Al contrario, sono forti gli indizi per ritenere che la *fictio personae* non significasse necessariamente la nascita di un soggetto perfettamente astratto, di cui si dovesse poi stabilire, in base a certe premesse dedotte dalla sua 'natura', una serie di caratteristiche tecniche, fra cui la capacità a delinquere o meno, secondo un modello di ragionamento tipico del nostro sentire. Piuttosto, la *fictio personae* inizia a insinuarsi nella dialettica giuridica, anche in tema di responsabilità penale dell'*universitas*, dimostrando notevoli vantaggi argomentativi: essa raffigura l'unità collegiale, ma presuppone e non esclude la pluralità degli individui; essa è un artificio, semplicemente un'analogia, ma in quanto artificio produce effetti pratici altrimenti irraggiungibili. Sembra cioè che, pur continuando la dottrina dell'*universitas* a fluire all'interno dei tradizionali argini strutturali, in questa corrente si inserisse armonicamente un potente mezzo di soluzione dei problemi proposti dalla realtà.

Il pensiero di Bartolo da Sassoferrato, in particolare, dimostra quanto si è detto: proprio dalla constatazione che l'*universitas* può essere considerata una persona secondo la finzione del diritto, egli giunge a riconoscere a questa persona piena capacità penale. Risultava così annullato l'argomento secondo cui, essendo l'*universitas* priva dei requisiti tipici per l'imputazione di un illecito penale, « impossibile est quod universitas delinquat ». D'altro canto, la flessibilità dell'artificio giuridico consentiva di recuperare e regolare, a livello punitivo, la complessità di una serie di situazioni in cui erano implicati i singoli e si incorreva nel rischio di colpirli ingiustamente. Come la responsabilità, così anche la punizione doveva riferirsi alla stessa unità personificata, e ciò imponeva a livello pratico un attento discernimento della situazione di ciascun singolo e delle pene collettive applicabili.

Sarà questo lo schema di ragionamento di intere generazioni di giuristi, pur nella immensa mole di sfumature e problemi collaterali. La responsabilità penale delle collettività continua ad essere rappresentata e giustificata attraverso l'analogia con la persona, ma attentamente calibrata in sede punitiva. Non mancarono, peraltro, critiche al modello di Bartolo⁽¹⁰³⁾, anche se esso si impose per la sua intrinseca razionalità e praticità.

È significativo, per riassumere la questione, il modo in cui l'affrontò l'Oldendorp a svariati secoli di distanza. Egli dichiara di volersi attenere, nella trattazione del problema, a due antesignani, Bartolo e Innocenzo. Volendo rispondere alle domande se l'*universitas* può de-

⁽¹⁰³⁾ Soprattutto quelle di Bartolomeo da Saliceto: si veda O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., p. 432; p. 492; p. 497.

linquere ed essere punita, l'Oldendorp deve riconoscere l'inattaccabilità delle posizioni di Innocenzo, che corrispondono allo « strictum iuris praescriptum » e sono confermate da « rationibus a naturali iusticia ductis »; tuttavia, ogni volta egli finisce per riconoscere la necessità di temperarle secondo gli insegnamenti di Bartolo, di cedere, in definitiva, alle implicazioni equitative di cui tutta la questione è colorata: « quando aequitas non patitur tam pertinaciter excusari delicta, quae utique fiunt ab iis, qui in universitate sunt, temperandum est hoc ius... »⁽¹⁰⁴⁾.

La *persona ficta*, su cui si basa tutta la sistemazione bartoliana, è dunque strumento d'equità, mezzo giuridico al servizio della giustizia pratica. Solo nell'Ottocento i termini 'persona' e 'finzione' acquisteranno quei significati, su cui la 'svolta' attuale della scienza penalistica sta esercitando gli effetti dirompenti cui accennavamo all'inizio.

⁽¹⁰⁴⁾ JOHANNES OLDENDORP, *Disputatio de iure et aequitate forensi*, cit., f. 152 e ss.

PAOLO GROSSI

GLOBALIZZAZIONE E PLURALISMO GIURIDICO

(a proposito di: Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione-Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000)

1. Dell'indole e dei meriti d'un libro recentissimo. — 2. Il significato storico della globalizzazione a livello giuridico. — 3. Il disegno di un nuovo paesaggio giuridico nelle trame della globalizzazione: il diritto verso una dimensione esperienziale. — 4. Il nuovo diritto fra scrittura e oralità. — 5. Globalizzazione e crisi del modello normativistico. — 6. Globalizzazione e mentalità giuridica del giurista di *civil law*: un rischio e una scommessa.

1. *Dell'indole e dei meriti d'un libro recentissimo*

Globalizzazione, quale traduzione italiana del termine inglese *Globalization*, denuncia la sua chiara origine nordamericana e segnala una doppia invadenza imperialistica che di là proviene e ridonda imponendo una ferma dominanza a livello globale: dominanza, sul piano politico, di una potenza che concepisce il mondo intero quale ombra della sua volontà sovrana; dominanza, sul piano economico, delle grandi imprese multinazionali che trovano negli U.S.A. il centro della propria azione irradiativa. E si capisce bene perché la strategia globalizzatrice sia oggetto in Europa di tanti accesi dibattiti e anche di comprensibili rifiuti. A livello politico ed economico essa si identifica infatti in una respingibile strategia soffocatrice.

Tutti monopolizzati da queste relevantissime valenze non si è tuttavia recato sufficiente attenzione alla incidenza che la globalizzazione sta avendo e sicuramente avrà su altre dimensioni, per esempio su quella giuridica. Ed è per questo che credo si debba salutare con un plauso incondizionato il libro che qui si recensisce: perché richiama la scarsa attenzione del giurista italiano proprio sul nesso attuale e futuro tra globalizzazione e istituzioni giuridiche, cultura giuridica e, addirittura, mentalità giuridica. È un libro che ogni giurista (storico, teorico, filosofo del diritto o cultore d'un diritto positivo) può leggere con grandissimo profitto per i seguenti essenziali motivi. L'Autrice è una sociologa del diritto ma rifugge da quelle esercitazioni fumose e senza radice che sono talvolta leggibili nelle pagine di certi sociologi. Essa applica l'approccio sociologico al diritto muovendo da una eccellente

conoscenza dello strumentario giuridico e delle sue tecniche, sì che quell'approccio si concretizza e si radica in un tessuto di vita giuridica, di istituti e di invenzioni pratiche, con la conseguenza che il discorso sociologico — così incarnato — ne trae solidità e la trama tecnico-giuridica ne resta vivacizzata (1). Si aggiunga un autentico respiro culturale, fatto — per un verso — di una ottima conoscenza comparatistica e — per un altro verso — di un maneggio adeguato del sapere economico.

Prendendo atto con soddisfazione delle meritate lodi or ora segnate, si domanderà però il lettore dei nostri 'Quaderni' la ragione per cui un libro di sociologia del diritto viene recensito da uno storico del diritto su una Rivista dedicata alla storia del pensiero giuridico. La ragione è molto semplice: di rado ho trovato un libro tanto intriso di storicità come questo. Ai miei occhi, uno dei meriti della Ferrarese — e forse il primo — è di cogliere la globalizzazione giuridica come fenomeno storico, di immergerla e comprenderla nel divenire di questo nostro tempo, di sorprenderla come vistoso segno di confine fra l'ieri e l'oggi, come cesura profonda fra l'ieri e l'oggi, con l'uso costante di una intensa dialettica comparatistica orizzontale e verticale.

2. *Il significato storico della globalizzazione a livello giuridico*

Fatte queste necessarie precisazioni introduttorie, cominciamo a tentar di capire il significato storico della globalizzazione giuridica. Approdati che si sia a questo risultato, si potrà trarre qualche conclusione sulla sua valenza; soprattutto si potrà constatare se essa merita di esser considerata completamente appiattita sotto quella politica ed economica, o di essere invece valutata in modo più complesso al di là di certe apparenze che guidano a troppo spicciative e semplicistiche conclusioni.

Sul piano giuridico — e lo mette egregiamente in luce la Ferrarese — la globalizzazione significa un declino del ruolo degli Stati nella produzione del diritto, un conseguente declino del ruolo delle fonti statuali e, in particolare, della legge. Accanto agli Stati e ai diritti positivi ufficiali si affiancano, dapprima latenti ma sempre più scoperti, altri canali di produzione e di scorrimento del diritto facenti capo non già a volontà politiche sovrane ma a cospicue forze economiche sociali culturali. Al vecchio monismo giuridico si va sostituendo un largo,

(1) La Ferrarese aveva già dimostrato queste stesse doti quando, alcuni anni fa, affrontò il tema della *deregulation* — di cui, allora, si parlava troppo e a vuoto nella nostra provinciale Italia — respingendo genericismi tanto pericolosi sul piano culturale e studiandone invece le radici storico-sociologiche nel dibattito giuridico politico economico sociologico statunitense sul rapporto *regulation/deregulation* (cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato - Il caso degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992, Presentazione).

sempre più largo pluralismo giuridico con tre fenomeni rilevanti: decentralizzazione, frammentazione, privatizzazione.

L'età del positivismo giuridico sembra traballare: la monopolizzazione assolutistica della produzione del diritto da parte del potere politico — che è uno dei tratti costitutivi del 'moderno' — cede a una moltiplicazione dei soggetti produttori. E si frantuma lo stesso formalismo giuridico, che aveva rappresentato la inattaccabile corazza teorica della monopolizzazione: la separazione rigorosa fra *ius* e *facta* e la identificazione dello *ius* nei risultati del filtro rigidissimo operato dal principe-legislatore (l'unico abilitato a valutare i fatti e a pescare tra i fatti, l'unico custode ed arbitro del giusto e dell'equo) rappresentavano la ideologia astuta e sottile giustificativa della grossolana appropriazione da parte del potere.

Il nuovo diritto globalizzato, nato da esigenze economiche, volto a soddisfare i bisogni degli uomini di affari, non costretto in leggi, non costretto nella volontà solitaria di un legislatore supremo e distaccato, nasce dai fatti, vi si mescola, ne resta intriso, resta impregnato di una intrinseca fattualità. Se il diritto degli Stati è sorretto e controllato dal canone della *validità*, cioè della corrispondenza a modelli generali autoritarii e autorevoli, se la dialettica sua propria è quella che si scandisce in *tipicità* e *atipicità* con la conseguenza di relegare l'atipico nella irrilevanza se non nella illiceità, il nuovo diritto globalizzato tende alla *effettività*, non è pensabile se non come diritto *effettivo*, non importa se grondante di informalità, una informalità che nemmeno le categorizzazioni di esperti e di teorici riescono a cancellare.

3. *Il disegno di un nuovo paesaggio giuridico nelle trame della globalizzazione: il diritto verso una dimensione esperienziale*

Da tutti questi rilievi consegue che il paesaggio giuridico anche della Europa continentale, anche della vecchia Europa della tradizione romanistico-codicistica, si è fatto più mosso, si è variegato. Le imponenti impalcature giuridiche erette dalla Rivoluzione insieme ai palchi delle ghigliottine — idealizzazione della legge, primato della legge, principio di legalità — nominalmente reggono perché affermate perentoriamente dagli Stati e anche perché son diventate una sorta di scheletro mentale del giurista di *civil law* sposate e avvalorate dalla ingenuità di giuristi ammirevoli e ammirati per la loro scienza e per la loro statura morale (i primi nomi che vengono alla mente sono, in Italia, quelli di Calamandrei e di Jemolo), ma debbono fare i conti con le agili rapide flessibili costruzioni del nuovo diritto, che — in quanto agili rapide flessibili — godono della preferenza degli uomini di affari che non amano le vecchie immobilizzanti immobilità così poco congeniali ad un mondo economico percorso da un mutamento convulso. Il paesaggio giuridico è divenuto complesso, si compone ormai di più

livelli. Ed è già questo un risultato enorme, che fa parlare da parte della Ferrarese (e non a torto) della globalizzazione come “cesura” per i suoi “tratti decisamente rivoluzionari”.

La legge, voce del soggetto investito della sovranità, resta fonte del diritto ma soltanto una delle fonti, e non la prevalente. E si stempera, e perde nettezza, quella mentalità autoritaria che appare come l’eredità più forte che l’illuminismo giuridico ha consegnato al ‘moderno’ marcandolo intimamente. Illuminismo giuridico vuol dire controllo del giuridico, e controllo minuzioso: il diritto ridotto a un segno geometrico e afferrabile mediante un *mos geometricus* non è soltanto la riduzione a un progetto razionale ma è la riduzione in misure che possano essere efficacemente e facilmente controllate da una autorità centrale. La nuova mentalità giuridica, che galoppa sul cavallo della globalizzazione, viene a logorare proprio questa collaudata e fino a ieri infrangibile e inifranta *forma mentis* del giurista.

Il diritto non è più soltanto — come sembrava — proiezione dall’alto, comando, ma diventa qualcosa di più compenetrato con l’esperienza, tende a fondersi con l’esperienza mostrando una ripugnanza tutta nuova a separarsene. Di conseguenza, ripugna al nuovo diritto di immedesimarsi e imbalsamarsi in un testo, in un testo scritto, in un testo scritto una volta per tutte, che ci si compiace di pensare immobile e refrattario alle variazioni temporali; un testo che, come le tavole di un libro sacro, sia suscettibile unicamente di esegesi, ossia di spiegazione passiva della lettera della norma. Quando, a fine Ottocento, nella Francia gelosa e pervicace custode del verbo giacobino, si è cercato di scrollarsi di dosso questa pesante veste dommatica, il movimento di pochi giuristi coraggiosi ha preso la veste di un ‘modernismo giuridico’ a imitazione di quello sfortunato ma generoso movimento, che aveva tentato di animare la comunità religiosa con una rinnovata capacità d’osservazione e valutazione del testo sacro.

Il Codice, la grande codificazione del diritto sette-ottocentesca, è la manifestazione più piena e più espressiva del progetto giuridico illuminista, perché è pervaso dalla presunzione di fissare in una catena di prescrizioni scritte, geometricamente sistemate in un testo, in un libro, la complessità di una intiera esperienza, di costringere in un sistema statico la dinamica giuridica, che è necessariamente dinamica perché legata a un meccanismo di vita e di crescita.

4. *Il nuovo diritto fra scrittura e oralità*

Per tutto questo, il *civil law* è pensabile unicamente come diritto scritto, giacché il comando ha l’esigenza di esser conosciuto per essere osservato, il comando ha l’esigenza di avere una sua fissità e certezza per essere osservato, e la scrittura corrobora fissità e certezza, e dà nelle mani dell’organo produttore — che è, poi, lo stesso che detiene il potere

politico e cioè la superiorità politica — la pretesa all'osservanza, la pretesa alla ineluttabilità della osservanza fondata sulla doverosa conoscenza del comando. E si tratterà di scrittura che riflette perfettamente i caratteri della norma giuridica cui dà forma ed espressione compiuta: scrittura — quella — astratta generale rigida al pari di questa, senza indulgenze vernacolari ma, al contrario, irrigidita in una grammatica culta.

Come il Codice è un modello di legge, legge fra le leggi, così la lingua in cui il Codice si concreta è una sorta di lingua modello, lingua letteraria. Chi non ricorda l'esempio omnicitato di Stendhal che assumeva il *Code civil* quasi come un suo 'livre de chevet'? Il risultato negativo poteva essere — e spesso era — una buona dose di incomunicabilità al di là di quel ceto culto e abiente che aveva voluto e fatto la Rivoluzione, ma il legislatore moderno non è mai stato molto proclive a brividi di socialità. La cultezza della norma generale faceva parte degli arcani del potere e serviva egregiamente non solo al controllo della dimensione giuridica ma altresì alla sua conservazione all'interno del ceto dominante.

Su questa dialettica oralità-scrittura la parte finale del volume della Ferrarese offre pagine tutte da meditare attentamente.

5. *Globalizzazione e crisi del modello normativistico*

La globalizzazione incide sulla nostra tradizionale visione autoritaria, normativistica, del diritto per due suoi atteggiamenti di fondo.

Perché essa parla in nome non del *cittadino*, cioè del suddito a un certo potere costituito, ma dell'*homo oeconomicus* che si riconosce solo nel tessuto dei suoi traffici, oggi ben spesso transnazionali e, anzi, insofferenti a vincoli nazionali. Questo soggetto avverte come imperiose solo le regole del mercato, una realtà che si affida volentieri alla spontaneità e mobilità dei flussi economici e che mal tollera il letto di costrizione confezionato da questo o quel legislatore positivo.

La Ferrarese riafferma qui, e a ragione, le sue conclusioni di alcuni anni fa contro la configurazione legalistica che del mercato aveva offerto in una sua indagine il civilista italiano Natalino Irti ⁽²⁾. Irti, ben immerso nell'età del capitalismo avanzato e ben compiaciuto delle sue scelte di fondo, e quindi ben consapevole della enorme rilevanza del mercato e della sua essenza anche giuridica, tende, nel suo marcato giuspositivismo, a disegnarlo come "nulla di altro e di diverso da un dato regime di leggi" ⁽³⁾ identificando il giuridico con il normativo e il normativo

(2) Cfr. la recensione a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, in *Sociologia del diritto*, XXV (1998), p. 174 ss.

(3) N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998, p. 28.

con il legislativo ⁽⁴⁾. Costruzione giuspositivistica che non si presta a delineare quello che è il carattere fondamentale dell'odierno mercato, e cioè — innanzi tutto — la sua transnazionalità o almeno la sua vocazione transnazionale insoddisfatta da strutturazioni comunitarie di aree geografiche delimitate anche se ampie (come la Europa della C.E.E.).

La globalizzazione, a livello giuridico, tende conseguentemente a incarnarsi in regole e soprattutto in 'principii', inventati dalla prassi, definiti dalle *transnational law firms* e dalla scienza accademica ma sempre plastici e disponibili a storicizzarsi nel divenire dell'esperienza, indisponibili invece a riconoscere argini nelle varie confinazioni territoriali dei tanti Stati sovrani. Regole e principii la cui qualità è, dunque, *altra* rispetto alla qualità della legge moderna, ma la cui autorità ed efficacia è altissima in quel mondo giuridico parallelo frequentatissimo dagli uomini di affari e culminante in rispettate Corti arbitrali o in rispettate personalità di singoli arbitri.

Dobbiamo precisare il secondo innovativo atteggiamento di fondo: la globalizzazione nasce — e si espande — da una esperienza giuridica di *common law* ed è portatrice e propagatrice a livello mondiale (e quindi anche nella nostra Europa continentale) di una mentalità e cultura giuridiche strutturalmente diverse se non opposte. Alla visione potestativa che del diritto è latrice la nostra inveterata tradizione se ne contrappone un'altra di segno assai differente: quella di un diritto che non nasce nel palazzo oracolare di un legislatore centralizzato, ma piuttosto entro la vita quotidiana sorpresa nella sua concretezza dalla operosità dei giudici. Il *common law*, legato da una linea di continuità con lo *ius commune* medievale e post-medievale e ignaro di quella frattura profondissima costituita per il diritto continentale da Rivoluzione, statalismo, legalismo, smania codificatoria, è un *judge-made-law*, non è il geloso monopolio del Principe moderno né è al centro di un progetto politico, ma ha un suo flusso discreto e appartato che scorre nelle aule giudiziarie, una sua dimensione 'privata' dove permane la supremazia di esperti continuamente chiamati a ordinare empiricamente l'esperienza partendo sempre da casi concreti. Il diritto è cosa da giuristi, come lo era nel diritto comune della repubblica universale medievale, ed appartiene alla fisiologia (e patologia) della vita; nasce cioè dal basso, ed è insuscettibile di essere identificato e definito dall'alto di un olimpo legislativo e da un supremo zeus legislatore. Si ha cioè un *global law without a State*.

È chiaro che, nel secolo passato, si erano avuti momenti anche cospicui di osmosi fra i due continenti giuridici, ma è con la globalizzazione che un modello, una cultura, una mentalità vengono esportati a livello mondiale diventando canone della nuova giuridicità.

(4) La acuta notazione è della FERRARESE, Rec. cit., p. 175.

6. *Globalizzazione e mentalità giuridica del giurista di civil law: un rischio e una scommessa*

Si dirà da taluno, e giustamente: sarà bene non dimenticare che la cosiddetta globalizzazione ha un significato che non può e non deve essere né sminuito né eluso, ed è precisamente quello di offrire a grossi, spesso enormi potentati economici un reticolato giuridico validamente protettivo dei proprii traffici a livello mondiale.

Non sarò certo io a dimenticarlo che sono stato sempre insofferente alle mercificazioni disinvoltamente operate dal capitalismo maturo come civiltà (o pseudo-civiltà) fondata sull'aver, che ho sempre nutrito una acuta diffidenza verso un nostro diffuso provincialismo disposto a valutare positivamente tutto ciò che proveniva da oltre-atlantico.

Mi rendo perfettamente conto che oggi globalizzazione vuol dire questo nesso e che, a livello politico ed economico, le valenze negative sono indubbie. Il ruolo positivo è a livello di mentalità giuridica: qui la globalizzazione serve da incrinatura di un monolito altrimenti assai restio a farsi logorare dal tempo, serve da potente scossone per il giurista europeo inducendolo almeno a riflettere criticamente sui nodi della civiltà giuridica continentale e sulla esigenza di scioglierli quanto prima.

Il diritto continentale ha imboccato, sia pure con fatica, strade sue proprie per superare certi stalli. Rimaniamo, per un momento, nella sola Italia: lo sdoppiarsi e il complicarsi della legalità in legalità codicistica e legalità costituzionale, il crollo del mito della infallibilità del legislatore e l'ingresso nel nostro ordinamento positivo di un giudice delle leggi, la rottura del bozzolo formalistico operata da questo giudice con i suoi richiami sempre più pressanti alla ragionevolezza e al diritto vivente, costituiscono un notevole passo in avanti e un contributo non piccolo alla creazione di una nuova mentalità giuridica.

Tutto questo c'è nel paesaggio giuridico europeo ed è frutto di una maturazione spontanea che viene dall'interno della nostra civiltà, ma non v'è dubbio che una affermazione sempre più generalizzata del pluralismo giuridico avverrà lungo le rotte della sciamatura globalizzatrice. E sarà la mentalità del giurista a guadagnare da ciò che, all'origine, è sorto come un grande gioco di grandi interessi economici e per la loro tutela.

Con questa avvertenza: si deve aver contezza che la globalizzazione giuridica è l'occasione per una svolta, ma è — insieme — anche un grosso rischio. Si deve aver contezza che il rischio per il diritto è di attuare la sua liberazione dall'autoritarismo politico per consegnarsi nell'abbraccio dell'autoritarismo economico, un autoritarismo arrogantissimo. A nostro avviso — considerate la plasticità, la mobilità, la mutevolezza delle forze economiche e considerato lo spazio universale di diffusione — è un rischio da correre e anche una scommessa da sottoscrivere, muniti tuttavia da una piena consapevolezza delle molte

valenze di questo incisivo fenomeno storico-giuridico, con l'impegno totale di ogni giurista a trarre da esso il lievito positivo per un costume nuovo e per una visione nuova delle fonti di produzione del diritto al servizio non di un circolo esclusivo di abbienti ma dell'intera società civile.

MICHAEL STOLLEIS

STEN GAGNÉR (1921-2000), EIN GROSSER LEHRER
DER EUROPÄISCHEN RECHTSGESCHICHTE

Am 24. Mai 2000 ist Sten Gagnér in München gestorben. Sein Ende war schwer. Er saß im Rollstuhl und litt, nahm aber trotz schwindender Kräfte wahr, wer ihn besuchte und von der Welt berichtete. Wer ihn so erlebte, erinnerte sich mit Wehmut der früheren Zeiten, als dieser große Gelehrte in der Mitte seiner Bibliothek einen Strom von Besuchern empfing, sich ihre Freuden und Sorgen anhörte, Ratschläge gab, auf neue Bücher hinwies, vor allem aber ermunterte und eine von Herzen kommende Fröhlichkeit verbreitete. Er war stets der Gebende, dessen Menschenfreundlichkeit, aber auch dessen Kenntnisse unerschöpflich schienen. Seine eigenen gesundheitlichen Schwierigkeiten verbarg er. "Unkraut vergeht nicht" sagte er lächelnd, wenn es ihm besonders schlecht ging. Über seine eigenen Arbeiten sprach er nicht viel; er schritt langsam voran damit. Seine legendären Notizbücher füllten sich mit Zitaten und Bemerkungen, und am Ende wuchsen daraus die Texte, an denen nicht mehr viel zu verändern war. So ist er uns, seinen Freunden und Schülern, im Gedächtnis geblieben: Ein unbestechlicher und eigenwilliger Mann, von humaner Klugheit und Sensibilität, überdies ein in allen europäischen Hauptsprachen bewandeter Gelehrter. Abwehrend reagierte er auf rasche, abschätzige Urteile über andere, auf großspurige Behauptungen ohne Belege, auf Intrigen und Lügen aller Art. Als er einen hohen Beamten auf solchen Spuren ertappte, stellte er ihn schonungslos. Hinter der Fröhlichkeit, die sein Wesen grundierte, stand eine unbeirrbar geradlinige Persönlichkeit mit viel Energie und Lebenserfahrung.

Die Familie stammte aus Dalarna in Mittelschweden. Sein Vater war Altphilologe und, als sein Sohn Sten am 3. März 1921 geboren wurde, Universitätsdozent in Uppsala. Gagnér wuchs in einem Haus voller Gelehrsamkeit und voller Bücher auf, schloß sein juristisches Studium mit 20 (!) Jahren ab, leistete seinen Wehrdienst und konnte auf diese Weise noch ein Studium der Philosophie, Geschichte und der Nordischen Philologie anschließen. Schon in dieser Zeit begann er zu publizieren, und zwar zunächst eine Untersuchung über "Sachsenspiegel und Speculum ecclesiae" (1), in der eine wesentliche Frage zu den kirchlichen Quellen der Arbeit von Eike von Repgow geklärt wird. Ihr folgte eine Arbeit mit kanonistischer Thematik über die "Entstehung der und der schwedischen Diözesansynode" (2), in der eines seiner Grundthemen, der europäische Zusammenhang der Rechtsgeschichte des Mittelalters, angeschlagen wird.

1948/49 wird der innerlich schon vorbereitete Weg nach Europa beschritten, zunächst durch einen Forschungsaufenthalt in Rom, der ihn sein Leben lang prägen sollte, dann 1956 durch eine lange Forschungsreise nach England, Frankreich, Spanien und Portugal (1956). Nach der Romreise diente der junge Gelehrte in der schwedischen Verwaltung "bei der Kriminalpolizei, als Staatsanwalt und als Richter. Die Aufklärung von Straftaten", schreibt Maximiliane Kriechbaum mit Recht, "das Zusammenfügen von Indizien hat er in ähnlicher Weise als intellektuelle Angelegenheit betrieben wie das Aufdecken von Textbezügen und historischen Zusammenhängen oder das Entlarven wissenschaftlicher Vorurteile" (3).

Nach den ersten Aufsätzen gab es, bedingt durch die Inanspruchnahme in der Praxis, scheinbar zwölf Jahre des literarischen Schweigens. In Wahrheit arbeitete Gagnér kontinuierlich weiter. Was er in diesen Jahren vorbereitete, waren die 1960 erschienenen "Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung", die ihn rasch in Europa bekannt machten. Dieses Werk hat für die Erforschung der Geschichte der Gesetzgebung vielfältige Ergebnisse und Anregungen gegeben, aber noch mehr gewirkt durch seine ungewöhnliche Anlage, seinen sprach-

(1) In: *Niederdeutsche Mitteilungen* 1947, S.82-103.

(2) In: *Kyrkshistorisk Arsskrift* 1948, Uppsala 1949, S.1-31.

(3) M. KRIECHBAUM, *Sten Gagnér*, in: *Juristenzeitung* 2000, 1046 f.

lichen Duktus und das methodische Konzept. Alle seither erschienenen Arbeiten zur europäischen Gesetzgebungsgeschichte beziehen sich ausdrücklich oder stillschweigend auf sein Werk. Methodischer Angelpunkt waren Ludwig Wittgensteins "Philosophische Untersuchungen" (Oxford 1953), auf die er 1956 durch den bedeutenden schwedischen Juristen Jan Hellner aufmerksam geworden war. Wittgensteins bohrende Fragen nach der Bedeutung von Worten, die man nicht anders als durch Beobachtung von deren Gebrauch entschlüsseln könne, schienen ihm den wichtigsten Hinweis für die Übersetzung älterer Rechtstexte in das moderne Verständnis zu bieten. Laß Dein Gegenwartswissen beiseite, sagte er, beobachte einfach, wie die alten Texte funktionieren, wie Worte in verschiedenen Kontexten gebraucht werden, und übersetze vorsichtig in unsere Sprache, nimm eher die Fremdheit wahr statt vorschnell "Ähnlichkeiten" zu entdecken. Mit diesen Maximen wanderte er rückwärts vom 19. Jahrhundert in das gemeine Recht der frühen Neuzeit, und von da in die kanonistische und legistische Debatte des 13. Jahrhunderts. Dort sprach er wie ein fiktiver Zeitgenosse mit den philosophischen, theologischen und juristischen Autoritäten. Seine leitende Frage war, wie es zu der modernen Gesetzgebungsideologie kommen konnte, also zur Vorstellung, daß Gesetze zur Änderung gesellschaftlicher Verhältnisse taugen und daß sie einem entsprechenden Willen als "ius positivum" entspringen. Seine Arbeitsweise war in dreifacher Hinsicht ungewöhnlich. Aufgrund seiner eminenten Sprachbegabung und seinem Feingefühl für Valeurs der Quellen konnte er nicht nur die juristischen und außerjuristischen Fragen miteinander in Verbindung bringen, er überwand auch die herkömmlichen Distanzen der germanistischen, romanistischen und kanonistischen Spezialisierung. Schließlich war er Europäer; nationalistische Enge war ihm nicht nur persönlich, sondern auch wissenschaftlich fremd.

Auf diesem Fundament baute er in den sechziger Jahren weiter. Nach dem Erscheinen der "Studien" lehrte er als Dozent in Uppsala, bis ihn 1964 der Ruf aus München erreichte. Dort war Hermann Krause auf ihn aufmerksam geworden, der die Chance erkannte, die in München seit den Rechtshistorikern Maurer, v.Amira und v.Schwerin traditionelle Brücke zur nordischen Rechtsgeschichte wiederherzustellen. Von 1964 an bildete sich in

München ein Kreis von Schülerinnen und Schülern (4), die in dem von ihm geschaffenen einzigartigen Kreis seiner Persönlichkeit aufwuchsen und ihre ersten Gehversuche in der Wissenschaft machten. Er selbst setzte seine in Schweden begonnenen Anfänge fort, zunächst mit einem umfangreichen und auf intensiven Quellenstudien beruhenden Aufsatz "I knuts kunungx daghum" (1961), der ebenfalls zum Forschungsfeld der Gesetzgebungsgeschichte gehört. Dann folgte ein Aufsatz über "Bonifaz VIII und Avicenna" (1963) zur Frage möglicher über Avicenna vermittelter aristotelischer Einflüsse auf die Gesetzgebungsideologie dieses großen Juristenpapstes. Wieder bewegte sich Gagnér wie selbstverständlich auf den Feldern zwischen Philosophiegeschichte und Kanonistik, diesmal übrigens unter Einbeziehung ausgedehnter arabischer Sprachstudien. 1967 erschien eine Untersuchung über die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht und deren Verwendung im Bereich der Kanonistik, auch sie charakteristisch für seinen eigentümlichen Arbeitsstil, zunächst Beobachtungen auszubreiten, um sie dann Schritt für Schritt in kritische und aufmerksame Analysen zu verwandeln. Folgte man diesen in einem verführerischen Parlando vorgetragenen "Beobachtungen", dann sah man am Ende neue Ergebnisse, mindestens neues Licht auf alter Szene.

In den folgenden Jahren zeigten sich mehrere einander überlagernde Interessenstränge. Seit längerem schon schrieb Gagnér an einer Untersuchung über die "Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen". Teile des Manuskripts kursierten wohl schon früh. 1961 lagen die Prolegomena in Druckfahnen vor. Franz Wieacker nahm 1963 in "Eranion in honorem G.S.Maridakis" (Bd.I, S.345 und passim) darauf Bezug und verarbeitete die Anregungen weiter in seinen "Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik" (1963). Im Jahr 1963 war das Buch Gagnérs nun auch weiter gewachsen. Der geduldige Verlag Almquist & Wiksell in Uppsala lieferte noch 1965 und 1968 weitere Druckfahnen und Gagnér war, wie er rückblickend schreibt, "fast bereit, wenigstens

(4) M. KUNZE, *Das Mansardenseminar*, in: *Festschrift für Sten Gagnér zum 3.3.1996*, Ebelsbach 1996, S.379-384, in meinen Augen die treffendste Beschreibung der Person, ihrer Aura und ihrer Lehrmethode.

den grundlegenden Teil des Buches aus der Hand zu geben". Es war erkennbar, daß es um eine ganz grundsätzliche Durchmusterung der Arbeitsweise der europäischen Rechtsgeschichte nach 1945 gehen sollte. Diese Aufgabe wuchs ins Unendliche, wenn man, wie Gagnér es beabsichtigte, das stets anwachsende empirische Material der voranschreitenden Rechtsgeschichte prüfend einbeziehen wollte. Er hat dies zuletzt aufgegeben und den Text in der Fassung von 1963 veröffentlicht. "Mit einem gewissen Staunen" registrierte er nun 1993, "daß die Fragestellungen von 1963 immer noch die gleiche Aktualität haben und jene Probleme weiterhin wenig behandelt worden sind". Nicht daß es generellen Stillstand gegeben hätte. Es zeigten sich in Deutschland Konjunkturen des Interesses an rechtshistorischen Methodenfragen. Nach einer gewissen Aufbruchphase um 1974, als sogar der Rechtshistorikertag ein Podium hierzu einrichtete, kehrte man bald wieder zur gewohnten Arbeit zurück. Aber eine breitere und tiefere Auseinandersetzung mit den Entwicklungen der analytischen Philosophie hat es im rechtshistorischen Grundlagenbereich nicht mehr gegeben. Insofern ist Gagnérs Buch von 1993 "Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen. I. Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren", einerseits aktuell geblieben, andererseits muß man konzedieren, daß es ihm nicht mehr gelungen ist, die Debatte nach 1963 einzuarbeiten und dem Buch ein schärferes Profil zu geben ⁽⁵⁾. Es ist kein "opus perfectum" geworden, aber auch andere haben ein solches bislang nicht geliefert. Der von Gagnér 1974 zitierte Satz von Wilhelm von Ockham, der ebenfalls als "Nordlicht" in München lebte, mag ihn getröstet haben: "Quamvis hiis diebus opus perfectum facere nequeamus, quia tamen de materia tam necessaria, utpote que totum tangit genus humanum, opus speciale, ut estimo, est nullatenus ab alio attentatum, utile erit non penitus silere, ut alios, copiam librorum habentes, ad facienda perfecta opera provocemus".

Eine Erklärung für die Nichtvollendung des ihm so wichtigen Werkes liegt allerdings auch, wie bei vielen Autoren, an der Inanspruchnahme durch andere Aufgaben sowie an der Verlockung, die eigenen Ansichten zur Methodik an konkreten Fragen

(5) Kritisch FRANZ HORAK, in: *Rechtshistorisches Journal* 13 (1994) 167-176.

zu erproben. Hierfür gibt es vier Beispiele von durchweg monographischem Charakter. Zunächst ist es Gagnér's Untersuchung zum Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (6). Es ist eine 118 Druckseiten umfassende subtile Studie zu den gemeinrechtlichen Voraussetzungen des bayerischen Gesetzbuchs von 1756, vor allem aber zur Benutzung der Kodifikation durch die bayerische Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts, die offenbar dazu neigte, sich am Codex vorbei wieder direkt an dessen gemeinrechtlichen Quellen zu orientieren. Hier hat Gagnér ganz dicht an der Sache "Beobachtungen" gemacht und zu einem neuen Bild über die Gerichtspraxis zusammengesetzt. Das war konkrete Arbeit über „Normdurchsetzung“ avant la lettre.

Ein zweites Beispiel bildet der monumentale Aufsatz über "Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft" (Festschrift für Hermann Krause, Köln-Wien 1975, S.276-450). Eingearbeitet sind in diese Monographie über einen ehemals sehr angesehenen Rechtshistoriker und Rechtsdogmatiker die bis dahin unbekanntenen und von Gagnér aufgefundenen Tagebücher Roths aus einem Zeitraum von fünfzig Jahren sowie sämtliche Zeugnisse seines wissenschaftlichen Lebenswerks. Was Gagnér an dieser Aufgabe faszinierte, waren Roths herausragende simultane Fähigkeiten als quellenkritischer Rechtshistoriker und als Dogmatiker des geltenden Privatrechts, einschließlich seiner Beteiligung an der ersten Fassung des BGB (7). Auch hier spürt man die besonders geschärfte Aufmerksamkeit auf methodische Probleme, die sich auch darin bewährte, daß die ältere Literatur über Roth geprüft und auf ihre Haltbarkeit getestet wurde.

Das dritte Beispiel, fast gleichzeitig entstanden, führt wieder in das Mittelalter zurück, zu Wilhelm von Ockham (8). Auch hier beginnt die Studie mit einer kritischen Musterung der Ockham-

(6) S. GAGNÉR, *Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd.I, hrsgg. v. H. COING - W. WILHELM, Frankfurt a.M. 1974, 1-118.

(7) Eine komprimierte Fassung dieser Studie findet sich in ERLER-KAUFMANN (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd.IV, Berlin 1990, Sp. 1160-1166.

(8) S. GAGNÉR, *Vorbemerkungen zum Thema "Dominium" bei Ockham*, in: *Miscellanea Mediaevalia*. Veröffentlichungen des Thomas-Instituts der Universität zu

Literatur, der Gagnér zahlreiche Voreingenommenheiten und — teils unbewußte — Harmonisierungen von Widersprüchen nachweist⁽⁹⁾. Diesem kritischen Teil folgt dann eine äußerst differenzierte Untersuchung zu den Quellen, die Ockham zu seinen Ausführungen über “Dominium” inspiriert haben könnten. Es war wenig, was Ockham zur Verfügung stand. In München um das Jahr 1332 waren die bibliothekarischen Bedingungen eben wesentlich schlechter als in Oxford. Ockhams Selbsteinschätzung verdient also Glauben, während vieles, was über ihn geschrieben wurde, eher den Wünschen der Interpreten nach Glättung und Vereinfachungen entsprungen zu sein scheint.

1980 ist in der *Tidsskrift for Rettsvitenskap* der große Aufsatz über den dänischen Strafrechtler und Rechtsphilosophen Anders Sandoe Ørsted erschienen⁽¹⁰⁾, dessen Ziel es ist, Ørstedes Werk im Netzwerk der deutschen Theorie um 1800 zu verankern, ihn also in Beziehung zu setzen zu Grolmann, Tittmann, Harscher von Almendingen, Kleinschrod, Stephani, vor allem aber zu Feuerbach. Auf dänischer Seite kommt besonders Johann Friedrich Wilhelm Schlegel, Ørstedes Lehrer, in Betracht. Auch hier bewähren sich wieder Gagnérs Qualitäten, zum einen die gründliche Kenntnis der philosophischen Diskussion aller jener teils von Kant begeisterten Philosophen und Strafrechtler, teils aber auch jener der vorkantischen aristotelischen Tradition des Naturrechts verhafteten Autoren, zum anderen seine sprachliche Kompetenz, die ihn befähigte, mit Leichtigkeit über dänische und deutsche Literatur auf schwedisch zu schreiben.

Als letztes Beispiel dieses Stils, Monographien in Form von überdimensionalen Aufsätzen vorzulegen, sei die unvollendet gebliebene Studie “Hagerups *Tidsskrift*” von 1999 genannt⁽¹¹⁾. Vorgesehen für 1988 zum hundertjährigen Jubiläum der Zeitschrift kam sie ein Jahr-

Köln, Bd.9: *Antiqui und Moderni. Traditionsbewußtsein und Fortschrittsbewußtsein im späten Mittelalter*, Berlin-New York 1974, S.293-327.

⁽⁹⁾ In diesem Sinne auch K. FLASCH, *Das philosophische Denken im Mittelalter*, 2. Aufl. Stuttgart 2000, S. 501.

⁽¹⁰⁾ S.GAGNÉR, *Oerstedes Vetenskap, de Tyska Kriminalisterna och Naturrättsläran*, in: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 93 (1980) 367-444.

⁽¹¹⁾ S. GAGNÉR, *Hagerups Tidsskrift*, in: *Tidsskrift for Rettsvidenskap* 1999, S.255-379.

zehnt später heraus, als absehbar war, daß ihr Autor sie aus Krankheitsgründen nicht mehr würde vollenden können. Sie liefert nicht nur ein "Zeitschriftenporträt", sondern wiederum eine in alle Details der Quellen eindringende Forschung über die Persönlichkeit, die wissenschaftlichen und persönlichen Verbindungen der Zentralfigur Francis Hagerup (1853-1921) ⁽¹²⁾. Damit ist ein wesentliches Stück der Geschichte der skandinavischen Rechtswissenschaft vom Ende des 19. Jahrhunderts bis in die dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts geschrieben, einer Rechtswissenschaft, deren wesentlicher Bezugspunkt damals noch Deutschland war. Auch insofern bot sich Gagnér als idealer Dolmetscher an.

Gagnérs Arbeitsweise war eigentümlich, wie bereits angedeutet. Er sammelte beim Eindringen in ein Problem mit Beharrlichkeit alles erreichbare Material, verknüpfte es, verdeutlichte Zusammenhänge durch lange Zitate, benutzte Biographica, Zeitungsnotizen, Tagebücher und Briefe. Er "zeigte" so im Sinne Wittgensteins den Text und lehrte, auf die Worte und deren Konnotationen zu achten. Er dozierte nicht, vermied glatt behauene Thesen, hinter denen sich — wie er oft sagte — eher die Ratlosigkeit als die Sicherheit ihrer Autoren verbarg. Diese Arbeitsweise hatte gewiß auch ihre Gefahren. Die Wege konnten sich ins Unübersehbare verlieren, ebenso unsicher wurde der formale Abschluß der Arbeiten. Dies aber schien ihm eher sekundär zu sein, zumal oft die Nebenwege wieder rasch auf das Hauptthema führten. Was ihm vorschwebte, war die Erfassung möglichst "allen" Materials und das ohne Rücksichten auf zeitliche Begrenzungen getriebene Quellenstudium. An dessen Rand standen bisweilen wie ein antiker klagender Chor die Herausgeber von Zeitschriften oder Festschriften, denen er den Beitrag versprochen hatte und die vertröstet werden mußten. Gegenüber Ansprüchen auf pünktliche Ablieferung war er resistent. Seine künstlerische und kritische Natur war über Termine erhaben und er war bereit, jeden Unmut mit heiterer Liebenswürdigkeit zu besänftigen.

Diese teils persönlichkeitsbedingte, teils in der spezifischen Arbeitsweise liegende Schwierigkeit, ein Manuskript aus der Hand

⁽¹²⁾ D. MICHALSEN, *Francis Hagerup*, in: *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, hrsgg. v. M. Stolleis, 2. Aufl. München 2001, 272-274.

zu geben, hat nun leider dazu geführt, daß Arbeiten konzipiert und begonnen waren, die nicht mehr gedruckt werden können. Von Vorarbeiten über die Sprache der Urteile des Bundesgerichtshofs wird berichtet. Ebenso gibt es Studien zur Geschichte der "persona moralis" bei Pufendorf und davor. Gagnér selbst nannte 1993 noch "zwei relativ umfangreiche Untersuchungen", die eine "Über die Rolle der Metaphysik im neueren deutschen Strafrechtsdenken und die Frage der Einschätzung von Mittermaier", die andere "Auswirkungen vorgefaßten Denkens bei den Annäherungen an den "Defensor pacis". Letztere sollte in den Quaderni Fiorentini erscheinen. Schon die Titel dieser weit vorgebrachten Arbeiten zeigen, mit welcher Beharrlichkeit Gagnér seine Fragestellungen verfolgt. Wieder ging es ihm um die philosophischen Voraussetzungen juristischen Denkens und rechtshistorischer Rekonstruktion. Die Philosophie, davon war er mit Wittgenstein überzeugt, "ist ein Kampf gegen die Verhexung unsres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache" (Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Nr.109). Was ihn am meisten beschäftigte, war die Frage: Wie kann man als Rechtshistoriker die erkenntnistheoretischen und praktischen Grenzen des Gefangenseins in der eigenen Wahrnehmung, in den eigenen Vorurteilen und den Netzwerken der Tradition ausmessen? Daß man diese Grenzen wirklich durchbrechen könnte, hat er nicht angenommen. Aber er war überzeugt, daß man eine bestimmte Haltung der Unvoreingenommenheit lernen und lehren könne. Und daß sich diese Haltung an vielen Zeugnissen vorbildlicher Werkstücke der Rechtsgeschichte ebenso zeigen ließ wie an prinzipiellen Einsichten der analytischen Sprachphilosophie, war ihm eine willkommene Bestätigung. Aber auch was seine eigenen philosophischen Annahmen betraf, war er äußerst kritisch. "Jurare in verba magistri", war seine Sache nicht, und hießen diese Magistri auch Ludwig Wittgenstein, Herbert L.A.Hart, Alf Ross oder Karl Olivecrona, Stefan Kuttner, Wolfgang Kunkel oder Franz Wieacker.

Dies alles ist auf eine schwer zu beschreibende osmotische Weise in das Bewußtsein seiner Schülerinnen und Schüler eingegangen. Seine größten Gaben hatte er wohl als Lehrer und als Vorbild. Er hat seine Schüler geliebt, er begleitete sie ein Leben lang, freute und sorgte sich mit ihnen. Und sie wiederum fühlten

sich nicht eigentlich als "Schule", aber verbunden durch diesen ganz ungewöhnlichen, unakademischen Menschen. Er war Schwede und hat in Erzählungen viel von seiner Heimat Dalarna, vom Studium in Uppsala und von der Arbeit bei der Polizei in Lund berichtet. Seine in Italien und Deutschland aufgewachsenen Söhne sind nach Schweden zurückgekehrt. Schwedisch war sein Umgangston, das vertraute "Du" mit den Seminarteilnehmern, im Münchner Juristischen Seminar nach 1964 durchaus ungewöhnlich, ja unerhört. Seine Hauptseminare standen nicht unter einem festen Oberthema. Jeder berichtete von Zeit zu Zeit über seine Arbeiten, und wohl die meisten gingen von seinem unverdienten Lob beschämt nach Hause und beschlossen, es künftig besser zu machen. Gagnér's Methode war die sokratische, sein Werkzeug die Frage: Was meinst Du, wenn Du sagst... Was bedeutet dieses Wort? Welche Quellen könnten dies belegen? Dahinter stand, wie sich den Adepten erst im Laufe der Zeit enthüllte, eine durchdachte Position. Die Qualität rechtshistorischer Arbeiten beurteilte er, jenseits der handwerklichen Standards, nach dem Maß an Vorurteilslosigkeit und an kriminalistischem Spürsinn, mit dem die Quellen befragt wurden. Die Forderung, mit dem Mißtrauen gegen verfälschende Interpretationen bei sich selbst anzufangen, führte notwendig zur Wissenschaftsgeschichte, also jener Disziplin, die sich nicht nur die Geschichte des eigenen Fachs insgesamt vornimmt, sondern auch die bisherige Forschung auf ihre Voreingenommenheiten und damit auf ihre Tragfähigkeit überprüft. In den Seminaren, in denen sich diese Einstellung freundlichen bohrenden Fragens nach den Voraussetzungen der eigenen Arbeit konkret prüfen ließ, vermittelte Sten Gagnér ein Wissenschaftsethos, dem sich niemand entziehen konnte. Viele hat er überhaupt erst für Wissenschaft als Beruf begeistert.

Sten Gagnér und seine ihn treulich umsorgende Frau Uta versammelten den wachsenden Kreis jüngerer Rechtshistoriker oft in der eigenen Wohnung, nahe der Universität. Es war eine Art von Familienfeiern, bei denen viel gesungen wurde, italienische-schwedische-deutsche Volkslieder, Opernarien, Studenten-, Liebes- und Partisanenlieder. Diese Wohnung, einige lichte Plätze und ein Tunnelsystem zwischen Bücherwänden, die bis zur hohen Decke reichten, hat er von 1969 bis zu seinem Tod bewohnt. Sie wurde

für Unzählige zum Ankerplatz. Rat und Ermunterung, Reflexionen zur Zeit, Trost und Freude und freundschaftlichste Zuwendung, von der man glaubte, sie könne sich nie erschöpfen, wurden hier gespendet. Diese Zuwendung zu den Jüngeren ist auch in seinen unzähligen Gutachten zutage getreten. Die einen brauchten die Förderung zu Promotion und Habilitation, die anderen waren von Fakultäten erbeten worden, um eine Berufsliste zu begleiten. Jeder dieser Texte wurde mit dem größten Ernst geschrieben. Im Falle der Fakultäten gab es fast komische Mißverständnisse. Eine von ihnen erwartete von ihm ein kollegiales "Absegnen" des bereits gefassten Beschlusses; Gagnér jedoch - ebenso unfähig zu jeder diplomatischen Doppeldeutigkeit wie zu einer augenzwinkernden Lässigkeit, beides erschien ihm als Form der Unwahrhaftigkeit - nahm die Frage ernst, und er schrieb nach gründlichem Studium der Werke der Kandidaten ein das Urteil der Fakultät umstürzendes fast hundertseitiges Gutachten. Solche Arbeiten, es gab sie mehrfach und sie nahmen ihn öfter ein Vierteljahr in Anspruch, sind in den Akten verschwunden, aber sie werden eines Tages von der Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte als außerordentliche Zeugnisse eines vollständig unbestechlichen, rein auf die Sache konzentrierten und ihr dienenden Geistes wiederentdeckt werden.

Vermutlich war es dies, was seinen Zauber ausmachte, jenseits aller Liebe und Güte, die von ihm ausging: Die Begeisterung für das Problem, die Fragestellung, die Sache, die bohrende Energie des Herausfindenwollens, und die damit verbundene Reinheit des Geistes, eine Art Unschuld. Sten Gagnér war in einer Weise unabhängig von allen Verlockungen der Welt, wie sich dessen kaum jemand rühmen konnte und kann. Er freute sich gewiß über die ihm verliehenen Ehrendoktorwürden (Kopenhagen, Turku), er liebte die Korrespondenz mit seinen Freunden in der Welt, aber er war nicht im geringsten ehrgeizig im trivialen Sinn. Sein Lebensgefühl war das einer fröhlichen Zuversicht, sein Fundament ein durch vielerlei Erfahrungen, durch die eigene körperliche Behinderung und durch Schicksalsschläge wie den Tod seines Sohnes Jan, geprüfter christlicher Glaube. Eine leuchtende Spur.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL « CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO »
NELL'ANNO ACCADEMICO 1999/2000

Sono stati graditi ospiti del 'Centro' per un soggiorno di studio il prof. Yoshikazu MURAKAMI (della Università di Jikei), il prof. Carlos PETIT (della Università di Huelva), il prof. Manuel Angel BERMEJO CASTRILLO (della Università 'Carlos III' di Madrid), la prof. Yuko NISHITANI (della Università Tohoko), la dott. Machiko SAGAKAMI (della Università di Osaka), la dott. Consuelo CARRASCO GARCIA (della Università 'Carlos III' di Madrid).

Durante il 2000 sono stati pubblicati quale n. 55/56 della « Biblioteca » del Centro il volume di Sergio CARUSO, *La miglior legge del regno — Consuetudine, diritto naturale, contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)*, e quale n. 57 il volume di Franco TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico — III — Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*.

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* 1

MODELLI E DIMENSIONI

ALESSANDRA GIULIANI, *Omaggio ad Alessandro Giuliani (configurando una idea 'classica' e una idea 'moderna' di comunità)* 13

STEFANO MANNONI, *La dottrina costituzionale di Sieyès* 25

DANIELA TAFANI, *Kant e il diritto di punire* 55

LA DIMENSIONE GIURIDICA

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Constituyencia de derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe* 87

ELISABETTA GRANDE, *Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli* 173

PAOLO GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità* 217

MASSIMO LA TORRE, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller* 241

ÀNGEL LÓPEZ Y LÓPEZ, *Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: Analogía* 307

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Die Poesie des Realen. Spaniens Jurisprudenz im Zeitalter des szientistischen Empirismus* 335

FIGURE DELL'ESPERIENZA

FRANCO CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra Codice fascista e Costituzione repubblicana* 435

LETTURE

Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (M. Fioravanti) 463

SALVATORE LUPO, <i>Il fascismo - La politica di un regime totalitario</i> (I. Stolzi) . . .	468
MICHAEL STOLLEIS, <i>Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band 1914-1945</i> (B. Sordi)	475

A PROPOSITO DI...

PAOLO CAPPELLINI, <i>Napoleonica (a proposito di M. GLASER, <i>Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts</i>, Frankfurt am Main, Vittorio Klosterman, 1996, pp. XI-188; J.L. HALPERIN, <i>Le Code Civil</i>, Paris, Dalloz, 1996, pp. 146; J.L. HALPERIN, <i>Histoire du droit privé Français depuis 1804</i>, Paris, PUF, 1996, pp. 377; S. SOLIMANO, <i>Verso il Code Napoleon. Il Progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)</i>, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 427)</i>	487
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Código entre indígenas (a propósito de La codificación del siglo XIX, de Carlos Ramos)</i>	495
FRANCESCO D'URSO, <i>Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme</i>	511
PAOLO GROSSI, <i>Globalizzazione e pluralismo giuridico (a proposito di: Maria Rosaria Ferrarese, <i>Le istituzioni della globalizzazione-Diritto e diritti nella società trans-nazionale</i>, Bologna, Il Mulino, 2000)</i>	551
MICHAEL STOLLEIS, <i>Sten Gagnér (1921-2000), ein grosser Lehrer der europäischen Rechtsgeschichte</i>	559

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del «Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno» nell'anno accademico 1999/2000.</i>	573
--	-----

I collaboratori del ventinovesimo « Quaderno »

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Alessandra GIULIANI

Dottoranda in Storia del Diritto e delle Istituzioni - Universidad de Sevilla

Stefano MANNONI

Prof. Straordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Daniela TAFANI

Scuola Normale Superiore di Pisa

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Elisabetta GRANDE

Prof. Associato di Diritto privato comparato - Università del Piemonte Orientale

Massimo LA TORRE

Prof. Straordinario di Filosofia del diritto - Università di Catanzaro

Àngel M. LOPEZ Y LOPEZ

Catedrático de Derecho Civil - Universidad de Sevilla

Johannes - Michael SCHOLZ

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max - Planck - Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt/Main

Franco CIPRIANI

Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Bari

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Irene STOLZI

Ricercatrice di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Bernardo SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paolo CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Firenze

Francesco D'URSO

Dottore di ricerca in Storia del diritto italiano - Università di Ferrara

Michael STOLLEIS

Ord. Professor für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte - Universität Frankfurt am Main - *Direktor* des Max - Planck - Instituts für europäische Rechtsgeschichte